

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO VII
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLIV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

EL ANUARIO no se solidariza con las
opiniones sostenidas por los autores de
los originales publicados.



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdquez. San Pedro, 32. Madrid.

Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica

ALFONSO DE COSSIO
Catedrático de Derecho Civil

Parece a primera vista temerario el abordar un tema como este de la personalidad jurídica, objeto de tan reiterada atención por la doctrina y posiblemente agotado en la pluralidad de sus aspectos, hasta el extremo de no existir problema con él relacionado, por minúsculo que sea, que no haya sido exhaustivamente estudiado, y del que no se hayan extraído por los autores hasta las más remotas consecuencias. Sin embargo, nada tan sugerente para el jurista actual, como abordar un viejo concepto a la luz de los hechos nuevos, llevando de este modo a cabo una total revisión de sus líneas fundamentales.

«Colocado en el corazón de nuestro sistema jurídico, dice DURAND, indisolublemente ligado a las concepciones filosóficas, políticas y sociales que inspiran la organización de la vida en sociedad, la teoría de la persona moral se ha transformado profundamente. Se manifiesta en este dominio un fenómeno general del derecho contemporáneo: las evoluciones más profundas se producen sin modificar las disposiciones legislativas esenciales. Son innumerables leyes particulares, decisiones de los Tribunales, concepciones doctrinales nuevas, las que destruyen poco a poco el antiguo orden jurídico. Las disposiciones de carácter general sobre las asociaciones, las sociedades, los sindicatos, no han experimentado variaciones profundas. Pero la obra dispersa del legislador, contenida en las leyes particulares, las construcciones audaces de la jurisprudencia y los penetrantes análisis de la doctrina, revelan una gran erosión de los antiguos conceptos. Medio siglo ha bastado para provocar una crisis de la personalidad moral» (1).

El fenómeno no es extraño, ya que en el seno de la personalidad jurídica se desenvuelve en plena tensión todo el contraste entre el derecho público y el derecho privado, actuando sobre el hecho social que exige nuevas normas y que aspira a imponerse con su propia autonomía. En el fondo, el problema moral de la personalidad, no es otro que el de explicar el extraño fenómeno que ofrece una serie de relaciones sociales, ofrecidas por la realidad y actuando jurídicamente como si hubiesen llegado a constituir una

1. DURAND: *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé en Le droit civil français au milieu du XX^e siècle*, Paris, 1950, tomo I, págs. 139 y ss.

entidad dotada de existencia sustantiva y equiparada a la persona humana, es decir, dotada de la misma consideración que esa «sustancia individual de naturaleza racional» que es el hombre, según la clásica definición de Severino BOECIO.

Según parece el concepto de «persona», puede ser contemplado desde un triple plano: ontológico, moral y jurídico. Ontológicamente, la persona, ya lo hemos visto, aparece como una sustancia; moralmente, como un ente libre a quien le son imputables sus actos; jurídicamente, como «todo ser capaz de derechos y obligaciones». Pues bien, este triple concepto de la personalidad que aparece plenamente vinculado al ser humano, ¿puede darse también en seres distintos del hombre? Dejando aparte el problema de la personalidad de Dios y de los ángeles, y admitiendo que en el derecho moderno, a diferencia del antiguo y una vez desaparecida la esclavitud, todo hombre es persona, ¿puede admitirse también que estas tres condiciones que suponen el ser «sustancia individual, de naturaleza racional, moral y jurídicamente imputable», se den en ciertas agregaciones humanas, y, lo que puede parecer más extraño, en ciertos complejos patrimoniales afectos o destinados a un fin? Vamos a examinar separadamente, y desde cada uno de estos tres puntos de vista, la llamada persona colectiva:

A) LA PERSONA COLECTIVA EN EL PLANO ONTOLÓGICO

Ante todo, ¿es posible admitir que la llamada persona colectiva sea «una sustancia individual de naturaleza racional»? La sociología moderna ha llevado a cabo un estudio de la esencia de las diferentes formas de convivencia humana, y más concretamente, de las diversas agrupaciones de individuos: así, por ejemplo, se señala por TONNIES, cómo dos tipos o formas fundamentales, y en cierto modo opuestas, de agrupación, la «comunidad» y la «sociedad». Son complejos sociales comunitarios, los basados en una previa unidad (sangre, idioma, convivencia cultural, proximidad, etcétera), que se producen como espontáneamente, como orgánicamente, sin que ninguno de los componentes se haya planteado de antemano la fundación ni la estructuración del ente social. Sus integrantes forman parte del complejo social, independientemente de toda decisión deliberada; es decir, se hallan ligados, no por un acto de voluntad libre y concreta encaminado a un determinado fin, sino por una «voluntad esencial y orgánica», es decir, por una simpatía de afinidad o pertenencia al ente social. Son, por el contrario, complejos asociativos, aquellos que se fundan en las preferencias o deseos de los individuos que los integran, es decir, en la voluntad o libre arbitrio de éstos, habiéndose formado como una asociación deliberada por sus participantes. En tanto que los individuos pertenecen a estos últimos grupos por decisión de su libertad soberana, en los complejos comunitarios se encuentran inte-

grados por una cierta necesidad orgánica (2). Ahora bien, tanto la comunidad como la sociedad, pueden llegar a integrarse en una «institución, corporación o ente colectivo abstracto»; es decir, según la definición de WIESE, en uno de aquéllos: «complejos de relaciones y procesos sociales—grandes estructuras de energías humanas enlazadas y organizadas—en las que ha encarnado una función que es considerada como un bien, y que es, por lo tanto, conservada y cultivada hecha abstracción de los hombres vivos y concretos que intervienen en un determinado momento, y en vista de su perduración más allá de ellos; con lo cual los sujetos que integran el grupo, lo sienten como una unidad de permanencia» (3).

Ahora bien, ¿está entidad es una verdadera sustancia? O, lo que es lo mismo, ¿puede afirmarse que posee una realidad ontológica? Se ha intentado buscar esta realidad a través de la teoría del organismo: órgano significa originariamente «instrumento», y, en un sentido translaticio, «las partes de una unidad viva, en tanto sirven a los fines de ésta», sentido naturalístico, ya utilizado por ARISTÓTELES, y que fué, durante el siglo XIX, transportado al campo de las ciencias sociales, en cuanto la sociedad era considerada como una unidad viva. Este organicismo social y la organología jurídica, que es su equivalente en el campo del derecho, fué determinado mediante consideraciones psicológico-sociales por HERDER y la romántica posterior, que sustituyó al Dios destronado por el «iusnaturalismo» de la Ilustración, por la naturaleza y la Historia, concibiendo todos los grupos sociales como «esencias naturales» que se desenvuelven de dentro a fuera, en virtud de fuerzas internas, por lo que tales unidades se presentan como unidades orgánicas, no siendo, por lo tanto casual, que fuesen los germanistas quienes mantuviesen la teoría organicista, frente a los romanistas defensores de la «ficción».

En un plano puramente naturalista, desenvuelven sus doctrinas, por ejemplo, BLUNTSCHLI y SCHAFFLE, estableciendo todo un sistema de analogías entre el hombre y la sociedad, que es en úl-

(2) TONNIES: *Gemeinschaft und Gesellschaft*. Berlín, 1925, págs. 8-81; *Gemeinschaft und Gesellschaft*, en el *Handwörterbuch der Soziologie*, de VIERKANDT, Stuttgart, 1931, págs. 180 y ss. Un desenvolvimiento de tales ideas en MAC IVER: *Comunidad: estudio sociológico*, trad. esp., Buenos Aires, 1944, páginas 41 y ss, 117 y ss. y 435 y ss. Con TONNIES, MAX WEBER, VIERKANDT y otros muchos sociólogos alemanes, usan ambos conceptos para designar los dos principios esenciales, según los cuales pueden conformarse en absoluto la convivencia humana. FREYER, sin embargo, ve la nota diferencial entre ambos tipos en la «dominación»: hay sociedad allí donde el grupo social se compone de grupos parciales esencialmente diversos y mantenidos en unión por una relación de dominación (*Introducción a la Sociología*, trad. esp., Madrid, 1945, págs. 169 y ss.).

(3) WIESE: *System der allgemeinen Soziologie*, Berlín, 1935.

(4) BLUNTSCHLI: *Psychologische Studien über Staat und Kirche*, 1844; SCHAFFLE: *Bau und Leben des sozialen Körpers*. *Enzyklopedischer Entwurf einer realen Anatomie, Physiologie und Psychologie der menschliche Gesellschaft*. Tubinga, 1875-78.

timo término considerada como un animal gigantesco (4); dentro de esta misma línea y en el plano puramente psicológico, establecía WUNDT la sustantividad del ente corporativo, en cuanto aparecía dotado de voluntad y de conciencia, siendo tan real, a su juicio, como una máquina o una obra de arte, siendo tan palmaria esta realidad sustantiva, que ningún individuo puede pertenecer a la vez a dos comunidades que realicen los mismos fines vitales, como, por ejemplo, a dos familias o a dos naciones (5). Fue, sin embargo, GIERKE, quien llevó esta concepción a su forma más definitiva: se trata—dice—de una verdadera unidad real, de un agregado de individuos humanos que tiene por base, como estos, la naturaleza humana; de una asociación de hombres ordenada de modo que constituye un todo el cual satisface un fin común, es decir, un organismo que, si no es un organismo físico como el animal o la planta, ni visible a nuestros ojos o a nuestro tacto, es en cambio, un ente moral tan verdadero y sustantivo como los organismos corpóreos (6).

Sin embargo, esta doctrina del organismo, fundada en imágenes brillantes y en similitudes más o menos afortunadas, no parece explicar de qué forma un complejo de relaciones puede llegar a convertirse en una sustancia. No ya en las formas de tipo asociativo propiamente dicho que se presentan no como organismos, sino como organizaciones, es decir, como producto de la libre voluntad de sus miembros, y en virtud de todo un sistema de normas racionalmente creadas, pendientes, por lo tanto, en cuanto a su subsistencia de la misma voluntad que las creara, sino incluso cuando se trata de organizaciones de tipo comunitario, impuestas por la misma naturaleza humana, como la familia o el Estado, es posible pensar en otra sustancia que la de los propios individuos que en ella se integran, y que dentro, como fuera de ellas, conservan íntegramente su propia individualidad hasta el punto de que fuera de ellas es posible su subsistencia personal e independiente. Esto ha hecho que se haya buscado la esencia de la personalidad colectiva, fuera del plano ontológico, en el plano moral.

B) LA PERSONA COLECTIVA EN EL PLANO MORAL

El sujeto de derecho—dice BINDER—no es un sujeto lógico de quien se prediquen los derechos y deberes, sino un sujeto moral, y en tal sentido, todavía SAVIGNY y PUCHTA hacían gravitar la esencia de la personalidad en la voluntad moral, siguiendo en esto la concepción kantiana: «pues todo derecho existe por razón de la libertad, en la libertad moral que habita en el interior de cada

(5) WUNDT: *System der Philosophie*, t. II, págs. 201 y ss.

(6) GIERKE: *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1883, pág. 23; lo mismo GIORGI: *La dottrina delle persone giuridiche*, tomo I, núm. 23 y ss.

hombre». Partiendo de este supuesto, el propio BINDER, en su construcción idealista neohegeliana, estima que «el reconocimiento a cada hombre de un poder de la voluntad, no radica en el reconocimiento de su libre albedrío, sino que es una muestra de confianza social», ya que la comunidad es la realidad de una razón y de una voluntad ética, que es previa a la del individuo, que condiciona la de éste hasta el extremo de que la personalidad la recibe el individuo de la comunidad y no al contrario (7). En el mismo sentido, SCHONFELD, que concibe la cultura como «espíritu en el tiempo y en el espacio», y la persona como «sujeto de la cultura», es decir, como aquello que auna en sí el mundo del ser con el del deber ser, lo que hace que la colectividad sea un sujeto cultural de mayor rango que el individuo (8).

Late en todos estos puntos de vista un sentido político: en cuanto se opone al individualismo una concepción transpersonalista, es indudable que se tiende a dotar al grupo social de una entidad de mayor rango que el de la persona humana, la cual únicamente adquiere sentido como miembro de tal grupo. Pero aunque ello fuera así, siempre tendríamos que no es posible admitir una personalidad moral donde falta el sustrato ontológico previo y necesario para toda imputación y que, no siendo el ente colectivo una sustancia, sino tan sólo un complejo de relaciones, carecerá de personalidad moral propiamente dicha. Como recientemente observaba HUBMANN: «Dignidad humana, individualidad y personalidad, se funden en una esencia llena de dinamismo creador, de riqueza interna y dotada de su propio valor. En la esencia del hombre existen una serie de posibilidades que él solo puede convertir en realidad, ya que lo que le da su posición dominante en el mundo, no es lo acabado, sino lo susceptible de realizarse». En realidad—concluye luego—la comunidad no tiene vida ni existencia separada de los individuos que la componen: «La comunidad contiene, ciertamente, la suma de los valores de sus miembros, y excede, por lo tanto, al individuo, mediante el número de los valores en ella reunidos; pero carece de valores independientes de los de sus miembros. No existe por sí misma, ni es fin en sí misma, sino que su finalidad consiste más bien en hacer posibles y facilitar el desenvolvimiento de los fines de sus miembros y de su bienestar» (9).

Esta falta de sustantividad de la corporación frente a sus miembros, aparece perfectamente señalada en el Concilio de Lyon (1245), por INOCENCIO IV, al establecer que no es posible excomul-

(7) BINDER: *Philosophie des Rechts*, Berlín, 1925, pág. 442.

(8) SCHONFELD: *Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts*, en «Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben», II, págs. 191-272. En el mismo sentido, sustancialmente, LARENZ: *Hegels Dialektik des Willens und das Problem der juristische Persönlichkeit*, Logos, 20, págs. 196-242.

(9) HUBMANN: *Das Persönlichkeitsrecht*, Münster-Colonia, 1953, págs. 59 y siguientes.

gar a una «universitas»: «quia universitas, sicut est capitulum, populus, gens et huiusmodi nomina sunt iuris et non personarum, ideo non cadit in eam excommunicatio». Como cosa intelectual e incorporal, únicamente puede actuar a través de sus miembros: «quia capitulum quod est nomen intellectuale et res incorporalis nihil facere potest nisi per membra sua» (10). Por esta razón, en tales casos se trata sólo de una «ficción»: «persona repraesentata», «persona ficta», siquiera algún canonista como OLDRADUS, hable incluso de la ficción de un alma en la persona jurídica. Y JUAN XXII las considera punibles en cuanto: «quod licet non habeant personam tamen habent personam fictam fictione iuris (l. mortuo): et sic eadem fictione animam habent et delinquere possunt et puniri». En definitiva, según la expresión de BALDUS: «Et sic secundum fictionem iuris universitas aliud quam homines universitatis», en cuya virtud se explica la permanencia de la «universitas» a pesar del cambio de los individuos que la integran.

Esta idea de la «ficción» persiste a través de la doctrina, y es en el siglo XIX remozada por SAVIGNY, y con él PUCHTA y WINDSCHEID, entre otros muchos (11). ZITELMANN resume de esta forma los puntos de vista de esta doctrina: 1.º No existe ningún derecho sin sujeto; 2.º El único sujeto de derechos es el hombre; 3.º Es, sin embargo, una exigencia del tráfico la existencia de ciertos complejos jurídicos dotados de capacidad; 4.º Existen y deben existir patrimonios que de hecho están sin dueño; 5.º Por lo tanto existe una contradicción entre la lógica jurídica y los hechos, respecto a esta real necesidad; 6.º Para resolver este conflicto entre la lógica y los hechos, no existe más que un procedimiento que fué utilizado por el derecho romano en tales casos: la ficción; 7.º El sujeto que falta es, por tanto, suplido mediante la ficción (12). Más o menos modificada, esta doctrina aparece representada después por BIERLING, MEURER, ENNECERUS, VON TUHR, y, en general, por la jurisprudencia inglesa: AUSTIN, SALMOND, HOLLAND, MAITLAND y LASKI entre otros. Entre los italianos, PACIFICI-MAZZONI estimaba que «la ficción no es otra cosa que un expediente de la técnica jurídica, pero no puede crear un sujeto que no existe» y FERRARA ve en la personalidad colectiva un producto del ordenamiento jurídico, pero no de la naturaleza (13).

(10) Decretales, c. 5 de sent. excomm. in VIº, 5, 11.

(11) SAVIGNY: *System des heutigen römischen Rechts*, T. II, Berlin, 1841, núm. 60; PUCHTA: *Pandekten*, 36, 40; WINDSCHEID: *Diritto delle Pandette*, trad. ital., Turin, 1925, T. I, págs. 144 y sgs.

(12) ZITELMANN: *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, Leipzig, 1873, págs. 14 y sgs.

(13) BIERLING: *Grundbegriffe*, II, 91-127; MEURER: *Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht*, Stuttgart, 1901, pág. 158; ENNECERUS: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, T. I, Marburgo, 1921, núm. 96; VON TUHR: *Allgemeine Theil des bürgerlichen Rechts*, núm. 37; AUSTIN: *Jurisprudence*, T. I, 1911, pág. 354; SALMOND: *Jurisprudence*, pág. 345; HOLLAND: *The elements of Jurisprudence*, Oxford, 1924, pág. 99; PACIFICI-MAZZONI: *Istituzioni di di-*

Nos encontramos, por tanto, ante una ficción que carece de sustancialidad ontológica y ética: en virtud de qué proceso ha podido llegar a formarse, y de qué esfuerzo mental, a ser pensado como sujeto de derechos y obligaciones. Ello nos lleva a considerar el problema de la personalidad jurídica propiamente dicha, o, lo que es lo mismo, a explicar cómo ha podido llegar a reconocerse a un grupo de personas o a una masa de bienes afecta a un determinado fin, una titularidad jurídica distinta de la que a cada uno de sus miembros le corresponde.

C) LA PERSONA COLECTIVA EN EL PLANO JURÍDICO

Un examen histórico de la evolución del dogma de la persona jurídica, nos muestra que la misma se produce fuera del campo del derecho civil propiamente dicho, actuando más bien sobre elementos propios del derecho político, y que solamente al final de su desenvolvimiento, es asumido por el derecho privado un concepto institucional elaborado por el derecho público. Estudiaremos sucesivamente:

a) *El derecho greco-romano*

En efecto, el concepto de persona jurídica tiene sus raíces en la doctrina política de los filósofos griegos, en la jurisprudencia romana y en la teología del cristianismo, que confluyen en un determinado momento para dar origen a esta nueva forma de subjetividad colectiva. Los griegos carecen, en realidad, de un concepto del derecho subjetivo: parten de la base del derecho como ordenamiento objetivo de la sociedad, la cual es identificada con la «polis», que, a su vez, no difiere de la suma de los ciudadanos que la integran. Por otra parte, la «polis» se explica antropomórficamente por PLATÓN, que ve en ella un verdadero organismo, cuyas virtudes no difieren, sino que son sustancialmente las mismas de la persona individual; como organismo también la conciben los estoicos, extendiendo su concepto de los límites estrechos de la ciudad, a la Humanidad entera, integrando en ella no sólo a los hombres, sino también a los dioses, y así podía decir CICERÓN: «Mundum autem censent regi numine deorum eumque esse quasi communem urbem et civitatem hominum et deorum et unumquemque nostrum eius mundi esse partem» (14). Estos cuerpos sociales aparecen, por tanto, concebidos como complejos de relaciones, no como personas, hasta el extremo de que toda la teoría política se concreta en la teoría de la constitución, limitando su estudio al de las formas de distribución del poder dentro del complejo social: el Estado no llegaba nunca

ritto civile, T. II, págs. 358 y sgs.; FERRARA: *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp., Madrid, 1929, págs. 313 y sgs.

(14) De deor nat. II, 62; de fin. III, 19-20.

a ser pensado como sujeto, sino tan sólo como ordenamiento, sin que se llegara a diferenciarlo de la sustantividad de sus ciudadanos, con los cuales se confunde, apareciendo como «corpus ex distantium», frente a los «corpora unita seu continua» y los «corpora connexa seu composita» (15). Es decir, concebido como una cosa no distinta esencialmente de la biblioteca o del rebaño (16).

Si Grecia representa la inteligencia razonadora, Roma es la descubridora de la voluntad, y tal descubrimiento la lleva a centrar todo el sistema de derecho en centros de poder. Como tales aparecen, una vez superado el período gentilicio, exclusivamente el «pater familias» y el «populus romanus», sujetos, respectivamente, del derecho público y del derecho privado. Dentro del ordenamiento jurídico privado, no se reconocen, por tanto, otros sujetos de derecho que el individuo, y no todos los individuos, sino tan sólo los ciudadanos, siendo las titularidades colectivas cotitularidades del tipo del condominio, que se traducen exclusivamente en un complejo de relaciones individuales. En derecho público, aparece la ciudad representada por el «populus», primero, más adelante por el Príncipe y el Senado, y, finalmente, por el Emperador, pero sin identificarse con éstos, que son sólo sus órganos o corporizaciones; por otra parte, las relaciones de la Ciudad con los ciudadanos, aparecen constituidas como relaciones de las partes con el todo, sin que éstos puedan ostentar frente a la Ciudad derecho subjetivo alguno. No es, por lo tanto, el Estado propiamente pensado como sujeto de derecho, y mucho menos como persona: únicamente al establecerse la diferenciación entre el «fiscum» y el «aerarium», se va configurando, siquiera de manera embrionaria, la personalidad del Estado como sujeto de derecho privado (17).

No faltaron, sin embargo, en Roma, junto al Estado, otros entes menores si bien todos ellos se desarrollaron al parecer, dentro del ámbito del «ius publicum». Así, dentro del «ius sacrum»,

(15) Vid GÖPPERT: *Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischen Recht*, Halle, 1871, págs. 8-34.

(16) GIERKE: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, T. III, Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, Leipzig, 1881, págs. 8-34.

(17) En la época republicana y primeros tiempos del Imperio aparecía como sujeto del patrimonio estatal, y, más particularmente, de la caja del Estado del «aerarium populi Romani», la comunidad de los ciudadanos romanos. Bajo el Principado, sin embargo, existían ciertas partes del patrimonio del Estado, que eran administradas por el Emperador y que aparecían como propiedad de éste. Con el ulterior desenvolvimiento de todo el aparato administrativo imperial se produce la diferenciación entre la caja privada del Emperador («res privata»), el dominio de la Corona: «patrimonium Caesaris», y el patrimonio del Estado administrado por el Emperador: «fiscus Caesaris». Al avanzar la centralización y perder importancia las antiguas instituciones republicanas, el «fiscus» adquiere el carácter de «caja central», hasta desaparecer totalmente, sin duda bajo Diocleciano, el «aerarium». Vid. VASALLI: *Concetto e natura del fisco*, 1908; BOLLA: *Die Entwicklung des fisco zum Privatrechtsobjekt mit Beitr. zur Lehre der Aerarium*, 1938.

aparecen desde el primer momento como sujetos de derecho, los mismos dioses, representados por sus sacerdotes; sin embargo, y dado el carácter oficial y político de la religión romana, en definitiva, todos los bienes de los templos, vienen a ser considerados como bienes del Estado. Pueden, no obstante, señalarse, dentro de la misma ciudad, como entes corporativos, el «corpus», «collegium» o «universitas», dotados de fines políticos o religiosos; entre ellos tenemos los «collegia templorum» y las «sodalitates», de carácter religioso; las «decuriae» de funcionarios subalternos («apparitores»), los «collegia funeraticia», y, tal vez, los gremios profesionales, de origen probablemente religioso. Por otra parte, se reconocía una cierta substantividad en este sentido a los «municipia» y a las «coloniae», concebidas a imagen y semejanza de la «civitas».

Las Corporaciones, sobre todo a partir de César y de Augusto, exigían una especial y concreta autorización estatal, sin la que no era posible su constitución: la «lex collegii», análoga en su función y caracteres a la «lex municipalis». Los llamados «collegia ilícita» eran objeto de severas penalidades, y tenían sólo una existencia de hecho, no de derecho, en cuya circunstancia se ve una muestra más de ese carácter de «ius publicum» que reviste todo el derecho corporativo romano, teniendo particular interés en este punto, el siguiente texto de GAYO: «Sodales sunt qui eiusdem collegii sunt... His autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. Sed hac lege videtur ex lege Solonis tralata esse» (D. 47, 22, 4). ¿Quiere esto decir, cómo sostenía MOMMSEN en su trabajo «De collegiis et sodaliciis Romanorum», que el «ius coeundi» dependía siempre de una autorización concreta del Estado? Modernamente se ha sostenido que es razonable deducir del texto que los «collegia» en los tiempos primitivos eran fundados, no sólo por el Estado, sino también por los particulares. El asunto de los «tibicine», narrado por LIVIO (9,30) y las prohibiciones contenidas en el famoso «senatus-consultus de Bacchanalibus» (a. 186 a. de C.), hace pensar que hasta aquella fecha existían agrupaciones constituidas al margen de toda autorización estatal, y no a todas se negaba la existencia, sino que aquéllas, constituidas en la antigüedad, fueron respetadas por César, a pesar de sus leyes restrictivas en la materia: «cuncta collegia praeter antiquitus constituta, distraxit» (18).

En todo caso, como observa DUFF, conocemos muy poco acerca del «status» de los «collegia» en el derecho romano privado, pero hay una cosa cierta; que los juristas republicanos no pasaron de los primeros rudimentos de la concepción abstracta y artificial de la persona jurídica. Gradual y cautelosamente fueron admitiendo que un «collegium» podía actuar como tal en determinados asuntos jurídicos; sin embargo, sólo a partir de GAYO encontramos

(18) Suetonio: *Divus Iulius*, 42.

una idea de la capacidad como un agregado de derechos, y entre ellos, los fundamentales de poseer y accionar en justicia. Todas las comparaciones entre corporaciones e individuos, son meramente accidentales. Los juristas clásicos reconocen, aunque a veces olvidan, que los derechos y responsabilidades de una corporación no son las de sus miembros: «Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent» (19). Pero ningún jurista, romano o bizantino, parece haber sentido nunca la necesidad de pensar lo que realmente es una persona jurídica y cuál es su posición en el derecho, y mucho menos, buscarle una base filosófica. Si queremos ver con los ojos de Labeón, Ulpiano o del mismo Triboniano, debemos despegar nuestras mentes de todas las nociones preconcebidas inglesas, francesas o alemanas, acerca de la personalidad jurídica (20).

En realidad nos encontramos con unidades de derecho público, consideradas más bien como partes integrantes del Estado que como entes autónomos. No es raro, aunque tampoco fuese infrecuente, el caso contrario, es decir, que a uno de estos grupos, y mediante el acto de su creación, fuese atribuída una esfera patrimonial determinada; pero ni aun entonces se vinculaban las relaciones al derecho privado, ya que en definitiva, todo bien que no pertenecía a los individuos era considerado como parte integrante del patrimonio del Estado. Sin embargo, poco a poco se va variando esta concepción fundamental, y produciéndose una aproximación del régimen patrimonial corporativo al derecho privado, y así se puede afirmar «bona civitatis abusive publica dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt.»

Se va considerando los «corpóra» como sujetos, dotados de un verdadero «ius commercium», así como concediéndoles la posibilidad de actuar mediante representante («in animo et corpore») a los efectos de la posesión, de manumitir esclavos, de recibir legados mediante testamento, aunque sin llegar nunca a una identificación de tales «corpóra» con los individuos, que es a los únicos a quienes en Roma se reconoce verdadera personalidad en derecho. Las teorías de la tutela y del mandato, se aplican para explicar el fenómeno de la representación de tales entidades. Los romanos resolvieron de un modo casuístico los diferentes problemas suscitados por las corporaciones, sin llegar nunca a construir una teoría de la personalidad colectiva, y así ha podido afirmarse que como ser público la «universitas» era una unidad real, pero no una persona; como sujeto de derecho privado, era una persona, pero no una unidad real (21). Y resumiendo la doctrina recogida en el «Corpus Iuris», se ha llegado a la conclusión de que éste parte de la vieja

(19) ULPIANO: D. 3, 4, 7, 1.

(20) DUFF: *Personality in Roman private law*. Cambridge, 1938. págs. 129 y 130.

(21) GIERKE: op. cit. T. III, pág. 103.

idea romana de que la subjetividad de derecho, se agota en dos centros: el poder público del Estado y la personalidad privada de los individuos; por ello su teoría de la corporación se funda en la inserción de todo el derecho corporativo en un derecho político meramente centralista, de una parte, y, de otra, en un derecho privado individualista. En resumen, el concepto de corporación en las fuentes, se identifica con el concepto de una unidad corporativa pública, a la cual se vincula una personalidad jurídica de derecho privado, mediante una fingida personalidad individual (22).

Junto a esta teoría de la corporación, no encontramos una doctrina de la fundación propiamente dicha: sus fines habían de conseguirse mediante una forma análoga al fideicomiso, esto es, haciendo entrega de los bienes a una entidad con un «iustum» o «lex» («iubeo facere», «do ut facias»), a fin de que los mismos fuesen destinados al propósito del fundador. No se planteaba el problema de quién fuese el titular de tales bienes, ni se sentía la necesidad de fingir una personalidad con tal objeto, ya que lo único que se pretendía era conseguir una fórmula práctica que mantuviese a aquellos afectos a la finalidad perseguida. Eran frecuentes las instituciones alimenticias: «pueri alimentarii» o «puellae alimentariae».

Al ser reconocida la Iglesia por Constantino, los cristianos, que al principio a lo más que pudieron aspirar era a una neutralidad benévola, como la que les otorgara, por ejemplo, Felipe el Arabe, ya que sus asociaciones eran reputadas como «collegia illicita», y habían, para poder subsistir, de presentarse al exterior en forma de corporaciones funerarias: «collegium opificum» o «collegia tenuiorum», adquieren pleno reconocimiento legal, y así la Iglesia es considerada desde entonces como «collegium licitum», al que se reintegran todos sus bienes y se permite actuar jurídicamente como tal, y ello, no solamente a la Iglesia universal, sino también, dentro de ella, a las iglesias particulares: «ecclesiae» y «conventicula»: «Et quoniam idem non ea loca tantum ad quae convenire consuerunt sed alia etiam habuisse noscuntur ad ius corporis eorum id est ecclesiarum, non hominum singulorum, pertinentia, ea omnia lege, qua superius, comprehendimus, citra ullam prorsus ambiguitatem vel controversiam isdem Christianis id est corpori et conventiculis eorum reddi iubebis» (23). A través de la Iglesia se hace en lo sucesivo la caridad—aunque no falten, sin embargo, las fundaciones constituídas fuera de ella, a favor de los pobres, cautivos, etc.—y dentro de ella se constituyen los «pia corpora» o «piae causae», verdaderas fundaciones de carácter piadoso (24) que la Iglesia se encarga de administrar (25).

(22) GIERKE: op. cit. T. III, págs. 134 y 136.

(23) LACTANCIO: *De mortibus persecutorum*, 48.

(24) Así tenemos las «venerabiles domus» («locus venerabilis in quo peregrini suscipiuntur»); «ptochium» o «ptochotrophium» («in quo pauperes et infirmi homines pascuntur»); «nosochomium» («in quo aegroti homines curan-

b) *Glosadores, canonistas y legistas*

La Edad Media nos muestra todos los gérmenes de la actual doctrina de la personalidad jurídica: glosadores, canonistas y legistas actúan, de una parte, sobre las fuentes justinianeas, y de otra, sobre la realidad de los nuevos hechos que los pueblos germánicos y la política contemporánea ofrecen. El derecho romano había partido de una tajante oposición entre el derecho público y el derecho privado, no admitiendo más centros de poder que el Estado y el Individuo, cada uno soberano dentro de su propia esfera. Los grupos sociales menores llevan una vida precaria, y nunca alcanzan una verdadera subsistencia independiente frente a la «civitas», ya que en ésta se integran como las partes en el todo. La Europa medieval ofrece, precisamente, el cuadro contrario: vaga e inconsistente la soberanía del Imperio y borrada toda distinción entre el derecho público y el derecho privado, surgen una serie de entes políticos menores, dotados de mayor o menor autonomía y se multiplican los fenómenos de vida corporativa, producidos por la necesidad de asociación de los individuos al faltar un Estado fuerte que les proporcione la debida garantía y defensa.

La moderna germanística (26), ha distinguido dentro de la fecunda floración de formas comunitarias, algunos tipos fundamentales, cuyas líneas no aparecen ciertamente bien delimitadas, pero que son útiles para percibir los rasgos más esenciales de los distintos grupos, y así, ante todo, se señala el contraste entre aquellos que reúnen un gran número de miembros, constituyéndose como asociaciones, y los integrados por un número reducido de individuos, que se configuran como comunidades. En las primeras, de tipo asociativo, la totalidad adquiere una cierta sustantividad y autonomía frente a sus miembros, llegando, cuando se transforma en corporación, a acusar una personalidad propia, dotada de fines específicos y de una voluntad propia, que puede llegar a constituirse por mayoría vinculante para la totalidad; estas entidades tienen su origen en la «Sippe» o grupo gentilicio y en las asociaciones territoriales o de marca.

Dentro de la enorme variedad de estas formas corporativas (asociaciones de cultivo, rurales, mineras, hidráulicas, gremios,

tura); «orphanotrophium» («in quo parentibus orbatu pueri pascuntur»); el «gerontocomium» («in quo pauperes et propter senectute solam infirmi homines curantur»), y el «brephotrophium» («in quo infantes aluntur»).

(25) Vid. LE BRAS: *Les fondations privées du Haut Empire, Studi Riccobono*, T. III, págs. 23 y sgs.; BOLKENSTEIN: *Wohltätigkeit und Armenpflege in vorschristl. Altertum*, 1939.

(26) Vid. GIERKE: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, T. I. *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Leipzig, 1868; T. II, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Leipzig, 1873; SOHM: *Die deutsche Genossenschaft, in los Festgabe für Windscheid*, Leipzig, 1888; KAUFMANN: *Altdenische Genossenschaften*, 1910, pág. 9-42; HAFF: *Grundlagen einer Körperschaftslehre*, 1915; HÜBNER: *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1930, págs. 123 y sgs.

ciudades, etc.), se pueden distinguir aquéllas en que impera una relación de poder, de las que se fundan en una igualdad entre todos sus miembros. En cuanto a los grupos comunitarios, carecen de sustantividad y se traducen exclusivamente en una titularidad colectiva sobre determinados bienes: «*Gemeinderschaft zur gesammten Hand*». No existen, sin embargo, insistentes, límites precisos entre estas figuras que surgen, no en virtud de un superior ordenamiento, sino con toda espontaneidad de la social convivencia, dándose frecuentemente el caso de que una determinada figura evoluciona de uno a otro tipo e incluso de figuras mixtas de difícil clasificación. Nada tiene que ver la clasificación del derecho en público y privado con el planteamiento de la cuestión, en un momento en que no existían términos hábiles para su juego, ya que el Estado no significaba nada entonces y el individuo, abandonado a su suerte, buscaba la cooperación y el amparo en la agrupación espontánea y libre en toda esta serie de organismos menores en los que se enlazan relaciones y poderes públicos por su naturaleza, con derechos y relaciones de índole privada, sin llegarse a una verdadera discriminación.

El derecho germánico ofrece, por lo tanto, una realidad nueva que interpretar, pero no un sistema de conceptos capaces de captarla: la elaboración de la doctrina había de ser obra de los glosadores, canonistas y legistas, partiendo de supuestos y de concepciones filosóficas en su elaboración. Fueron los glosadores los primeros en plantearse el problema de si la «*universitas*» es o no idéntica a sus miembros: todo su esfuerzo no consigue explicar la oposición que aparece en las fuentes romanas entre la «*subjetividad de derecho público*» y la «*personalidad de derecho privado*»; desconociendo tal distinción, subsumen bajo el concepto de «*universitas*» toda clase de unidad asociada como sujeto de derechos y obligaciones públicos o privados, incluso la Iglesia y el Estado, juntamente con todas las demás especies de agrupación o asociación humanas.

La utilización de la designación «*universitas*», no excluye en su técnica la utilización de otros términos, como «*corpus*», «*collegium*» e incluso «*societas*», siquiera a veces se intente una discriminación en el sentido de que «*universitas*» y «*corpus*», aparezcan como designaciones genéricas, reservándose la denominación «*collegium*» a las asociaciones «*simul cohabitantes*», y la de «*societas*» a las asociaciones de personas «*non cohabitantes*». Sin embargo, la terminología no se presenta demasiado rigurosa en las fuentes. Abundan en la «*Glossa*» las definiciones de la corporación, y así, como ejemplo, podemos señalar entre ellas la de PILLIUS, para quien: «*Collegium est personarum plurium in corpus unum quasi coniunctio vel collectio: quod generali sermone universitas appellatur, corpus quoque vulgariter apud nos consortium vel schola.*» O la de HUGOLINUS: «*universitas est plurium corporum collectio inter se distantium uno nomine specialiter eis deputato.*»

Se parte siempre de la concepción de la «universitas» romana, inspirada en la clasificación de los «corpora» ofrecida por la filosofía estoica: «Tertium (sc. genus corporum) quod ex distantibus constat, ut corpora plura (non) soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio grex» (27).

Es decir, que únicamente se lleva a efecto en estas definiciones la descripción, con un sentido nominalista, de determinados hechos sociales, desde un punto de vista meramente objetivo, sin señalar a tales grupos, cuya unidad radica en tener «un solo nombre», el ser considerados bajo una única designación, subjetividad jurídica ninguna. Tan lejos se está de toda teoría sobre la persona colectiva, que al incluirse a la Iglesia entre las universalidades, no interesa a los glosadores ésta como totalidad, sino tan sólo en cuanto aparece dividida en una serie de iglesias particulares, que son las únicas a las que hacen objeto de consideración jurídica, con lo que en definitiva siguen una tendencia ya manifestada en el derecho romano.

En este punto, una técnica incipiente, no totalmente desprendida de las concepciones populares, llega a la personificación del «locus pius» o «locus religiosus»: «Posset tamen pro Moysse allegari—decia AZÓN—quod plerumque dicitur ecclesia ipse locus parietibus circumdatus et consecratus: et alias dicitur ecclesia ius habere et possidere et vindicare... Unde videtur, quod talis locus sive parietes possideant etiam durante collegio, et vendicent per praelatos tamquam quilibet privatus per procuratorem vel colonum.» Y, siguiendo con ello una concepción pagana, se piensa en Dios y en los Santos, como titulares de derechos subjetivos.

Sin embargo, excediendo estas concepciones y subrayando el elemento humano que integra la Iglesia, es ésta definida por PLACENTINUS como «collectio vel coadunatio virorum vel mulierum in aliquo sacro loco constitutorum vel constitutarum ad serviendum Deo». Los glosadores llegan a concebir la corporación como un sujeto unitario, en cuanto consideran los miembros de la misma, por analogía con el cuerpo humano, ya que la corporación es un todo integrado por partes «in corpus unum», que permanece el mismo a pesar de la variación de sus miembros; pero no llegan nunca a dotarle de verdadera personalidad, y constantemente lo confunden con la «societas». Por otra parte, su patrimonio, concebido como distinto del de sus miembros, es considerado como «res nullius», no en el sentido de que se tratase de una cosa que pueda ser apropiada por el primer ocupante, sino más bien, por no existir una persona propiamente dicha capaz de ostentar la titularidad de los mismos; para PLACENTINUS, la «universitas» únicamente tiene un derecho de uso y disfrute sobre tales bienes, no siendo posible construir una verdadera propiedad de los mismos. Es ROFREDUS el primero que le reconoce tal derecho de propiedad. Por

(27) D. 41, 3, 30.

otra parte se discute, desde el punto de vista interno de la «universitas», la participación de sus miembros en tales derechos, intentando salvar la contradicción de las fuentes, que unas veces afirmaban: «quod universitatis est non est singulorum», distinguiendo al efecto, dentro del patrimonio social, diferentes masas de bienes sometidas a diverso régimen jurídico.

Es a la ciencia canónica, sin embargo, a quien corresponde dar el paso decisivo en esta materia. El Cristianismo había venido a destruir los fundamentos de la antigua teoría de la sociedad, en cuanto oponía al Estado terreno la Ciudad de Dios. Deja de ser el organismo político soberano la expresión más completa de la vida social humana, en cuanto existe una comunidad más íntima y más elevada, que une al Cielo con la tierra, asociando a sus miembros en un organismo vivo vinculado a la personalidad de Dios. El individuo deja de aparecer como mera parte del Estado, cuyo destino se agota en la vida del todo político: como personalidad inmortal, adquiere un valor absoluto y un fin transcendente. De esta forma surge el concepto de Iglesia como «Corpus mysticum Christi»; según la fórmula de San Agustín: «Civitas caelestis vel potius pars eius quae in hac mortalitate peregrinatur» (28). Como corporación aparece la Iglesia universal concebida como «congregatio fidelium», de fundación divina, como cuerpo místico que tiene en Cristo su cabeza y su fuente, dotado de su propia jerarquía, que culmina en el Obispo de Roma, el cual, como «vicarius Dei», de Dios recibe directamente la potestad.

No se plantea, sin embargo, el problema jurídico de la personalidad de este Cuerpo místico universal. Los canonistas, como antes los juristas romanos y los glosadores, únicamente se interesan por las «ecclesiae singulares», dotadas de cierta autonomía dentro del cuerpo de la Iglesia Universal, del que son partes integrantes. Frente a la antigua concepción, según la cual: «quod bona ipsa sunt loci incluso muro, ad instar vacantis hereditatis, quae vicem personam obtinet», las iglesias son ahora concebidas como entes colegiados, integrados por cabeza y miembros (obispo, abad, prelado de una parte, y de otra clérigos, canónigos, etc.). Un paso más en la evolución de la doctrina, y en aquella cabeza y estos miembros no se verá más que el «corpus» de la Iglesia, su representación, pero no la Iglesia misma. Se trata sólo de un «corpus fictum et repraesentatum», según la expresión del PANORMITANO.

Pero aun dentro de cada iglesia particular, se distinguen complejos de derechos independientes entre sí, sometidos a régimen jurídico distinto: una parte común, integrada por los llamados «iura communia» que comprende los bienes comunes (principalmente la «fabrica ecclesiae»), derechos y dignidades de la iglesia

(28) Vid. SAN PABLO: Corint. I, 12, 4-28; Ephes. I, 22-23; 4, 10 y sgs.; Rom. 12, 4-6; Colos. 1, 24.

misma (los llamados «spiritualia»), así como los derechos que constituyen su «status»; y frente a estos «derechos comunes», se oponen los llamados «bona et iura divisa (distincta seu discreta)», de los cuales una parte pertenece al prelado («mensa, res, iura episcopi, abbati, praelati»), y otra al capítulo o convento («mensa, res, iura capituli, conventis, collegii»). La representación y disposición de cada uno de estos elementos se hallaba regulada por sus propias normas, de donde se seguía la existencia de una serie de «corpora separata» dentro de cada iglesia particular.

De semejante manera era concebida la «ecclesia non collegiata»; así, los oficios dotados de su beneficio, y en general todas las prebendas eclesiásticas. Los clérigos, como usufructuarios, «pro prae-bendis suis possunt agere et conveniri», ya que: «imo haec prae-bendi potest habere iura sua et possidere sicut episcopatus, abbatia, hospitale vel quaecumque domus vel dignitas vel administratio». En cuanto a la naturaleza de estos «corpora», no se llega a una atribución expresa de verdadera personalidad, aunque a ello tiendan algunas de las denominaciones dadas a la Iglesia, como: «sponsa», «uxor», «mater», «filia», «patrona», «domina» lo que hace pueda llegar a afirmarse que: «ecclesia vicem persona obtinet»; y hablarse, como hace DURANTIS, de una «persona universitatis, collegii, municipii», y afirmarse, finalmente por Juan ANDRÉS, que la «universitas» es una persona, siquiera esta personalidad, según la doctrina general preconizada por INOCENCIO IV, sea una «persona ficta». Como entidad separada y distinta de los elementos que la integran, aparecen concebidas estas corporaciones, pudiéndose afirmar por el canonista antes citado, «et citentur... singuli et privati non tanquam singuli et privati, sed tanquam hi qui sunt de capitulo et qui cum aliis faciunt capitulum; aliter non valeret citatio, quia causa capituli non est singulorum et e converso».

Junto a la Iglesia y los entes menores en ella comprendidos, consideraban los glosadores al Estado, representado exclusivamente por el Imperio, lo que les llevaba a negar el carácter de públicas a las entidades políticas menores, reservando las denominaciones «res publica», «bona publica», «ius publicum», al primero, y considerando a las demás «loco privatorum», integradas en dicho Imperio, de la misma manera que había considerado Justiniano a los «municipia». Estos entes menores, por su confusión característica de las facultades de derecho público y las de derecho privado, y entre los conceptos de autonomía, jurisdicción y derechos de administración, pueden gozar, y de hecho gozan, de tales facultades públicas, las cuales no les pueden ser negadas por el Imperio, en cuanto constituyen—al modo del derecho feudal—verdaderos derechos adquiridos, hasta el extremo de que si bien se admitía la exigencia de una concesión imperial para su constitución y existencia, aparecía la prescripción como medio de suplirla, y así podía decir Alberico de ROSCIATE: «talís praescriptio aequiparatur de-

creto superioris», aunque en todo caso, la concesión, fundada en razones políticas, tuviese el carácter de un privilegio que podía conceder «solus princeps».

Los legistas, sin embargo, hablan ya de una «respublica imperii» y de una «respublica civitatis» o «municipii», reconociendo a cada corporación su propio «ius publicum». La única diferencia esencial entre unas y otras, aparece reflejada en la distinción de BALDO entre «universitates superiores recognoscentes» y «universitates quae superiores non recognoscunt»; sin embargo, la «potestas» de unas y otras, sólo discrepan en el grado, no en la calidad, y así se reconoce un derecho fundamental de toda «universitas», cual es la autonomía, o sea el «ius statuta condendi» y la «iurisdictio». Frente al principio «solus Princeps potest facere leges» se opone el de «civitas facit leges quae ligent tantum cives suos». Desde la Iglesia al Imperio, desde estos entes superiores a los más íntimos, e incluso a los tipos de asociación privados, se aplica el mismo concepto corporativo, ya que como hacia notar ZARABELLA: «quatenus sumuntur pro corpore repraesentativo constituto ex pluribus rationabilibus corporibus inter corpus solle gium capitulum et conventum nulla est differentia», son diferentes «ex aliis respectibus, non autem in essentiam».

Sin embargo, es forzoso reconocer que toda la doctrina de las corporaciones, tanto eclesiásticas como seculares, se desenvuelve, fundamentalmente en el campo del derecho público, siendo aceptada con dificultad en el del derecho privado. Así vemos cómo sin cesar se insiste en la distinción, ya señalada por INOCENCIO IV, entre corporación y sociedad. Así dice, por ejemplo, BALDO, que puede señalarse en las fuentes una «duplex societas»: una de ellas la «societas collegiata», que solamente existe cuando mediante una concesión legal o por acto superior le han sido conferidos los derechos de un «collegium»; tanto al exterior como en sus relaciones internas, aparece como un sujeto distinto de sus miembros, sus asuntos son resueltos «officio rectoris» o por acuerdos de las Asambleas, siendo intrascendentes en cuanto a ellos los actos de los «singuli», sin que se dé en contra suya la «actio pro socio», ni tenga valor alguno la minoría frente a la mayoría: «quia minor pars non respetatur esse quota pars, sed censetur esse tanquam singuli». Las otras sociedades encuadran en la categoría de la «societas proprie sumpta» que, como «societas singulorum», se resuelve tan sólo en un complejo de relaciones de una pluralidad hacia el exterior y de individuos entre sí en el interior, constituyendo el campo donde impera naturalmente la «actio pro socio». Sin embargo, con el tiempo se va produciendo una transformación de la sociedad en el sentido germánico, lo que hace se llegue a reconocer cierta sustantividad a todo ente social frente a sus socios (29).

Esta doctrina ha de perdurar hasta los tiempos modernos, sien-

(29) GUERKE: op. cit. T. III, págs. 419 y sigs.

do acogida, mediante la recepción en Alemania, y aceptada en sus líneas fundamentales en los demás países europeos. La ficción de un sujeto de derechos y deberes, no supone propiamente un concepto de la personalidad jurídica, y mucho menos una equiparación del sujeto colectivo al individual humano, sino simplemente un expediente técnico en virtud del cual se hace posible vincular un patrimonio a un ente social.

c) *La escuela del derecho natural y el derecho moderno*

En la Edad Moderna, la constitución de las Monarquías nacionales y con ella, la existencia de Estados dotados de la plenitud de la soberanía, teórica y real, vuelve a establecer el contraste entre el Estado y el Individuo, y hace perder importancia a todos los grupos políticos menores que habían mantenido su sustantividad durante la Edad Media, precisamente por la falta de un poder lo suficientemente fuerte para asegurar al individuo su subsistencia social y su amparo político. Cobra su sentido moderno la distinción tajante del derecho en público y privado, y la escuela del derecho natural racionalista, partiendo de esta base política y sociológica, tiende a menospreciar todo ente colectivo distinto del Estado.

Sin embargo, y aun dentro de esta escuela, ha sido posible señalar dos tendencias: una de ellas de carácter centralista (HOBBS, SPINOZA, ROUSSEAU, JUSTI, FICHTE, KANT), que sólo reconoce como corporación de derecho natural al Estado y a lo sumo a la familia, negando tal cualidad a todas las demás, que son sólo «societas arbitraria», las cuales deben su existencia únicamente al derecho positivo, siendo reducida su regulación a las normas privadas del contrato de sociedad. Otra segunda tendencia, en cambio, muy extendida por Alemania (ALTHUSIUS, LEIBNIZ), tiene un carácter en cierto modo federativo y reconoce sustantividad a algunos de esos entes colectivos menores, con los que establece una verdadera jerarquía que funda en el derecho natural y que responde a la situación política alemana, dividida en multitud de unidades políticas dispersas (30).

Fué, sin embargo, aquella tendencia centralista la que había de inspirar toda la legislación de la revolución francesa, y con ella, las normas de todas las legislaciones del grupo francés. A la segunda dirección, en cambio, se adscriben las legislaciones del grupo germánico. La revolución francesa había comenzado por des-

(30) MEVIUS admite la «societas domestica», «vicus», «pagi», «urbes», «étrae s. regna», «foedera»; MICRAELIUS, la «societas domestica», «vicus», «pagus», «tribus», «collegium», «corpus», «universitas», «oppida», «regiones», «civitas»; BECMANN, la «familia», «corpora», «collegia», «systemata», «respublica»; pero, por el contrario, para él «vicus», «pagi», «urbes», son solamente partes integrantes de la «respublica», y carentes, por tanto, de sustantividad. Vid. GREKE: *Die Stats- und Korporationstheorie der Neuzeit*, Berlín, 1911, págs. 498 y siguientes.

hacerse de todos los entes morales. Las leyes de enero de 1790, junio de 1791 y agosto de 1792, suprimieron todos los establecimientos civiles y eclesiásticos, prohibiendo la formación de otros nuevos y atribuyendo al Estado sus respectivos patrimonios. No obstante, en una Constitución de 5 de termidor del año III, hubo de restringirse la prohibición a aquellos entes que fuesen contrarios al orden público. Es curioso que la legislación revolucionaria, mientras por una parte destruía la personalidad de los entes morales, declaraba y reconocía por otra el derecho de asociación que aparecía como una de las libertades innatas del hombre y del ciudadano, con lo que se separaban como conceptos o ideas distintos al asociarse del tener personalidad. Esta última era un privilegio del Estado, en tanto que la facultad de asociarse constituía un derecho natural.

El antiguo régimen en Francia, era el siguiente: el derecho de asociación es ejercitado bajo la vigilancia del Gobierno, a quien compete su autorización; pero las asociaciones, aun las autorizadas, no gozan de personalidad jurídica, sino cuando son reconocidas como establecimientos de utilidad pública, lo que exige a su vez una declaración especial. Este sistema restrictivo fué, sin embargo, sucesivamente mitigado: primeramente se dictaron leyes aisladas que concedían en bloque personalidad jurídica a ciertas especies de asociaciones, hasta que finalmente se dictó la Ley de 1 de julio de 1901, que estableció el principio de libertad de asociación sin necesidad de autorización o declaración previa ninguna, dependiendo la capacidad de tales asociaciones, de su cualidad y forma de constitución. Así pueden distinguirse: 1.º Asociaciones libremente formadas, sin autorización alguna, las cuales no gozan de capacidad jurídica (Asociaciones no reconocidas); 2.º Asociaciones declaradas las cuales, en virtud de una declaración preventiva, formulada en la Prefectura, adquieren una capacidad limitada, pudiendo comparecer en juicio, adquirir a título oneroso y poseer bienes, pero sólo en la medida exigida por su propio fin; 3.º Asociaciones de utilidad pública que, en definitiva, tan sólo se diferencian de las anteriores en cuanto pueden adquirir a título gratuito. Las Asociaciones religiosas están terminantemente prohibidas.

El sistema germánico está representado en su forma más característica, por el Código civil alemán, el cual distingue las personas jurídicas de derecho privado (Asociaciones y fundaciones), y las personas jurídicas de derecho público. En cuanto a las Asociaciones privadas, es preciso distinguir las que tienen un objeto ideal (religioso, artístico, científico, filantrópico, etc.), de las que persiguen un fin económico de ganancia. Entre el sistema de la concesión que subordina la adquisición de la personalidad a un acto especial de reconocimiento por el Estado y el sistema de la libre formación corporativa, que presenta peligros para la seguridad del comercio y para el interés general, el legislador alemán eligió el

sistema intermedio de la reglamentación legal o normativa, el cual hace adquirir automáticamente la capacidad jurídica a una asociación singular, una vez que se realiza su inscripción en un registro público. Las Fundaciones, en cambio, y las Sociedades que persiguen un fin económico, exigen una concesión estatal, si bien existen numerosas normas referentes a Sociedades Anónimas, de responsabilidad limitada, Cooperativas, Asociaciones mineras, etcétera, que conceden a tales organismos la personalidad, sin otro requisito que el de la inscripción registral correspondiente. Esta depende sólo de que la Sociedad reúna las condiciones legales genéricamente exigidas para las de su clase.

El Código civil español es seguramente el primero que ofreció una regulación general de la personalidad jurídica, dando a este concepto la extensión más amplia, ya que no solamente se aplica a las Asociaciones de interés público, sino también a las que denomina de interés o utilidad privada, o más concretamente, a las Sociedades o Compañías civiles y mercantiles. El punto de vista del legislador parece ser el siguiente: 1.º Distinguir tres tipos de entes colectivos: *a)* La Corporación, que debe su origen a una ley, tiene carácter público por su finalidad y funciones que realiza, aunque para obtener tales objetos precise de una base patrimonial, lo que determina su capacidad como sujeto de relaciones jurídicas privadas, tanto en el campo de los derechos reales, como en el de las obligaciones; *b)* La Asociación, que debe su origen al convenio entre las personas individuales que la integran, y que puede tener como objeto un fin de utilidad o interés público, o una finalidad de interés privado o particular. La pertenencia de los asociados al grupo, depende exclusivamente de su voluntad individual, y de ella también la subsistencia del mismo, en lo que estriba su radical diferencia de las Corporaciones; *c)* Las fundaciones, que pueden servir un interés público o particular, según los casos, se basan en todo supuesto en la voluntad del que las instituye, y se caracterizan esencialmente por la afección de un determinado patrimonio a un fin, a cuyos efectos ha de dotárselas en el acto fundacional de los órganos necesarios para su servicio: a diferencia de las Corporaciones, deben su origen a un acto individual y no a una Ley, y, a diferencia de las Asociaciones, su subsistencia no depende de la voluntad de los órganos que las integran.

2.º Las Asociaciones son de carácter público o privado, según tengan o no el carácter de Sociedades civiles o mercantiles (en estas últimas se incluyen también las industriales a que hace referencia el artículo 35 del Código civil en su párrafo segundo). O lo que es lo mismo, que el concepto de asociación de interés público, según la fórmula adoptada por el artículo 1.º de la Ley de 30 de junio de 1887, comprende «las Asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia. Se registrarán también por esta Ley las Sociedades de

Socorros Mutuos, de Previsión, de Patronato y las Cooperativas de producción, de crédito o de consumo». Han de constituirse necesariamente en la forma prevista en dicha ley, disponiéndose por el artículo 1.º del Decreto de 25 de enero de 1941, que aquéllas no pueden—salvo las excepciones que el mismo indica—constituirse sin la aprobación del Ministerio de la Gobernación, añadiendo en su artículo 9.º que el incumplimiento de las disposiciones de dicho Decreto, lleva aparejada la falta de personalidad jurídica.

3.º En cuanto a las Asociaciones de interés particular, según el artículo 36 del Código civil, se regirán «según las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste». Es decir, se identifican con la sociedad civil o con la mercantil, en cuanto tienen por exclusivo objeto la obtención del lucro o la ganancia. Tales Sociedades gozan de personalidad jurídica, sin necesidad de autorización especial; en cuanto a las Sociedades civiles se refiere, pueden constituirse en cualquier forma, «salvo que se aportaren a ellas bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública» (art. 1.666), si bien, según el artículo 1.669 del Código civil «no tendrán personalidad jurídica las Sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que de éstos cada uno contrate en su propio nombre con los terceros»; en cuanto a las Sociedades mercantiles, «tendrán personalidad jurídica en todos sus actos y contratos», según el artículo 116 del Código de Comercio, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 119 del propio Cuerpo legal, es decir, otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro mercantil. Tanto unas como otras, se hayan excluidas del régimen común de las Asociaciones de interés público, por imperativo del propio artículo 1.º del Decreto de 25 de enero de 1941.

4.º En cuanto a las fundaciones, como observa CASTRO, «las leyes desvinculadoras vedan terminantemente y del modo más general, las vinculaciones y las prohibiciones de disponer. Una sola excepción se hace, y es en favor de las fundaciones benéficas fundadas y dirigidas por particulares; mas es porque en ellas se atiende a los intereses «colectivos», a los intereses «públicos». Por ello, con exactitud a la que no se ha hecho la debida justicia, el Código civil sólo admite como personas jurídicas las «fundaciones de interés público reconocidas por la ley», es decir, aquellas permitidas y reguladas por las disposiciones sobre beneficencia» (31). Por otra parte, como observa CASTÁN, no hay ningún precepto que imponga como requisito para su nacimiento la aprobación del Estado; así lo reconoce la sentencia de 7 de abril de 1920 y lo determina, sobre todo, con claridad respecto a las fundaciones benéfico-docentes, el

(31) CASTRO: *Sobre la pretendida validez de las fundaciones familiares*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1953, pág. 645. Véase, en sentido contrario, CÁRDENAS, *Las fundaciones familiares del Derecho privado*, en la «Revista de Derecho Privado», 1952, págs. 579 y sgs.

Real Decreto de 27 de diciembre de 1912, en sus artículos 9 y 10 (32).

d) *Las funciones de la personalidad jurídica*

¿Qué es lo que afirmamos cuando decimos que un determinado complejo de personas, de bienes o de relaciones se halla dotado de personalidad jurídica? O, lo que es lo mismo, ¿qué es lo que tienen en este punto de común figuras a primera vista tan diversas como el Estado, la Sociedad Anónima, un Círculo de recreo, un hospital, un Sindicato, una Asociación deportiva o una Compañía regular colectiva? Quiere decirse con ello que a los efectos jurídicos todas estas entidades se encuentran asimiladas a la persona humana y son sujetos de derechos y obligaciones en el mismo sentido en que lo es el hombre? Afirmar que la persona jurídica que, como hemos visto, carece de un verdadero sustrato ontológico y moral, de una sustantividad propiamente dicha, es un sujeto de derechos y obligaciones, o, si se prefiere mejor, un centro de imputación de relaciones jurídicas determinadas, es no decir nada útil, si a continuación nos vemos en la necesidad de aclarar que es un sujeto que no puede ser identificado con el sujeto humano, que entre un hombre y una persona colectiva no puede existir sino una similitud muy relativa (33). Por otra parte, si se reconoce esa personalidad a ciertas agrupaciones humanas, ¿por qué razón se les niega a otras? Si la concesión de personalidad jurídica a la sociedad obedece a alguna razón intrínseca, ¿por qué se niega esa personalidad a las llamadas Sociedades de hecho y a las que no han cumplido los requisitos formales externos? ¿Por qué no se reconoce esa personalidad a las distintas formas comunitarias, en las que, por ejemplo, a efectos de administración rige el principio de mayo-

(32) CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, T. I, vol. 2.º, Madrid, 1952, págs. 289 y 290.

(33) Analizando los aspectos jurídicos del capitalismo moderno, RIPERT se ocupa de las personas morales: «El hombre—dice—ha creado estos seres a su imagen y semejanza, les ha dado personalidad jurídica, una personalidad jurídica semejante a aquella que es reconocida a los individuos. La gran habilidad consistió en considerar la personalidad de los seres morales como exactamente igual a la de los seres humanos.» Como las personas físicas, las jurídicas tienen un nombre, una nacionalidad, un domicilio, una capacidad. Lo mismo que el niño concebido es una persona jurídica antes de su nacimiento, la sociedad aparece en la vida del derecho antes de ser definitivamente constituida. Y lo mismo que la muerte de la persona física, la disolución de una persona moral ha dado lugar a la prohibición de sustituciones. De esta manera, la sociedad parece equipararse a las personas físicas. «Falsa igualdad, concluye, porque es un ser sobrehumano. La sociedad está fuera del derecho común.» Nace adulta, en plena fuerza, poderosa y rica. Una vez creada es dueña de su vida y de su muerte. Nada le aparta de la función para la cual ha sido creada. Se une a otras Sociedades, por uniones más o menos secretas: «No se nos puede hacer creer que estos gigantes han sido creados a imagen y semejanza del hombre, y tallados con la misma medida. Es preciso no dejarse captar por la ilusión de esta forma humana» (*Aspects juridiques du capitalisme moderne*. París, 1947. págs. 70 y ss.).

rias, y se le concede, en cambio, a la sociedad de dos socios cuyos estatutos exigen para cualquier actuación el acuerdo unánime y la gestión mancomunada? ¿Por qué razón se admite como persona a la Sociedad de responsabilidad limitada, y se niega tal condición a la llamada Asociación de cuentas en participación? ¿Cómo se concede personalidad a las Asociaciones regulares colectivas, a pesar de la continuidad que en las mismas existe entre el patrimonio social y el de los socios a efectos de responsabilidad por las deudas sociales?

Esta realidad contradictoria ha llevado a los autores a pensar que entre los grupos desprovistos de personalidad y aquellos otros que la poseen plenamente, deben establecerse una serie de gradaciones intermedias, y así la doctrina viene hablando de sociedades sin capacidad jurídica, de personas parciales, de medio personas, de personas de capacidad negocial limitada, de personas en la relación interna, de personas relativas, de «individualidades» de «pequeña personalidad» de «de facto corporation», de «corporation by stoppel», etc. (34). La cuestión se complica en cuanto la realidad actual nos ofrece una serie de agrupaciones y de relaciones de coordinación y dependencia, no sólo de individuos, sino de personas colectivas que, aunque exteriormente se presenten como grupos distintos, constituyen en la realidad una sola unidad económica: origen de los capitales, personas de los administradores, fines de la actividad, son en esencia comunes; por lo que parece que la noción de grupo debe superponerse a la de sociedad, para organizar en la vida jurídica la unión de personas morales distintas, pero orientadas hacia un mismo fin de producción.

La crisis actual del concepto de persona jurídica, deriva por tanto, de su insuficiencia para explicar una serie de fenómenos de vida colectiva, y de otra de su falta de contenido y excesiva vaguedad, en cuanto no supone un orden perfectamente delimitado, una estructura de términos precisos y concretos, capaz de aplicarse, sin alteración, a los distintos supuestos que en la práctica se ofrecen. Ello explica, por otra parte, todas las aplicaciones abusivas que de la misma se vienen haciendo, unas veces con fines de defraudación fiscal, y otras con la intención de limitar la responsabilidad individual, como ocurre, por ejemplo, en las llamadas sociedades de un solo hombre, constituidas con la colaboración de un testaferro (35).

(34) Vid. DURAND: Loc. cit., págs. 143 y ss. También HAMEL: *La personne liée morale et ses limites*, 1949; COULOMBEL: *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*. Nancy, 1949. pág. 143 y ss.

(35) Vid. GARCÍA ALVAREZ: *La O. I. persona jurídica mercantil de fisonomía unipersonal*, 1944; TRIÁS DE BES: *La limitación de responsabilidad de las empresas individuales*, en los «Anales de la Academia Matritense del Notariado». Madrid, 1947, pág. 364-379; PALÁ MEDIANO: *Sociedades unipersonales*. Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia (reseñada en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1947, págs. 507-514); BOTER: *Anónimas unipersonales*, en la «Revista de Derecho Privado», 1947, págs. 31 y ss; SOLÁ CAÑIZARES: *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*, en «Rivista trimestrale di Diritto commerciale», 1948, págs. 376 y ss.

Ahora bien, a pesar de tales imperfecciones, es un hecho indudable que un concepto de tan antigua historia como este de la personalidad jurídica, y que tan útiles funciones ha venido desempeñando, no puede, sin más ser desechado, máxime cuando falta otro de más precisas líneas que pueda venir de momento a sustituirlo (36). Lo que ocurre es que cuando nos preguntamos si un ente determinado goza o no de personalidad, y cuando se la atribuimos a una determinada agrupación humana, no siempre atribuimos a aquella pregunta o a esta atribución el mismo alcance, a no ser que empobrezcamos de tal manera este concepto, que lo reduzcamos a un mero problema de imputación formal. Es decir, que queramos sólo expresar qué determinados efectos jurídicos pueden serle vinculados unitariamente y hecha abstracción de las personas individuales que en dicho grupo se integran.

O lo que es lo mismo, que no es suficiente el atribuir a un determinado complejo de personas, bienes y relaciones la personalidad jurídica para resolver con ello todos los problemas que puede suscitar su actuación unitaria en el campo del derecho, sino que es preciso en cada caso determinar cuál sea el contenido a tal personalidad. Admitido por la ley natural el derecho del hombre a asociarse a sus semejantes, y a alcanzar de este modo fines que excedan en el tiempo de su propia vida personal, es, sin embargo, irrefutable que no toda forma de asociación determina necesariamente el nacimiento de una personalidad jurídica colectiva. La técnica ha arbitrado diferentes medios para la consecución de tal finalidad: el fideicomiso romano, la «Gemeinschaft zur gesammten Hand» del derecho germánico, el «trust» del derecho anglosajón, son ejemplos que nos demuestran cómo puede llegarse al logro de tales fines sin necesidad de acudir a una verdadera personificación.

(36) Recientemente hacía notar CASTRO que la concesión de la personalidad jurídica a las Sociedades Anónimas, es algo que está en pugna abiertamente con la tradición, ya que «en ningún caso autor alguno, ni el de más laxo criterio, pudo pensar que mediante el contrato de sociedad sea posible crear una persona jurídica. Doctrina lógica, pues, para la técnica jurídica era y es indudable que: a) El contrato de sociedad crea una relación obligatoria, y como tal, dependiente de la voluntad de los socios; b) Que mediante el contrato de sociedad las aportaciones pueden tomar cierto carácter unitario (patrimonio colectivo o comunidad en mano común), que les separa del patrimonio personal de cada socio, pero que no se independiza totalmente de la voluntad ni de los patrimonios de los socios. Había además otra razón, quizá más decisiva: la de que la doctrina, conforme a la tradición romanista, sólo consideraba personas a las entidades que tenían vida independiente de sus miembros y eran de interés público. «corpus» o «universitas», caracterizados internamente porque su continuidad no dependía de la voluntad y existencia de sus miembros». Y más adelante concluye que: «al calificarse de persona jurídica a la Sociedad Anónima, se abandonó el sentido con que naciera el concepto de personalidad jurídica, identificándolo con el de capacidad, vaciándolo de contenido y haciéndolo en fin completamente inútil. Si se quiere utilizar la persona jurídica como concepto técnico, será preciso partir de que la sociedad no merece la consideración de persona jurídica». (*La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, en el ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1949, págs. 1308 y 1414).

Por otra parte, las formas de comunidad ordinarias y especiales, el lazo de solidaridad en las obligaciones, y, en general, los diferentes mecanismos representativos, permiten formas de actuación común sin necesidad de llegar a la constitución de una verdadera personalidad jurídica.

Ahora bien, ¿qué es lo que realmente se añade a una agrupación humana cuando se le confiere la personalidad jurídica? En la anterior exposición histórica, hemos podido comprobar que ésta representa un concepto elaborado dentro del ámbito del «*ius publicum*», es decir, que el problema de las corporaciones no se suscita como problema de carácter patrimonial, sino más bien como problema estrictamente político. No se trata tanto de determinar la existencia de una masa de bienes independiente, como de fijar el margen de poder y autonomía que había de reconocerse a una voluntad política integrada por las voluntades de los órganos del complejo corporativo. Es decir, que para los glosadores y legistas, como anteriormente para los juristas romanos, el problema fundamental de la «*universitas*» o «*collegium*», no era su patrimonio, sino su autonomía, o lo que es lo mismo, su capacidad normativa y jurisdiccional: se trataba de organizaciones humanas capaces de dotarse a sí mismas de su propio ordenamiento y de conseguir, por sus propios medios, la realización de sus normas o estatutos. Sólo secundariamente se tenían en cuenta, en unos momentos en que todavía no se había llegado a una discriminación de las facultades públicas y las privadas, los problemas de propiedad y responsabilidad pecuniaria. Los canonistas, en cambio, aun sin descuidar tales cuestiones, a través de sus conceptos de «*pia corpora*» y «*locus religiosus*», consideran ante todo la capacidad patrimonial del ente corporativo, en cuanto su problema fundamental no es otro que el de separar los distintos complejos de bienes y derechos, según sus concretos fines institucionales, y, en cierto modo, su construcción se funda en ideas propias del derecho privado. Sin embargo, conviene destacar que en ningún momento llegaron a considerar estos «*corpora*» como sujetos privados propiamente dichos; más bien su intento consistía en adscribir un patrimonio a una persona pública, la cual no perdía por ello tal carácter, y así el derecho de los «*collegia*» seguía siendo un «*ius publicum*».

No obstante todos estos «*corpora*» o «*collegia*», tenían una subsistencia independiente de la de sus miembros, la cual, además no dependía en modo alguno de la voluntad de éstos; fué en el siglo XIX, según hemos visto, cuando se extendió ese concepto a las Sociedades o Asociaciones privadas, constituidas por la voluntad de los individuos, dependientes en su subsistencia de esa libre voluntad y persiguiendo con exclusividad un fin de lucro. Pasa en ellas por lo tanto, el elemento patrimonial, a ser lo decisivo, en tanto que la autonomía estatutaria y jurisdiccional, o desaparece totalmente o es reducida un mínimo, ya que el organismo pasa a

ser simplemente un instrumento de adquisición de bienes, perdiendo totalmente su función política. Precisamente en esta inversión de los elementos que integran la personalidad jurídica, estriba la deformación de su concepto en la época presente. Sin embargo, y aun persistiendo esta misma deformación, el siglo xx viene a ofrecernos un nuevo panorama: en esas sociedades, el fin egoísta, individual o de ganancia y lucro, pasa a segundo término en la consideración jurídica, y en cambio, la producción de bienes a que las mismas se dirigen, llega a ser lo fundamental, con lo que el derecho público invade nuevamente el campo de la asociación privada, y ésta, en cierto modo, se integra en el sistema de fines de interés público, excediendo del puro interés privado de sus socios, y haciéndose, en relativa medida, independiente de la voluntad de éstos, en cuanto el Estado la interviene, no sólo con sus normas y limitaciones, sino incluso con su propia actividad administrativa.

Pero al mismo tiempo, y por otra parte, se produce un fenómeno inverso: el derecho público utiliza en sus propios establecimientos, el concepto deformado que de la persona jurídica han elaborado los civilistas, constituyéndoles como entes puramente patrimoniales, pero carentes de jurisdicción y autonomía. Aun admitiendo la teoría de la personalidad unitaria de la Administración (37), es indudable que la realidad administrativa se desenvuelve a través de una serie de entes menores que constituyen una verdadera jerarquía y a los que a veces se reconoce una personalidad jurídica independiente, aunque integrada en la general del Estado (38). Prescindiendo de las Cajas especiales de gestión autóno-

(37) La doctrina de la personalidad unitaria del Estado, es de origen moderno y se produce en Alemania, con la famosa recensión de ALBRECHT a la obra de MAURENBRECHER, publicada en los «Göttinger gelehrte Anzeigen», siendo, como observaba FORSTHOFF, de carácter puramente especulativo (vid. MAYER: *Die juristische Person und ihre Verwendbarkeit im öffentlichen Recht*, en los *Staatsrechtliche Abhandlungen*. Laband Festgabe, T. I, 1908). El derecho francés, por el contrario, se fijó preferentemente en las personas administrativas, fiel a su sistemática romanista de sujetos, derechos y acciones, siendo la personalidad de la Administración consecuencia de las necesidades prácticas exigida por la idea de responsabilidad. En tal sentido pudo decir HAURIOU que: «el objeto del derecho administrativo, como de todas las ramas del Derecho, debe ser la reglamentación de los derechos; estos derechos no podían ser más que de personas administrativas; consiguientemente, la personalidad de la Administración es el pivote del Derecho administrativo, como la personalidad civil era el fundamento del derecho privado» (*Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit*, en la *Revue critique*, 1887, págs. 373 y ss.).

(38) Así se distingue las personas administrativas de carácter territorial (Estado, Provincia, Municipio) de las de carácter institucional, en las que el territorio sirve exclusivamente de demarcación de su competencia en el espacio (por ejemplo, el I. N. I., el Instituto Nacional de Previsión); las primeras actúan una generalidad de fines y servicios; las segundas actúan sólo unos servicios especiales. Pero la verdadera proliferación de sujetos de derecho público, de personas administrativas, surge en el derecho moderno ante la práctica de una autonomía financiera exigida por determinados entes. Por otra parte, esta personalidad formal tiene poca importancia jurídica si se la compara con la transcendencia que implica su configuración como Cajas especiales de gestión autónoma. Así, por

ma, las cuales a pesar de su autonomía financiera, en pocos casos reciben una personalidad jurídica independiente propiamente dicha, nos ofrece el mundo moderno el fenómeno de que al extenderse los fines del Estado, invadiendo incluso el campo antes acotado a las actividades privadas, se produce una transformación del concepto de «establecimientos públicos» o «servicios personificados»: un establecimiento público era una persona administrativa creada para la gestión y prestación de un servicio público especial; pero las modernas empresas nacionalizadas rebasan el concepto tradicional, y así hoy día puede hablarse de establecimientos intervencionistas y corporativos, en cuanto la nueva forma de producción de bienes que caracteriza a la Administración de nuestro tiempo, es decir, la actividad industrial del Estado, se lleva a cabo a través de distintos medios y organizaciones, muchas de las cuales gozan de personalidad jurídica. Y, lo que es más interesante, esta personalidad se configura, no al modo de la tradicional de las personas públicas, sino según la técnica del derecho privado. O lo que es lo mismo, que a través de estos organismos el derecho público, que creó originariamente la doctrina de la personalidad jurídica, la cual fué luego admitida por la civilística, con determinadas deformaciones, vuelve a recibir tal doctrina en la forma que la misma adoptó dentro del derecho privado (39).

Vemos, por tanto, cómo la distinción entre el interés público y el interés particular va perdiendo sus contornos precisos, hasta el extremo de que, aun en aquellas entidades que persiguen el lucro, aparece como decisiva la producción de bienes mediante la cual aquél se logra, y esa producción es considerada como de interés general y público, lo que hace posible la participación activa del Estado en organizaciones que eran citadas antes como características de la asociación privada, con lo que se explica que se borren cada día más los contornos que antes las diferenciaban, y se comprende el movimiento creciente de la intervención estatal

ejemplo, tenemos la municipalización de servicios, el órgano especial con hacienda independiente y sin personalidad jurídica.

(39) Entre estas organizaciones, podemos señalar: I. Los entes autónomos con personalidad; en ellos se dan dos tipos, los que gozan de «imperium» administrativo en su organización y en sus relaciones con los terceros, y que pudieran denominarse «establecimientos públicos intervencionistas»; y los que gozan sólo del «imperium» en sus relaciones internas y de organización, que son las empresas públicas, las cuales carecen de prerrogativas en el mercado; II. Producción a través de entes sin personalidad diferenciada: empresas propias; III. Formas de sociedad, bien de un solo socio, admitidas por el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas cuando se trata del Estado, Provincia o Municipio, o bien en forma de empresas de economía mixta. Vid. DRAGO: *Les crises de la notion d'établissement public*, Paris, 1950; MIELE: *La distinzione fra ente pubblico e privato*, en «Rivista di diritto commerciale», 1942; DE FRANCESCO: *Persone giuridiche pubbliche e loro classificazione*, en *Studi in onore di Vacchelli*, 1938, pág. 18; DE CAPRARIS: *Ancora sulla distinzione fra enti pubblici ed enti privati*, en «Foro Italiano», 1938; GIROLA: *Enti parastatali*, en *Studi Urbinati*, II, 1929; MAURO: *Sul concetto di ente parastatale*, en la «Rivista di diritto pubblico», 1934; VASALÁ: *L'ente parastatale nell'ordinamento giuridico italiano*, 1939.

en la economía privada. Por otra parte, la Administración no se limita a intervenir la actividad de las personas jurídicas privadas, sino que, como hemos visto, actúa ella misma a través de organismos contruidos de análoga forma a la de las asociaciones propiamente privadas, y así tenemos que las personas jurídicas de derecho público, en cuanto desenvuelven una actividad propiamente patrimonial, han de sujetar su actuación, salvo norma especial en contrario, a las normas comunes del derecho civil, comportándose, por tanto, en tales relaciones como los sujetos de derecho privado.

En realidad, esta interpenetración del derecho público y el derecho privado excede del campo de la personalidad jurídica, actuando más bien a través del nuevo concepto de empresa, sin discriminar en cada caso si se trata de una empresa individual o de una empresa colectiva. Con ello pasa a segundo término la consideración de la personalidad, y ocupa el primer plano la organización de personas, cosas y relaciones objetivamente considerada, hecha abstracción del sujeto o sujetos titulares del patrimonio. No es, por tanto, la titularidad, sino la organización la que interesa, en cuanto la misma se dirige a una finalidad que no se agota en la utilidad, lucro o ganancia de esos titulares, sino que, en cuanto afecta a la producción de bienes, está vinculada al interés público, y en cuanto en esa organización se hallan integrados, junto a los titulares del patrimonio todas aquellas personas que en la misma colaboran con la prestación personal de su trabajo. Esto determina que en el seno de la empresa se sustituya a tales efectos la idea de titularidad, propia de la persona jurídica, por la idea de órgano, y se construya, por tanto, la relación que une a las distintas personas que colaboran en la empresa, como una relación orgánica.

Esta concepción conduce, en cierto modo, a considerar al hombre no como titular de derechos, como persona, sino como mero órgano dentro de un complejo de relaciones objetivado. Hablar de órgano es algo distinto que hablar de representación, ya que ésta implica necesariamente una relación entre dos personas (representante y representado), que tiene su origen en el negocio jurídico (representación voluntaria) o en la ley (representación legal), y que se reduce a una actuación en nombre ajeno, en una sustitución de la voluntad del representado por la del representante, cuyos efectos jurídicos son directamente imputables a aquél. El órgano, por el contrario, supone una relación de orden, en que las facultades de disposición se encuentran limitadas por la propia organización, que es la que en definitiva fija los ámbitos de competencia de los diferentes órganos, ya que en cuanto la organización se integra e identifica con el órgano mismo, falta aquí la duplicidad de personas propia de la representación. En definitiva, el órgano no es otra cosa que un complejo de competencia que se concreta en una determi-

nada persona física (40). Hemos de prescindir aquí del problema de si la voluntad del órgano es psicológicamente distinta de la de la persona o personas físicas en que aparece corporizado, o lo que es lo mismo, si existe una «voluntad colectiva» distinta de la voluntad de los individuos que la producen (41): baste decir que la voluntad manifestada por los titulares de un órgano dentro de los límites de su respectiva competencia es vinculante para todos los miembros, y con ello, eficaz para la organización en el plano jurídico, y que ello es independiente de que dicha organización tenga o no personalidad jurídica; piénsese, por ejemplo, en la posición jurídica del factor mercantil, o en los acuerdos de los Comités de Empresa, aun en aquellos casos en que se trate de empresas individuales.

Ahora bien, si nos encontramos con que la empresa puede encontrar integrada por una pluralidad de personas, sin dejar por ello de ser una empresa individual, en cuanto el titular de su patrimonio sea una persona individual o varias pro indiviso, ¿cuándo habremos de concluir que estas distintas personas agrupadas en la empresa o, en general, en cualquier otro tipo de agrupación humana, constituyen, además, una personalidad jurídica? Se ha pensado que la raíz de esta nueva personalidad, la esencia de la persona colectiva, radica en la existencia de una voluntad colectiva. Sin embargo, esto no es cierto más que con ciertas limitaciones: en principio, toda agrupación humana, constituya o no una personalidad jurídica, exige un determinado ordenamiento que haga posible la acción común y la convivencia de los distintos elementos que lo integran. Este ordenamiento puede serle impuesto desde fuera, o producirse, por el contrario, de modo autónomo por libre determinación de las personas integradas en el referido ordenamiento, por decisión de los órganos mismos de esa agrupación.

La fórmula más simple para conseguir este objetivo no es otra que el contrato, es decir, el consentimiento unánime de todos los interesados, los cuales quedan vinculados precisamente por su propia voluntad; pero la relación contractual es en principio, en cuanto supone unanimidad, algo que difícilmente se compagina con la idea de corporación, que exige, en cuanto la unanimidad no es posible en todos los casos, la constitución de un sistema en virtud del cual pueda producirse una norma vinculante para los miembros de esa comunidad, sin que los mismos le presten su consentimiento, e incluso contra su expresa vo-

(40) WOLFF: *Organschaft und juristische Person*, T. II, «Theorie der Vertretung», Berlín, 1934, págs. 228 y ss. y 294 y ss.

(41) Vid. MEURER: *Die juristischen Personen nach deutschen Reichsrecht*, Stuttgart, 1901, pág. 158; HAFF: *Grundlagen einer Körperschaftslehre*, T. I, Leipzig, 1915, págs. 2 y ss. y en *Institutionen der Persönlichkeitslehre*, Berlín, 1918, pág. 68; RHODE: *Juristische Person und Treuhand*, Berlín, 1932, pág. 37; WOLFF: *Juristische Person und Staatsperson*, Berlín 1933, págs. 30 y ss.

luntad, se impone. Ello puede lograrse por uno de estos dos sistemas: o bien reduciendo las relaciones orgánicas de esa comunidad a relaciones de poder, en virtud de las cuales sus miembros quedan obligados a aceptar las normas establecidas por aquel o aquellos a quienes ha sido conferida la autoridad sobre el grupo (es decir, por los órganos rectores del grupo), o bien reconociendo a la misma comunidad, como totalidad, tales facultades e imponiendo como vinculante el acuerdo de la mayoría. En tal sentido se dirigieron todos los esfuerzos de la filosofía política griega a discriminar los núcleos de poder dentro de la organización comunitaria: monarquía, aristocracia, democracia.

Tal doctrina, orientada tan sólo en relación al grupo político perfecto que representaba la Ciudad-Estado, es decir, la comunidad soberana, se extiende luego a las comunidades subordinadas, a las «universitates superiores recognoscentes», y así se establece un principio de autonomía a favor de los entes políticos menores, que no discrepa esencialmente, sino tan sólo en el grado, de los entes soberanos, con lo que surge la ley particular frente a la ley general, el estatuto frente al derecho común. Por esto se afirma por los juristas medievales que cada «universitas» tiene su propio «ius publicum», estudiándose las relaciones entre este derecho público de cada corporación y los derechos públicos de las demás corporaciones que le están subordinadas o que le son superiores. En el derecho moderno, y al trasplantarse al derecho privado el concepto de persona jurídica, se extiende esta autonomía incluso a los entes de derecho privado, pero produciéndose en cierto modo una confusión, en cuanto no se distingue siempre en debida forma entre esta facultad estatutaria y el contrato: no se trata de actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas, sino más bien de producción de verdaderas normas de derecho objetivo, de valor general para todos los miembros del grupo; una sociedad anónima, por ejemplo, no sólo tiene la facultad de dictarse sus propios estatutos, sino incluso la de modificarlos por acuerdo mayoritario que vincula a todos los accionistas, constituyendo tales estatutos normas de derecho objetivo propiamente dicho, por lo que los acuerdos sociales que las vulneran son impugnables por los propios accionistas. Pero esta facultad estatutaria no sólo se da en la empresa colectiva, sino también en la individual: piénsese, por ejemplo, en las llamadas «reglamentaciones de empresa», que vinculan a todos los que participan en la organización con su trabajo.

No se agota, sin embargo, la autonomía en el derecho de estatuir normas objetivas de conducta, sino que se extiende, además, a todos los actos de realización de las mismas: actos administrativos y actos jurisdiccionales, y en tal sentido se extiende la competencia de los órganos del grupo social a todas las actividades de gestión y disciplina necesarias, siquiera en relación exclusiva a los miembros que pertenecen al grupo, y dentro

del sistema de limitaciones impuestas por la autoridad del Estado de que dicha agrupación forma parte integrante. Esta actuación de carácter disciplinario y ejecutivo se produce no sólo dentro de la persona colectiva, sino también dentro de la empresa individual. De lo dicho se sigue que no siempre que nos encontramos ante un organismo que actúa a través de una voluntad vinculante para todos sus miembros, podemos pensar en la existencia de una verdadera personalidad jurídica. Ello explica no sólo la posibilidad de las empresas individuales, sino también el que no se atribuya personalidad jurídica a ciertas formas de comunidad orgánica, como es, por ejemplo, la familia, ya que en ellas todas las relaciones se reducen a relaciones de subordinación, faltando, por lo menos en la concepción clásica admitida por nuestro derecho civil, relaciones familiares de coordinación propiamente dicha; ello no hace que se haga necesaria la creación de un ente sustantivado. Por la razón contraria se prescinde de la personificación de las comunidades de bienes, en las que faltan las relaciones de subordinación, traduciéndose todo el complejo en meras relaciones coordinadoras: la creación de una personalidad en estos casos supondría el crear, innecesariamente, un régimen de subordinación entre los comuneros y la comunidad, que pugna con la esencia de la comunidad.

En realidad, el problema de la personificación es un problema de carácter externo, que va íntimamente vinculado a la titularidad de los derechos y obligaciones, y en tal sentido, el ente colectivo aparece como un «centro de imputación de relaciones jurídicas» más que como una verdadera unidad de poder, y la masa de sus derechos y de sus bienes, en cuanto están afectos a una determinada finalidad, vienen a constituir su sustrato real y electivo, frente al cual los individuos no significan más que meras corporizaciones orgánicas que actúan a su servicio (42). Frente a los extraños a la organización, y en sus relaciones con ellos, ésta aparece como una unidad individual, que opera a través de sus órganos de representación y gestión, comportándose en tales relaciones como verdadero sujeto de derechos y deberes jurídicos, vinculando en ellas la responsabilidad de los bienes que constituyen su patrimonio. No se trata entonces de autonomía, sino de representación orgánica, y los actos del órgano representativo son imputables directamente al ente colectivo que mediante ellos actúa, siempre que éstos se mantengan dentro de los límites de su competencia. De esta forma, lo que era en un principio meramente instrumental y secundario, se convierte en sustantivo, y frente a la persona jurídica perfecta, que supone a

(42) BRINZ: *Pandekten*, T. I, núm. 59, y T. III, núm. 432-454; SCHWARZ: *Rechtssubjekt und Rechtszweck*, en el *Archiv für das bürgerliches Recht*, T. 35, pág. 10-90; SCHWABE: *Rechtssubjekt und Nutzbefugnis*, Basilea, 1901, págs. 41 y ss.; MAYER: *Op. cit.*, págs. 16 y ss.; WIELAND: *Handelsrecht*, Munich y Leipzig, 1921, págs. 403 y ss.; RHODE: *Op. cit.*, pág. 148.

un mismo tiempo autonomía y patrimonio, coordinación y subordinación internas y responsabilidad exterior, surge la personalidad de derecho privado, que, según la feliz expresión de AFFOLTER, tiene tan sólo personalidad «hacia afuera», pero no personalidad «hacia adentro» (43).

Sólo de esta forma puede explicarse que se compaginen en una misma figura la «actio pro socio» y la titularidad formal de las relaciones jurídicas. Nos encontramos, por tanto, ante dos aspectos perfectamente diferenciados de la personalidad jurídica: una personalidad interior, fundada en la autonomía, elaborada en el campo del derecho público, y una personalidad exterior, fundada en la titularidad, fruto de la técnica del derecho privado. Solamente cuando ambos elementos se reúnen en un determinado ente colectivo puede afirmarse que existe una auténtica personalidad colectiva, esto es, una entidad que absorbe la individualidad de sus miembros sometiéndoles al régimen de su autonomía, comportándose frente a los terceros como auténtico sujeto de derechos y deberes; cuando falta uno de esos elementos, nos encontramos ante una personalidad incompleta. Por tal razón son incompletas las entidades de derecho privado, unas veces, como en el caso de la familia, porque les falta la personalidad exterior, y otras, como en la sociedad, porque carecen de personalidad interna. Por otra parte, es frecuente que se presenten casos de personalidad interna embrionaria o de personalidad externa incompleta; ejemplo de los primeros nos lo ofrece la sociedad anónima, y de los segundos, la regular colectiva y la comanditaria.

De lo dicho se sigue que cuando en derecho privado atribuimos la personalidad jurídica, lo único que hacemos es atribuirle la titularidad formal o personalidad externa. Queda siempre en pie la cuestión de determinar en cada caso concreto hasta qué punto a esa personalidad exterior reconocida corresponde también una personalidad interior; en qué medida existe un complejo de relaciones de coordinación y subordinación propiamente orgánico y superior a la voluntad de los individuos que integran la organización, pudiendo atribuirse a la misma, junto a la titularidad, la autonomía.

(43) AFFOLTER: *Zur Lehre von der Gesellschaft*, en el *Archiv für das bürgerliches Recht*, T. 35, págs. 225-245.

Apuntes de Derecho Sucesorio

III

Atribución de la Legítima por actos intervivos

JUAN VALLET DE GOYISOLO

Notario de Madrid

SUMARIO: 1.º ¿Puede el causante, sin incurrir en preterición, atribuir a un legitimario su legítima mediante donaciones sin instituirle heredero ni asignarle ningún legado?—2.º Computación de las donaciones, según el Derecho romano, para el cálculo de la legítima y su imputación a ésta a efectos de la «querela inofficiosi testamenti» y de las «querelae inofficiosae donationis vel dotis».—3.º La colación en Derecho romano.—4.º La llamada colación germánica y su reflejo en los fueros medievales de León y Castilla.—5.º Computación del caudal, legítima, tercio y quinto después de las leyes de Toro, a través de la doctrina de los autores castellanos.—6.º Imputación a la legítima, al tercio y al quinto según las leyes de Toro.—7.º La colación después de las leyes de Toro según los autores castellanos de los siglos xvi y xvii.—8.º Computación e imputación desde fines del siglo xviii al Código civil.—9.º La colación en el periodo precursor del Código Civil.—10. Distinción de la colación con respecto a la computación, la imputación *ex se* y la reducción por inoficiosidad en los principales ordenamientos jurídicos del Occidente europeo.—11. La computación para cálculo de las legítimas, y tercios de mejora y libre disposición en el Código civil.—12. La imputación de las donaciones en el Código civil.—13. Reducción de donaciones inoficiosas en el Código civil.—14. La colación, propiamente dicha, en el Código civil.—15. Posición del legitimario donatario instituido heredero o que lo sea *ab intestato*.—16. Posición del legitimario donatario no heredero.

En la primera parte de este trabajo tratamos de demostrar que el sistema legitimario del Código civil español correspondía a los de reglamentación de tipo negativo (freno). Es decir, que no hay delación legitimaria, ni la legítima es una porción forzosa de la herencia *ab intestato*. En su aspecto *normativo*, la legítima de Derecho común español se concreta en una serie de normas protectoras de carácter negativo excepto la *actio ad supplementum*. Para no violar el mandato primario en las normas protectoras y, por tanto, para no sufrir su efecto normativo secundario o represivo, bas-

ta al causante dejar al legitimario (1) sea por título *inter vivos* o *mortis causa*, universal o particular, una porción en bienes de su caudal (*pars bonorum*)—que excepcionalmente puede transformarse en *pars valoris*, en especial en el supuesto del § 2.º del artículo 1.056—equivalente al valor de activo líquido correspondiente a la cifra que, por aplicación de la norma al caso concreto, corresponde a su legítima (aspecto *contable* de la legítima).

En la segunda parte examinamos los supuestos de atribución testamentaria de la legítima—a título universal o singular—y de concreción de la misma sea en testamento o en partición verificadas por el propio testador.

Ahora nos toca enfrentarnos con la atribución de la legítima a través de actos *inter vivos*.

Gregorio Ortega Pardo, en el trabajo que suscitó estos apuntes (2), afirmó que, a través del deber de colacionar preceptuado en el artículo 1.035—que, a su juicio, «no tiene como causa, sino como condición a la liberalidad siendo su causa inmediata la existencia de una sucesión forzosa a la que concurren varios legitimarios»—«sólo después de la muerte del causante pueden computarse (las donaciones) a su cuota (la del legitimario)» y «no se ve privado por ello de su cualidad de heredero».

Esta opinión, como se ve, parte del presupuesto de que el legitimario es siempre heredero forzoso. Opinión que hemos creído rebatir en las dos primeras partes de este trabajo (3).

(1) Después de publicada la primera parte de estos Apuntes de Derecho sucesorio han aparecido las traducciones de dos importantes tratados alemanes de Derecho sucesorio, anotados por ilustres juristas españoles.

Formando parte del *Tratado de Derecho Civil* de Enneccerus, Wolf y Kipp, se ha traducido al castellano el *Derecho de Sucesiones* de este último autor, con notas de mi querido maestro y amigo Roca Sastre (Barcelona, 1951). En estas notas (V-2.º, § 132, págs. 312 y s.) reitera su ilustre autor que «la legítima no priva al causante de la *facultad de disponer* una parte de su herencia, sino que simplemente le *condiciona* su poder dispositivo general sobre ella, en el sentido de no poder ejercitarlo con eficacia, sino en la medida en que se dé efectividad con actos dispositivos, otorgados por cualquier título, o deje a salvo, el derecho de los legitimarios a percibir lo que por legítima les corresponda».

A primeros del año 1953 ha salido a luz la traducción del *Derecho de Sucesiones* de Julius Binder, con notas del joven catedrático y buen amigo José Luis Lacruz Berdejo. A juicio de este autor la legítima en el Código civil «es el derecho que tienen determinados sucesores legales a percibir algo del patrimonio de su causante». Representa «un beneficio que se obtiene *por cualquier título* y a costa del patrimonio del *de cuius*... La expresión *herederos forzosos* ha de considerarse, pues, una impropiedad del lenguaje... favorecida por los precedentes históricos... Es más: ni siquiera es la legítima *por se* una forma de vocación sucesoria, sino un derecho de especial naturaleza, que a veces se hace efectivo, mediante atribuciones *inter vivos*, y en el caso de herencia pasiva mediante la especial *mortis causa capio*, que representa la reducción de las donaciones...».

(2) *Heredero testamentario, heredero forzoso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-II, pág. 345.

(3) Ver especialmente el § 3.º de la parte I del presente trabajo en este Anuario, IV-I, págs. 441 y ss.

Por lo demás, los supuestos que pueden presentarse son harto complejos para poder reducirlos a una sola fórmula, especialmente en una materia en la que la voluntad del causante, debidamente manifestada, es ley de la sucesión mientras no lesione los demás derechos legítimos.

Son varios los supuestos que cabe examinar.

Según la naturaleza del acto dispositivo podemos distinguir la atribución verificada por donación inter vivos, por donación mortis causa o por dote obligatoria (que no es donación, en cuanto es forzosa).

A través de la expresión de voluntad del causante en materia de imputación deben diferenciarse, de una parte, las donaciones que pese al silencio del donante respecto a su imputación son imputables a la legítima del donatario conforme el artículo 819, y de otra, las donaciones que el causante realiza declarando expresamente que las otorga exclusivamente como anticipo de legítima.

También es importante el examen, por separado, de las donaciones a legitimarios a quienes el testador instituya herederos o que lo sean ab intestato, y de las donaciones a favor de legitimarios a los que el testador les reconozca su legítima, pero sin instituirles herederos, v. gr., manifestando habérsela satisfecho mediante donaciones, o simplemente legándoles cuanto por legítima les corresponda.

La solución de estas cuestiones, que quedan dentro del círculo de la diana a que apuntamos, exige un examen previo, aunque enfocado hacia el fin que perseguimos: a) De la computación e imputación de las donaciones para cálculo de las legítimas y determinación de oficiosidad o la inoficiosidad de los actos gratuitos verificados por el causante y b) De la colación, propiamente dicha, de las donaciones por parte de los herederos forzosos.

Pero antes nos detendremos otro momento en el artículo 815 del Código civil.

§ 1.º ¿Puede el causante, sin incurrir en preterición, atribuir a un legitimario su legítima mediante donaciones sin instituirle heredero ni asignarle ningún legado?

Quando en Roma en los juicios centunvirales aparece la *querela inofficiosi testamenti* (4), bajo el supuesto de que «quasi non sanae mentis testador fuerit» (5), se atendía sólo a lo que éste hu-

(4) BONFANTE: *Instituciones de Derecho romano*, traducción de la 8.ª edición por Bacci, Larrosa y Campuzano (Madrid, 1929), § 218, pág. 626, y VON MAYR: *Historia del Derecho romano*, traducción española por W. Roces (Barcelona, 1926), vol. II, pág. 235 y s.

(5) Como explicó Marciano (Dig. V-II, 2): «Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent», o como repitió la Instituta (II-XVIII pr.): «Hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, quum testamentum ordinarent».

biese dispuesto en aquel testamento. Como ha dicho Vinnio (6) no se excluía la querella aunque al legitimario querellante se le hubiera donado simplemente alguna cosa entre vivos, ni siquiera si el valor de ésta igualaba el de la cuarta.

En cambio, en el supuesto de que la donación se hubiese realizado con el objeto expreso de que se imputara a la legítima, parece que Ulpiano y Papiniano no estuvieron de acuerdo al señalar la solución correcta. Ulpiano, en el libro II de sus *Disputas*, resolvió que en este caso «*inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet*» (7). Por el contrario, según testimonio de Justiniano (8), Papiniano opinó negativamente por entender que los hijos «más que obligados mediante pactos, debían ser atraídos por beneficios a sus deberes para con los padres».

El Emperador, en el texto referido, dió la razón a Papiniano al resolver que «si un hijo hubiese recibido de su padre ciertos bienes o cantidades y pactado que en manera ninguna se promovería por él la querella de inoficioso contra el testamento paterno, y después de la muerte del padre el hijo, conocido el testamento paterno no aceptare su disposición, sino que creyere que debía atacarla, mandamos que desechada la antigua contienda no se grave en manera ninguna al hijo con semejante pacto» (9).

A esta constitución se refirió el § 6.º, lib. II, tit. XVIII, de la *Instituta*—según opinión de Vinnio (10)—al declarar «*ut de inofficioso testamento agere non possit*», cuando se hubiere recibido la cuarta ya por vía de legado o de fideicomiso, o de donación *mortis causa*, «*vel inter vivos (in iis tantum modo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio)*» (11).

(6) *Arnoldii Vini JC. in quator libros Institutionum imperii comertarius academicus, et forensis*, T. I. (Lugduni, 1755), Lib. II, Tit. XVIII, 6, gl. 2.º, vers. «*vel inter vivos iis tantummodo casibus*» (pág. 455). Puede verse también su traducción castellana, *Comentario académico forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las instituciones imperiales de Justiniano* (Barcelona, 1846), V. I, págs. 614, in fine y 615.

(7) Texto recogido en el *Digesto* V-II, 25, pr., que a las palabras transcritas añade «*aut si minus habeat, quod dees, viri boni arbitratu repletur*». Los incisos finales del texto del *Digesto*, es decir, desde las palabras «*aut si minus habeat*» al final, sin duda fueron interpoladas por los compiladores bizantinos. Pothier, en sus *Pandectes de Justinian*—(Paris, 1819), Vol. III. Lib. V, Tit. 1, n.º XVII, págs. 594 y s., nota 1—cree evidente la interpolación del inciso «*aut si minus—repletur*», porque en tiempos de Ulpiano la *querela* aún no había sido mitigada con la *actio ad supplendam legitimam*. El inciso «*aut certae conferret*».—fin, tampoco concuerda con el juego de la colación en tiempos de este jurista.

(8) *Codex III-XXVIII, 35, § 1.º*

(9) No obstante, termina exceptuando: «*Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos, filius celebraverit, in quibus apertissime iudicium patris agnoverit.*»

(10) *Op. y loc. cit.* En contra, Jacobo Cuyatio, *Operum postumorum (Lutetiae Parisiorum, 1667)*, Vol. IV. «*Codex Instinianus*» «*Coment. in tit. XX de collationibus*», «*lex penult.*» (col. 707), opinó que la constitución a la que se refiere la *Instituta* es la ley 4.ª *Cod. VI-XXI*.

(11) Por cierto que Gómez de la Serna (*Curso histórico-exegético del Dere-*

La solución negativa resultó inevitable después de la Novela CXV del propio Justiniano, ya que exigió que la legítima fuese atribuida a título de herencia. Igual debe decirse, por idéntico motivo, con relación al Derecho histórico de Castilla.

Pero el Código civil, en su artículo 815, ha resucitado la cuestión enunciada.

Las palabras «*dejado por cualquier título*» (12) ¿comprenden lo dejado por donación?

Varios de los autores que se han ocupado de este artículo 815 sólo han referido la expresión «*cualquier título*» a los de herencia y legado, sin plantear siquiera su posible extensión al de donación (13).

En cambio, Manresa (14), Scaevola (15), Falcón (16) y Valver-

cho romano comparado con el español—4.ª ed., Madrid, 1869—, Vol. I, página 479), al glosar las citadas palabras «*vel inter vivos*», involucra la cuestión examinada (exclusión o no de la *querela*) con la relativa a la computación para la regulación de las legítimas.

(12) Véase en la primera parte de estos Apuntes (A. Dr. C., IV-I, págs. 438 y ss.) la interpretación del art. 815 C. c. según sus precedentes legislativos y la opinión común de sus comentaristas, de la cual resulta que no es necesario instituir herederos a los legitimarios.

(13) Tales: Navarro Amandi (*Cuestiones del Código civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889 por Real Decreto de 24 de julio del mismo año*—Madrid, 1890—, Vol. III, págs. 306 y s.); Bonel y Sánchez (*Código Civil Español comentado y concordado con el Derecho foral vigente*—Barcelona, 1890—, T. III, pág. 428, Art. 815); López R. Gómez (*Tratado teórico-legal del Derecho de sucesión* 3.ª ed., Madrid, 1916—, Vol. I, págs. 524 y s.); Sánchez Román (*Estudios de Derecho civil*, IV, 2.ª—2.ª ed., Madrid, 1910—, pág. 937); De Buen (Notas al *Curso elemental de Derecho civil* de A. Collin y H. Capitant, T. VIII—Madrid, 1928—, pág. 342).

(14) *Comentarios al Código civil español*, T. VI (6.ª ed., Madrid, 1932), págs. 357 y ss. Pregunta: «¿Se exige que la disposición conste en testamento?»

«Las palabras testador y dejar—confiesa en principio—, entendidas en su sentido propio, son aplicables al que otorga testamento y a las disposiciones en éste contenidas. El que dona no se nombra testador, ni propiamente deja nada al donatario; entrega, dona o transmite. Dejar el testador por cualquier título equivale a disponer en testamento por título de herencia, legado o mejora.»

Pero vuelve a preguntarse: «¿Deduciremos de aquí que el heredero forzoso, a quien el testador entregó durante su vida algo equivalente a su legítima, puede pedir la nulidad de la institución de heredero, si es preterido, y omitido en el testamento?» Su respuesta es tajante: «Entendemos que no. El espíritu del artículo 815 resulta evidente: cuando el heredero forzoso no ha sido olvidado por el testador, cuando ha tomado algo de los bienes hereditarios, sólo puede reclamar que se le complete la legítima. La letra del artículo, aunque aplicable especialmente a las disposiciones testamentarias, no repugna su extensión a todo acto de disposición del testador a título lucrativo.»

Además, invoca el § 1.º del art. 819, aunque este artículo sólo plantea un problema de imputación que no prejuzga la cuestión de la preterición.

A su juicio, «la ley no consiente que sea anulada la institución cuando el heredero forzoso preterido al parecer en el testamento carece de razón para quejarse de la conducta del causante por haber recibido de él, en virtud de cualquier título, bienes que tal vez excedan de lo que le corresponde por su legítima.»

(15) *Código civil, comentado y concordado intensamente*, T. XIV (4.ª edi-

de (17) expresamente admiten que la donación otorgada a un legítimo, aunque a éste nada se le dejase a título de herencia ni de legado, era suficiente para eludir la nulidad del testamento por preterición, permitiendo tan sólo el ejercicio, en su caso, de la acción de suplemento de legítima. Castán (18) también estima racional esta opinión, pero reconoce que es otra la posición del Tribunal Supremo.

Este, en la Sentencia de 17 de junio de 1908, se enfrentó con el siguiente supuesto. Un causante que había donado cierta suma como anticipo de legítima a una hija natural suya, otorgó testamento en el que declaró que no tenía ascendientes ni descendientes, e instituyó por única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su mujer. Ante la reclamación de la hija natural se planteó como cuestión básica si la donación que ella había recibido de su padre natural salvaba la preterición testamentaria.

El Tribunal Supremo, en este fallo, separa acertadamente los supuestos de los artículos 814 y 815 y subraya el hecho de que en el caso en cuestión la hija natural no sólo fué preterida en el testamento de su padre, «sino que resulta más acentuada su preterición consignándose en él que no dejaba ascendientes ni descendientes». Defecto que, a tenor de la ley positiva y de su fundamento racional, estima insubsanable por acto alguno extraño a la disposición testamentaria.

Por eso nos parece impecable la doctrina de uno de sus considerandos: «...es obligado reconocer que la mención, el recuerdo o preterición donde tiene que resultar es en el expresado testamento, por ser esta expresión la más solemne y única de la última voluntad de quien así dispuso para después de la muerte de sus bienes, para garantía y eficacia de lo que ha querido seguramente el legislador no dejarla envuelta en las sombras y oscuridad de la

ción, Madrid, 1944), pág. 430: «El precepto supone una disposición *mortis causa* del que deje al heredero bienes; refiérese, pues, al testamento. No obstante, entendemos que regirá lo mismo en el caso de una donación *inter vivos*, porque las hechas a los herederos forzosos, a tenor del art. 819, han de reputarse como anticipo de legítima o de mejora.»

(16) *Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral* (5.ª edición, Barcelona, 1897), T. III, pág. 238: «Cabe un término medio entre la institución de los herederos legítimos y su preterición por el testador: cabe que el testador les deje por vía de legado, donación u otro título legal una parte de la legítima, sin completarla.» En este caso, estima que entra en juego el derecho a pedir el suplemento de la legítima, pero que no se invalida la institución de heredero, «porque no hay una verdadera preterición».

(17) *Tratado de Derecho civil español* (4.ª ed., Valladolid, 1939), T. V, página 310. «Para que se produzca la preterición—dice—no ha de dejarse nada al heredero legítimo, y al decir el Código que sólo tendrá derecho al complemento de legítima el heredero forzoso a quien por cualquier título se deje menos, es incuestionable que si ha recibido con anterioridad al testamento donaciones colacionables, aun por acto *inter vivos*, no se puede considerar preterido a tal heredero, aunque en el testamento no se le mencionara.»

(18) *Derecho civil español común y foral*, I-2.º (Madrid, 1939), págs. 298 y ss., donde estima racional la opinión de Manresa.

duda, como quedaría con la preterición del heredero forzoso, que puede ser debida a ignorancia de que existiera un olvido o propósito de burlar los derechos que la ley le reconoce, supuestos todos que desvirtúan la fuerza y eficacia moral de aquella voluntad y que justifican la anulación de su expresión, por lo cual no es legal ni racional relacionar dicha circunstancia de preterición con acto alguno de los realizados con el carácter de entre vivos».

En cambio, parece excesivo lo que añade en el siguiente considerando, cuando afirma que «el título a que se refiere el artículo 815 citado tiene que ser, según su sentido y alcance, de los que caracterizan dentro del testamento la significación de lo que por el mismo se deja a una persona».

La posición del Tribunal Supremo fué aplaudida por Pérez Arda (19) y por Otero y Valentín (20).

En las ediciones de la obra de Manresa (21) posteriores a la sentencia comentada, se reconoce que «la rotunda afirmación del testador en su testamento de carecer de *descendientes*, aun obedeciendo a razones fácilmente presumibles, hacen tan ostensible la

(19) *Preterición testamentaria parcial*, en «Rev. Gral. de Leg. y Jur.», volumen 122 (primer semestre 1913), págs. 253 y s.

Comienza observando: «La letra del artículo se presta a todo, porque al decir *cualquier título*, es evidente que en la expresión va comprendido lo mismo el testamento que el de otra índole. La palabra *testador*, a que el legislador apeló, tampoco saca de apuros, por ser perfectamente compatible con esa interpretación lata y por hallarse contrarrestado su efecto con el de la frase subsiguiente y subrayada.»

Luego dictamina certeramente que «la preterición ha de relacionarse con el acto del otorgamiento del testamento y porque no cabe confundirla con la colación, siquiera tenga con ella, en sus resultados prácticos, puntos de contacto: si en el supremo instante de disponer la última voluntad se prescinde en absoluto de nombrar a un heredero forzoso, es patente que se le ha preterido totalmente, cualquiera que sea la importancia de lo que, en otro concepto, haya recibido. Pero la consecuencia que se deduce resuelta es excesiva, como la del inciso del tercer considerando que antes hemos transcrito de la sentencia de referencia...», «para haber preterición parcial (dice, *con expresión incorrecta, que a juicio nuestro entraña una contradicción in terminis*) y no total, es necesario que el legitimario reciba algo merced al testamento mismo no en razón de otro título distinto, que llevará consigo la consiguiente obligación de colacionar o estará sujeto, en todo caso, a la ley inexorable de la inoficiosidad.»

(20) *Anticipos de legitima* (Valladolid, 1914), pág. 82. Estima justísimo dicho fallo «*porque los anticipos*, como su misma denominación lo indica, *no son definitivos*; son porciones legitimarias o hereditarias, que no pueden determinarse hasta que falleciere el *de cuius*, es cuando pueden computarse con los demás bienes de la herencia y ver las porciones exactas que corresponden a los coherederos, como se sabe, sólo entonces, el verdadero valor de los bienes transmisibles; de modo que hasta le interesa al mismo legitimario concurrir a la relación o inventario de los bienes, para que se le complete su haber, si le falta; o para que reintegre lo que lleve de más, y no perjudique a los legitimarios en favor de los cuales no se hicieron liberalidades.»

Claro que este razonamiento, parte de la premisa, que creemos inexacta, de que el legitimario no tendría derecho a intervenir en la partición, para comprobar si sus derechos estaban totalmente satisfechos, en caso de ser donatario y no percibir nada en virtud del testamento de su causante.

(21) Op. y vol. cit., pág. 361.

preterición que justifica el fallo». «Se dice en éste—prosigue el comentario—qué el recuerdo, la preterición o la *mención*, ha de resultar en el testamento; ¿es que la simple mención del hijo y de lo entregado al mismo en vida por el causante sería bastante para estimarse aplicable al caso el artículo 815 y no el 814?»

Y aquí viene la crítica al inciso del tercer considerando, que hemos tachado de excesivo: «A, declara en su testamento tener una hija natural y haberle donado, como anticipo de legítima, determinados bienes o cantidad e instituye después por heredera a su esposa. No hay verdadera preterición, no hay privación total y tácita de la legítima; no debe, por tanto, aplicarse el artículo 814; pero nada *deja el testador en su testamento* a su heredero forzoso. Si no se aplica en tal caso el artículo 815, no sabremos qué artículo aplicar.»

Clemente de Diego (22) interpreta la sentencia en el sentido de que: «Aunque se nombrase al heredero forzoso, si nada se le dejase en el testamento por cualquier título de heredero o legatario habría preterición.»

Nuestro querido compañero Angel Sanz (23) matiza certeramente el tema con su habitual precisión. «La doctrina, un tanto discutible de esta sentencia, sólo puede admitirse en el sentido de que en el testamento sean mencionados todos los herederos forzosos; pero no es necesario que sean instituidos en forma alguna, dejándoles los bienes de la herencia, pudiendo el testador remitirse a las donaciones que en vida les hubiere hecho y que tengan tal carácter de colacionables. De este modo el alcance de la obligación de contar con los herederos es doble: <formal>, mención de ellos en el testamento, y <material>, dejación de los bienes de la herencia o de una cuota suficiente para cubrir su legítima.»

Parecida es la opinión de Roca Sastre, ya que considera necesario para que no haya preterición de un legitimario que éste sea mencionado en el testamento (24), a la par que acepta la posibilidad de dejar la legítima «por cualquier título», «o sea tanto por herencia, como legado, e *incluso por donación*» (subrayamos nosotros) (25, 26).

(22) *Instituciones de Derecho Civil Español*, T. III (Madrid, 1932), página 231.

(23) *Comentarios de la nueva Ley Hipotecaria* (Madrid, 1945), art. 15, nota 11, págs. 142 y ss.

(24) Notas a la citada obra de Kipp, vol. cit., § 130, pág. 287: «La preterición o la no preterición (mención o recuerdo) de legitimarios, ha de resultar—dice—exclusivamente del testamento de manera que no salva o subsana la preterición de un legitimario la circunstancia de haber sido el mismo favorecido en vida por el causante con una donación colacionable o hecha como anticipo de legítima (Ss. 21 octubre 1891 y 17 junio 1908).»

(25) *Naturaleza jurídica de la legítima*, en «Rev. Der. Priv.», tomo XXVIII (marzo, 1941), págs. 203 y 206; y las notas cit., vol. cit., § 132, pág. 313.

(26) No creemos, en cambio, que la Sentencia de 25 mayo 1917 sirva de apoyo a esta ni a la tesis contraria. También se refiere a un supuesto en que el causante manifestó en su testamento carecer de herederos forzosos, teniendo

Como observamos en la primera parte de estos apuntes (27) el concepto de preterición no siempre ha tenido contornos precisos y exactos. Antes de la Novela CXV de Justiniano, sólo se entendía preterido el hijo no instituido ni expresamente excluido (si la exclusión era injusta cabía la querrela por inoficiosidad). Después de esta disposición se discutieron los linderos entre la preterición —con la consiguiente nulidad del testamento— y la inoficiosidad —con su acción rescisoria de la institución—. Nosotros, en la citada nota, nos adherimos a la opinión de Covarrubias (28) y de Vinnio (29), entendiendo que la exclusión expresa, aunque se hiciera sin indicación de causa, no era causa de preterición, sino de inoficiosidad.

Pero la inoficiosidad, a partir de la Novela CXV, si el legítimo no había sido instituido heredero no podía suplirse por la acción de complemento y daba lugar necesariamente a la total rescisión de la institución (30). Esto último es lo que expresamente ha superado el art. 815 de nuestro Código civil (31). Además, en el citado régimen de la Novela CXV y de la Ley 5, tit. VIII de la Sexta Partida, aunque prácticamente en virtud de mandas o donaciones no hubiese inoficiosidad, procedía la querrela si el legítimo no era formalmente instituido heredero en el testamento del

realmente una hija natural. Pero en dicho testamento, sin aludir a su paternidad, dispuso un legado a favor de doña Eduvigis X, que así se llamaba dicha hija. Como únicas herederas instituyó el testador a sus tres hermanas. El Tribunal Supremo mantuvo la validez de dicha institución. Según uno de sus considerandos, «los artículos 815 y 817 prevén y regulan el caso en que el testador haya hecho mención de la persona que reúna las condiciones de heredero forzoso y deje para ella, por cualquier título que lo hiciese, menos de lo que la corresponda en concepto de legítima, autorizando sólo al heredero que reclame el complemento de su porción hereditaria, a diferencia del caso previsto en el artículo 814, en el cual, para anular la institución de heredero, requiere la preterición, o sea que el testador nada deje por ningún título al heredero forzoso».

A las palabras «por cualquier título» de este considerando, no creemos que pueda dársele un sentido más decisivo y claro que en el artículo 815. Más base podrá darse, tal vez, al siguiente considerando, que declara no puede aducirse la doctrina de la Sentencia de 17 de junio de 1908, porque «se refiere a testamento en el que no se mencionó al hijo natural». Pero, en especial, no nos parece decisivo, porque estos incisos de los considerandos van referidos al enlace de un supuesto de hecho en el que la legítima no se recibe a través de donación, y un fallo, en el que se mantiene la validez de un testamento que contiene un legado a favor de una hija natural, a la que se denomina por su nombre, pero ocultando que era hija del testador.

(27) Loc. cit., nota 163, págs. 468 y s.

(28) *Omnium Operum* (Lugduni, 1584). T. II. «in titulum de Testamentis interpretatio» cap. Rainuntius, De exhered. et praeterit. núm. 6 (pág. 66).

(29) Op. y vol. cit., lib. II, tit XVIII, ley 2, núm. 3 (págs. 448 y siguientes de la edición Lugduni, 1755 y pág. 607 de la edición en castellano. Barcelona 1846).

(30) Los distintos efectos de la nulidad por preterición y de la querrela por inoficiosidad han sido largamente discutidos y han evolucionado notablemente a partir de las leyes de Toro y en el Código civil. (Ver la nota 164 de la primera parte de estos apuntes en las págs. 469, vol. cit., de este Anuario.)

(31) Ver la primera parte de estos Apuntes. vol. cit., págs. 438 a 441.

causante. Hoy, también ha sido superada esta doctrina, según resulta del artículo 815 por argumento de *maior ad minus*.

Por lo tanto, si hay exclusión expresa—con expresión de causa: sea negativa, es decir causa de desheredación (justa o injusta, probada o no probada) o bien positiva (haberse cubierto la legítima mediante dotes o donaciones), o sin expresión de causa—no habrá preterición, sino en sus respectivos casos, desheredación injusta, o bien acción para pedir el complemento o, en fin, ni una cosa ni otra, de ser cierta la causa negativa invocada o ser verdadera y suficiente la atribución *inter vivos* alegada como causa positiva.

La duda únicamente subsiste cuando la mención del legitimario consta en el testamento, pero sin declararse expresamente su exclusión ni haberse referido en el mismo que nada se le dejaba en él por razón de que *inter vivos* el propio causante le había favorecido con donaciones o dote.

Aquí no sólo falta la *exhereditio rite facta* (32), sino también la mera declaración expresa de no dejar nada en la disposición testamentaria al legitimario, sea por habérselo dejado ya en vida por dote o donación, o por quererle privar de su legítima, con o sin causa, justa o injusta.

Hoy, en virtud de lo expuesto anteriormente, ya no puede decirse, cómo con relación al Derecho romano había proclamado el Tribunal Supremo (33), que para que no se rompa el testamento sea necesario instituir a los legitimarios herederos o desheredarlos (34). La duda se plantea en la valoración de la definición que de la preterición nos ofrece uno de los considerandos de la Sentencia de 27 de febrero de 1909 como *privación total tácita de la legítima por omisión del testador respecto al heredero forsozo en línea recta*.

Si el testador menciona a todos sus descendientes legitimarios, pero a alguno o a varios de ellos no les dejara nada en su dicho testamento, sin manifestarlo expresamente, ¿habrá preterición si estos mismos legitimarios se hubiesen visto favorecidos con donaciones que el causante en vida les otorgó? A juicio nuestro, si racionalmente cupiese la menor duda sobre si fué o no intencionada la falta de institución o de asignación testamentaria debe esti-

(32) Recordemos que Gregorio López, al glosar las palabras «quebrantasse», de la ley 7, tit. 8, de la Sexta Partida, opinó, continuando la opinión de Bartolo, que «aequiparat exheredationem perperam factum, et preteritionem; et ita est, quod exhereditio facta sine causa, tamquam non solemnis, habere debet pro praeteritione paterna».

(33) Sentencia de 21 de octubre de 1891, relativa a un caso anterior al Código y correspondiente al Derecho foral catalán; este fallo, verdaderamente justo, sienta innecesariamente una doctrina que no puede estimarse vigente en Cataluña.—Ver Borrell y Soler: «Deret Civil vigent a Catalunya». (Barcelona, 1923), vol. V, § 508, págs. 434 y ss.

(34) Como podría mantenerse en Derecho común de España tomando la palabra *desheredación*, en el sentido amplio, que debe atribuirse en el régimen del Código civil de exclusión de la legítima.

marse la preterición (35). No así en otro caso, dada la desaparición del formalismo del Derecho romano, que simplemente dará lugar a que el legitimario pida el suplemento de su legítima, si por la donación o dote hubiese recibido un valor inferior a aquélla, o, por el contrario, nada podrá reclamar si hubiese quedado totalmente cubierta en dicha forma.

§ 2.º *Computación de las donaciones, según el Derecho romano, para el cálculo de la legítima y su imputación a ésta a efectos de la «querela inofficiosi testamenti» y de las «querelae inofficiosae donationis vel dotis».*

El cálculo de las legítimas en Derecho romano y la imputación a su cuenta de las donaciones hechas por el causante variaba según la actitud del reclamante, es decir, si ejercitaba únicamente la «querela inofficiosi testamenti» o también entablaba las querellas por inoficiosidad de donaciones y dotes.

Por eso, se puede incurrir en varios errores de apreciación y llegar a conclusiones inexactas si los problemas de la computación del haber para cálculo de la legítima y de la imputación a ésta de las donaciones hechas a favor de los legitimarios sólo son examinados a la luz de los textos relativos a la primera de las querellas (36). Las dos, en su función específica de proteger a los legitimarios, actúan como piezas o elementos de un sistema que, por tanto, debe ser examinado en su conjunto y atendiendo al debido engranaje de aquéllas en adecuación a la finalidad perseguida. Este sentido expresa el Emperador Constancio en una Constitución del año 361 (Cod. III-XXIX, 9): «Non convenit dubitari, quod inmodicarum donationis omnium querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus.»

Es verdad que esos medios—esas querellas—no aparecieron si-

(35) Como dijimos en la primera parte de este trabajo (vol. cit., nota 163, pág. 469), así debe entenderse en el supuesto de que «se nombrasen a todos los hijos al hacer el testador su referencia familiar y se omitiese alguno al relacionarlos de nuevo en la cláusula de institución. V. gr.: «Tengo cinco hijos llamados A, B, C, D y E»; y luego: «Instituyo herederos a mis hijos A, C, D y E» sin indicar nada respecto a B, en favor ni en contra. Pues puede presumirse hubo omisión involuntaria del nombre de éste, de no deducirse cosa distinta de las restantes cláusulas del testamento».

(36) Así volvemos, como Gómez de la Serna (op. y vol. cit., comentario a las palabras «vel inter vivos», del § 6.º, Instit. II-XVIII, pág. 479) comenta: «Las donaciones entre vivos, como que ya han salido al tiempo de la muerte del patrimonio del donante, no deben entrar por regla general en la regulación de la legítima; esto no tiene excepción alguna cuando han sido en beneficio de un extraño; pero no sucede siempre lo mismo cuando fueren hechas a favor de una de las personas a que correspondan las legítimas...» (¿Estará aquí una de las raíces de la tesis de Manresa respecto al art. 818 del Código civil?).

multáneamente. Son fruto de una evolución, de un perfeccionamiento progresivo. Las huellas de la *querela inofficiosi testamenti*, según Von Mayr (37), se remontan hasta la época de la República y la *quarta (legitimae partis)* se impuso desde tiempos de Domiciano como módulo para aceptar o denegar dicha querela. En cambio, la *querela inofficiosae donationis* (38) y la *querela inofficiosae dotis* (39) son bastante más tardías, ya que fueron introducidas por Alejandro Severo.

A efectos de la *querela inofficiosi testamenti*, la legítima era la cuarta parte (hasta que Justiniano la elevó al tercio o la mitad, según el número de hijos) de la porción hereditaria que *ab intestato* correspondería al querellante. Así lo dice claramente la Constitución de Justiniano del año 528 (Cód. III- XXVIII, § 31), que hablando de completar lo que falte para la parte legítima, añade este inciso explicativo: «*id est quartae parti ab intestato successionis.*» Pero, al haber hereditario, para cálculo de la legítima, debía agregarse el importe de aquellas atribuciones *inter vivos* que los legítimarios habían de imputar a su legítima (40). Y a la legítima, bajo el régimen estricto de la *querela inofficiosi testamenti*, sólo debían imputarse (41), además de lo dejado en testamento (42) o por donación mortis causa (43), las siguientes atribuciones *inter vivos*: dotes y donaciones *propter nuptias* (44) o para la compra de un cargo público (45), y donaciones verificadas con expresa declaración de hacerse como anticipos de legítima (46).

(37) Op. y vol. cit. págs. 235 y ss. y 328 y ss.

(38) Papiniano en sus Respuestas, libro XIV, en fragmento recogido en el Digesto (XXXI, único, 87, § 3.º), reproduce un rescripto de dicho Emperador, Alejandro Augusto a Claudio Juliano: «Si te constare carissimo Juliano que para impedir la querrela de testamento inoficioso la abuela consumió su patrimonio en donaciones hechas a su nieto, exige la razón que se revoque respecto a la mitad lo que donó». Ver también el fragmento de Paulo que interpolado recoge el Dig. V-II, 25, pr.; el título XXIX, libr. III del Codex, y la Novela XCII, cap. I.

(39) Ver la ley única del tit. XXX, lib. III del Codex, que recoge una disposición del Emperador Constancio del año 358.

(40) Ver Winscheid: (Dritto delle Pandette) traducción italiana anotada por Fadda y Bensa. Torino, 1925.) Vol. III, § 581, nota 3, pág. 253. que cita en este extremo la opinión de Unger, § 81, nota II.

(41) Ver Maynz: «Curso de Derecho Romano» (traducción al español de Antonio José Pou Ordinas, Barcelona, 1888). Vol. III, § 391, págs. 416 y siguientes; Winscheid, op. y vol. cit., § 581, pág. 253, números 4, 5 y 6; y Girard: «Manuel élémentaire de Droit Romain» (8.ª ed., revisada por Félix Senn, Paris, 1929), lib. III-V, tit. I, cap. III, sec. II-II, 2, pág. 917, nota 3.

(42) Instit., § 6, h. t.; Cod. III-XVIII, 33 pr. y 36 pr.

(43) Instit., § 6, h. t.; Dig. V-II, 8, § 6; Cod., h. t., 36 pr.

(44) A partir de la Constitución de Zenón del año 475 (ley 29, h. t. Cod.), que concluye: «Ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam quam ante nuptias donationem praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius prefecta sit, de cuius hereditate agitur».

(45) Donaciones *ad emendam militum*, según una Constitución de Justiniano del año 528 (Cod., h. t., 30, § 2.º).

(46) Ulpiano en el Lib. II de sus Disputas, en fragmento recogido en el Digesto (eod., tit. 25, pr.), señaló ya este supuesto de donaciones *inter vivos*

Es decir, a efectos de la *querela inofficiosi testamenti*, para el cómputo de la legítima del reclamante, en principio, sólo debía atenderse al activo líquido dejado por el causante—a la cuota del haber que concretamente correspondería *ab intestato* al legitimario querellante—y únicamente cuando hubieran donaciones imputables a la legítima, también éstas entraban en el cómputo como si integrasen el caudal.

Ahora bien, si se actuaba la *querela inofficiosæ donationis*, este ámbito de la computación para cálculo de las legítimas se ampliaba notablemente.

La donación a efectos de esta segunda querrela, se entendía inoficiosa cuando los bienes que restaban al donante, al tiempo de otorgarla, no alcanzaban el valor de lo que, en aquel instante correspondería percibir a los legitimarios (47). La donación que en dicho momento no fuese inoficiosa, ya no podía serlo aunque posteriormente disminuyese el patrimonio del causante (48). En cambio, la donación inoficiosa en el momento de otorgarse, podía quedar subsanada ulteriormente cuando el caudal relicto excediera del valor correspondiente a la legítima calculada teniendo en cuenta el valor que tenía lo donado al tiempo en que la donación se hizo (49). Es decir, que para determinar la inoficiosa de una

«hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur». Justiniano, también se refiere a ellas, en Constitución del año 530, ley 35, § 2, Cod. h. t.

(47) Ver Winscheid, op y vol. cit., § 586, pág. 271; Maynz, op. y vol. citados, § 393, pág. 433, nota 6. El texto que más claramente expresa este principio es la Novela 92, cap. I, en su primer versículo, que refiriéndose a un supuesto de donación immoderada (*immensam*), señala la obligación de reservar a cada uno de los hijos, tanta parte, «*quanta fuit, priusquam donationem patris in filium aut filios, quos ea honoravit facere*».

(48) Winscheid, loc. ult. cit.

(49) Como dice el citado cap. I, de la Novela 92, en su segundo versículo, «no se querellarán en lo sucesivo por las donaciones los que ciertamente tienen en todos los bienes de su padre lo que es de ley». Pero calculando *quod legitimum est*, de este modo: «*in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris ante quam donationem exhauriretur*». (Ver la nota 7 de la página 272, § 586, de Winscheid, op. y vol. cit.).

En este punto, no obstante, no es unánime la interpretación de los romanistas. Para que la inoficiosa inicial de la donación se subsane, ¿basta que el caudal relicto sea igual al valor de la legítima en la fecha de la donación? O bien, ¿es necesario que el caudal relicto resulte de igual o mayor valor que la legítima calculada con relación a la suma de *relictum* y *donatum*? V. gr.: Supuesto de legítima teodosiana de 1/4. Fortuna del donante al otorgar la donación 12.000, valor de lo donado, 10.000; remanente, 2.000. Por tanto, la donación en este instante era inoficiosa en 1.000 (legítima = 12.000 : 4 = 3.000). Al fallecer el causante, su fortuna había aumentado desde la donación en 1.000, dejando por tanto 3.000. ¿Es reducible la donación?

Roguin: («Droit civil comparee», vol. IV, Paris, 1912, núm. 1.257, páginas 646 y ss.), cita las opiniones opuestas de Culmann y Endemann. El primero entendió que la donación no debía reducirse porque el caudal relicto equivalía al montante que correspondía a la legítima al hacerse la donación. El segundo entendía que la suma de la fortuna del donante antes de consumar la donación más el posterior aumento, debía dar la base para calcular la legítima y fijar la cuantía de la reducción. Es decir, en nuestro ejemplo (12.000 + 1.000):

donación debía atenderse al valor del patrimonio del causante en el momento de la donación y al tiempo de su fallecimiento, y solamente si resultaba inoficiosa en ambos momentos la inoficiosa era efectiva (50).

Pero las donaciones anteriores, aunque no resultasen inoficiosas debían computarse para comprobar la oficiosidad de las ulteriores (51), así como la del testamento del causante (52). Esto es, al valor del patrimonio, en el momento de juzgar sobre la inoficiosa de una disposición, debía sumarse, a dicho efecto, el valor correspondiente a las liberalidades anteriores.

En el terreno de esa *querela inofficiosae donationis*, todas las liberalidades que el legítimo, a su vez, hubiese recibido del causante debían ser imputadas a su propia legítima (53), pues como dice Winscheid (54), lo que se hace valer contra el adversario debe valer contra uno mismo y, por tanto, si se computaban para fijar el importe de la legítima también debían imputarse en la cuenta de lo percibido por el reclamante.

De ese modo, con el conjunto de medios que el Derecho ro-

4 = 3.250. Por tanto, la donación sería reducible en 250. Esta última opinión es la que acepta Winscheid (nota 7, ed. cit.).

(50) Ver Borell y Soler, op. y vol. cit., 509, pág. 443, núm. 9.

(51) Ver el inciso del segundo versículo del cap. I. Novela 92, que hemos transcrito en la nota 49. También resulta así de la *ratio* de las Constituciones del título XXXI, lib. III del Codex. Conforme a esta opinión, considerada como la ortodoxa, para calcular la oficiosidad de la última donación verificada por el causante, debía sumarse el valor del patrimonio del donante en aquel instante y la suma del valor que las donaciones anteriores tuvieron en su respectiva fecha. Pero según explica Roguin (op. y vol. cit., núm. 2.465, página 653), no faltaron quienes opinaron de otro modo. Así, Culmann creía que debía juzgarse la oficiosidad de las ulteriores donaciones, según el valor que al otorgarse la primera donación supusiera la legítima, y, según Thur, el legítimo tendría la facultad de optar para calcular la legítima entre el montante de la fortuna en el momento del otorgamiento de una cualquiera de las donaciones.

(52) Ver las Constituciones recogidas en el Codex, h. t., en especial las I, 7 y 8, así como el rescripto de Alejandro Severo recogido por Papiniano (Dig. XXXI, único 87, § 3°).

(53) No obstante, la cuestión fué muy discutida en el Derecho común. Bartolo y Angelo al glosar la ley *Quam donationibus* (Cod. III.XXIX, 6) sostuvieron la opinión que recogemos en el texto, es decir, que a efectos de la *querela inofficiosae donationis*, debían imputarse todas las donaciones, fuesen de la clase que fueran. Fundamentaron su opinión en varios textos, en especial la ley *si mater* (Cod. III.XXIX, 7) que determina la aplicación de esa querela «ut quarta partis dimidium, quod ad excludendam inofficiosi testamenti querelam adversus te sufficeret, in his donationibus, quas tibi iargita est, non habeas». En cambio, Soccino opinó que dichas donaciones simples no eran imputables por haberse instituido la *querela inofficiosae donationis* «ad exemplum inofficiosi testamenti», por lo que entendía que las donaciones simples, que no excluían la *querelam inofficiosi testamenti* o el *ius agendi ad supplementum*, tampoco debían excluir la *querela inofficiosae donationis*. De esta opinión—que olvida la diferencia de supuestos y alcance de ambas querellas—fué, con respecto al Derecho común, nuestro jurista clásico Angulo («Commentaria ad leges Regias meliorationum, tit. 6, lib. 5»—Madrid, 1592—en décima, gloss. secunda, núm. 8, página 540) que relata dicha discusión de los autores.

(54) Loc. últ. cit., pág. 272, nota 9.

mano facilitaba al legitimario, éste podía imponer que se computasen absolutamente todas las donaciones otorgadas por el causante. En cuyo supuesto, a su vez, debía sufrir la imputación a la cuenta de su legítima de todas las liberalidades dispuestas a su favor por el causante.

La diferencia fundamental, entre la querrela por inoficiosidad del testamento y la querrela por inoficiosidad de donaciones y dotes, radicaba en que la inoficiosidad del testamento daba lugar a su rescisión total, mientras las donaciones y dotes sólo se reducían en la cuantía en que resultaban inoficiosas (55). El orden de esta reducción, como se desprende de lo dicho, era el inverso a las fechas de la donación, es decir, de la más reciente a la más antigua, debiendo ser reducidos los legados y las cargas testamentarias inoficiosas y rescindido el testamento, en su caso, antes de proceder a la reducción de las donaciones.

La Ley 8, título IV, de la Quinta Partida, recoge esta doctrina en sus apartados segundo a último: «E si por auventura alguno que ouiesse fijos legítimos, quissiesse fazer donación a otro púedelo fazer en tal manera, que todavía finque en saluo a los fijos la su parte legítima, también en vida de su padre, como después de su muerte. E la parte legítima es según dize en el título del establecimiento de los herederos. E si el padre fiziere mayor donacion, puedenla reuocar, los fijos, fasta en la quantía de la su parte legítima.»

Gregorio López (56), al glosar esta ley, subraya que en ella se sigue la opinión de Azón y Baldo, pues declara revocable la donación por lo que montare la legítima, dejándola subsistente en lo restante, sin distinguir entre las donaciones inoficiosas de hecho, pero sin intención, y las que lo fueran de hecho y con intención —como Hugolino y la mayoría de los doctores que aplicaban la reducción sólo a las primeras y entendían que las segundas eran totalmente nulas—.

Notemos que esta ley de Partidas supone una modificación del criterio romano en cuanto a la determinación de los momentos en que debe juzgarse la inoficiosidad. Exige: «que finque en saluo

(55) Ver Vinnio («Selectarum...», cap. XXXIII, ed. Lugdun., 1755, pág. 73 y ss., y versión española, cit., vol. II., págs. 777 y ss.); Pothier (op. y vol. citados, lib. V, tit. III, núm. LIV, págs. 642 y 643); Winscheid (op. y vol. citados, 586, pág. 273); Girard (op. cit., Lib. III-V, tit. I, cap. III, sec. II-III, página 921). Claramente resulta así de las leyes 2, 5, 7 y 8, pr., del Codex, h. t.; I (III-XXIX) Cod. y de la repetida Novela 92, cap. I.

Winscheid (loc. ult. cit., nota 13) y Girard (loc. ult. cit., nota 1) señalan que del § 3.º del frag. 87 (Dig. XXXI, único) puede deducirse que la solución fue otra en sus orígenes, es decir, en el rescripto de Alejandro Severo que en dicho fragmento refiere Papinian.

(56) Glosa final a la citada ley (esta glosa traducida al castellano puede consultarse en la edición de «Las Siete Partidas del Rey Alfonso el IX con las variantes de más interés y con la glosa del licenciado Gregorio López», traducida ésta y adicionada por Sanponts y Barba, Martí de Eixala y Ferrer y Subirana; T. III. Barcelona, 1843, tit. IV de Quinta Partida, glosa 49, págs. 51 y ss.).

a los hijos de su parte legítima, también en vida de su padre como después de su muerte.» Es decir, así como en Derecho romano para que una donación fuese inoficiosa se requería que resultara excesiva tanto en el momento de su otorgamiento como al fallecer el causante—de modo que si no lo era en el primer momento no podría ser inoficiosa, aunque posteriormente disminuyese la fortuna del donante, y siendo excesiva en el primer momento, podría subsanarse su inoficiosa si al fallecer el causante no excedía de valor de la parte disponible—, en cambio, la letra de la ley de Partidas, para que no sea inoficiosa una donación, exige que deje a salvo la legítima de los hijos tanto en vida del causante como a su muerte.

Más adelante la ley 29 de Toro—como luego veremos—sigue un criterio diferente, según se trate de dote dada o prometida o de otras donaciones. En el primer caso aquel a quien fué dada o prometida la dote, podía escoger para la valoración del caudal del donante, a fin de calcular si la dote era o no inoficiosa, entre el tiempo de la donación y el de la muerte del donante. Para juzgar de la oficiosidad o inoficiosa las otras donaciones, debía calcularse exclusivamente el valor del caudal al tiempo de la muerte del donante, sumando al caudal relicto al valor que a lo donado correspondía en dicho momento (57).

Hoy, como también veremos, sólo este último momento del fallecimiento del causante es decisivo para juzgar de la inoficiosa de toda donación de cualquier clase que sea (aunque ahora el valor de lo donado se aprecie, según el que tuviese el día de su donación). Una donación excesiva el día de su otorgamiento puede no sufrir los efectos de la inoficiosa—como en Derecho romano—por ulterior aumento de la fortuna del donante, efectivo a su fallecimiento. Pero, en cambio, una donación no excesiva en el día de su fecha—que en Derecho romano ya no podría resultar inoficiosa—hoy puede llegar a serlo—como en la Ley la de Partidas—si al fallecer el causante su fortuna ha disminuido de tal modo que las legítimas no quedan cubiertas con el caudal relicto incrementado por la total rescisión de las donaciones posteriores a aquella.

Así, mientras en Derecho romano la donación no excesiva el día de ser otorgada sólo se computaba para fijar la inoficiosa de las posteriores liberalidades y de las disposiciones testamentarias, desde las Partidas debió computarse igualmente para determinar definitivamente su propia oficiosidad o inoficiosa.

§ 3.º *La colación en Derecho romano*

Para calar hondo en la colación, lo mismo que en cualquier otra

(57) Ver el comentario de Antonio Gómez «Ad leges Tauri commentarius» (Antuerpiae, 1624), ad legem XXIX, núm. 35 (págs. 183 y ss.).

institución jurídica y aún quizá en ésta más que en otras, es imprescindible observar su nacimiento, su desarrollo y su evolución. Sólo la Historia puede hacernos comprender su sentido y finalidad, aun a través de sus cambios de orientación e intensidad.

En la base y fundamento de esta institución se halla la preocupación por la voluntad presunta del causante. Lo contrario de lo que ocurre en el campo de las legítimas, materia en la cual la norma es imperativa y se impone a la voluntad del *de cuius*, que anula o restringe cuando le es contraria.

Pero la posición de la norma ante la posible voluntad inexpressada del causante puede ser muy diversa. Dejando aparte el supuesto primigenio de la *collatio bonorum*, tendente a corregir la desigual capacidad adquisitiva de los hijos emancipados y no emancipados, podemos observar a través de la Historia, los siguientes ángulos visuales:

Primera posición: La voluntad del causante se entiende que queda agotada en el testamento. Si en él nada dispuso respecto las donaciones, es que con ellas quiso beneficiar al donatario. De lo contrario hubiera expresado su voluntad de que se imputarán al haber del donatario.

En cambio, tratándose de la sucesión *ab intestato*, se encuentra base para sospechar que quien murió sin expresar su voluntad hubiese querido que fuera corregida la desigualdad entre sus hijos resultante de sus donaciones.

Ante esta sospecha se ofrecen estas soluciones: *a)* Entender que el donante al donar quiso precisamente la desigualdad entre sus hijos; *b)* Distinguir dos especies de donaciones, atendiendo a su causa, y considerar que con unas, por razón de la causa que origina la donación (donaciones causales), sólo se quiere atribuir al donatario un anticipo de la porción hereditaria, mientras que con las otras (donaciones simples) el causante quiere precisamente distinguir y favorecer al hijo donatario; *c)* Considerar que toda donación, sin distinción alguna, como anticipo de la porción hereditaria, salvo cuando el propio donante hubiera declarado lo contrario.

Segunda posición.—Plantea la cuestión en iguales términos en la sucesión testada y en la intestada. Entiende que la voluntad del causante al testar y la del mismo al donar a sus hijos no pueden presumirse conexas, a menos que el propio causante en su testamento se hubiese referido expresamente a la donación, o que en el otorgamiento de ésta hubiera expresado que no debía colacionarse o bien que debía imputarse fuera de las legítimas.

Desde este punto de vista, si no hay expresa previsión del causante, la cuestión queda planteada en el terreno de la sucesión testada en los mismos términos que en la intestada. Con la única diferencia de que el presupuesto de aquella, es decir, la igualdad absoluta entre los hijos, se transforma en un presupuesto de proporcionalidad a las cuotas en que se les ha instituido herederos. Cier-

to que no falta la posición de quienes, manteniendo la ecuación entre el fin de guardar la igualdad y el resultado de la colación, excluyen la aplicación de ésta en los casos de institución en cuotas desiguales (58).

Aparte de esta diferencia en el módulo de la distribución, se plantea idéntica pregunta sobre la proyección de las donaciones en la sucesión testada del causante: ¿Quiso éste atribuir al hijo donatario un beneficio fuera de su cuota correspondiente, o bien sólo le anticipó liberalmente una parte de lo que debía constituir su haber? Las tres mismas soluciones ofrecidas en el supuesto de la sucesión intestada pueden traerse aquí al terreno de la sucesión testamentaria. Por tanto, cabe adoptar una u otra de las dos posiciones extremas, o bien distinguir las donaciones según su causa, para inclinarse, según la especie de donación, en uno u otro sentido, como vimos en la posición anterior.

El camino seguido en este terreno por el Derecho en el curso de su Historia, vamos a examinarlo sucintamente desde los edictos de los pretores al Código de Napoleón. Así observaremos un desplazamiento desde la primera posición a la segunda, con el tránsito de la distinción de las donaciones según su causa a la aceptación sin distingo alguno de que toda la donación, si el causante no dispuso otra cosa, no es sino un anticipo de la cuota hereditaria del donatario.

Para ello vamos a arrancar de más allá, es decir, de sus raíces que se hallan en la cuestión que provocó la distinta situación jurídico-familiar de los hijos en el apogeo de la patria potestad. Partiendo de ahí cabe ir señalando la siguiente evolución:

A) *La collatio emancipati* (59).—La labor constante del Derecho pretorio, correctora de las rigideces del Derecho estricto, tuvo que salvar la distinta posición jurídica de los hijos *in potestatem* y de los *emancipati*. Llamó conjuntamente a unos y otros en la *bo-*

(58) Posición adoptada en el § 2.052 del B. G. B., cuyo criterio es el siguiente:

Si el causante ha instituido herederos a los descendientes en aquello que hubieran obtenido como herederos ab intestato, o ha determinado sus porciones hereditarias de tal manera que entre ellas guarden la misma proporción que las porciones hereditarias ab intestato, debe entenderse, en la duda, que los descendientes quedan obligados a la colación por voluntad del causante.

En cambio, si el causante ha determinado las porciones hereditarias en otra forma, ha demostrado que no quería tratar a su descendiente de igual manera, por lo que no debe tener lugar la colación, ya que ésta se basa en el B. G. B., en el presupuesto de que la voluntad del causante ha sido la de tratar por igual a todos sus descendientes.

(Ver Kipp en el citado *Derecho de sucesiones*—del «Tratado de Derecho Civil», de Eneccerus Wolf y Kipp—, vol. 2, § 88, II, 2, pág. 50).

(59) Ver Maynz (op. y vol. cit., § 406, págs. 504 y ss.); Winscheid (op. y vol. cit., § 609, págs. 351 y ss.); Guarino («*Collatio bonorum*»—Roma, 1937—Introd. núms. 2 y ss.; págs. 5 y ss.); Bonfante («*Instituciones*»... citadas, § 215, págs. 619 a 622); Girard (op. cit., lib. III-V, tit. II, § 2.º-II, páginas 948 a 954); y Juan Iglesias («*Instituciones de Derecho romano*», vol. II. Barcelona, 1951, núm. 132. II, págs. 223 a 225).

norum possessio ab intestato y en la *bonorum possessio contra tabulas*. Este avance, justo y equitativo, respecto al régimen sucesorio de las Doce Tablas, notable paso desde el régimen agnaticio hacia el cognaticio, chocó con una dificultad que pudo haber trocado aquel progreso jurídico en una mayor injusticia práctica. Los *emancipati* podían haber adquirido bienes y constituido su propio patrimonio, ya que todo cuanto adquirirían después de emancipados suyo era. En cambio, los *sui* no podían adquirir sino para el *pater*, y engrosaban con sus adquisiciones el caudal de éste. Resultaba así, que el fruto de los esfuerzos de éstos vertía en un caudal, del cual se llamaba a participar—por el Pretor—*contra tabulas o ab intestato*, a los hijos emancipados. Estos, de ese modo, añadían a su propio patrimonio una parte del caudal relicto por el *pater*, en cuyo incremento habían colaborado sus hermanos, los *sui*, mientras ellos habían ido ahorrando sólo para sí, constituyendo un patrimonio propio del que no participaban los *sui*. Resultado totalmente injusto. De una situación injusta para los *emancipati* se saltaba así a otra situación injusta para los *sui*.

Pero el Pretor, siguiendo paulatinamente su labor llena de equidad (60), corrigió este nuevo defecto mediante la *collatio bonorum*. En su virtud (61), el hijo emancipado debía aportar (62) todos los bienes que hubiese adquirido desde su emancipación hasta la muerte de su padre (63).

Es de subrayar que esta colación sólo jugaba a favor de los *sui* (64). Este era un principio básico, derivado seguramente de la

(60) Ver Guarino, op. cit., cap. I, núms. 1 y ss., págs. 23 y ss. En los números 4 y ss. hace la crítica de la tesis de la *fictio suitalis* de La Pira.

(61) Ulpiano nos explica en un fragmento del libro XL de sus Comentarios al Edicto, según se recoge en el proemio de la ley 1, Dig. XXVII-VI, que la *collatio bonorum* «manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos amittat, participosque faciat eum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetat paterna».

(62) Dig. h. t. 1, §§ 9 y 11, 2 § 2; 3 § 5; 5 § 1.º; Dig. XXXVII-VII, 1 § 7, y Cod. VI-XX, 11 y 12. Como resume Iglesias (loc. cit., pág. 224 y notas 153 a 156): «A tenor del Edicto, la colación se verifica mediante promesa estipulatoria—*cautio*—que hace el emancipado a los *sui* de aportar sus bienes. La colación se sustancia, jurídicamente, en esta promesa previa *re conferre*. No obstante, se llega a admitir por la jurisprudencia, como no podía ser por menos, que la colación efectiva produce el mismo efecto que la promesa antecedente. La colación se hace *cautione*, pero puede hacerse también *re*, y en una y otra forma es presupuesto necesario de la *datio bonorum possessionis* por parte del Pretor».

(63) La colación de dichos bienes debía efectuarse, tal como se encontraban en el momento de la muerte del causante, aplicándose las reglas generales en materia de obligaciones en cuanto a la liberación por caso fortuito, responsabilidad por causa de dolo o culpa, percepción de frutos, intereses moratorios, impensas, etc. (Ver Maynz, loc. ult. cit., pág. 505, nota 7).

(64) Como dice Guarino (op. e intr. cits., núm. 6, pág. 13), los bienes del emancipado no eran colacionados en la masa hereditaria, sino para aquellos «qui in potestate morientis fuerint», y, por lo tanto, no eran divididos entre todos los coherederos, sino sólo entre el emancipado colacionante y los *sui*, con ex-

razón que dió lugar al origen de la institución. Y, por igual motivo, sólo actuaba cuando la *bonorum possessio*, sin el correctivo de la *collatio*, perjudicaría al propio *suus* (65).

Así resultaba, con toda justicia, que si la petición de la *possessio contra tabulas* por el emancipado resultaba beneficiosa para uno de los *sui*, la *collatio* no tenía lugar a favor de éste. Por ejemplo, en el caso de que la *bonorum possessio* pedida por un emancipado actuara contra un testamento (*contra tabulas*) en el que uno de los *sui* hubiera sido regularmente exheredado o instituido en porción menor a su cuota *ab intestato* (66).

En cambio, por el propio principio básico, resultaba—sin duda como un defecto de la institución—que la *collatio* se aplicaba a cada emancipado individualmente respecto a todos los *sui*, es decir, con independencia de la colación de cada uno de los demás emancipados con los mismos *sui* (67). De este modo no se formaba una masa única a repartir entre todos los llamados a la *bonorum possessio*, sino que cada emancipado partía exclusivamente con los *sui*—«*conferre his, qui in potestate patris fuerint*»—los bienes por él colacionados (68).

clusión de los otros emancipados. (Ver, especialmente el Cap. II, números 1, 2 y 7, págs. 45 y ss. y 66 y ss.).

(65) Ver Maynz (loc. ult. cit., nota 11), Winscheid (loc. ult. cit., página 353, nota 4) y Guarino (op. cit., cap. VI, núm. 9, págs. 200 y ss.). Según este último autor (cap. cit., núm. 1, pág. 187), la colación estaba sometida a tres presupuestos fundamentales, los dos primeros de derecho y el tercero de hecho: a) Que tanto el *suus heres* como el emancipado hubieran obtenido la *bonorum possessio*; b) Que uno y otro hayan sucedido pretorianamente en el mismo *ordo* de igual *bonorum possessio* (*contra tabulas* o *unde liberi*), y c) Que el concurso de los emancipados perjudique al *suus heres*, es decir, provoque una disminución de la cuota hereditaria que en otro caso le hubiera correspondido.

(66) Dig., h. t., 1 §§ 3, 4, 5, 6 y 7; Dig. XXXVII-VII, 3; Dig. XXXVII-IV, 20, § 1. El § 6.º de la ley 1, h. t. sienta el principio general: «Así pues, tiene lugar la colación siempre y cuando por la intervención de un emancipado sufre algún perjuicio el que está bajo potestad, pero si no lo hay dejará de tener lugar la colación». Como dice el § 5.º de la misma ley «*potest non incommode dici, emancipatu ita demum conferre fratri suo debere, si aliquid ei ex causa hereditaria abstulavit*». Si la cuota hereditaria del *suus* instituido es en la *bonorum possessio contra tabulas* menor que la cuota de su institución, el emancipado debe colacionar por la diferencia; así opinaron Juliano y Pomponio, según explica Ulpiano en el § 3.º del citado fragmento 1, h. t. Como aclara Guarino (loc. ult. cit., pág. 102), Ulpiano no sólo dijo que no tiene lugar a la colación en el caso de que el *suus heres* obtenga ventaja por el concurso del emancipado, sino igualmente en el caso de recibir tanto pero no menos, que lo que le correspondía por el *ius civile*.

(67) Dig., h. t., 1 § 24, 2 § 5 y 3 § 5. La opinión de Cayo Cassio, es seguida por Juliano, Ulpiano y Paulo. La sentencia de los dos primeros, que suscribe Paulo, afirma que no deberán quejarse los emancipados porque pudieron prescindir de la *bonorum possessio*, «*nec indignari eos oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerit, bonorum possessionem omittente*».

(68) Ulpiano (§ 24, Dig. h. t., 1) y Juliano (§ 2, Dig. h. t., 3) nos ofrecen sendos ejemplos.

El primero resuelve que si fueran dos los hijos emancipados, que tuvieran cada uno por valor 300, y dos los hijos que están en potestad, cada emancipado

B) *La collatio dotis*.—Esta institución, que nace también por obra del Pretor, tiene el enorme interés de ser el trazo de unión entre la *collatio bonorum* y la colación justinianea y, especialmente, por mostrar cómo el Derecho romano, sin prisa pero sin pausa, iba mejorando sus instituciones y aproximándolas al ideal de Justicia, fin y meta del Derecho.

La *filia in potestate morientis sine manu in convención uxore*, es decir, la hija casada, pero que estaba sujeta a la potestad del padre moriente y no a la del marido, percibía la dote como un bien propio no incluido en el haber hereditario. Es decir, que, como los emancipados, y a diferencia de los demás *sui*, al morir el *pater* dicha hija tenía otros bienes además de su cuota hereditaria. Por eso, el Pretor ordenó que de pedir ésta la *bonorum possessio unde liberi* o la *bonorum possessio contra tabulas* (70) trajese a colación «quantum maritus facere potest», es decir, el montante de la dote cuya restitución pudiera pedir al disolverse el matrimonio (71).

Esta expansión de la *collatio* prosigue en un rescripto de Antonino Pio, que da lugar a tal colación aunque la hija dotada no pidiera la *bonorum possessio* si sucedía a su padre *ab intestato* como heredera civil (72). Así la *collatio* dió el primer paso desde el terreno pretorio al civil, de la *bonorum possessio* a la *successio in ius* propiamente dicha.

La hija en potestad es tratada respecto a la dote como si hubiese sido emancipada y adquirido para sí. De no haber estado *in potestate morientis*, la dote debería colacionarse con los demás *bona*, a título de verdadera y propia *collatio*, a favor de los *sui* (73).

debería colacionar 200 (es decir, 100 para cada *sui*) y retener 100, y no llevarían nada a colación entre sí.

Juliano explica: supongamos que el padre dejó un caudal de 400, dos hijos bajo potestad y dos emancipados, de los cuales uno tiene bienes por valor de 100 y el otro por valor de 60; el que tuviere 100 tomará 133 y 1/3 (es decir:

$$\frac{400 \text{ (herencia)}}{4 \text{ (los cuatro hijos)}} + \frac{100 \text{ (sus bienes)}}{3 \text{ (los dos sui y él)}} = 100 + 33 \text{ y } 1/3, \text{ y el que hu-}$$

bería llevado a colación 60, tomará 120 (es decir $\frac{400}{4} + \frac{60}{3}$).

(Ver la exégesis de estos textos en Guarino, op. cit., cap. III, núms. 2, 3 y 4. págs. 71 y ss.).

(69) Ver Maynz, op. y vol. cit., § 406, págs. 507 y ss.; Winscheid, op. y loc. cit., págs. 353 y ss.; Guarino, op. e intr. cit., núms. 7 y ss., págs. 15 y ss., así como las citadas Instituciones de Bonfante, Girard e Iglesias, locs. cit.

(70) Dig. XXXVII-VII, 1, pr. inciso *Quamquam miscet*.

(71) Dig. h. t., I § 1.º

(72) Ulpiano, en sus Comentarios al Edicto, libro XL, en fragmento que es el citado proemio de la ley I, Dig., h. t., lo certifica así: «Aunque el Pretor obligue a la hija a la colación de la dote solamente si pidiera la posesión de los bienes, sin embargo, también si no la pidiera, deberá colacionar aquélla, si se inmiscyera en los bienes paternos; y el Divino Pio respondió por rescripto a Ulpio Adriano esto, que también la que no hubiere pedido la posesión de los bienes puede ser compelida por el arbitrio de la partición de la herencia a la colación de la dote.»

(73) Guarino, op. e intr. cit., núm. 7, pág. 16.

Otro paso, éste tendente a igualar los hijos en potestad y los emancipados y a corregir el defecto de la *collatio emancipati* antes explicado, es dado el año 239 por el Emperador Gordiano (74), cuya labor, según propio testimonio había sido preparada por las discusiones de los jurisconsultos: La colación de la dote *profecticia* desde entonces no se haría sólo en favor de los *sui*, sino que también beneficiaría a los *emancipati*.

C) *Evolución ulterior de la collatio antes de las Novelas de Justiniano*.—En el bajo Imperio se observa una doble actuación en la evolución jurídica de la colación. De una parte, la paulatina desaparición de los supuestos de derecho y de hecho de la vieja *collatio bonorum*. De otra, el desarrollo de los principios de equidad, sembrados por los jurisconsultos que empiezan a fructificar con las disposiciones imperiales antes citadas. Sigue esta trayectoria el Emperador León, en Constitución del año 472 recogida en el Codex VI-XX, 17 (75), que impuso a los descendientes que sucedieran *ab intestato* o *contra tabulas* a sus ascendientes el deber de colacionar a favor de sus coherederos, emancipados o no, las dotes y las donaciones *ante nuptias*. Debiéndose, además, seguir llevando a colación, a tenor de las antiguas leyes, todo aquello que los emancipados obtuvieran («in ipsa emancipatione a parentibus sui (ad soleat fieri) consequuntur, vel post emancipationem ab iisdem acquisierint»). Justiniano, en Constitución del año 529 recogida en el Codex, h. t., 20, de la que tendremos que volver a ocuparnos, ordenó en su proemio que también se colacionasen en las donaciones *ad emendam militiam* (76).

(74) Codex VI-XX. 4: «El Emperador Gordiano. Augusto, a Marino. Las hijas están obligadas a llevar a colación la dote solamente si sucedieran *abintestato*, o si pidieran *contra testamento* (*si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petent*); y no es dudoso que se ha de llevar a colación con los hermanos que quedaron bajo potestad la dote *profecticia* o *adventicia* dada o constituida por el padre. Porque con los que no estén en la familia del difunto (*qui in familia defuncti non sunt*) se determinó, después de varias opiniones de los jurisconsultos, que se lleve a colación la dote *profecticia* (*profecticiam tantum modo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit*).»

(75) «Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, iuris sui vel in potestate constitutis, quocunque iure intestatae successiois, id est aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita vel inofficiosi querela mota recisso, aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte, aut pronepote sive pronepote, nulla discretione intercedente, utrum in ipsas sponso pro liberis suis memoranti parentes donationem contulerint, an in ipsos sponso earum, ut per eos eadem in sponso donatio celebreretur, ut in dividendis rebus ab intestato parentis, cuius de hereditate agitur, eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur...»

(76) Dice así el segundo versículo del proemio: «Quod tam in aliis, quam in aliis, quam in his, quae occasione militiae nui haredum ex defuncti pecuniis acquisitae lucratur is, qui militiam meruit, locum haberit, ut lucrum, quod tempore

Se mina el supuesto de derecho de la vieja *collatio bonorum*, con la equiparación entre el Edictum y Lex, iniciado con la codificación adrianea, que fué aproximando cada vez más la *bonorum possessio* a la *hereditas* (77).

La paulatina desaparición de los presupuestos de hecho de la antigua *collatio bonorum* se inicia con la aparición del peculio castrense. Como contrapartida de la limitada atribución de capacidad patrimonial a los *sui*, que este peculio supuso, se excusó a los emancipados de colacionar los bienes que habrían formado parte de dicho peculio en el caso de haber estado ellos bajo la patria potestad.

Con el reconocimiento posterior del *peculio quasi castrense* (78) sucedió igual. La misma trayectoria se sigue con la creación y a desarrollo del peculio adventicio (79).

Según Winscheid (80) en el tiempo de Justiniano anterior a sus Novelas, quedaba ya muy poco de la vieja *collatio emancipati*. Sólo en dos relaciones, en las que los hijos en potestad carecían de la facultad de los emancipados:

a) Las economías hechas con el goce de los bienes adventicios pertenecían al *pater familias* y no a los hijos en potestad que las hubiesen ahorrado. Por tanto, cada emancipado debía colacionar lo por él economizado con el disfrute de aquellos bienes que hubiesen sido adventicios de estar él bajo potestad paterna (18).

b) Los hijos en potestad no podían recibir donaciones inter vivos del pater. Por ello, los emancipados debían colacionar, con relación a los *sui*, lo que el pater les hubiese donado (82).

mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum testamento condito quartae parti ab intestato successione computetur, sed etiam ab intestato conferatur.»

(77) Ver Guarino, op. cit., núm. 9, págs. 17 y ss.

(78) Dig. XXXVII-VI, 1, § 1.º: «Ne castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur; hoc enim praecipuum esse oportere, multis Constitutionibus continetur.» Como nota Girard (op. y loc. últ. cits., pág. 952, nota 1), este texto de Ulpiano está interpolado, ya que este jurisconsulto sólo pudo hablar del peculio castrense, pero no del cuasi castrense que en su época no existía aún.

(79) Const. de Justiniano, dirigida a Juan, Prefecto del Pretorio, el 15 de las Candelas de noviembre del segundo año del Consulado de Lampiano y de Oreste (530 ó 532), recogido en el Codex VI-XX, 21, cuyo último inciso dice así: «Ut enim castrense peculium in commune conferre in hereditate dividenda et ex prisci iuris auctoritate minime cogebantur, ita et alias res, quae minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere censemus.»

(80) Op. y vol. cits., § 609, pág. 354. Ver también Girard, op. y loc. últimamente cits., pág. 952.

(81) Según Winscheid (pág. últ. cit. y sig., nota 9) y Girard (pág. últimamente cit., nota 2), este supuesto no está formalmente recogido en la compilación de Justiniano, pero resulta del fundamento de la institución y aparece confirmado en las Basílicas.

(82) Inciso final de la citada constitución del Emperador León, Codex 17, h. t., que habla de que, además de la colación que en este texto se establece, los emancipados deben colacionar, por supuesto (*vide licet*), los bienes adquiridos de sus ascendientes en la misma emancipación o después de ella.

Winscheid (nota últ. cit., pág. 355)—dejando a un lado la cuestión de la

D) *La collatio descendendum*.—Justiniano borró, en la Novela CXVIII, las diferencias que aún mediaban en la sucesión intestada entre las dos categorías de hijos y, en la Novela XXV, abolió la *successio contra tabulas*. Con ello hizo desaparecer la vetusta *collatio bonorum* (83). La *collatio dotis* en cuanto a la *dos profecticia* fué absorbida por la nueva colación general de los descendientes; y respecto a la *dos adventicia* la hija emancipada dejó de tener que llevar a colación su capital desde el momento en que los otros *sui* pudieron ser dueños del *peculium adventicium* (84). En consecuencia restó sólo la colación nueva (la *collatio descendendum*) iniciada en las Constituciones, antes citadas de León y del propio Justiniano.

Pero la *collatio descendendum* sufre con Justiniano una notable expansión en los supuestos de su aplicación. De la sucesión ab intestato se extiende a la sucesión testada.

Así lo proclamó el capítulo VI de su Novela XVIII.

«Illud quoque bene se habere credimus hac lege complecti. Prioribus enim legibus volentibus, in collationibus, si quidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum earum virtutem fieri, si vero testati, nihil dicentes de eis, locum non fieri collationibus, sed res habere per dotem forte aut alio modo datas, et quae sunt relicta defendere, nos sancimus, non esse omnino talem opinionem, sed sive quispiam intestatus moriatur, sive testatus (quoniam incertum est, ne forsán oblitus datorum, aut pro tumultu mortis angustatus huius non est memoratus), omnino esse collationes et exinde aequalitatem, secundum quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem, sed habere eum, qui cogitur ex lege conferre, et quod iam datum est, et ex iure testamenti; omnibus, quae prius de collationibus a nobis sancita sunt in sua virtute manentibus» (85).

posible interpolación de este texto, ya estudiada por Leist—ha reconocido que a la subsistencia de este supuesto de colación de los emancipados parece oponerse el hecho de que en la fecha de aquella constitución las donaciones hechas por el *pater* a un hijo en potestad se entendían retroactivamente convalidadas si no eran revocadas por aquél antes de su fallecimiento o de la emancipación del hijo en su caso. A juicio del propio Winscheid, la explicación más aceptable de la ley 17 C., h. t., consiste en entender que ésta no niega la convalidación de las donaciones hechas a los *sui*, sino que se ocupa solamente de la no exención del deber de colacionar las donaciones que en su propio texto refiere

Sobre la colación de las donaciones a los hijos en potestad es interesante el comentario de Cuyatio (op. y vol. cit., *Comment. in Tit. XX de collationibus* lib. VI, Cod., cols. 693 y 694).

(83) Ver la nota 10, del § 609 de la Pandectas de Winscheid (vol. cit., páginas 355 y ss.).

(84) Ver Winscheid, nota II, § cit., vol. cit., pág. 357.

(85) «También hemos creído que era acertado comprender otra cosa en esta ley. Porque queriendo las anteriores leyes, en cuanto a las colaciones, que, si verdaderamente muriesen sin testamento los padres, se hicieran las colaciones por virtud de las mismas, y que, si hubieran testado no diciendo nada respecto a ellas, no se diera lugar a las colaciones, sino que uno tuviera las cosas

Como dice Guarino (86) la limitación del objeto de la *collatio descendentium*—la cual no puede darse para toda clase de donaciones—y la admisión de una facultad de dispensa del *de cuius* demuestran también el cambio fundamental en el justiniano de los principios que presidieron esta institución en el derecho clásico. *Ya no está animada por el deseo equitativo de una igualación práctica, sino por el respeto a la presunta voluntad del ascendiente difunto.*

Después de las modificaciones establecidas por Justiniano (Consts. 17, 19 y 20 Cod. h. t. y Nov. XVIII, cap. IV) la colación queda en Derecho romano regulada en la siguiente forma (87):

a) *Personas que deben colacionar.*—La colación afecta a los descendientes del causante no separados de éste por descendiente intermedio vivo, que sean sus herederos testamentarios o legítimos, que lleguen a adquirir su herencia conjuntamente con otros descendientes y que no sean excusados por el causante de dicho deber.

Brevemente vamos a desentrañar estos requisitos:

1.º Ser descendiente del causante (Ley 17 C. h. t.), como dice Winscheid (88). Los descendientes adoptivos (Ley 1, § 14, Dig. h. t.) y los legitimados, en cuanto llamados a la sucesión ab intestato, deben comprenderse en esta misma regla con los descendientes legítimos. Pero, *quid*, los hijos naturales: el ilustre pandectista cree que no. En ningún lugar del Corpus se impone a los hijos naturales la obligación de colacionar. Además, su sucesión tiene un carácter especial, diferente de la de los hijos legítimos, por lo que resultaría ciertamente grave transportar a ella la presunción en la que se apoya la colación de los descendientes.

2.º Que el descendiente no esté separado del ascendiente por otro descendiente de éste que viva. Es decir, que entre el abuelo y

dadas acaso en dote o de otro modo, y que defendiera las que se dejaron, nosotros disponemos que de ningún modo exista tal presunción, sino que ya si uno muriese intestado, ya si habiendo testado (porque es incierto si es que acaso se olvidó de las cosas dadas, o si apremiado por la perturbación de la muerte no hizo mención de esto), haya lugar en todos los casos a las colaciones y a la igualdad consiguiente, conforme a lo que ya antes se dispuso, a no ser que expresamente hubiere indicado él mismo que no quería que se hiciera colación, sino que tenga, el que por la ley es obligado a llevar a colación, tanto lo que ya se le dió como lo que se le da por derecho de testamento; subsistiendo en su vigor todo lo que sobre las colaciones ha sido sancionado antes por nosotros.»

(86) Op. e intr. cits., núm. 10, pág. 20.

(87) Notemos, no obstante, que faltó a Justiniano, según observa Maynz (op. vol. y § cits., pág. 511), hacer una ley orgánica que evitara las incertidumbres y dificultades que presenta la aplicación de las disposiciones incoherentes y absurdas que se encuentran esparcidas en las cuatro partes de su obra legislativa. Toda la obra de glosadores y comentaristas tendió a salvar estas dificultades en el Derecho común.

(88) Op. y vol. cits., § 610, pág. 357, nota 2.

el nieto no se halle vivo el padre de éste, hijo de aquél, (Dig. h. t. I, § 8 y 7; Cod. h. t., 19) (89).

3.º Ser heredero testamentario o ab intestato.

La citada reforma de la Novela XVIII, cap. VI, como hemos dicho, extendió la colación a la sucesión testada. No obstante aún después de ella quedó alguna duda:

¿Debía colacionar el instituido *ex re certa*? Winscheid (90), siguiendo la opinión de Neuner y Leist, contesta afirmativamente a esta pregunta (91), pero tal solución parece harto dudosa en caso de concurrir el *heres ex re certa* con instituido *ex asse* (92).

¿Tenía lugar la colación en los supuestos en que excepcionalmente concurrían herederos llamados testamentariamente con otros *ab intestato*? (93). Antes de la Novela XVIII la solución de Papiniano y de Paulo, fué negativa (94). Después de esa Novela, sin duda el criterio debió ser otro (95), ya que Justiniano al extender el deber de colacionar a la sucesión testamentaria, rechazó expresamente la presunción de que el testador que nada hubiese dicho de sus liberalidades colacionables quisiese rechazar su colación.

4.º Llegar a adquirir la herencia.

Por eso no deben colacionar—ni pueden beneficiarse con la co-

(89) No haría falta aclarar este requisito si la colación sólo tuviese lugar en la sucesión intestada, porque a través de ella ya resultaría como presupuesto para que el descendiente fuese heredero. En cambio, conviene precisarlo tratándose de la sucesión testada, en la que cabe perfectamente que un descendiente sea heredero testamentario del causante, pero no esté obligado a colacionar por vivir el descendiente intermedio entre ambos.

(90) Loc. últ. cit., pág. 358, nota 4.

(91) No hay que olvidar la posición de Winscheid respecto la ley «*Quoties certi quidem*» (Cod. VI-XXIV, 13). A su juicio (op. y vol. cit., § 553, pág. 172), Justiniano dispuso para el caso de concurrir *heres ex re certa* con otros llamados *ex asse*, que la cuota hereditaria que correspondiera a aquél debiese considerarse como devuelta—igual que si se tratase de una restitución fideicomisaria operada automáticamente, sin necesidad de declaración de voluntad por parte del instituido en la cosa cierta—a los *heres ex asse*, de modo que aquéllos, respecto a éstos, si bien aparecen como simples legatarios en cuanto el elemento patrimonial asignado, en cambio, en los demás se mantiene su cualidad de herederos. (Sobre las consecuencias de esta ley, ver la nota II, del cit. § 553, de la obra de Winscheid, y lo que expusimos en la segunda parte de este trabajo, en este Anuario IV-IV, págs. 1384 y ss. y 1393.)

(92) Los autores de Derecho común opinaron de otro modo según explica Antonio Gómez (op. cit., in legem XXIX, núm. 5, vers. «*Unum tamen*», «*Ex quo subtiliter*» y «*Sed hoc non obstante*», pág. 176).

(93) En la primera parte de este trabajo (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IV-II, págs. 461 y ss.) nos ocupamos de los supuestos en que la regla «*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*» sufría excepción en Derecho romano.

(94) Dig. XXXVII-VII, 6: «*Papinianus libro VI Responsorum—Pater filium emancipatum heredem instituit et filiam exheredavit, quae inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit; non esse fratrem bona propria conferre cogendum respondi, nam et libertates competere placuit.*»

Dig. XXXVII-VII, 7: «*Paulus libro XI Responsorum—Nec ipsa dotem fratris suis conferet, quum diverso iure fratres sunt heredes.*»

(95) Así opina Winscheid, siguiendo a Arnst, en la nota 4, últ. cit.

lación de los demás—quienes utilicen el beneficio de abstención o repudian la herencia (96), Mainz (97) ha considerado dudosa la aplicación del deber de colacionar al heredero aceptante a beneficio de inventario. Concretamente, el problema a resolver es éste: el descendiente heredero a beneficio de inventario, que como tal no responde con sus propios bienes, ¿debe colacionar por valor superior al líquido activo que le corresponda en el caudal relicto? (98). Según aquel autor, si bien la letra de la ley sólo se ocupa de poner al heredero beneficiado al abrigo de toda persecución de los acreedores de la herencia, el espíritu de la ley es más amplio, «ut hereditatem, sine periculo habent nihil ex sua substantia penitus heredes amittant» (Cod. VI-XXX, 22, § 4).

5.º Que hereden conjuntamente con otros descendientes que también reúnan los requisitos enumerados anteriormente (descendientes no separados del causante por descendiente intermedio vivo, que sean herederos y lleguen a adquirir la herencia).

Sin sujeto activo de la colación ésta no puede tener sujeto pasivo. Si heredan con coherederos que sean colaterales, ascendientes o extraños del testador, el deber legal de colacionar no existe (Cod. III-XXXIX, 12).

6.º Que el causante no haya excusado el deber de colacionar. Como se lee en la Novela XVIII, capítulo VI: «Nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem» (99).

7.º Finalmente, el deber de colacionar tiene como límite la legítima del colacionante. Como dice Winscheid, en la voluntad presunta del causante no puede apoyarse un resultado que su expresa voluntad no podría imponer (100).

b) *Personas a cuyo favor se debe colacionar*: De los bienes colacionados deben participar todos los descendientes herederos que han debido colacionar y los que habrían colacionado de haber recibido donaciones colacionables sin ser excusados de dicho deber por el mismo causante (101).

Desapareció totalmente, por tanto, la desigualdad entre emancipados e hijos en potestad que existía en la antigua *collatio emancipati*.

Si con los coherederos con derecho a la colación concurriesen

(96) Dig. XXXVII-VI, 1, §§ 1 y 3, y 5; Dig. XXXVI-VII, 8 y 9.

(97) Op. y vol. cit., § 406, pág. 511, núms. 46 y ss.

(98) V. gr.: A y B son hijos y herederos, por mitad, del causante. En el caudal relicto el pasivo excede del activo en un valor de 100. Años antes A había recibido del causante una donación valorada en 75, que en la fecha de su otorgamiento no era inoficiosa, porque el caudal del causante, que luego vino a menos, alcanzaba entonces al cuádruple valor de lo donado. A, que acepta a beneficio de inventario la herencia de su padre, ¿debe colacionar?

(99) Entiende Winscheid (loc. últ. cit., nota 9, pág. 359) que para este «*expressim designare*» basta cualquier declaración, no ambigua, de que el heredero obtiene la liberalidad además de su cuota hereditaria. También estima que esta declaración no necesita forma alguna.

(100) Loc. y pág. últ. cit., nota 10.

(101) Cod. VI-XX, 17 y 19.

otros coherederos sin derecho a ella (102), éstos no se computarían para calcular la cuota de la colación, correspondiente exclusivamente a cada uno de aquéllos (103).

c) *Bienes colacionables*: Para determinarlos debe atenderse a la naturaleza del título de la atribución, a la expresión o inexpressión de la voluntad del causante y a la circunstancia de referirse el deber de colacionar a hijos o a descendientes de grado ulterior.

En cuanto al título de la atribución resulta:

1.º La dote (104), la donación *ante nuptias* o *propter nuptias* (105), la donación *ad emendam militiam* (106) eran colacionables siempre que el causante no dispensase su colación (107). Distendiéndose por los autores de Derecho común y por los modernos romanistas si en este grupo que titulaban de las donaciones *ob causam* o *qualificatae* debían comprenderse además otras donaciones (108).

(102) Es decir: ascendientes, cónyuge supérstite, colateral o extraño del causante (Cod. III-XXVII, 12) y los descendientes de ulterior grado de éste cuando viva el descendiente intermedio (Cod. VI-XX, 19).

(103) El mismo criterio que se aplicaba en la antigua *collatio emancipati*, para repartir lo colacionado entre los *sui*, con exclusión de los *emancipati* (Dig., h. t., 1, § 24; 2, §§ 5 y 7; 3, § 2).

(104) Cod. 17 h. t. Pero la colación de la dote no pudo hacerse en perjuicio del marido; debiendo la hija casada retirar de menos de la sucesión la cuantía de la dote («non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse quam eo minus in partem tibi delatae successionis patris auferre, potueris». Cod. VI-XX, 5); o bien diferirse su colación hasta la disolución del matrimonio («nec conferre fratribus cogitur dotem a se profectam manente matrimonio», Dig. XXI-11, 71, Paulo). La primera solución es la que en Derecho común aceptó Fabro («Codex Fabrianus, Definitionum forensium et rerum», Neapoli, 1765, Vol. II, Lib. VI, Tit. III, Ref. II, pág. 503), que deduce de aquel texto, «in proposito autem nec mulier ipsa collationi abstracta videbatur, quia praeter et ultra portionem, haereditariam ea dos filia fuerat constituta». Basando la explicación en la voluntad tácita del padre donante.

(105) Cod. 17, h. t., y 29 (III-XXVIII), que disponen la colación de las donaciones *ante nuptias*, que Justiniano ordena se llamen *propter nuptias* (Cod. V-111, 20 e Inst. II-VIII, § 3.º).

(106) Cod. 20, h. t.

(107) Nov. XVIII, cap. VI, «nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem». Según Cuyatio («Codex Justinianaeae—Lutetiae Parisiorum, 1617—, «In tit. XX de collationibus, lib. VI, Cod. pág. 692), cabía esta manifestación en contrario tanto si la colación se daba en la sucesión testada como en la intestada: «Si pater ab intestato voluerit, non esse collationem inter fratres, non erit collatio, sufficit voluntatis iudicium. Si pater inter vivos vel etiam codicillis ab intestato inter liberos suos vel emancipatus, et eos quod habet in potestate dividerit omnia bona sua, et nihil indivisum reliquerit, videtur exclusisse munus collationis». A su juicio también pudo excluirse la colación por tácita voluntad, opinión que coincide con la citada de Fabro (loc. cit.).

(108) Entre los antiguos autores, a partir de Bartolo, se elaboró la categoría de las donaciones *ob causam* (Ver Fontanella, *Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus*—Lugduni, 1667—, T. I. Cl. IV, Gl. I. núm. 48, pág. 57). Como luego veremos, la ley 29 de Toro dió apoyo legal a su construcción, respecto la cual Juan García Saavedra (*Tractatus de donatione remuneratoria*—Editio ultima Amstelaedami, 1668—, núms. 47 y ss., páginas 30 y ss), precisa que «intelligenda sunt meo iudicio, aut de donationi dotis, aut de donationibus similibus ob causam necessariam natura, honestate,

2.º Las demás donaciones, es decir, las denominadas *simplices*, por el contrario, no debían colacionarse por regla general. No obstante, ésa sufría excepciones: α) si el causante ordenó su colación (109); β) si se hicieron a cuenta de la legítima del donatario (110); γ) y finalmente, cuando otro descendiente que no hubiese recibido donación ordinaria alguna debía colacionar una dote o donación por causa de matrimonio mientras el beneficiado con donación ordinaria no había recibido dote ni donación *propter nuptias* (111).

Es de notar que a efectos de la colación la donación *mortis causa* no se considera como legado, sino como verdadera donación, que deberá colacionarse según las reglas de las donaciones intervivos (112). En cambio, no se entendía como donación, a efec-

more et consuetudine patriae, in quibus non reperitur mera liberalitas, etiamsi non reperitur praecise et legalis coactio» (núm. 50, pág. 33).

Modernamente, Winscheid (op. y vol. cit., § 610, pág. 361, nota 18) afirma que la enumeración legal de los bienes colacionables es en las fuentes demasiado concreta y precisa para poder admitir esas extensiones *ex ratione legis*. Igualmente en Derecho catalán se entienden así, según Borrell y Soler (op. y vol. cit., § 531, pág. 553, nota 23), en contra la opinión corriente de los clásicos catalanes.

Las donaciones remuneratorias han dado lugar a arduas cuestiones acerca de su colación. Por ella parece decidirse Winscheid, salvo en el supuesto de que la donación se hubiera hecho para recompensar a quien salvó la vida al donante (ver op. y vol. cit., § 610, pág. 360, nota 16, en relación con el vol. II, § 368, pág. 427, nota 11).

(109) Cod. h. t. 20, § 1, in fine, «quod simplex donatio non aliter confertur, nisi huius modi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit.»

(110) Cod. h. t. 20, pr. Este texto de Justiniano contiene la famosa regla, «ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur minime e contrario tenebit» (todo lo que se computa a legítima se colaciona, pero no al contrario). Pero esta regla debió entenderse limitada no sólo a lo dejado en vida por el padre (nota Cuyatio—op. y vol. cit., «Coment., in tit. XX. de collationibus, lib. VI, Cod.», col. 693—«ea tantum in collatione veniunt, quae liberi adquisierunt ante mortem patris»), sino también al supuesto de que el colacionante sea heredero y no simple legatario (por razón de la propia naturaleza de la institución de que nos ocupamos). También debe tenerse en cuenta que la citada ley se refiere a la imputación a efectos de excluir la *querrela inofficiosi testamenti*, menos amplia que la correspondiente a efectos de las *querelae inofficiosi donationis vel dotis*, como antes hemos visto.

(111) Cod. h. t. 20, § 1. De este texto resulta: a) Si los descendientes-herederos sólo han recibido donaciones simples, no deben colacionarlas, salvo disposición en contrario del causante; b) Si unos han recibido donaciones *propter nuptias* o dotes y otras donaciones simples, deben colacionar todos si el causante no dispuso otra cosa; c) Si unos han recibido dotes o donaciones por causa de matrimonio y otro u otros además de recibir donaciones simples han recibido dotes o donaciones *propter nuptias*, estos últimos sólo deben colacionar la dote y la donación por causa de matrimonio, pero no la donación simple que hubiese recibido, salvándose siempre la voluntad contraria del causante.

(112) En este sentido Fabro (op. y loc. cit. Def. IV, núm. 31, pág. 505), Winscheid (loc. ult. cit., pág. 360, nota 16), Maynz (§ ult. cit., nota 50, página

tos de su colación, lo dado por el causante en cumplimiento de su obligación alimenticia y de educación de sus hijos (113), ni los regalos módicos que usualmente suelen hacerse (114).

Siendo nietos o descendientes de ulterior grado los obligados a colacionar, debían conferir en cuanto hubiesen llegado a sus manos las liberalidades hechas por el causante a sus progenitores (115) y las liberalidades con que aquél les hubiese favorecido directamente antes o después de la muerte de sus progenitores (116).

d) *Contenido del deber de colacionar.*—La colación pudo hacerse *in natura* o por compensación en valor (117). Con todas las colaciones reunidas—real o idealmente—se formaba una masa común, en la que cada partícipe tomaba una cuota parte proporcional a la participación hereditaria que le correspondía según testamento o ab intestato (118).

La compensación en valor se debía verificar según lo que los bienes a colacionar valiesen en la fecha del fallecimiento del causante (119). Pero al heredero colacionante debía abonársele las impensas necesarias (120) y las útiles en cuanto hubieran aumentado el valor en venta de la cosa (121), y, en cambio, respondía de las pérdidas y deterioros debidos a dolo o culpa *levis in concreto* (122).

Debiase, en fin, aportar o descontar los frutos percibidos des-

512). Por lo tanto, normalmente no se colacionarán salvo disposición en contrario del causante. Pero si se hubieran hecho en concepto de dote o con ocasión de matrimonio deberán colacionarse.

(113) Dig. X-II, 50.

(114) Dig. L-XVI, 194 y 214; XXIV-I, 31, § 8; XXVI-VII, 12, § 3.

(115) Ver ley 19 Cod. h. t., el examen de los problemas que plantea y las diversas posiciones de los autores puede consultarse en la nota 20, del § 610 de la cit. op. de Winscheid (vol. cit., págs. 361 y ss.).

(116) Extremo controvertido a pesar de que la ley no distingue (ver Winscheid (loc. ult. cit., nota 21, pág. 363).

(117) Dig. XXXVII-VI, 1, §§ 11 y 12, nov. XCVII, cap. VI, § 1.

(118) La distribución de los bienes colacionados en proporción a la cuota de institución de cada hijo o descendiente colacionante, resulta claramente de la Const. de Justiniano del año 453, que recoge el Codex en el título «*Communis utriusque iudici, tam familiae erciscundae, quam communi dividundae*» (III-XXXVIII, 12), donde refiriéndose a la colación de la dote o de la donación *ante nuptias*, ordena que de no haber la compensación de valor, los bienes donados o dados en dote, «*sed quasi paternae facta substantiae sit inter omnes secundum institutionis tenorem dividi*», o como dice más adelante «*secundum modum institutionum dividantur*».

(119) Dig. XXXVII-VI, 1, § 7; Cod. VI-XX, 6.

(120) Dig. XXXVII-VII, 1, § 5; «*Quum dos confertur, impensorum necessariorum fit detractio, ceterarum non*», dice Ulpiano (Lib. XL ad Edictum).

(121) No obstante el texto en contrario del fragmento transcrito en la nota anterior que, a juicio de Winscheid (§ cit., nota 23, págs. 363 y ss.) en este punto tiene solamente valor histórico. Ver Dg. XXXVII-VI, 2, § 2, 5 § 1; Dig. XXXVII-VII, 5, § 1, y arg. Cod. V-XIII, 5.

(122) Dig. XXXVII-VI, 1, § 23; nov. XCVII, cap. VI. No así de caso fortuito (Dig. XXXVII-VI, 2, § 2).

de la fecha en que fué abierta la sucesión y los intereses de demora (123).

La doctrina romana en las Partidas y la ley 14 del Libro III, título VI del Fuero Real.

Las leyes 3, título IV de la Quinta Partida y 3 a 6 inclusive del título XV de la Sexta Partida, recogen la doctrina romana acerca de los bienes que los hijos deben llevar a la partición de la herencia de sus padres. Notemos, no obstante, que no todas estas disposiciones se refieren a la colación propiamente dicha.

a) No es verdadera colación la inclusión en la partición que regula el inciso primero de la ley 3 (6 p., tit. XV): «Todas las cosas que el hijo ganare en mercadería con el aver de su padre seyendo en su poder, todas las deve aduzir a partición con los otros bienes que fueren de su padre, e partirlas con sus hermanos.»

No hay verdadera colación, porque—como reconoce Gregorio López (124)—«todo cuanto adquiere el hijo con capitales del padre lo adquiere para éste en calidad de peculio profecticio». Por eso podía concluirse con Cuyacio (125): «Igitur haec de iure non conferunt. Conferunt tantum bona propria sua (del hijo), non nostra (del causante). Peculium filiifamiliae, non est propius eius patrimonium sed quasi patrimonium... Quia mortuo patre ea peculia pagana magis veniunt in communionem, ut bona paterna, quam ut collectitia bona, quia peculium finitur morte patris...» (126).

b) Los cuatro últimos incisos de la ley 3, tit. IV, 5 p. y el apartado primero de la ley 4, tit. XV, 6 p. (127), se ocupan de la eficacia de las donaciones del padre al hijo en potestad. Rodrigo

(123) Dig. XXXVII-VII, 5, § 1.

(124) Glosa a las palabras «ganare en mercadería» (gl. 19, pág. 732, ed. y vol. cit.). En la misma glosa señala que esta disposición desecha la opinión general de los doctores—incluidos Bartolo y Baldo—que en este punto distinguen calificando de peculio profecticio la adquisición en cuanto proviniera de los capitales y de adventicio, en cuanto fuere resultado de la industria del hijo, no sujetándola de consiguiente a colación en este caso. También, es de interés, la opinión de Soccino, que en esta misma glosa explica Gregorio López, al subdistinguir cuidadosamente cinco supuestos diferentes.

(125) Op. y loc. cit., *ad tit. de collationibus* (col. 693 B).

(126) «Mas si el padre diesse algo de lo suyo a alguno de los hijos, non valdria. Ca el hijo a quien lo davesse, si oviesse otros hermanos, temdo sería después de la muerte de su padre, de aduzirla, e meterla a partición con ellos, o de resecebirla en su parte, entregándose cada uno de los otros hermanos de otro tanto como valiesse la donación que le dió el padre.»

(127) «En su vida faziendo donación el padre a su hijo que estuviesse en su poder, si después non revocare fasta su muerte, este hijo aura la donación que desta guisa le fuere fecha libre e quita: e non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la partición, fueras ende, si el padre oviesse dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa, segund dize en la ley ante desta.»

Suárez (128) y Gregorio López (129), señalan la antinomia entre ambas leyes. El segundo entiende que lo expresado en la ley 4 (XV, 6 p.) limita lo declarado en la ley 3 (IV, 5 p.).

La primera disposición recoge la más antigua doctrina romana sobre la nulidad, más propiamente imposibilidad (130) de las donaciones del *pater* al *filius familiae*. Pero en este caso, la imposición de *aduzirla e meterla a partición*, no sería tampoco colación técnicamente hablando. También Cuyacio (131) lo razona con toda precisión: «Et ideo inutilis est donatio, ut secundum ius vetus, etiam non confirmetur morte patris, ..., et ideo ea donatio venit in communionem et in iudicium familiae erciscundae, ut paternum aliquid, non ut collatum quod in commune redigat filius familiae cui donatio facta est. Ergo proprie non confertur.»

La segunda disposición (l. 4, tít. XV, p. 6) aplica la doctrina justiniana de la convalidación retroactiva de las donaciones que el padre no hubiese revocado a su fallecimiento (132). Y, resuelta esta cuestión extra colacional, penetra en la materia propiamente dicha, distinguiendo las donaciones simples y las causales, como luego vamos a ver.

Ahora, de momento adelantaremos que Gregorio López (133) deduce sensu contrario de esta ley que la donación simple hecha al hijo emancipado debía traerse a colación, conforme la ley 17, Cod. VI-XX de collatione (134), la *Authentica ex testamento*

(128) «Repetitionis legis Quoniam in prioribus C. de inoff. testamento... perspicue explicatae», en «Opera Omnia» (Postrima editio, Duaci 1614, con Adiciones del propio autor y otras de Jacobo Valdés), «Declaratio legis regni». § 5 quero, núm. 7 (pág. 545).

(129) Glosa a las palabras «non valdría» de la ley 3, tt. IV, p. 5 (ed. y vol. cit., núm. 18, págs. 38 y ss.) y glosa a las palabras «e non gela puedan contar en su parte» de la ley 4, tít. XV, p. 6 (ed. y vol. cit., núm. 30, página 736).

(130) Ver Biondi, «Donazioni», en el T. X del «Tratatto di Diritto Romano», dirigido por Albertario (Milán, 1943), núm. 30, págs. 713 y ss.; y Aru: «Le donazioni tra coniugi in Diritto romano» (Padova, 1938), núms. 13 y ss., páginas 19 y ss.

(131) Loc. ult. cit. (col. 693, BC).

(132) Cuyacio (loc. ult. cit., col. cit., CD) distingue también dos soluciones: la anterior y la posterior a Justiniano. Antes, «certum est, iudicio extremo patris confirmari donationem filio familiae factam si quis donavit vivus filio familiae caveat se ex testamento apud filium familiae permanere velle, quo genere, id quod donatum est filio familiae capitur non ut donatio sed ut legatum sive relictum... quod si capitur ut legatum, vel etiam quod negari non potest, ex iudicio patris ultimo, ergo non confertur: quia post mortem patris acquiritur; et ea tantum in collationem veniunt, quae liberi adquiserunt ante mortem patris». Pero, después de Justiniano, la solución pudo ser otra por que, «hodie ex constitutione Justiniani..., donationem factam filio familiae morte patris confirmari, imo et retraheri sive reduci ad tempus quia facta est». De modo que: «Die donationis non descendit ad diem mortis patris. Sed dies mortis patris ascendit et recurrit ad diem facta donationis».

(133) Glosa a las palabras «a su fijo que estuviese en su poder» (ed. y vol. cit., núm. 28, pág. 733).

(134) «...emancipatis videlicet liberis utriusque sexus protenore praecedentibus».

y la opinión de Bartolo, Alejandro y el común de los autores, según este último. Procederá así, añade Gregorio López, ya suceda el emancipado con hermanos que quedaron bajo el poder de su padre, hasta la muerte del mismo, ya suceda con otros emancipados. Pero, conforme con Bartolo, Decio y el común de los autores, exceptúa el caso de que con la colación resultase gran desigualdad entre los emancipados. Asimismo excluye la colación cuando la donación simple se la hiciese la madre al emancipado, conforme la ley 20, Cod. h. t. y su explicación por Bartolo.

Esta última distinción de Gregorio López, sin duda, ya en los tiempos fecha de las Partidas resultaba anacrónica.

c) La doctrina de las Partidas sobre la colación puede decirse que se concentra en los apartados segundo a último de la ley 3 (XV, p. 6.º) y desde la mitad del primer inciso al último de la ley 4 y apartado cuarto de la ley 6 del mismo título y Partida.

«Otro si dezimos—declara la primera—que la dote, o el arra, o la donación (135) que el padre diere en casamiento a alguno de sus fijos, se deve contar en la parte de aquel a quien fué dada; fueras ende, si el padre dixesse señaladamente, quando gela dava, o en su testamento, que non quería que gela contassen en su parte. E esto ha logar, quando los hermanos tan solamente heredan íos bienes de su padre, o de su madre. Mas si otro estraño fuesse establecido con ellos por heredero, estonce las ganancias sobre dichas, o las donaciones, o dotes que fuesen dadas a los hermanos, non las deven meter en partición con los estraños, nin las deven contar en su parte con ellos.»

Esta clara aplicación de la doctrina de Justiniano, es confirmada y completada con igual tenor en la ley 4. Esta, al hablar de la donación que el padre hiciere a su hijo en potestad (136) se refiere a la donación simple, según infiere Gregorio López de las palabras «si después non la revocare», pues precisamente las donaciones simples no se confirmaban hasta la muerte del padre. De ella, pues, dice que «non gela pueden contar en su parte los otros hermanos en la partición, fueras ende, si el padre ouisse dado en casamiento a los otros hermanos alguna cosa, segund dize en la ley ante desta», y añade: «Ca si este fijo a tal quissiesse contar a los otros hermanos en sus partes, las donaciones que el padre la fiziera en razón de casamiento: estonce dezimos, que sea otro si contada en su parte la donación que el padre hizo a él en su vida.

tium legum quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur, vel post emancipationem ab üsdem adquiserint, collaturis», concluye la citada ley 17.

(135) Como dice Gregorio López en la glosa a esta palabra (ed. y vol. citados, núm. 23, pág. 733), debe entenderse de la donación con causa, «como lo indican aquellas palabras que se leen en seguida, *«que el padre diere en casamiento»*; a más de que de la donación simple se trata en la ley siguiente».

(136) Glosa a las palabras «si después non la revocare» de esta ley (ed. y vol. cit., núm. 29, pág. 735 y ss.).

É esto es porque se guarde la egualdad (137) entre ellos. Pero si el padre fiziesse tan grand donación al uno de sus fijos, que los otros sus hermanos non pudiessen aver la su parte legitima, en lo que fincasse, dezimos, que estonce deven menguar tanto de la donación, fasta que puedan ser entregados los hermanos de la su parte legítima que deven aver.»

d) Finalmente, las leyes 5 y 6 h. t. determinan los bienes que no se deban colacionar. De una parte señala los peculios castrense y cuasi castrense y los bienes adventicios (ley 5 aps. 1 y 2) la dote o arra dada por persona que no sea el padre (ley 6, apartado 1.º). De otra, excluye los libros, «las despensas que el padre diesse a alguno de sus fijos para aprender alguna sciencia en Escuelas» (ley 5, ap. 3.º) y «las despensas que el padre fiziere, faziendo armar Cavallero a alguno de sus fijos, dándole armas, e cavallo, e las otras cosas que fueren menester por razón de Cavallería» (ley 5, ap., 4.º) (138).

§ 4.º *La llamada colación germánica y su reflejo en los Fueros medievales de León y Castilla.*

A) La estructura del Derecho hereditario germánico viene determinada por la originaria comunidad de derecho existente entre padre e hijos sobre el patrimonio doméstico. De ella derivó el denominado *Wartrecht* o antiguo derecho de expectativa (139).

Como dicen Brunner y von Schewerin (140): «El derecho hereditario germánico era un derecho de familia. Los herederos eran natos, no elegidos, en la medida que según algunos Derechos no se podía sustituir el parentesco de sangre mediante adopción. Las disposiciones de última voluntad se desconocían o estaban prohibidas.»

«Los bienes familiares—explica Valdeavellano (141)—no per-

(137) Gregorio López, al glosar esta palabra (ed. y vol. cit., núm. 31, página 736), señala que la doctrina del apartado anterior se ha tomado de la ley 20, § 1.º, Cod. VI-XX, y añade—siguiendo a Angelo—que del mismo modo, «si uno de los hijos recibió una donación simple y otra con causa, y el otro obtuvo tan solo una con causa, los dos conferirán cada uno la donación con causa y no entrará en cuenta la simple».

(138) La razón teleológica de estas otras excepciones al deber de colacionar, la explica la propia ley en su apartado final: «E esto es, porque los Cavalleros quando toman las armas, e los otros que aprenden las sciencias, non fazen esto tan solamente por pro de si mesmos mas aun por otro comunal de la gente, e de la tierra en que biven».

(139) Ver Brunner-von Schewerin: «Historia del Derecho germánico», traducción anotada de la 8.ª ed. alemana, por J. L. Alvarez López. (Barcelona, 1936), § 57, pág. 244.

(140) Op. cit., § 56, pág. 237.

(141) Luis Garcia de Valdeavellano: «La cuota de libre disposición en el

tenecian al padre, sino a todos los miembros de la familia. Aquél los tenía solamente en su *Gewerc*, pertenecían a toda la comunidad doméstica y, al morir el padre, quedaban vinculados a los miembros supervivientes de la comunidad. Participes de la propiedad familiar eran solamente los hijos y en su defecto, los nietos. La participación de las hijas solteras se desarrolló sólo posteriormente y con amplitud y características distintas. Las hijas casadas recibían al salir de la familia paterna una dotación o equipo de vestidos (*Auststeuer*). Los hijos, al llegar a la edad de empuñar las armas, un equipo (*Austattung*), consistente en armamentos.»

El derecho de expectativa también se tradujo en otra forma, llamada moderna, consistente en el derecho de consentimiento formal (*Beispruchsrecht*). La enajenación de los bienes raíces se hace depender del asentimiento de los herederos más propincuos, aun cuando se trate de enajenaciones onerosas que no les perjudiquen materialmente (142). Este derecho aparece también en el Derecho español, según dice Hinojosa, reflejado en gran número de diplomas de la Alta Edad Media (143).

Cierto que la posterior evolución del Derecho germánico ofrece cierta relajación de ese principio de la propiedad mancomunada de la familia germánica. Se abre paso a cierta libertad de disponer de alguna parte de los bienes hereditarios, la cuota de libre disposición (*Freiteil*) (144). También el derecho de consentimiento se debilitó, sea limitándose a los bienes que el causante hubiese heredado, excluyéndose los que él hubiera ganado, o bien transformándose en un derecho de compra preferente o en un derecho de entrada o retracto gentilicio (145).

Se comprende así que todos los bienes que el padre hubiese entregado a sus hijos, debían integrar el haber partible, a no ser

Derecho hereditario de León y Castilla en la Alta Edad Media (Notas y Documentos), en «Anuario de Historia del Derecho Español», tomo IX. (Madrid, 1932), pág. 132.

(142) Ver Brunner-von Schewerin, op. cit., § 57, págs. 244 y ss. «La enajenación hecha sin consentimiento de los herederos podía impugnarse por el más próximo dentro de año y día con el efecto de traer a sí el bien enajenado.»

(143) EDUARDO DE HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*. (Madrid, 1915), pág. 22 y nota 3.

(144) Un resumen de los trabajos realizados y puntos de vista sustentados por Ficker, Brunner y Schultze, sobre el origen del *Freiteil* y sus relaciones con la *Toiteil* (o parte del muerto), puede leerse en el citado trabajo de Valdeavellano en «Anuario de Historia del Derecho Español», tomo IX, págs. 133 y ss. Ver igualmente JOSÉ ANTONIO RUBIO: *Donaciones post obitum y Donaciones reservato usufructo en la Alta Edad Media de León y Castilla*, en el mismo tomo del propio Anuario, nota 6, págs. 5 y ss.; y JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO: *Herencias en favor del alma en el Derecho español* (Madrid, 1944), págs. 27 y ss.

(145) Ver Brunner-von Schewerin, op. cit., § 57, pág. 245.

que—una vez admitida la cuota de libre disposición—cupiesen en la porción disponible.

B) En Derecho consuetudinario francés, según explica Pothier en su «*Traité des successions*» (146), pudieron distinguirse en esta materia tres especies principales de costumbres:

a) Las que permitían a los padres—dentro de los límites de la parte de libre disposición, naturalmente—donar *inter vivos* a sus hijos dispensándoles de la colación de lo donado (Berri, Bourbonnois Novernois).

b) Las denominadas «*coutumes d'égalité*» que imponían a los descendientes la colación de todo lo que hubiese recibido de sus padres, aunque renunciaran a la sucesión (Dunois, Touraine, Anjou, Le Maine).

c) La mayor parte de las *coutumes*, entre ellas las de París y Orleans, imponían a los hijos la colación de todo lo que les donaron sus padres cuando efectivamente les heredasen, pero les permitían conservarlas si renunciaban a la sucesión.

La costumbre de París recogía el principio de igualdad germánica en su artículo 303 (147), para deducir en el artículo siguiente el corolario aplicable a la colación de las donaciones (148) que podemos calificar también de germánica.

C) En España, como es sabido, y de ello ya hemos hablado en la primera parte de estos Apuntes, las normas consuetudinarias contenidas en los Fueros y el derecho vivo que reflejan los diplomas leoneses y castellanos, revelan un Derecho germánico más arcaico y puro que el de los preceptos legales visigóticos (149). Tanto que en muchos casos llegó a desaparecer la mejora (150). Y, según diplomas astur-leoneses, volvió a reaparecer la cuota *pro anima* (151).

La colación derivada del principio igualitario germánico asoma en nuestros fueros. Como ha observado Martínez Mari-

(146) «*Oeuvres de Pothier*», t. XII (Nouvelle Edition, Paris 1825), «*Traité des successions*», Chapitre IV, Article II, § 1, págs. 539 y ss.

(147) «*Pere et mere ne peuvent, par donation faite entre vifs, par testament et ordonnance de dernière volonté, ou autrement, en maniere quelconque, avantager leurs enfants venant a leus succession, l'un plus que l'autre*».

(148) «*Les enfants venant a la succession de père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné, pour, avec les autres biens de la dite succession, être mis en partage entre eux, ou moins prendre*».

(149) Ver Ficker: «*Sobre el íntimo parentesco entre el Derecho godohispánico y el noruego-islandico*», traducción de José Rovira Armengol (Barcelona, 1928); Hinojosa, op. cit., pág. 18; Valdeavellano, loc. cit., pág. 132; J. A. Rubio, loc. cit., pág. 1.

(150) Ver Martínez Marina: «*Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de don Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*». (Madrid, 1838), núm. 244, pág. 200; Lacoste: «*La mejora*», traducción de García Guijarro (Madrid, 1913), pág. 101; Romero Viquez: «*La Mejora*». (Madrid, 1936), págs. 50 y ss.

(151) Valdeavellano, loc. cit., págs. 143 y ss.

na (152): «Procedieron (*los fueros*) con tanto vigor en este punto (*en imponer la igualdad entre los hijos*), que aun aquellos bienes que los padres podían dar por fuero a sus hijos al tiempo de sus bodas y casamientos debían contarse por parte de su legítima (153) y tenerse en consideración cuando llegase el tiempo de las particiones.» Así lo declaró claramente el Fuero de Cuenca (154) que sobre el supuesto de donación del padre o madre a sus hijos en sus bodas, dispone que sus hermanos sean igualados en la partición y de no ser esto posible que vuelva lo recibido a la masa partible entre todos los hermanos «ut ita parificari possint»; «por que se puedan egualar», «por amor que sean eguales todos» (155), «así que se puedan emparejar» (156) «por assi que puedan ser egualados» (157). En términos parecidos repiten lo mismo gran número de fueros (158).

(152) Op. cit., núm. 245, pág. 200.

(153) No olvidemos que, en esos fueros, toda la herencia era legítima «salvo el quinto de todos sus bienes que puede dexar por su alma», como decía la ley VI, tit. III del libro V del Fuero Viejo de Castilla. (Ver el propio Martínez Marina, pág. cit., nota 3).

La ley I del título II del mismo libro expresa que «non puede dar más del quinto de lo que ovier por sua alma». (Pueden consultarse estos textos en «Los Códigos españoles concordados y anotados», vol T. Madrid, 1847. págs. 293 y siguientes).

(154) Ley XXII, Cap. X de la forma sistemática latina; ley 20, tit. X en el Códice Valentino; Rubr. 160-225 en el fragmento Conquense—con ligeras variantes entre sí—. Pueden consultarse en la obra de Rafael de Ureña y Smenjaud: «Fuero de Cuenca. (Formas primitiva y sistemática: texto latino, texto castellano y adaptación del Fuero de Iznatoraf). Edición crítica con introducción, notas y apéndices». (Madrid, 1935), págs. 278-9 y ss. Dice así, según el Códice Valentino: «Quando el padre o la madre fizieren bodas a sus fijos o a sus fijas e les dieren algo, ayalo firme si los otros hermanos de sendos cada uno se pueda entregar; ça quando vinieren al día de la partición, egualmente deven aver lo fueren de su padre e madre finados; e si el día de la partición non ovieren onde se puedan entregar, tornen a partición quanto de su padre e madre rreçibieron mas que los otros, porque se puedan egualar, pero primeramente paguen todas las debdas, así como dicho es».

(155) Forma sistemática, Codice Valentino y Fragmento Conquense, respectivamente.

(156) Fuero de Iznatoraf, ley CXCIX (págs. 279 y 281 de la citada edición de Ureña).

(157) Fuero de Zorita de los Canes, rubrica 206. Puede consultarse en otro trabajo de don Rafael de Ureña: «El Fuero de Zorita de los Canes, según el Códice 217 de la Biblioteca Nacional (siglo XIII al XIV) y sus relaciones con el Fuero latino de Cuenca y el romancero de Alcázar». (Madrid, 1911), pág. 126.

(158) Ver Ureña, «Fuero de Zorita de los Canes», cit., Introducción, página XII: «Es un monumento jurídico (habla del Fuero de Cuenca) que encarna, como ningún otro, la última elaboración del Derecho Castellano al finalizar el siglo XII y que únicamente puede ser comparado con esa otra colección romanceada que, con el nombre de *Fuero Real*, representa en los trabajos legislativos del Rey Sabio, lo mismo que el *Forum Conche*, en el sistema foral de Castilla, la realidad del Derecho vivido por el pueblo... Y así se explica esa sorprendente difusión del Forum Conche durante los siglos XII al XVI por el territorio de la Corona de Castilla»...

No faltan algunos que ofrecen soluciones más templadas (159) permitiendo desigualdades limitadas por su cuantía (160), o por la naturaleza de los bienes (161). En algún texto, como la ley VI, título IV, lib. V del Fuero viejo, citado en la nota que antecede, se hallan residuos del consentimiento formal, característico del Derecho germánico, cuando presupone que se excuse de colación lo donado a un hijo, o hija, cuando los otros hijos «que sean de edat» así *l'otorguen* (162).

De la obligación de tomar de menos o llevar a partición lo recibido de los padres, derivó—como explica Martínez Marina (163)—«que los hijos y nietos no podían vender ni enajenar los bienes adquiridos por donación del padre o abuelo, porque se estimaban como porción del haber partible entre todos». Así lo dispuso expresamente el Fuero de Zamora (164): «Fillo que padre o madre ovier, avolo o avola que aya heredar, de quanto le dieren en cassamiento, non aya poder de vender nem de donar nem de enagenar sin so mandado, de toda cosa quele dier padre o madre, o avolo o avola, o soglo o sogla. E quien de los comprar o engayar, perdalo.»

D) En resumen, de lo expuesto podemos deducir las siguientes notas fundamentales del sistema germánico, en materia de imputación y colación que le distinguen del sistema romano.

a) El problema jurídico romano de imputar a la legítima cier-

(159) Ver Romero Vieitez, op. cit., pág. 52.

(160) Así la ley CXXV del Fuero de Burgos (citada y transcrita por Martínez Marina, op. cit., núm. 245, pág. 200, nota 4) que deja un margen de cinco florines para desigualar a los hijos, «ca non pueda dar padre ni madre más a un hijo que a otro más de cinco florines».

(161) Ley VI, tit. IV, lib. V del Fuero Viejo de Castilla (pág. 294 de la citada obra «Los Códigos españoles», vol. cit., pág. 295). El último apartado de esta ley señala la excepción a la regla general, contenida en los primeros apartados («Adugan la eredit a partición e la ropa... e el vaso de plata... aquellos que el padre o la madre dieron a su hijo o a su hija en casamiento o sin casamiento»), con las siguientes palabras: «Mas si en casamiento dieren al fijo, o a la fija oro, o dineros o ayuda de caudal, o quando cantare Misa, lo que el padre, o la madre dier en esta guisa a cualquier de los fijos, develo aver al que lo dieren por fuero, e non es tenuto de lo traer a partición». Esto estando el padre o la madre sanos, e non después que fueren alechigados de enfermedat, nin a la ora de la muerte».

(162) Lo observa Marin Monroy: «La colación: Historia, crítica de los problemas de valoración». (Conferencia pronunciada el 20 febrero 1946, publicada en Anales de la Academia Matritense del Notariado. Vol. IV—Madrid, 1948—, pág. 172): «Muestra también el Fuero la prueba de lo que hemos sostenido sobre el renacer al par de la reconquista de la copropiedad familiar, pues resto de ella revela lo dispuesto sobre quedar excluido de la colación lo dado a un hijo, si se ~~de~~ con consentimiento de los otros hijos, como se ve a ~~sentu~~ contrario de que se obliga a «adocir» cuando los otros hijos «que sean de edat, e nol'otorguen».

(163) Op. cit., núm. 245, pág. 201.

(164) § 9.º. Además de la cita de Martínez Marina, puede consultarse la edición y estudio de Américo Castro y Federico Onís. Fueros Leoneses de Zamora, Salamanca y Alba de Tormes. Madrid, 1916, pág. 17.

tas donaciones (para calcular si el legitimario había quedado íntegramente satisfecho en sus derechos o si aún le restaba exigir su complemento) se invierte en Derecho germánico en cuanto la cuestión fundamental se centra en la imputación al quinto de las liberalidades que el causante quiso excluir del reparto igualitario. Al aparecer la mejora este problema abarcó la imputación a la parte libre y a la mejora. El ángulo visual inverso de ambos sistemas, guarda ecuación con la distinta proporción existente en uno y otro entre herencia y legítima. En Derecho romano la legítima se concretaba en una cuota parte de los bienes o de la herencia. En Derecho germánico era legítima toda la herencia excepto el quinto.

b) En Derecho germánico la colación a la herencia se confundió totalmente con la imputación a la legítima y reducción de las donaciones inoficiosas. Toda masa partible por igual entre los hijos era legítima, pues legítima era toda la herencia, salvo el quinto si se había dispuesto de él como donación o manda.

En Derecho romano, en cambio, la confusión era imposible. Por una parte, cabía que fuesen colacionables donaciones en cuantía superior a las legítimas de los hijos. Consecuencia del hecho de que la masa hereditaria partible, aún excluidos los legados, podía y solía exceder de la legítima. Por otra, cabía que la reducción de las donaciones por lesión en las legítimas tuviera que corregir el resultado de la colación y de la división verificada conforme la institución testamentariamente dispuesta por cuotas desiguales, cuando la porción que a algún hijo correspondiera resultare inferior a la que por legítima tuviera derecho.

También en este sistema era posible que hubiesen donaciones no colacionables (v. gr., por ser simples o por haber dispensado su colación el causante) que, en cambio, se debieran reducir por resultar inoficiosas.

Además, en el Derecho romano, podían ser diferentes la masa integrante de la legítima y la masa partible entre los herederos forzosos (que podía abarcar la totalidad), y la proporción en que una y otra debían dividirse podía ser distinta: la legítima por partes iguales y la masa hereditaria en la proporción dispuesta en el testamento en tanto no se lesionase la legítima de alguno de los herederos forzosos.

c) Esto último hace destacar otra diferencia básica entre la colación de Derecho germánico y la del Derecho romano. La masa formada por el patrimonio dejado por el causante y las donaciones colacionables se dividía exactamente por partes iguales entre los hijos, según el Derecho germánico. E igual o desigualmente, en Derecho romano, según fuesen iguales o desiguales las cuotas hereditarias a que el testador hubiese llamado a cada uno de sus hijos.

d) Finalmente, y esta característica resume casi todas las demás, la colación germánica, jugaba en defensa de las legítimas y de la igualdad absoluta entre los hijos; la colación romano-bizan-

tina actuaba, en cambio, bajo el presupuesto de que el donante había querido que su caudal relicto, engrosado con las donaciones colacionables, se repartiera entre sus descendientes en la misma proporción en que les había instituido herederos, o de no haber testado, en la de sus cuotas ab intestado.

El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado

Por JOSÉ GIRON TENA
Catedrático de Derecho Mercantil

§ I

PLANTEAMIENTO

Es preciso en este tema de planteamiento proceder con cuidado para ver de entenderse, en cuanto a la coincidencia de alcances y planos de enfoque, entre tanta literatura como en la actualidad tiende, ya, a oscurecer las soluciones por su misma abundancia. Por lo menos, hay que intentar que quede claro si se discrepa o se coincide, para que, de antemano, se sepa qué punto y con qué alcance se discute.

I. Cuando se propone el problema del concepto del Derecho mercantil no siempre se tiene una idea clara acerca de la «clase» de concepto de que se trata; es decir, de las NOTAS «GENÉRICAS» PRELIMINARES acerca del mismo que permitan situarse antes de proseguir la averiguación de las diferenciaciones específicas y, de esta manera, hallar en qué sector del conocer jurídico nos movemos.

A) Primeramente, conviene saber si puede tratarse de un *concepto de Derecho positivo*, es decir, de los utilizados por el legislador en los ordenamientos en vigor y, dentro de esta idea, de qué clase de entre los que ha venido clasificando la Metodología y la Teoría general del Derecho, bien en estudios monográficos, bien en las partes generales del Derecho civil.

Los conceptos jurídicos han sido el centro fundamental de las controversias metodológicas, y podría dudarse de la oportunidad de este punto de planteamiento; hace falta recordar, por ello, que el concepto es imprescindible, tanto para el legislador como para la ciencia jurídica; lo que se discute es la manera de elaborarlos el legislador y el jurista y el uso que de ellos debe hacerse (1).

I. Podría pensarse (hay, pues, que considerarlo) para los ordenamientos actuales, en la existencia de un concepto de Derecho mercantil de carácter positivo, calcable en sus contornos sobre la noción de institución jurídica; mantenida esta noción como definidora de determinados sectores homogéneos de

(1) Vid HÄCK, pág. 61, en su *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), para citar una tendencia revisora.

normas jurídicas, dictadas alrededor de unos supuestos conceptualmente acotados y que inspiran un complejo de disposiciones al servicio de unos determinados fines (2), por tanto, independizada la noción de la tesis jurídica, institucionalista, habría de verse si en efecto tales notas se dan.

Como es sabido, el sistema de Derecho positivo—pues también el ordenamiento jurídico es un sistema—presenta determinaciones o acotaciones precedentes a los mandatos de las normas que se efectúan en base a conceptos de mayor o menor generalidad y en distinto grado jerárquico en cuanto a su comprensión; así, matrimonio, filiación, etc. se encuentran subsumidos en el mayor grado de generalización que implica el concepto de familia. La generalidad de propósitos o contenido teleológico de las normas sobre estas figuras se agranda al ascender en los conceptos; la unidad de fines igualmente se descubre a costa de una generalización progresiva siguiendo el rumbo indicado. Examinado el aspecto estructural de las normas—peculiaridades técnicas y de coordinación—ocurre algo semejante. A partir de un determinado momento, la noción ordenadora deja de ser útil si, además, no dejara de estar fundada.

Para los ordenamientos actuales nadie piensa que haya de pedirse a la noción positiva de Derecho mercantil las características de una institución jurídica; la diferenciación debe buscarse en la siguiente nota: la delimitación del concepto de una institución jurídica es, de suyo, única instancia preliminar a la efectividad de los mandatos que rigen los presupuestos conceptuales legislativos, mediante el mecanismo ordinario de subsunción; en los ordenamientos actuales, en el caso de existencia de compartimentos formales (Códigos separados) autónomos—presupuesto de la existencia de tal concepto positivo—, la delimitación de la esfera de vigencia de los mismos, si se hace con carácter general, sería instancia previa a la caracterización institucional del supuesto de hecho que haya de ser sometido al Derecho positivo para permitir así la subsunción. Quedan envueltas una pluralidad de instituciones.

Las líneas anteriores están sugeridas principalmente por una idea que formuló ROCCO—luego repetida—, que estimo que contiene una observación exacta: la de que las normas delimitadoras de la materia mercantil no son sancionadoras y carecen de contenido jurídico-material (3).

2. Si se acepta que deba descartarse el planteamiento del número anterior, habrá que proponerse el problema en el plano de los «sectores» que cortan en partes la unidad fundamental del ordenamiento jurídico. Pero siempre aun en el terreno del derecho positivo, y, por tanto, con abstracción de las exigencias de la sistematización de la Ciencia jurídica.

Se habla de «sectores» del ordenamiento jurídico deliberadamente; quiere actualizarse con esta terminología un tema que, sin embargo, trae viejos antecedentes históricos; hay que hablar de porciones del ordenamiento jurídico, porque, en esta forma, se presenta en la actualidad lo que antes de la conformación del Estado moderno podría proponerse como pluralidad de ordenamientos; no otro antecedente tiene el tema de las relaciones entre el Derecho común y los derechos especial, excepcional y privilegiado (4).

(2) MESSINGRO, *Manuale*, 8.ª ed., 1960, I, 53, y ESSER, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates* (1940), pág. 130.

(3) *Principios*, trad. GARRIGUES (1931), pág. 42.

(4) No es preciso insistir en esta síntesis, que ya se ha realizado. Vid. ARBOLEYA, *Su-*

En la teoría general del Derecho se estudia el problema de la esfera de aplicación del Derecho (5); a la regla de unidad y totalidad del ordenamiento jurídico siguen especificaciones en cuanto a vigencia en el espacio (comunidades nacionales), en el tiempo (retroactividad o irretroactividad), que no suelen suscitar dificultades—en cuanto al temario que engloban y a la justificación de que se traten—que repercutan sobre lo que ahora nos interesa. No así en lo referente a la delimitación personal y material de normas o sectores de normas. Aquí nos aparece, en las relaciones de normas o sectores de normas, un dato reminiscente de la vieja desmembración de ordenamientos que plantean aquellas relaciones en un plano en cierta manera jerárquico. Del conjunto unitario y jerárquicamente indiferenciado de normas se desglosan:

El *privilegio* es «una regla jurídica cuyos caracteres distintivos se encuentran en su significado restringido, individualizado, en ser una norma excepcional y en estar unida a una determinada persona o cosa, respecto de la que crea inmediatamente una situación jurídica nueva y especial» (6). La individualización casuística detrae a las normas de esta naturaleza del concepto de Ley, en el que va implícita una nota de generalidad. Asimismo, y por razón de la excepcionalidad, se elimina la interpretación analógica.

El concepto y consecuencias recogidos en rápida síntesis reciben el acarreo de una larga tradición que habla de la reducción del número de privilegios, de la odiosidad al recibirse el principio de igualdad, etc., al mismo tiempo que explican las consecuencias derivadas de la noción que antes se han recogido.

Derecho excepcional es derecho privilegiado por su contenido, pero que conserva la nota de generalidad como nota de pura amplitud y no indicativa y reflejo de la igualdad. Derecho normal es el que reglamenta una materia, no importa de qué amplitud, en base a principios o ideas que tienen y conservan valor organizador general; Derecho excepcional es aquél cuyo principio organizador no tuvo—o ha perdido—el carácter general; sus reglas que van «contra tenorem rationem» de la organización general y que no tienen por ello fuerza expansiva..., habiendo perdido toda fuerza creadora o habiendo nacido con eficacia restringida, no pueden sus reglas ser interpretadas extensivamente contra el Derecho común o normal, ni tener poder expansivo como regulación racional y ejemplar (7).

Los ejemplos más corrientes son sectores de normas reminiscentes y ocasionales (derecho de guerra, v. g.). Históricamente es en este plano de ideas donde se venían dando las relaciones entre los distintos Derechos que tenían su explicación en las situaciones de poder que precedieron a la formación de los Estados.

Derecho especial presenta, como diferencia específica de su noción, la de la parcialidad material de su esfera de vigencia; cualitativamente no es dife-

puestos cardinales de la ciencia jurídica moderna, en «Rev. Esta. Plis.», núms. 54, 57 y 60 y en 54, pág. 57 y ss., y NAWIASKY, págs. 30, 73 y ss., por ej. (*Allgemeine Rechtslehre. System der rechtlichen Grundbegriffe*, 1941).

(5) NAWIASKY, cit. pág. 73 y ss.

(6) CASTRO, *Derecho Civil de España*, I, pág. 105.

(7) CASTRO, cit. pág. 103. Vid. también MESSINGHO, I, cit. pág. 51.

rente del común o general, pues, en definitiva, contempla, o debe contemplar, por razones de justicia distributiva en forma diferente en el contenido de sus disposiciones determinados sectores de personas o cosas o actividades. De estas notas se derivan las consecuencias de preferencia en la aplicación respecto al Derecho común—puesto que lo pide la particularidad contemplada—y la posibilidad de interpretación analógica, que no está impedida por la odiosidad de la «ratio» de excepción (8).

A este concepto actual no obsta el que hayan devenido derechos especiales los que lo fueran excepcionales históricamente; la analogía, por su parte, vendrá acotada por sus propios fundamentos y no necesita ser concebida como fuente de principios que extiendan su alcance por encima de las instituciones específicas en que luego se divide el Derecho especial; la especialidad no necesita ser referida a complejos normativos de extraordinaria amplitud; hay más bien en el conjunto del ordenamiento una gradación de normas que son especiales respecto de otras, que, con respecto a ellas, son comunes.

3. Con las ideas precedentes puede proponerse el problema del concepto del Derecho mercantil desde el punto de vista del Derecho positivo como un tema de caracterización dentro de las clases de sectores enunciados. De aquí se siguen las siguientes consecuencias importantes:

a) Mientras el estudio se mantenga en la determinación de los caracteres genéricos (derecho privilegiado, excepcional o especial), forzosamente habrá de aflorar una relación funcional, en la cual el Derecho que se considerase común será la variable independiente y el Derecho mercantil función de ella; esta función está históricamente dada en un proceso evolutivo, pues no es ni más ni menos que una faceta de la general a que se hizo referencia al tratar de los conceptos de esos sectores de normas. Es secuela de la idea precedente la necesidad de seguir la evolución histórica de la relación indicada.

b) En la investigación de las diferencias específicas que sirvan para aislar el concepto positivo del Derecho considerado—el mercantil—, habrán de tenerse en cuenta las siguientes peculiaridades: Por tratarse de un sector de normas de mayor amplitud que el correspondiente a una única institución jurídica, la diluminación de los rasgos de los aspectos teleológicos y estructural del conjunto normativo será mayor que en las más generales de entre aquellas. Si a esta idea se añade la ya consignada del carácter meramente delimitador de las normas que acoten en un caso un sector como derecho excepcional o especial, resultará: 1.º Que no hay por qué pensar que necesariamente el legislador haya perseguido una finalidad única de donde deducir para el derecho positivo una sola noción teleológica que sirva a la fijación del concepto del derecho especial o excepcional que se trata de buscar; el acotamiento puede seccionar un sector de personas, cosas o relaciones por una pluralidad de razones, que quedan remitidas al tratamiento jurídico en instituciones separadas; el acotamiento jurídico-positivo, por razones históricas, sociales o de otra índole, puede reflejar el haber considerado un sector de vida de la comunidad, delimitado por referencia a cosas, personas, o relaciones, en atención a que ha requerido un tratamiento jurídico diferente del general, pero después, de

(8) Vid. CASIRO, cit. pág. 101, y MESSANO, pág. 52.

hecho, este deslinda, como un «prius» lógico o técnico, trata cada necesidad en el enmarque de las instituciones que lo recoja. 2.º De aquí se sigue que la uniformidad de caracteres estructurales de las normas no suela darse en los derechos especiales como sectores jurídicos.

Naturalmente, nada impide que en la relación entre el Derecho general y especial pueda llevarse a que en un sector considerado como derecho especial que tenga las notas de una institución jurídica, resulte que las ideas enunciadas en los números anteriores sean sustituidas por las de uniformidad de carácter teleológico y de notas jurídico formales de la reglamentación.

B) Pero el examen del problema del concepto puede ponerse, además, en un plano—por lo menos en el punto de partida—distinto: concepto de una Ciencia jurídica del Derecho mercantil. Y este problema, a su vez, se ha de considerar exista o no un acotamiento positivo formal. De nuevo hay que ascender al enmarque en unas generalidades preliminares que dejen situada esta cuestión en sus justos términos:

1. El objeto de las Ciencias jurídicas—la Justicia y su aplicación—permite un examen desde distintos puntos de vista; se distinguen Filosofía del Derecho—que se ocupa de la ideología jurídica—, Historia del Derecho—para su evolución—, Sociología del Derecho—que examina el Derecho en el conjunto de los hechos sociales—, Política jurídica—que trata de la adecuación de las normas a su fines—, Teoría general del Derecho—que toma como objeto los conceptos jurídicos generales—y una Ciencia del Derecho positivo, que, como ciencia aplicada y práctica, se ocupa de la aplicación del ordenamiento jurídico de la comunidad de que se trate. Inmediatamente que se examine la enumeración expuesta—que es la usual—(9) se cae en la cuenta de que es posible hacer, respecto de esta división, las siguientes observaciones: 1.ª Si las ciencias jurídicas indicadas operan sobre un determinado ordenamiento—la Filosofía del Derecho podría proponerse su temario con independencia, pero no las demás—se entrecruzarán la Ciencia del Derecho positivo con las otras. 2.ª Como a su vez la Ciencia del Derecho positivo no puede renunciar a la crítica ni a la investidura conceptual y sistemática, resulta que la diferenciación de hecho se presenta en dos formas: por el grado de atención dedicado a cada uno de los aspectos expuestos como objeto y por la generalidad con que dicho objeto se aborda (en la Ciencia del Derecho positivo dividido en distintas disciplinas; en las demás, sin esta división). 3.ª La relatividad de las divisiones evidencia la unidad de la Ciencia del Derecho, de la misma manera que ésta necesita entroncarse en el árbol de las ciencias (10).

2. Es evidente que el concepto del Derecho mercantil como ciencia habrá de buscarse en el conjunto de la Ciencia del Derecho positivo, y, de nuevo, hay que proponer algunas generalidades sobre esta Ciencia para precisar los términos de planteamiento de nuestro problema:

a) En la actualidad, frente a las corrientes que independizaban a la Cien-

(9) Vid. CASTRO, págs. 64 y ss., y NAWIASKY, I, 86.

(10) Vid. LÓPEZ ORTEGA, *Studi filosofici sulla scienza del Diritto*, en «Annali Univ. Macerata», XII-XIII, pág. 260.

cia jurídica del conjunto de mandatos en que el Derecho positivo consiste y que llevaban a la elaboración de un sistema de conceptos que pretendían su validez por sí mismos, arrancando exclusivamente de su base lógica, se conviene en el carácter teleológico de esta Ciencia; se trata de colaborar en la realización de la justicia con el legislador, discriminando la jerarquización de fines por éste establecida y en su función de establecer una lógica material—frente a la formal precedente, que, en definitiva, opere con el contenido o «ratio» de las normas del ordenamiento positivo.

He huído deliberadamente de ligar las apreciaciones precedentes a la terminología de la escuela de la jurisprudencia de intereses, para inducir lo que dé la aportación de ésta ha quedado aceptado por la doctrina con carácter definitivo, a pesar de que, a veces, no se expresa de dónde se toman las ideas o al pretender atacar a las posibles ideas extrajurídicas profesadas por los propugnadores de la escuela, se produzca el hecho de que el lector generalice una repudiación que no se ha producido (11).

b) De aquí se sigue la diferenciación de dos tipos de *sistemas*: los que se llaman *sistemas interno* y *externo*; el primero es parte integrante de la investigación de la ciencia jurídica práctica y teleológica actual y en la medida en que ésta necesariamente opera sobre el ordenamiento positivo no puede independizarse de éste; el segundo atiende a fines de claridad en la exposición; de donde éste último no es adecuado para fundar en él el descubrimiento de preceptos jurídicos que pretendan vigencia; no así el primero, que surge con la investigación misma y va fundando las proposiciones del investigador del Derecho positivo. El grado de arbitrariedad del sistema externo puede permitir cualquier agrupación de sectores jurídicos, pero será preciso entenderse acerca de que se pretende con ello, exclusivamente, un fin extrajurídico (12).

Si el Derecho mercantil quiere fundar su existencia sobre la base de un sistema interno, tendrá necesariamente que ampararse en el Derecho positivo y buscar en él su justificación. Más de nuevo aquí, hay que proponerse el problema de la amplitud de la actividad de jurista ante el Derecho positivo: en la medida en que éste dé base para la crítica, ésta será inevitable y junto a los temas de «lege lata» habrán de surgir los de «lege ferenda».

c) Pero el sistema que pueda fundar una disciplina de Derecho mercantil, útil en el conjunto de la Ciencia del Derecho positivo, no es un tema independiente porque viene condicionado por su posible lugar en la enciclopedia de disciplinas jurídicas y por la manera en que ésta se forma:

*) En la actualidad—no así en períodos históricos anteriores—las disciplinas jurídicas traen su fundamento primordialmente de notas estructurales del conjunto o complejo normativo que sirve de material a aquéllas; ciertamente de hecho, no se producen las separaciones con la pureza correspondiente a las notas que se indicarán, pero a nuestro fines—enmarque del problema del concepto del Derecho mercantil—basta con la que se da. Se distinguen normas organizadoras y normas de conducta: aquéllas constituyen el Derecho constitucional y éstas, según el destinatario—conducta o relaciones jurídicas entre

(11) Aquí había que informar sobre corrientes metodológicas abriéndose un tema amplísimo que no es posible tratar ahora.

(12) Vid. HERR, obra cit., §§ 13 y 14.

particulares o de éstos y el Estado—, originan el Derecho civil y el Derecho administrativo; a su vez, según la forma de sanción, se originan el Derecho penal y los demás; la distinción entre normas primarias y secundarias—las adjetivas—da lugar a la formación de las ramas de Derecho procesal con las segundas; por último, la relación de ordenamientos origina la distinción entre Derechos internacional, eclesiástico y nacional.

A poco que se observe, se notará que, por ser diferentes los puntos de vista de la clasificación, las disciplinas jurídicas indicadas se entrecruzan: la heterogeneidad de los criterios origina, por esa razón, el resultado de que el sector acotado por una de las razones dadas se divida a su vez en sectores, si vuelve a examinarse con el elemento clasificador que funde otra de las divisiones.

”) Pero al lado de esta forma de fundar un sistema, existe la posibilidad de atender para ello a la zona material de la vida social que las normas seccionadas rijan; así se podría distinguir—para utilizar ejemplos extremos—un Derecho militar, Derecho ferroviario, etc. Generalmente hablando, en este criterio se incluyen los «Derechos especiales». Mas hay que tener en cuenta que la relación entre la Ciencia jurídica general del Derecho positivo y éste se manifiesta aquí, de donde «derecho especial», como sector positivo, y disciplina científica de este derecho especial, deben encontrarse igualmente relacionados. Si a ello unimos la heterogeneidad de este criterio respecto de los anteriores, resultarán las siguientes consecuencias: 1.ª Que la reunión total bajo un criterio material, al venir fundada sobre intereses expositivos externos, no deberá borrar las distinciones fundadas en la naturaleza de las normas positivas indicadas y, por tanto, el sistema habría de considerarse como externo. 2.ª Que el sistema interno debería segregarse, según el carácter de las normas, las partes reconducibles a las clasificaciones precedentes. 3.ª Pero que ambas maneras de operar pueden quedar en un lugar subordinado respecto de una posible unidad sustancial, que derive del hecho de que el Derecho positivo haya hecho relevante la especialidad en la regulación de un determinado sector, en forma tal, que en las disciplinas generales hubieran de recogerse necesariamente a título de particularidades que repitieran el fundamento en la misma y única realidad material extrajurídica; en este supuesto, la finalidad teleológica fundamental de la moderna Ciencia jurídica aconsejaría y fundaría la unificación de la rama jurídica considerada, porque en esta manera destacarían los fines tenidos en cuenta por el legislador y surgidos de las necesidades de la materia regulada. La palabra materia—no es precisa casi la aclaración—no debe entenderse sino como realidad sociológica de formación más o menos espontánea, pero externa al Derecho.

11. Conviene hacer un RESUMEN Y PLANTEAMIENTO GENERALES que, recogiendo ya en síntesis las ideas que ha habido que explicar antes, proponga nuestro problema con suficiente claridad.

1. El objetivo fundamental estriba en la búsqueda de la realidad social contemplada en el ordenamiento positivo, que sirve de constante en la explicación del tratamiento normativo especial de los problemas por la misma

suscitados, a través de distintas instituciones. Con ello, quiere decirse que la justificación como rama jurídica estriba en la especialidad del tratamiento por exigencias de una realidad social única, que se manifiesta por encima de las instituciones concretas. Hay que aclarar el alcance de lo expuesto: notas genéricas con otras ramas jurídicas serían el carácter especial de las normas y la explicación de la misma en esa realidad material extrajurídica unitaria; diferencia específica, la realidad de que se trate.

a) La especialidad se toma en el sentido cualitativo de que se trató antes: exigencia de tratamiento diferente de una realidad distinta por razón de exigencias de justicia. La especialidad, como se indicó, está teñida de relatividad: toda norma distinta de un único principio de tratamiento justo de las situaciones sería especial al contemplar cualquier situación de hecho concreta; referida a una rama jurídica quiere decir especialidad derivada de la línea constante marcada por la razón de la especialidad y no impide la relación indicada entre normas concretas que se funde en razones distintas. La especialidad puede exigir conjuntos de normas agrupables en el complejo de instituciones nuevas o desviación en el tratamiento de instituciones comunes, puesto que, en definitiva, la justificación está en la de la especialidad misma.

(Queda así aclarado que no se acepta la distinción de ciertos autores italianos entre normas especiales y excepcionales fundada en el grado de extensión, en la existencia o no de incidencia sobre el régimen de una institución paralela en el Derecho común y especial, etc. Estos puntos de vista no tienen en cuenta las diferencias entre Derecho común especial y privilegiado, fundadas en el grado de justicia intrínseca de las normas de que antes se hizo mención (13).

b) La constante de la realidad social contemplada da unidad al Derecho especial y permite fundar un sistema interno. Pero conviene tener en cuenta las siguientes observaciones:

1) Ese criterio permite fundar un sistema desde un determinado punto de vista y estará, por tanto, en constante tensión respecto de los posibles sistemas fundados en criterios distintos. Esta es condición necesaria del Derecho especial por la heterogeneidad respecto de las bases de distinción de ramas jurídicas por razones formales.

2) Pero, justamente, la razón de la especialidad consiste en la necesidad de dar con la explicación y el fin de las especialidades de la reglamentación, que quedaría fragmentada de dividir la materia. Es decir, un sistema fundado en razones formales, reconduciendo el conjunto de las especialidades a los lugares de ese sistema, rompería la unidad teleológica de las normas; al revés, la fragmentariedad posible de las especialidades requeriría valerse de la rama que, respecto de las instituciones dadas, constituyeran Derecho común y se rompe la unidad de sistema del Derecho especial. Pero esta realidad no debe dar lugar a un malentendido: el jurista sirve al ordenamiento y, por tanto, debe distinguir los momentos y fines perseguidos al dividir y ordenar los materiales.

(13) Vid., en síntesis, ASCARELLI, *La funzione del Diritto speciale e le trasformazioni del Diritto commerciale*, en RDC, 1934, I, en nota de págs. 6 y 7, y VALERI, *Autonomia e limiti del nuovo Diritto Commerciale*, en la misma Riv., 1943, I, págs. 43 y ss., suficientes para dar idea de las posiciones de los mercantilistas italianos en este punto.

De la misma manera, aunque, para examinar la razón de las normas y fundar su estudio científico, se divida el conjunto del régimen de la propiedad en normas de Derecho civil, penal, administrativo, no por ello se desconoce la unidad funcional en la vida real del conjunto del régimen.

*) En términos generales, el problema de tensión indicado habrá de tratarse en función de la medida en que la atracción de la realidad que funda la especialidad haga desaconsejable o no para el fin interpretativo escindir la materia contenida en las distintas instituciones; es decir, las necesidades dadas por aquella, origina normas que, a su vez, están conjugadas con la estructura de las instituciones sobre que inciden. Si esta conjugación es de tal manera íntima que la institución no podría ser comprendida separando aquellos aspectos porque se la destruiría, entonces la distinción de momentos—indicada en el apartado anterior—no deberá formularse si se persigue, en efecto, obtener verdaderos resultados interpretativos.

Nótese que, al exponer las exigencias de una rama especial por razón de la materia, se prescinde de hacer referencia a la existencia de «principios propios» o «caracteres generales» de sus normas.

Los «caracteres generales» no se sabe muy bien qué pueden ser desde un punto de vista jurídico; si quiere decirse, como parece lo más corriente, que se trata de notas estructurales externas de la reglamentación, resultará que, al fundarse en una generalización y ésta proceder de aquello en que el Derecho mercantil no funda su especialidad (ésta viene, como se ha repetido, de las exigencias materiales de la realidad regulada), forzosamente no podrán constituir diferencias específicas, aunque contengan un núcleo de ideas exactas.

Respecto de los «principios» (14) ocurre algo semejante. Unas veces, partiendo de la posición metodológica constructivo-formalista, bajo los principios se formulan en realidad caracteres generales externos y entonces valen las objeciones antes formuladas. Otras, parece que se quiere hacer referencia a los principios generales del Derecho; si se acepta el concepto que refiere ya estos principios a normas de justicia externas respecto del ordenamiento positivo, entonces claro es que no pueden tener un contenido especificador de una rama determinada; si, por el contrario, se aproximan a la analogía y se sitúan respecto de ella en una posición de grado, entonces habrá de proponerse el problema como tema de interpretación, y entonces quedará remitido al significado que en ésta se dé a los conceptos y a los intereses. De esta última manera el principio único estará en las exigencias de la materia especialmente regulada, que se manifestará con la generalidad propia de su unidad, pero originando distintas consecuencias al conjugarse con cada institución: es decir, lo que se añade es un elemento interpretativo genérico de las normas que explica a éstas teleológicamente.

2. El problema del concepto puede proponerse además desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho positivo o desde el punto de vista de otras Ciencias y, a su vez, aquél como problema de «lege ferenda» o de «lege lata». De nuevo aquí hay entrecruzamientos que conviene distinguir.

a) Propuesto el problema como de «lege lata» viene a convertirse en un tema de interpretación. Conviene advertir que, en la medida en que la interpretación no viene condicionada necesariamente por los errores en la técnica legislativa, ha de atender a la realidad efectiva de realización de la Jus-

(14) Idea esta muy extendida en Italia, apoyándose en la obra de DONATI, *Fondazione delle scienze del Diritto*, 1932.

ticia perseguida por el ordenamiento bajo su cobertura técnica instrumental; y en el grado en que la interpretación necesita valerse de elementos auxiliares para la comprensión del sentido de las normas, será preciso observar.

7) El tema del acotamiento positivo de un sector especial como instancia preliminar a la reglamentación no podrá ser obstáculo a la existencia de tal Derecho especial, igualmente fundado en el Derecho positivo, si, en efecto, la reglamentación con carácter de Derecho especial se ha dado, a pesar de que no se utilizara aquel recurso técnico previo.

8) Tanto la interpretación en el caso precedente como la investigación de la «ratio» de las normas de especialidad habrán de hacerse valiéndose del conjunto de los datos de acarreos histórico, sociales, económicos, de imitación de normas de otros ordenamientos, etc. Es decir, la Historia del Derecho, el Derecho comparado y los datos sociológicos y económicos informativos de la Política jurídica, han de venir en ayuda de la interpretación. En función de esos elementos auxiliares se precisa un plan en el cual la Historia vendrá utilizada, fundamentalmente, como marco para seguir el curso de los elementos informadores del problema en el Derecho vigente.

b) De nuevo—a los efectos de «lege ferenda»—los puntos de vista precedentes habrían de ser tomados en consideración. Asimismo, el problema de «lege ferenda» no se propone para periodos históricos pasados—acertaran o no con las exigencias del tiempo considerado—, sino para los ordenamientos actuales y, particularmente, para el Derecho español.

3. Por último, por ahora—y a reserva de otras rectificaciones en su momento—la realidad es que el Derecho especial que se busca se intenta encontrar entre el conjunto amplio de disposiciones que versan sobre la industria y el comercio; lo que se discute es si esas normas son en efecto especiales, si merecen serlo, en qué márgenes y en cuáles de ellas se pueden fundar un sistema jurídico interno. Nadie propone nuestro problema como de búsqueda a ciegas. Detrás de esta postura hay algo más hondo que se verá en su momento.

§ 2

R O M A

1. A manera de ADVERTENCIAS PRELIMINARES conviene consignar las siguientes: 1.º Con dificultad pueden moverse, tratando de utilizar esfuerzos originales, quienes carezcan de la preparación adecuada a un romanista; se precisa, por tanto, pesar adecuadamente lo que dicen las autoridades. 2.º Los puntos de discrepancia de los mercantilistas, cuando se plantean el tema de la existencia de un concepto del Derecho mercantil en Roma, inclinan a pensar que se proponen más bien el problema de qué elementos se requerirían, según criterios actuales, para fallar la cuestión que el tema propiamente histórico.

La curva de evolución de las *condiciones económicas* no se detallan como condicionantes, porque el tema se aborda en forma global y no progresiva.

11. El RÉGIMEN concreto a que se sometieron INSTITUCIONES determinadas en el Derecho romano suscita, desde luego, la problemática interna de cada una pero hay conformidad en la existencia de instituciones exclusivamente tratadas

para atender a las necesidades que se derivaron del tráfico económico, comercial o industrial en el sentido contemporáneo de las palabras, así como en la de particularidades de tratamiento en determinadas instituciones, que, de suyo, no eran exclusivas del tráfico comercial e industrial en forma tal que solo éste las requiriera.

Se ha dicho, con razón, que en la situación actual de las investigaciones no puede darse por cerrada la fase de descubrimientos de instituciones y especialidades de este Derecho (1). Por otra parte, el estado de las investigaciones de Derecho Público deja en la sombra, salvo en lo que se debe a MOMMSEN, fundamentalmente, sectores de intervencionismo en materia económica—principalmente para el final del periodo considerado—, que serían del mayor interés para poder tratar el problema de las relaciones entre el Derecho Mercantil y el de la Economía en Roma.

A) Prestando atención a las *figuras exclusivamente mercantiles* podría, con los materiales actuales, hacerse una exposición bastante completa de las partes que no constituyen Derecho de Obligaciones en un sistema de Derecho Mercantil, según los criterios de hoy. Ciertamente en la parte referente al *comerciante* no encontraríamos una delimitación preliminar como en los ordenamientos contemporáneos, pero las diferenciaciones, según su importancia y según el género de su actividad, sí las hallaríamos, así como a través de la evolución del Derecho romano, una distinta trascendencia a efectos de Derecho que hoy llamaríamos de la Economía (2); el régimen de libros de comercio—materia en la cual el estado de las investigaciones parece aún necesitar ulteriores esfuerzos (3)—, también presenta el antecedente que luego habría de desarrollarse; algunas de las instituciones que hoy se llaman *auxiliares* podrían buscar su antecedente en otras romanas; así las Agrupaciones o Asociaciones, cuya variedad, a pesar de la necesidad de precisiones, es innegable y entre ellas están las de fines profesionales de comerciantes e industriales (4) y no meramente gremiales o de fines piadosos o benéficos; en el orden *jurisdiccional*—prescindiendo del «pretor peregrinus», puesto que se trata ahora de figuras exclusivamente para el tráfico comercial—el «aedil curul» en su competencia de «cura annonae», junto a las actividades propiamente administrativas, viene a desarrollar una actividad

(1) HEYMANN, *Die Beziehungen des Handelsrechts zum Zivilrecht* (1932), pág. 10, nota 1.

(2) Es interesante hacer notar cómo ya en Roma se distingue entre el grande y el pequeño comerciante: esta distinción tiene una tradición mercantilista ininterrumpida, como hemos de ver. Las expresiones «negociator» y «mercator» se aplican, respectivamente, al gran comerciante que constituye importantes empresas o realiza el intercambio de productos entre todos los países del mundo romano: al pequeño se da un nombre de acuerdo con su actividad («coronarii», «geminarii», «margaritarii», «unguentarii», etc.). Se distingue también entre el comerciante asentado en una «taberna» y el comerciante ambulante.

(3) En tal sentido. GOLDSCHMIDT, pág. 69 de su *Storia Universale del Diritto Commerciale* (en trad. it. de POCCHIN y SCIALOJA, 1913).

(4) Sobre ellas se puede decir en síntesis: De estas asociaciones no emana un Derecho mercantil especial; sin tomar partido en la controversia sobre el carácter oficial o privado de las mismas, es lo cierto que sobre todo a la caída del Imperio Romano de Occidente se habían convertido en instrumento del Fisco: no había una diferencia sustancial entre agrupaciones de artesanos o de industriales en la más amplia acepción de la palabra y de mercaderes propiamente dichos, sino es la que se deriva de la importancia económica y pública de cada clase. (Véase sobre esta materia los libros generales que resumen y pesan el estado de las investigaciones: SCHULTZ, *Classical Roman Law*, 1951, pág. 96 y ss.; DE FRANCISCI, *Storia del Diritto romano*, III (1943), pág. 160; y, entre los monográficos, ROSTOVITZEFF, *Historia social y económica del Imperio Romano*, Espasa Calpe, Madrid, 1937, págs. 293 y 357 y otras; HUYVELIN, *Etudes d'histoire du D. Commerciale romain*, 1929, ob. cit., pág. 32 y ss.; DE ROBERTIS, *Diritto associativo romano*, 1938; REHME, *Historia Universal del Derecho mercantil*, en trad. de GÓMEZ ORBANEJA, 1941, pág. 60.

jurisdiccional basada en edictos propios, en los cuales se van dando cabida precisamente a un grupo de notables especialidades de la compra venta (5); en lo referente a lo que llamaríamos *tipología de la empresa*, el tratamiento de los «argentarii» habría de merecer particular consideración. En la parte de Derecho de obligaciones, lo referente al Derecho bancario, completando las noticias generales con los resultados de las aportaciones de la papirología, indica la existencia de todo un campo específicamente mercantil (6).

B) En las instituciones jurídicas en las cuales en los ordenamientos actuales se da *paralelismo de regulación civil y mercantil* el régimen del Derecho romano presenta, desde luego, una especial adaptación a las necesidades del tráfico comercial; hay, sin embargo, que discriminar la forma en que esto sucede:

1. Existen desde luego especialidades, que están acotadas, dentro de las instituciones en que se dan, expresamente en atención al sector mercantil en que se requieren. Por ejemplo, las particularidades en materia de vicios en la compraventa que traen origen edílico, puesto que se contraen al sector de competencia jurisdiccional en el mercado de los ediles (7).

2. Existe luego una adaptación a las necesidades del tráfico concebida como especial desenvolvimiento de las instituciones a través de la creación, dentro de las mismas, de figuras o modalidades de régimen que siguen siendo ofrecidos, sin embargo, como genéricas, es decir, sin un acotamiento de carácter preliminar de un sector mercantil al que se aplicaran. A esta línea de adaptación obedece en gran medida la actividad creadora del «ius honorarium» y, en mayor aún, la del «ius gentium». En este sector de ideas se centra la atención de la doctrina mercantilista contemporánea al proponerse el problema del concepto del Derecho mercantil en Roma. Como habrá de volverse sobre este punto, no se insiste en él ahora.

III. Con la síntesis precedente es bastante para tratar de examinar en forma CRÍTICA LAS POSICIONES de los mercantilistas o historiadores del derecho mercantil CONTEMPORÁNEOS respecto del Derecho mercantil en Roma.

1. De la mayor autoridad goza el punto de vista según el cual la perfección y adaptabilidad del Derecho romano estaban en contra de la existencia de la necesidad de un Derecho y una jurisdicción especiales para el comercio (GOLDSCHMIDT).

Este punto de vista tan autorizado ha sido contradicho a su vez por otros autores de los que se hará mención. Ahora conviene recoger algunos textos del autor que den mayor base para la crítica que la síntesis antes formulada: Es posible que su idea genérica de la posición del Derecho mercantil respecto del común, constantemente destinado a servir de avanzada a creaciones jurídicas que luego en éste se generalizan (8), constituya un prejuicio con el que aborda la estimación de conjunto del Derecho romano: se propone en esta parte

(5) Vid. «Aedilis», en PAULY-WISSOWA, *Realen Enzyklopaedie der Klassischen Altertumwissenschaft*.

(6) Vid. HEYMANN, cit. pág. 9.

(7) ZULUETA, pág. 50 y ss. en *The Roman Law of Sale*, 1945.

(8) Es corriente la cita de su parangón con una pirámide de hielo.

de su historia «determinar qué instituciones de Derecho civil han nacido de la necesidad del comercio y si éstas, al principio por lo menos, se destinaron sólo al comercio; de otra parte, determinar las instituciones y preceptos que pertenecieron exclusivamente al Derecho comercial» (9); la primera de estas finalidades de su trabajo ocupa mucho más su mente—la que, en definitiva, coincide con la tesis genérica por él sustentada—y la síntesis de su punto de vista es la que sigue: «un proceso de asimilación se ha manifestado en el hecho de que institutos civiles y pretorios, surgidos como de Derecho mercantil, pasaron luego al Derecho común...; sin embargo, importantes instituciones han permanecido limitadas al comercio o a la industria en general...; pero, en general, a las particularidades de las relaciones comerciales, aunque se las concediera gran importancia en el modo de aplicar las normas jurídicas, se las concedía la menor influencia posible sobre la formación del Derecho y, por el contrario, se atendía a desenvolver con tal riqueza el Derecho civil, común, a concebir y a manejar en forma tan elástica sus categorías que correspondieran a las exigencias del gran comercio...» (10).

2. Esta tesis ha sido combatida, a mi manera de ver, con éxito; aunque no se tenga una visión completa del Derecho romano en lo que interesa para este problema, sería inexacto decir que ese sistema presenta el caso de una completa unificación de los Derechos privado y civil y mercantil...; el propio GOLDSCHMIDT es quien suministra los datos para llegar a conclusión distinta que la que él propone sobre los que aporta...; existen instituciones que sirven al tráfico mercantil y sólo a éste y... otras que jurídicamente o al menos de hecho, sirven de modo efectivo al tráfico comercial... aunque no existan una separación legal y la reunión de todos los materiales jurídicos de ese tipo en un cuerpo contrapuesto al Derecho privado general (HEYMANN) (11).

Aunque no haya llegado a gozar de la generalidad de aceptación de la de GOLDSCHMIDT, conviene reseñar otras posiciones en el problema del concepto del Derecho mercantil en Roma. Según una de ellas, los romanos tuvieron un concepto sustancialmente exacto de la especialidad del Derecho mercantil y conocieron la noción de acto de comercio (FADDA) (12); otra sostiene—recibiendo la apreciación de GOLDSCHMIDT—que la penetración rápida en el Derecho privado de las concepciones de la filosofía liberal hacia innecesario que los hombres de negocios trataran de construirse un estatuto protector propio; el comercio no necesita modelarse sobre una organización corporativa—condición de la especialidad según este punto de vista—cuando los poderes públicos le saben proteger y comprender (THALLER) (13).

Mayor atención ha concentrado la tesis de HUELIN: «Sin duda el Derecho comercial romano se habría separado del civil si hubiera continuado desenvolviéndose en las condiciones en que había nacido, es decir, como un derecho internacional del mercado. Pero no ha continuado porque el derecho del mercado ha devenido un Derecho privado interno... El Derecho mercantil especializado no existe más que allí donde ha podido desarrollarse como Derecho internacional. En las civilizaciones modernas, si la zanja cavada entre el Derecho civil y el comercial tiende a rellenarse, es porque el carácter internacional del comercio

(9) Pág. 60, nota 72.

(10) Págs. 65 y ss.

(11) HEYMANN, obra cit., págs. 5 a 10.

(12) En *Gli istituti commerciali del Diritto romano*, Nápoles, 1903, párrafo 46. No me han sido asequibles las obras de CARNAZZA, *Il Diritto commerciale dei romani*, 1891, y COGLIOLO, *Gli istituti commerciale del Diritto romano*, 1921.

(13) De la *place du commerce dans l'histoire generale*, en *Annales de Droit Commercial*, 1892.

se atenúa en la medida en que la idea de una comunidad de intereses y de una solidaridad económica entre pertenecientes a naciones extranjeras gana terreno (14).

4. Si bien se observa, se notará, después de la exposición que precede, que es exacta la observación formulada de que las diferencias de opinión de los autores más estriban en la valoración con criterios actuales de las particularidades del Derecho romano, que en la apreciación historicista del problema. Me parece por ello que no se podrá atribuir a prurito de originalidad—parece que todo lo que se puede decir está ya dicho—las observaciones que siguen, que más bien tienden a deslindar cuestiones que a resolverlas.

a) Que a ningún jurista romano de cualquiera de las épocas que se sueñen distinguir se le ocurrió sistematizar un Derecho mercantil, y que en el sistema de fuentes del Derecho romano no había lugar para un cuerpo autónomo destinado a la materia mercantil según ésta se delimita hoy, son cuestiones acerca de las cuales no puede haber género alguno de dudas a menos de disparatar, pues son sobradamente conocidas, de un lado, la falta de sistematización generalizadora de los juristas romanos y el cuadro y evolución de fuentes de aquel Derecho.

b) Cuestión distinta es la de si, con los materiales de Derecho positivo que presenta el Derecho romano, se puede construir una línea de especialidades que vinieran fundadas en atención a las necesidades del tráfico, de tal manera que fueran aquellas explicables por éstas en forma tal que, metodológicamente, en la interpretación y aplicación de las normas hubiera de contarse constantemente con dichas necesidades para proceder en forma jurídicamente correcta. En tal sentido me parece que está bien fundado el punto de vista de HEYMAN que antes se expuso.

Colateralmente respecto de esta cuestión fundamental aparecen otras, cuya significación depende de la que, a su vez, se las dé en el Derecho contemporáneo, tanto desde los puntos de vista positivo como doctrinal, si ambos pudieran separarse:

Si se estima que la existencia del Derecho mercantil como tal depende de la comprensión de su contenido normativo en un cuerpo cerrado, entonces, desde luego, puede excluirse toda consideración del Derecho romano como precedente.

Si se pide una separación o acotamiento preliminar puramente formal de los supuestos de hecho que preceda a la aplicación de preceptos mercantiles, se llegará a la misma conclusión. Se pediría así lo siguiente: el Derecho mercantil no puede contener ningún concepto jurídico propio, todos ha de tomarlos del Derecho privado común, y a ellos adicionará un sector de la vida del tráfico y luego dictará normas aisladas especiales. Este punto de vista no es cierto para los ordenamientos actuales (hay figuras del Derecho bancario, del Derecho de seguros, etc. que no las necesita el Derecho privado en función de Derecho común), y tampoco puede pedirse al romano.

(14) *Op. cit.*, pág. 81. Es también de interés hacer notar que este autor parece creer que, para satisfacer a la especialidad, bastan las del Derecho de obligaciones que consigna en la pág. cit. y ss. (A los efectos de informar sobre la autoridad del autor conviene decir que esta obra fué compuesta por LVI BRUHL con las investigaciones del maestro, aprovechando los materiales de éste, que había ya producido una *Histoire du Droit commercial*, Paris, 1904, y un *Essay historique sur le Droit des marchés et des foires*, que son obras fundamentales.)

Intimamente ligado a este punto de vista está la manera de enfocar el enriquecimiento progresivo en figuras y en ductilidad del Derecho común romano por las necesidades del tráfico. Es natural que aquél se fuera enriqueciendo en esta forma a medida que el Derecho primitivo, para una estructura social que también lo era, fué manifestando su inadaptación a la progresiva complejidad de la sociedad. Pero no debe generalizarse en exceso: las nuevas necesidades enriquecieron figuras y conceptos que se hacen comunes, pero quedan siempre otros puramente especiales para el tráfico mercantil y dentro de los conceptos y figuras, disposiciones concretas que con ellos cuentan que al tráfico sólo atienden.

Por otra parte, si se tiene en cuenta el casuismo en la forma de proceder romana—que huye de los sistemas e incluso de la formulación expresa de reglas generales para evitar la rigidez que la formulación en tal forma implica—(15), habría de probarse que en el instante mismo del tratamiento de un caso no se contemplaba su especialidad económica; sólo así podría decirse que el acotamiento preliminar de las normas especiales no venía sustituido con este otro sistema menos rígido, pero que igualmente atiende a la misma necesidad (16). Asimismo, si se observa la superposición de ordenamientos—*ius civile, ius honorarium, ius gentium*—que juegan a manera de adaptación a las necesidades de la vida real y la forma de estar organizada la magistratura con la posición dada al «praetor urbanus» y «peregrinus» que combinan aquellos derechos, es de admitir, más bien que la inexistencia de un Derecho especial mercantil, su formulación y aplicación efectiva, pero mediante una técnica distinta que aquella que parte de la necesidad de utilizar normas preliminares genéricas meramente acotadoras.

IV. Respecto del DERECHO MARÍTIMO en Roma podría sugerirse la idea de su separación, si se atendiera al perfeccionamiento con que algunas figuras son deslindadas, contra lo que ocurrirá en la Edad Media (así, en lo referente al navío y a las formas de utilización del buque). Sin embargo, esta separación puede explicarse más bien atendiendo a la nitidez conceptual con que la doctrina romana procede (17), que a la relevancia jurídica dada al elemento extrajurídico que explica la existencia de ramas especiales por su objeto. Las razones de ese punto de vista son las siguientes: ni la especialización de las formas económicas del tráfico marítimo llegó a desenvolverse como para permitir generalizar la idea contemporánea destacada por la escuela italiana—transporte autónomo independientemente de que sirva sólo al tráfico comercial—, ni los Institutos jurídicos llegaron a presentarse con autonomía respecto del Derecho terrestre y formando un todo más o menos orgánico. En realidad, lo que ocurre es que el comercio—fundamentalmente marítimo por razones de economía y seguridad al combatirse eficazmente la piratería—engloba y explica fundamentalmente a las normas del Derecho marítimo, aunque se manifiesten ya—y perdurarán luego—instituciones clásicas que llegan hasta los Códigos contemporáneos.

Puede decirse que, prácticamente, la doctrina no suele ocuparse del problema de la autonomía del Derecho marítimo en Roma; más bien se da por aceptado

(15) Véase SCHULTZ, *Principii Diritto romano*, 1949, pág. 38 y ss.

(16) Vid en RICCIBONO, *Lineamenti delle storie delle fonti del Diritto romano*, 1949, páginas 22 y ss. y 30 y ss., en qué manera se va atendiendo formalmente a través del *ius honorarium e ius gentium* a las necesidades mercantiles. Vid también G. ROSSO: *Problemi generali Diritto attraverso il Diritto romano*, 1948, págs. 48 y ss.

(17) SCHULTZ, *Principii*, cit., pág. 19.

su ligamen al Derecho mercantil terrestre (18); viene aceptándose de GOLDSCHMIDT que una parte relevante de las instituciones de Derecho comercial de la antigüedad y del medioevo han surgido del tráfico marítimo, y sólo poco a poco han pasado al terrestre (19), con lo que se refleja la conexión indicada.

§ 3

DE LA EDAD MEDIA AL CODIGO DE NAPOLEON

Conviene recoger en un solo apartado el conjunto de la evolución hasta el Código de Napoleón; las divisiones de periodos históricos son funciones de los elementos que se hacen relevantes; en nuestro caso, se trata de marcar el periodo de tránsito de los llamados sistemas «subjetivo» y «objetivo» en la delimitación de la materia mercantil. Cierta que hay acontecimientos importantes—que se tendrán en cuenta—, pero no tanto como para destacarse a nuestro fin más que los que rotulan el apartado.

En la evolución histórica se hará preciso tratar del fondo de circunstancias que explican los datos de interés para nuestro tema; generalmente se hará una mera mención que sirva de sugerencia y, progresivamente, se detallaran los extremos de conexión más íntima con el objeto de este estudio.

1. El fondo de HISTORIA GENERAL Y DE HISTORIA DEL DERECHO comprende las llamadas Edades Media y Moderna (1).

(18) Vid. ZENO, *Storia del Diritto marittimo italiano nel Mediterraneo*, 1946, pág. 8 y ss.

(19) Obra, cit., pág. 26.

(1) No es preciso explicar la importancia que tiene centrar nuestro tema en su medio histórico en los planos que le son más próximos. Pero sí conviene aclarar la síntesis que sigue. Como se trata de tomar líneas generales importa que las que se den sean las correctas en el estado actual de las ciencias auxiliares de las que hay que valerse. He procurado por ello una selección bibliográfica que permita conservar el equilibrio cuantitativo en la visión de conjunto. Es importante este extremo, porque hay que revisar los supuestos incluso económicos, en que se apoyan buen número de los libros de nuestra especialidad. Estas observaciones valen también para el capítulo siguiente. Se dan a continuación los libros de que me he servido. La invocación concreta se hará en esta parte cuando algún perfil convenga referenciarlo con alguna autoridad, porque lo demás son puntos generales; luego, al venir en concreto al problema del concepto, si se puntualiza la información, porque se hace preciso al descender a los detalles. Aquellos libros son: para la Historia general, PIRENNE, *Les grandes courantes de l'histoire universelle* (4 vols., 1947, cuarta edición, año 1951), primordialmente por sus métodos y plan que sitúan en primer plano los procesos internos y, además, VALDRAVELLANO, *Historia de España* (I, 1952), en lo que comprende del principio del periodo considerado; BRAUDEL, *Le Méditerrané et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, y VICKENS, *Historia general moderna* (1946). De las historias de la Economía he utilizado fundamentalmente: la de KULISCHER, *Allgemeine Wirtschaftsgeschichte* (I, 1928, II, 1929), objetiva, comprensiva y documentada; MAILLET, *Histoire des faits économiques des origines au XX^e siècle*, 1962, que por su carácter resuntivo e intención explicativa de conjunto, sirve muy adecuadamente a nuestro objeto; MARX, *Betriebsformen und Betriebsziele*, 1942, que enmarca las formas de empresa en el ambiente económico; MARCHAL, *Cours d'économie politique* (I, 1950), en su introducción histórica; HECKSCHER, *La época mercantilista*, 1948, trad. «Fondo de Cultura»; LACOUR GAYET, *Histoire du commerce* (1950-1963, to. II y IV), que en la materia de su título concede importante atención a las conformaciones estructurales; CARANDI, *Carlos V y sus banqueros* (t. I, 1943), que constituye lo más fundado para la historia española. Me han sido de menor utilidad por su orientación más puramente económica las obras de BIRNIE, *Historia económica de Europa 1760-1839*, 1944, traducción «Fondo de Cultura»; LEZZATO, *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*

A) A manera de *Generalidades* interesa meramente sugerir el significado de las edades indicadas: la Media se presenta como un período histórico en que se contraponen en tensión las ideas «universalistas» de Iglesia e Imperio y la realidad de la atomización «particularista» de núcleos de poder político y económico. Por encima de los hechos históricos, y como referencia valorativa—por tanto, con independencia de su efectividad o de su deformación—, preside el curso de los hechos un ideal religioso de la vida.

La Edad Moderna—no bruscamente, porque el curso de la Historia no se produce en esa forma—se caracteriza por una transformación progresiva de las notas anteriores; en el terreno político y de las ideas basta rememorar el curso de la afirmación del Estado nacional como unidad política y la significación del Renacimiento y la Reforma en la secularización de la cultura.

B) Las líneas evolutivas que nos importan para nuestro fin de lo referente a *Economía y Sociedad* pueden trazarse en la forma que sigue:

I. Cualquiera que sea la idea que se tenga del estado económico y social en *los primeros siglos medios* que siguieron a la caída del Imperio romano, basta para nuestro fin tomar como punto de partida el común asentimiento en la existencia de una evolución general que parte del predominio del dominio señorial, y, por tanto, origina una economía fundamentalmente agrícola y conduce en la Edad Media misma a lo que se llama economía artesana de la ciudad. Estos puntos de partida necesitan ser seguidos con un mayor detalle en la Edad Media e igualmente en la Moderna, así como—para ésta—los datos adicionales que suministra el nuevo período histórico.

a) Lo que habrá de ser *la agricultura* de nuestro tiempo es, antes que propiedad rústica, feudo con la consiguiente relación de dependencia de personas y bienes. De aquí que el aspecto económico del dominio señorial—en los aspectos que nos interesan en el momento inicial de la evolución—presente las siguientes notas: el intercambio de productos no se basa en el contrato, sino en la relación institucional; la explotación no persigue la obtención de beneficios, sino la cobertura de necesidades del interior de su área. Por otra parte, un complejo de causas históricas—que se quieren reconducir a la de imposibilidad de sostener la organización centralizada y administrativa del Imperio romano al ser sustituida su burocracia, y a los peligros del Mediterráneo—da lugar, en términos generales, a una economía cerrada en el interior del dominio.

b) Sea el que fuere el origen de la *ciudad medieval* basta a nuestro objeto—y, por tanto, no se le hace depender del problema histórico general de la formación de los centros urbanos—la constatación de que se nos presentan como centros de vida colectiva, que recogen la actividad industrial y establecen intercambios recíprocos y con la campiña circundante, al mismo tiempo que progresivamente afirman su independencia y la libertad de sus habitantes. De este complejo de circunstancias partirá la transformación ulterior de la estructura económica.

c) Aunque la elaboración sea tardía, conviene dejar ya aquí constancia de la doctrina económica que preside la interpretación de los hechos económicos:

(2 ts., 1960-52). Aunque son muchos los temas de interés para nosotros abordados en las obras sobre la historia del capitalismo, hay que cuidar los aspectos polémicos, aparte las dudas metodológicas sobre valor del concepto: he utilizado la fundamental de SOMMART, *Der moderne Kapitalismus* (t. II, vols. 1 y 2, 1924); SEE, *Origen y evolución del capitalismo moderno*, trad. «Fondo de Cultura», y HOBSON, *The evolution of modern capitalism*, III edición. El de SOMMART y el de WEBER (*Wirtschaftsgeschichte*, 1923) ofrece el reparo metodológico de las «interpretaciones» de la historia que se suelen objetar a la escuela histórica de economistas. Para la historia general del Derecho me han bastado manuales conocidos: SCHWERTIN, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1941; HUBNER, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 1950; PLANITZ, *Germanische Rechtsgeschichte*, 1941; OLIVIER-MARTIN, *Précis d'histoire du droit français*, 1952; SALLIOLI, *Storia del diritto italiano*, 1921; GARCÍA GALLO, *Historia del Derecho español* (I, 1943).

en realidad no se trata de una doctrina económica, sino un desenvolvimiento de la posición religiosa general de la Iglesia ante el mundo; de aquí que, en síntesis, pueda presentarse como la formulación de un ideal de uso moderado y subordinado de la riqueza, que, en definitiva, se considera instrumento al servicio del destino trascendente del hombre.

2. Para la comprensión del curso de la *evolución ulterior* conviene partir ahora del desarrollo de la industria y el comercio en las ciudades, porque, en definitiva, es de ahí de donde parten las transformaciones.

a) La ciudad medieval interesa desde distintos puntos de vista:

1) En el orden de su significación *política* y administrativa la ciudad se presenta con un distinto grado de autonomía en los distintos países, y dentro de cada uno de ellos, según las regiones; esta autonomía va de la ciudad-Estado (las italianas) a la ciudad centro de administración descentralizada inglesa; la distinta posición depende del grado de eficacia del poder de los monarcas (2). En íntima relación con esta materia está la de régimen jurídico.

2) Desde el punto de vista económico y partiendo de su significado como comunidades que necesitan de abastecimientos externos (3), en la ciudad surge una política económica que se orienta en los siguientes sentidos: atendiendo a las necesidades de los consumidores se precisa asegurar el abastecimiento de viveres y materias primas; protegiendo al productor se pretende reservar a la ciudad todo lo que sea comercio e industria urbanos, excluyendo la competencia de extraños; desde el punto de vista moral, el centro de la vida es el hombre, y el aseguramiento de su sustento según su clase, principio religioso que se sitúa antes que el de la competencia.

3) En la evolución histórica ulterior en la Edad Moderna no debe pensarse que la afirmación del poder central del Estado llegara a hacer desaparecer completamente las notas antes indicadas de la vida local; por el contrario, de un lado, la idea de política económica se conserva o en las ciudades mismas o pasan a las corporaciones industriales o comerciales, y se verán aparecer de vez en cuando como fuerza efectiva, contrapuesta a la de los monarcas hasta el mismo siglo XVIII (4).

b) El curso de la *evolución del comercio*, después del renacimiento que se va produciendo a partir del siglo X, se debe a la progresiva ampliación del mercado en sentido económico, lo que, en definitiva, a su vez se relaciona con la línea de afirmación política del Estado.

Los peligros (piratería, robos, ataques de los señores, etc.), las dificultades técnicas (de caminos y de medios de transportes, de clases de mercancías en razón de las posibilidades ofrecidas por su demanda etc.) de una parte, y las necesidades de abastecimientos del campo y las ciudades de otra, explican la enorme trascendencia que se da al comercio medieval y su significado en la transformación de la estructura de la sociedad a través del proceso histórico.

4) Los mercados en sentido económico se encuentran conformados por los siguientes elementos: ciudades, ferias y mercados. Todos ellos guardan una interconexión. La ciudad que se mantiene en el tipo esquemático trazado antes —que cuida su política de abastecimientos y adopta una posición pasiva en el comercio— cuida su mercado local, fundamentalmente orientado a lograr el objetivo del proveerse de los artículos que necesita. Frente a ellas, grandes ciudades comerciales (por las razones que fueren: situación geográfica en las rutas mercantiles de la época, independencia política, buenas condiciones geográficas, naturales...) se presenta con comercio propio o constante, impulsado por una política adecuada; (las grandes ciudades italianas, las de la Hansa); por último, ciudades que sirven como centros de intermediación en el intercambio de productos y son sede de ferias de mercaderes. Entre estas últimas ciudades se contraponen una distinta posición ante el comercio: en las primeras

(2) WIEBER, ob. cit., pág. 265, y HERCKSCHER, ob. cit., págs. 23 y ss.

(3) Vid. en KULISCHER, recogidas las definiciones de historiadores alemanes de la Economía, pág. 167, I, ob. cit.

(4) HERCKSCHER, ob. cit., págs. 118 y ss.

se persigue la impulsión mediante la libertad del comercio interlocal o internacional, fomentando el encuentro de mercaderes en los centros de contratación exteriores, mientras que dentro de la ciudad se persigue el monopolio a favor de sus naturales; en las ciudades en que se asientan las ferias, por el contrario, suele ser lo corriente que sus naturales no persigan influir en el curso internacional del tráfico.

A la explicación histórica de esta distribución de la actividad comercial sirve esencialmente la contraposición entre el comerciante que podríamos llamar nómada y el local. Aquél ha de soportar los peligros de la naturaleza y de los hombres en sus viajes; éste teme a la competencia de aquéllos en el mercado local y trata de conseguir que se le prohíba el contacto directo con los consumidores, y durante largos periodos de tiempo será considerado un extraño en los lugares que frecuenta; el mercader de la localidad teme a la competencia de aquellos otros y lucha por obtener con carácter exclusivo la intermediación para los consumidores de su territorio. De aquí las formas de organización de los viajes (convoyes y caravanas), la política de comercio internacional de las grandes ciudades (tratando de obtener privilegios en los lugares en que ejerce su tráfico), la necesidad de reunirse los grandes comerciantes en lugares en que estén libres de la intervención entorpecedora de ataques, represalias, y «vis» atractiva del comercio local. No otro es el sentido de las ferias frente al mercado; la actividad ordinaria del comerciante extraño con el del lugar tiene a la vista al consumidor; frente a él, el comercio de Feria presenta la primera forma de comercio de comerciante con comerciante; por dominar en la Edad Media el detallista, se desarrollan las ferias como la más importante forma del comercio interlocal (WEBER) (5).

La evolución histórica irá afirmando la supremacía de ciudades nuevas; pero lo más importante es la progresiva nacionalización en sus dimensiones del comercio por el cambio de circunstancias, por la sustitución de la política de las grandes ciudades, por una política nacional, en definitiva, la del mercantilismo. De aquí, que aunque subsistan—y así viejas condiciones—ferias y mercados, el proceso histórico tiende a la constitución de centros permanentes de contratación mercantil del gran comercio internacional («durchjährige Grosshandel», según SOMBART) (6).

Si centramos la atención en la *figura del comerciante* y en las *características de su tráfico*, el proceso de la evolución en el periodo que consideramos puede reconducirse a la línea que marca una progresiva especialización.

Inicialmente el comerciante medieval trafica en toda clase de mercancías, y en su actividad entran también el dinero y el crédito. El curso de la evolución ulterior llevará a la separación de la actividad bancaria.

Transporte y seguros no son independientes tampoco de la gestión económica del comerciante. El propio comerciante, o empleados o socios suyos, se ocupan del transporte en tierra. Igualmente en el tráfico marítimo las empresas asociativas con participación del personal náutico reflejan la misma falta de especialización. Sólo muy tarde se separarán esas *romas*.

El comerciante es nómada y acompaña a sus mercancías por sí mismo o por medio de sus empleados. Progresivamente, las actividades de comisión y expedición se separan técnicamente, pero permanecen reunidas en la mano del comerciante general; de esta manera se realiza un intercambio a distancia, gracias a las relaciones de unos con otros comerciantes.

Tampoco están netamente separados el gran comercio y el detallista; el gran comerciante tiende a la venta de sus mercancías por sí mismo, tanto cuando exporta como cuando importa; en lucha con él permanecerá hasta el siglo XVIII el pequeño comerciante. Pero conviene tener en cuenta que, con carácter distinto respecto de la separación por razón de volumen de actividad, hay que suponer en el curso de la historia la tensión entre el internacionalismo del

(5) Páginas 195 y ss. de la obra cit.

(6) Cit. por KULSCHER, pág. 292.

gran comercio y la posición defensiva de sus privilegios de inspiración gremial del comerciante local (7).

'''') La *organización asociativa* del comercio presenta peculiaridades nacionales distintas y en la riqueza de formas corporativas medievales una gran variedad. Pero pueden contraponerse dos tipos de Asociación profesional como módulos: las Gildas o Universidades de comerciantes de las grandes ciudades o de ligas de ellas, que sirven de instrumento al gran comercio internacional (dictan reglamentos, obtienen jurisdicción, están presentes en los tratados para la obtención de privilegios, establecen cónsules en las plazas en que sus miembros tienen su tráfico, etc), y las de impronta Gremial, que se inspiran en la ideología de los gremios y están al servicio de los intereses exclusivistas de éstos en el tráfico local y de comercio al por menor (8). El curso de la evolución en la Edad Moderna llevará a estos datos medievales la nota de tendencia a la nacionalización en su ámbito y en su política, pero subsistirán durante todo ese periodo histórico.

c) La *industria* se presenta en la Edad Media bajo el régimen de organización gremial que se ha caracterizado con las dos notas de seguridad y moderación (9): seguridad, asegurándose el monopolio de producción y de venta así como de colocación de los trabajadores; moderación frente a la competencia que pide reglamentación de los procedimientos de trabajo. Este régimen subsistirá durante la Edad Moderna, si bien con las tendencias a la amplitud nacional, al monopolio y rutina—como fuerzas opuestas al desarrollo técnico—y al cierre de la corporación a extraños. Frente a esta línea, como hechos nuevos están la progresiva conformación de una conciencia de clase obrera en los operarios frente a los maestros y la aparición de un sector capitalista al lado del tradicional; este último sector viene forzado por la ampliación de la demanda de determinados productos que escapan al mercado local de la producción artesana; los comerciantes, mediante el suministro de materias primas y como únicos compradores posibles de productos de exportación, establecen contacto con el sector del artesanado mediante el llamado «Verlagsystem», cuya nota característica está, en definitiva, en que los riesgos de la producción son asumidos por los comerciantes. Junto a este sistema—al que tanta importancia se ha dado—está la creación de manufacturas por el Estado, siguiendo inspiraciones mercantilistas, que pondrán las bases para una transformación del taller en fábrica. Este proceso lucha contra la pretensión de cerrar toda la producción en los límites del monopolio de los gremios; de aquí, de una parte, las fórmulas para escapar de su control (saliendo de las ciudades los trabajadores, trabajo en la casa, etc.) y, de otra, las concesiones de privilegios y monopolios por el poder público, porque, en definitiva, toda ruptura con la tradición gremial necesitaba la consagración por el poder público mismo a título de excepcionalidad.

Pero la aparición de formas de capitalismo no deben permitir la idea de que fueran dominantes en la época; por el contrario, la técnica general es una prolongación del espíritu de la Edad Media (10).

d) En el sector de la *agricultura* se produce una transformación progresiva del régimen feudal, como consecuencia de los efectos reflejos de los demás sectores (atracción al trabajo industrial de los trabajadores, ampliación de la demanda de determinados productos del campo, adquisición de tierras por hombres libres enriquecidos), que pueden ser omitidos en sus detalles en este lugar por ser de menor interés para nosotros; basta con la indicación de que se va marcando la mutación del feudalismo en propiedad.

e) Desde el punto de vista de las ideas y sistemas económicos, para todo el periodo considerado se sitúan las ideas del mercantilismo como prolongación de las medievales en materia económica. La aparición de manifestaciones capitalistas no deben conducir a la idea de la existencia ni de una ideología de

(7) Vid. KULISCHER y doctrina histórica que recoge en pág. 260 de T. I.

(8) KULISCHER, I, pág. 296.

(9) MARCHAL, ob. cit., págs. 37 y 38.

(10) Vid. KULISCHER, pág. 112, tít. II.

este tipo, ni de un sistema completo de la estructura económica inspirado en aquélla; manifestaciones de capitalismo se dan en todas las épocas, pero, como sistema económico, no se producirá su aparición hasta el siglo XIX (WEBER) (11).

C) De la *Historia general del Derecho* importan algunas notas generales, cuyo recuerdo—siquiera sugerido muy esquemáticamente—facilita la comprensión de los problemas que el concepto del Derecho mercantil en este período suscita.

1. La evolución en materia de *fuentes y fundamento de vigencia del Derecho* en general, para todo el período considerado se puede sugerir—pues es materia conocida—con las siguientes indicaciones: se parte en la Edad Media de una dispersión en la creación de normas jurídicas que refleja la del poder, y de aquí la aparición de ordenamientos territoriales, locales y de corporaciones; el fundamento de la vigencia en la justicia intrínseca o en la antigüedad o en la autonomía de la corporación como costumbre viene también a reflejar la falta de afirmación del poder soberano. El curso de la evolución presenta, junto a la recepción del Derecho romano, la progresiva aparición de normas procedentes del poder central, el cual, en definitiva, devendrá fundamento de la vigencia del Derecho.

2. Si se presta atención al curso de la evolución de las clases sociales como compartimentos, que, tendiendo a transformarse en profesiones, no desaparecerán hasta la proclamación revolucionaria de la igualdad, no se necesita insistir en la significación de normas de privilegio en el sentido actual del término del régimen jurídico que les afecta.

II. Vengamos ahora al estudio del DERECHO MERCANTIL: SU CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN. Pero antes de tratar de este tema—el propio de este estudio—se hace preciso hacer referencia a la manera de haberse producido y al contenido del Derecho mercantil de la época.

A) Las *fuentes del Derecho mercantil* (12) presentan un cuadro en el que—como es natural—inútilmente se buscaría la uniformidad de líneas de los ordenamientos actuales. La dispersión general de ordenamientos, que presenta en general el Derecho, no se encuentra contradicha en el que afecta a la materia mercantil. La tendencia progresiva a la centralización se marca asimismo en nuestra materia.

1. Una buena parte del Derecho que aparece en la Edad Media referente al comercio puede referir su vigencia al *poder público*, si bien con las peculiaridades de disgregación y descentralización con que éste aparece. No quiere decirse con ello que su origen, en cuanto invención de su contenido, sea el mismo; las fuentes de esta naturaleza incorporan frecuentemente derecho consuetudinario. A este grupo de fuentes pertenecen las disposiciones que afectan al comercio, del Derecho de las ciudades, del señor del mercado y también las

(11) Página 239.

(12) Para este apartado y el siguiente es suficiente valerse de las obras generales de *Historia del Derecho mercantil*, de GOLDSCHMIDT, REHME, HUYELIN, y los libros generales en sus introducciones históricas. Se trata sólo de entresacar en su marco líneas o perfiles generales de interés. Para esta apreciación global, por su autoridad y por completar su incompleta *Historia*, es de recordar el resumen de GOLDSCHMIDT bajo la voz «Handelsrecht» en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, de CONRADT ELSTER-LEXIS-LOESING.

de carácter general que aparecen en los cuerpos legislativos, nacionales o territoriales. En el Derecho alemán es el Derecho de las ciudades la fuente más importante del Derecho mercantil.

2. Otra parte muy importante se puede ordenar como *Derecho de producción autónoma*. A su vez en este grupo hay que distinguir:

a) El *Derecho estatutario* se produce como consecuencia de la autonomía de hecho en la producción jurídica de que gozan las Corporaciones de comerciantes. Si se atiende a su importancia relativa en la época, hay que consignar que el predominio de esta fuente se da en las grandes ciudades mercantiles italianas de donde irradia a toda Europa.

b) Junto a esta fuente hay que situar—como fuente también, dadas las peculiaridades de la época—la producción a través de *documentos notariales y decisiones* adoptadas en la jurisdicción mercantil especial. También ocupa un lugar importantísimo los Tratados o Convenios internacionales o interlocales que celebran las grandes corporaciones de comerciantes en los lugares en que realizan su tráfico de modo permanente.

c) Difícilmente se puede separar de las anteriores fuentes la *costumbre*, pues en la medida en que el fundamento de la vigencia del Derecho descansa a veces en la antigüedad de las normas y en su arrastre por tradición, el uso de los comerciantes viene a estar implícito como fundamento o como real origen en el Derecho que a través de las otras formas se declara.

3. Para explicar la *situación de fuentes en la Edad Moderna* hay que partir de las tendencias a la *unificación* del Derecho mercantil medieval. De distinta manera se va ésta produciendo. Las más importantes son las siguientes:

La coincidencia de necesidades y circunstancias económicas y sociales, que da lugar a la copia de unos ordenamientos de otros. Así en el Derecho alemán de ciudades que la doctrina clasifica en familias.

La personalidad del Derecho, aunque parezca contradictoria con la idea de unificación; las Corporaciones de comerciantes se hacen respetar su régimen jurídico en los lugares extranjeros donde se establecen: el régimen de las colonias de mercaderes con sus cónsules en el extranjero para la administración en general y especialmente la de justicia respecto de los pertenecientes a su ciudad o a su corporación, llevan a esos lugares el Derecho del propio país haciendo posible que sea tomado como ejemplo.

La influencia de las posiciones de hegemonía como ocurre con la de las ciudades italianas o las de la Liga hanseática. Fundamentalmente el Derecho mercantil italiano por su perfección llega a dar lugar a una verdadera recepción en el resto de Europa.

Las ferias internacionales, por las necesidades de estas reuniones de los grandes comerciantes europeos pertenecientes a distintas nacionalidades.

De esta manera el Derecho mercantil, fundamentalmente local o personal y, en cualquiera de ambos casos, de ámbito limitado, tiende a devenir en su contenido uniforme. A esta evolución, forzada por los hechos mismos, se une la corriente de unificación del poder en los Estados a medida que éstos se forman y de aquí que, aunque el contenido continúe la tradición indicada, el refrendo estatal se haga preciso como fundamento de la vigencia de las normas de ori-

gen local o estatutario y de base consuetudinaria, al mismo tiempo que extiende su esfera de aplicación. Así van surgiendo las Ordenanzas refrendadas por el poder central, y, de entre ellas, las más importantes: las francesas del Comercio y de la Marina, que habrían de marcar el tránsito a la hegemonía mercantilista continental de Francia.

B) Una cierta referencia al *contenido del Derecho mercantil* hasta el Código de Napoleón es también interesante para el planteamiento del problema de conceptos. Suele tenerse a la vista—o, por lo menos, «in mente» como prejuicio al considerar el período que estudiamos—el cuadro de instituciones, según el catálogo de las que ahora están en los Manuales de Derecho Privado Mercantil, con lo cual lo que se hace es examinar la Historia contra la corriente de su curso. En realidad, para aproximarse a la comprensión del Derecho mercantil de la época considerada, habría que agrupar las instituciones según criterios que reflejaran las circunstancias históricas. Sin pretender acertar completamente, basta a los fines de este trabajo, una cierta aproximación que creo queda reflejada en las siguientes agrupaciones:

I. La estructura *política y administrativa y económica* explican un conjunto de instituciones o de normas que, de otra manera, no serían bien comprendidas:

La dispersión del poder, la política de las ciudades en el orden económico, según se trate de ciudades con gran comercio propio o de ciudades que se ocupen sólo de su mercado local, la tendencia a la autoprotección en los intereses colectivos y la posición especial del extranjero a quien se teme y se desea por necesidades del intercambio económico, explican una serie de instituciones que suelen quedar olvidadas, quizá como resultado aún de la violencia con que contra ellas se reaccionó después de los efectos de la ideología de la Revolución francesa; así el Derecho de «etapas»—para el abastecimiento de las ciudades que en tránsito tocan los mercaderes—; el de transbordo o, en general, el de reservar a los de la ciudad de tránsito el transporte de las mercancías que circulan por la jurisdicción; las «represalias» y las distintas formas de asegurar sobre la colectividad de comerciantes pertenecientes a la misma ciudad o a la misma agrupación y situados en otra ciudad el cumplimiento de sus obligaciones por un miembro de su misma colectividad; la posición jurídica semi-pública del intermediario que viene a representar intereses de la localidad a que pertenece, etc., muestran así su explicación. Igualmente los tratados internacionales y el régimen de liberación de estas trabas de las Ferias vienen a constituir la contraposición que, por contraste, hace resaltar la misma causación histórica.

El curso de la evolución en la Edad Moderna irá trazando la línea de desaparición de algunas de estas figuras, pero no puede prescindirse de su existencia pura y simplemente.

Por otra parte, de la misma manera se explican ciertas normas que hoy llamaríamos de Derecho de la economía (precios, calidades, ventas en determinados lugares, etc.) y que inciden sobre las instituciones que también, según los términos actuales, son de Derecho privado.

La organización corporativa, con su régimen autónomo de gobierno y de separación jurisdiccional, se explica inicialmente—además de por las dificultades que presentaba el proceso romano-canónico—por la posibilidad misma de que estas atribuciones públicas no se hubieran centralizado en el poder público, aunque el curso de la evolución lleve a la legitimación mediante la concesión ulterior de esta esfera de autonomía por el poder central con base, tanto ya en las necesidades del tráfico mismo, como en la razón reminiscente de los viejos privilegios de la clase que se hacen valer.

2. Para lo que constituye hoy materia de Derecho privado se suele dar como causación histórica la inadecuación al comercio de las normas del Derecho romano de la última época del Imperio, del Derecho germánico inicial y del canónico, con doctrinas de suyo contradictorias con los intereses del tráfico comercial que en la Baja Edad Media se desenvuelve. Vendrían a ser instituciones especiales respecto del Derecho común y por las condiciones históricas de éste. Conviene no obstante puntualizar acerca de esta generalización.

a) Existen, en efecto, instituciones a través de cuyo régimen—que se va conformando en documentos notariales y en decisiones de los Tribunales especiales de los comerciantes sobre todo, pues el Derecho estatutario y, principalmente el de las ciudades, se presentan con un contenido fundamentalmente administrativo y económico—se va manifestando ya entonces la especialidad del Derecho mercantil por la inadecuación de los demás ordenamientos (13). Pero conviene tener en cuenta lo siguiente: hasta tanto se plantea históricamente el problema general de la jerarquía de fuentes y la relación entre el Derecho local o Corporativo con el general, bien traiga su base en las disposiciones de los monarcas—Derecho Real—o se trate del Romano que se recibe en el Continente, no puede decirse que siempre las normas mercantiles se preocupen de hacer excepción a las generales; aunque sea difícil puntualizar en qué grado se puede hablar por lo menos de una esfera de autonomía en la producción jurídica que no pende de esa relación. Sólo más tarde será precisa esa excepcionalidad.

b) Por otra parte, tanto para la Edad Media como para la Moderna, existen instituciones que vienen exigidas por el comercio y que carecen de paralelo en los otros ordenamientos: libros y Registro de comerciantes, «commenda» y otras formas asociativas que se inspiran en las mismas necesidades, marcas y patentes, y en el Derecho de obligaciones, aunque se prescinda de formas iniciales de transporte—ignorando además las catavanas o convoyes—o de seguros, habría de tenerse en cuenta la referencia a las circunstancias de no especialización del comercio que centra la tipología jurídica negocial alrededor de la compraventa y, con todo, ya en el Derecho bancario habrían de verse antecedentes de figuras luego tipificadas y sin correspondencia con figuras de Derecho civil.

c) Cuando se considera expresamente el *concepto del Derecho mercantil hasta el Código de Nápocón* es corriente generalizar la afirmación de que se trataba de un Derecho mercantil del comerciante. Este punto de vista se atem-

(13) Los formularios notariales son fuente muy interesante en este punto. Pueden verse, por ejemplo, para el derecho español los modelos en materias mercantiles contenidos en PALOMARES, *Estilo nuevo de escrituras públicas*, Madrid, 1666.

para por las discusiones acerca de la amplitud de la tendencia histórica a la objetivación en el período inmediatamente anterior al Código francés.

Como todas las generalizaciones debe ésta también ser observada con cierto cuidado; conviene perfilar el alcance de las mismas, tomando la cuestión desde sus bases.

Es preciso anticipadamente hacer unas indicaciones acerca de la manera de abordar este tema de puntualización de notas del Derecho mercantil precedente al Código francés. Si la materia hubiera de tratarse con absoluto rigor, habría de analizarse, por lo menos inicialmente, en cada ciudad, en cada Corporación de mercaderes, en cada país. Mas tal cosa, si fuera posible hacerla en el estado actual de las investigaciones, difícilmente podría realizarla quien no fuera historiador; pero no es necesaria a los fines de este trabajo, ya que lo que interesa es seguir la línea de la evolución histórica, para aclarar los datos importantes en el planteamiento contemporáneo del problema y en la época en sus rasgos generales. Estos rasgos generales no se construyen ahora con motivo de nuestro estudio, sino que lo que se hace es tomar las fuentes que indican el proceso de uniformación del Derecho mercantil que antes fué mencionado. Esta uniformación se corresponde con la supremacía italiana; he aquí un texto que, con la autoridad de su autor, puede servir de base suficiente para la orientación dada a esta parte: «El Derecho mercantil románico en lo esencial es recibido en el Oeste y Norte de Europa. Esta recepción tiene lugar desde comienzos de la Edad Media, parte directamente por usos mercantiles internacionales, parte por influjo de los comerciantes italianos y la literatura románica extendidos por todas partes. En las decisiones de la Rota de Génova y en los escritores italianos de los siglos XVI, XVII y XVIII: STRACCA, SCACCA, RAFAEL DE TURRI, CARDINALIS DE LUCA, ROCCUS, ANSALDUS, CASAREGIS, inspiran la doctrina ilustrada y la práctica» (14). De estos libros destaca el de STRACCA: *Tractatus de mercatura seu mercatore*—primeramente publicado en Génova en 1593—, del que se ha dicho que imperó en la literatura y en la práctica europeas hasta el siglo XVIII, en que la literatura francesa se atribuyó el rango de que antes había gozado la italiana (15). Así se marca el enlace a la consideración de la doctrina francesa que opera sobre las Ordenanzas de Colbert.

Para nuestro país conviene seguir a la literatura mercantilista, y, fundamentalmente, aquella que maneja las fuentes italianas para asegurar el enlace con la mejor doctrina europea. Se manejarán también los moralistas, que, equivocadamente, se suelen dar como mercantilistas; pero han de ser utilizados prudencialmente, pues a veces tienen una visión del tráfico—que describen, y por eso se utilizan—deformada por la preocupación de hallar el pecado o las circunstancias que a él conducen. De las fuentes convendrá seguir la de los Consulados, y fundamentalmente el de Bilbao, ya que, aparte de haber sido más cuidadosamente estudiado, sus Ordenanzas serán las que tiendan a convertirse en Derecho mercantil, común en nuestro país y en América antes del Código del 29.

Una última observación importante es ésta: al final del período que se considera comienzan a manifestarse las corrientes que llevan a lo que se llamará sistema objetivo en su proyección mercantilista. Ahora no se consideran: en la imposibilidad de cortar la historia en tajos es preferible dar el tránsito al Código francés en forma de explicación del significado de éste y de la doctrina que le sigue.

1. Creo que debe partirse de la idea de que el Derecho mercantil de todo el período considerado pretendió ser el *Derecho del comercio*. Tanto los juristas contemporáneos como los que desde nuestra época se ocupan del período

(14) GOLDSCHMIDT, en trab. cit. en *Handwörterbuch...*, cit. pág. 323.

(15) MULLER ERZBACH, *Handelsrecht*, 1928, pág. 34.

considerado, tienen a la vista, en realidad, la idea de que el comercio fué entonces la gran palanca de transformación de la estructura económica occidental y que la industria en su rudimentario estadio artesano podía diferenciarse del tráfico interlocal mercantil, que es el que efectivamente atrae la atención, dadas las circunstancias de la época y necesita y crea el Derecho que pasará como mercantil a los Códigos. Podríamos decir que la grandeza económica del comercio es lo que atrae la atención.

Las ideas anteriores se pueden fundar en argumentos de muy distinto origen.

En primer lugar, la propia literatura de nuestra especialidad lo deja indicado. El texto de definición del mercader de STRACCA—«qui negotiationis seu negotiationum exercendarum quaestus liciti faciendo causa frequenter mercis permutat seu emit ut easdem *non minutatim nec mutata per se forma distrahat*»—se repite y se recoge por los demás autores constantemente para eliminar del Derecho mercantil la actividad industrial de la época; así, en nuestra literatura jurídica, por ejemplo, CUENCA (16), que, glosando el texto, dice: «artifices seu fabri non vero mercatores quia res ad operandum emunt ut eas postea mutata forma distrahant» o HEVIA BOLAÑOS (17) («difieren el mercader y el artifice en que el mercader es el que compra las mercancías y obra hecha y las vende de las formas que las compra sin mudarlas en otra..., y así, lo dispuesto en el mercader no se entiende en el artifice»).

Por otra parte, la estimación social y moral del mercader por los juristas centra la atención en el comercio interlocal fundamentalmente, teniendo a la vista la función abastecedora y de aproximación de los bienes a las necesidades que han de satisfacer. Esta idea está implícita en los autores de moral mercantil; así, SARABIA DE LA CALLE dice: «no es lícito al mercader comprar la cosa para luego tornar a vender con ganancia, sin que la cosa se altere o se mude el tiempo o lugar» (18); por su parte, VILLALÓN justifica la utilidad de los mercaderes en la siguiente forma: «trayendo las [las mercancías] de diversas provincias donde abunda al proveimiento de su propia tierra y pueblo, porque allí falta» (19). Esta idea permanecerá hasta el siglo XVIII en la rica literatura francesa que aparece sobre el comercio. Las ideas vienen recogidas respecto de la escuela económica mercantilista por HERKSCHER (20). Naturalmente ya se amplía la inicial noción moral que refleja el medievo antes dada con el enriquecimiento proveniente de un más completo análisis económico del comercio. Pero, en definitiva, y es lo que importa, lo que interesa es la estimación de esta rama económica—frente a lo que ocurre en materia de industria y agricultura—como notablemente importante y universal.

2. Pero fué Derecho del comercio siendo *Derecho del comerciante en su tráfico*. En la precisión de esta nota reside el eje del problema del carácter del Derecho mercantil hasta el Código de Napoleón. Y conviene diferenciar en ella una serie de facetas: técnica de delimitación de la materia mercantil y privilegio de una clase en la sociedad estamental y motivación inspiradora de política jurídica.

a) Si el *acotamiento* del conjunto de normas mercantiles hubiera de ser abordado con el criterio de los que en la actualidad piden al Derecho especial que se contenga en fuentes autónomas e independientes—en definitiva en un Código separado—, el Derecho mercantil del período estudiado presenta-

(16) *Ad Commenda sive depositi instrumentum*. Zaragoza, 1644, págs. 168 y ss.

(17) *Curia Philipica*, II, pág. 268, ed. 1797.

(18) *Instrucción de mercaderes*, Medina del Campo, 1544, cap. VII, fol. XXXVII.

(19) *Prorechoso Tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de usura*. Sevilla, 1542, cap. XXXIII.

(20) Páginas 721 y ss.

na al principio una notable variedad de formas, correspondiéndose con las distintas manifestaciones de dispersión que antes fueron mencionadas. Propiamente —y aunque muy incompleto— un problema de relación de fuentes externas no se presenta sino hasta la aparición de la Ordenanza francesa del comercio.

El siguiente texto de HEYMANN contiene una síntesis de las ideas propuestas, fundamentalmente exacta; hablando de la relación entre Derecho mercantil y Derecho privado general, dice que no puede ser contestada esquemáticamente, y que existen, funcional e históricamente, múltiples variaciones de grado. Y añade: «El Derecho marítimo cerrado del Consulado del Mar de Barcelona se diferencia considerablemente en el tratamiento formal del Derecho especial, de un cuerpo de Derecho de la ciudad (*Stadtrechtsaufzeingung*) de carácter mercantil predominante, pero no exclusivo, como el *Constitutum usus de Pissa*, o el Estatuto de Marsella, sólo en parte jurídico-mercantil, o también de los numerosos Estatutos que se conservan de Corporaciones italianas de comerciantes o el libro del Derecho de la ciudad de Augsburgo, de contenido general, pero con numerosas prescripciones de Derecho mercantil público y de los, en cambio, Códigos especiales de Derecho mercantil de los reyes ingleses, como el *Statute of Acton Burnell* y el *Statute de mercatoribus*, de Eduardo I, o el *Statute of Staple*, de Eduardo III. Entre estos distintos tipos existen numerosas soluciones, todas siempre bajo el principio de que nos encontramos con un Derecho especial mercantil en evolución, con muy distintas formas externas de delimitación y de formulación» (21).

Una codificación—incompleta e imperfecta—aparece con las Ordenanzas francesas del Comercio (1673) y de la Marina (1681); con ellas aparece el problema legislativo-formal de la relación entre cuerpos legales (22).

Pero frente a este problema externo, desde el punto de vista técnico el tema de delimitación de la esfera de vigencia de la legislación mercantil viene tratado desde la línea de la *situación estamental* correspondiente al régimen de clases en general del antiguo régimen. El Derecho mercantil fué un Derecho de la clase de los comerciantes que se aplicaba a éstos por el hecho de serlo. Esta es la idea *predominante*, no tanto por exigencias del Derecho especial, como por la organización general de la sociedad aun con la tendencia histórica a profesionalizar las que venían siendo clases políticas; de aquí que, cuando se trata de salvar las dificultades que surgen de la aplicación del Derecho mercantil a clases que no pueden ejercer el comercio (nobles—luego al final del período se cambiará con disposiciones especiales—clérigos y militares) o a comerciantes ocasionales, sea frecuente recurrir a la ficción de considerarles comerciantes. Esta nota, además, exigirá una rigurosa atención al concepto de comerciante delimitador del Derecho especial, y surgirán los problemas de la inscripción en la matrícula y su significado, de la posibilidad de extender la jurisdicción mercantil a no comerciantes, de la aplicación del Derecho especial cuando se esgrima en juicio ordinario.

Conviene dar unos ciertos desenvolvimientos a la idea general formulada:

1) La generalización corriente de que el Derecho mercantil se acotara por la pertenencia a la clase comerciante se ha contradicho apoyándose en la idea, o más bien prejuicio, de atender que sólo podía ser así en cuanto se: comerciante implicara pertenecer a una Corporación de comerciantes, y se aplicaría sólo en la medida en que la jurisdicción de esa Corporación se ex-

(21) Trabajo cit. pág. 12.

(22) HEYMANN, pág. 13.

tendiera sólo a los comerciantes. De aquí se deducía: si en mercados o ferias existe un Derecho mercantil no ligado a un gremio o Corporación, quiere decirse que la nota subjetiva decae; igualmente, al generalizarse la jurisdicción comercial y devenir de corporativa espontánea a estatal, debe entenderse que decae la nota de personalidad del Derecho mercantil; por último, si se admite la competencia para asuntos mercantiles sin hacer expresa mención de las personas, entonces quiere decirse que se ha producido el tránsito al sistema objetivo. Estas ideas realizan cortes en el cuadro de las circunstancias históricas que no están justificados.

Ni el mercado local ni la feria interlocal o internacional pueden comprenderse sino referidas al comerciante, que, por sí o mediante sus dependientes, viaja con sus mercancías. Basta el recuerdo de la explicación histórica general que antes se dió y la consulta a cualquier libro referente a mercados o ferias para hacerse cargo de esto. Lo único que ocurre es que en estos casos no se necesita acotamiento, porque ya está dado por el mercado mismo o la feria misma que reúne a los sometidos al Derecho comercial. La idea de una jurisdicción uniforme corporativa, extendida por toda Europa y existente en todas las localidades con distribución matemática del territorio a que se extendiera, no tiene sentido histórico.

Igualmente, cuando se intenta ver en la competencia de la jurisdicción mercantil estatal la base de la objetivación del Derecho mercantil, se incurre en un corte de las circunstancias no justificable. Fundamentalmente se hace esta consideración respecto de la Ordenanza francesa del comercio cuando, en sus artículos 2 y 7, atribuye a la competencia consular las cuestiones surgidas sobre letras de cambio y otros contratos del comercio marítimo. En realidad, estos textos reciben una vieja tradición y no innovan. Para seguirla hay que tener en cuenta que han sido constantes la doctrina y la legislación de todo el periodo que consideramos en limitar la especialidad de este Derecho «rationae mercaturae», y que en las fuentes y en la doctrina venía siendo tradicional ligar «mercatura» y «cambio»: lo que ocurre es que el tema de la personalidad del Derecho mercantil se limita en doble forma: no afecta a la actividad del comerciante, sino en lo que se refiere a su profesión, y se precisa en los casos de relaciones con no comerciantes resolver el problema de la extensión de la competencia de la jurisdicción mercantil a estas personas; de aquí se parte a generalizar una presunción de comerciante—precisa en la época para atenerse a la personalidad del Derecho mercantil—para los que han actuado en tráfico comercial. Estas ideas son muy viejas y permanecen luego. Se manifiestan, v. g., en estos textos: «quaecumque persona aget vel conveniat de cetero ex causa negotiationis vel cambii intelligatur esse mercator absque alia probatione» (*Statuto della mercanzia di Piasenza*, 1340); «quod omnes contrahentes ex causa negotiationis vel cambii habentur vel reputantur pro mercatoribus» (*Statuto della mercanzia di Milano*, 1350); «quia privilegium datum est mercaturae non personis» (ANSALDO DE ANSALLIS) (23).

”) Tanto la orientación de Derecho personal como sus límites se perciben con mayor claridad con la enunciaci3n de *los problemas de la época alrededor del concepto de comerciante*:

El núcleo fundamental del concepto viene dado por la definici3n de STRACCA, que antes se ha recogido.

En la doctrina, la separaci3n entre el comerciante de tráfico interlocal y el detallista suele tambi3n establecerse siguiendo a aquel texto; la idea que domina es la de la utilidad del transporte de mercancías de un lugar a otro. Basta la lectura de cualquier libro en la parte general sobre la consideraci3n que el comercio merece; luego se refleja la idea en los capítulos destinados a la configuraci3n del concepto de comerciante, en la distinción del comercio al detall, en el tratamiento del comerciante forastero, en el privilegio de los

(23) Citados por HEYMANN, ob. cit., pág. 13.

comerciantes que van a las ferias, etc. (24). Cosa distinta de la diferenciación conceptual es la dificultad práctica de la diferenciación, porque el comercio al por mayor y al por menor, como dicen los historiadores, no estuvieren completamente acotados, de manera que los comerciantes de la primera clase no hicieran tráfico de la segunda. De aquí que cuando las fuentes modernas recogen el Derecho producido a través de la Edad Media reciben también la idea del pequeño comerciante.

Lo referente al artificio o separación de la industria ya fué mencionado al ocuparnos de la idea fundamental de considerar al Derecho mercantil como Derecho del comercio.

El significado de la manifestación externa de la condición de comerciante —fundamentalmente la matrícula— no fué tratado con un criterio formalista. Más bien su insuficiencia originó atender al criterio real de dedicación a la actividad mercantil (25). Pero sería equivocado pretender que se desconoció el significado de la manifestación formal; debe entenderse que ésta constituía el punto de partida y que, precisamente por ello, la doctrina tiene que esforzarse en tratar el supuesto de que no se haya producido. La permanencia de la idea se percibe en este texto: «Para gozar de este privilegio de ser demandados en estos pleytos los mercaderes, es indispensable resulten matriculados y hayan jurado usar fiel y rectamente de su oficio...» (26).

La idea profesional se refleja en la necesidad de una especial consideración del caso de nobles, clérigos y militares. En cualquier libro de la época está la cuestión tratada; de todos ellos puede inducirse que lo que hoy constituye un problema de prohibición entonces se enfocaba como un tema de adquisición de la cualidad de comerciante, porque lo que preocupa es la condición profesional en una sociedad clasista (27).

Presidiendo la idea profesional está la diferenciación entre mercader y negociante («negotiator»). La doctrina de HEVIA es la siguiente: «Difieren el mercader y el negociador en que el mercader no se entiende serlo por un solo acto o vez que lo exerza, porque se requiere para ello más frecuencia de actos según Bartolo y Baldo, si no es que al único acto preceda haberse matriculado por mercader en la matrícula de ellos y jurado de lo usar fielmente como lo dice STRACCA, empero, el negociador se dice serlo por solo

(24) Estas ideas no necesitan especial justificación. Puede consultarse cualquiera de los libros de Historia de la Economía, y en la literatura jurídica de la época, prácticamente todos. A título de ejemplo para el Derecho español, prescindiendo de la indicación implícita en las normas referentes a las ferias que se contienen en Las Partidas, tenemos que en las Ordenanzas Reales de Castilla, al lado de las prescripciones contra los «regatones» (lib. VIII, tit. VII, Ley V; lib. IX, tit. VII, Ley V; Lib. X, tit. VII, Ley X), que no se corresponden exactamente con el pequeño comerciante, se recogen normas de protección el grande (lib. II, tit. XII, Ley XVI), igual en la Nueva y Novísimas Recopilaciones, que distinguen del comerciante a los revendedores, regatones y buhoneros. En las Ordenanzas de Bilbao (cap. IX) se marca la distinción en materia de libros; tenemos, a título de ejemplo, que BARTOLOMÉ FRIAS DE ALBORNOZ trata, como especificando, del mercader de tienda y lo define: «el mercader de tienda vende la mercadería por menudo al contado o fiado como Dios le ayuda y paga a sus tiempos» (*Arte de los contratos*, Valencia, 1573, lib. III, tit. III, pág. 129). HEVIA BOLAÑOS distingue de los mercaderes a los «mangones» o «venaliciarios» o «recatones» o «revendedores» (ob. cit., pág. 262, números 6 y 7). VENTURA LANAÑA: «Sólo debe gozar de los privilegios e inmunidades de los mercaderes y comerciantes los que cargan y venden por grueso, por lo que algunos autores los han llamado «grossarios»... sólo ellos merecen tal nombre, porque cargan y negocian en bien común y pública utilidad... lo que no sucede con los que en sus casas y tiendas venden por menudo» (*Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, Sevilla, 1672, lib. I, capítulo XVII, núm. 28).

(25) Por su información puede verse GIBELINUS, *De universa rerum humanarum negotiatione*, Lyon, 1663, págs. 22 y ss.

(26) ELIZONDO, *Práctica universal forense*, t. I, 1779, pág. 155.

(27) Para el fondo histórico general véase PALACIO AYARD, *Fin de la Sociedad española del antiguo régimen* (conf. 1962).

un acto o vez que negocia. Y así el Estatuto que trata del mercader no ha lugar en el negociador...» (28).

'''') También la idea de que el *acotamiento* de este Desecho se realiza *con ocasión de la competencia de la jurisdicción mercantil* conviene que sea puntualizada.

Primeramente hay que observar que las personas que ejercen la jurisdicción mercantil, mientras ésta se mantiene como jurisdicción corporativa, no se encuentran investidas de esta sola atribución. La función administrativa y de gobierno de la Corporación de los viejos cónsules medievales permanece en la Edad Moderna. Las Corporaciones del gran comercio—enfrentadas, como se vio al principio, al espíritu localista de la ciudad—pasarán a ser más o menos objeto de centralización y nacionalización con el proceso de afirmación del poder central del Estado. En esta forma se explica para nuestro país el significado de la Junta de Comercio, cuya significación fundamental fué la de un organismo administrativo que centralizó el control de la estructura del Derecho de la economía del país y la política que afectaba a los ramos a que hace referencia su denominación. No es admisible la idea de que esta Junta, porque tuviera en una época competencia en asuntos mercantiles donde no hubiera Consulado, representara la objetivación del Derecho mercantil; se parte de la idea de que la personalidad del Derecho mercantil depende de la agrupación gremial, y tal cosa es falsa; la subjetividad depende de la profesión, y ésta, a su vez, será apreciada en su significación de clase en la sociedad de clases que se van profesionalizando; no existen razones para deducir que donde no hubiera Consulado se objetivaba el Derecho mercantil. Su inicial significación de organismo administrativo de la política económica en su ramo se contrasta con el texto literal de la Real Cédula de 24 de junio de 1770, que expresa su origen: «Que a la Junta General de Comercio y Moneda pertenece el conocimiento económico y gubernativo de estos objetos para promoverlos en todos sus ramos, consultando a S. M. lo que fuere propio y digno de su real noticia y determinación en la misma forma que lo practicaba la Sala de Gobierno del Consejo antes de la creación de la Junta General, y que lo practicaría si ésta no se hallase formada» (29). Lo que ocurre en los lugares donde no hay Consulado se verá luego; también en ese momento la permanencia de la personalidad del Derecho mercantil. Interesa, sin embargo, hacer notar que los Consulados, en vez de decaer para convertirse en Tribunales de Comercio pura y simplemente, como se ha pretendido, siguen manifestándose como entidades corporativas, de acuerdo con su sentido histórico precedente. Pero, de acuerdo con las ideas de la época, se convierten en instrumento del poder central para la política de Corporaciones de intereses nacionales como corresponde a las nuevas ideas mercantilistas—que mezclan libertad e impulsión pública de la actividad económica—que tienden a generalizarse a toda la esfera económica; estas ideas se expresan en el preámbulo y en el texto de las Cédulas últimas de creación de Consulados. A título de ejemplo puede verse la creación del de Sevilla, de 24 de noviembre de 1784; de su preámbulo es este texto: «... donde no hubiera Consulados, se erigiesen con arreglo a las Leyes de Castilla e Indias, para que, protegidos eficazmente de mi real autoridad, y auxiliados de las sociedades económicas y demás cuerpos de las respectivas provincias, se dedicasen a fomentar la agricultura y fábrica de ellas y a extender con cuantos medios fueren posibles la navegación...» En el artículo 5.º dispone: «El Consulado acordará los medios más conducentes al establecimiento de Escuelas de Comercio y Agricultura y al descubrimiento y propagación de secretos químicos, necesarios a la perfección de las artes...» Y en definitiva basta recomendar la lectura de todos los artículos que no versan sobre la materia jurisdiccional.

(28) Folio 263, ob. y ed. cit. Completa la información con texto de ANSALDO, DOMÍNGUEZ VICENTE, en su *Ilustración...*, t. II, págs. 5 y ss.

(29) Tomada de A. XAVIER PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la Legislación universal de España e Indias*, pág. 253. Vid. también ELIZONDO, *cit.*, t. III, pág. 168.

De los expuesto en el párrafo anterior se infiere una idea que tiene notable importancia: la competencia de la jurisdicción mercantil, en cuanto se hace efectiva a efectos de conflictos entre particulares, origina una *separación de los intereses privados respecto de los públicos* que motiva el que ordinariamente en las decisiones sobre aquéllos se encuentre lo que constituye Derecho privado aplicable y aplicado. Pero así queda al mismo tiempo explicada la siguiente observación: en la época no se utiliza como criterio sistemático de la separación de un Derecho mercantil privado del Derecho de la economía mercantil, pues no se tiene conciencia de estas ideas sistemáticas contemporáneas. En consecuencia, no puede afirmarse que todo el Derecho del comercio viniera acotado por la esfera de competencia de la jurisdicción mercantil. Por otra parte, la personalidad de este Derecho presenta también un sector en que esa idea acotadora quiebra, y del cual se habla seguidamente.

Sería falso representarse el periodo considerado con un mapa de división bien definida de demarcaciones territoriales o corporativas de los países o del nuestro que permitiera en cada instante resolver fácilmente una cuestión de competencia de Tribunales mercantiles, o que en toda cuestión de comerciantes hubiera de conocer un Tribunal mercantil. Por el contrario, la posibilidad de que las cuestiones mercantiles sean tratadas por la jurisdicción mercantil se va abriendo paso a través de una sucesiva extensión de ésta, que va cortando amplitud a la ordinaria. Juegan las ideas de pertenencia al Consulado y la amplitud territorial de éste, pero aquella es la predominante, de donde se deriva que el Consulado como Corporación sea el instrumento histórico de la progresiva extensión de la jurisdicción consular. Por lo menos para nuestro país, los textos legales no dejan duda respecto de esta tendencia. Dos se pueden anotar como los más importantes para salir de la esfera de las ciudades tradicionales, que, como centros comerciales históricos, no necesitan hacer un acotamiento demasiado detallado de la condición de mercader. La Pragmática de 9 de febrero de 1632, que crea un Consulado en Madrid, ya dispone en su artículo 4: «Si hay número de mercaderes en cualquier ciudad, villa o lugar, pidiéndolo en el Consejo y consultándolo al Rey se erija Consulado, pero no en los pueblos de señorío y abadengo. Todo Consulado que se erija tenga correspondencia con el de Madrid, en lo que mira al gobierno universal; pero sobre decisión de negocios, cada Consulado tenga jurisdicción distinta y privativa con el Juez de apelación que se le dé, sin subordinación a otro Consulado» (30). Y la Real Cédula de 22 de junio de 1773 dispone: «En las ciudades y villas donde hubiere comerciantes, y no esté establecido Consulado, el Corregidor o Alcalde mayor, con el Ayuntamiento y Diputación del Comun, elijan un comerciante de por mayor y otro de por menor al tiempo de hacer las demás elecciones del pueblo en calidad de Diputados de Comercio; los cuales formen la lista comprehensiva de comerciantes de ambas clases, cada uno de la suya, y den razón al Ayuntamiento de las dudas que se ofrecieran al tiempo de examinarla o de las variaciones que existan durante el año, cuidándose mucho de que estos Diputados sean personas íntegras y procedan con la legalidad correspondiente y para que no se verifiquen fraudes ni vexaciones... Al mismo tiempo formarán, además de las listas expresadas, otra de los extranjeros, con distinción de los que se dedican al comercio o a las manufacturas y los que viven vagos, sin ejercitarse en destino útil a estos Reynos y causa pública...»

De esta manera de venir organizada la jurisdicción comercial se deriva la explicación del hecho de que surjan dudas acerca de la aplicación del Derecho mercantil cuando el pleito, aun entre comerciantes, es tratado por la jurisdic-

(30) XAVIER PÉREZ Y LÓPEZ, cit., t. XVIII, págs. 260 y ss. y t. VIII, págs. 337 y ss. Así, pues, es equivocada históricamente la idea de una tendencia hacia la objetivación de la jurisdicción mercantil, si se apoya en el error histórico de buscar las agrupaciones de comerciantes en los gremios. Que se ataque a los gremios no tiene que ver con la conservación de las asociaciones de comerciantes, que, históricamente, han representado papel distinto.

ción ordinaria. Naturalmente, la nota corporativa del Derecho mercantil contenido en las Ordenanzas de las Corporaciones de mercaderes origina su construcción como Derecho interno y personal; aun cuando fueran homologadas, el proceso de generalización, hasta tanto se reciban en Cuerpos legales del Estado, tiende a realizarse por el mecanismo imitativo de la Edad Media. De aquí que el Derecho mercantil contenido en fuentes generales sea de observar y, en cambio, se dude respecto del personal o «statuto» o «stylo» mercantil. El problema es viejo; ya JOSEPH DE NIÑO se lo propone; las dudas de la época o sus distinciones no importan tanto como el hecho de proponerse la cuestión; la perspectiva acerca del eje de la dificultad puede darse hoy centrándose en la forma que se ha hecho. He aquí el texto referido: «Sed an quando conveniatur mercatori coram iudice ordinario, in eius Foro servanda sunt statuta, leges, consuetudines, aut privilegia mercatorum disputat Benven, d. tit. prl. parti. ult. par. a nu 10. Foller in additio. ad Maran. 4. p. tit. ut iudicium mercat. n. 71 (qui n. 70, respondit Benve.). Portol. Parr. Iudex nu. III et seq. alios allegans; qui concludunt dicentes, quod si statutum mercatorum respiciat actus eorum vel fidem actorum nempe si disponat statutum ex nudo pacto mercatorem conveniri posse vel quod plena datur fides scripturae mercatorum tale statutum in quolibet Foro non tantum saeculari, sed etiam Episcopali servandum erit, quae regula fallit quando statutum mercatorum dirigit verba ad Iudices mercatorum, scilicet si dicat quod Iudices mercatorum reddant ius ex nudo pacto, vel credant dictum unius, vel non admittant exceptiones, nam in eo casu in alio foro servandum non est, cum in alio foro non loquatur» (31).

El texto anterior—que busca separar Derecho mercantil y Derecho adjetivo—viene a añadir otra nota limitativa de la función acotadora de la jurisdicción mercantil de la época: en la medida en que las decisiones declaran costumbres mercantiles, este reflejo del fondo consuetudinario del Derecho comercial marca la unión de los aspectos procesal y sustantivo, lo que, a su vez, es índice de la reacción que la especialidad significaba, tanto respecto del Derecho común como del proceso ordinario. De aquí también que la fórmula que hoy tanto se usa en la dicción abreviada—las que se dan en las fuentes son más amplias—, «verdad sabida y buena fe guardada», no puede ser entendida con una significación puramente adjetiva (32).

En consecuencia, debe huirse de la idea de que la jurisdicción mercantil fuera un instrumento técnico que realizara ya en la época considerada un perfecto acotamiento del Derecho mercantil, marcando los márgenes formales de su especialidad. Más bien debe pensarse en los condicionamientos a que venía sometida por las circunstancias generales de la época que, en sus líneas más gruesas, han quedado expuestas.

b) Pero bajo la presentación del Derecho mercantil como un Derecho de una clase de comerciantes y, por tanto, con la impronta de un genérico Derecho privilegiado, discurre la corriente histórica de la necesidad de que fuera configurado un Derecho especial para la posición también especial que el comerciante en su tráfico ocupa en la sociedad de la época; aquella mira a la forma externa de atribuirse a los comerciantes un ordenamiento distinto del común; ésta, en cambio, presenta la constante de la motivación de las instituciones jurídico-mercantiles en su regulación procesal, de Derecho de la economía y de Derecho privado en la complejidad con que en este período se presenta; aquella presenta la odiosidad de una excepción a la generalidad del Derecho.

(31) *Albarani site chyrographi mercatoris analyseos*, que sigue a la obra de CUENCA, cit., Zaragoza, 1644, pág. 37.

(32) Véase en el autor de la nota anterior el comentario a la expresión «mercantibolmente» en el párrafo 6, págs. 33 y ss.

esta una razón de política jurídica que justifica el apartarse de la regulación común si la comunidad quiere aprovecharse de las ventajas del tráfico comercial. Al no diferenciarse, la reacción contra el «ancien régime» arrastrará en su violencia las dos facetas del tema.

En definitiva, el margen de espontaneidad y autonomía en la formación histórica del Derecho Mercantil en la época considerada constituye una garantía de que el acoplamiento de sus instituciones venía exigido por la manera con que el comerciante necesita organizar su tráfico: para ser un Derecho de comercio necesita establecer el ligamen con éste a través del eslabón del que viene siendo titular profesional de esta actividad económica.

Esta forma de aparecérsenos nuestro tema al dar la constante de la especialidad no excluye una gran variedad subordinada en la explicación de instituciones o preceptos concretos: unas veces será preciso crear instituciones radicalmente nuevas respecto de las del Derecho común; otras será preciso hacer excepción a la aplicabilidad del régimen común en las instituciones utilizadas en el comercio (su campo más notable con la constante preocupación sustantiva y procesal será el Derecho de obligaciones; y buena fuente para hacerse cargo son los formularios notariales), en ocasiones detrás de las normas o de las figuras jurídicas se puede percibir el uso del espíritu corporativo; en otras—y es corriente muy acusada, porque en esa dirección va a orientarse la transformación del sistema económico—, tendencias capitalistas. Pero no puede decirse—a no ser que quiera cortarse el sentido mismo de la época, que, en su último tramo, se ha llamado de comienzos del capitalismo por los autores alemanes más autorizados—que el Derecho mercantil de esta época fuera el Derecho del capitalismo, ni aun siquiera limitándole al campo patrimonial; sería preciso romper con la masa de doctrina legal consuetudinaria, con la formación de los autores de tradición romana y germánica y con la variedad de motivación de las instituciones para dar un cuadro parcial y amputado. No creo que en esta materia, después de toda la exposición de este apartado, se precise insistir más, pues, de otra manera, habría que ir sacando de todos los epígrafes precedentes, para reiterarlos, la serie tan grande como evidente de argumentos que, implícitamente, en aquéllos se contienen.

3. Respecto del problema de la autonomía científica del Derecho mercantil, si la cuestión se considera pura y simplemente como hecho histórico, no es preciso ni siquiera recordar que es en la Edad Moderna cuando comienzan los clásicos italianos, de cuya importancia y trascendencia europea se hizo antes mención. La literatura propiamente jurídico-mercantil española no se aparta para esta época de la influencia italiana, sino que presenta la confirmación de lo que se suele decir del resto de la literatura mercantilista europea. De la misma manera más tarde, al producirse la supremacía francesa será ésta la influencia que—aunque, a veces, tardíamente—se reciba en nuestros escritores.

D) Conviene dedicar un apartado al *Derecho marítimo* que nos coloque en situación de seguir la línea evolutiva de éste también desde el punto de vista de la concreción de su concepto.

I. Desde el *punto de vista externo* la existencia de fuentes que contienen exclusiva o casi exclusivamente Derecho marítimo es evidente en el período considerado. Pero la valoración de este hecho necesita hacerse situándole en las circunstancias de la época que se viene estudiando.

Aunque mas tarde se hara la interpretación, basta por ahora consignar el hecho de que, incluso en las fuentes de contenido de Derecho marítimo casi exclusivo, se pueden ver partes que miran a las relaciones de comerciantes y navegantes, en tal manera establecidas, que reflejan la existencia de una íntima conexión cuyo significado se tratará de dilucidar luego.

Aquí, por razones semejantes—aunque no identificables—a las que concurren en el Derecho mercantil terrestre, existe una corriente de uniformidad internacional del Derecho que se evidencia en el conjunto de las familias jurídico-marítimas que formulan los autores, particularmente en la Ordenanza francesa de 1681, a la que afluirán las distintas ordenaciones latinas. Esta corriente es de interés, porque, con independencia de lo que pueda ocurrir en determinadas localidades o según cuerpos legales determinados, se pueden utilizar para la argumentación algunos de entre ellos: los que gozaron de mayor autoridad y cuya aplicación práctica estuvo más extendida.

Es sabido que, independientemente de las recíprocas influencias que en los textos históricos puedan observarse, como resultado de la vieja base consuetudinaria, que precede en general a las redacciones definitivas, está unánimemente reconocido que nuestro «Consulado del mar» fué, como dice CASAREGIS—en texto que muy frecuentemente se recoge en libros actuales—: «Universalis consuetudo communiter apud omnes provincias et nationes recepta.» Con este texto y las Ordenanzas francesas se pueden fundar generalizaciones suficientemente basadas. También—y a manera de ampliación—se pueden buscar otros complementos en otros textos legales de nuestro país (procedentes de los Consulados más importantes: Burgos, Bilbao, Sevilla) que describan la línea de nuestro Derecho marítimo en lugares distintos de Barcelona.

2. En la *Literatura jurídica*, el Derecho marítimo comienza a tener una serie de cultivadores que publican los libros que pudiéramos llamar clásicos en esta rama.

Inmediatamente y sin entrar en el contenido de los mismos se puede observar que los autores de Derecho marítimo, frecuentemente, son los autores de Derecho mercantil terrestre; se da el mismo hecho que en la actualidad permanece: los mercantilistas asumen la elaboración científica del Derecho marítimo unas veces como parte del Derecho mercantil general, y otras en libros distintos.

3. *El problema de la independencia del Derecho marítimo* respecto del mercantil terrestre y en general como rama jurídica en la época estudiada, tiene que abordarse cuidando de separar la aplicación de un criterio retrospectivo que lleve al análisis los puntos de vista actuales, pero será imprescindible anotar que ya entonces puede ser percibida la línea que lleva al planteamiento que se formula en nuestros días.

En realidad—conviene advertir—, los elementos de juicio de carácter extra-jurídico o jurídico generales no necesitan de ampliación respecto del cuadro recogido como fondo para el tema general del Derecho mercantil: las adiciones no son de monta tal como para exigir un epígrafe aparte.

a) Si hubiera de atenderse a *notas externas* serían válidas para esta época las notas que hoy se indican de tradicionalismo y uniformidad o tendencia a la unificación. Igualmente, en los cuerpos que recogen el Derecho marítimo de esta época, puede observarse una falta de atención a escindir Derecho público y Derecho privado, de tal manera que tal cosa refleja la existencia de criterios

que deliberadamente se propongan utilizar tal criterio de sistema. Asimismo, externamente—y como antes se ha indicado—, tanto en el orden legislativo como en el científico es evidente que el Derecho marítimo viene recogido en cuerpos y libros que a él sólo se dedican. Y, sin embargo, de entonces también procede la idea de que el Derecho de la navegación es Derecho del comercio marítimo; veamos cómo puede explicarse esta idea cuyo predominio en la doctrina y en los textos es evidente. De antemano conviene también hacer notar que las notas anteriores no se utilizan—y por tanto no se detallan—porque al principio de este trabajo se trató de demostrar que no constituyen fundamento suficiente para justificar la existencia de una rama jurídica.

b) El Derecho marítimo se presenta a los autores en la época que consideramos como una parte del Derecho mercantil por la falta de especialización de las actividades económicas, que da lugar a que no se haga aparente aún la existencia de un sector de relaciones extrajurídicas, que explique como constante el contenido de normas del Derecho marítimo, independientes del Derecho del Comercio.

Las corrientes de la especialización que más tarde servirán para que pueda justificarse el que el Derecho mercantil y el marítimo se disgreguen como ramas distintas, creo que pueden ser descritas en síntesis así: las actividades de armamento y de navegación tienden a separarse y a presentarse como autónomas y a hacerse independientes de su empleo para fines comerciales o para otros de otra naturaleza por personas distintas de las que ejercen aquellas actividades; de donde se sigue que la inmixción en aquéllas de los comerciantes interesados en los resultados del tráfico especulativo con las mercancías que se embarcan tiende a desaparecer, para acortarse con independencia dentro de estos fines de la actividad terrestre. Este resultado habrá que esperar aún a que se haga patente, aunque la tendencia en la época que consideramos está clara en tal sentido (cosa por otra parte nada extraña, pues es coincidente con la general de diversificación de actividades que caracteriza el proceso hacia el complejo de relaciones económicas contemporáneas).

Para refrendar el punto de vista que, en síntesis, acaba de formularse basta observar una serie de datos históricos que lo confirman, porque, en definitiva, sirven de base a la generalización que se ha formulado:

*) Las fuentes históricas donde el Derecho marítimo se va formando, aunque se sometan hoy a estudio, de acuerdo con las escisiones sistemáticas de la actualidad, se nos presentan históricamente motivadas por el comercio de las grandes ciudades marítimas. Podrá discutirse el grado de relación o de primacía en las instituciones, pero es evidente la comunicación (33). Este origen del Derecho marítimo en el comercio marítimo permanecerá incluso después de la Ordenanza francesa. En su introducción se dice: «Como no es menos necesario el establecer el comercio por medio de buenas leyes, que el ponerlo libre y cómodo con la bondad de los puertos y la fuerza de las armadas; y como nuestras Ordenanzas, las de nuestros predecesores y las leyes romanas contienen muy pocas disposiciones para la decisión de las diferencias que se suscitan entre los comerciantes y la gente de mar; hemos juzgado para no dexar cosa alguna que desear en beneficio de la nación y del comercio como objeto importante de fixar la jurisprudencia de los contratos marítimos, hasta hoy incierta.» En definitiva, la vigencia de esta idea será el motivo de

(33) Vid. recogidas las posturas sobre la estimación de GOLDSCHMIDT del paso de instituciones de Derecho mercantil marítimo al terrestre en ZENO, obra cit., págs. 92 y ss

que, aunque privatizando su contenido, los Códigos de comercio recojan el Derecho marítimo, y la literatura mercantilista que sigue a aquéllos, asuma la elaboración de esta disciplina siguiendo la fundamental subsistencia de la vieja idea, según la cual el tráfico marítimo venía a ser la encarnación por antonomasia del comercio interlocal e internacional.

”) *Los Consulados* en nuestro país expresan la relación entre tráfico terrestre y marítimo por la misma razón, y, por tanto, la *jurisdicción* y la *competencia* reflejarán este estado de cosas. En el «Consulado del Mar» se dice: «Estos son los buenos establecimientos y las buenas costumbres concernientes a hechos de mar, que los hombres expertos que navegan el mundo empezaron a dar a nuestros antecesores; las cuales hicieron por los libros de la ciencia de las buenas costumbres. En ellas de aquí adelante se podrá hallar: qué debe un patrón practicar con los mercaderes, marineros, pasajeros u otras personas *que vayan embarcadas*; y, asimismo, qué deben el mercader, el marinero y también el pasajero practicar con el patrón» (34).

Los Cónsules deciden todas las «cuestiones que proceden de fletes, de daños de géneros cargados en naves, de soldadas de marineros, de las acciones que se toman en un buque, de su venta, del caso de echazón, de encomiendas hechas a patrón o marinero, de cantidades debidas por patrón, que las haya tomado por urgencia o necesidad de su embarcación, de promesa hecha por patrón a mercader o por éste a patrón, de géneros encontrados en mar libre, o en playa, de armamentos de naves, galeras o leños, y, generalmente, de todos los demás contratos que se declaran en las costumbres del mar» (capítulo 22) (35). «Los Cónsules, por cédula del señor Rey, tienen autoridad de oír los pleytos y cuestiones que ante ellos se introducen y decidirlos definitivamente, breve, sumaria y llanamente, sin estrépito y figura de juicio: «sola facti veritate attenta», es decir, atendida la sola verdad del hecho, según se ha acostumbrado hacer a uso y estilo de mar» (capítulo 36). Aparte de las referencias al interés de los mercaderes en las expediciones marítimas que se refleja en distintos incisos de los textos recogidos, y sobre lo que se volverá después, podría parecer que estábamos en presencia de una jurisdicción exclusivamente marítima; sin embargo, en la época la idea que se tiene es la de conexión de tráfico marítimo y terrestre; esos textos se han situado en primer lugar para poner de manifiesto que cuando se imita el conjunto del régimen catalán, la unión de tráficos es la relevante. Por ello, en la concesión de la jurisdicción al Consulado de Burgos, al procederse por imitación de Valencia y Barcelona, como dice el largo preámbulo de la Real Cédula que lo concede, aparecen las palabras que reflejan la conexión que se viene repitiendo: «e por la presente damos licencia, poder e facultad y jurisdicción a los dichos Prior y Cónsules de los mercaderes de la dicha ciudad de Burgos, que agora son y serán de aquí adelante, para que tengan jurisdicción de poder conocer y conozcan de las diferencias y debates que oviere entre mercader e mercader y sus compañeros y factores, y sobre el traer de las mercaderías, así sobre compras y ventas e cambios, y seguros, en cuentas, e compras que hayan tenido e tengan sobre afletamientos y naos...» La misma línea va siguiéndose luego para los Consulados de Bilbao y Sevilla (36).

”) La *configuración de las instituciones* es la que más precisamente refleja el curso evolutivo de la diferenciación de empresas que antes se mencionó: la navegación, sin más, lleva implícitas una serie de necesidades técnicas y de superación de riesgos, que explican un conjunto de instituciones o de normas dentro de las instituciones (el buque, la progresiva diferenciación de la figura del capitán y del contenido de su mando, etc.). Pero la empresa marítima es el viaje que constituye una aventura cuyo éxito se da si se su-

(34) Ed. de CAPMANY, en *Código de las costumbres marítimas de Barcelona, hasta aquí vulgarmente llamado Libro del Consulado*, Madrid, 1791, I. págs. 1 y 2 (son las palabras con que comienza a manera de introducción).

(35) Ed. CAPMANY, cit., pág. 322, t. I.

(36) Vid. en CAPMANY, obra cit., t. II, y véase también GUIARD, *Historia del Consulado de Bilbao*, 1913.

peran los riesgos extraordinarios de la navegación (dificultades derivadas de la situación en materia de conocimientos náuticos y de técnica constructora de naves, riesgos de ataques de todo género, etc.) y se obtienen los beneficios esperados de las mercancías transportadas. Uno y otro aspecto del viaje marítimo no llegan a diferenciarse, y la manifestación más clara de ello es que en el centro del Derecho marítimo están las formas asociadas de explotación del tráfico («societas», «colonna», «commenda») que—cualesquiera que sean sus diferencias y formas de concertarse según los usos locales—indican la comunidad de intereses y riesgos náuticos y comerciales. Ciertamente, la tendencia hacia la especificación está marcada, pero ni las circunstancias extrajurídicas cambian fundamentalmente (a pesar de la utilización de brújula, cartas y catalejos), porque permanecen el pequeño porte de los buques de madera, peligros de navegación, etc. (37), ni las leyes se anticipan a las transformaciones de los nuevos tiempos (38).

§ 4

EL CODIGO DE NAPOLEON Y SUS CONSECUENCIAS

Como observación genérica, me parece de interés la siguiente: de ordinario, a partir del Código de Napoleón se tratan las cuestiones jurídico-mercantiles—y, por tanto, el problema del concepto—como actuales; cierto que hay mucho Derecho mercantil napoleónico en la actualidad, pero no lo es menos que una buena parte o es Historia, o es reminiscencia histórica, o debe ser examinado, aunque permanezca, a la luz de las circunstancias motivadoras de la época.

1. Para el fondo de HISTORIA GENERAL Y DE HISTORIA DEL DERECHO (1) es de importancia la línea de transición del «ancien régime» al nuevo; la causa es obvia y se ha repetido muchas veces: las leyes, de hecho, son más retrospectivas que previsoras. Por otra parte, aunque Francia encarne el impulso de las transformaciones históricas de esta época, hay que observar que nos importa el cuadro histórico en lo que tiene de general y no en las peculiaridades francesas: interesan las notas genéricas con generalidad mundial. De ellas, las que enmarcan la evolución del Derecho mercantil y su concepto.

A) Como ya se ha hecho notar, los cambios históricos se producen a tra-

(37) Vid. KULISCHER. ob. cit., II, págs. 387 y ss.

(38) Estas ideas en tensión—tendencia a diversificarse y comunidad de riesgos comerciales y náuticos—están expresadas poniendo el acento en una u otra faceta, en síntesis, cuyo contraste da una buena visión del núcleo del problema del concepto del Derecho marítimo, en ZENO. cit., págs. 65 y ss., y DOMINICO. *Introduzione*, págs. 118 y ss. y 130 y ss.

(1) Sobre bibliografía, véase la nota en que se comienza el § del período histórico anterior. Una advertencia conviene hacer: como se indicó para el período precedente, nos interesan, en el grado de generalidad en que hay que situar el marco de nuestro tema, los trazos tipificados de los procesos históricos. De ellos se pasa a las particularidades relevantes de nuestro tema. Este recuerdo es importante, porque se notará que no intentamos en aquel plano genérico hacer historia particular de nuestro país, porque en dicho plano, antes o después, se muestra el proceso general. Este asidero es importante porque carecemos de una historia económica y social completa y rigurosa y no se puede sustituir a los especialistas. Valerse de los elementos bibliográficos antiguos y extraños (COLMEIRO, DOC, CANGA ARGTELLES, DESDEVISES DU DESERT) o tratar de recomponer el conjunto con los materiales puramente bibliográficos-monográficos no es posible.

ves de procesos, en cuyo devenir se presentan mezclados los complejos históricos reminiscentes y la marcha ascendente de la pujanza de los transformadores; por tanto, sería arbitrario dar años, aunque el triunfo de los segundos se marque por algún acontecimiento que simbolice la mutación. En nuestro tema esa función se cumple por el Código de Napoleón de 1807.

La transición está representada por el siglo XVIII. En él coexisten, de un lado el Antiguo régimen—monarquía absoluta, organización social estamental, mercantilismo económico—y de otro lado, los presupuestos históricos de su transformación, todos ellos engarzados a la confianza en la Razón, que origina una corriente transformadora que comienza sometiendo a revisión el gobierno, la Ciencia, la Religión, la Economía, la estructura social, para llegar en definitiva en el siglo XIX al Liberalismo en el seno del Estado Nacional que sustituye al Estado monárquico, que desea una sociedad individualista e igualitaria, una economía que funcione por sí misma, una Ciencia secularizada totalmente. Las dos fuerzas en tensión conviven bajo la fórmula llamada del «Despotismo ilustrado», que sintetiza el sentido histórico del siglo XVIII. Mas no se trata de pararse en él, sino de explicar el curso de los hechos en el que el Código de Napoleón se inserta, y así poder examinar el fondo del que nace, distinto, en parte, del en que habrá de regir, aunque éste no sea sino el desarrollo de aquél.

B) El mismo compromiso entre viejo y nuevo sistema es el punto de partida de la evolución histórica en materia de *Economía y Sociedad*.

El conjunto del proceso histórico en materia económica puede explicarse partiendo—como en el periodo anterior—del mercado en sentido económico genérico lo que, por otra parte, se justifica ahora doblemente ya que no solo se trata de un hecho económico, sino que, teóricamente, al comenzarse la fundación de la Ciencia de la economía en un plazo teórico, se empieza también a colocar a aquél en el centro del sistema de la organización económica.

1. La nota más importante está dada por el *curso de la evolución hacia un mercado mundial*. El complejo de causas retardatarias (insuficiencias de vías de comunicación y de medios de transportes, imperfecciones del sistema monetario, pervivencia de economía local, organización crediticia inadecuada, etcétera.) e impulsoras (corrientes filosóficas e impulso joven de la burguesía, nuevos gustos, acrecentamiento de la demanda principalmente de productos fabricados en mercados lejanos—fundamentalmente, por su importancia cuantitativa, los coloniales que se enfrentan con la insuficiencia de la organización productora del sistema artesano, etc.), se valora en distinta forma en sus detalles; basta la indicación de su existencia a los efectos de explicar el paso de un periodo a otro.

La evolución culmina en el *sistema capitalista* que se generaliza en Europa con diferencias de intensidad y de prioridad según los países, de la misma manera que ocurre hoy aun en amplias áreas geográficas mundiales. Conviene encabezar la exposición con las notas conceptuales esquemáticas, con las que la doctrina distingue este sistema, independientemente de la mayor o menor aproximación con que, respecto a él, se encuentre la economía de un país o de una determinada zona, para marcar la meta que da orientación a las transformaciones económicas que tienen que ser descritas. No es fácil conseguir el asentimiento general para la delimitación de que sea el capitalismo, pero a nuestros efectos, basta con obtener una aproximación suficiente:

se trata de una economía del mercado; éste domina toda la vida económica: cantidades y calidades de productos vienen producidas en razón de la demanda de aquél;

en el otro extremo de la línea esquemática se sitúa la empresa. Su peculiaridad y originalidad histórica está en su «óptica especial» (2), mira a la producción en términos de precios: combina los factores productivos medidos por

(2) Como dice felizmente MAILLET, ob. cit., pág. 252.

sus precios, y relacionando éstos con el del mercado del producto que se ha de situar en él, para obtener la diferencia que representara su beneficio, los bienes económicos no interesan «in natura»;

la conexión de empresas y mercado se asegura por el mecanismo de los precios que se forman en los distintos mercados (de productos y de factores de la producción);

el juego del sistema exige una fluidez de corrientes que permita la conducción de los bienes y servicios, según el llamamiento de los precios hacia empresas y mercados. que inclina hacia una serie de exigencias que se han llamado presupuestos del capitalismo; he aquí los que formula WEBER (3): propiedad libre y absoluta sobre los medios materiales, que permita la libre apropiación al servicio de las empresas; mercado libre; técnica racionalizada; derecho racionalizado, es decir, que pueda ser sometido a cálculo en su contenido; trabajo libre; comercialización de la economía, es decir, todos en todo, lo que se asegura mediante los títulos valores representativos de créditos o bienes, los cuales permiten el máximo de flexibilidad para interesar a la masa en la vida económica en función de las oportunidades del mercado y de la rentabilidad de las empresas. No es posible dar—ni en síntesis—los trazos históricos de la evolución agrupados en la forma que sugieren esos presupuestos; hay que hacer gracia de ello para referirnos a la industria y al comercio, ya que se precisa ligar con la evolución que hasta aquí se ha venido dando y, al mismo tiempo, asegurar la relación con el problema del concepto del Derecho Mercantil, que, en definitiva, constituye el objetivo de este trabajo.

2. *La industria* ha de situarse en lugar preferente en la exposición, porque, si en los periodos anteriores la grandeza económica está en el comercio, es este periodo, es la industria la que irrumpe en la vida económica, superado el estadio del artesanado y toma posesión de la preeminencia. Puede prescindirse a nuestro fin del detalle de la evolución de los adelantos técnicos—que, en definitiva, conduce a lo que se llama el maquinismo—para parar la atención en lo referente a la organización que es materia más relevante para nuestro fin; ya se dejó constancia más atrás de la aparición del «Verlagsystem», que se da como manifestación industrial capitalista. El segundo tipo de organización, que se da fundamentalmente en el siglo XVIII y se fomenta por el Estado, es la «manufactura»; la unidad característica del capitalismo es la fábrica o «maquino-factura»: a la organización por el empresario se añade la puesta a disposición de los trabajadores de un equipo-capital que pone también aquél. Las posibilidades de organización racionalizada (tiempo, especialización, unidades de productos, etc., etc.) se multiplican.

3. *El comercio* sufrirá modificaciones fundamentales; al final del proceso hacia el capitalismo, presentará un cuadro en el cual se habrá consumado el carácter mundial del mercado, permitiendo la especialización de regiones productoras en función de su situación geográfica, recursos, condiciones climatológicas, etc. Para llegar a ello hubo de recorrerse, si bien rápidamente, un largo camino de transición; en el siglo XVIII y en la primera mitad de XIX y —con mayor o menor amplitud según los países—aún se presentan las dificultades de transportes (escaso número de vías y carácter rudimentario de los medios), la escasez de la producción industrial (aún no se han producido los grandes desenvolvimientos maquinistas y fabriles), el carácter local más o menos acusado de los mercados de hecho posibles, tráfico ocasional y ambulatorio, indiferenciación de actividades especializadas en el comerciante, etc.

La transformación se presenta en forma de fijeza de la actividad comercial (se generaliza que el comerciante no se desplace) y de especialización de sus actividades. Primeramente las funciones industriales (que, en su manifestación capitalista inicial, ponía en manos de los comerciantes el control de los productos que luego trasladaría) y las crediticias se separan; luego en la actividad propiamente comercial se produce una progresiva especialización (por el volu-

(3) WEBER, ob. cit., págs. 239 y ss.

men que da lugar a distintas gradaciones de intermediarios; por el objeto del tráfico, etc., etc.).

Las funciones crediticias y financieras llegan a cobrar, una vez separadas, una entidad fundamental en el sistema capitalista; en definitiva, la movi- zación de recursos—que es la pieza de adaptación de la producción a las necesi- dades—se convierte en fundamental en el mecanismo capitalista; la Banca, con sus formas especializadas (según el término en la concesión de crédito y la finalidad de atender a necesidades monetarias o financieras e impulsoras de negocios); las Sociedades Anónimas (que permiten salir del marco de la participación comanditaria personal para democratizar y generalizar la parti- cipación en el juego del capitalismo); las Bolsas, son las manifestaciones ini- ciales que, al generalizarse, reflejan su razón de ser en el conjunto de la es- tructura económica.

4. Por encima de estas divisiones lo que importa fundamentalmente para nuestro fin es la *universalización de la empresa*, que sustituye a la tipología de épocas anteriores; en el conjunto de la vida económica deja de estar ya el comerciante, como en una posición especial. Las demás ramas que con mirada retrospectiva se van viendo en la evolución histórica han elevado su rango; en el centro de la vida se sitúa la empresa como unidad productora de bienes o servicios, en cuanto organización basada en una óptica especial—la de los precios—se presenta como superadora de la distinción entre industria (que ha superado su estadio artesano) y comercio y, desde luego, también se super pone sobre la separación de funciones especializadas (principalmente las credi- ticias), que se desgajan del viejo tronco unitario del comerciante. A todas estas actividades es común el instrumento de organización que es la empresa. Conviene por último ya aquí llamar la atención sobre el hecho de que esta medida de su función en el sistema en términos de precios que hace la empresa perma- nace, incluso cuando se la desposea del motor del ánimo de ganancias; este impulso del capitalismo con el que se suele identificar la estructura, con- fundiendo si se quiere su alma con su mecanismo, podrá desaparecer por mul- titud de razones (espíritu cristiano del empresario, limitaciones de interés pú- blico bajo investiduras jurídicas muy distintas...) y permanecerá la empresa como aporte del capitalismo, aunque sin la subsistencia del espíritu de aquél.

Las características de la empresa—organización en términos de precios— se hace independiente del género de actividad a que se dedique: el comerciante examinará gastos de transportes, gastos generales, precios de adquisición y de venta, recargos por concesión de créditos a los adquirentes, etc.; el industrial centrará su atención en los costes del proceso transformador; el financiero o la Banca en los precios en el mercado del dinero. Pero todas las actividades económicas aparecen sometidas al mismo mecanismo funcional del sistema ca- pitalista.

5. Independientemente de la existencia de áreas geográficas en que no se ha alcanzado el estudio evolutivo del capitalismo, existen, en el seno mismo de las comunidades de organización predominantemente capitalista, sectores que se han resistido a la penetración del sistema. En este caso se encuentran:

el *artesano* que, aun libre de lazos gremiales, ha encontrado sectores donde ejercitarse con ventaja sobre la empresa capitalista; generalmente así ocurre en todos los casos en que la personalidad del trabajador en su especialidad se comunica al producto; por otra parte, aún subsisten trabajos artesanos por encargo de empresas que luego ensamblan los resultados de ese trabajo dis- persos;

la *pequeña empresa comercial* también ha encontrado sectores de aparición en los cuales puede presentarse ante la gran empresa como aliada necesaria más que como presa. Así en los casos de productos que el cliente desea exa- minar por sí mismo, bienes de muy amplio mercado que requieren ser situados cerca de la clientela y, en definitiva, como estadio preciso para que lleguen a los extremos la producción muy centralizada.

Por otra parte, frente al sistema capitalista por partir de principios opues-

tos, se contraponen las distintas formas de organización de estructura *cooperativa*.

Por último, una posición especial presenta la *Agricultura* en el seno del capitalismo. Ciertamente los progresos en materia agrícola y ganadera han sido extraordinarios y se ha hecho desaparecer los restos de la estructura jurídica remanescente del Antiguo Régimen para extender igualmente a este sector la propiedad absoluta y libre propia del capitalismo; pero, con todo, la materia misma sobre la que incide presenta resistencias intrínsecas, que dan lugar a que la penetración del capitalismo se haga imposible. En primer lugar las posibilidades de obtener superrentas (en condiciones normales) son más reducidas que en cualquier otro tipo de actividad; de otra parte, el mercado no puede provocar una movilización y adaptación a sus exigencias del sector agrícola, porque en éste los elementos naturales se dan con mayor fijeza, la dependencia de hechos incontrolables es fundamental, las posibilidades de especialización en la mano de obra son muy reducidas, igualmente la intensificación de rendimiento tiene límites estrechos, la pequeña explotación presenta notables ventajas en determinadas circunstancias de lugar, tierras o cultivos, etc., etc.

C) En la *Historia General del Derecho*, la línea histórica se corresponde con la que sigue, en general, la Cultura. Se ha explicado el cuadro que se conforma con las Codificaciones como el resultado de la combinación de los siguientes elementos: últimos resultados de la recepción del Derecho romano, extensión del Derecho natural racionalista y constitucionalismo inglés; el Derecho romano ofrecería una base para la unidad política bajo la soberanía monárquica y el cuadro de un conjunto de conceptos que permitiría la construcción sistemática básica de la Ciencia jurídica moderna, montada sobre una estructura lógica; el racionalismo iusnaturalista daría contenido nuevo a las formas romanistas; el régimen constitucional suministraría la serenidad y estabilidad derivadas del aislamiento del Derecho del juego del poder, mediante el equilibrio de la división de poderes en la organización del Estado (4).

Para nuestro fin importa—cualquiera que fuese la explicación histórica de los hechos—la línea que estos siguen. En tal sentido interesan:

la unificación del ordenamiento jurídico como aspiración doctrinal y como hecho legislativo, que, en definitiva, se presenta como un instrumento de la «unidad» nacional. El siguiente texto de THALLER, es expresivo de esta idea: «Un Código civil es una preciosa conquista para un Estado que no lo tenía. Es un gran instrumento de la unidad nacional. El Código civil no ha sido comprendido de otra manera en 1804. Por ello fué saludado como el final del gran movimiento que desde 1789 empujaba a todas las provincias de Francia a consumir su vinculación y en cada provincia a los individuos de todas clases a fundirse en una sola nación. El Código civil se convierte en un agente de asimilación para las poblaciones que vivieron hasta entonces bajo costumbres diversas y a consecuencia de esa misma diversidad, no sentían circular relaciones de hermanos entre sus hombres. Esta expresión adquiere aún más fuerza, porque a la publicación del Código viene a unirse la desaparición de los privilegios derivados del nacimiento, de la profesión y de las categorías sociales de diversos órdenes... (5);

en segundo lugar, importa la «forma codificada» de manifestarse el Derecho. Un Código es algo nuevo en lo jurídico; «ese Derecho no nace de la vida... sino de la norma que imprime cuño a la materia... Este estilo se caracterizará primero, por tener su centro en el precepto como enlace de supuesto y consecuencia...; segundo, porque los preceptos se enlazan en órdenes rígidos y dialécticos: tercero, porque el conjunto es una totalidad: obra concluida de la razón. Ninguna Novela de Justiniano, ni el Código de su Codificación, ni un Fuero de la Edad Media, ni la Ley de Partidas, ni las recopilaciones se pa-

(4) Así, en trabajos citos. de E. G. ARMOLEYA. *Rev. Ests. Polts*, núms. 54, 57, 60, que, por ser asequibles, no se utilizan más ampliamente.

(5) Tomado de ARMOLEYA, en núm. 60, págs. 51 y 52.

recen en nada a esto que ahora va a surgir. Un Código moderno tiene mucha más semejanza con algo diferente; con un tratado de geometría, por ejemplo» (6);

por último, el individualismo como ideología inspiradora del Derecho despolitiza al Derecho privado, y, en el orden cuantitativo, al reunirse al constitucionalismo con su división de poderes, y al liberalismo político, con su poda de fines del Estado, minimiza la cantidad de Derecho público.

En materia de *clases sociales* no es preciso hacer ninguna indicación acerca del significado de la idea de igualdad, que, unida al individualismo, conduce a la destrucción de la sociedad estamental, para dejar el campo al triunfo del tercer estado, y, en consecuencia, a la medida de los hombres, en términos burgueses, en función de su posición económica clasista. Lo único que sí merece cierta atención es la rapidez y los condicionamientos de este proceso, según los países. Para el nuestro es evidente que, aunque el Despotismo Ilustrado de nuestro país preparó las bases mediante su animadversión a gremios y privilegios nobiliarios, hasta el siglo XIX—con los altibajos de períodos revolucionarios y realistas—no se consumó la evolución (7).

11. La enorme trascendencia que en la Historia contemporánea del Derecho Mercantil tiene la aportación francesa desde las Ordenanzas y, particularmente, a partir del Código de Napoleón, aconseja pararnos en el examen de éste y de la doctrina que en él se inspira; es decir, ha de examinarse EL DERECHO MERCANTIL EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN Y EN LA DOCTRINA FRANCESA, con carácter previo al que ha de hacerse de los ordenamientos que le siguieron.

A) *El carácter histórico-jurídico general* del Código de comercio francés pasa desapercibido frecuentemente y se le contempla desde la doctrina que le siguió. En realidad, este Código fué, sin embargo, un producto de su tiempo: marcó la transición con fórmulas transaccionales y eclécticas y pecó de falta de previsión respecto de las transformaciones económico-sociales que se estaban produciendo a su alrededor.

El defecto más grave del Código es reproducir—casi servilmente—el Derecho del pasado, aunque ya en 1807 se podía prever la verdadera revolución que se iba a producir en la industria y el comercio... El Código de comercio no es comparable al Código civil, es una obra de valor mediocre... Los redactores del Código tenían a su disposición la Ordenanza de 1673 y el proyecto de revisión de Miromesnil, pero les faltaba la notable doctrina que ha suministrado al Código civil tantas fórmulas dichosas» (RIPERT) (8).

B) *Las consecuencias más importantes en las ideas relacionadas con el problema del concepto del Derecho mercantil*, son las siguientes:

1. *La investidura de Código* que se da al Derecho mercantil originará desde entonces la idea de que la especialidad de la rama jurídica se ligue mentalmente a la unidad racionalista y cerrada que los Códigos representan. Y, sin embargo, en aquella época, estando demasiado próximas las Ordenanzas y en general el sistema anterior, no se recibe aún dicha preocupación, ni el Código

(6) ARBOLITA, cit., núm. 57, págs. 21 y 22.

(7) Para síntesis, puede verse PALACIO AYARD, conf. cit.

(8) *Traité élémentaire*, ed. 1948, págs. 14 y 15. Nótese que en el autor citado ya se tienen en cuenta los estudios de LEVY-BRUHL sobre la Ordenanza y el Proyecto Miromesnil (publicados en *Annales de D. Comm.*, 1931 y 1933).

mismo pudo prescindir—por inspirarse en el Derecho precedente—de las características técnicas del sistema en vigor inmediatamente antes de redactarse. Así se verá en los apartados que siguen:

2. La *delimitación de la materia mercantil* presenta la misma impronta transaccional genérica de que se ha hablado.

a) *En los legisladores la cuestión fué propuesta predominantemente como materia técnica*, que, a pesar de la forma nueva—Código—, siguió inspirándose en la propia de las Ordenanzas precedentes que se tenían a la vista. La doctrina francesa actual pone de manifiesto la exageración en que se ha incurrido al tratar de ver en el Código francés un salto al llamado sistema objetivo: en realidad, hubo un defectuoso acoplamiento de las Ordenanzas a los hechos inmediatos originados por la Revolución.

«No se puede apelar últimamente al pensamiento de los redactores del Código para pretender que quisieron, después de la supresión de las Corporaciones, destruir todo derecho profesional... En realidad, los autores del Código de comercio no se preocuparon de hacer una obra que enmarcara en la lógica del Derecho nuevo. El Derecho mercantil estaba codificado después del siglo XVII; había sido mantenido durante la revolución. En 1807 se reprodujeron las disposiciones de las dos Ordenanzas de Luis XIV, sin determinar netamente el dominio de aplicación del Derecho mercantil» (9).

) La técnica de delimitación mediante la competencia de los jueces mercantiles es historia que pasa a ser defecto técnico. Reproduce en este punto el Código francés lo que ya estaba bajo el régimen jurídico precedente: delimitar la esfera de competencia de los Tribunales mercantiles «rationae mercaturae», como constantemente se ha venido diciendo con anterioridad. Pero ahora existe un dato nuevo: la Revolución ha roto ya con el régimen corporativo y la aversión a las jurisdicciones privilegiadas ha motivado la supresión de los Tribunales del Almirantazgo; mas ni ha reformado el resto de la legislación mercantil, ni ha suprimido la jurisdicción consular. La postura—del momento histórico circunstancial—que se adopta es la que con él se corresponde: no se tiene en cuenta, para determinar la competencia, el previo dato corporativo, ni siquiera presumiendo la calidad de comerciante como en periodos anteriores—todas las clases pueden ejercer el comercio—, y la competencia se determina por los actos mismos. Pero como no se prejuzga aún con ideas políticas radicales, quedan los actos presuntivos de comerciantes de acuerdo con la tradición (arts. 631, 632 y 638). En definitiva, se prolonga la «rationae mercaturae» histórica.

El momento del tránsito está aclarado en la bibliografía de la época y se ha hecho notar en la actualidad; así, Rocco, valiéndose de LOCRÉ, dice: «Propuso la Comisión redactora del primer proyecto que se sometiese a la jurisdicción de los Tribunales de Comercio toda contienda que tuviera por objeto actos de comercio, y, por tanto, proponía: «la competencia de los Tribunales de comercio se fija por el hecho que motiva la contienda»; proposición aprobada por algunas Audiencias y Tribunales y combatida por otros que encontraron muy grave la novedad que trastornaba el sistema de la Ordenanza de 1673. Más, en definitiva, prevaleció un sistema que se calificó de intermedio

(9) RIPERT, ob. cit., pág. 53. Vid., además, ESCARRA, Manuel, ed. 1948, pág. 53, t. I.

entre competencia *real*, propuesta por la Comisión, y la personal, patrocinada por la Ordenanza de 1673...» (10). Es, por demás, interesante dar algunos textos de oradores intervinientes en la discusión y que se contienen en una traducción española del Código (11). «La organización adoptada para los Tribunales de Comercio se diferencia muy poco de la que existe ya hace muchos años... el título II, que trata de la jurisdicción, ha presentado cuestiones más importantes desde la publicación de la Ordenanza de 1673, y, sobre todo, desde el año 1789, en que se han dedicado al comercio mayor número de franceses; el querer sólo da derecho a ejercer el comercio; éste se dedica a él habitualmente; aquél no hace sino accidentalmente operaciones, que por cierto respeto son verdaderamente mercantiles. De aquí se había inferido que la competencia debía determinarla el hecho que daba lugar a la contestación (*sic*); que si éste era un acto mercantil, el que había tenido parte en él, cualquiera que fuese su calidad había de estar sujeto a la jurisdicción del Tribunal de comercio; que, definiendo los actos mercantiles, se arreglaría invariablemente la jurisdicción de los Tribunales de comercio; ... Mas ha parecido que de la adopción rigurosa de este principio resultaban graves inconvenientes, puesto que, haciendo todos los franceses, unos más y otros menos, algún acto mercantil, se seguiría que todos, por este hecho, estarían en sus negocios sujetos a los Tribunales de comercio... Siguese, pues, de estas consideraciones que la jurisdicción de los Tribunales de comercio ha debido determinarse, ya por la naturaleza del negocio sobre que es la contestación, ya por la cualidad de la persona...» (MARET) (12). Aunque la Ordenanza de 1673 arregló completamente entre nosotros la jurisdicción comercial, sin embargo, se percibe fácilmente que tuvo que ceder a las costumbres y opiniones nacionales. El sistema de los gremios y de los privilegios se extendía entonces a todos los estados, a todas las profesiones, a todas las artes y era el móvil principal de la Monarquía. Los dos primeros órdenes despreciaban el comercio y abandonaban con desdén al tercero una fuente de riquezas... En tal estado de cosas y en semejante disposición de los espíritus, debió limitarse la autoridad de las leyes mercantiles a los gremios de comerciantes, fuera de los cuales estaba prohibido todo comercio. De esta limitación resultó la *jurisdicción personal*, que tiene por fundamento *los nombres y no las cosas*, las semejanzas en lugar de las realidades... La opinión orgullosa, que reputaba innoble el estado de comerciante, se ha extirpado de raíz en Francia, en una crisis semejante a la que hace dos siglos la aniquiló en Inglaterra... Se ha purificado el Código que va a gobernarnos de las reglas que podían recordar injustos y peligrosos menosprecios; y como que está fundado *en el interés general*, ya no se verán unas clases soberbias y otras humilladas...; no se preguntará a los particulares para indicarles el Tribunal que debe juzgarlos lo que son, sino lo que hacen... Es una máxima incontestable que el Comercio necesita para extenderse y prosperar, de una gran libertad de acción, y, sobre todo, de una completa seguridad. Un particular, pues, que por un movimiento espontáneo se introduce en el círculo de las negociaciones mercantiles, rompe su cadena sino (*sic*) se enlaza en ella, como uno de sus eslabones, por cuyo medio todas las combinaciones y todos los hechos se hallarán en una mutua dependencia, y en un estado permanente de acción y reacción. Cualquiera que sea la profesión que ejerza un particular y la clase a que pertenezca, se clasifica entre los comerciantes luego que compra o vende o especula como ellos... la primera providencia que debe tomarse para hacer concurrir a la extensión y engrandecimiento del comercio tantos

(10) Ob. cit., págs. 24 y 26.

(11) Manejo un ejemplar de la Biblioteca de SÁENZ DE ARDINO, con subrayados y anotaciones suyas, existente en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, al que aquél donó la suya.

(12) Consejero de Estado en *Código de comercio de Francia*, con los discursos de los oradores del Consejo de Estado y del Tribunalado, traducido al castellano con varias notas relativas a nuestra Legislación y usos mercantiles y un plan de una Escuela de Comercio. Madrid, 1806, pág. 182 y ss.

recursos y fuerzas es arreglar atinadamente la administración de justicia en sus causas. Las bases sobre que debe descansar, deben tomarse *de la naturaleza* misma de las cosas y constituir un poder, cuyo ejercicio regulado por los hechos precaverá las falsas aplicaciones y las excepciones mentirosas. Sin embargo, por darle todavía una organización más completa, y que produzca mayor confianza, fortifica el Tit. II del Libro 4.º la jurisdicción fundada en la naturaleza de los negocios, con la disposición de la Ordenanza que fundó en la calidad de las personas la autoridad de los Consulados, y establece un *sistema mixto*, en cuya virtud los negociantes y mercaderes y banqueros serán juzgados en todos tiempos por los Tribunales de comercio en virtud de sus obligaciones y negociaciones respectivas; al mismo tiempo que los demás ciudadanos no estarán sujetos a esta jurisdicción, sino en razón de operaciones o actos reputados comerciales en que hubiesen intervenido» (DELPierre) (13).

Es claro que el Código prolonga el problema de la delimitación de la materia mercantil; trata de puntualizar y resolver los problemas que se venían ya desde muy atrás suscitando en la doctrina y en las decisiones de los Tribunales alrededor de la «*rationae mercaturae*». En vez de presumir en los de otra «clase» que son comerciantes, se abre la oportunidad de serlo con independencia de la posición estamental o corporativa, huyendo de la ficción que aquel punto de vista implicaba, ya con toda evidencia, en la época y casando los textos con las doctrinas del tiempo sobre la igualdad. Pero no se pretende aún hacer el experimento de laboratorio de aislar, para su análisis, un acto de comercio; lo que ocurre es que la vieja «*negotiatio*»—que se corresponde aun en las circunstancias económicas con el comercio interlocal, de expediciones ocasionales y especulativas—está presente y puede determinar el conocimiento de los Tribunales sobre ellas (aunque más tarde el curso de la evolución cambie la trascendencia de ese tipo de organización de la estructura social dedicada al comercio, para situar en su centro a la empresa). Pero, en todo caso, lo que sigue importando—es el centro aún del Derecho mercantil—es el comerciante y que, frente a la situación anterior, pueda serlo cualquiera y calificado como tal con independencia de una posición estamental o corporativa. Esta es la verdadera mutación a la que en el momento histórico que se ha circunstanciado aspiran los redactores del Código de comercio.

Y constituyó un *defecto técnico* (14) porque lo que estaba bien con la Ordenanza no lo estaba con un Código: con aquella estaba vigente aún la idea de la personalidad del Derecho—el Derecho mercantil era el de los comerciantes—, y así se producía la atracción de las normas como instancia preliminar a la subsunción, según el concepto de la institución jurídica que se hubiese de poner en movimiento para aplicarse; ahora el Código se encuentra vacío de aquella instancia previa personal y ha de resolver la subsunción por los conceptos de las instituciones. Queda así planteado un problema que aún subsiste: desde el punto de vista jurisdiccional viene resuelto el problema, pero así se hace nacer otro, el de si, sólo a efectos de competencia, valen los actos de comercio, o si, por el contrario, se han de extender para resolver el problema de régimen y, por tanto, se han de situar en el centro del sistema jurídico-mercantil sustantivo que el Código representa. La doctrina, como habrá de verse, no dudó en hacer esa extensión.

(13) Orador del Tribunalado; en la obra anterior, págs. 199 y ss.

(14) Como ha indicado ESCARRA, *ibid.*, pág. 53.

Tema distinto es el de si la instancia preliminar, que siga, como en la época del Derecho personal, acotando el Derecho mercantil como un todo que da el Derecho de una clase, es imprescindible desaparecidas las clases. Y más aún, es enconstancial con un sistema subjetivo no estamental o con un sistema objetivo. Como habrá de verse, ni tal cosa es necesaria desde el punto de vista de la técnica legislativa, ni a los efectos de la especialidad jurídico-positiva y doctrinal de Derecho mercantil. Pero de todas maneras, es importante dejar constatado el vacío que llama la atención en un determinado sentido. Por otra parte, en esta época hay que considerar que los «actos de comercio», para fines de delimitación de competencia, vienen referidos a una esfera material extra-jurídica de actividad económica; al pasarse al Derecho sustantivo, habían de ser calificados en el sistema como «actos jurídicos» y, por tanto, los sectores de derecho de cosas y de personas no son cubiertas por la doctrina.

”) En otras facetas también revela el Código el momento de transición que representa. A través del texto de sus artículos 631 y ss. se puede percibir en el arcaísmo de la terminología y en las actividades recogidas como mercantiles. De entre toda la casuística—que no puede exponerse en detalle para no borrar las líneas generales del problema, que, para nuestro fin, son las que interesan—destaca la recepción como materia mercantil de la industria en esa forma arcaica correspondiente a la época: reventa de mercancías en la misma forma o transformadas, empresas de manufacturas (las manufacturas o fábricas que se habían comenzado a fomentar en el periodo del Despotismo Ilustrado). A la doctrina se dan así los presupuestos de la distinción entre el «comercio» en sentido económico—el comercio económico de antes de la «comercialización» de la vida económica unificada por mercados y empresas—y el «comercio» en sentido jurídico—la limitada generalización del Derecho—, que comprende a dos actividades materiales, industria y comercio y al resto de las ramas que los procesos de especialización e integración del capitalismo produce, juzgadas externamente y sin apercibirse de la nota estructural que da la nueva forma de organización de empresas.

b) En la *doctrina francesa* es donde está la base de la teoría de los actos de comercio. Mas conviene llamar la atención sobre el hecho de que esta doctrina inicialmente no abandonó la referencia a la vida económica del momento, ni prescindió del aspecto técnico que sacaban a la luz los actos de comercio. Pero, no obstante, ya entonces se sembraba simultáneamente la nota subversiva de reacción contra el «Ancien régime», mercantilmente clasicista, y dió a la doctrina de los actos de comercio en el curso de su elaboración un aspecto político-polémico que originaba su indiscutibilidad, a la manera que pudiera serlo un dogma de principios ideológicos. Y así se sostenía a pesar de todas las dificultades: éstas no llegan a motivar una revisión radical de la justificación misma de la doctrina—ésta se justifica por principio—, los defectos habrían de estar en los desarrollos (15).

(15) Puede verse, a manera de ejemplo, MOLINIER, *Traité de Droit commercial*, París, 1846, pág. 18; VINCENS, *Exposition raisonnée de la Legislation commerciale et exposition critique du Code de commerce*, París, 1854, t. I; DELVINCOURT, *Institutes de Droit commercial français*, París, 1854, pág. 511; PRADIER-FODDRE, *Precis de Droit commercial*, París, 1872, pág. 3; PARDIESUS, *Cours de Droit commercial*, 6.ª ed., 1856, pág. 3; LAURIN, *Droit commercial*, ed., pág. 4. Son interesantes las siguientes frases de VINCENS (ob. cit. página 121): «Es ya tiempo de abordar el examen espinoso de la competencia fundada sobre la materia comercial. Discutiendo la redacción del Código se ha puesto en cuestión si se precisaba que esta competencia fuese reglada sobre el estado de las personas perte-

3. La nota totalitaria de la investidura en forma de Código del Derecho mercantil, la tradición jurídica anterior y la política de reacción contra su carácter clasista precedente va a plantear en Francia, en una forma particular, el problema de las *relaciones entre Derecho mercantil y civil*. Se hará cuestión de la posibilidad de dar al Derecho mercantil como un todo una *independencia dogmática*: se sostiene la necesidad de asegurar la independencia de la evolución proponiéndose que se evite coartar la autónoma conformación de sus figuras y de sus normas por la «vis» atractiva de los conceptos civilistas; frente a este punto de vista se enfrenta el de *excepcionalidad y fragmentariedad* del Derecho mercantil; la excepcionalidad se propone, no ya en términos de privilegio, sino en forma de relación entre lo general y lo particular.

Pueden elegirse algunos textos interesantes que perfilen esta ideas. «Aunque al principio del siglo XIX ciertos mercantilistas reclaman una jurisprudencia de equidad..., los juristas modernos se esfuerzan en explicar las prácticas comerciales sometiéndolas a los principios generales de la legislación civil» (Ripert) (16). Y en efecto, estos otros dos textos confirman las ideas enunciadas: «El Derecho mercantil se compone en parte de reglas de Derecho común y en parte de reglas particulares. Se ha cuestionado si el Derecho mercantil era enteramente independiente del Derecho civil, de tal suerte que el Derecho civil no debiera ser aplicado, ni en el caso en que la legislación mercantil no se hubiera pronunciado y si el Derecho mercantil no debía completarse por los usos y, en defecto de usos, por las *sentencias que sugiere la buena fe*, que es el alma de los contratos mercantiles. Fremery es el primer jurisconsulto que ha propuesto esta cuestión pronunciándose contra el sistema de codificación, que según él detiene el progreso de la legislación... Sin embargo, el legislador no ha querido ciertamente, en lo que se refiere a los contratos mercantiles, abandonar su interpretación al arbitrio de los Tribunales consulares» (17): «El Código de comercio, al contrario, no siendo más que una ley de excepción destinada a regular los negocios de una especial naturaleza, no puede bastarse a sí mismo se injerta en el Derecho común, deja bajo el imperio de este derecho todo lo que no exceptúa, e incluso se refiere a él para lo que exceptúa. Es, pues, preciso para abarcar en su conjunto la legislación comercial, relacionarla con el Derecho común» (18).

Si bien se considera de nuevo, puede observarse aquí que se plantea el problema en los términos transicionales que caracterizan este período: la jurisdicción creadora de Derecho por decisiones de equidad, que habíamos visto en periodos precedentes, sigue reclamando la atención de los mercantilistas; es la prolongación de la «buena fe» de tanta tradición mercantil como

necientes a la profesión del comercio o sobre los actos de comercio por cualquiera que fueran ejecutados; se convino en seguir una y otra vía. Pero séame permitido decir que la redacción no fué hecha ni con bastante orden ni con bastante nitidez para que los principios admitidos surgieran de las disposiciones que se adoptaban. Se puede dudar de que los artículos del Código en esta parte estén mejor que los de la Ordenanza de 1673.» No me parece necesario para este punto tratar de ir clasificando a los autores franceses, haciendo una revisión total de las de esa época (BOUCHER, FREMERY, LOCRÉ y luego DIDARRIDE, ALAUZET, BESLAY...). Se trata de una estimación general, que es la que casa precisamente con el espíritu del momento histórico.

(16) Ob. cit., pág. 27.

(17) HOECHSTER-SACREQUÉDIN, *Manuel de D. Com. français et étranger*, 1.ª ed. 1865; 2.ª, 1874, págs. 8 y 9.

(18) LOCRÉ, ob. cit., pág. IV.

en su momento se vió. Pero esta manera de proponerse el tema se cambiará mas tarde por la doctrina insensiblemente.

C) En el campo del *Derecho marítimo* se producen con la codificación francesa unos hechos formales, tan justificados en su tiempo como perturbadores para el resto de la evolución. También aquí hay que dar a la historia lo que es suyo.

Conviene indicar, siquiera someramente, que en el campo del Derecho marítimo, al tiempo de publicarse el Código francés, no se han producido cambios fundamentales en los presupuestos económico-sociales. Hay que ampliar aquí las notas evolutivas dadas como introducción general y referentes a Economía y Sociedad. Las grandes transformaciones se harán patentes en la segunda mitad del siglo XIX al aplicarse a la construcción marítima el acero para los cascos, el vapor y la hélice a su propulsión sustituyendo a la vela, se comienza una verdadera revolución en la velocidad; y en el tonelaje y en la regularidad—con independencia de las condiciones atmosféricas—de los viajes; estas notas han de ser unidas con las condiciones de policía de seguridad, extensión de señales marítimas, etc.; por último, la estructura orgánica del capitalismo introduce el proceso de especialización: la empresa de navegación es de navegación exclusivamente, las instituciones jurídicas que reflejan la participación en los riesgos económico y marítimo que se daban en comixtión cuando la aventura del viaje ligaba a cargadores, tripulación y armadores, van diferenciándose en distintas posiciones, aunque conserven aún el peso de las normas tradicionales; junto al viaje de los «tramps» aparecerán las líneas regulares; los buques se especificarán en sus características técnicas en forma adecuada a su destino (fruteros, carboneros, petroleros, etc.). Esta revolución en las circunstancias motivará la producción de un Derecho marítimo por vías muy particulares: voluntaria—incluyendo en la documentación de los contratos cláusulas típicas que se elaboran por las empresas algunas veces, pero más frecuentemente por las Asociaciones profesionales de navieros o aseguradores y a través de leyes especiales, que o bien elaboran disposiciones nuevas para amplísimos sectores del Derecho marítimo, o reciben como Derecho interno las formuladas en el seno de Asociaciones internacionales expertas en materia jurídico-marítima. En definitiva donde los viejos Códigos subsisten la mayor parte del Derecho marítimo, está fuera de ellos. Nada de esto lo previó ni lo pudo prever el Código francés, que ofrece realmente una estampa retrospectiva de la navegación. Como tal, ha de examinarse a nuestro fin.

1. El Derecho marítimo se seguía entendiendo *Derecho mercantil*, de la misma manera que el tráfico marítimo era el representativo por antonomasia del comercio esporádico e interlocal de la época. Es lógico e históricamente irreprochable que se llevara al Código de comercio un libro «del comercio marítimo».

2. Pero el Código como cuerpo racional y completo ejerce aquí también su influencia:

1) Primeramente, la *privatización* propia del individualismo origina que, en la copia que se hizo de la Ordenanza de la Marina, se podara lo que no fuera Derecho privado. Esta preocupación formal es la que, en efecto, preocupa por razón racionalista de sistema a los redactores.

«El decir, señores, que hemos separado de esta excelente Ordenanza—la de 1681—todo lo perteneciente al gobierno, policía y derecho público, que no se ha juzgado debe hacer parte del Código de comercio marítimo, que en

lo demás hemos adoptado todos los principios que ella ha establecido en lo concerniente a los contratos marítimos» (Begouin) (19).

'' El sistema del Código exige enumerar entre las actividades mercantiles las marítimas (art. 633) y, como para las terrestres, a los efectos de la competencia de los Tribunales mercantiles. Tampoco es sorprendente que, suprimida la jurisdicción del Almirantazgo, los temas marítimos pasen al conocimiento de los Tribunales mercantiles terrestres: de un lado, subsiste la anamodversión a las jurisdicciones especiales y privilegiadas—como la marítima suprimida—, y de otro, no ofrece duda la lógica de la solución, puesto que el tráfico marítimo subsiste, es en el Código donde entra el comercial privado, mercantil por excelencia en la época considerada.

''') Pero la inserción en el Código mercantil origina la generalización de la doctrina de fuentes y abona en favor de la elaboración doctrinal por unos mismos autores, ligados por la consideración de estar tratando una materia única realmente.

3. La influencia extraordinaria de Francia hará que subsistan estos planteamientos cuando la especialización de la actividad de navegación, cualquiera que sea su fin, justifica, en el hecho mismo de navegar, la particularidad de las instituciones y del régimen de éstas, permitiendo separar lo que en los textos se da unido: normas inspiradas en la lejanía y autonomía de la nave y riesgos de la navegación y normas que vienen de la tradición histórica que presentaba unida esta razón de peculiaridad con la empresa comercialmente especulativa, propuesta en común en el viaje marítimo.

E) El *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* contiene ya respecto del Código francés—en el que se inspira por lo general en lo referente a la aceptación del llamado sistema objetivo—unas peculiaridades que convierten en legislación depuraciones que, en realidad, proceden de la doctrina.

No es preciso hacer historia en este lugar del proceso formativo de este texto legal tan importante en la unificación jurídica alemana (20).

I. A nuestro fin importa el tratamiento positivo de los actos de comercio:

Sistemáticamente pasan a ocupar el título I del libro IV, que, por otra parte, se llama «De los actos de comercio». De esta manera, la crítica que haría la doctrina francesa acerca del error técnico—en el Código y no en la tradición histórica—de enfocar el tema de los actos de comercio desde el punto de vista procesal, está salvado, pero en esta forma se han propuesto dos cuestiones distintas:

a) Primeramente el Derecho positivo ha llevado a los actos de comercio a un lugar que indica que se contempla la *naturaleza jurídica* de éstos: son parte del Derecho de obligaciones, que es lo que contiene dicho libro, y así el Título I de la definición de los actos de comercio (artículos 271 a 277) deja ya

(19) *El Código de comercio*, traducido. cit., pág. 61.

(20) De ello se dan detalles suficientes en la Historia de RUMPE, y a los fines comparativos puede verse también GOLDSCHMIDT, *Kritik des Entwurfs eines H. G. B. für die preussischen Staaten*, 1857, en el que se informa sobre la influencia francesa.

indicado que los actos de comercio no sirven a la delimitación de toda la materia mercantil: «Handelsachen» no es lo mismo que zona delimitada por los actos de comercio; éstos sólo delimitan el Derecho de Obligaciones mercantiles.

b) A los efectos jurisdiccionales la particularidad puramente procesal dará origen a que tampoco la materia sustantiva mercantil coincida exactamente con la materia jurisdiccional mercantil (21).

2. Otros extremos interesantes son: la formulación perfectamente delimitada de la mercantilidad del acto aislado de comercio y el tratamiento de los actos unilateralmente mercantiles (arts. 272 y 277).

F) El *Código italiano de 1882* no es destacable para nuestros efectos, ni por su originalidad, ni por la perfección de sus preceptos; si lo es, en cambio, por presentar la base de Derecho positivo para la doctrina de este país, cuya alta tradición mercantilista se recobra después de publicado.

El Código pareció en su tiempo una obra de gran perfección; sin embargo, ha sido calificado de mosaico de disposiciones del Derecho mercantil extranjero de su tiempo por carecer de tradición nacional, ya que el Código del 65 venía a ser reproducción del Albertino del 42, que, a su vez, copiaba al francés (22).

Sean cualesquiera las influencias a que obedeciera—posiblemente, si se hace un cotejo, debe verse influencia del Código holandés del 38—, es lo cierto que, en la técnica de delimitación de la materia mercantil, los «actos de comercio» pasan a constituir un título—el II del Libro I—que se sitúa en cabeza del Código, con lo cual ya tenemos realizada legislativamente la transposición de ideas respecto del significado jurisdiccional de aquellos que reflejaba el Código francés y que se ha venido reiterando. Este lugar sistemático se corresponde además con las expresiones utilizadas: los actos de comercio no necesitan ser «actos» de la parte de Obligaciones, sino que, bajo el título (que abarca arts. 3 a 6) de actos de comercio, se habla, como en el Código francés, de «empresas», expediciones... Es decir, en este texto no se ha realizado la depuración doctrinal que implica el ajuste de la terminología.

G) Creo justificada la formulación de un epígrafe que trate de *las aportaciones más importantes de la dirección doctrinal objetiva*. De esta manera se facilita la recapitulación—que se hará en su momento—del conjunto de temas que son precisos, debidamente sistematizados, para abordar la interpretación de nuestro Derecho vigente.

Al hablar de la dirección doctrinal objetiva, quiere decirse que nos interesa, de la doctrina que ha trabajado sobre textos legales de aquella orientación y que son los expuestos antes (claro está que sólo para países cuya aportación cultural en el orden jurídico es suficientemente importante como para ser tenido en cuenta), los temas que se ligan al problema del concepto y delimitación del Derecho mercantil.

(21) El detalle se verá al exponer el sistema vigente.

(22) Rocco, cit., págs. 33 y ss.

Esas aportaciones importantes son: la distinción entre comercio en sentidos económico y jurídico, la caracterización del Derecho mercantil por notas específicas y la teoría de los actos de comercio.

1. La distinción entre comercio en sentido económico y jurídico viene a proponer una explicación que satisfaga al problema terminológico, que descubre que el concepto del Derecho llamado mercantil no es el Derecho del comercio por exceso y por defecto: ni todo el Derecho del comercio (normas e instrucciones de Derecho internacional, administrativo, fiscal, etc.) es Derecho mercantil, ni todo el Derecho mercantil (precisado «prima facie» por contenerse en los Códigos) es Derecho del comercio (los tráficos industrial, bancario, etcetera, son mercantiles aunque no constituyan lo que en los libros de economía se llama comercio).

Estas dificultades dan lugar a que no pueda definirse el Derecho mercantil pura y simplemente por la materia regulada; el arbitrio al que se recurre, para salvar la desconexión entre terminología y contenido, es el «comercio en sentido jurídico»: es comercio para estos efectos lo que el Derecho positivo dice que lo es; es decir, el área que demarca para ser por él regulada. Este arbitrio necesita ser observado con atención: 1.º Implica la positivización del concepto del Derecho mercantil. 2.º Presenta—deliberadamente o no—como un hecho el de la necesidad de un acotamiento global y preliminar de la materia mercantil en el ordenamiento positivo. Ya sabemos, sin embargo, que la nota de totalidad de la investidura en forma de Código separado acarrea esta secuela, pero debe corregirse desde ahora la idea de que esta delimitación y esta investidura sean técnicamente imprescindibles como técnica jurídico-positiva. 3.º Detenida en los términos precedentes la tendencia, se renuncia a la explicación político-jurídica de las normas especiales que el Derecho mercantil contiene. 4.º En la medida en que los actos de comercio, en su origen francés y con las características históricas con que se presentaban en este Código, pretendían acotar la materia mercantil, esta aportación doctrinal contiene una remisión a éstos.

Las distintas formulaciones de la idea fundamental recogida, no se diferencian esencialmente en los autores; no tiene interés una recopilación erudita de éstos. Por otra parte, la remisión de la doctrina de los actos de comercio permite, para no romper la unidad de tratamiento, que sea alrededor de éstos donde se perfilen las cuestiones que aquella separación entre comercio en sentidos económico y jurídico suscita.

2. La caracterización del Derecho mercantil por notas específicas merece igualmente ser observada, más que en el contenido de las generalizaciones de caracteres externos, en su sentido. En tales términos tres observaciones merecen formularse: 1.ª Las notas que se atribuyen al Derecho mercantil sueñan enlazarse si se le sigue la línea histórica a las motivaciones de la especialidad, que, históricamente, explican la aparición y el desenvolvimiento del Derecho mercantil; en tal sentido, presentan la falta de firmeza que corresponde a la recíproca comunicación existente entre Derecho civil y mercantil; por ello, se volverá sobre las mismas al tratar del tema llamado de «la comercialización del Derecho civil». 2.ª Por otra parte, en la medida en que el capitalismo como

sistema económico pide la racionalización del Derecho (un Derecho cuasi-contabilizable), sin pararse en barreras formadas por disciplinas jurídicas, como habrá de verse, las notas que con este fenómeno se relacionan sobrepasan, naturalmente, los límites que marcan los textos mercantiles como base de generalización de las notas indicadas. 3.^a En todo caso, se está de acuerdo en que estas notas no pueden servir para fundar la existencia de una disciplina jurídica calcando sobre ellas el concepto (23).

En cuanto a la enunciación de esas notas podrían hacerse tantas enumeraciones como autores; cada tratadista—no ligado por la preocupación de textos concretos—viene a formular alguna observación o adición a las expuestas por otros (24). Todas ellas presentan un núcleo de exactitud—más o menos condicionada por las circunstancias históricas, económicas y legislativas—, pero todas ellas también pueden ser objetadas con la nota común de no constituir diferencias específicas de la disciplina que pretenden caracterizar por su mismo carácter genérico. Por la misma falta de fijeza y precisión sistemática, a veces se formulan como notas genéricas presuntas justificaciones de política legislativa; tales notas han de separarse de éstas; sobre ello se volverá luego.

3. La *teoría de los actos de comercio* sigue apasionando a un sector de la doctrina, a pesar de los errores de planteamiento de carácter histórico de donde trae su origen. Antes de su crítica conviene seguir con cierto detalle su desenvolvimiento.

a) El origen francés de la teoría aconseja comenzar por *la doctrina de este país*.

Conviene desde ahora anticipar el juicio que merece de los mercantilistas más autorizados de la actualidad, aunque este juicio genérico no sea suficiente y haya de acompañarse de la crítica detallada de cada elemento del sistema, en su momento. «Esta teoría no tiene ningún apoyo en la historia. Ha sido creada para no dar al Derecho mercantil el carácter de un Derecho profesional. Es tan artificial, que sus autores la han tenido que componer y enmendar, admitiendo que al lado de los actos de comercio «por naturaleza», existen actos de comercio «por accesoriedad». Desde entonces la confusión ha sido extrema, porque se ha necesitado crear una clase particular con los actos entre comerciantes y no comerciantes, denominándoseles «actos mixtos». En esta confusión vive aún nuestro Derecho mercantil. La jurisprudencia es vacilante y enfadosos debates sobre competencia entorpecen la justicia. Todo esto es artificial y debe ser simplificado» (RIPERT) (25). «De la falsa interpretación de un precedente—la Ordenanza de 1673—ha nacido un vicio de redacción que ha llevado a los autores del Código a construir un sistema de Derecho mercantil sobre bases equivocadas que no ha cesado de pesar sobre el conjunto de nuestro Derecho positivo» (ESCARRA) (26).

Una advertencia de método de trabajo que interesa hacer constar es la siguiente: la bibliografía sobre actos de comercio en su conjunto o sobre mercantilidad de determinados actos o profesiones en particular es tan abundante y de tan desigual valor, que se hace necesario recurrir a la selección ya realizada por los autores franceses, que gozan de mayor autoridad para no incurrir en defectos de perspectiva o de proporciones.

(23) Vid. la crítica de GARRIGUES, *Curso*, I, págs. 6 y ss.

(24) En la parte final del trabajo cit. de HETMANN se contiene una enumeración en que se recogen las más generalizadas.

(25) Ob. cit., pág. 113.

(26) Ob. cit., pág. 53.

*) El cuadro de conjunto del sistema elaborado por la doctrina francesa se conforma de la siguiente manera:

La doctrina que inmediatamente siguió al Código ya distinguió—como el texto legal mismo—entre los actos mercantiles calificados por su misma naturaleza y los que lo eran por las personas intervinientes; la terminología se ha ido conviniendo progresivamente; al principio la doctrina habla de actos de comercio por «eux mêmes» y «reputés»—según la expresión del propio Código—como tales por la Ley por las personas intervinientes; a los primeros se les llamará luego «actos de comercio objetivos» o «por naturaleza» y a los segundos «subjetivos» o «por accesoriadad». La base jurídico-positiva está dada para los objetivos por la enumeración del art. 632 núms. 1 a 5 y 7; para los subjetivos se recoge la dicción del apartado 1.º del art. 631 («Los Tribunales Mercantiles conocerán de los asuntos relativos a las obligaciones y «transacciones» entre negociantes, comerciantes y banqueros) y la del apartado 6.º del 632 («La Ley reputa actos de comercio... 6.º Todas las obligaciones entre negociantes, comerciantes y banqueros»).

A estos dos términos fundamentales se han venido a añadir dos más: actos de comercio «formales» y «actos de comercio mixtos». Son los primeros aquellos en que la investidura jurídica—la naturaleza—del acto decide de su mercantilidad; abrazan letra de cambio (último párrafo del art. 632, modificado en Ley de 7 de junio de 1894, pues la redacción original establecía distinciones en relación con el carácter de los intervinientes en ella) y sociedades mercantiles por el tipo adoptado (sociedades comanditarias por acciones, Anónimas y de Responsabilidad limitada). Son actos de comercio mixtos aquellos en que el acto resulta ser mercantil para una de las partes y civil para la otra.

Por último, sobre la base del art. 638, que presume mercantiles los títulos firmados por comerciantes, se ha realizado por la jurisprudencia una generalización, de donde se deriva la «presunción» de mercantilidad para los actos de los comerciantes, salvo prueba contraria, cualquiera que sea su carácter, con la contrapartida de considerar civiles los actos de personas no comerciantes que sean precisos para la explotación de esa su actividad civil, atrayéndose así la accesoriadad de los actos según el tipo de actividad principal desarrollada.

La exposición que precede busca dar cuenta del sistema generalmente admitido antes de la crítica a que se le somete por la doctrina actual (27). Se ha prescindido de detalles críticos o de desviaciones; así, la evolución de la doctrina de la accesoriadad que se enlaza a la presunción últimamente consignada, que fué desconocida—en cuanto comprensiva de actos no principales de la empresa o en cuanto presunción—por la doctrina inicial, y que, por otra parte, ha llegado a permitir que se formule una accesoriadad de unos actos con otros, sin tener en cuenta la pertenencia de los principales a una explotación mercantil (28); igualmente se discute si del carácter mercantil de los so-

(27) Para este fin puede hacerse la constatación en BONICARRERE-LABORDE-LACOSTE, *Exposé méthodique de Droit commercial*, 3.ª ed., 1946, págs. 14 y ss.

(28) Se utilizan los arts. 631, 632 y 638. LYON-CAEN y RENAULT citan a JOUSSE y, entre los posteriores, a DESJARDINS, aparte de algunas sentencias. La doctrina precedente al Código no admitió esta categoría: el paso decisivo se dió pasando sobre la letra del último artículo y tomándole «a sensu contrario». De esta forma se consideran mercantiles aquellos actos que, sin constituir el principal objeto de la empresa, se relacionan con ésta, siendo «accesorios» de él. A veces se identifican acto accesorio y acto subjetivo.

ciudades, por razón de la forma y para el caso de que el objeto de las mismas no sea mercantil, se puede deducir dicho carácter por aplicación de la teoría de la accesoriadad respecto de los actos por ellas realizados...

Es curiosa la sutileza en la que se fundamenta esta investigación doctrinal; la escuela exegetica inicial entendía que la enumeración de los artículos 632 y 633 del Código francés tenía carácter «limitativo»: si el Derecho mercantil es un Derecho excepcional, quiere decirse que no puede hacerse una interpretación que conduzca a extender su esfera de aplicación; la doctrina posterior —y desde luego la jurisprudencia—, en vez de oponerse a dicho punto de vista, se inclina por un rodeo: carácter limitativo no quiere decir limitarse a la interpretación literal, es posible la analógica.

”) También se ha perseguido la *determinación de un criterio unitario*.

Los criterios han sido varios. Prescindiendo de los actuales, que en definitiva llevan implícita la crítica al sistema y significan una subversión de la línea tradicional de la doctrina francesa—aunque no puede decirse otro tanto respecto de su fundamento en el Código, porque, respecto de éste, ya fué subversión la de la corriente de los autores que ahora se rectifica—, pueden recogerse las siguientes como más generalizadas: la noción de comercio, independientemente de la idea de lucro que es su alma, responde a un triple objeto: intromisión y circulación, cooperación a la circulación y servir de soporte jurídico a las relaciones comerciales; debe añadirse el elemento intención de obtener un beneficio (LACOUR y BOUTERON) (29). «Un acto es mercantil para una de las partes contratantes cuando esta persona no entiende ser más que un intermediario con la transmisión del valor que es objeto del contrato (BOISTEL) (30). THALLER funda su esfuerzo, para encontrar una idea de conjunto en el ordenamiento francés, en un concepto económico de comercio que él previamente se forja, cuando dice que ni por la naturaleza del objeto ni por la existencia de un orden especial de contratos se distingue el comercio, sino por la idea de circulación. Esta idea la transporta al Derecho positivo y considera que el legislador y la jurisprudencia sobre actos de comercio se inspiran en esa noción de conjunto: «la circulación de los productos y del crédito» (31). Esta interpretación del Derecho positivo no le impide inclinarse de «lege ferenda» por el sistema subjetivo (32).

”) La *crítica* actual al sistema legislativo, doctrinal y jurisprudencial francés no se detiene en detalles, sino que se enfrenta con el sistema mismo, tanto en su base legal, como en el desarrollo de los mercantilistas y de la jurisper-

(29) El primer elemento sirve para enmarcar a la industria manufacturera, gran comercio y comercio al por menor; en el segundo, a los comisionistas y corredores; por último, con la tercera nota se recogen las relaciones entre negociantes, mercaderes y banqueros y letras de cambio. Véase *Précis de Droit commercial*, t. I, París, 1925, página 31.

(30) *Précis de Droit commercial*, París, 1878, pág. 24. WAHL piensa también en esta forma, si bien se somete a las formulaciones del Derecho positivo (véanse sus *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, págs. 16 y 17).

(31) Ver págs. 6 y 13 del *Traité élémentaire de Droit commercial*, 4.ª ed. 1910. Antes se había ocupado de los actos de comercio en los *Annales de Droit commercial*, 1895, página 177. Puede prescindirse de las monografías que ya se valoran en las obras generales, como las de APPEYER, *Des actes de commerce terrestres*, París, 1897; DUCHANGE, *Les actes de commerce par relation*, París, 1900; BIAIS, *De l'influence de la profession sur le caractère civil ou commercial des actes juridiques*, Poitiers, 1924.

(32) Ob. cit., pág. 14.

dencia. Es también importante hacer notar que en esa crítica coinciden fundamentalmente los dos autores más autorizados de entre los mercantilistas franceses de la actualidad: ESCARRA y RIPERT (33). Implícita en esa crítica va la enunciación y la censura de las *funciones* de los actos de comercio en el Derecho francés. He aquí la síntesis:

El punto de partida histórico de todo el sistema está lleno de errores: el antecedente del Código—la Ordenanza de 1673 y, a su vez, para París, el Edicto de 1503 sobre jueces consulares—partía del concepto de comerciante, pero limitada la jurisdicción “pour fait de marchandise seulement”, “pour le fait du trafic seulement» (la vieja «rationae mercaturae»), contando con comerciantes matriculados a los que hacían excepción los de otras clases o profesiones que ejercitaran el tráfico clandestinamente; a éstos había que «reputarlos» comerciantes al efecto de extender a ellos la jurisdicción. El Código ha resuelto mal el problema de un comercio que deviene libre: ha querido romper con las clases y el carácter cerrado de las profesiones, pero la profesionalidad sin más sigue presente en los textos: no han comenzado por definir a los comerciantes y, sin embargo, en la enumeración del art. 632 aparecen actos y «empresas» en mescolanza—las profesiones mercantiles asoman entre los actos—y la palabra «reputés» del texto llama a la presunción de comerciantes histórica para los que sin poder ser comerciantes lo eran de hecho;

la doctrina—por razones de política más que legislativas o de interpretación del sentido de los textos y aquéllas exageradas, pues la profesión no es lo mismo que el exclusivismo de su desempeño—creyó servir los designios de su época desarrollando la abstracción que los actos de comercio significaban y trató de hacer de éstos el eje del sistema. Sabiendo qué son actos de comercio se sabe quiénes son comerciantes y, además, sean o no comerciantes los intervinientes, aquéllos se someten al régimen mercantil, realizándose así una nueva transposición de ideas: la de competencia de Tribunales mercantiles al Derecho sustantivo; en realidad, sin embargo, hay que partir del concepto de comerciante—o de empresario, según ESCARRA—: la nota de profesionalidad o de organización es un plus respecto de los actos; la realización de éstos nada dice de aquella noción sin adicionársele esa nota; del comerciante se pasará a la consideración de mercantiles de los actos correspondientes a su explotación; consecuentemente los arbitrarios actos accesorios pasarán a situarse en el centro del Derecho mercantil juntamente con las profesiones que el Código enumera:

quedarán, porque es irremediable en el sistema del Código, los actos mercantiles por su objeto—los objetivos—, los formales y los intencionales:

los aspectos adjetivos de la teoría deberán separarse: la competencia debe proponerse como problema referido a la posición o carácter de las personas; es claro el problema en el caso de los actos mercantiles con independencia de los intervinientes y se discute respecto de los mixtos.

Quedan así claras las principales funciones de los actos de comercio en el Derecho francés,

no deben servir para la determinación del concepto de comerciante;

si, en cambio, desde el punto de vista sustantivo—y prescindiendo de espec-

(33) Véanse obs. cita., págs. 50 y 55, y 112 y ss., respectivamente.

tos fiscales que no son de nuestra incumbencia—acotan la esfera de aplicación de determinadas normas de la parte general del Derecho de obligaciones (prueba, intereses, ejecución, solidaridad...);

son precisos a los efectos adjetivos de determinación de la competencia de los Tribunales de comercio, de acuerdo con la evolución histórica del Derecho mercantil.

b) En la *doctrina alemana*, que opera con el Código del 61, hay que examinar particularmente lo que presenta de especial respecto de la francesa.

En la doctrina alemana del siglo pasado existen dos nombres extraordinariamente representativos, de los que vamos a ocuparnos (34); THÖL y GOLDSCHMIDT. THÖL, a pesar de manifestarse influenciado por la clasificación clásica, al enfocar la cuestión sin prejuicios y desde un punto de vista puramente técnico, quiere evitar el divorcio entre la ley y la realidad: Por ello distingue actos *absolutos* y actos de *industrias mercantiles*, y en éstos, *fundamentales* (que constituyen el ejercicio de una industria mercantil), *aislados* (se dan cuando ya existe una industria comercial); y, por último, actos *auxiliares* que facilitan el ejercicio de aquéllas (35).

El mayor esfuerzo a favor del sistema predominante objetivo se debe a GOLDSCHMIDT. La base de su razonamiento es la siguiente: 1.º para saber quén es comerciante hay que partir del concepto de acto de comercio. 2.º Junto al comercio profesional existe otro no profesional. Luego el Derecho mercantil debe ser no un Derecho de industria, sino de los negocios aislados, «del tráfico comercial, no del tráfico de la clase mercantil», y el concepto de los mismos hay que determinarlos por características objetivas. Pero no rechaza los actos subjetivos y accesorios en el sentido que hemos visto en la doctrina francesa. Si, en cambio, se opone a la admisibilidad de una presunción de comercialidad, pues dice—con razón—que esos actos o son mercantiles objetivos o son subjetivos o no son mercantiles (36).

“) Debe prestarse atención separada a ciertas *aportaciones* notables de la *doctrina germánica*:

Debe hacerse notar que el punto de vista de GOLDSCHMIDT acerca de la necesidad de llegar a un Derecho del tráfico comercial y no del tráfico de la clase

(34) Sin omitir algunas referencias a otros autores.

(35) Véase págs. 92 y ss. de su *Tratado*, trad. italiana de MARGHERI, Nápoles, 1881, t. I. Elijo edición posterior al Código alemán de 1861. Como se ve, esta postura está abocada a la conversión del Derecho mercantil en profesional. Véase ENDEMANN, cuando indica esta posición de THÖL (pág. 53, vol. I de su *Manuale*, trad. BROCCHI y VIGHI, Nápoles, 1897, t. I); influido por cuestiones ideológicas cree que éstas fuerzan a que el Derecho mercantil siga el sistema objetivo: recoge ENDEMANN la trad. francesa. Coincide con THÖL, cuyo sistema recoge BEHREND (pág. 88 y 89 de su *Lehrbuch des Handelsrecht*, Berlín, 1886, t. I). GAREIS (en la 6.ª ed. de su *Das deutsche Handelsrecht*, Berlín, 1899, págs. 43 y ss.) se muestra aún influido por el sistema de la legislación anterior, y reconduce los preceptos del código del 97 a un sistema propio de un ordenamiento objetivo: su exposición, en correspondencia a su formación y al momento en que escribió, es vacilante. Indudablemente, sobre el sistema que existía de enumeración de empresas, la doctrina ha construido la teoría de los actos de comercio objetivos, por lo cual no es extraño esta orientación. Al mismo tiempo, ello pone de manifiesto que a la doctrina alemana hay que atribuir en gran parte el desenvolvimiento del Derecho mercantil como Derecho profesional.

(36) Véase su *Handbuch des Handelsrecht*, 2.ª ed., t. I, Stuttgart, 1875 págs. 431 y siguientes.

mercantil refleja claramente el hecho histórico de la generalización de la oportunidad de ejercer el comercio; se liga así a la reacción política ya conocida de origen francés. Lo que queda sin resolver es el tema o momento político jurídico de la justificación de la existencia de un Derecho especial para el comercio no ejercido profesionalmente.

Más importante que la cuestión precedente es la precisión de que la materia mercantil no coincide con el área definida por los actos de comercio. Ya la situación sistemática de los actos de comercio en el Código inclinaba a esta conclusión: si se sitúa en el Derecho de Obligaciones, las demás partes del Derecho mercantil no podrán delimitarse por la noción de acto de comercio; de lo contrario, los actos de comercio dejarán de ser actos para presentarse como fenómenos comerciales en sentido puramente económico (37). La confirmación definitiva está en el art. 1.º: no se habla de acto, sino de «materia mercantil», para indicar su sometimiento a los usos y al Derecho civil a falta de Ley comercial; de ello se deduce una consecuencia de gran interés: los actos de comercio podrían haber servido—salvo su limitación al Derecho de Obligaciones—al acotamiento del área cubierta por el Código como cuerpo legal sistemático y cerrado, pero, desde el momento en que existe una legislación sobre materia comercial que no está en el Código, quiere decirse que, ni aun positivamente, este texto puede servir a la definición de la mercantilidad; se trataría de una mercantilidad para efectos de la aplicación del Código, pero, en tanto el comercio en sentido económico esté regulado por normas que estén dentro y fuera del Código, ha de concluirse admitiendo que este último no contiene todo el Derecho mercantil, ya que el llamamiento a aquella «materia» abre el pretendido cierre realizado por el Código (38).

Por otra parte, el hecho de que en Alemania partes importantísimas del Derecho mercantil—de entre las que destaca el Derecho cambiario—ya para este momento histórico estuvieran recogidas en textos formalmente separados, da particular fuerza a la argumentación expuesta.

Por último, la materia mercantil a efectos sustantivos no coincide con el «concepto procesal de la materia de comercio». En los Tribunales o Salas especialmente previstas para asuntos mercantiles aparecerán una competencia en la que se incluyen materias que están fuera del Código (letra, marcas, patentes...); por otra parte, en caso de actos unilateralmente mercantiles—los mixtos del Derecho francés—, aunque se sometan unitariamente a la Ley mercantil material, no determinan la competencia indicada; se precisa actos objetivos, o aquéllos que afecten a partes ambas comerciantes.

c) Respondiendo al prestigio de la tradición mercantilista italiana los escritores contemporáneos de esta nacionalidad, a pesar de las imperfecciones del Código, han tratado de sacar de él—o contra él—todo el partido posible. La doctrina tradicional recibe la sistematización francesa, que es más tarde rechazada por considerársela meramente descriptiva y fundada en criterios puramente externos (39). Veamos las aportaciones críticas más notables.

(37) Vid. ENDEMANN, ob. cit., I, pág. 84.

(38) Vid. ENDEMANN, lugar cit. en nota anterior.

(39) Según ASCARELLI, *Appunti di Diritto commerciale*, t. I, parte generale, 1931, página 46.

Por excepción, de la vieja doctrina recogeré algunas observaciones de VIDARI en razón del valor intrínseco de sus argumentos, que, además, pueden ser considerados como de autoridad. Pone de manifiesto con gran vigor cómo la creación del acto de comercio objetivo rompe la conexión del Derecho mercantil con el comercio en sentido económico: «La noción del acto de comercio desligada de su orgánica repetición, no puede ser más que incompleta e inexacta. No hay acto de comercio aislado, sino actividad comercial». Aporta también una idea que estimo de gran importancia: El acto de comercio, jurídicamente y desde el punto de vista conceptual, no se diferencia en nada del civil; las diferencias son meramente extrínsecas: una compraventa o un transporte son iguales en Derecho mercantil y en Derecho civil. Esta verdad clara, creo que debe hacerse repercutir sobre la teoría de los actos de comercio, y así lo intentaré más abajo (40).

‘) Se debe a Rocco haber precisado—obteniendo luego la general aceptación—la naturaleza delimitadora sin contenido mercantil y sancionador que tienen las normas que acotan la materia mercantil. Esta idea se va luego perfilando: se observa con razón que la materia de comercio cercada ya por esas normas, se presenta todavía como materia exclusivamente económica o social; las relaciones que se toman en consideración no son aún relaciones jurídicas, sino simplemente relaciones sociales, justamente porque aun se está en un momento que es anterior al de su disciplina jurídica (41).

”) Los intentos de obtener un concepto unitario de acto de comercio, o de deducir criterios de analogía de las clasificaciones de los enunciados en el Código, no han llegado a conclusiones que sean aceptadas con un mínimo de generalidad.

Tal ocurre con la elaboración unitaria de Rocco, según la cual el criterio de distinción estaría en la interposición en el cambio (42). Entre las clasificaciones destaca por lo reciente, respecto de la modificación legislativa que tiene lugar con el «Codice Civile», la de FERRARA. He aquí una síntesis de su fundamento y desarrollo: La posibilidad de extender por analogía la comercialidad, supone para el intérprete la misión de buscar en las varias categorías de actos de comercio la razón por la cual han sido declarados actos mercantiles por el legislador, de manera que si se encuentra la misma razón en otros no contemplados, se deduzca sin más su comercialidad: «Ubi eadem iuris ratio, ibi eadem dispositio.» Ataca la clasificación tradicional en actos objetivos y subjetivos y rechaza las clasificaciones puramente económicas, porque siempre nos encontramos con que la distinción del acto civil la hace la ley, y, por tanto, es jurídica. Lo que hay que saber es el que tenido en cuenta por el legislador, el plus del acto comercial sobre el civil que mueve al legislador a distinguirlos. Hace una primera exclusión de actos civiles: son civiles, desde luego, los actos no patrimoniales y los patrimoniales que se refieren a la constitución de la familia o a la sucesión y pasa a desenvolverse su sistema. Actos *absolutos* son los surgidos históricamente en el campo mercantil, y que el legislador, en homenaje a esa derivación histórica, los sujeta sin más a la ley comercial; como hemos visto que existen esencialmente civiles, así también éstos son esen-

(40) Véase págs. 25 y 26 del *Corso*, vol. I, Milán, 1900. Por lo gráfico de la expresión, transcribo sin comentario sus palabras sobre el sistema de enumeración de actos de comercio: «Querer comprimir los actos de comercio en una enumeración del Código es obra tan vana como la del niño que, al decir de San Agustín, habiendo excavado un hoyo en la arena, pretendía verter dentro el mar.»

(41) Así lo hace constar ASCARELLI, ob. cit., pág. 38. Vid. también en FERRARA, *Lezioni di Diritto commerciale*, I, 1939, pág. 11.

(42) Vid. ob. cit., págs. 200 y ss.

cialmente mercantiles y no es posible ampliar los dados, pues la enumeración es taxativa por razón de orden público; se trata de actos típicos de tráfico mercantil que el Código sujeta a sus preceptos, incluso en el caso de que aislados no persigan ese fin. Son absolutos: letra de cambio, «ordine in derrate», operaciones a término sobre títulos-valores, compra y venta de cuotas o de acciones de sociedad, operaciones referentes a la navegación y depósito en almacenes generales o puertos francos y las operaciones conexas. Los actos de comercio *relativamente mercantiles* necesitan de determinados requisitos, que constituyen la *razón de su comercialidad*, siendo esta razón o la función de intermediación y la relación económica con un acto de comercio o con la actividad mercantil en general. La intermediación puede ser simple (que se desenvuelve a través de dos actos y coloca aquí las modalidades de compra-venta) o *compleja* (en que el bien que circula no permanece lo mismo a través de todo el proceso y comprende los diversos tipos de empresa). En lo referente a los actos de comercio *por relación con otro*, dice que esta relación puede presentarse bajo variados aspectos; fin de cumplir un acto de comercio—mediación, mandato, comisión—, con ocasión o por causa de un acto de comercio—cuenta corriente, cheque—o realizando una función de garantía respecto de otros actos mercantiles (43).

”) Por último, es de destacar la crítica reciente a la terminología y al contenido que haya de darse a la expresión «acto de comercio». Los actos de comercio puede no ser actos jurídicos en sentido técnico. El legislador, al tratar de ellos, está en un estadio anterior al de su disciplina y pretende acotar un sector de la realidad económica y social; más bien esa expresión habría de traducirse por «operaciones» comerciales, de donde la inutilidad de todo intento de subsunción en las nociones dogmáticas de actos o negocios o relaciones jurídicas (44). De aquí que podría llegarse a la consideración de tal término como una verdadera «cláusula general». Pero esta característica no ha sido intentada por la doctrina italiana. Es la vuelta, sin previo análisis histórico, al sentido del «fait de commerce» o «rationae mercaturae» tradicional, mal traducido en el Código francés.

Otras cuestiones—más de detalle que de interés general—son: la común aceptación de la positividad de la noción de acto de comercio—por lo demás, implícita en la idea del acotamiento positivo de la materia mercantil y, por tanto, en la distinción entre comercio en sentidos económico y jurídico—; el carácter indiferenciante, a efectos de distinción de la comercialidad, del extremo de clasificación, actos unilateralmente mercantiles (45)—, pues se habrá decidido previamente de su carácter por algún criterio, ya que la unilateralidad sólo se refiere a las personas intervinientes—, etc.

§ 5

LOS SISTEMAS SUIZO E INGLÉS Y EL PROBLEMA DE LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO

Frente al sistema que presenta el Derecho francés es importante la exposición de las tendencias unificadoras y, previamente, la del fondo legislativo que, de una manera más o menos expresa, se invoca por los representantes de esta corriente.

(43) *Lezioni*, cit., págs. 11 y ss.

(44) Vid. FERRARA, en lugar cit., y BRUNETTI, *Lezioni di D. C.*, 1940, págs. 55 y ss.

(45) NAVARRINI, pág. 47, t. I, 1932, de su *Trattato elementale di Diritto commerciale*.

1. Para la adecuada comprensión del SISTEMA SUIZO conviene partir de algunos detalles de carácter histórico.

A) *La formación histórica de los cuerpos legales suizos* se va produciendo de acuerdo con la siguiente síntesis, en la que se destacan los datos de mayor relevancia para nuestro fin:

En sus comienzos la tarea codificadora suiza se va produciendo a compás del tortalecimiento de las atribuciones de la Confederación frente a la de los cantones. Esta peculiaridad tendrá una influencia notable en la aparición del Código de las Obligaciones en su primera promulgación en 1881.

Ya en 1848—con motivo de los debates relativos a la revisión constitucional—se propuso, sin éxito, la centralización del Derecho mercantil. Poco después se intentó unificar el Derecho cambiario por la vía de acuerdos entre cantones (1853-56). De nuevo se intenta en vano atribuir a la Confederación la competencia de legislar en materia mercantil y el primer Proyecto de Código de comercio de MUNZINGER fué abandonado (1865-66). Las necesidades de tráfico—que pedían una unificación con mayor urgencia que el resto de las instituciones tradicionalmente civiles, muy arraigadas en los distintos cantones y muy distintas en correlación con las variedades étnicas, lingüísticas, etc. de éstos—se imponen, por último, después de diversas alternativas, y la Constitución federal de 29 de mayo de 1874, en su artículo 64, confiere al Poder central la facultad de legislar en materia de capacidad, Derecho de obligaciones (transacciones mobiliarias, Derecho mercantil y cambiario), propiedad literaria y artística, protección de diseños y modelos, procedimientos concursales, aparte de otros extremos típicamente civiles. Así van surgiendo las leyes correspondientes, de entre las cuales nos interesa ahora el Código de las obligaciones de 1881 (1).

Junto a la influencia del margen constitucional marcado a la legislación, hay que situar otras circunstancias. De entre ellas, hay dos que destacan: primeramente, la situación del Derecho civil, diversificado grandemente según los cantones, era una fuerza de segregación respecto de la unidad, que, con un Código mercantil, se siguiera al venir aquél a entrar en juego como Derecho subsidiario (2); en segundo lugar, las circunstancias de la época originaron el temor de que un Derecho mercantil separado viniera a constituir un Derecho estamental y privilegiado para los comerciantes contra la ideología adoptada, encargándose a Munzinger un Proyecto que viniera a ser el Derecho del tráfico, y no sólo del tráfico de los comerciantes (3). Así se aglutinan las influencias más importantes que determinan el Código de las Obligaciones de 1881.

La revisión constitucional de 1898 amplió las facultades legislativas de la Confederación a los demás sectores del Derecho privado; se elaboró en su consecuencia el Código civil; la relación entre éste y el Derecho de Obligaciones, así como los defectos que entretanto se habían observado en éste, dieron lugar a la necesidad de la revisión del Código de las Obligaciones. Pero la premura—había de entrar en vigor la reforma con el Código civil en 1 de enero

(1) De este proceso se suele dar cuenta en los libros generales.

(2) HEYMANN, ob. cit., pág. 15.

(3) Vid. HUB, *Handelsregister Geschäftsfirmer und Kaufmännisches Buchführung*, 1940 (en *Comentario de Berna*, dirigido por BECKER), págs. 8 y ss., y BECKER en la misma colección en t. de *Prescripciones generales de obligaciones*, vol. I, 1941, pág. 3.

de 1912—dió lugar a que la revisión alcanzara sólo hasta la parte en que comenzaban las sociedades mercantiles. Esta revisión tuvo lugar posteriormente, decretándose su vigencia a partir del 1 de enero de 1937; de esta manera el Código de las Obligaciones vigente tiene una doble fecha: 1911-1936 (fechas de aprobación de sus reformas) (4).

B) La *posición de la materia mercantil en el ordenamiento suizo* se ofrece con peculiaridades que hay que estimar en su justa significación.

1. Inicialmente no se propone el Código de las Obligaciones suizo borrar la especialidad de tratamiento de los supuestos de hecho que presenta lo que se llama materia mercantil. Tanto el antecedente del Derecho alemán como el francés—ambos utilizados por el Legislador—, como la conciencia inmediata de operar forzado por los márgenes de las facultades constitucionales de la Confederación, originan el que se entienda realizar una legislación para el tráfico comercial—en correspondencia con la reacción hacia el sistema objetivo, predominante ideológicamente en ese momento, contra la concepción del Derecho mercantil como régimen de un estamento—que se unifica formalmente.

De aquí la exactitud de las estimaciones, en tal sentido, de WIELAND (5), que, además, se corresponden con el siguiente y explícito texto: «si los Estados que nos rodean poseen a la vez un Código civil conteniendo el Derecho de obligaciones y un Código de comercio, la unidad de la legislación de ellas no es menos aparente que la nuestra, si las propuestas de la comisión encuentran una acogida favorable; la única diferencia residiría en ser otra la distribución de materias» (5 bis). Recuérdese, además, el punto de vista de GOLDSCHMIDT en Alemania en el sentido de hacer del Derecho mercantil un Derecho del tráfico y no del tráfico de los comerciantes.

2. Pero se pecaría de superficialidad al detenernos en esa observación genérica; el sistema suizo presenta otras notables particularidades:

a) El conjunto de materias tratadas, aunque presente la equivocación ya advertida como forzada por la evolución constitucional, de llevar al Derecho de obligaciones partes que no se corresponden con esta calificación (Sociedades, Derecho de firma, Derecho registral, Contabilidad...) (6), origina un cuadro en el cual afloran las mismas instituciones que se contendrían en un Código de comercio, aunque su interconexión sistemática se produzca con una técnica distinta, que, a su vez, origina consecuencias también diversas. En efecto:

a') El concepto de comerciante, aunque no aparezca intituando un grupo de artículos, es el eje alrededor del cual se centra el régimen registral, la pro-

(4) Desde 1881, la parte mercantil del Derecho civil suizo, a partir del artículo 552 no había sufrido alteración ninguna, en contraposición al resto, que fué modificado en 7 de julio de 1911. A través de diferentes proyectos (1919: Proyectos HUBER; 1923: Proyecto HOFFMAN; 1926) se llega a la forma definitiva de 1936, que había de entrar en vigor en julio de 1937, y comprende del título XXIV al XXXIII del Derecho de obligaciones, y arts. 552 al 1.182. Confróntese sobre la materia FEHR, *Bericht über die Schweiz*, en Z. H. R., 1937, t. CIV, cuadernos 1.º, 3.º y 4.º.

(5) Vid. *Handelsrecht*, I, págs. 40 y ss.

(5 bis) Véase ROSELL, *Manuel de Droit Fédéral des Obligations*, t. I, 1920, pág. 16.

(6) Vid. HEYMANN, *cit.*, pág. 16.

tección jurídica de las firmas, las distinciones de sociedades, la obligación de contabilidad y el sometimiento a la quiebra y al llamado rigor cambiario formal. Y todo ello con la particularidad de recibir por primera vez consagración legislativa el concepto de empresa a los efectos de determinación del de comerciante.

En efecto, el núcleo central de toda la parte que pudiéramos llamar «De personas», a efectos mercantiles, viene dado por el artículo 934 del C. o., el cual obliga a inscribirse a quien explote una industria comercial o de fabricación, o a quien «en forma comercial ejerza cualquiera otra industria», aclarando luego la Ordenanza para el Registro mercantil que la determinación de aquel carácter se hará por su volumen y la necesidad de llevanza de una ordenada contabilidad. De esta idea central se parte luego para complementar los trazos marginales: enumeración de empresas comerciales e industriales, exclusión de aquellas cuyo volumen de negocios no llegue a 25.000 francos (de importancia para excluir el artesanado y, en general, al «pequeño comerciante» de la carga del «status» de comerciante), exclusión de las actividades ocasionales (poniéndose así la nota de profesionalidad en forma de durabilidad de la organización de empresa como fuente de beneficios), combinación con las formas colectivas para incluir, desde luego, a las sociedades de capitales, a las colectivas y comanditarias cuando su objeto sea mercantil, según la noción de empresa ya dada, e incluso extendiendo esta técnica a asociaciones y fundaciones...

Junto a la obligación de inscribirse que vale en el caso anterior (cuyo paralelismo con el tipo del comerciante «debido» del Derecho alemán es claro) está el reconocimiento de la facultad o derecho de inscribirse que se reconoce en el párrafo segundo de aquel artículo 934 (con lo cual se nos aparece la fórmula técnica también del Derecho alemán vigente del comerciante potestativo).

Por último, la necesidad de exactitud y veracidad en el Registro origina, aparte del mecanismo de sanciones, la facultad de inscripción de oficio y radiación en la misma forma con lo cual el tema de la seguridad jurídica en la concepción del comerciante queda satisfecha. Y en esta manera, el rigor del «status» de comerciante—particularmente en lo referente a contabilidad, quiebra, publicidad—queda atendido (7).

b') Pero el Derecho suizo en la parte «De Obligaciones» deliberadamente no ha hecho un acotamiento de «contratos de empresas», que se correspondiera con el tratamiento de los comerciantes, sino que se ha propuesto hacer una reglamentación indiferenciada, que atiende sólo, en su sistema general, a la naturaleza jurídico-formal de las figuras. De aquí resulta: ciertamente podrá verse una motivación político-jurídica—que se corresponde con la ideología histórica correspondiente al momento de redacción inicial del Código de las Obligaciones—, según la cual se ha querido hacer un Derecho general del tráfico que no sea exclusivo de los comerciantes; pero de la misma manera, desde el punto de vista técnico, lo real es que las necesidades del comercio, cualquiera que sea quien en él intervenga (es decir, según lo que constituiría la amplitud de un sistema objetivo) o motivadas por la participación de los comerciantes, están atendidas o por especialidades en las instituciones, o por

(7) Salta a la vista que el desarrollo de estos puntos requería mucho espacio, y también que tal cosa es innecesaria, pues basta la sugerencia formulada en esa forma de síntesis y una remisión, por ejemplo, al Com. de His. cit., en el art. 934 y en los que el mismo concuerda con éste.

la existencia de instituciones cuya misma naturaleza jurídica se ha conformado, en realidad, como consecuencia del proceso general de especialización de empresas (contratos de transporte, de seguros, bancarios...).

El siguiente texto—si se adiciona con la consideración de las instituciones que, por sí mismas, nacen para el tráfico comercial—ofrece la autoridad de su autor para refrendar el punto de vista que se acaba de exponer: «El Derecho de obligaciones somete a los comerciantes en lo fundamental al Derecho civil común y trata los negocios de la circulación económica y los del tráfico civil según principios jurídicos iguales. Ocurre, sin embargo, que la atención a las necesidades del comercio se manifiesta en dos direcciones: ya las instituciones del tráfico civil prevén disposiciones de excepción para el tráfico mercantil, así, artículos 104 (intereses en caso de mora), 190 («Fixgeschaf» y consecuencias del incumplimiento en la compraventa mercantil), 191 y 215 (cálculo del daño en el tráfico comercial), 212 (cálculo del precio en la compraventa), 313 y 314 (productividad de intereses del préstamo); ya las instituciones se configuran especialmente para el tráfico comercial, pero, haciéndolas accesibles al restante tráfico mediante el cumplimiento de disposiciones dificultadoras de carácter formal: así, la *Prokura* según el artículo 458; las sociedades colectiva y comanditaria, según los artículos 552 y 594. En lo demás es misión de la aplicación del Derecho la atención a los comerciantes en la manera que se considere apropiada» (GUHL) (8).

b) En conclusión, pues, si quisiera recogerse la nota más acusada del sistema suizo, habría de hablarse, más que de una unificación de Derecho civil y Derecho mercantil, de la existencia de un Derecho mercantil, que en su formulación positiva no ha hecho uso de la técnica postulada por los Códigos separados de dictar un conjunto de normas puramente «delimitativas», que presente la materia mercantil acotada en una instancia preliminar, a la que realiza la naturaleza jurídica de las instituciones, por el juego de la subsunción, bajo sus conceptos.

11. No es nada fácil dar cuenta de la posición que ocupa el *Derecho mercantil en el sistema jurídico inglés*. Para hacerlo bien se precisa acertar en la exposición de las relaciones existentes entre las características generales del sistema—muy distintas de las propias de los continentales—y la manera de tratar las figuras que llamaríamos, desde otros países, jurídico-mercantiles. A su vez, la situación actual habría de explicarse mediante una exposición histórica adecuada, ya que la continuidad de la evolución inglesa, sin saltos, requiere constantemente la invocación de la línea de antecedentes. No deben desbordarse los límites marcados por los fines que aquí se persiguen y, por tanto, los temas generales e históricos se sugerirán mediante ideas de síntesis.

A) El problema del concepto del Derecho mercantil en el sistema jurídico de Inglaterra viene propuesto por *la absorción de la lex mercatoria en el Common Law*. Hay, pues, que tratar este tema (9).

(8) *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 1944, págs. 21 y 22.

(9) Para la redacción de esta parte me sirvo de la siguiente bibliografía: JENKS, *A short history of english Law*, 1634; HOLDSWORTH, *A history of english Law* (poseo sólo el tomo VII, en ed. 1937, de interés para la conformación de instituciones); ROCKWELL SANBORN *Origin of the early english maritime and commercial Law*, 1930; la Introducción de LEREMOURS-PIGONNIÈRE, a la trad. francesa (1906) del Manual de STEVEN; la compen-

1. La formación del *Common Law* y de la *Equity* se explica por las circunstancias históricas que se dan en Inglaterra a partir de la conquista normanda; pueden discutirse las conexiones con elementos informantes de su contenido que procedieran de la etapa precedente, pero las notas peculiares de su forma de desenvolverse arrancan de aquel hecho. Guillermo el Conquistador se presenta como sucesor de Eduardo el Confesor y promete respeto al Derecho del país por razones (mayoría en número de los naturales frente a los conquistadores, utilización de aquéllos como contrapeso de éstos a los fines de mantenimiento de la subordinación, suceder en el sistema de tributos locales al rey inglés) de cuya exactitud histórica no hay por qué hacer aquí cuestión. Tampoco hay que insistir en el problema de la introducción del régimen y del Derecho feudales que nos alejaría de los temas más relacionados con el nuestro. Frente al respeto a las instituciones tradicionales se presenta un proceso que tiende a hacer uniforme el Derecho sin merma de aquella originalidad nacional: hacerle, en definitiva, «común». El instrumento fundamental de este proceso ha sido la progresiva ampliación de la competencia de los Tribunales del Poder central frente a las jurisdicciones independientes, aplicando, en todo caso, el Derecho del país. Hace falta tener una síntesis del mismo a manera de recordatorio:

Frente a las jurisdicciones locales, feudales y eclesiásticas se va imponiendo la real; inicialmente, la competencia viene dada subsidiariamente, en caso de denegación de justicia, por la supremacía en conflictos entre señores y asuntos reservados a la Corona por su naturaleza. Progresivamente se va ampliando esta competencia a través de determinados mecanismos—ampliación de supuestos de denegación de justicia, necesidad de un mandato real para comparecer en todos los casos en que no se tratara de relaciones feudales, etc.—. En todo caso, las garantías procesales de la justicia del Rey y el interés de éste en atraer a su esfera de acción la competencia determinaron que, ya en tiempos de Eduardo I (llamado el Justiniano inglés), prácticamente los Tribunales reales se hubieran convertido en Tribunales de primera instancia (10).

Conviene en este momento añadir unas notas sobre la conformación de esos Tribunales. Se desgajan del *King's Council* en una progresiva diversificación y especialización de funciones que acarrea la separación de las jurisdiccionales. Inicialmente se distinguen el «Justiciar»—especie de virrey—, el «Chancellor»—capellán y secretario del rey—y un cierto número de «Justices» que se trasladan para aplicar justicia, constituyendo los *Itinerant Justices*. Junto a ellos, el «Exchequer» aparece como cuerpo sedentario, constituido por algunos de esos otros funcionarios para las actividades financieras. A la desaparición del «Justiciar» sigue la consolidación de la autonomía de las funciones jurisdiccionales respecto de las gubernativas y una nueva subdivisión de jurisdicciones. En tiempo de Enrique III se dan situaciones de no provisión del cargo de Justiciar, y, poco antes de su muerte (1268), la vacante producida no se cubre de nuevo. Con ello coincide la separación de tres tribunales: «King's Bench»—el antiguo tribunal del rey constituido en Juez, por sí o a través de sus asesores en su nombre, y a su cabeza, el «Justiciar», que ahora se ocupa de los asuntos en que hay interés de la Corona—, el «Common Pleas»—para asuntos entre particulares y de naturaleza inmobiliaria—y el «Exchequer»—con una posición ambigua entre administrativa y judicial—. Por su parte, la figura del «Chancellor» comienza a tener una importancia jurídica especial a partir de Eduardo I (1272-1307); el interés de su evolución estriba en haber originado, junto al cuerpo jurídico del «Common Law», la «Equity». El curso de este proceso histórico puede trazarse en la siguiente forma: inicialmente, la competencia de los Tribunales del Rey se afirma contra los feudales y locales a través de la atracción del conocimiento del asunto a aquéllos

introducción histórica de SARPATI, en *Le obbligazioni nel Diritto inglese in rapporto al Diritto italiano*, 1924; MAITLAND, *The constitutional History of England*; GOLDSCHMIDT, *English Law from the foreign standpoint*, 1937.

(10) Vid. MAITLAND, cit., págs. 105 y ss.

mediante un mandato al demandado de comparecer ante los primeros y no ante los segundos. Estos mandatos se llaman «Writs»; se van convirtiendo en acciones tipificadas; el «Chancellor»—casi siempre un eclesiástico—es quien, en efecto, los otorga. Con el aumento de los mismos se va constituyendo un cuerpo, que tiende a hacerse fijo en su número, por presión de las fuerzas extrañas a la Corona interesadas en limitar la competencia de ésta. Por otra parte, en el curso del tiempo, la tipificación hace que por antonomasia se entienda que los «Writs» establecidos se consideren los únicos admisibles y a la disposición de los que desean que se les administre justicia por los Tribunales del Rey. La presión para que los supuestos se amplíen se ejerce sobre la «Chancery» y a título de favor; generalmente la fórmula de la Súplica es «for God and in the way of Charity»; con las alternativas históricas de límites y ampliación de esta actividad (11) devendrá en definitiva, función normal de la «Chancery» a título de correctivo de la rigidez del «Common Law», que van estableciendo los Tribunales reales anteriores, inspirándose a veces en las ideas del Derecho romano y canónico en que aprendieron los funcionarios que conceden estos «Writs» y llegando a constituir un cuerpo paralelo a manera de Derecho pretorio: «Equity», según principios o instituciones completas, que, en definitiva, vendrán a constituir el otro cuerpo fundamental del Derecho inglés procedente del «cases Law», frente al del Parlamento—«Statute Law»—. Por último, conviene llamar la atención—dentro siempre de las jurisdicciones civiles, que son las que nos interesan—sobre la existencia de unos Tribunales mercantiles—que se detallarán luego—y eclesiásticos, que se presentan a los ingleses como no nacionales en su jurisdicción y en el Derecho que aplican. El curso de la evolución hasta el sistema vigente se produce según las siguientes líneas:

Los «Writs» otorgados por la «Chancery», como se ha indicado, se derivan de la rigidez de los Tribunales del «Common Law» y se fundamentan en la semejanza de casos—«in consimili casu»—y en el «defect of justice»; la «Chancery» se presenta como un Tribunal de conciencia—«the keener of the King's conscience»—; pero el curso de los tiempos va dando lugar a un cuerpo de precedentes, que, si bien inicialmente habían tomado como base la equidad, deviene Derecho formulado, en la misma forma externa de «cases», que el «Common Law»; por otra parte, en realidad, al atraer a su conocimiento asuntos que, de suyo, correspondían a los Tribunales ordinarios del Rey, plantean una situación de rivalidad con éstos, que llega a manifestarse formalmente entre el «Lord Chancellor», ELLESMERE, y el «Chief Justice of the King's Bench», COKE, en el siglo XVII, y que se decide por el reconocimiento formal de la competencia de la «Chancery»:

por otra parte, a través de diversas alternativas que nos interesan escasamente en este lugar, el Estado va apropiándose la competencia de los Tribunales de la Iglesia. Otro tanto ocurre con la de los Tribunales mercantiles, sobre los cuales se volverá más tarde:

por último, en la segunda mitad del siglo pasado se realizará la sistematización legislativa de todas estas corrientes históricas; subsistirán reformados las «County Courts» locales, con una competencia limitada por la cuantía; se constituirá una organización centralizada de Tribunales superiores de Primera instancia—la «High Court of Justice»—, que, a su vez, se subdividirán en «Chancery Division», «King's Bench Division» y «Probate, Divorce» (precedentes de las materias atraídas de la jurisdicción eclesiástica) y «Admiralty Division» (procedente de los viejos Tribunales de cuestiones marítimas); pero el origen histórico no debe sugerir un deslinde de competencias por razón de la materia—todos son competentes en todo lo que supere la pequeña cuantía límite establecida para la competencia de la «County Court»—e, incluso con el correctivo de la imposición de las elevadas costas, pueden conocer de materias reservadas a éstos: la división de competencia opera internamente a manera de división del trabajo. Por encima de ellas está la «Court of Appeal» y, por último, la Cámara de los Lores. Conviene, finalmente, advertir que

(11) Vid. MAITLAND, cit., págs. 221 y ss., y SARPANTI, cit., págs. 7 y ss.

en asuntos mercantiles los Tribunales pueden decidir la inclusión en la «Commercial List» y aplicar un proceso abreviado que, en definitiva, recoge la vieja tradición uniforme de los Tribunales mercantiles medievales;

desde el punto de vista sustantivo desaparece la aplicación del «Common Law» por sus Tribunales, y de la «Equity» por la «Chancery»; aunque los cuerpos de Derecho constituidos tengan aún trascendencia, se separan como Derecho sustantivo a aplicar por cualquier Tribunal.

De esta manera queda marcada la conformación definitiva del conjunto del Derecho inglés basado en los precedentes—«cases Law»—frente al «Statute Law» o Derecho emanado de disposiciones parlamentarias, así como su conexión histórica con el sistema jurisdiccional.

2. La *formación histórica del Derecho mercantil en Inglaterra* presenta características comunes con la continental y algunas peculiaridades; las primeras pueden ser expuestas brevemente:

a) El Derecho mercantil británico se va formando, como en el Continente, de una manera autónoma. A los fines de sistema con el resto del Derecho inglés, se ha centrado la atención en la existencia de Tribunales mercantiles, terrestres y marítimos, entre los cuales se han distinguido: la «Admiral's Court», que comenzó conociendo de asuntos en los cuales estaba interesada la Corona por su trascendencia general o internacional, para pasar a constituir sucesivamente un Tribunal especialmente dedicado a las materias marítimas; las «Courts of Pie Powders»—o de los pies polvorientos—, que significaba, con la denominación, su competencia como Tribunal de ferias; las Courts of the Staple, que conocían en los asuntos mercantiles referentes a los mercados de las ciudades; por último, las atribuciones jurisdiccionales de las «Guilds Merchants», es decir, de las Asociaciones de comerciantes.

Como fuentes históricas se citan una serie de colecciones o Estatutos; así, el *Little Red Book of Bristol* (siglo XIV), el *Black Book of the Admiralty* (siglos XIV y XVI, y de gran importancia jurídico-marítima), el *Statute de Mercatoribus* (1285), la *Carta Mercatoria* (1303), el *Statute of the Staple* (1353)... En la literatura jurídica, hasta los siglos XVII y XVIII no aparecen obras como la *Lex Mercatoria*, de MALYNES, y *Lex mercatoria rediiviva*, de BEAWES, que tengan importancia—si bien relativa—; pues no pueden parangonarse con las continentales—por lo menos desde el punto de vista jurídico—, aparte de las cuestiones que puedan suscitarse acerca de la originalidad de las mismas.

b) Pero lo que realmente es característico para la evolución inglesa es que el Derecho mercantil se aparece a los juristas de este país como un cuerpo jurídico uniforme no nacional, una especie de «ius gentium» o Derecho mercantil internacional, cuyos elementos informantes son extranjeros. En definitiva, los comerciantes hacen respetar su Derecho, que se aplica no sólo cuando en los asuntos conocen los Tribunales mercantiles, sino que, en primera instancia—cuando estos no existen—o en apelación es también el Derecho que se aplica por los Tribunales comunes; el ligamen entre jurisdicción y Derecho aplicado origina la consideración como cuerpo sustantivo aparte de este Derecho, que constituye, en la terminología tradicional inglesa, la «Lex mercatoria» o «Law Merchant».

3. La absorción en el «Common Law» no puede contemplarse históricamente sin error como un fenómeno de técnica de delimitación formal de la materia mercantil. En Inglaterra es otra cosa distinta: es la nacionalización

de esta aportación jurídica; lo que a los juristas interesa es el hecho de que, a los elementos históricos nacionales informantes de «Common Law», se añada ahora esta «Lex mercatoria», que se contempla como un Derecho uniforme en el orden internacional. Esta es la gran tarea que se realiza en el siglo XVIII por el «Chief Justice» del «King's Bench», William Murray, Lord Mansfield.

Si se observan las manifestaciones formuladas por Lord Mansfield en los casos en que resolvió, se notará constantemente la preocupación por acertar en la determinación de lo que constituía costumbre mercantil o Derecho de los comerciantes, recurriendo, desde la aportación de los propios comerciantes incorporados a los Tribunales como jurados, hasta el estudio directo de fuentes extranjeras: la nota general de la época que arrastra la buena fe en su sentido material y procesal mercantil están expresadas en estas palabras: «The daily negotiations and property of merchants ought not to depend upon subtilties and niceties, but upon rules easily learned and easily retained because they are the dictates of common sense draw from the truth of the case» (12).

B) Ahora el problema del concepto del Derecho mercantil en el sistema jurídico inglés puede plantearse contando con una moderada, pero suficiente, base general a los efectos de las necesarias relaciones de ese problema.

1. Desde el punto de vista inglés, el problema es inexistente de hecho.

a) Desde el punto de vista del Derecho positivo en el sistema inglés, por su propia contextura, es inútil proponerse el tema: no existen cuerpos legales, como nuestros Códigos, que enfrenten partes del ordenamiento jurídico, que, a su vez, requieran, por razones de sistema, de un acotamiento o delimitación. Por ello los juristas ingleses, atentos primordialmente a este hecho, indican que el Derecho mercantil carece de sustantividad: de esta manera, lo que quieren decir realmente es que la vieja «Lex mercatoria» ha dejado de ser una «parte» del Derecho inglés; el Derecho inglés no tiene más partes que el «Common Law», la «Equity» y el «Statute Law»: aquél absorbió definitivamente al «Law merchant».

Este punto de vista está indicado expresamente por GUTTERIDGE.

«El término «Commercial Law»—dice—es una fuente de incertidumbre; hablar de ella como rama separada del «Common Law» es anticientífico. Sólo se trata de una extensión de los principios generales del Derecho de la contratación a negocios especiales de carácter mercantil» (13). Igualmente se formulan en el caso «Goodwin v. Roberts» (1875); «se ha hablado a veces de la «Law Merchant» como de un cuerpo fijo del Derecho que forma parte del «Common Law» y como si fuera contemporáneo de él. Sin embargo, en el orden histórico este punto de vista es completamente incorrecto... No es, ni más ni menos, que los usos de los comerciantes y negociantes en diferentes actividades del tráfico, ratificados por las decisiones de los Tribunales, los cuales, habiendo sido probados ante ellos, los han adaptado como derecho establecido con vistas al interés del tráfico y a la pública conveniencia, procediendo sobre la base del conocido principio de Derecho, según el cual los Tribunales, al dar efectividad a los contratos y actuaciones de las partes en transacciones de distintas actividades del tráfico, han de asumir que dichas par-

(12) Vid. FIFOOT, Lord Mansfield, 1936, págs. 55, y, en general, todo el capítulo IV.

(13) Véase detalle en mi *Introducción al Derecho mercantil inglés de la economía de guerra*, 1950, pág. 28.

tes han tratado entre sí sobre la base de las costumbres o usos que prevalecen generalmente en la actividad de que se trate. A través de este proceso, lo que antes era sólo uso sin sanción legal, deviene incorporado al «Common Law y, por tanto, debe decirse que forma parte de él» (14).

Pero el problema jurídico positivo no se agota en los términos indicados. Existe un tema jurisdiccional que tiene larga tradición mercantilista en el Continente y que aun subsiste en el Derecho inglés: la existencia de un proceso especialmente abreviado para los «commercial cases». Y aquí se centra—como históricamente había ocurrido—el tema de acotamiento de la materia mercantil, aunque claro está, no se decida de esta manera acerca de la aplicación exclusiva de un cuerpo de Derecho positivo mercantil, porque esto ya no existe.

b) Ya en otro lugar hice una síntesis que es de aplicación al problema del planteamiento del concepto del Derecho mercantil como tema doctrinal. Prácticamente, este problema en la actualidad no se suscita (15).

2. Pero un examen del Derecho inglés *desde el punto de vista continental*, es decir, que se refiera a las características de la masa de disposiciones que en aquel ordenamiento rigen las instituciones paralelas a las que en el Continente se llaman mercantiles, no encuentra contestación a una serie de preguntas que han de formularse con las simples consideraciones que preceden.

En general, puede decirse que vuelve a plantearse la cuestión en unos términos semejantes a los que se vieron para el Derecho romano. Se ha dicho con razón que «pudiera ser una paradoja, pero parece ser la verdad, que existe mayor afinidad entre el jurista romano y el «common lawyer» que entre aquél y su sucesor moderno» (16).

a) Si en la inexistencia de una línea técnica de acotamiento del conjunto de las instituciones mercantiles o de algunas determinadas quisiera verse una fusión del Derecho mercantil y el civil, se incurriría en una apreciación demasiado simplista de los hechos; mas bien este problema ha de examinarse desde otro punto de vista:

Está muy vulgarizada la exposición de las dos actitudes metodológicas de los sistemas continental e inglés para que sea preciso insistir sobre ellas: en el Continente el racionalismo sistematizador de los Códigos origina una posición deductiva de principios y conceptos generales que se formulan en aquéllos; en el sistema inglés, por el contrario, el punto de partida de la inducción decidiendo casos, origina un cuerpo de Derecho en el cual la lógica es un instrumento que se utiliza con muchas precauciones. De estos dos puntos de partida se deducen otros del mayor interés: los juristas ingleses suelen huir en los «cases» de las generalizaciones y definiciones; sólo de una manera muy cautelosa se formulan reglas generales. La frecuencia de las definiciones de términos en el «Statute Law»—que suelen seguir al articulado en forma pesa-

(14) Tomado de SLATER, *Mercantile Law*, 1924, pág. 6.

(15) Me remito a mi libro *Introducción al Derecho mercantil inglés*, cit., págs. 25 a 27, cuyos párrafos sobre este tema no reproduzco; téngase también en cuenta lo que acabamos de indicar en el párrafo precedente.

(16) BUCKLAND y MONAIR, *Roman Law and Common Law*, 1906, págs. XI y ss.

da y llena de salvedades y repeticiones—no contradice, sino que, por el contrario, se explica por las ideas antes expuestas: los Tribunales ingleses consideran que el Derecho inglés, por antonomasia, es el formulado a través de los «cases»; toman, por ello, una posición hermenéutica restrictiva ante las normas legislativas; antes que tratar de descubrir los principios ideológicos en que éstas se inspiren, tratan de llevar a la interpretación los ya formulados en el «Common Law»; de aquí la necesidad de acotar con exagerada precisión lo que en las leyes se dice. Por otra parte, se verá que en tales disposiciones las definiciones acotan su esfera de aplicación, generalmente en la zona y a los fines restringidos de la disposición de que se trate.

He aquí un texto que en síntesis formula lo mismo que se acaba de dar con más detalle: «Tanto el jurista romano como el «common lawyer» evita generalizaciones y, en lo posible, definiciones. Su método es intensamente casuístico. Proceden de casos más deseosos de elaborar un cuerpo efectivo de reglas, incluso con el riesgo de alguna incoherencia lógica que pueda crear tarde o temprano una dificultad, que de establecer un sistema lógico» (17).

Con estos antecedentes se revela que sería inadecuado buscar que, sólo a efectos de precisar el concepto del Derecho mercantil, los ingleses hubieran cambiado ni más ni menos que su actitud total ante el Derecho. El que el Derecho mercantil no se presente acotado por conceptos, ni sus instituciones definidas esquemática y limpiamente no es una solución deliberada al problema continental de la existencia separada del Derecho mercantil; es un resultado—el normal—de la posición británica ante los conceptos y esquemas jurídicos sistemáticos. Cosa distinta es el hecho mismo de la inexistencia de esa línea de fórmulas acotadoras, pero si se la quiere examinar con fines de ejemplaridad, habrá de procederse en forma correcta y no podrá separarse de las peculiaridades del Derecho inglés, con las que forma un todo indisoluble: no puede separarse el hecho de sus circunstancias ni trasladarse aquél sin éstas.

b) Pero, aparte de esa fórmula de falta de disposiciones meramente delimitativas, volvemos a encontrarnos en el Derecho inglés:

’) Con normas que atienden a particularidades del tráfico comercial en el seno de instituciones generalizadas.

Así, desde la parte de la empresa hasta las formas contractuales en toda su riqueza de supuestos concretos que se presenta más exuberante que en cualquier ordenamiento del continente por la masa de «cases» que conserva su vigencia. Claro está que la misma flexibilidad del Derecho inglés hará que las expresiones «business» o «trade» se presenten con notable elasticidad, como corresponde, en general, a las peculiaridades ya expuestas del sistema, y que, a veces, por la huida por principio de las generalizaciones, los casos contemplen la particularidad o especialidad, refiriéndose directamente o al tipo de tráfico o a hechos concretos o a usos determinados, etc. (18).

’’) Igualmente la tipificación no ha podido evitar la existencia de instituciones completamente regladas para el tráfico comercial contemporáneo (se-

(17) BUCKLAND y McNAIR, cit., pág. XII. En general, para todos estos problemas véase GOLDSCHMIDT, ob. cit. o FRIEDMANN, *General Theory*, ed. 1944.

(18) Sobre este punto puede verse mayor información en mi *Introducción...*, cit.

guros, transportes...), las cuales de suyo encuentran, por su propia naturaleza, la determinación de la esfera social y económica de vigencia.

En definitiva, pues, el Derecho inglés nos presenta un Derecho mercantil que ha prescindido de la técnica de delimitación preliminar. Ninguna otra conclusión puede generalizarse sin las salvedades de las notas generales derivadas de las características del Derecho de este país.

III. No puede decirse que EL PROBLEMA DOCTRINAL DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO deba su existencia a las características de los sistemas suizo e inglés, pero sí, en cambio, que ha influido en su desarrollo y que es el ejemplo al que se recurre para demostración de las ideas que por los partidarios de la unidad se formulan.

El buen orden en el planteamiento y formulación de este tema pide que se proceda con carácter sucesivo a concentrar bajo su rótulo corrientes de ideas que se han venido produciendo separadamente y que, sin embargo, no constituyen sino facetas de la misma cuestión, y a separar, según su naturaleza, la índole de los argumentos utilizados. Las tres corrientes más importantes que se unen en nuestra cuestión son las siguientes: la pura y simple de la unificación que entiende que no hay razones para la permanencia de un Derecho mercantil como Derecho especial; la que limita la amplitud del tema al Derecho de Obligaciones; y, por último, desglosada del problema genérico de las relaciones de Derecho civil y mercantil, la que se encuentra dentro de lo que se ha llamado «comercialización» del Derecho civil y «descomercialización» del mercantil. A su vez, en todas estas tendencias se manifiestan ideas que afectan al momento político-jurídico o de justificación material de la existencia de normas especiales para la materia mercantil, y a la metodología y a la técnica jurídica, fundamentalmente a la de delimitación de la materia jurídico-mercantil.

El desarrollo de estas tendencias ha tenido particularidades distintas según los países:

En Alemania la autoridad de algunos autores ya atrajo la atención sobre este problema: se mostró partidario de la unidad ENDEMANN en el t. I de su *Handbuch*, edición de 1881 (19). Al proponerse en el orden legislativo—con motivo de la preparación del Código civil—, GOLDSCHMIDT opuso con éxito el argumento de la conexión histórico-sistemática de las instituciones mercantiles que no podía suprimirse sin inconvenientes. Aunque de cuando en cuando surja la idea unificadora, en el Derecho alemán predomina desde entonces la contraria (20). También la idea de la «comercialización» del Derecho civil—que luego había de llamar la atención de la doctrina francesa particularmente—se encuentra indicada por algún autor alemán (RIESSER) (21).

Pero el problema de la «autonomía» o «unificación» ha adquirido resonancia a impulsos de la doctrina italiana, apoyada en el prestigio y autoridad de

(19) Página 16, cit. por HEYMANN, pág. 19. En la ed. italiana que aquí se ha utilizado, vid. pág. 16.

(20) Así, HEYMANN, cit. Vid. GOLDSCHMIDT, *Die Kodifikation des deutschen Bürgerlichen und Handelsrecht*, en Z. H. R. 1875. El desarrollo de la idea citada (que se completa con la conocida estimación del carácter progresivo y anticipativo del Derecho mercantil) en pág. 139.

(21) *Der Einfluss Handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlicher Gesetzbuch*, Stuttgart, 1894.

VIVANTE. Los monumentos fundamentales que han trascendido son la exposición primera en Bolonia en 1892, que luego se incorpora a las ediciones de su Tratado; la publicación francesa en los *Annales*—1893—, apoyada luego por WAHL—traductor francés del Tratado, que también en la traducción recoge la tesis del gran mercantilista italiano—y, por último, su retractación desde el punto de vista legislativo con ocasión de sus trabajos en las tareas codificadoras, la cual se publica en la «R. D. C.» (1925) y luego en las ediciones sucesivas de su libro. Desde la primera proposición formal del problema por VIVANTE, la doctrina italiana se ha dividido en una polémica que ha llegado hasta nuestros días, y que, en definitiva, parece haber dado el triunfo a la tesis unificadora para el Derecho de las Obligaciones en el *Código Civile* (22).

En la doctrina francesa el problema aparece con unas peculiaridades metodológicas que conviene que sean destacadas. Proponiéndose el tema de las relaciones entre Derecho mercantil y Derecho civil se arrastra hasta los libros de nuestros días un planteamiento en el que hay datos históricos que ya no tienen razón de ser: cuando se habla de la influencia del Derecho civil sobre el Derecho mercantil (23) se viene a enfocar el tema metodológico de la posibilidad de existencia de conceptos y, en definitiva, de la manera de operar jurídicamente con los textos mercantiles en forma distinta de la civil; es decir, se sigue aún con las últimas reminiscencias del sentido material de la buena fe comercial de que ya se ha hablado en otros lugares. Mayor trascendencia tienen las observaciones acerca de la generalización de las exigencias técnicas del tráfico comercial mercantil al civil, en cuanto inspiradora de la manera de venir reguladas las instituciones, es decir, el tema de la comercialización del Derecho civil (24).

Conviene que estos antecedentes sobre la manera de orientarse las distintas corrientes de la unificación sean tenidas en cuenta al hacerse la exposición sistemática y crítica que se expone a continuación:

A) El aspecto metodológico del tema de la unificación no me parece que merezca conservarse como problema en los términos históricos en que ha venido proponiéndose. Ha de desterrarse la pretensión de fundar una «jurisprudencia» o «ciencia» mercantil de la que haya de nacer «otra» ciencia del Derecho junto a la ciencia del Derecho única.

«Ninguna rama del Derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás, y menos que ninguna el Derecho mercantil, nacido dentro del Derecho civil y como una desviación del mismo... El prurito de la independencia científica del Derecho mercantil es un viejo tópico hoy casi desaparecido en la doctrina moderna. Todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre los particulares que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho civil» (GARRIGUES (25)).

(22) Cualquier libro italiano enumera autores y argumentos, y no hay que insistir. Muy informados en nuestro país están los trabajos de LANGLE, *La autonomía del Derecho mercantil. Revisión doctrinal y nuevos derroteros*, R. G. L. J., vol. CLXXI, páginas 465 y 581, y *Las directrices fundamentales del Derecho mercantil*, R. D. M., vol. III, número 9, pág. 317, y MARÍN LAZARO, en su *Comentario*, t. I, 1932, págs. 49 y ss.

(23) Vid. la referencia a esta vieja dirección en RIPERT, ob. cit., pág. 27.

(24) RIPERT, pág. cit. en nota anterior, da cuenta de los conocidos trabajos de LYON-CAEN, HAMEL y suyo propio. Por otra parte, sobre el mismo fenómeno, aunque indicando que lo que se advierte en el proceso histórico es una fluctuación de márgenes en los últimos años, puede verse de nuevo HAMEL, *Droit civil et Droit commercial en 1950* (en libro homenaje a RIPERT, II, 1950, págs. 261 y ss.). Este trabajo es útil para observar la manera de plantearse el problema por los juristas franceses.

(25) *Curso*, t. I, pág. 30.

Cosa distinta es que se acentúe en el estudio de las instituciones jurídico-mercantiles—siempre conservando su tratamiento según la ciencia del Derecho—la consideración de las circunstancias de hecho «económicas que motivan sus particularidades y que se manifiesten como un «plus» que sirve a explicarlas.

B) El aspecto más grave del problema es el que se refiere a la *política jurídica*; pueden traerse a este lugar tanto los argumentos que se proponen de «lege ferenda» como aquellos otros que, siempre con la vista puesta en dichas motivaciones, creen descubrir ya en el Derecho establecido los datos suficientes como para generalizar la propuesta unificadora, porque los textos separados reflejaran más una unificación que la realidad de las circunstancias económico-sociales y legislativas. En la exposición crítica que sigue se procurará huir de generalizaciones y se intentará aproximarse a los datos circunstanciados para poder hacer juicio de la legitimidad y de la amplitud de dichas generalizaciones.

1. Primeramente habrá que recordar el clásico argumento de VIVANTE: el Derecho mercantil se ha ido formando por la presión de los comerciantes como clase y, en consecuencia, son sus intereses los protegidos con quebrantamiento de la igualdad; se trata de una apreciación que llevaría a calificar al *Derecho mercantil como privilegiado*, con su consiguiente odiosidad. Ni esta calificación conviene al Derecho mercantil—que se mantiene en los límites de la especialidad—, ni es generalizable para el conjunto de su contenido—que, analizado en detalle, presentaría preceptos favorables y desfavorables, a veces estos últimos muy rigurosos—ni las normas de favor serían exclusivas, pues la presión de los grupos en las comunidades políticas se presentan muy variadamente según las circunstancias sociales. Por otra parte, históricamente está ya muy analizada la materia: el tratamiento especial del comerciante no atenta a la igualdad, elemento de la justicia, porque más bien ésta pide el trato desigual de desiguales situaciones para restablecer la paridad. Pero, en definitiva, este argumento no merece ser particularmente considerado ya.

2. Más graves son las formas de apreciar *los distintos aspectos político-jurídicos de la llamada comercialización actual del Derecho privado*. En este sector de ideas conviene subdistinguir:

a) Un primer grupo de ideas versan sobre la *generalización de instituciones tradicionalmente jurídico-mercantiles*. Se llama así la atención sobre el hecho de que los títulos valores y, de entre ellos, la letra de cambio, de tan clásica raigambre mercantil, se usa fuera del tráfico de negocios comerciales e industriales. De este núcleo tradicional se pasa a considerar bajo el mismo prisma los llamados actos de comercio «absolutos», destacándose algunos (operaciones de Bolsa, instituciones de Derecho marítimo...). Y, en efecto, esta generalización se da; pero no está tan claro que se haya acertado en la explicación de su sentido. Si nos aproximamos a lo que ocurre en esos casos, podremos ver lo siguiente: ha desaparecido la técnica que opera con el ingrediente económico de la mercantilidad; los autores están habituados a utilizar esas normas puramente delimitativas, que contienen ingrediente o elemento para acotar la esfera de vigencia de las prescripciones especiales del

Derecho mercantil, de carácter económico—la participación de un comerciante en el sistema subjetivo o alguna otra nota (las de cada grupo de actos de comercio según su naturaleza)—, y, desaparecida esa mecánica, creen haber encontrado la base para hacer desaparecer la especialidad. De esta manera se oscurecen distintos fenómenos importantes:

La especialidad de tratamiento de los fenómenos económicos mercantiles ha dado lugar a la tipificación jurídica de instituciones o figuras jurídicas, en forma tal, que el mero recurso a su naturaleza jurídica implica la demarcación de su esfera de vigencia sin ningún otro ingrediente y, por tanto, siguiendo el mecanismo normal de sub-sunción de los ordenamientos actuales. Las formas de ventas especiales, la variedad de los negocios bancarios y bursátiles que, tipificados en el tráfico, se han tipificado también en los Ordenamientos más recientes (como en el *Codice Civile* italiano), los contratos de seguros en sus distintas modalidades, etc., etc. son buenos ejemplos de ello. En todos estos casos no se precisa ni el acotamiento preliminar genérico según los sistemas subjetivo u objetivo de la limitación de la materia mercantil, ni el acotamiento específico en la parte en que se trata de la figura o la institución que se considere.

Pero esta tipificación de naturaleza jurídica al hacer superflua aquella técnica de acotamiento no quiere decir que pueda formularse el principio general de que la figura o la institución emigra de los sectores de la estructura económica que llamamos industrial o comercial al llamado civil; las letras tienen su función y su justificación en el tráfico comercial, aunque se utilice fuera de él, y las operaciones bancarias se ejercitan por las empresas bancarias, y las de los seguros, por las de este carácter. Siguen insertas en su mundo económico propio. No hay que generalizar en términos absolutos las consecuencias de aquella ausencia de necesidad de normas delimitativas: unas veces hay una posibilidad de que las normas y las figuras que creó el tráfico comercial tengan un contenido explicable por la conformación jurídico-formal de sus elementos definidores y puedan ser aisladas de su utilización en el tráfico comercial, y habría una extensión de su esfera posible de vigencia (una compraventa sobre muestras o una compraventa de especificación tipifican figuras en las que su contenido normativo resuelve problemas en los que no hay por qué atender a que se den en el comercio o no, pero han nacido y siguen apareciendo principalmente en ese sector de la vida económica); otras veces se trata de una gran extensión de los llamados actos unilateralmente mercantiles (la participación de una gran clientela de empresas bancarias o de seguros en el tráfico de éstas, etc.).

Lo único que ocurre es que hay que plantearse de nuevo lo que cada autor entienda por «especialidad» de una rama jurídica; si se exige—y así parece ser, aunque más por arrastre de la técnica de delimitación que nació con el Código francés que como resultado de un planteamiento deliberado y renovador a la vista de estos fenómenos—que sólo haya Derecho especial cuando ante dos instituciones dogmáticamente paralelas (v. g.: compraventa civil y mercantil) se haga separación por un ingrediente que no tenga nada que ver con la naturaleza jurídico-formal de la institución, o se pide ese acotamiento en conjunto, entonces habría que concluir que no hay razones para hablar de un Derecho mercantil especial; si, por el contrario, se prescinde del paralelismo de

dos cuerpos con un conjunto de instituciones igualmente calcables dos a dos por razón de su naturaleza y se atiende a la continuidad de los datos económico-sociales, que, como constante, explican a veces desviaciones de una institución paralela, en ocasiones figuras o instituciones propias, y todas ellas, a su vez, planteando problemas que sólo en la cúspide de la unión con la línea de la estructura económica encuentran en ella explicación, entonces no puede aceptarse el argumento que se ha venido esgrimiendo.

Al hacer la saavedad del último inciso del párrafo precedente quiere significarse—y es preciso aclararlo porque queda oscuro, aunque me parece necesario conservarlo así para mantener el razonamiento—lo que se aclara con el siguiente ejemplo: la S. A. como institución puede explicarse por las necesidades de la industria o el comercio, pero la impugnación de acuerdos de una junta general no tiene necesariamente que ver con ello; se trata de un problema que surge por haberse admitido la institución; pero en sí puede tratarse de la misma manera que la impugnación de acuerdos, v. g., de una Asociación. Sólo mediatamente se puede decir que esta materia dependa de las necesidades de la industria o el comercio.

No estará de más que se repitan las mismas ideas anteriores partiendo de un ángulo distinto: si la especialidad del Derecho mercantil hubiera de deducirse de la existencia de normas delimitativas del total del cuerpo legal en que se encierre o de cada institución, podría darse el caso de la existencia de esas normas y, simultáneamente, el vacío de las dispositivas que contuvieran los efectivos preceptos de contenido especial. Hay ejemplos de ello; tomemos uno tradicional, el de la «comercialidad de los inmuebles»: con normas acotadoras generales puede entenderse que el tráfico inmobiliario se considerará mercantil, pero la «mercantilidad» en este caso contiene una generalización injustificada; peca por exceso, porque, si llamamos mercantil a una compraventa de inmuebles entre dos sociedades anónimas inmobiliarias, nos encontraremos con el vacío en cuanto a régimen, porque la compraventa mercantil no ha contado con este supuesto y, por otra parte, de «lege ferendae» tampoco se necesitarían particularidades, porque el régimen inmobiliario satisface a las necesidades corrientes. De aquí puede inducirse que la especialidad hay que verla materialmente, es decir, observar si, por excepción no odiosa o privilegiada respecto de normas de Derecho civil o por necesidades nuevas que el Derecho civil no ha tenido necesidad de contemplar, se dan instituciones, figuras o preceptos particulares para una realidad material específica. Y desde la vertiente de la exclusión: el que en el tráfico comercial se utilicen instituciones, figuras o preceptos determinados no quiere decir que ya constituyan parte de la materia jurídica especial; se trata de una utilización de los que en su origen no nacieron, ni en su funcionamiento se explican por las necesidades de la realidad extrajurídica que al Derecho especial sirve de justificación. Así que, para resolver un tema de Derecho de Obligaciones hayamos de hacer uso de la distinción de obligaciones divisibles o indivisibles, de las normas de la comprensión, etcétera, que se utilice la hipoteca, etc., no querrá decir que estas cuestiones sean parte del Derecho especial que se considere.

Con las aclaraciones precedentes podría aventurarse una explicación histórica a estos fenómenos; la siguiente: con la separación de ordenamientos por razón de clases sociales de donde nació el Derecho mercantil, se pudo dar el caso de que, incluso sin necesidad, surgieran reglamentaciones incomunicadas y distintas de figuras conceptualmente iguales; al consumarse la evolución hacia la unidad del ordenamiento jurídico nacional y, con él, afirmarse la unidad fundamental de las Ciencias jurídicas y de su método, ha resultado que la separación conjunta de la rama mercantil frente a la civil, con técnicas que, en parte, provienen del período histórico anterior (el llamado sistema objetivo es más bien mixto y el subjetivo no es político-clasista), ha resultado que se entienden mal los fenómenos que reflejan aquella unidad de operación del sistema jurídico positivo y la manera de construir doctrinal-

mente la interpretación y el juego de conceptos e instituciones. En estos dos sectores de ideas tiene necesariamente que haber unidad: pero tal cosa no impide la particularidad material de un grupo de preceptos o un grupo de instituciones que se reducen a grupo justamente por la realidad económico social que sirve de explicación constante a su existencia y a su contenido.

b) Un segundo grupo de ideas parte de este mismo fenómeno de generalización antes descrito, pero le interpreta como síntoma de donde deducir una transformación en la manera de enfocar el tema del concepto del Derecho mercantil: la generalización de instituciones, preceptos y figuras—que se da como un hecho indiscutible—es el modo de manifestarse la generalización en la sociedad contemporánea del capitalismo; esta generalización del Derecho mercantil sería paralela con la expansión de sectores en la evolución histórica de la estructura económico-social hacia el capitalismo: se comienza con el capitalismo comercial que tendrá su correlación en el Derecho mercantil como Derecho de los comerciantes y se llegaría, al transformarse la sociedad entera en comunidades capitalistas, a un Derecho comercial que dejaría de ser especial para convertirse en común, para convenir a la correlación histórica marcada que se representa en la actualidad por la conformación casi totalmente capitalista de las comunidades políticas de nuestro tiempo.

Este sector ideológico se presenta doctrinalmente según la siguiente línea: Frecuentemente en los libros de Derecho Mercantil se encuentran alusiones a las influencias del capitalismo en sus instituciones; globalmente pasa a referirse a esta influencia ASCARELLI para tomarle como punto de partida para examinar el condicionamiento histórico de la especialidad de una rama jurídica que puede haber partido de particularidades referentes a principios jurídicos inspiradores, para pasar a explicarse en razón de las exigencias técnicas de la materia regulada; según su autor, «el Derecho mercantil ha sido en gran parte el fruto de aquel espíritu que se suele llamar capitalista para individualizar mediante un nombre *inevitablemente inexacto* un complejo de elementos que se han revelado con particular intensidad en un momento histórico determinado»: pero el curso de la evolución histórica con la progresiva intervención del Estado en la vida económica (control de la fundación de empresas, autorizaciones y fiscalizaciones de condiciones generales, intervención en contratos...) hacen pensar en una transformación profunda de las instituciones que no podría comprenderse sin la penetración en la íntima conexión entre las estructuras jurídicas de formación libre y los nuevos elementos que en esa estructura se insertan como resultado de esas transformaciones políticas y económicas (26). Pero la proposición del problema total de las relaciones entre Derecho y capitalismo como tema monográfico se le ha formulado RIPERT en 1946 en un libro que se ha traducido luego a la lengua española (27); en el conjunto de ese libro, en que se examinan temas políticos, jurídicos y la penetración del espíritu capitalista en la sociedad y en el Derecho en general, vuelve el autor a traer ideas ya contenidas en su trabajo anterior sobre la «comercialización del Derecho civil», de donde deriva las dificultades del sostenimiento de la autonomía del Derecho mercantil: «el Código de comercio no contiene una reglamentación corporativa y se aplica a todos aquellos que ejecutan actos de comercio. Técnicamente el Derecho mercantil se hace aceptar al perder su originalidad y modelarse sobre el Derecho civil. Económicamente reemplaza al Derecho civil. El Derecho francés se mercantiliza hasta el punto

(26) Vid. *La funzione del Diritto sociale e le trasformazioni del Diritto commerciale*, en R. D. U., 1934, 1 y ss. Puede verse también BRUNETTI, *Lezioni*, cit., pág. 40.

(27) *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno (poseo y manejo la traducción argentina)*.

de preguntarse hoy si no sería más simple redactar un Código único de las Obligaciones» (28). Pero estas ideas cuando se trasladan de la monografía al rigor metodológico del Tratado vienen a ser debidamente centradas por el autor: la penetración ideológica del capitalismo no quiere decir que no se necesite plantearse el problema de demarcación del Derecho mercantil, y se inclina por el sistema subjetivo—dando cabida a la tendencia actual a la profesionalización, que no quiere decir, claro está, vuelta a la sociedad estamental—, al mismo tiempo que preconiza por razones técnicas la supresión de las reglas puramente delimitativas en la zona del Derecho de Obligaciones (29). Por otra parte, no está de más indicar que la misma base de generalización con el capitalismo puede dar lugar a la postulación de un sistema objetivo de «Derecho de los negocios» independiente y separado del Derecho civil sobre la base argumental, ya desde mucho tiempo indicada en la doctrina de la contraposición entre progreso y tradicionalismo, que vendrían representadas por una y otra rama (30). Observemos, por último, que como secuela del terreno ideológico en que el tema de la influencia del capitalismo se sitúa en los libros de RIPERT, sigue, naturalmente, a la consideración del capitalismo la de las fórmulas ideológicas de sustitución y las maneras con que las legislaciones proceden a reflejar el tránsito de nuestro tiempo hacia alguna fórmula intervencionista del Estado.

En nuestro país se encuentran en la misma línea dos trabajos recientes de CONDE (31) y RUBIO (32). Según el primero de ellos, «la realidad mercantil no es sino un tipo específico de realidad económica...; es una realidad económica eminentemente histórica, vinculada en su nacimiento a una forma concreta e histórica de la economía. El Derecho mercantil es, en realidad, el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo...; el Derecho mercantil se nos aparece como una forma histórica específicamente «moderna» del Derecho civil patrimonial...; en el acto mercantil tienen que darse necesariamente como elemento dominante las notas históricas que definen y diferencian los actos económicos de signo capitalista...; la historia entera de la actividad económica humana—se agrupa—en torno a dos grandes motivos dominantes: el principio de la cobertura de necesidades y el principio de lucro o ganancia...; tal ganancia ilimitada, absoluta y radical se hace posible gracias a un planteamiento altamente racional de los actos económicos...; el contrapunto absoluto de este tipo de acto—el acto económico capitalista que sería el mercantil—sería aquel en que faltasen ambos ingredientes, la expectativa del lucro y el cálculo racional...; la empresa no es una realidad que está ahí a la manera de un monolito, sino una unidad organizada de actos económicos. Su substractum real es el acto mercantil. La realidad mercantil es una trama infinita de actos mercantiles. Claro que el acto mercantil, sobre todo el acto mercantil perfecto, propende por su propia naturaleza a producir «organizaciones»...; el contrato civil fundado sobre lo que antes llamábamos actos de hacienda o de patrimonio, determinados por el principio de cobertura de necesidades (consumo) y el cálculo natural, se convierte paulatinamente en contrato mercantil, fundado sobre los actos mercantiles de signo capitalista. Lentamente, a medida que el orden económico se ha ido consolidando, los actos mercantiles han ido desplazando a los actos patrimoniales o civiles...; dentro ya de la realidad mercantil, el mismo proceso de maduración capitalista restringe también cada vez más el recinto de los actos mercantiles sueltos o aislados en favor de los actos mercantiles organizados en empresa...; el acto mercantil es la forma moderna del acto patrimonial civil, cualitativamente transformado por las notas esenciales del acto económico ca-

(28) Aspectos..., pág. 345. de trad. argentina.

(29) Vid. *Traité*, cit., págs. 7 y s. y 5 y s.

(30) HAMBL, en *Le Droit privé*, cit. (en libro homenaje a Ripert, pág. 270).

(31) *La transformación del Derecho patrimonial...*, «Rev. D. M.», septiembre-octubre 1947, págs. 167 y ss.

(32) *Sobre el concepto...*, en la misma revista, noviembre-diciembre 1947, págs. 317 y siguientes.

pitalista. Cuando se dan esas notas en su integridad y pureza tenemos el acto mercantil perfecto. Su expresión más pura es el acto de empresa». Dice coincidir fundamentalmente con CONDE, RUBIO, aunque discrepe en algunas conclusiones; de aquí que le preocupe cómo puede quedar encajada y resuelta la problemática familiar a los mercantilistas, a la que pasa revista, interpretándola desde el ángulo de la concepción de que tratamos, de donde deriva la siguiente noción del Derecho mercantil: «no es sino el nuevo sistema de normas adecuadas al espíritu y a la organización capitalista, que, de modo creciente, va sustituyendo en el Derecho general privado la región del Derecho patrimonial (entendiendo aquí—aclara—que «patrimonial» quiere utilizarse no en el sentido de CONDE, sino en su acepción delimitativa de una parte del Derecho civil). El Derecho mercantil constituye, pues, aquella parte del Derecho privado (Civil, en su general acepción), transformada para adecuarse al espíritu y a la organización capitalista, y que reglamenta una gran parte de la vida económica, especialmente la del tráfico y la del poder sobre bienes muebles e incluso ciertos aspectos de la riqueza inmobiliaria».

Conviene llamar la atención sobre la mutación formal que la corriente reseñada presenta en la versión española—con independencia del sí y el en qué medida se haya inspirado en las antes citadas—: se ha producido una transposición de un temario que se venía enmarcando en el sector de las ideologías, pasándole a instrumento definidor de una rama jurídica.

Para hacer juicio de la tendencia que estamos exponiendo conviene examinarla desde sus puntos de partida:

1) El recurso al capitalismo para hallar en él el *elemento definidor de una rama jurídica* pide que se revisen los criterios de división en ramas de la ciencia jurídica. Y no es fácil hacerlo, porque no es sencillo saber qué «género» de concepto científico sea el del capitalismo para luego situarle en la enunciación de aquellos criterios de distinción de disciplinas. Pero hay que intentarlo.

Puede pasarse por alto el tema de la utilidad y justificación científicas del concepto de capitalismo en la ciencia económica que es muy discutido (33). Hay que pensar, de todas maneras, en los sentidos y facetas con que suele utilizarse por los que de él se valen, para no excluir de antemano las derivaciones posibles de la cuestión.

El capitalismo puede ser tomado como una «ideología» que tienda a convertirse en sistema de organización social y económica, lo haya conseguido en más o en menos. Si así se tomara, es claro que no se encontraría manera de entroncarlo con los criterios de distinción de las ramas jurídicas. Puede, indudablemente, intentarse para fines determinados el análisis de los ordenamientos jurídicos actuales desde estos puntos de vista y tratar de estudiar, por ejemplo, el Derecho del cristianismo (34), el Derecho del socialismo, etc. Pero no creo que haya dificultad en constatar que no es así como se procede en el estudio de los ordenamientos actuales al dividirse en sectores para su mejor análisis. Además, habría que saber si se acepta sólo el Derecho de la ideología capitalista que triunfa, o si también el Derecho que pretende poner la decisión de justicia contra el capitalismo. Y así, en todas las ideologías también habría

(33) Vid. EUCKEN, *Cuestiones fundamentales de la economía política* (trad. española, páginas 59 y ss., y art. «Capitalismo», pág. 195, en la Enciclopedia de SELIGMAN, t. III y IV, edición 1940).

(34) Como en efecto se ha hecho para Roma y para la actualidad.

que saber si es Derecho lo que fuere norma no inspirada en razón de justicia, sino en una ideología económico-social.

Puede tomarse el capitalismo como un sistema de organización de la estructura social y económica de unas determinadas características que en otro lugar se han tratado de sintetizar. En tal caso, de nuevo nos encontraríamos con la heterogeneidad de este criterio de demarcación de una disciplina jurídica con respecto a todos los demás que se utilizan para trazar el cuadro de las ciencias jurídicas: la imposibilidad de llevar este criterio a cualquier tronco divisorio origina que se monte o superponga la rama que en él se funde sobre todas las demás. Y, en efecto, si distinguimos los que se han llamado elementos constitutivos del sistema (espíritu, formas institucionales y tecnología) (35) parando la atención en su «orden institucional», se evidencia que sólo por un espejismo—por lo demás, de inspiración en el planteamiento tradicional del tema del Derecho mercantil—se puede proponer la correspondencia de las áreas economía capitalista y Derecho patrimonial; en realidad, el capitalismo requiere determinado contenido de Derecho constitucional (derechos individuales, igualdad, fines del Estado...), de Derecho administrativo (sistema monetario, de pesas y medidas, de caminos, de instrucción técnica...), etcétera, aunque cuantitativamente propenda a la privatización jurídica de la vida económica. No es preciso insistir sobre estas materias que se contienen en cualquier libro sobre el sistema capitalista (36). Y si no puede decirse que en la actualidad se corresponda el contenido de instituciones del Derecho constitucional o del Derecho administrativo con las que hubiera postulado el capitalismo, quiere decirse que sólo haciendo cortes en el seno de su sistema se podría hablar de Derecho constitucional capitalista, Derecho administrativo capitalista, etc.

Pudiera adoptarse del capitalismo la acepción—por demás frecuente—según la cual se eleva a categoría de su esencia el elemento «espiritual». Ni que decir tiene que en el Derecho no se ha generalizado la «motivación» ganancia racionalizada para trasladar los actos jurídicos en que se dé a una categoría distinta de la que le correspondiera según su naturaleza jurídica; pero, aceptando que pudiera hacerse, volveríamos a caer en la misma dificultad técnica tradicional de la doctrina de los actos de comercio: no viene aquélla tanto de que sean éstas o las otras las notas que sigan para caracterizarles como de la situación en estados de ánimo internos del individuo que intervengan en el acto que se considere.

”) El correctivo de la limitación a la zona del Derecho patrimonial vuelve a presentarnos un tema de heterogeneidad: es difícil casar este elemento definidor con el otro, el capitalismo. En efecto:

En el sector del Derecho patrimonial al adoptar la acepción ideológica del capitalismo habrían de hacerse los cortes correspondientes y discriminar en cada precepto, en cada figura o en cada institución si sirve al capitalismo o no.

Aquí no se puede saber bien qué quiere decirse exactamente: si, por ejemplo, en la accesión o en la distinción entre obligaciones divisibles o indivisibles hemos de tratar de descubrir lo que deben al capitalismo, o prescindir de esas

(35) Artículo cit., útil por su síntesis autorizada, de la Enciclopedia cit., pág. 196.

(36) Vid., por ej., SOMBART, *Apogeo del capitalismo*, trad. Fondo Cultura, págs. 66 y ss.

figuras, o aceptar que se han elaborado por la presión capitalista. Así se podrían multiplicar los ejemplos. O, de otra manera, habría de proponerse si todo el legado jurídico romano y germánico y canónico habrían de volver a examinarse con la lupa del capitalismo y volver a construir la formación de los dogmas del Derecho privado a esa luz.

Si se toma la significación del capitalismo como sistema, volvemos a topar con problemas semejantes. Ha de admitirse—y así se acepta corrientemente—que es en el sector que afecta a los bienes y a su circulación, donde, naturalmente un sistema económico determinado requeriría las mayores transformaciones. Pero una cosa es la cantidad de derecho capitalista—digámoslo así—en un sector determinado y otra la identificación de ese sector con el concepto mismo del Derecho que correspondiera a aquella ideología o a aquel sistema económico-social. El Derecho tiene una historia compleja; recibe desde el punto de vista de su motivación política influencias diversas, y ninguno de estos temas pueden comprenderse científicamente en su significado, valiéndose sólo de la noción de capitalismo; no creo que haya de insistirse en ello, porque la razón última es que la *ideología* del Derecho es la justicia que trabajosamente va tratando de implantar, y no es *jurídico* el derecho de otra ideología.

Sólo por una simplificación mental del campo del Derecho patrimonial se explica la identificación de éste con el Derecho de capitalismo. Esa representación pudiera corresponderse con lo que se llama proceso de especialización de las actividades económicas que ha dado lugar a una progresiva tipificación de figuras contractuales (contratos bancarios, bursátiles, seguros, etc.) o a una adaptación particular de las tradicionales. Pero, en todo caso, bien sabido es que todas ellas se insertan en el sistema tradicional del Derecho patrimonial, sin sustitución de toda la masa jurídica que a través de la historia de las fuentes y de la doctrina componen aquél. Si aproximándonos a las instituciones concretas tratásemos de ver en la Teoría general de las cosas y de los Derechos reales, en la propiedad y en sus limitaciones, en la posesión, en la doctrina del título y modo, en la ocupación y tradición, en la accesión, sólo lo que hay de capitalismo en ellas, no creo que nadie pensara en que hay que echar por la borda todo lo que de éste no provenga o a sus intereses no satisfaga, caso de que en efecto existiera siempre algún tipo de relación entre los términos considerados.

Tomado del capitalismo su espíritu volvería a estar sometido el sector del Derecho patrimonial a las mismas objeciones que antes se indicaron.

""') Por último, si todas estas razones no valieran, habría de dudarse de la oportunidad histórica de la formulación de la doctrina; no se comprende bien como pueda postularse la caracterización del Derecho patrimonial privado por la noción de capitalismo en un momento en que precisamente así mismos a la elaboración de las fórmulas que rectifican del capitalismo un gran número de sus elementos. Sin necesidad de tomar como referencia, evitando así dificultades ideológicas, las maneras de denominar a los sistemas políticos económicos y sociales que pretenden sustituir o reformar al capitalista basta referendar el punto de vista expuesto, indicando que quienes utilizan en la ciencia económica el concepto del capitalismo distinguen en él fases (iniciación del capitalismo, apogeo o pleno capitalismo y capitalismo final), de las cuales, la última, «late capitalism», viene a representar la fase de nuestro

tiempo, es decir, lo que del capitalismo queda como remanente en el terreno de los hechos, como consecuencia de las múltiples formas de correctivos o sustituciones en la estructura institucional de las comunidades contemporáneas (37). Habrían de excluirse del Derecho mercantil e inventarse nuevos conceptos de transporte, seguros, bancarios, instituciones cambiarias, apodamientos de empresas nacionalizadas.

Creo que la traslación del planteamiento en cuanto a la manera de proponer el significado del capitalismo para el Derecho mercantil no ha sido afortunada: el capitalismo no es instrumento adecuado para distinguir disciplinas jurídicas. Esto no quiere decir que el capitalismo no tenga una importancia grandísima como fase histórica y, naturalmente, en la disciplina más próxima al sector económico-social, como viene reconociéndose normalmente.

§ 6

EL DERECHO MERCANTIL EN EL CODIGO ALEMAN DE 1897 : SISTEMA SUBJETIVO

El sistema del Código alemán, que comienza ahora a estudiarse, tiene notable interés como antecedente de la evolución hacia la doctrina de la empresa que utiliza la noción de ésta como eje para la construcción del concepto del Derecho mercantil; no sólo existe una evidente relación evolutiva, sino que, probablemente, los textos de este cuerpo legal han hecho sentir su influencia sobre los autores que han preconizado aquella dirección científica.

1. La EXPLICACIÓN HISTÓRICA del sistema adoptado ha de buscarse en las circunstancias legislativas, en las que el Código apareció.

Por la Ley de 20 de diciembre de 1873 pasó a ser competencia de la legislación del imperio la materia de Derecho civil; antes de terminar la redacción del Código civil se trabajaba ya en la reforma del Código de comercio. En la Exposición de Motivos de éste se explicaba así el alcance de aquélla: «La unificación y la reforma profunda del Derecho privado que trae consigo el Código civil hace necesaria también una revisión del Código de comercio... Su finalidad consiste, por un lado, en poner de acuerdo los preceptos del Código de comercio con el contenido del nuevo cuerpo legal, y por otro, realizar en la Ley mercantil aquellas modificaciones y adiciones que la experiencia de estos treinta años largos transcurridos desde que entró en vigor ha evidenciado que son deseables» (1).

La doctrina alemana coincide en fundar históricamente la razón del sistema subjetivo, que el cuerpo legal sigue, en la aparición del Código civil: el Código anterior con su sistema objetivo contenía un Derecho general del tráfico; el conjunto de disposiciones sobre esta materia, ya no precisa que se contengan en el Código de comercio, porque encuentran su sede propia en el Código civil y, en efecto, el temario de este carácter del viejo Código pasa al Código civil nuevo (2).

(37) Vid. art. cit. en Enciclopedia de SELIGMAN, por la autoridad de autor: SOMBART, citado.

(1) REBER, *Historia*, cit., 214.

(2) Vid., por ej., LAEMANS, *Handel und Gewerbe*, ed. 1942, págs. 15 y s., y GIERKE, *Han-*

El Código suscitó en su momento los naturales comentarios (3); de ellos creo interesante el siguiente de GIERKE, por su autoridad, en que se refiere el cambio hacia el sistema subjetivo. Este cambio fundamental es de aprobar. Corresponde al desenvolvimiento histórico del Derecho mercantil y corresponde a su esencia actual, al menos desde el momento en que una masa de normas del tráfico general que aportó, como pionero del desenvolvimiento jurídico, el Derecho mercantil, ha pasado al Derecho civil general. Por ello, lo que queda del Código de comercio es casi enteramente un derecho especial profesional. La animadversión contra este derecho especial profesional... está hoy superada. De ello da testimonio el moderno Derecho industrial con todas sus construcciones. El H. G. B. da un paso atrás y limita su dominio al círculo de vida que determina la profesión personal de comerciante (3 bis).

II. La SÍNTESIS DEL SISTEMA que se expone a continuación parte, en correspondencia con su carácter subjetivo, de la noción de comerciante.

Interesa ahora trazar un cuadro en el que queden claras las líneas fundamentales; se prescindirá, pues, del detalle de problemas que al traerse a este lugar entorpecerían aquella visión de conjunto; no se prescindirá de los que puedan tener interés para ese fin y ser útiles para las apreciaciones críticas.

A. Los *conceptos de comerciante* del Código se construyen mediante el juego de ideas que se refieren al género de actividad, organización de su negocio, publicidad y dimensiones de aquél.

I. Se pone en primer término de la enunciación, el comerciante que lo es por razón del objeto de su negocio; en la enumeración de negocios que hace el artículo 1.º se contienen los tradicionalmente considerados mercantiles y que ya están en otros ordenamientos en lista más o menos completa; realmente interesan de esta enumeración del Código alemán dos cosas:

La colocación sistemática de estos negocios, referidos a la noción de comerciante permite la vuelta y el enlace con la pura tradición mercantilista: la delimitación «rationae mercaturae» o en «faits de commerce» de la especialidad mercantil cobra su sentido económico—actividad organizada del mundo económico de los negocios—que se había perdido por la desgraciada enumeración de estos tipos de empresas como «actos» de comercio que conducían a una caracterización jurídica imposible.

Interesará luego, pero hay que hacerlo notar ahora ya, que algunos de los negocios que enumera este artículo no se corresponden con una reglamentación en el Código de los contratos típicos en que desenvuelven su actividad esas empresas; así ocurre en materia de seguros, bancaria, editorial, en las cuales hay que recurrir a leyes especiales.

Los titulares de estos negocios son comerciantes sin necesidad de inscripción. De aquí la manera de llamárseles: comerciantes «necesarios» («Musskaufleute»).

La lista del art. 1.º es la siguiente: 1.º Adquisición y reventa de mercancías o títulos valores sin distinción de si transformadas o no. 2.º La aceptación de la elaboración o transformación de mercancías para otros en tanto

(3) De STAUB, *Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines H. G. B.*, 1896, artículos de PAPPENHEIM (Z. H. R., t. 46, 1897). EBRENBERG, en *Iherings Jahrbuch*, t. 57, 1879.

(3 bis) *Der Entwurf des neues H. G. B.*, en Z. H. R., t. 46, 1896, pág. 440.

supere los límites del artesanado. 3.º La aceptación de seguros contra prima. 4.º Los negocios de Banca y cambio de dinero. 5.º Ciertos negocios de transporte: De mercancías y personas por mar, el interior de mercancías (vía terrestre o fluvial), el interno de personas, si se explota por un «Anstalt» (4), el de remolque: 6.º Los negocios de comisión, expedición y de almacenistas o depositarios. 7.º Los de corredores y agentes. 8.º Los de edición y venta de libros y objetos de arte. 9.º Los negocios de impresión en tanto su ejercicio supere los límites de la artesanía. A los efectos de este apartado no es necesario que recoja la labor de precisión de la doctrina alemana.

2. La enumeración del artículo 1.º se completa mediante el recurso a la técnica de cláusula general, por cuya vía entra una noción de empresa que tiene como precedente el artículo 865, 4 del Código suizo (5), que se recoge en el artículo 2.º del Código alemán.

La característica apuntada—clausura general—se declara por la doctrina alemana recogiendo la idea conocida de la insuficiencia de cualquier enumeración (6).

Este artículo segundo considera industria mercantil, en el sentido del artículo 1.º y, por tanto, para atraer la calificación de comerciante, a aquellas empresas industriales que, por su índole y volumen («Art und Umfang»), requieran una explotación de sus negocios organizada en forma comercial; se exige en este caso la inscripción registral con el carácter de constitutiva: se es comerciante a partir de la inscripción. De aquí la manera en que se suele llamar a estos comerciantes: «Sollkaufleute». Conviene entrar en la puntualización de las notas de este concepto:

a) Primeramente se precisa que se trate de una empresa industrial («gewerblichen Unternehmen»); es decir, se requiere que estemos dentro del género del cual son especies los tipos de negocios del artículo 1.º; pero la palabra «industrial» no se interpreta en un sentido económico estricto, sino que, a su vez, se la trata como cláusula general; de los requisitos que se suelen enunciar (independencia, intención de obtener beneficios, cierta permanencia que excluye sólo el negocio ocasional), interesa el que se refiere a la correspondencia con lo que en la acepción del tráfico se entiende por industrial. En este sentido lo son aquellas empresas en que los beneficios se tratan de obtener de la aplicación de conocimientos y prácticas técnicas o comerciales, y no aquellas otras en que se derivan de la ciencia o del arte. Sin perjuicio, claro está, de que estos últimos sean, a su vez, objeto de explotación según los primeros criterios indicados, en cuyo caso la actividad desarrollada sería industrial (7).

(4) Esta expresión provoca dudas en cuanto a su alcance: un sector doctrinal cree que la ley exige la gran empresa (DÖRINGE-HACHENBURG, t. III, Anm. 4, párrafo 1.º). Esta corriente, dice GIERKE (*Handelsrecht und Schiffahrtrecht*, Berlín, 1933, pág. 43), es la predominante. Otros piden, además, una explotación conforme a plan (LERMANN-HOENIGER, *Lehrbuch des Handelsrecht*, 3.ª ed., pág. 53; WIELAND, *Handelsrecht*, 1921, t. I, pág. 76). Por último, COSACK, sólo esto último (7.ª ed. de su *Lehrbuch*, pág. 26).

(5) Así, WURDINGER, *Kommentar zum H. G. B.* (2.ª ed.), antes a cargo de miembros del *Reichsgericht*, t. I, 1951, pág. 91.

(6) WURDINGER, cit. en nota ant.; *Kommentar zum H. G. B.*, de GESSLER-HILDEBRAND-SCHROEDER, t. I, 1950, pág. 21.

(7) WURDINGER, cit., pág. 66.

b) El sentido de la expresión «Art und Umfang»—núcleo del concepto—se aclara por los autores en la siguiente forma: una y otra son complementarias; la primera podría referirse al objeto o género de actividad del negocio, pero más bien ha de entenderse como manera de venir organizado o forma de llevarse la explotación; el «volumen» —«Umfang»—no debe tomarse en el sentido de cifra de negocios, sino en el de la multiplicidad de elementos a organizar. A su vez, ambos datos materiales se aclaran con la exigencia de que de ellos dependa la necesidad de una organización en forma comercial; con este inciso, el Código quiere decir que se satisfaga a los postulados de *orden* y *claridad*, a los que fundamentalmente sirve una adecuada organización contable. De esta manera se aprecia la real significación político-jurídica del precepto: sólo de esta forma se satisface a las exigencias cautelares que se requieran en empresas de aquellas características por la complejidad de intereses (acreedores, clientes, trabajadores en todas sus formas...) implicados en ellas (8).

c) La índole flexible de los supuestos que han exigido recurrir a la fórmula de cláusula general para este concepto de comerciante acarrea otra consecuencia: la del carácter constitutivo de la inscripción, pues, de no ser así, se ocasionarían notables dificultades prácticas (9) Mas por otra parte, esta inscripción no es discrecional: el empresario que se encuentra en este caso está obligado a solicitar la inscripción y, a su vez, el Registrador a calificar los presupuestos conceptuales de la Ley. Aquella inscripción se impulsa mediante las sanciones generales en caso de inscripciones obligatorias.

Estas ideas se completan con la doctrina referente al «Scheinkaufman», según el art. 5.º y el desarrollo doctrinal que a la materia se ha dado. Pero esta cuestión no puede tratarse aquí porque se inspire en ideas distintas de las que nos interesan a los fines de razones de demarcación de la materia mercantil.

3. Las industrias agrarias y forestales, en cualquier caso, se encuentran fuera del Derecho mercantil, tomando así en cuenta el legislador el hecho de que estas empresas, por regla general, se desenvuelvan en forma distinta de las comerciales (10). En cambio, respecto de las industrias conexas con aquellas («Nebengewerbe») se sigue un régimen especial: se les concede el privilegio de devenir comerciantes con la inscripción voluntaria en el Registro mercantil, siempre que se den los presupuestos de los artículos 1.º ó 2.º del Código. De la voluntariedad de la inscripción se deriva el término con el que se designa a estos comerciantes, «Kannkaufleute».

Este privilegio, pues sólo a título de tal puede excluirse la aplicación de los arts. 1 y 2 del Código cuando se dan sus presupuestos, ya fué combatido cuando el Código se redactó, y la doctrina suele hacer la observación de que en esas empresas conexas con las agrícolas y forestales, se producen con frecuencia la extensión de las características de organización propias de las empresas de carácter mercantil y, por tanto, puede tacharse al Código de haber ido demasiado lejos (11).

(8) Vid. WURDINGER, cit., págs. 98 y s., y GÜSSLER, cit., pag. 22.

(9) WURDINGER, cit., pág. 96.

(10) GÜSSLER, cit., págs. 25 y s.

(11) Vid. WURDINGER, págs. 101 y 103; GIERKE, pág. 47; LEBMANN, pág. 41, cita.

De los temas referentes al acotamiento de conceptos en esta materia (cierta independencia, conexión interna o económica, unidad de titular) no nos ocupamos porque se puede prescindir de ellos sin merma de la claridad de la línea fundamental que preside el sistema del Código.

4. Un último concepto de comerciante, que comenzó a elaborarse en materia de S. A., en el siglo pasado, es el de comerciante por razón de la forma («Formkaufmann»); se atribuye la calidad de comerciante en virtud del tipo social adoptado, con independencia del objeto que dicha figura social persiga; se subsumen bajo esta noción la S. A., la de Resp. Lim., cooperativas registradas y grandes mutualidades; las dos últimas con especiales limitaciones. En todo caso, los comerciantes colectivos de este carácter serán siempre comerciantes «plenos» (art. 6).

Las particularidades de Cooperativas y Mutualidades se deducen por la doctrina del hecho de no ser «sociedades comerciales» aunque sean «comerciantes»; de aquí se sigue que contra lo que ocurre para Anónimas, Limitadas y Comanditarias por acciones, no se da la regla general de atribuir todas las consecuencias de aquel concepto, sino sólo en la medida en que las normas del conjunto del sistema del Código de comercio vienen armonizadas con las de las leyes especiales que las rigen (12).

5. Corresponde a la tradición germánica la distinción de comerciantes «plenos» y «pequeños comerciantes» («Vollkaufleute» y «Minderkaufleute»), en expresiones de la doctrina completamente generalizadas. Las disposiciones se contienen en el artículo 4.º del Código (que encuentra su antecedente en el 10 del Código anterior). Son comerciantes «plenos» todos los tratados hasta aquí; de entre ellos se determinan los pequeños comerciantes; ahora bien, como el comerciante, por razón de índole y volumen del negocio, parte de una idea incompatible con la de pequeño comerciante (y en el caso del artesanado, que también entra en la noción produce igualmente la exclusión, aunque la diferencia no venga exclusivamente de dimensiones), y el comerciante, por razón de la forma, implica el carácter de pleno por disposición expresa de la Ley, resulta que la clase de los pequeños comerciantes ha de buscarse en el grupo de los comerciantes por razón del género de negocio explotado.

La caracterización parte, en el caso del artesanado, de la participación de la habilidad o destreza personal del titular del negocio, y en la pequeña empresa se hace el deslinde contraponiéndola a las empresas que, por razón de su índole y volumen, necesitan de una organización comercial, ya que lo contrario es la pequeña empresa. Estas ideas son aportación de la doctrina alemana, porque el Código no descende a su enumeración, aunque remita a la legislación particular de los Estados la concreción del concepto de pequeña empresa.

*Las consecuencias prácticas del concepto consisten en aligerar a los pequeños comerciantes de la carga que para ellos supondría la observancia de todos los preceptos que afectan a los comerciantes plenos, que, por otra parte, no está especialmente justificada respecto de ellos por particulares exigencias de

(12) Vid. WURDIGER, pág. 124.

terceros. De aquí que el propio artículo 4.º determine que no sean aplicables a estos comerciantes las normas sobre inscripción de firma, libros, apoderamiento, que no pueden otorgar en forma de «Prokura», ni constituir sociedades colectivas y comanditarias. En materia de negocios comerciales, la generalidad de las normas de esta parte se aplican, y ese es, además, el principio general, salvo algunas disposiciones que expresamente o se excluyen o se ordenan de manera distinta que respecto para los comerciantes plenos, siempre tratando de inspirarse en razones de amparo a la particular posición de estas personas. Igualmente, en la legislación de interés mercantil de fuera del Código se sigue esa misma línea de ideas (13).

La doctrina alemana, en lo referente a la crítica de esta parte del Código, centra su atención en la necesidad de obtener una mejor precisión de conceptos para hacer entrar en el Derecho mercantil a supuestos artesanos, que en realidad explotan empresas de características y de organización mercantiles, como consecuencia del desenvolvimiento de una especie de alto artesanado que viene a resultar de la complejidad de los adelantos técnicos contemporáneos (14).

B) *La delimitación de la parte mercantil del Derecho de obligaciones* se hace según la siguiente técnica:

1. Se fija un concepto de «negocios mercantiles» («Handelsgeschäften») que toma como base la conexión con el género de actividad de la industria en la que se producen: son negocios mercantiles los de los comerciantes en el ejercicio de su industria (art. 343).

La doctrina, a su vez, en la interpretación, hace las siguientes aportaciones fundamentales:

«Negocio» no es término que haya querido utilizarse en el riguroso sentido técnico que en la parte general del Derecho civil se ha elaborado; quiere significarse en la Ley cualquier tipo de acto voluntario productor de efectos jurídicos.

Se ha querido incluir también los supuestos de actos no permitidos por el Derecho positivo motivadores de responsabilidad, pero la doctrina generalizada es contraria a esta extensión (15).

El ligamen al objeto de la empresa se toma en sentido amplio para incluir los supuestos de negocios económicamente complementarios de la explotación. Nótese que no se trata de actos de comercio «accesorios» de otros actos jurídicos, sino de relación en el complejo económico de la explotación de que se trate; v. g.: un negocio bancario respecto de una empresa de cualquier otro tipo sería mercantil respecto de esta última, aunque ya hubiera de serlo (por el tratamiento a que se someten a los negocios unilaterales) tomando como referencia al Banco (16).

(13) Para no descender a detalles, nos remitimos a WURDINGER, cit., págs. 122 y ss.

(14) LEMANN, pág. 46 y bibl. que cita, y GIERKE, pág. 50.

(15) Preconizada dice GIERKE, pág. 396, por WIELAND.

(16) Detalles en GESSLER, cit., págs. 1022 y s.

Un problema de importancia menor, desde nuestro punto de vista, es el que discute la doctrina alemana alrededor de la utilidad del párrafo segundo del art. 343, que dermina la consideración como mercantil en todo caso de los negocios de la clase de los enumerados en el art. 1.º del Código (los fundamentales para determinación del concepto de comerciante por el objeto de su actividad), aun realizados por comerciantes con empresa cuyo género de tráfico sea de otro tipo (17).

2. Se completa la técnica de delimitación con dos recursos interesantes:

a) El primero de ellos es el de presunción «*iuris tantum*» del carácter mercantil de los negocios de un comerciante, con las consecuencias consiguientes desde el punto de vista probatorio, de cuyo detalle se puede prescindir.

b) El segundo es el establecimiento del principio de que a los negocios unilateralmente mercantiles se aplica, en principio, íntegramente, y, por tanto, para ambas partes, el régimen mercantil. No obstante, conviene tener en cuenta que las excepciones al principio que se contienen en el Código (artículos 346, 347, 348, 349, 350, 352, II, 353, 354, 368, 369, 372, 377, 379) revelan que aquel principio se inspira, predominantemente, en las exigencias técnicas que, inexorablemente, se deducen de la estructura de los negocios de que se trate, y que, por razones de claridad y seguridad, conviene partir de aquella regla; por lo cual, cuando esa motivación no lo impide, se evita el sacrificio de la parte no sometida al Derecho comercial.

c) El Derecho alemán, para ser comprendido también en sus inconsecuencias, pide que se considere la relación entre *materia mercantil en el Código y fuera del Código*.

1. La doctrina alemana suele distinguir entre materia mercantil en sentido jurídico-material («*Handelsachen in materiellrechtlichen Sinne*») y materia mercantil en sentido procesal («*Handelsachen in prozessualen Sinne*»). Apriorentemente, la distinción no debiera tener más trascendencia que la que corresponde a correctivos que se requieran por razones técnico-procesales; en efecto, en este sentido existe un motivo de diferenciación; pero el que realmente cobra significado al considerarse es el correspondiente a la competencia en asuntos tradicionalmente jurídico-mercantiles, y que no se encuentran tratados en el Código de comercio, sino en leyes especiales; v. g.: los referentes a materia de letra y cheque

2. Este hecho nos lleva a considerar una muy generalizada tendencia doctrinal, demasiado apegada al Derecho positivo o, si se quiere, excesivamente formalista, que, adoptando una postura quasi-reverencial respecto del Código de comercio, estima como materia mercantil la del Código y destacando la nervadura del sistema de éste, deja de penetrar en el fondo que explique sus relaciones con las materias contenidas en leyes especiales.

• For otra parte, resulta que la Ley de Introducción del Código de comercio vigente, al dejar como leyes sobre materia mercantil las que fueran complementarias del Código de 1861 (art. 2.º), ha originado un concepto de «*Nebengesetze*», en el que se comprenden una serie de ellas que, en la lista de las

(17) Vid. GRESSLER, pág. 1023.

con fechas de nuestros días y en vigor, se refieren a materias, respecto de las cuales, la calificación de mercantil, según la técnica del sistema subjetivo, ni les resulta adecuada ni se presenta como precisa.

Por último, como el Derecho marítimo, por lo menos y con un criterio puramente positivista—que «ad exemplum» basta—, rige incluso en casos de navegación de fines no especulativos (art. 7, Ley de Introducción) y, además, carece en sus figuras de otras paralelas en el Derecho civil, resulta que existen instituciones jurídico-mercantiles que se aplican sin necesidad de delimitación preliminar y que son propias exclusivamente también en este Derecho del tráfico comercial, y que salen fuera de la técnica de delimitación subjetiva.

3. De aquí que cuando la doctrina alemana utilice el recurso positivista al Código como cuerpo para decidir de la especialidad del Derecho mercantil—Ley especial—respecto del civil, según la expresión de LEHMANN, haya que utilizarla con mucho cuidado, ya que dentro del Código, respecto del Derecho marítimo, no sería exacta y si se encontraría Derecho especial fuera de él (18).

Asimismo, de esta manera se explica el sistema disgregador en los libros de Derecho mercantil germánico. Este sistema es consecuente con su Derecho positivo al que sigue apegándose a sus textos, pero deja sin considerar las razones de justificación del mismo que hubieran de buscarse fuera del Derecho constituido.

§ 7

EL DERECHO MERCANTIL COMO DERECHO DE LA EMPRESA

El punto de vista sobre el concepto del Derecho mercantil que se expresa con el epígrafe que rotula este apartado, se puede considerar como el de mayor autoridad y el mejor fundado intrínsecamente; conviene por ello marcar con cierto detenimiento su sentido y el alcance que se le atribuye para, de esta forma, hacer juicio seguro de las críticas a que se le somete. También es importante advertir que, de un lado, el entendimiento y la comprensión de las implicaciones de la relación con las ciencias auxiliares, y, de otro, los desenvolvimientos siguiendo la evolución de aquéllas en los últimos veinticinco años, no siempre han sido bien hechas por la propia doctrina enmarcada en esta dirección científica; hay, pues, que dedicar atención a ello.

1. La FORMACIÓN DE ESTA DOCTRINA tiene relevancia en cuanto expresiva de la autoridad que pueda atribuírsela. Inicialmente viene formulada por WIELAND; a este autor seguirá MOSSA, en Italia, con reiteración y energía suficiente para destacarse como representante de la misma al nivel del primero. Impulso fundamental da a la corriente, en Alemania, SCHREIBER. Y en Francia representará a esta escuela en la actualidad ESCARRA.

Se ha dicho que fué PISKO quien ya destacó la importancia fundamental de la empresa para el Derecho mercantil en el «Handbuch» de EHRENBERG (1)

(18) Vid. contrastando WURDINGER, I, y GESSLER, I.

(1) MOLITOR, *Il diritto commerciale e l'organizzazione economica tedesca*, en R. D. C., 1941, pág. 451.

y que a este autor siguió WIELAND No obstante la parte de concepto del Derecho mercantil de este «Manual» está hecha por EHRENBERG y lo que escribe PISKO es la parte de la empresa en sentido objetivo; por otra parte, en su «Lehrbuch» (2) no se propone un planteamiento del concepto en que la empresa sea pieza fundamental para la determinación de aquél; no sería, pues, correcto equiparar el esfuerzo de WIELAND en la materia que nos ocupa con el de ningún otro escritor; podrá haberse valido de las sugerencias de PISKO (3), pero tanto el rigor en la proposición del problema desde el punto de vista metodológico, como el detenido análisis piden que no se oscurezca o difumine la atribución a aquel autor.

Por su parte MOSSA parece atribuir notable importancia a la aportación de WIELAND, pues al hacer la recensión del T. I. de su «Handelsrecht» (1921) (4) ya destaca la utilización de los materiales europeos sin exclusivismo, le asegura una gran influencia sobre la doctrina mercantilista y hace notar expresamente su concepción del Derecho mercantil como derecho de la empresa. Asimismo parece haber influido en MOSSA la discusión del Derecho proyectado austriaco haciendo uso de las ideas de PISKO, igualmente inspiradas en la posición central del concepto de empresa (5). Sea cualquiera el grado de la inspiración en los antecedentes indicados lo importante es que la aportación de MOSSA adquiere notable relevancia por realizarse simultáneamente con el proceso de reforma del Derecho italiano que lleva al «Codice Civile» de 1942. En contraposición con sus ideas hay que situar las profesadas por ROTONDI—en el sentido de la unificación—y por ASQUINI—en sentido tradicional—; la controversia se formula alrededor del Proyecto de D'AMELIO (1925); el último termina por publicar su adhesión al punto de vista de MOSSA (6). Conviene ahora ya dejar indicado que en la doctrina italiana la doctrina formulada por MOSSA al principio «sorprendió» más que convenció, y pocos sospecharon que tendría consigo el porvenir como en realidad lo tenía (7).

En Alemania tuvo repercusión importantísima—quizá por la ocasión en que la doctrina fué expuesta—la aportación de SCHREIBER (8). Desde entonces esta concepción puede darse por generalizada aunque se discutan detalles (9); en efecto, si se examinan los obras resuntivas más recientes se confirma la incorporación a la doctrina germánica de esta aportación doctrinal o por lo menos influye notablemente de hecho (10).

En Francia esta tendencia carece de tradición en la doctrina mercantilista;

(2) Viena, 1923, págs. 3 y ss.

(3) E incluso de las del propio EHRENBERG, en pág. 12 del t. II indicado.

(4) En R. D. C., págs. 283 y ss. del t. I, de 1921.

(5) Vid. en R. D. C., 1921, págs. 316 y ss., en particular pág. 322.

(6) Los trabajos importantes para la controversia son: de MOSSA (que ya había publicado *I problemi fondamentali del Diritto commerciale*, en R. D. C., 1926, I, pág. 233 y ss.), *Saggio critico sul progetto del nuovo Codice di commercio* (en *Anuario di Diritto comparato*, 1927); de ROTONDI, *L'autonomia del Codice di commercio nei lavori della commissione reale per la riforma dei Codici* (en *Studi dedicati alla memoria di Zanuzchi*, 1927); ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti o codice unico di Diritto privato* (R. D. C., 1927, págs. 507 y ss.); MOSSA, *Per il nuovo Codice di commercio* (R. D. C., 1928, páginas 16 y ss.). MOSSA continúa exponiendo sus ideas en diversas publicaciones que a la vista de su *Traitato* (I, 1942) se puede omitir, y la «conversión» de ASQUINI se produce en su *Una svolta storica del Diritto commerciale* (R. D. C., 1940, I, págs. 509 y ss., también publicado en *Zeitschrift der A. K. für D. Recht*, bajo el título *Das H. R. an einer historischen Wende*, mayo 1941).

(7) CASANOVA, *Dal diritto degli atti commerciale al diritto delle imprese commerciali*, en N. R. D. C., 1-4, 1948, págs. 6 y s.

(8) Según LEHMANN, ob. cit., pág. 44; se trató de una comunicación en Congreso de juristas.

(9) MOLITOR, cit.

(10) Vid. GIESSEKE, en *Handwörterbuch der Socialwissenschaften*, en publicación, y LEHMANN, cit., págs. 7 y 8, voz «Handelsrecht».

puede afirmarse que no se trata de que se la repudie, sino de que no se ha tratado de ella en la bibliografía hasta Escarra (11), que manifestó su adhesión que no por ser aislada debe entenderse sin autoridad.

11. El CONTENIDO de esta doctrina no siempre se ha propuesto con exactitud, a veces por tomarla de segunda mano; conviene partir, al exponerla, de la fuente original, del propio WIELAND, precisando los perfiles que a su aportación fueron trazados por él mismo. Vale la pena evitar adherencias no siempre coherentes e interpretar el alcance con que se formuló (12).

A. Hay que insistir en lo referente al *alcance metodológico del planteamiento*. WIELAND distingue entre el problema del concepto que llama «formal» del Derecho mercantil, que sería, simplemente, de interpretación de las normas de Derecho positivo en vigor en un momento y en un ordenamiento dados, que acotarán la esfera de vigencia de aquel Derecho y la investigación del concepto «esencial», que daría un núcleo fundamental que permanecería constante, a pesar de los cambios de Derecho positivo en lo referente a límites.

En estos términos—dice—lo que interesa es la materia de la realidad que viene conformada por el Derecho mercantil y que, a su vez, por sus exigencias, ha determinado la impronta del Derecho mercantil y de sus instituciones. Es, pues, la búsqueda de un concepto por razón del *objeto*. No cabe duda—añade—que aquella materia es de naturaleza económica y que, por tanto, la ciencia jurídica por sí sola es incapaz de comprenderla; ha de valerse de la Economía política.

No debe esperarse que la *unidad* del concepto que se busca consista en una causa unitaria exclusiva externa, genérica y explicativa, en esta forma, por sí sola, de todos los preceptos que se aglutinan en el seno del conjunto de las instituciones mercantiles, en ese error de planteamiento estribaría la insuficiencia del recurso a la intención especulativa o a la explotación de negocios jurídicos en masa; la unidad que se persigue es conceptual, es decir, forma unitaria de aglutinar una pluralidad de caracteres o de exigencias y fuerzas.

De los presupuestos anteriores se deduce que el concepto *no es apriorístico* y, por tanto, ha de buscarse examinando la formación histórica y la base económica del contenido del Derecho mercantil.

También conviene recoger, incluso, el ejemplo del que se vale como aclaración de sus propósitos: la letra de cambio habrá podido generalizarse—dice—, pero ello no quiere decir que su explicación íntima no está en el servicio al crédito comercial productivo que la liga necesariamente al sector de la vida económica al que el Derecho mercantil sirve; detenerse en la nota formal de la «especialidad», equivaldría a realizar cortes injustificados en la base económica cuyas exigencias vienen servidas por nuestro Derecho (13).

(11) *Manuel*, cit.

(12) Para todo el resumen que sigue, salvo alguna indicación que conviene puntualizar, valga la referencia genérica a págs. 3 a 150 del t. I, de su *Handelsrecht* (reimpresión de 1931 de la primera ed. de 1921).

(13) Ver para toda esta parte págs. 8 y 9.

B. El plan reguido por WIELAND—exposición histórica y de sistemas de Derecho comparado en la delimitación de la materia mercantil—exige que se considere especialmente *su interpretación crítica de la evolución histórica y del Derecho comparado.*

Por supuesto que sólo se recoge lo que ayuda a la comprensión de su pensamiento; quedan excluidas las partes expositivas de los materiales que somete a juicio y que es notablemente amplia por venir examinada por él en todos los casos y previamente desde el punto de vista interpretativo como derecho vigente.

1. Se vale de las ideas sistemáticas de los historiadores de la economía para marcar el proceso, que en otro lugar quedó expuesto, hacia la contextura económica vigente (progresivo desenvolvimiento de la industria, grandes inventos, economía del mercado...), para destacar que la separación entre industria y comercio es manifiesta y concluir que la explicación de que los «industriales» sean «comerciantes» estriba en la nota que les es común, «la forma de explotación capitalista, el combinar capital y trabajo con el consiguiente riesgo de pérdida y ganancia. En cuanto el Derecho mercantil ha recogido en su seno el conjunto de las formas de grandes explotaciones, ha dado por sí mismo un cambio, se ha convertido de un Derecho del comercio, en un Derecho de la empresa» (14).

2. Sus *observaciones* sobre los sistemas de Derecho positivo son igualmente de notable interés:

Destaca del Derecho francés del «Còde» dos notas: una de ellas la referente a la escasa medida en que el Derecho mercantil, en cuanto Derecho privado, es «especial», en el sentido de desviación del Derecho civil; la otra, muy interesante, consiste en la deformación de los problemas del Derecho material por su planteamiento desde un ángulo procesal (ello influye en la consideración de los actos de comercio como tales, en el tratamiento de los unilateralmente mercantiles, en la indiferenciación entre grande y pequeño comerciante...). Es nota constante, que no merece ser de nuevo atendida ahora y en lo sucesivo, la de que el Derecho mercantil ya no es del comercio en sentido económico.

La «materialización» y «privatización» del Derecho mercantil en el Código alemán del 61 es sacada a la luz. Pero igualmente destaca la existencia de instituciones que no son «paralelas» de las del Derecho civil junto a otras reguladas por «especialización» de normas. Añade, por último, la observación relevante de la existencia de Derecho mercantil fuera del Código, bien por quedar la materia abandonada a la legislación de los Estados o bien por contenerse en leyes especiales.

• El Código alemán del 97, al desprenderse de los materiales que pasan al Código civil, acentúa la especialidad del Derecho mercantil y, simultáneamente, se ciñe al cambio de la estructura económica al extender, por otro lado, el concepto de comerciante que con las normas referentes a los que lo son por otras razones que no sean las del objeto de su actividad y someter a distinto ré-

gimen al pequeño y al gran comerciante, abarca el sector económico de las grandes empresas.

Indica las influencias circunstanciales que decidieron la manera de sistematizar el Derecho suizo en sus cuerpos legales, pone de manifiesto cómo en materia de contratos, a pesar de la generalización de normas de rigor traídas del campo comercial—lo que originó censuras—, es lo cierto que, una serie de ellos, son contratos de empresa, estén donde estén, y hasta elogia el que se haya prescindido de una técnica procesal de calificación preliminar como mercantil. Llama la atención, por último, sobre el tratamiento de las empresas en ese ordenamiento

C) *Las técnicas de delimitación positiva de la materia mercantil desde un punto de vista general* le brinda de nuevo ocasión para exponer ideas de notable interés para fijar el alcance de su doctrina.

El alcance técnico de los sistemas «subjetivo» y «objetivo» es trascendente en cuanto con el segundo se hace caer en el Derecho mercantil un tráfico especulativo no llevado a cabo conforme al plan de explotaciones industriales, que es el reflejo actual del curso de la evolución histórica que partió de los comerciantes como profesionales y que es precisamente el que ha inspirado la impronta del Derecho mercantil actual, en cuanto que en sus instituciones se recoge su propia tradición. De aquí que sólo el sistema subjetivo como punto de partida o el sistema mixto sean los únicos aceptables en la actualidad.

En «materia mercantil» comprende figuras jurídicas de las distintas «partes» del Derecho privado: derecho de cosas, Derecho de obligaciones... Una misma relación jurídica puede ser «materia mercantil» desde distintos puntos de vista; v. g., una sociedad colectiva en cuanto negocio jurídico y en cuanto comerciante.

La «especialidad» frente al Derecho civil no puede buscarse en la existencia de un Cuerpo legal que recoja el Derecho mercantil, para no llegar a consecuencias absurdas, de tal manera, que las mismas instituciones en distintos ordenamientos serían Derecho especial o no, según el lugar en que vinieran reguladas; hay que atender para la especialidad al hecho de que las normas o instituciones encuentren su explicación en las particulares exigencias de un sector de la vida social, siendo indiferente que estén en una Ley especial, en un Código o en el seno de un Código general.

Las particularidades puramente «técnicas» con que aparezcan enlazadas determinadas instituciones no debe llevar a conclusiones erróneas; que la letra de cambio se generalice o que lo referente a seguros y contratos de edición esté en leyes especiales y sin determinación preliminar de su esfera de vigencia utilizando la técnica subjetiva u objetiva, que la materia de marcas, patentes, competencia desleal no se aplique bajo el presupuesto técnico de la referencia a una empresa, etc., no debe oscurecer su sentido fundamental de creaciones del tráfico comercial; en el propio Derecho positivo se pone de manifiesto esta referencia cuando se contempla el concepto de materia mercantil para fines procesales que vuelve a reconstruir la unidad del sector del tráfico (15).

(15) Aquí tiene en cuenta el D. alemán que fué expuesto.

D) *Las notas objetivas en la motivación del concepto positivo de comerciante* constituyen eslabón muy notable para el tránsito al concepto de empresa.

El concepto jurídico de comerciante no implica una cualidad personal profesional; la explotación puede llevarse por otras personas que no sean el titular de la empresa y, sin embargo, será éste el comerciante si se hace en su nombre; es, pues, la empresa la que decide sobre aquella condición. Se es comerciante sólo para la esfera de la actividad referente a su negocio; de aquí que el contenido de su «status» venga determinado por su empresa (v. g., la contabilidad se refiere a ella). También es decisiva la noción de empresa para explicar que una misma persona pueda ser comerciante pleno con referencia a una determinada empresa y pequeño comerciante respecto a otra (naturalmente presupone en esta consideración el Derecho alemán). La condición de comerciante es divisible entre varias personas (v. g., supuesto de sociedad, pasando por alto ahora la técnica unitaria de la personalidad). Esta objetivación—concluye—es clara en el Derecho mercantil—no siendo de interés por poderse dar que responda a necesidades distintas—el tema de si igualmente se extiende a la consideración que los comerciantes merezcan en otras ramas jurídicas.

E) Se sirve, como Introducción inmediata a la exposición de su doctrina, de la *crítica de las formuladas por otros autores*.

1. Considera en primer lugar la doctrina—BEHREND, EHRENBURG, COSACK—según la cual el Derecho mercantil, aunque hoy se aplique más allá del comercio en sentido económico, trae de éste su causación; el Derecho mercantil no sería sino aquel cuya técnica viniera a servir a las necesidades de puntualidad y adaptabilidad (de aquí la importancia de los usos) que el comercio históricamente exigió. Pero desde el punto de vista metodológico le objeta que este planteamiento equivaldría al intento de definir a plantas o animales nuevos con vagas referencias a sus formas o colores. Por otra parte, en la medida en que el Derecho civil satisficiera a aquellas exigencias el Derecho mercantil perdería su razón de existir, y, en efecto, esta misma conclusión se propugna por los defensores de aquella doctrina.

2. Otra tesis—de LASTIG—entiende que la esfera de vigencia del Derecho mercantil viene determinada por el progresivo desenvolvimiento en la estructura económica de actividades industriales que inicialmente se entroncan al comercio, como se observa recorriendo a la inversa la cadena de la especialización y adaptación de la evolución de la economía (transportes, seguros, etc., serían muestras explicativas de esa idea). Se objeta a este punto de vista la dificultad de probar ese enlace en todos los casos de no perderse en la relación última que mueve como un todo el proceso de la historia y el contestar al «*qué*» con un «*cómo*».

3. Base histórica tiene también la doctrina de la intermediación, representada por GOLDSCHMIDT, y, según la cual, partiendo de la intermediación en bie-

nes se produce un proceso evolutivo que lleva a la intermediación en la utilidad material y servicios, en la actualidad. Pero la realidad es que sólo mediante una transposición del sentido de la palabra intermediación puede explicarse, con ella, el desbordamiento del comercio, en sentido tradicional, por la esfera económica a la que hoy se refiere el Derecho mercantil.

4. Se acepta de HECK que el planteamiento no puede ser puramente histórico y que hay que contar con la teoría económica, así como la necesidad de eludir la significación puramente terminológica de la palabra comercio. Pero a su doctrina de que lo característico del Derecho mercantil es ser el Derecho del tráfico en masa de negocios jurídicos, se le objeta el haberse detenido, como la que trata de las características del Derecho mercantil, en una nota externa. Por ello, observa que no todo el tráfico en masa y tipificado es mercantil ni a la inversa.

Conviene, no obstante la objeción, acentuar que en este punto aquélla oscurece el hecho de que la doctrina de Heck está más cerca de la de la empresa de lo que pudiera parecer a primera vista; la nota de racionalidad en la manera de proceder el empresario viene referida al encadenamiento de operaciones, explotación en masa, en el seno de la empresa; no se refiere a actos desconectados de una empresa (16). Desenvuelve su pensamiento con referencia directa a las explotaciones mercantiles, concretando, cuando afirma: «Son sólo decisivos el número y la importancia de los negocios jurídicos». Y ello explica la peculiaridad del Derecho mercantil y delimita su esfera de vigencia (17).

F) La significación y el concepto de la empresa es el núcleo de su exposición. Importa encabezar este apartado con la advertencia de que su esfuerzo por precisar aquellos puntos, y sólo ellos, sin descender al desenvolvimiento de sus consecuencias en el Derecho de cosas y en el Derecho de Obligaciones, se explica porque, como se deduce de lo expuesto hasta aquí, al venir este autor contando predominantemente con la situación legislativa del tronco germánico de Derecho mercantil, y, en consecuencia, con el sistema subjetivo como técnica de delimitación sólo necesita precisar el concepto de empresa, pues de ello ya se deriva que el Derecho mercantil sería el de las empresas y su tráfico.

1. El alcance que se atribuye a la relación entre Derecho mercantil y Economía, es fundamental para la recta comprensión de esta doctrina. Hay que convenir en la evidencia de que Derecho mercantil no es Derecho del «comercio», según el sentido corriente de esta palabra; si no se logra explicar el nexo que liga entre sí a las materias que componen el Derecho mercantil y que

(16) Confróntese t. XCII (1902) del *Archiv für die Civilistische Praxis*, donde publica el trabajo en que construye su teoría, bajo el título *Weshal besteht ein von dem bürgerlichen recht gesondertes Handelsprivatrecht*. Dice: «Das Recht des rechtsgeschäftlichen Massenbetriebe das wir suchen ist eben das handelsrecht das wir haben» (pág. 456).

(17) Página 457 de la ob. cit. En el mismo sentido que HECK, se expresa su discípulo LOCHER («Handels-Wechsel-und Seerechte», en la colección de STAMMLER: *Das Gesamte deutsche Recht*, pág. 1185), que pone el eje del Derecho mercantil en la conclusión de negocios jurídicos típicos en masa. En forma gráfica dice: «Donde tienen su lugar rutinas y organización comercial allí está el dominio del Derecho mercantil.»

no se comprenden bajo aquel concepto, habría de admitirse que el Derecho mercantil está constituido por un conjunto de materias dispares (18). Pero, antes de llegar a esta conclusión, hay que tener en cuenta que los intentos de precisión del objeto del Derecho mercantil han pecado por el defecto de venir orientados con el prejuicio de lo que en el Derecho positivo se contiene; por otra parte, la explicación causal que se propone el tema preguntándose «¿Por qué?» quiere satisfacer la unidad del concepto mediante el descubrimiento de una causa que debiera también satisfacer a la condición de ser única. En realidad lo que hay que preguntarse no es «¿por qué?», sino «¿qué?»; cuál sea el objeto que explica la historia y el contenido del Derecho mercantil actual.

Elogiando el esfuerzo de HECK, se indica cómo este autor, a pesar de haber derivado hacia la investigación causal en la manera antes indicada, se percató en un lugar no fundamental de su trabajo de que la verdadera cuestión es la propuesta.

La pertenencia a la vida económica del objeto del Derecho mercantil, de los supuestos de hecho («Tatbestände») que regula, es de suyo evidente; ahí está el sector que con los conceptos jurídicos de «comerciante» y de «negocios mercantiles» se aísla para regularle; pero la naturaleza económica de ese sector exige, para que sea comprendida, el instrumento de los conceptos de la teoría económica. Y, en ésta, hay un concepto inicialmente confuso y equivoco que va adquiriendo cada vez más firme configuración y del que hay que esperar que coincida en su esfera de hecho con el dominio del «comercio» en sentido amplio. Es el concepto de «empresa» (19).

En la teoría económica la doctrina se apoya expresamente en las aportaciones de SCHAFFLE y LJEFMANN (20). Este último demuestra cómo la empresa es heredera legítima del comercio en sentido amplio, porque deriva del tráfico de mercancías y de dinero (es el tema de la evolución económica en la línea de los antecedentes del llamado capitalismo); en esta manera se hace también legítima la denominación de nuestra rama jurídica. La explicación del núcleo del Derecho mercantil mediante su conexión a su objeto y a las exigencias de éste, impide que se haya de dar importancia al hecho de que externamente o por razones circunstanciales ésta o la otra institución esté en un lugar u otro: interesa sólo el fenómeno general típico que sirve a la comprensión de la esencia del Derecho mercantil.

2. El concepto de empresa es el siguiente: «el empleo de los factores económicos para la obtención de una ganancia incierta».

En la traducción de esta definición (21) he utilizado palabras distintas de las que son empleadas frecuentemente en los escritos jurídicos, y ello se explica en la necesidad de salvar la conexión de los términos de WIELAND, con el significado de los mismos en la Economía, que es la idea constante del autor. Inmediatamente se aclaran con más detalle.

(18) Es la idea de NUSSBAUM que tanto preocupó, en *Die Auflosung des Handelsrechtsbegriffs*, en Z. H. R., 1914, págs. 331 y ss.

(19) Página 114.

(20) Páginas 114 y ss.

(21) De pág. 146.

a) Cuando habla de emplear capital y trabajo quiere significar arriesgarlo; se hace equivalentes por el autor «Einsatz» y «Wagnis». Dedicó unas páginas a centrar, según las fuentes que maneja, lo que se llama «renta del empresario» en la teoría económica actual; es decir, frente a la renta del capital y al salario que son previsibles en términos de precios, en el caso del empresario (aunque sea al mismo tiempo capitalista y trabajador y por ello se asigne una parte de los beneficios medidos por los precios de mercado) existe la posibilidad del acierto o el fracaso en la combinación de factores realizados en su empresa, que se paga o con la quiebra o con beneficios ilimitados. Hace falta también dejar sentado que al hablar de «wirtschaftlicher Kräfte» quiere indicar los llamados «factores de la producción» en Economía.

b) Lo que se suele traducir por «ganancia ilimitada» las palabras «ungemessenen Vermögensvermehrung») y entenderse en el sentido de procurarse un muy grande beneficio, quiere significar la «incertidumbre» de la misma en cuanto se tiende a obtener sobre la base de las previsiones sobre la situación del mercado.

c) La conexión con el significado de la contabilidad se hace recurriendo a la racionalización de la actividad económica en el seno de las empresas; es decir, se expone la parte de medida que la actividad empresarial implica al comparar los costes de factores de la producción y el beneficio derivado de la utilidad social conseguida de su aplicación al fin y en la forma que se ha propuesto en la empresa; es decir, se trata de la significación que en el funcionamiento de nuestro sistema económico tienen los precios. De aquí también la despersonalización de la empresa al independizarse como patrimonio determinado por su función económica.

d) «Empresa» («Unternehmung») y «negocio» («Unternehmen») deben entenderse cosas distintas; aquella se refiere al momento activo, es decir, a la explotación industrial por el empresario; ésta, al conjunto de los «bienes» empleados en aquella actividad (22).

No se insiste en esta diferenciación porque suele ser materia muy destacada en la doctrina; únicamente aclarar que en la elección de términos—cuestión difícil—(23) me ha parecido adecuado utilizar el de «negocio», usual en nuestro tráfico y significativo para destacar los elementos inmateriales.

e) La *trascendencia* que al concepto se asigna es la de servir a la comprensión de la unidad interna existente en las aparentemente dispares instituciones jurídico-mercantiles. Hasta dónde deba llevarse el concepto depende de la investigación concreta de la realidad jurídica y económica.

Respecto de la *agricultura*, se recogen en parte las consideraciones de la teoría económica que separa las condiciones en que se desenvuelve este sector, a lo cual en otro sitio se hizo referencia (24). Para las profesiones científicas y artísticas propone la distinción entre los supuestos en que sea explotado el contenido de la profesión misma y aquellos otros en que sea la preparación profesional en calidad de trabajo uno de los factores combinados en una empresa, según los términos indicados antes.

(22) Vid. pág. 230.

(23) Vid. POLO, sobre esta dificultad, en su trad. de COSACK, trat. I, pág. 227.

(24) En cuadro de la evolución histórica.

III. Hace falta en un breve *comentario* puntualizar la RELACIÓN ENTRE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA Y LA CIENCIA ECONÓMICA ACTUAL.

El enmarque del tema en la sistemática de la Ciencia económica nos ayudará a la valoración de su relevancia.

Está claro que WIELAND utilizó una aportación de la doctrina económica y, por tanto, su punto de vista está condicionado por la significación actual de aquélla.

A) Primeramente hay que tener en cuenta la existencia de un problema de relación entre la teoría económica y la realidad que estudia. De aquí, la significación de los llamados *sistemas económicos*; puede pensarse que sistema económico hubiera de equipararse a conjunto de instituciones políticas y jurídicas correspondientes a la comunidad o comunidades a las que extiende su análisis la teoría económica; de aceptarse esta acepción, el sistema económico podría ser considerado como un «dato» extraeconómico a tener en cuenta por la Teoría económica, pero sin formar parte de ella. Ese punto de vista sería el de aquellos teóricos de la economía que se mantuvieran en un terreno metodológico que eludiera toda clase de contactos con la tendencia llamada de los «institucionalistas». Pero la discrepancia metodológica a lo único que alcanza es a estimar que el dato es dato, o el dato es parte de la Economía; a nuestros efectos—y respetando las consecuencias de otro orden de la solución que se dé al tema propuesto—lo que importa es que existe una relación que no puede despreciarse.

Puede entenderse que *sistema económico* viniera a ser el conjunto de elementos estructurales de la vida económica, que con independencia de corresponderse o no con los queridos realmente por los poderes políticos de un país, llevan realmente la parte funcional de la vida económica. En este caso la relación no ofrece dificultades demostrativas.

Con las salvedades metodológicas indicadas se distingue por los economistas distintas formas de organización económica con terminología diversa; las ideas que reflejan esa distinta terminología—para no implicar en nuestra exposición el tema de qué terminología sea la correcta—son las diferencias entre una economía «libre» y una economía totalmente «intervenida» por los poderes políticos, distinguiendo el grado y la técnica de la intervención. En la hipótesis de una economía libre, perfectamente aislada, o en relación con sectores económicos que no tuvieran esa condición, hay que considerar como pieza fundamental la *empresa*, y así se hace en todos los libros que se ocupan de la materia.

Como resultado del problema metodológico de relación entre estructura económica y Teoría económica, resulta que el lugar en que se trata a la empresa desde este punto de vista—ya veremos inmediatamente que, además, el concepto de empresa es puro concepto de la teoría económica—cambia; unas veces aparecerá en las partes generales de los libros de economía; otras como presupuesto institucional en la parte de la producción. También, y precisamente porque en este enfoque se encuentra su noción condicionada por el aspecto metodológico indicado, resulta que se mira más a una exposición descriptiva—uno de los datos del sistema económico—que a una precisión conceptual.

B) Con independencia de la cuestión de escuelas económicas hay necesidad de utilizar en la *Teoría económica* un «concepto» de empresa, que es pieza imprescindible de la teoría económica y de su sistema científico. Este concepto no es distinto del que habría que precisarse, según el punto de vista sistemático del apartado anterior; es el mismo porque su objeto es igual; lo único que ocurre—y por eso se destaca—es que su incorporación a los cuadros del pensar de la teoría económica implica el refrendo de que aquél es no sólo un dato extraeconómico.

Centrada la cuestión en esta forma, la Teoría económica actual, en el examen profundo de la dinámica económica, ha tenido necesidad de precisar el concepto y puede darse por admitido el punto de vista según el cual la característica verdaderamente diferenciadora de la noción está en la adopción de decisiones combinando los factores de la producción, lo que implica *incertidumbre* por basarse en previsiones no susceptibles de determinación absolutamente segura sobre las exigencias del mercado libre, a las que se trata de satisfacer; esta función cuasi-política de adaptación y encauzamiento de las fuerzas económicas especifica su concepto diferenciador y distingue su «beneficio» del «salario» «interés» y «rentas».

No es posible—ni por otra parte imprescindible—estudiar en detalles las relaciones entre las aportaciones de SCHAFLE y LIEFMANN, con las que suelen darse como relevantes y fundamentales en la evolución histórica de la incorporación de este concepto a la teoría económica; se dice que fue propuesto ya por CANTILLON, que la precisaron WALKER, CLARK y MARSHALL, y que su análisis detenido lo hace por fin KNIGHT (25).

C) Por último, desde el punto de vista de la *Historia* de la economía, se hace preciso igualmente hacer unas observaciones. Existe un problema metodológico de relación entre la Historia de la Economía y la Teoría, que versa acerca de los condicionamientos históricos de esta última; ligado con él está, a su vez, otro problema de relación: el de concepto que puedan suministrarse una a otra Ciencia a los fines de la comprensión de su objeto; pero cualquiera que sea la posición que se adopte en estos temas, se conviene en la necesidad de «comprender» el curso de la evolución histórica con ciertos «conceptos» condicionados por el curso de la evolución, pero que implican cierta generalización legítima de datos que dan sentido a los procesos histórico-económicos y permiten su visión científica. Justamente en estos términos, el sistema de la Economía «libre» es resultado de una evolución, y en la medida en que la empresa se inserta en él, se nos aparece con un sentido histórico-institucional que hoy nadie duda; justamente la aparición de la figura del empresario implica la abdicación en éstos del aspecto funcional de los sistemas económicos. Ello significa que, sociológicamente, deja de ser relevante la distinción entre «comerciante» y otras especificaciones por el objeto de actividad, porque la historia misma ha demostrado que lo importante es la función económica empresarial, que si bien encontró su antecedente en la forma de actuar de los

(25) En su libro *Risk, Uncertainty and Profit*, aparecido primeramente en 1921. Vid. para detalles *Entrepreneur*, a cargo de DOSS, en *Enciclopedia de SELLIGMANN*.

comerciantes, hoy esa forma determinada por la función se ha extendido a todos los empresarios del sector «libre» de las economías.

D) *Reunendo* las distintas vertientes de consideración de los apartados precedentes alrededor del concepto teórico, resulta claro el siguiente texto: «la justificación del empresario que ha estado implícita en la mayor parte de las modernas teorías (precisamente contra la condena marxista de su beneficio) ha consistido en postular respecto de él ciertas funciones que no son meramente funciones condicionadas institucional o históricamente, sino que tienen significación absoluta en el sentido de que son necesarias en cualquier orden económico...; permanece la función de asumir la incertidumbre de adoptar las decisiones que la implican... en un sistema socialista esta incertidumbre puede ser soportada por la comunidad..., lo que queda es la cuestión administrativa de si las decisiones serán más o menos sabias bajo uno u otro sistema» (26).

Deliberadamente se ha perseguido—en toda esta parte de relación con la parte económica—mantenerse en un terreno de rigor de planteamiento; para que se evite mezclar a los enfoques científicos los políticos e ideológicos de índole polémica. Se ha procurado, incluso en la terminología: se ha huido, por ello, del empleo de la palabra «capitalismo», que como se sabe es una expresión que pudiera llamarse de «guerra» y utilizada en las luchas sociales fundamentalmente por marxistas; hoy se acepta con grandes salvedades por los economistas y siempre con las aclaraciones necesarias sobre su origen y alcance y queriendo significar «economía libre».

Se ha excluido el desarrollo desde el punto de vista económico de los temas propuestos; se trata sólo de ver un problema de relación; ya se sabe que Derecho y Economía no se proponen los mismos fines y que, por tanto, a los efectos de esa relación lo único que importa es tener bien presentes las zonas de contacto y sus contornos.

Por último, no creemos preciso dar una orientación bibliográfica detallada, ni las cuestiones propuestas en el aspecto que nos interesan y en la manera en que han quedado aisladas o condicionadas presentan facetas polémicas, ni son nuevas o desconocidas; son corrientes y sólo interesaba aquí el recuerdo, porque a veces pasan desapercibidas las relaciones vistas desde el seno de una especialidad. Con todo, pueden verse los libros generales; v. gr.: los de VALENTÍN ANDRÉS (27), CASTAÑEDA (28), y para orientaciones metodológicas, monográficamente, los artículos que bajo firmas de especialistas se contienen en la Enciclopedia de SELIGMANN (29) y los libros de NOGARO (30) y EUCKEN (31). En la materia de relaciones con sistemas económicos los libros de BLODGETT (32), LOUCKS y HOOT (33). Importantes también son los libros que explican la relación entre el sistema económico y la vida social y política de los pueblos, lo que ha preocupado grandemente en la actualidad; podría darse mucha bibliografía, pero puede orientar sobre ella RÖPKE con la información que suministra (34).

(26) DOMS, art. cit.

(27) *Apuntes de teoría económica* (s. d., en curso de publicación), principalmente páginas 117 y ss.

(28) *Lecciones de teoría económica* (s. d., en publicación), págs. de Intr., hasta 65.

(29) Vid. *Voz Económica*.

(30) *Le méthode de l'Economie politique*, 1939.

(31) Citado.

(32) *Comparative economic systems*, 1949.

(33) *Comparative economic systems* (3.ª ed., 1948).

(34) *Explication économique du Monde moderne* (trad. francesa, 1961).

Con los materiales indicados y la síntesis de las relaciones expuestas, creemos que hay suficiente para hacerse cargo de hasta qué punto el Derecho mercantil quedaría desligado de la realidad económica si se mantuviera en la imagen histórica que representan los viejos Códigos que no comprendieron las transformaciones contemporáneas de su aparición.

IV. No puede afirmarse que *las proyecciones legislativas de la doctrina de la Empresa* hayan resuelto con fortuna los problemas que de la misma se derivan.

Hay que prestar atención al «Codice civile» italiano que está en vigor; desgraciadamente no maduró suficientemente el Proyecto de «Volksgesetzbuch», alemán, como para tomarle sin cautelas con fines de ejemplaridad; no obstante, se hace imprescindible una referencia al mismo. Aunque se mencionen otros datos legislativos, realmente sólo esos dos esfuerzos merecen destacarse tomando en cuenta la ambición de sus planes.

A) El «Codice Civile» italiano ha originado una frondosa producción doctrinal que se ha propuesto, de una parte, la revisión del tema de «Concepto» del Derecho mercantil ante los nuevos datos legislativos, y de otra, la puntualización del concepto de empresa igualmente sobre la base de los nuevos textos. Conviene, antes de proponerse valorar esas aportaciones, hacer una exposición, circunstanciada, de los elementos jurídico-positivos sobre los que se construyen.

I. El tránsito del Proyecto de Código de Comercio al Código civil tiene notable interés.

a) El Proyecto de Código de comercio (de 1940 y redactado por Comisión presidida por ASQUINI) quiso recoger con todo rigor—por lo menos en el orden sistemático—la doctrina de la empresa: hacer del Derecho mercantil un Derecho de las empresas mercantiles.

La determinación de la materia mercantil se hacía en la siguiente forma: se estimaba mercantil toda actividad «organizada en empresa» que tuviera por objeto las clase de tráfico del artículo 1.º (que pasará al «Codice civile»); se extendía la comercialidad a la pequeña empresa y al ejercicio profesional de la mediación, a las relaciones jurídicas relativas a la organización de una empresa mercantil, a la transferencia de participaciones o acciones, a la circulación de los títulos-valores, a los contratos bursátiles y a las relaciones jurídicas correspondientes a las navegaciones marítima y aérea; se establecía la presunción de comercialidad respecto de todas las relaciones patrimoniales de comerciantes con exclusión de las familiares y sucesorias por causa de muerte. El contenido del Proyecto era: comerciante (individual y colectivo), negocio del comerciante, contratos de empresa, títulos-valores y parte concursal (35).

b) Pero la parte de las Obligaciones presentaba una notable particularidad que tenía necesariamente que producir impresión en los autores italianos que habían dado tan notable valor a la «especialidad» referida a las figuras tratadas por «partida doble»; el Proyecto de Libro de las Obligaciones del Código civil en la parte general aparecía «comercializado», dando acogida para

(35) Vid. FERRARA, *Gli imprenditori e le Società* (ed. de 1962), pág. 11, y LA LUMIA, *Corso di Diritto commerciale* (I, 1960), pág. 39.

aplicación general a especialidades tradicionalmente mercantiles; la parte de las Obligaciones del Proyecto de Código de comercio al contener «contratos de empresa» tipificados por sí mismo no necesitaba la fórmula de la «partida doble» de tratamiento y ahora aparecían «generalizados».

c) Por otra parte, en materia de «concepto de empresa», el Proyecto se había mantenido dentro de la noción de «empresa mercantil»; es decir, la significación político-administrativa y la jurídico-social no habían sido contempladas. Tampoco en la parte proyectada del Código civil se prestaba atención a estos aspectos.

d) El tránsito de los materiales legislativos que estaban en la situación descrita al «Codice civile» afectan a ambos extremos y se tiñen, además, de determinadas influencias ideológicas.

) En el terreno ideológico parece que fué decisivo para la unificación la relevancia dada al Trabajo y a la organización corporativa de la nación (FERRARA) (36).

Los desarrollos de esa idea a veces conducen a desenvolvimientos alejados del núcleo central. Hay que tener cierto cuidado en la materia por la facilidad con que, dada su índole, se producen influencias del clima social del momento. Se ha dicho que: «La unidad orgánica deriva de la unidad de los criterios directivos, morales, políticos y sociales que son los de la doctrina fascista contenidos en las declaraciones de la Carta del Lavoro» (37), y fijando la atención en la parte que se refiere a la economía principalmente, que este Derecho de la economía *latu sensu* como disciplina unitaria de la economía organizada sobre bases corporativas, se muestra así como un aspecto del ordenamiento unitario de la nación, tal como aparece proclamado en el párrafo primero de la Carta del Lavoro, sin que pretenda sustituir a las particulares ramas del Derecho—civil, mercantil, del trabajo, económico, *strictu sensu*, etcétera—, sino que las encuadra a todas ellas al servicio de aquella unidad moral política y económica que se realiza integralmente en el Estado fascista (POLO) (38).

) Se dice que, con independencia de esas razones políticas, lo decisivo para la unificación era que en materia de obligaciones estaba claro que, aunque en dos cuerpos legislativos distintos, al desaparecer la «especialidad» expresada en normas desviatorias para iguales supuestos dogmáticos, se había producido ya la unificación y, por tanto, el sistema externo resultaba contradictorio (39).

(36) Obra cit., pág. 13, en nota.

(37) MAZZONI, *Los principios de la Carta del Lavoro en la nueva codificación italiana*, en «Revista de Estudios Políticos», abril 1942, págs. 227 y s.

(38) Véase el folleto publicado en el número de «Arriba» correspondiente al 29 de abril de 1942, bajo el título *Código de la Economía organizada*, IV, con el seudónimo de JUAN HURTADO. Vid. detalladamente lo que se quiere decir con la penetración ideológica en el Código en SOLMI: *L'idea fascista nel nuovo Codice civile*, Roma, 1940, en que se hace referencia a la significación del interés colectivo, fin de hacer posible a todos el servirse de las «reglas de Derecho, la triple dirección manifestada en materia mercantil, señalando ya cómo dominaba la idea de hacer del Derecho mercantil un Derecho de las empresas en estrecho contacto con el Derecho de la economía. También PUTZOLU, *Il libro del Lavoro del nuovo Codice civile*, en «Stato e Diritti», enero-febrero 1941. En las págs. 6 y 7 se contienen las ideas de más interés para nosotros. En realidad, la doctrina italiana se preocupó siempre del problema, y por eso basta la referencia a estos autores que laboran sobre los textos ya consignados.

(39) FERRARA, obra cit., lug. cit.

Sea lo que quiera de la verdad de esta motivación en las circunstancias del momento de la codificación, es en todo caso interesante constatar que técnicamente la razón es exacta, aunque la valoración de su alcance pueda ser objeto de interpretaciones discrepantes

”) Pero en materia de «empresa», la empresa mercantil-única, atendida por el Proyecto de Código, viene ahora englobada en una noción más amplia, que recoge elaboraciones producidas en sectores distintos del jurídico-mercantil. Se recibe del Derecho social una noción de «empresario fundamentalmente elaborada sobre la base de la significación del concepto para el material legislativo del Derecho social, en el que destaca como elemento definidor el ser aquel «dador de trabajo» (40); por otra parte, procedente de esta misma rama jurídica vendrá la tendencia dogmática hacia la «institucionalización» de la empresa, elevando el interés común unificador de los que desde distinto orden colaboran en el seno de la misma en las tareas productoras. Junto a esta corriente, hay que situar la proveniente del intervencionismo económico que considera a las empresas desde la unidad de la vida económica, sin contemplar la función del concepto respecto de determinados sectores de normas. De todo ello resulta una mezcla en el Libro del Trabajo del Código civil, que origina dificultades de sistematización de conceptos (41).

2. El sistema del *Codice civile* y la doctrina que le interpreta nos presentan así los siguientes trazos de interés para nuestras finalidades:

a) El tema de la *autonomía del Derecho mercantil como Ciencia* jurídica se ha planteado por la doctrina italiana—si se acierta en las líneas que siguen a percibirse de lo que es importante entre literatura muy abundante y, a veces, circunstancial y polémica—como un problema en íntima conexión con la estructura sistemática del cuerpo legislativo que constituye el «Codice».

Los elementos jurídico-positivos que constituyen la causa de las discrepancias doctrinales, son los siguientes: 1.º Que el Código sea único con una unidad que se corresponde a un sistema efectivo y orgánico. 2.º Que el sistema de jerarquía de fuentes se organice de una vez para todos sus libros; 3.º Que la técnica de acotamiento de los supuestos de aplicación de sus normas no sea el de contraposición de instituciones paralelas con tratamiento discrepante.

A su vez, en el terreno doctrinal, en relación o en contraste más o menos manifiestos con los anteriores datos legislativos, se ha hecho corriente el planteamiento de tres aspectos de la autonomía: «jurídica», «científica» y «didáctica». Incluso quienes se oponen a esta diferenciación de aspectos del problema parten de ella por lo generalizada que está en la doctrina.

Generalmente se acepta que la autonomía «legislativa», si no va acompañada de otra cosa que no sea el hecho formal de ser un texto independiente el receptáculo de las normas mercantiles, es irrelevante. Pero la dificultad estriba en las implicaciones de otra índole que siempre la unificación o separación de textos supone; de aquí que algún tipo de relación exista normalmente entre aquella y la que se llama «jurídica» o «sustancial»; para caracterizarla hay

(40) Conservo una traducción literal, porque la estimo necesaria para la precisión de ideas.

(41) Vid. FERRARA, cit., págs. 21 y ss.

que centrar la exposición en lo que pudiéramos llamar posición de las normas referentes a la materia que se considera en el sistema de un ordenamiento positivo, que tiene su propia estructura de coordinación y supraordinación de normas. Para unos, la autonomía sustancial requeriría que el propio Derecho positivo contuviera una técnica de cierre del sector legislativo del que se postula la autonomía, en forma tal, que el recurso al Derecho positivo común representara una segunda instancia en lo referente a fuentes, de manera que entre uno y otro pudiera interponerse la analogía en la que encontrarían cabida los principios de dicho sector autónomo; además, sería preciso la excepcionalidad de disposiciones sobre institutos idénticos desde el punto de vista dogmático (42). La posición contraria sostiene que a la vista del Derecho positivo del «Codice civile» los mismos resultados se obtienen, en lo referente a las fuentes que regulan la materia mercantil, adentrándose en la naturaleza de las disposiciones, de las figuras jurídicas reguladas y operando debidamente con los recursos interpretativos sobre la base del sistema de fuentes del Código civil y los llamamientos concretos a fuentes que no son el propio texto, lo único que cambia—se dice—es la existencia o no de un artículo primero de un Código de comercio (43).

Lo que se llama autonomía «científica» vuelve a ser objeto de puntos de vista distintos. Lo más corriente es entender que aquélla requiere materiales legislativos en cantidad suficiente, homogeneidad de doctrinas y conceptos y especialidad metodológica para satisfacer a la exigencia de un buen conocimiento del objeto de la ciencia de que se trate. Estas notas suelen ser tomadas de Rocco. Pero al destacarse por los autores, bien expresa, bien implícitamente, la relatividad de los dos primeros requisitos resulta la aparición de direcciones muy diversas en el tratamiento de este aspecto de la autonomía: unos siguen partiendo de aquellas notas de Rocco y se valen de ellas para resolver, tanto el tema de la autonomía llamada «científica» como el de la «jurídica» o «sustancial», y así, descartando toda significación al régimen formal de jerarquía de fuentes, resuelven afirmativamente los dos temas con el recurso sencillo de la observación de que las instituciones que estaban en el Código separado vuelven a aparecer aglutinadas alrededor de la empresa en el nuevo Código (44).

Otros, fijándose en las exigencias del objeto y en las necesidades de afrontar su conocimiento mediante la particularidad metodológica de un examen de los hechos y de la legislación, en que se tengan en cuenta las realidades económico-sociales y de técnica de los negocios, fundan en ello la razón de la autonomía «científica» (45); pero en este sector de ideas se presenta la particularidad de que esas exigencias son las mismas que piden algunos, negadores de la autonomía sustancial y científica, para la «didáctica» (46); esta tendencia, con la distinción de terminología apuntada, se la puede caracterizar por hacer con-

(42) Vid. FERRARA, en ob. cit., 2.ª ed. (pues en la 3.ª, del 52, no insiste en estos desarrollos), págs. 8 y ss., y GRUO, en R. D. C., 1947, pág. 5, *Il Diritto commerciale fra l'autonomia e la fusione*.

(43) Vid. CASANOVA, en pág. 100, de N. R. D. C., 1948, *Autonomia ed orientamenti del nuovo Diritto commerciale*.

(44) Vid. LA LUMIA, *Corso*, cit., págs. 18 y ss.

(45) Por ej., GRUO, *trab. cit.*, págs. 8 y s.

(46) FERRARA, ed. de 1962, págs. 15 y s.

sistir al Derecho mercantil en un Derecho *especial* en sentido jurídico-material; es decir, su especialidad vendría dada, no por el carácter de excepción en sentido lógico—no valorativo—de sus normas, sino por atemperarse a las necesidades del objeto o zona económico-social regulada.

Con las distinciones que se acaban de hacer queda, por último, para el problema de la autonomía «didáctica» el concepto según el cual vendría a consistir esta última en la separación exigida por necesidades de división del trabajo.

Es bastante difícil tener la seguridad de que la síntesis que acaba de hacerse de la doctrina italiana en materia de autonomía del Derecho mercantil sea acertada; lo que se ha tratado de conseguir es el trazo de lo esencial y la proporcionalidad, en el sentido de recoger lo que significa de aportación en el conjunto de los esfuerzos para la determinación del concepto del Derecho mercantil. Sería excesivo recoger todos los detalles de las discusiones; en realidad, para la doctrina italiana el Código ha sido un acontecimiento muy importante y ha tendido a acoplar al hecho legislativo nuevo buena parte de la doctrina anterior, elaboradas sobre presupuestos legislativos distintos.

Para obtener la visión de conjunto me he valido fundamentalmente de los Manuales recientes y de los trabajos de GRECO (47), VALERI (48) y CASANOVA (49). En los dos primeros puede encontrarse la lista prácticamente completa de los trabajos sobre esta materia de los mercantilistas italianos (50).

b) Otro problema fundamental es el de *aportaciones para la fijación de los conceptos de empresa y empresario*. En este punto los inteligentes esfuerzos de la doctrina italiana tienen una notable importancia, no sólo por lo que hayan conseguido hasta ahora, sino por haber destacado un problema de relación entre los conceptos económico y jurídico de empresa que vale, no sólo para la solución de los problemas suscitados por el tratamiento que de la empresa ha hecho el *Codice Civile* (no siempre laudable), sino para el tema más general de examen de las maneras distintas de adquirir relevancia para la Economía y el Derecho un mismo fenómeno con independencia de la solución que se le dé en un ordenamiento positivo concreto.

La *técnica legislativa* ha originado un problema doctrinal cuya significación es muy notable; se trata del de existencia en el Derecho italiano de «empresarios no comerciales».

La base legal del tema viene dada por los artículos 2.082 y 2.195. El primero dice: «es empresario el que ejerce profesionalmente una actividad económica organizada para el fin de la producción o cambio de bienes o servicios»; el de 2.195 dispone: «están sujetos a la obligación de inscripción en el Registro de empresas los empresarios que ejercen: 1), una actividad industrial dirigida a la producción de bienes o de servicios; 2), una actividad intermediaria en la circulación de bienes; 3), una actividad de transporte por tierra, agua o aire; 4), una actividad bancaria o aseguradora, y 5), otras actividades auxiliares de las precedentes. Las disposiciones de la ley que hacen referencia a las actividades y a las empresas comerciales, se aplican, si no resulta otra cosa, a todas las actividades indicadas en este artículo y a las empresas que las ejercen».

(47) Citado.

(48) En R. D. O., de 1943, págs. 21 y ss., *Autonomia e limiti del nuovo diritto commerciale*.

(49) Citado.

(50) En realidad, todos; vid., de GRECO, pág. 1, nota, y de VALERI, págs. 30 y 31 y nota.

El artículo 2.082 comienza una sección correspondiente a un capítulo que trata de las «empresas en general»; el artículo 2.195 comienza una segunda sección de un capítulo (III, del libro *Del Lavoro*) que trata de las «empresas comerciales», en cuya sección se enuncian las que se encuentran sometidas al primero de los deberes—la inscripción—que a aquellas quieren imponerse en el Código.

De aquí se deducen dos orientaciones doctrinales en la interpretación del alcance de esos textos:

Según una de ellas, al concepto general de empresa, que se decide independientemente del género de su actividad, habría que añadir el objeto de la misma, es decir, ese género según la enumeración del artículo 2.195, para determinar qué empresas son comerciales.

Según la contraria, el primer número del artículo 2.195, unido a la expresión empresario, vuelve a reproducir la noción de empresario del artículo 2.082, porque la única adición que hace es la de emplear la palabra «industrial», que no debe tomarse en sentido distinto a la palabra «organización» del artículo 2.082, porque en realidad se refiere al «modo» de ejercerse la actividad (51).

La solución que al problema dé la doctrina italiana, desde el punto de vista del Derecho constituido, importa menos que el análisis de lo que el problema mismo implica. Con el planteamiento de este problema lo que ocurre es que se hacen relevantes dos cosas: 1.ª Que la técnica legislativa no ha tenido clara idea de que lo que propone en el sistema del libro *Del Lavoro* como grado de generalidad en el concepto de empresa puede llevar, en realidad, a conceptos distintos del de empresa; en efecto, poniendo en relación el sistema del Código con los antecedentes ideológicos y corrientes que a él afluyen en esta materia (las cuales quedaron expuestas en otro lugar anterior), resulta que en la medida en que el concepto de empresario se lleve al de dador de trabajo, puede resultar que se salga del concepto económico de empresa, porque interese resumir los casos en que la legislación laboral se aplique, y, en consecuencia, baste el hecho de ser patrono aunque no se produzca para el mercado (nota de la empresa). 2.ª Que la doctrina se enfrenta con un problema en cuya solución las perspectivas son equívocas; el concepto de empresa de la economía no depende del género concreto de la actividad, sino del hecho de organizar los factores de la producción para cumplir la función de empresario, es decir, anticipar una previsión con su correspondiente incertidumbre sobre el mercado, cargando sobre sí las consecuencias de esa incertidumbre, ya que al trabajo y al capital él les retribuye en manera fija y con independencia de aquéllas; estas notas no dependen del género de actividad. De aquí el cambio del concepto de «comerciante» al de «empresario». Así propuesta la cuestión, la tendencia doctrinal a distinguir—con independencia de su justificación en los textos de Derecho positivo—significa volver a utilizar por acarreo la aportación científica del período que precisamente se intenta superar. Por ello, la tendencia—por lo menos como tal tendencia—correcta es la indicada antes en segundo lugar. Pero lo significativo de la misma es que al

(51) La síntesis de los autores en FERRARA (ed. 1962), págs. 37 y ss., que es quien representa esta última posición.

recorrer el sistema se ha encontrado con lo que necesariamente tendrá que encontrarse: con que a la noción de empresario no añade ni quita nada el género de actividad; que la noción general de empresario y la de empresario «mercantil» deben coincidir.

Lo que ocurre es que de esta identidad general hay que desglosar otras, no por la noción misma, sino por motivos de política jurídica: la agricultura y la pequeña empresa.

Aquí conviene ya hacer referencia a una distinción importante; desde fuera, en la producción jurídica italiana actual para la precisión del concepto de empresa y de empresario, hay que distinguir dos tendencias; la distinción se justifica desde fuera—según se acaba de indicar—, con objeto de evitar que el aprovechamiento de estas doctrinas con fines de reforma del Derecho en vigor se merme, al prestar atención exagerada a lo que toman de presupuestos de Derecho positivo, que podrían no haber sido acertados; una de esas tendencias, la de más interés según indicamos, se orienta en el sentido de acen-tuar el análisis del fondo de ideas económicas inspiradoras de la política jurídica, y la otra de la interpretación del Derecho positivo, en el juego sistemático de sus normas. Naturalmente que estas tendencias tienden a entrecruzarse por efecto de la crítica recíproca de los autores, y de aquí que convenga tener a la vista ambas ideas en la lectura de todos ellos (52).

”) Los elementos utilizados en la definición legislativa de «empresario» en el artículo 2.082—antes recogido textualmente—de nuevo originan discrepancias de interés.

Se pide que se trate de una actividad «económica» organizada para el fin de la producción o al cambio de bienes o servicios. Prescindiendo ahora de la palabra «organizada», queda el resto del inciso referido al género de actividad. Y la doctrina italiana suele aceptar que actividad «económica» quiere decir «utilitaria» en el sentido corriente del tráfico, con exclusión, por tanto, de las culturales, intelectuales, de recreo, deportivas... De nuevo aquí hay una tendencia al acarreo de las aportaciones precedentes al Código, porque se hace predominar esa referencia sobre la que indica el artículo 2.238 sobre profesionales intelectuales, el cual las hace caer bajo el concepto de empresa si se da la forma de organización de ésta; en realidad, la nota de organización estriba en que se asuma la incertidumbre que antes se indicó; pero esa incertidumbre es independiente de la clase de los bienes o los servicios, porque, como se sabe, la economía tiene en cuenta no la indole de aquéllos, sino su «escasez». En cambio, sí se rectifica al texto legal en su inciso último poniendo el acento en la palabra «cambio», haciéndosela significar producción para el mercado y no para sí.

Nótese que en el punto que se considera no parece que el Derecho haya de separarse de la Economía, en la traslación de esos elementos del concepto y que más bien el Derecho italiano podría ser tachado de imperfecto (53).

(52) Vid. fundamentalmente en el primer sentido RAVÁ, *la nozione giuridica d'impresa* (1949), y GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa* (1960). En los Manuales últimos y en los trabajos de BIGLIANI—muy agudos—, *La piccola impresa* (1947), *La professionalità dell'imprenditore* (1948), se nota la segunda orientación. En posición intermedia es de citar a FANELLI, *Introduzione a la teoria giuridica dell'impresa* (1960).

(53) Sobre las posiciones en este punto pueden verse FERRARA, págs. 25 y ss.; MESSINGHO, *Manuale*, I, 1960, pág. 311, y la doctrina que recogen

Téngase en cuenta, además, que la materia es desenvolvimiento de la considerada antes sobre la generalidad del concepto de empresario.

El requisito que quiere exigirse con la palabra «organizada» ha sido el centro alrededor del cual, fundamentalmente, ha tratado de puntualizarse el concepto en la doctrina; pero, a su vez, un sector de ella ha ligado esta nota a la de «profesionalidad» que se exige en el inciso primero del artículo 2.082, que se viene comentando. Conviene ver, pues, una y otra conjuntamente. Importa también anticipar que alrededor de estas notas versa el tema fundamental de relación entre Economía y Derecho:

Un sector de la doctrina entendió decisivo el hecho del empleo de trabajo extraño; es decir, aparte del que desarrolle el empresario; basado en tomar a «contrario sensu» la noción de pequeño empresario (art. 2.083) que se determina por el prevalente empleo del trabajo propio o de familiares.

Otro sector fomó la nota indicada en sentido contrario: si el pequeño empresario es empresario, no puede incluirse en la noción el empleo de trabajo ajeno, pues para este concepto de empresa no es precisa esa nota; consecuentemente se debe prescindir de la palabra organizada y aplicar sólo el requisito de la profesionalidad.

Ante esta segunda objeción, se vuelve sobre el requisito de la organización y se sostiene que no debe excluirse, sino buscársele otro sentido, pues no es el único el de empleos de trabajo ajeno; puede ser la organización de los medios materiales o la organización material que la «azienda» supone y en la que aquellos medios reciben un tratamiento unitario a virtud de su complemento funcional para el fin de la explotación de que se trate (54).

Desde el punto de vista crítico que aquí nos interesa, estas distintas tendencias ponen de manifiesto algunas cosas importantes:

1.ª En el tema de relación entre Derecho y Economía, esos problemas hacen salir a la luz una cuestión de planos de tratamiento que hay que destacar. Al análisis económico no interesa—desde el punto de vista del concepto—que los medios empleados en la empresa sean propios o ajenos; es posible discriminar internamente costes y beneficios por referencia a precios de mercados, para dejar aislados conceptualmente lo que corresponde a capital, trabajo y actividad empresarial. Por otra parte, tampoco hay inconveniente en considerar empresa la que, satisfaciendo a las notas del concepto económico, agote su vida en un instante aunque se trate de un caso límite; en consecuencia, la ocasionalidad de la empresa no es relevante económicamente desde el punto de vista del concepto. En cambio, estas ideas no son trasladables así al campo del Derecho. El Derecho contempla las exigencias de los supuestos de hecho y, en función de esas exigencias que originan sus normas, acota los conceptos; es decir, sirven los conceptos delimitativos de la realidad a la determinación de la esfera abarcada por los mandatos de las normas. En tal sentido, la política jurídica no consiste en trasladar por sí la precisión del concepto económico, sino en cuanto sea útil a aquella función. En nuestro caso, la reglamentación de las empresas contemplan fundamentalmente, desde el punto de vista de la política legislativa, el establecimiento de debidas

(54) Vid. estos apuntes de vista sintetizados en MESSINEO, cit., pág. 311; FERRARA, citado, págs. 28 y ss., y en La LUMIA, Corso, págs. 94 y ss.

garantías y cautelas para los terceros: acreedores, como consecuencia de la actividad empresarial (capacidad, contabilidad, publicidad...), defensa contra la competencia ilícita, conservación de la empresa en caso de transmisión con su nota funcional (55). Justamente este complejo de intereses no se da, la exigencia de la realidad, por tanto, no reclama su ordenación al legislador en caso de empresa ocasional o empresa que carezca de todo contacto con extraños; podrán éstas seguir siendo empresas para la economía, pero esas empresas no tendrán relevancia para el Derecho mercantil. Igualmente—aparte de otras razones—, concediendo la generalidad del concepto económico de empresa, de la que la mercantil será especie, habría de tenerse en cuenta que esta última es la que exige tratamiento especial, pero no por el objeto, sino por su composición económica que repercute a los efectos de organización y de producción en los terceros (56).

2.ª Acotada en la forma precedente, el problema que da la cuestión de la *fórmula técnica* legislativa para proyectar aquellas ideas en un ordenamiento. El éxito o el fracaso en esta materia no debe prejuzgar sobre el problema. Podrá utilizarse el recurso a una «cláusula general»—eso sería la palabra «organizada»—o a una enunciación casuística o a completar la cláusula general con el detalle de la solución de los supuestos límites.

Como cuestión técnica, hay que plantear también el problema de si para el acotamiento conceptual hay que colocar en primer término a la empresa o al empresario y definir a uno u otro. Si se parte de la noción de empresa, el acento habrá de ponerse en el ejercicio en nombre propio, pues ya la definición que se haya dado de empresa habrá asegurado las notas de cierta permanencia y relaciones con personas extrañas al empresario que viertan sobre efectos jurídico-patrimoniales. Si se parte de la noción de empresario—como lo ha hecho el Código civil italiano—, será preciso referir a su actividad los elementos conceptuales que se dan para la empresa.

Nótese que en esta materia vuelve a reproducirse el tema del grado de relevancia que el Derecho positivo concede al conjunto de elementos organizados para el objeto perseguido en la empresa concreta de que se trate; precisamente este ángulo de visión fué el motivo de despiste de la corriente que trató, al comienzo de elaborarse la doctrina de la empresa, llevar a su personalización jurídica; conviene, pues, la advertencia formulada: la manera de considerarse a la empresa como organización no debe originar una transposición de nociones jurídicas del campo de la técnica al campo de la dogmática; es aquella lo que interesa; la noción de empresario no puede ser sustituida por la de empresa; ésta podrá ser sin merma ni de su importancia ni de otras vertientes de su consideración elemento auxiliar para la mejor delimitación del concepto de empresario.

”) Los conceptos marginales de «pequeño empresario» y «empresario agrícola» vuelven a proponer en parte los problemas anteriores. Como no se trata de exponer todo el Derecho italiano, sino valernos de él al efecto de analizar los problemas que ha suscitado el ensayo legislativo, como piedra de toque

(55) GHIDINI, ob. cit., pág. 196.

(56) Vid. sobre estos puntos GHIDINI, cit., y FANELLI, en toda la primera parte de la obra, que da el conjunto de la relevancia de la empresa genérica, y específicamente la mercantil, en el cuadro total del Codice.

de la doctrina de la empresa podemos fijar nuestra atención sólo en lo referente a la agricultura. Pues bien, este punto vuelve a plantearnos el problema de relación entre Economía y Derecho. El empresario agrícola satisface a la noción de empresario; no es relevante el género de su actividad; lo que importa es el aspecto político-jurídico condicionado por las características de estructura económica de este tipo de actividad. Lo que ocurre es que, de una parte, la garantía constante de la tierra, los ciclos económicos y la distinta manera de funcionar el crédito hacen innecesarias las fórmulas jurídicas y las disposiciones de las empresas no agrícolas (57). En este punto hay coincidencia; como en el caso anterior, no debe resolverse contra la exactitud de la idea la dificultad técnica de precisar, cuando junto a la agricultura se dan otras explotaciones, en qué momento éstas entrarán en la categoría de empresas comerciales.

En esta materia el legislador italiano ha optado por una fórmula técnica de tradición en el país, la de la «normalidad» formulada por ARCANGELI frente a otras que en el curso de la evolución doctrinal se fueron formulando (de la «accesoriedad», de la «autonomía»). No es posible entrar aquí en detalles que no sean los informativos que se acaban de indicar.

c) Las formas de contemplar jurídicamente a la empresa constituyen también un tema digno de consideración en la doctrina y derecho positivo italiano.

Primeramente hay que consignar que el planteamiento mismo del problema ya da por sentada la idea siguiente: de la misma manera que existe un problema de relación entre las nociones de empresa en el orden económico y en el jurídico, igualmente aquella noción económica no necesita corresponderse con una única caracterización al llevarse al catálogo de los conceptos jurídicos ya establecidos; es decir, definida la especie, interesa, a los fines de ordenación sistemática, el encuadramiento en los conceptos que articulan el sistema del Derecho constituido. Y aquí el tema presenta la particularidad de que el análisis jurídico requiere llevar el mismo fenómeno a distintos sectores del sistema y, a su vez, formular alguna técnica de cortes en esa unidad, a los fines de dicho tratamiento.

Unas veces se trata de identificar «empresa» y «empresario»; este tema no merece atención mayor; es intuitivo que se trata de cosas distintas, y sólo por una transposición vulgar de palabras se explica (58).

A la parte de personas ha de llevarse el concepto de «empresario», una vez que se le precise con los elementos definidores por los que se opte en la técnica legislativa.

Pero los conceptos de «empresa» y «azienda» suscitan notables problemas. En la doctrina precedente al *Codice* se llegó a utilizar ambas expresiones como sinónimas desde el punto de vista de la comprensión del concepto (59); es decir, el conjunto de elementos componentes. El Código ha definido la «azienda» refiriendo sus elementos componentes a bienes (art. 2.555), aunque

(57) Vid. GIBBONI, pág. 98.

(58) Vid. ANTONI, *trab. cit.*, R. D. C., 1943, I, pág. 7.

(59) LA LUMBA, *cit.*, pág. 119.

Juego admita la posibilidad de transmisión de las relaciones jurídicas juntamente con aquéllos, en la reglamentación contenida en la misma sección en que está aquel artículo, y que trata de la «azienda». Por otra parte, como se ha definido al empresario y no a la empresa, a ésta se la ha hecho consistir en la «actividad» empresarial. De esta manera resulta que el tema de caracterización jurídica o vertiente de conceptualización aparece ligado con el problema de noción; no se trata de cosas iguales enfocadas desde distinto punto de vista, sino de cosas distintas. Como consecuencia, la actividad misma como «hecho» se hace relevante; los bienes unidos en la «azienda» se llevan a los conceptos de «objeto» de derecho en las figuras que aglutinan más o menos íntimamente una pluralidad de cosas; y el conjunto de bienes y relaciones se lleva al concepto de «patrimonio», aunque no puede entenderse como patrimonio «separado», sino de una manera condicionada y especial. A partir de aquí, los puntos de vista cambian cuando se trata de puntualizar detalles (60). Sin embargo, la unidad de la empresa organizada para el Derecho patrimonial trata de salvarse, situando la actividad en las relaciones jurídicas en que se concreta, y en esta forma, «azienda» y «empresa» se sitúan en una posición jurídicamente más realista: esta última es la «azienda» más las relaciones jurídicas en las que la actividad del empresario se ha concretado; es una vuelta correctiva a la posición doctrinal precedente al Código que se atenía mejor a la realidad (61).

Finalmente, es posible, por pertenecer a un género de conceptos jurídicos no incompatibles con los anteriores por ser distinto, la caracterización de la empresa entendida en el sentido últimamente indicado como «institución». Aquí las doctrinas manifiestan, más que las dificultades para enmarcar a la empresa en tal noción, las dudas acerca de los perfiles del concepto jurídico en el cual trata de subsumirse a la empresa. En realidad es difícil proponerse en este punto mayores detalles; únicamente interesa indicar que esta noción presenta amplios horizontes en cuanto se admita la posibilidad de que en ella encuentren su sede adecuada en el proceso de transformación ideológica de estos tiempos (62).

d) Por último, hay que tener en cuenta que todavía se da un acarreo de ideas precedentes al pretenderse una sistematización de normas «delimitativas» de la materia de comercio partiendo de la empresa (63). En realidad, lo cierto es que esa «técnica» no se ha seguido; no hay un acotamiento unitario de la materia comercial referida a las empresas y sus actos; así lo entiende FERRARA, y su punto de vista es acertado; no lo es, en cambio, la consecuencia—que ya se vió—: a falta de esa delimitación no subsiste Derecho mercantil; en realidad, la existencia del Derecho mercantil no depende de una

(60) Una reseña en ASQUINI (R. D. C.), 1943, cit., y LA LUMIA, cit., pág. 120.

(61) GRUDINI, pág. 105 y s.

(62) Vid. ASQUINI, cit., la ponderada posición de MASSIMO, cit., pág. 282, y la contraria de FERRARA, págs. 21 y s. Debe, además, tenerse en cuenta que la orientación italiana en el orden metodológico, con predominio dogmático, es obstáculo a la comprensión del problema político jurídico y doctrinal alemán de estos años, que busca en la unidad de la empresa la solución a problemas sociales de justicia. Pero todos estos temas ya no corresponden a esta parte informativo-crítica, sino a las correspondientes lecciones de un Programa.

(63) Vid. LA LUMIA, págs. 112 y ss.

cuestión de técnica en cuanto a la fijación del procedimiento para obtener la dirección a su objeto de los mandatos de las normas; y no se debe mezclar con peligro, como lo hace la doctrina primeramente indicada, una y otra idea; de hacerse, se hace confusión entre lo importante y lo que carece de relevancia.

V. El proyecto de *Volksgesetzbuch* se elaboraba en un período particularmente influido por una determinada ideología que acentuó su importancia por una serie de elementos circunstanciales (64); por otra parte, por el curso mismo de los hechos no llegó a consumarse la obra. Con todo, tiene interés una referencia a él, aunque su consideración no pueda ser sino de un lado breve y de otra cuidadosa, para ver de aislar—cosa difícil—lo que en los esfuerzos alrededor de este ensayo pueda haber de permanente.

I. Su *sistema general* presenta al Derecho mercantil después de diversas tendencias constituyendo un libro del Código, que se llama de la Empresa, si bien con desglose de la parte de Sociedades, que pasa a un libro de las Asociaciones, correspondiéndose con la evolución reflejada en los planes de enseñanza que había hecho una disciplina con el Derecho de Sociedades en sentido amplio. La paridad con el Código italiano existe sólo en el no haberse respetado la existencia de un Código de comercio independiente. Pero, en cambio, la parte de la empresa refleja la unidad sistemática del Derecho mercantil, sin mezcla con el social (hay un libro anterior del Trabajo), construida sobre la base de ese concepto y llevada hasta el Derecho de obligaciones, pasando por la parte de Derecho de cosas.

El plan general de la parte que nos interesa es el siguiente: Libro VII, *La empresa*.—Título I. Empresario y empresa. Título II. Constitución de la empresa. Título III. Nombre de la empresa. Título IV. Dirección de la empresa. Título V. La empresa en la libre competencia. Título VI. Traspaso de la empresa. Título VII. Prohibición de la empresa. Título VIII. Protección de la empresa. Título IX. Amparo (ayuda, socorro) (sic) de la empresa. 1. Agencia. 2. Comisión. 3. Crítica. Título X. El Derecho de tráfico de la empresa. 1. Reglas generales. Condiciones del negocio. 2. Disposiciones especiales sobre venta mercantil. 3. Transporte. 4. Almacenes de depósito. 5. Negocios bancarios. Libro VIII. *Las asociaciones*.—Título I. Principios generales. Título II. La sociedad. Título III. La asociación. Título IV. Las sociedades mercantiles. 1. Las sociedades mercantiles públicas (sic). 2. Las sociedades en comandita. 3. Las sociedades comanditarias por acciones. 4. La sociedad de responsabilidad limitada. 5. Las asociaciones. Título V. Las fundaciones (65).

La evolución de la doctrina pasó de la tendencia a no incluir en el Código al Derecho mercantil, basada en varias razones (menor permanencia de la materia, no ser común a todos los miembros de la comunidad germánica, sino sólo a los empresarios...) (66), pero, en definitiva, se votó en el sentido de la inclusión lo mismo que el Derecho social (67). Para aclarar el sentido de la

(64) Este fue el punto seguido con interés mayor en nuestro país por los autores.

(65) HILTRAK DE HUMBOLDT (nota de *Sistema del Código del pueblo alemán*, R. D. P., 1903, pág. 133). Se respeta la traducción del autor, aunque se indican los puntos seguramente erróneos.

(66) Vid. HILDEBRAND, *Das V. G. B. der Deutschen*, 1941, págs. 8 y s.

(67) LEHMANN, obra cit., págs. 20 y s.

inclusión en el sistema es interesante el trabajo de NIEPERDEY, en «Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts» (68), *Das System des bürgerlichen Rech.* En la página 95 indica la conveniencia de que el Derecho privado sea reunido en un Código único y no dividido en leyes especiales que acogieron la idea disgregadora del Derecho civil (principio III). Los principios jurídicos para el tráfico comercial, incluyendo el referente a competencia, deben incluirse en el Código de Derecho privado (principio VII). Acentúa que la unificación del Derecho mercantil y del civil no supone la disolución de las instituciones especiales del Derecho mercantil y que el Derecho de la empresa no está limitado al de aquellas que se dedican al tráfico comercial (págs. 112 y 113).

2. Aunque no se pueda saber cuáles fueran las ideas que hubieran de prosperar, en definitiva, en lo referente a la traslación al campo del Derecho del concepto de empresa, es importante acentuar que la doctrina alemana contaba con una larga tradición en materia de concepto de comerciante, amparada en un Derecho positivo que ya anticipó la idea sobre la base del concepto del *Solikaufmann*, de manera que la precisión de los requisitos de *Art und Umfang* de la explotación recogieron muchos esfuerzos para nuestro fin aprovechables. Precisamente, opiniones muy autorizadas proponían la colocación en primer término de la precisión nueva que se diera a este concepto:

Este punto de vista está representado por LEHMANN, que afirmaba que se debía ir a la fijación del concepto de comerciante partiendo de la idea de empresa explotada en forma comercial y concretando la calificación en su titular; la idea se completa con el fin de darle seguridad por medio de la inscripción en el Registro (69). El mismo autor sale al paso de la tendencia a despersonalizar el Derecho mercantil, acentuando que el concepto central del Derecho mercantil tiene que seguir siendo el empresario como titular de la empresa, pues no debe oscurecerse la personalidad del que ha creado la organización de la misma (70). La síntesis de conjunto de este autor es muy interesante, porque parece recoger el cuadro de ideas dominantes: entiende que el concepto de comerciante del Código es complicado y anticuado; hay que hacer una unificación; concepto central sería el de empresario; y habría que destacar de entre ellos a los que lleven una explotación en forma comercial (separándose así a los pequeños empresarios, para hacerles objeto de régimen distinto en la forma semejante al derecho vigente); la inscripción debe hacerse obligatoriamente y tener efecto constitutivo; la enumeración de empresas por su objeto, reducirse a una significación exemplificativa; propone la supresión de los «Kannkaufleute», y añade que de esta forma se cerraría el ciclo de evolución del Derecho mercantil, pasando de un Derecho de los comerciantes a un Derecho privado especial de los que explotan industrias.

El acento en este curso de la evolución histórica, según el cuadro de correlación con los cambios de la estructura económica y de la legislación, es característica de los trabajos más notables que se habían ido produciendo en la materia de fijación del concepto de empresa. De entre ellos destaca el de KRAUSE (71). Pone de manifiesto cómo un gran número de prescripciones del H. G. B. son perfectamente independientes del concepto de comerciante; que este concepto no desempeña ningún papel en el conjunto de normas estatales y estamentales que constituyen el nuevo Derecho de la economía, independientemente de una interna transformación del propio concepto en las normas no contenidas en el Código, pero que inciden sobre él y que en materia contable

(68) Publicación de la Academia para el Derecho alemán, 1908.

(69) Véase *Zum den Grundfragen des Handelsrecht*, en el «Jahrbuch der Akademie für deutsche Recht», 1908, págs. 102 y s., y fundamentalmente pág. 106.

(70) Véase *Handel und Gewerbe*, cit., 1908, pág. 7.

(71) En su artículo *Kaufmannsrecht und Unternehmensrecht*, en *Z. H. R.*, 1908.

Hegan a hacer del deber de contabilidad un deber de la economía en general. Para hacer la contraposición pasa revista a las diversas ideas que se tienen del empresario con reflejo en el Derecho positivo, desde la más comprensiva del Derecho fiscal (que comprende a todo el que desempeña una actividad profesional) a la más restringida, que se refiere a la actividad industrial, con exclusión, por una parte, de la agrícola y forestal y, por otra, de las profesiones artísticas y científicas. Completa su estudio exponiendo la significación del empresario en la organización económica alemana, en que—dice—es el elemento fundamental sobre el que se construye la economía industrial (72), y llega a las siguientes conclusiones: el siglo xix llegó a formar un concepto de conjunto del comerciante. Pero el siglo xx va a cerrar la evolución y, partiendo de la unidad de toda la actividad industrial, sobre el núcleo de la producción va a colocar en su punto medio y como portador al empresario. Hace penetrar así también la idea de unidad económica al servicio del pueblo: el labrador y el empresario son los sostenes económicos del pueblo. Las especialidades de la actividad de uno y otro son el fundamento de la peculiar configuración del Derecho de cada uno. Propone el deber de inscripción cuando su importancia sobrepase una cierta medida, se conserve la distinción entre comerciante pleno y pequeño comerciante, y se prescriba obligatoriamente la inscripción del primero; por razón práctica—dice—, debe conservarse la categoría de comerciantes por razón de la forma para las sociedades. El artesano debe quedar excluido del deber de inscripción.

La precisión del concepto de empresa ha originado también esfuerzos en los cuales vuelve a notarse el mismo problema que en el Derecho italiano: el de la diferencia de fines que con sus conceptos se proponen la Economía y el Derecho. Entre estos trabajos de la época considerada, interesan los de SCULTZE v. LASAULX y FECHNER; el primero está orientado específicamente hacia la reforma (73), continuando la crítica de KRAUSE, trata el tema práctico de orientaciones en la manera de llevar a cabo la reforma; el segundo (74) trata de obtener un concepto válido para todo el Derecho. A uno u otro ha opuesto sus críticas GIERKE, quien acepta la significación de la empresa y la necesidad de trasladar las ideas fundamentales de la Economía al Derecho, pero en sus propuestas en tal sentido se muestra tradicional, pues a la idea de empresa liga la idea de objeto mercantil de su actividad (75).

VI. Los trabajos preparatorios de la reforma del Derecho francés merecen una mención por haberse propuesto—y rechazado—el tema de la recepción legal del concepto de empresa. No puede decirse, sin embargo, con verdad que lo publicado de estos trabajos sea muy importante desde el punto de vista en que aquí nos interesan (76).

El problema de la distribución de materias entre Código civil y Código de comercio, al discutirse, demuestra la heterogeneidad y la inspiración fundamentalmente utilitaria de los criterios que se proponen: por otra parte, al remitirse la decisión al momento en que la tarea de fondo esté terminada y quede la de coordinación, resulta una nota de provisionalidad que impide deducir consecuencias firmes.

(72) Bastan las indicaciones del texto sobre este trabajo fundamental, que tienen por finalidad apuntar cuál es la importancia de su contenido, ya que no es éste el lugar para una recensión. Si debo hacer notar que pone de manifiesto que la doctrina, en la interpretación del Código, no había pasado en general del concepto profesional de comerciante. Cita en este sentido a MULLER-KREBACH, LEHMANN-HORNIGKE, GIERKE...

(73) Se titula *Die Zukunft des Kaufmannsbegriffes in der deutschen Rechtsordnung*, 1930, forma parte de los «Schriften» de la Academia de Derecho alemán.

(74) *Das wirtschaftliches Unternehmen in der Recht*, 1942.

(75) *Das Handelsunternehmen*, en Z. H. R., 1946, págs. 1 y s.

(76) Se contiene en s. II de *Travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce et du Droit des Sociétés*, 1960.

En cuanto al tema de fundamento del contenido del Código de comercio, las tendencias han sido curiosas. La propuesta de centrar la cuestión sobre la empresa, que formuló ESCARRA, no tuvo acogida, porque la subcomisión quedó influida por la idea de que debieran darse criterios elásticos, dejando la precisión a la doctrina y a la jurisprudencia, y que aquella noción no permitía ser definida con la precisión necesaria como para excluir este criterio flexible (77). Pero lo curioso es que, desechado este criterio, se quiere que la esfera de vigencia del Derecho mercantil recoja las zonas subjetiva y objetiva conjuntamente con un artículo primero que dice que el Código se aplica a comerciantes y a actos de comercio; y resulta que las críticas contra el concepto de acto de comercio (78) (MAZEAUD decía que el acto de comercio aislado no existe, y AMIAUD insiste sobre su dificultad) (79) y la eficacia de las propuestas en el sentido de hacer del Derecho mercantil un Derecho profesional (LESCOT y AMIAUD) (80) conducen a la supresión del artículo 1.º, con lo que el Anteproyecto comienza con la definición de comerciante, iniciando una tendencia subjetiva en el sentido anticuado. Otras muchas observaciones críticas podrían hacerse, pero se precisaría un estudio especial que no está justificado para trabajos meramente preparatorios

(77) Vid. págs. 15 y ss. y 50.

(78) En pág. 16.

(79) Página 66.

(80) Página 40.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Ley de 15 de julio de 1954 sobre regulación de los arrendamientos rústicos protegidos por la Ley de 4 de mayo de 1948

IGNACIO SERRANO SERRANO

Catedrático de Derecho Civil

Esta ley es una continuación, una consecuencia más de la política formulada, primero, en el Fuero del Trabajo y recogida después con mayor solemnidad, en el de los españoles. En la declaración V del Fuero del Trabajo, el número 6 después de enunciar un principio de estabilidad en los arrendamientos, dándoles largos plazos, añade: «Es aspiración del Estado arbitrar los medios conducentes para que la tierra, en condiciones justas, pase a ser de quienes directamente la explotan». Y en la declaración XII, el número 2 señala que «el Estado asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana, el hogar familiar, la heredad de la tierra y los instrumentos o bienes de trabajo para uso cotidiano». Declaración esta última que, con ligerísimas variantes, se reproduce en el Fuero de los españoles, en el artículo 31: «El Estado facilitará, a todos los españoles, el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: hogar familiar, heredad, útiles de trabajo y bienes de uso cotidiano».

El legislador, en la exposición de motivos de esta ley, invoca los textos legales citados, pero añade otra razón más en apoyo de la política de acceso a la propiedad que instaura y es la de la larga duración del arrendamiento protegido que ha logrado, hasta ahora, perdurar durante cerca de quince años.

También el preámbulo, a que nos estamos refiriendo, alude al espíritu de justicia social del Movimiento. Efectivamente, esta ley es de un contenido social que tiende a la «seguridad económico-social»; que desarrolla las ideas de Santo Tomás cuando dice: «respecto a los bienes externos dos cosas competen al hombre, una de las cuales es la potestad de administrar o distribuir y por lo que a eso se refiere, lícito es al hombre poseer cosas propias. Es también necesario por tres razones: 1.ª Porque todos

son más solícitos en el cuidado de las cosas propias, que en el de las comunes o que pertenecen a muchos... 2.ª Porque hay mucho más orden si a cada uno le incumbe el cuidado propio de administrar una cosa en particular... 3.ª Porque se conserva más fácilmente la paz entre los hombres cuando cada uno está contento con sus bienes particulares».

Precedentes.—Con el mismo título de acceso a la propiedad se habló de este modo de devenir propietarios, en la ley de 9 noviembre de 1935 de reforma de la reforma agraria. En ella se dió el derecho de acceso a todo ciudadano español que llevara por sí sus ascendientes, descendientes o cónyuge el cultivo directo de una o varias fincas ajenas, desde hace diez o más años y que no posea en propiedad, o en usufructo vitalicio, más de dos hectáreas de tierra en regadío o cincuenta en secano, pudiendo, los que tuvieran propiedad o usufructo en menor extensión, completar hasta esa cantidad con arreglo a las normas del acceso a la propiedad.

Pero la tierra que se daba en acceso, en aquella ley, era la misma que se viniera labrando, cuando el propietario consintiera, libremente, en entregarla y, en caso contrario, tomando la extensión precisa de entre las tierras expropiadas a los fines de la reforma agraria, en el mismo pueblo, o en los limítrofes. La forma de pago del precio era en término de veinte años y se creaba por la ley de 1935 una suerte de censo consignativo. Previsión esta última que falta totalmente en la ley objeto de estos comentarios.

Analogía del acceso a la propiedad con otras instituciones.—Institución parecida al acceso a la propiedad a través del arrendamiento, fuera del retracto, no sabemos que exista, hasta ahora, más que la de nuestra ley. Porque, en Francia, se concede un doble retracto, primero a favor del colono y, superpuesto a éste, otro a favor de profesionales de la agricultura, aunque no fueran colonos de la finca de cuya venta se trate (Ordenanza de 17 octubre 1945 y ley de 13 de abril 1946). O en la ley del mismo país de 15 de junio de 1949, sobre desacumulación de explotaciones agrícolas en favor de profesionales de la agricultura carentes de tierra en propiedad, o en arrendamiento, sobre la cual ejercitar su actividad productora. Y en diversos países, incluso en el nuestro, encontramos medios de tránsito de la colonia a la propiedad, pero acompañados de operaciones más complejas de colonización que comprenden corrección de límites, saneamiento de terrenos, defensa de los mismos contra las avenidas de los ríos, establecimiento de caminos, plantaciones de árboles de ribera, irrigación, etcétera. Así pueden verse nuestras leyes de colonización de grandes zonas (26 diciembre 1939), de colonización de zonas regables (21 abril de 1949) y de colonización de interés local (25 noviembre 1940 y 27 abril 1946). Pero todo esto es algo ajeno a la institu-

ción jurídica del arrendamiento, aunque no cabe olvidar que esta nueva ley forma parte del total de disposiciones de carácter agrario y de aquí que se puedan sacar consecuencias o formular reparos de su comparación con las restantes disposiciones referentes a la agricultura.

Ambito de aplicación de la ley.—Es una ley que, claramente, tiene efecto retroactivo, porque se proyecta sobre situaciones ya creadas con anterioridad. Mas como, en general, se refiere a efectos futuros de hechos pasados, nos encontramos ante una retroactividad sencilla o débil. No obstante existe el caso del artículo 9, párrafo primero, que deja sin efecto, salvo la ulterior ratificación, los convenios relativos a la modificación, novación o extinción de los arrendamientos protegidos, a que esta ley se refiere, siempre que tales convenios sean de fecha posterior a 1 de octubre de 1953, y no lo sean a título oneroso.

Esta ley se refiere a régimen arrendaticio rústico, pero no comprende todos los arrendamientos de este carácter ni tiene la vacación normal del artículo primero del Código Civil. Esto plantea una triple consideración, a saber: momento de entrada en vigor de la ley, extensión de la aplicación de la ley a ciertos arrendamientos protegidos y, en fin, exclusión del ámbito de acción de esta ley por razón de la naturaleza de la finca de que se trate.

Momento de entrada en vigor de esta ley.—Claramente se deduce que el momento de entrada en vigor de esta ley ha quedado aplazado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11, donde se prevé que «además de las facultades conferidas al Gobierno, en los artículos anteriores queda autorizado: a) para *fixar el momento en que la presente ley deba entrar a regir* en las demarcaciones del territorio nacional donde se considere oportuno retrasar o adelantar la aplicación de la misma o de alguno de sus preceptos, entendiéndose prorrogado dichos territorios *hasta el momento que el Gobierno señale para la entrada en vigor de esta ley* la prohibición de desahucio que establece la de 4 mayo de 1948». Si la ley entrara en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial* no tendría ningún sentido la autorización para adelantar la entrada en vigor de la ley. Por otro lado, las consecuencias más importantes de la ley son dos: 1.ª Posibilidades de rescatar, ahora, el cultivo directo y personal de las tierras (art. 2) y 2.ª Derecho de acceso a la propiedad (arts. 3 y 4). Pero ninguna de ellas está en vigor: no lo está la primera por la prórroga de los efectos de la ley de 4 de mayo de 1948 y tampoco lo está la segunda porque faltan las disposiciones que la reglamentan (art. 3 i. f.).

Solamente el mantenimiento del statu quo establecido por la ley de 4 mayo 1948 entra en vigor ahora. Todo lo demás de esta ley queda aplazado hasta el momento que el Gobierno disponga, lo cual puede hacer libremente, incluso discriminando materias de

la misma y adelantando o retrasando su aplicación, por partes según, a su juicio, convenga.

Todo esto que decimos no queda contradicho por la circunstancia de que la prórroga concedida por el artículo primero se cuente a partir de 1 de octubre de 1954 y que el derecho a renunciar al enervamiento del acceso a la propiedad sólo se pueda realizar en los dos años siguientes a la publicación de esta ley (art. 5 i. p.) porque todo esto es compatible con el aplazamiento de la entrada en vigor de la ley.

Sigue el legislador un procedimiento que no es nuevo, ni siquiera exclusivo de nuestro país, sino que se va afirmando sobre todo en leyes que afectan a la economía del país o a problemas agudos que por plantear matices diferenciales o de varia intensidad aconsejan obrar, con prudencia, poniendo en vigor, en épocas diferentes, una misma ley en todo el país o en zonas del mismo. Esto pasa en los arrendamientos, tanto rústicos como urbanos, y ya la ley de 30 diciembre 1946 estableció algo parecido, en cuanto a los arrendamientos de fincas urbanas, si bien allí se siguió una técnica diferente, puesto que la autorización al Gobierno se le dió en las disposiciones transitorias.

¿Qué arrendamientos protegidos son los que quedan tutelados por la ley que comentamos?—Ya queda dicho que, aunque no a todos, se refiere a arrendamientos protegidos. Esta figura jurídica, muy conocida, arranca de la ley de 23 julio 1942 (art. 4) y en ella están los rasgos más acusados de la institución. Ha de tratarse de arrendamiento en que la renta no exceda de cuarenta quintales métricos de trigo y la explotación se lleve de modo directo y personal. Se entiende que la explotación es directa y personal «cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente por éste o aquél (se refiere a arrendatario o arrendador) o por los familiares, en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente por exigencias estacionales del cultivo y sin que, en ningún caso, el número de obradas de estos asalariados exceda del 25 por 100 del total que sea necesario para el adecuado laboreo de la finca».

La jurisprudencia (SS. de 28 noviembre 1946 y 28 abril 1952) precisa que, a efectos de la consideración de colono protegido, procede acumular las distintas rentas que satisfaga y si, sumadas todas, exceden de los cuarenta quintales métricos, se pierde la protección. Igualmente conocemos fallos de la Jurisprudencia de Juzgados y Audiencias y la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 diciembre 1953 que acumulan incluso la renta que abonaría el presunto colono protegido por sus propias tierras, si las llevara en arrendamiento, y si de la suma de todas estas rentas resultase mayor cantidad que los cuatro mil kilos de trigo, también se pierde la condición de colono protegido.

La protección se manifiesta, por un lado, en la concesión al

arrendatario de cuatro prórrogas de tres años, eximiéndole de la obligación del preaviso, al arrendador, de su determinación de prorrogar el contrato (art. 8 L. A. R. 1942) en tanto que este último si quiere recabar el cultivo directo de la finca debe notificarlo previamente, con un año de anticipación. Por otro lado agravando las condiciones en que el arrendador puede ejercitar el desahucio por expiración del plazo o de sus prórrogas, pues ha de comprometerse al cultivo directo y personal por plazo de seis años (art. 6 i. f. L. A. R. 1942), pero no sólo esto sino que, para que prospere este desahucio, es preciso que concurren todas las circunstancias que detalla la ley de 18 marzo 1944, entre otras: la racionalidad del propósito del demandante al desahuciar, que está en posesión de capacidad de labrador y él mismo, o sus hijos y familiares que con él convivan, tienen capacidad de trabajo para labrar directamente y personalmente las fincas que pide, que resida en el término municipal o alguno de los colindantes o se comprometa a residir en alguno de ellos (art. 1).

Aparte la protección a la pequeña empresa agrícola que se vislumbra en el largo plazo del arrendamiento protegido y las dificultades para el rescate de las fincas por el arrendador, la conservación de la misma, como un todo unitario, la vemos en el régimen sucesorio que instaura el artículo 4, párrafo 3 de la L. A. R. 1942, según el cual no se divide el arrendamiento entre los herederos, ni sigue el mismo con todos los herederos, con carácter solidario, sino que se prevé la sucesión en cabeza de un único heredero designado por el testador arrendatario, o en su defecto, por todos los herederos de acuerdo, o, finalmente, por elección del arrendador. Claro es que la protección de esta pequeña empresa es incompleta porque no mantiene la unidad de todos sus elementos, pues el ganado, simientes, abonos, aperos, etcétera, puede ser repartido entre los herederos. Pero en esta sucesión del arrendamiento protegido hubo un precedente de la ley de 15 julio 1952 sobre patrimonios familiares.

La protección de estos arrendamientos se manifestó, también, en el régimen transitorio de la ley de 23 julio 1942, en sus disposiciones adicionales, la primera relativa a contratos vigentes al promulgarse la ley o disfrutando de prórroga voluntariamente acordada por las partes y la segunda relativa a los demás contratos; en ambas adicionales, sus párrafos segundos se refieren a estos arrendamientos protegidos y en la primera se prevé la posibilidad de lanzamiento del arrendatario a la terminación del plazo contractual o prórroga voluntaria que estuviere vigente, pero con el compromiso asumido de cultivo directo y personal y no pudiendo volver a arrendar, en ningún caso, antes del 30 de septiembre de 1948. En la segunda adicional se prevé la terminación de los arriendos a que se refiere en 30 septiembre de 1943, con el mismo compromiso de cultivo directo y personal y sin que se pueda arrendar, de nuevo, antes del 30 septiembre de 1948.

Estos arrendamientos, comprendidos en los párrafos segundos de las disposiciones adicionales citadas, iban a vencer, en su totalidad, en 30 septiembre de 1948, pero la Ley de 4 de marzo de 1948 los prorrogó, por seis años más, hasta el 30 de septiembre de 1954. El mismo problema se planteaba este año al llegar el día San Miguel, pero ahora el legislador trata de resolverlo definitivamente: mas, como la Ley de 15 de julio de 1954 sólo se refiere a los arrendamientos protegidos incluidos en las adicionales 1.ª y 2.ª de las de la Ley de 23 julio 1942, que fueron objeto de prórroga por la de 4 mayo 1948, se desprende que hay dos clases de arriendos protegidos: los afectados por el nuevo régimen de la Ley de 15 julio 1954 y los demás.

Estos además son los no comprendidos en las adicionales citadas, es decir, los pactados después de 23 julio 1942, a quienes es de aplicar, en su pureza, el régimen de la Ley de esta fecha, con su complemento, en cuanto a desahucio, de la Ley de 18 marzo 1944. No obstante, también, estos arriendos quedan afectados por la nueva Ley en el sentido de que se levanta, por haberse agotado, la prohibición de desahucio a los adquirentes de fincas dadas en arriendo a un cultivador directo y personal, cuando la adquisición fuera posterior al 16 de julio de 1949. Así lo dispone el artículo 2 de la ley que comentamos al final de su párrafo 1.º, al decir: esta facultad (se refiere al rescate de la posesión para cultivo directo y personal) del arrendador se entenderá que corresponde, asimismo, no obstante lo preceptuado en la disposición transitoria primera de la Ley de 16 julio 1949, a quien, por título oneroso, hubiese adquirido antes de 1 de enero de 1954 la finca arrendada». No hacía falta esta disposición por cuanto que la Ley de 16 julio 1949 solamente impedía el desahucio de los colonos, por ella contemplados, con anterioridad al 1 octubre 1954.

Pero la redacción empleada discrimina entre adquisiciones a título oneroso de fincas arrendadas a cultivadores directos y personales anteriores a 1 de enero 1954 y los posteriores a tal fecha. En los casos de adquisición posteriores a 1 de enero 1954 y precisamente a título oneroso, no se pueden ejercitar, normalmente, los derechos concedidos por la Ley de 1942 en su artículo 9, sino que se impone un nuevo aplazamiento de dos años «computados desde la fecha en que, notarialmente, se notificare al colono la transmisión realizada». Con esta disposición, que afecta por igual a arriendos de los de las adicionales 1.ª y 2.ª de la Ley de 1942 y a todos los demás, se trata de evitar que los arrendadores que no pueden tener la condición de cultivadores directos y personales se confabulen con quienes puedan serlo, al sólo efecto de lograr el desplazamiento de los arrendatarios protegidos. Es decir, la misma razón que dió el legislador en el preámbulo de la Ley de 15 de julio de 1949. De esta limitación quedan exceptuadas las transiciones por actos *mortis causa* o por donaciones *inter*

vivos a herederos forzosos: «en ambos supuestos el arrendatario deberá cesar, en la posesión arrendaticia, a la terminación del año agrícola en que se le comuniquen la decisión del arrendador de recabar la entrega de la finca para su cultivo directo y personal» (art. 2 i. f.).

Excepción por la naturaleza de la finca arrendada.—Se exceptúan del derecho de acceso a la propiedad las fincas forestales o ganaderas, así como las adhesionadas cuando el arrendatario sólo disfrute el aprovechamiento agrícola y este sea en secano (art. 6, párrafo 2). Con las leyes de superficie mínima de cultivo son frecuentes estos casos de que fincas forestales o ganaderas han tenido que roturar el monte o el prado para dedicarlo al cultivo de cereales en secano, más a estas fincas arrendadas no se aplica el derecho de acceso a la propiedad. Pero ¿qué significa el concepto de fincas adhesionadas? El diccionario ideológico de don Julio Casares dice de «adhesar» que consiste en hacer dehesa alguna tierra, definiendo la voz «dehesa» como tierra generalmente acotada y dedicada a pastos. En las Partidas se habla de «defesa» y se dice que viene del verbo defenderse, que significa defender o prohibir. El diccionario de Escriche define la voz dehesa como la parte o porción de tierra acotada que se destina regularmente para pastos de ganados. Es fundamental, pues, el que la finca de que se trate esté acotada y por lo general o en su mayor parte destinada al pasto de ganados.

¿Son muchos o pocos los arrendamientos protegidos a que se refiere esta Ley?—Hay que reconocer que son muchos, especialmente en la región castellano-leonesa y quizá, también, en Galicia, menos importante el problema en las restantes regiones. Hay que considerar, no obstante, que hubo un número inicial de arriendos protegidos incluidos en los párrafos segundos de las adicionales 1.ª y 2.ª de la Ley de 1942, pero este número ha ido sucesivamente decreciendo porque muchos de estos contratos han sido novados o extinguidos, a veces por compra de la finca por los mismos arrendatarios, otras el arrendatario ha prosperado, incrementando su explotación, y ha venido a perder su condición de colono protegido, o viceversa, ha envejecido y ya no puede cultivar él directamente y tiene que servirse de asalariados. Se habla, no obstante, de ochocientas mil familias afectadas por la nueva ley de acceso a la propiedad (el suplemento al número 3 de la Revista de estudios agro-sociales, correspondiente a los meses abril-junio 1953, que inserta la contestación española a un cuestionario de la F. A. O. Organismo de la O. N. U., calcula el número de arrendatarios protegidos, en 1952, en 816.600 que cultivan una extensión de 1.851.100 hectáreas). Mas, si se tiene en cuenta lo que acabamos de decir, quizá el número sea bastante menor.

¿Cómo queda ahora el arrendamiento protegido anterior a 1942?—Evidentemente, se reconoce al cultivador directo y personal, con mayor amplitud, como titular de una empresa agrícola digna de protección, de mayor protección por tratarse de una pequeña empresa agrícola familiar. Esta protección de la empresa agrícola como algo substantivo se manifiesta en la prórroga de los arrendamientos a que se refiere la ley comentada, por un período de seis, siete, ocho, nueve, diez, once o doce años, a partir de 1 octubre 1954, según que, respectivamente, la renta actual fuere superior a treinta, veinticinco, veinte, quince, diez o cinco quintales métricos de trigo o inferior a esta cantidad (art. 1, párrafo 1).

Esta manera de proceder es censurable porque estabiliza una serie de explotaciones agrícolas minúsculas, sin medios adecuados para lograr una productividad normal. En tales explotaciones, especialmente en las de menor canon arrendaticio, no se dispone de maquinaria, de abonos, de simientes selectas, de insecticidas, ni de la experiencia necesaria para hacer producir, como debiera, a la tierra. Son empresas rudimentarias, con mal ganado, nula maquinaria y sin capital circulante para atender el pago de semillas, abonos, etc. Por ello, habida cuenta de las modernas tendencias del derecho de colonización, debería haber sido a la inversa, cuanto más pequeña la empresa agrícola, menor prórroga.

No solamente de esta prórroga, sino que aún puede el colono disfrutar de otra más de tres años, cuando el dueño no se comprometa al cultivo directo, por seis años al finalizar la prórroga del artículo primero. Al finalizar esta nueva prórroga de tres años el arrendador podrá volver a arrendar libremente (artículo 4).

Otra manifestación de la protección de la empresa agrícola la vemos en el caso de que el dueño se oponga al acceso a la propiedad por el colono, pues habrá de darle una indemnización que oscilará entre la cuarta parte y la mitad del precio del acceso, porque la empresa queda desorganizada al privarla del elemento esencial que es la tierra, incluso, en este caso, se atiende a amortiguar este estrago ordenando que el arrendatario protegido podrá continuar en el disfrute de la tierra por dos años más. Y en todo caso para que el arrendador pueda ejercitar estos derechos ha de comprometerse al cultivo directo (art. 3, párrafo 3).

Mas, aun en aquellos contratos de arrendamiento en que la finca no pueda ser adquirida en virtud del derecho de acceso a la propiedad por darse la excepción anteriormente señalada del artículo 6, párrafo 2.º, nos dirá el artículo 8 que «deberá serle satisfecha, al término de la prórroga que señala el artículo 1.º una indemnización equivalente al producto de multiplicar por tres el importe en numerario de la última renta, a no ser que el arrendador opte por conservarle en la posesión arrendaticia durante todo el tiempo de la prórroga establecida en el artículo 4.» (esta pró-

rroga es de tres años, al cabo de los cuales puede el arrendador disponer libremente de la finca).

La Ley reconoce la personalidad de la familia labradora, titular de pequeña empresa agrícola, pues sólo a ella protege, lo mismo cuando la mantiene en la posesión de la finca, o la da el derecho de acceso que cuando consiente en poner fin al arriendo o enervar el derecho del colono a convertirse en propietario, pues solamente tiene esta debilidad en la protección de aquélla, cuando se trata de un arrendador que se compromete al cultivo directo o directo y personal ya que cuando se ejercita este derecho, en los términos del artículo 3, párrafo 1, no cabe el acceso a la propiedad. Los demás arrendadores, ya sean también de economía modesta, ad ex. viudas de labradores, labradores impedidos para el trabajo, aunque tengan hijos pequeños, ya se trate de grandes terratenientes, no merecen la tutela de la ley. Quizá en este rasero común radique una de las mayores injusticias de la ley, porque no es infrecuente el caso de la viuda de labrador, con hijos pequeños, que arrienda sus tierras esperando que cuando sus hijos crezcan, puedan, a su vez, llevar la labranza con la misma dignidad que otrora su padre.

La protección más importante de la pequeña empresa agrícola está en el acceso a la propiedad, porque, no en vano, entre los distintos elementos de la empresa agrícola, el factor tierra tiene una influencia preponderante, de *conditio sine qua non*.

Pero ¿qué es el acceso a la propiedad?—El acceso a la propiedad es una limitación del derecho de propiedad que afecta a la de las fincas arrendadas, que no sean forestales ni ganaderas, ni estén adhesadas, comprendidas en los párrafos segundos de las adicionales 1.ª y 2.ª de la ley de 23 de julio de 1942 y en el artículo 1.º de la ley de 4 de mayo de 1948, por virtud de la cual el arrendatario protegido que esté al corriente en el pago de la renta y lo sea de todos los aprovechamientos de la finca, o al menos del principal de ellos, tiene, transitoriamente, el derecho potestativo de opción legal, previo pago de una cantidad resultante de capitalizar la renta al dos o al tres por ciento, o fijada por tasación contradictoria, según los casos, a adquirir la propiedad de la finca arrendada, cuando el arrendador no pueda o no quiera usar de su derecho de enervar el pretendido acceso del colono a la propiedad.

Es una limitación del derecho de propiedad.—Pero solamente afecta a la que vive en régimen de arrendamiento protegido y está comprendido en los párrafos segundos de las adicionales 1.ª y 2.ª de las de la ley de 1942. Esta limitación provoca un cambio subjetivo en el derecho de propiedad: a un anterior propietario sucede otro nuevo. Con esto ya desechamos la tesis de la adquisición originaria: estamos, más bien, ante una adquisición derivativa

o sucesión a título particular, aunque no medie relación contractual alguna, a ello dirigida, entre partes. Estamos ante una adquisición semejante a la que tiene lugar en el caso de expropiación forzosa por causa de utilidad social. No hay contrato entre partes fuera del antiguo arrendamiento que no se pronunciaba sobre el acceso a la propiedad. El arrendador, salvo el derecho de enervar el acceso, cuando pueda usar de él, no tiene sino una actitud meramente pasiva: no consiente en la transmisión aunque haga suya la indemnización. La causa de este traspaso de propiedad podemos decir que es causa *accessionis proprietati ope legis*, pero en virtud de la naturaleza derivativa que la asignamos pasa la propiedad *cum sua* causa y, por tanto, tal como estuviera en poder del anterior propietario; esto es, gravado con las servidumbres, cargas reales, hipotecas que tuviera. Lo cual plantea el problema de la aplicación o no del artículo 118 de la Ley Hipotecaria. No lo creemos aplicable porque aquí no se trata de venta y porque el problema puede tener solución al margen del citado precepto. La finca pasa al que accede a la propiedad hipotecada, pero sigue siendo responsable personal el anterior deudor hipotecante. Pero queda apuntada aquí la conveniencia de proveer legalmente a la reglamentación de este caso.

Al ser adquisición derivativa tendrá lugar la *accessio possessionis* del artículo 1.960 del Código civil, y el colono accedente podrá unir su período posesorio al que hubiera tenido el mismo arrendador.

¿Se da en el acceso a la propiedad la evicción y saneamiento?—Al no ser contractual, sino forzoso, el traspaso de propiedad, se plantea el problema de la evicción y saneamiento. Ya se había planteado la misma cuestión en torno a la expropiación forzosa, resolviendo Valverde que, en ella, no hay lugar a la evicción, lo cual es lógico, habida cuenta de que no se quiso vender y, por tanto, no se comprometió a transmitir el derecho de propiedad. No quiere esto decir que si el colono accedente que pagó la indemnización pierde el dominio de la cosa en virtud de un derecho anterior a su acceso a la propiedad, quede totalmente desamparado, porque podría ejercitar una acción personal de enriquecimiento injusto, más adecuada porque no obligaría al arrendador antiguo más que a devolver lo percibido, pero no el valor actual de la finca, como en la evicción (art. 1.478, 1.º, Código civil).

Circunstancias personales y reales del accedente.—El colono accedente, que ha de ser de nacionalidad española y no tener la condición de colono protegido por haber ejercitado el derecho de opción del artículo 7.º de la ley de 1940 (art. 10), ha de estar al corriente del pago del canon arrendaticio (art. 3.º i. p.) o de las

cantidades a él asimiladas (derramas contributivas, p. ej.). Ha de serlo de finca no ganadera, no forestal y no adhesionada, y además comprender el arriendo todos los aprovechamientos de que sea susceptible la finca o, por lo menos, del aprovechamiento principal (art. 6.º).

Transitoriedad del acceso.—El acceso es un derecho transitorio, por ahora. Se concede con vistas a liquidar una situación arrendaticia de más de doce años de duración, ofreciendo a los arrendatarios, en ciertas condiciones, el derecho a pasar a propietarios de la tierra, donde tantos esfuerzos han consumido. Cuando queden agotadas las prórrogas que, generosamente, ha otorgado el legislador, quedará, también cegada la posibilidad de acceder a la propiedad los arrendatarios protegidos.

Es un derecho potestativo.—Como se trata de un derecho potestativo, a pesar de la dificultosa construcción de la categoría en la elaboración doctrinal, debemos destacar, de él, que se trata de un derecho accesorio (de otro principal, que es el arrendamiento protegido) de carácter unilateral, puesto que no requiere el concurso del arrendador (éste podrá instar una tasación contradictoria o enervar el derecho al acceso), y tiende a una modificación jurídica, puesto que, por la sola declaración, antecedida del pago de la indemnización (prescindido, por ahora, de los problemas de la tasación), provoca la transferencia de la propiedad, cuando el propietario no quiera o no pueda enervar el derecho al acceso.

Forma de la transferencia.—Sobre forma de la transferencia nada dice el texto de la ley que comentamos, que sólo en el artículo 3.º, párrafo primero, prevé el aviso del propósito de acceso, con seis meses de antelación al término del año agrícola, satisfaciéndole, en ese tiempo, la indemnización que la ley detalla. Podría pensarse en que el anterior dueño otorgue a favor del nuevo escritura de venta, y, en caso de no otorgarla, que lo hiciera, por su rebeldía, del Juzgado; pero no creo que sea necesario ni, además, dentro del concepto que vamos dando del derecho al acceso, adecuado. Más bien habrá de usar de algún medio notarial de constatación de hechos, de carácter positivo unos, contrato de arrendamiento, requerimiento de acceso, tasación contradictoria en su caso, recibo de pago de rentas vencidas, fecha de terminación del año agrícola si difiere del legal del 30 de septiembre de cada año, y negativos, renuncia al derecho a convertir la renta a trigo o a enervar el derecho de acceso. Con todo esto el Notario podrá entender o no justificados los extremos necesarios para que el acceso tenga lugar, y este acta de notoriedad de carácter notarial sería el título inscribible en el Registro de la Propiedad.

Traditio brevi manu.—Lo que venimos diciendo se encuentra fa-

vorecido por la circunstancia de que estando poseyendo el colono accedente, se verifica la tradición *brevi manu* de la finca.

Carencia de acción.—La solución que venimos dando creemos que es la más adecuada a lo que demanda naturaleza jurídica del acceso que, como derecho potestativo, carece de acción, por no ser necesaria. La ley sólo habla de intervención judicial a efectos de tasación contradictoria y claro está que, aunque no se dice, también podrá el arrendatario acudir al expediente de consignación judicial de la indemnización, cuando no quiera hacerse cargo de ella el arrendador y éste impugnar, en juicio declarativo, aunque sea de los especiales de la norma tercera de la ley de 28 junio 1940, la acción llevada a cabo por el arrendatario.

Es un derecho de opción legal.—Está construído el derecho de acceso dentro del contrato de arrendamiento y exige estar al corriente en las obligaciones de arrendatario, como antes quedó explicado. ¿Será éste un nuevo dato que aproxime el arrendamiento al censo como ha sido puesto de relieve últimamente por la doctrina y por la jurisprudencia? Si así fuera habría que ver en el acceso a la propiedad, en el arrendamiento, una figura parecida a la de la redención en el censo. Pero aun dando por buena la substancial analogía económica, a poco que pensemos en ello habrá que rechazar la similitud jurídica. En el censo, concretamente en el enfitéutico, que es el más parecido, está la idea de dominio dividido y es sabida la elasticidad del dominio que tiende a llenar, inmediatamente, el vacío dejado por una carga extinguida o por una *pars dominii* que queda vacante, ya sea cuota de comunidad o parte desmembrada (usufructo) del dominio. En el arrendamiento no hay tal dominio dividido; el dominio de la finca arrendada continúa siendo el del arrendador y si hablamos del dominio útil como carga del directo o al revés (aunque esto sea menos correcto), en el arrendamiento sólo se podría decir que la carga era el propio arrendamiento, por las mayores atribuciones que competen al arrendador propietario que al colono. Es impropio hablar de una redención en que es el titular de la carga el que redime el derecho de propiedad.

No pudiendo hablarse de redención, entendemos que la naturaleza del derecho de acceso es una opción legal a la propiedad. La opción, también, es una institución que se inserta, cómodamente, en el arrendamiento (ver art. 14 del Reglamento hipotecario). La opción, como precontrato, también da lugar a una transferencia de propiedad en que se prescinde del *circuitus inutilis* del consentimiento contractual del concedente de la opción. Basta con que el optante declare su voluntad de ejercicio de la opción; el consentimiento del concedente radica en la concesión que hizo del derecho de opción. Todo según la mejor doctrina, aunque el tema es muy controvertido. Pero aplicando estos desenvolvimientos al caso que comentamos, como ya hemos razonado, basta con la

declaración de opción y pago de la indemnización (algunas veces, la ley, precisamente al tratar de la tasación contradictoria, habla de precio) por el colono, el consentimiento del arrendador no se precisa porque lo da por él el legislador al hacer del acceso una institución que limita, en este sentido, el derecho de propiedad.

Cantidad que debe abonar el arrendatario accedente.—Si ejercita el derecho de acceso a la propiedad durante la prórroga establecida en el artículo 1.º es la cantidad que resulte «de capitalizar al 2 por 100 el valor de la cantidad de trigo por la que en el año agrícola 1953-54 se module la renta al precio fijado para dicho cereal, sin premios ni bonificaciones, en la campaña triguera correspondiente a la fecha en que se ejercite el derecho al acceso» (1). Si lo ejercita una vez agotada la prórroga del artículo 1.º (2), para evitar la entrega de la finca al arrendador que se comprometa a cultivarla directamente por un período de seis años, deberá abonar «una cantidad equivalente al resultado de capitalizar, al tres por ciento, el importe de la renta que de acuerdo con lo regulado en el artículo 1.º deba satisfacer en el año agrícola correspondiente». A esta capitalización hay que añadir el importe de la mejora en el momento en que el acceso a la propiedad tenga lugar. Pero este derecho a percibir el importe de la mejora sólo lo tendrá el arrendador que hubiese ejecutado a sus expensas y con el consentimiento del arrendatario mejoras útiles en la finca arrendada, sin que haya hecho uso del derecho a elevar la renta que le reconoce el artículo 22 de la ley de 15 de marzo de 1935.

A primera vista resulta la cantidad igual en uno que en otro caso, por calcularse el tres por ciento por la misma renta que el dos, pero incrementada en 50 por 100 más; pero hay que tener en cuenta que puede variar al variar el precio del trigo de rentas de un año para otro.

Tasación contradictoria.—Plantea más problemas que la anterior capitalización. Por lo pronto quien puede pedir esta tasación contradictoria, encontrando aquí una diferencia de la que no se nos alcanza el sentido, porque el arrendatario tiene el derecho a pedir la tasación en todo caso y tiempo en que le competa el acceso (párrafo segundo del artículo 5.º), en tanto que el arrendador solamente si «dentro del plazo de dos años, contados a partir de la

(1) En rigor, por el preaviso del acceso, con seis meses de antelación a la terminación del año agrícola, se agota esta hipótesis a los seis meses del último año agrícola de la prórroga que corresponde, según el artículo 1.º.

(2) Por un par de veces, la Ley habla de derecho de acceso al concluir la prórroga del artículo 1.º con objeto de evitar la entrega de la finca al arrendador para su cultivo directo por seis años, por lo que nos parece más bien un lapsus calami lo que dice el artículo 5.º cuando habla de «comunicar fehacientemente su propósito de adquirir la propiedad de dicho fundo, durante el transcurso de cualquiera de las prórrogas establecidas en los artículos primero y cuarto de esta Ley».

publicación de la presente ley, renuncie al derecho de enervar el acceso al arrendatario a la propiedad del fundo arrendado, podrá exigir que la fijación del precio (?) de la finca, se realice mediante tasación contradictoria para el caso de que el arrendatario le comunicare fehacientemente su propósito de adquirir la propiedad de dicho fundo». Esta es una disposición que nos deja perplejos, porque, como veremos, mal que bien, la ley busca siempre alguna compensación al arrendador de las atribuciones que concede al arrendatario, pero aquí no vemos esta igualdad de posición ni mucho menos la compensación al arrendador. Porque, además, en la tasación contradictoria se precisa que los peritos atenderán al rendimiento económico de la finca, lo que es lógico, pero, añade, y a los precios medios de venta de otras fincas arrendadas, sitas en la misma localidad o comarca y que presenten análogas características. Este punto de vista envuelve, cuando represente alguna utilidad, una malquerencia a la propiedad, dado que fincas arrendadas a cultivadores directos y personales no se venden nunca y si se venden tiene que ser malbaratándolas. Menos mal que, no logrado un acuerdo entre partes, se acude al Juzgado, quien por las normas procesales de la ley de 1940 y oída la Jefatura agronómica fijará el importe de la indemnización, contra cuya sentencia se darán los recursos que dice la misma ley de 1940.

Ha debido tenerse en cuenta que la tasación sirve lo mismo para el acceso que para su enervamiento, y no exigiéndose consignación de la indemnización para ejercitar el derecho de acceso, muy bien puede ocurrir que el dueño renuncie al derecho a enervar el acceso a la propiedad, pensando en que en la tasación obtendrá una mayor cantidad que la de la capitalización legal; pero una vez lograda esa mejor tasación el colono no quiera aceptarla, y por tratarse, ordinariamente, de persona de escasísima solvencia el arrendador no pueda, con éxito, exigir el cumplimiento del acceso a la propiedad.

Señalemos, además, la incongruencia de fijar el plazo de dos años a partir de la publicación de la ley y no poner ésta en vigor, ni señalar el porcentaje a que ha de ascender la cantidad necesaria a enervar el derecho de acceso que habrá de ser determinada por Decreto del Gobierno a propuesta del Ministerio de Agricultura.

Derecho a enervar el acceso a la propiedad.—Señalemos de antemano que, con técnica distinta, lo que se hace, en realidad, es algo parecido a lo que ocurre con el arrendamiento de locales de negocio, el rescate del local arrendado exige el pago de una indemnización al comerciante, el de las fincas rústicas cedidas en arrendamiento protegido, en el supuesto que ahora contemplamos, exige una indemnización que variará del 25 al 50 por 100 de la cantidad que importe el acceso a la propiedad, sea la que sea la

forma en que este importe haya sido fijado, bien por capitalización, bien por tasación contradictoria.

Quién tiene derecho a enervar el acceso a la propiedad.—La ley dice que el arrendador es el que tiene el derecho a enervar el acceso, pero este arrendador puede ser, al mismo tiempo, propietario, caso normal, o puede ser usufructuario, fiduciario o con propiedad sometida a condición resolutoria; ejemplo, reserva o pacto de retro, o con propiedad aparente (heredero aparente) o discutida judicialmente, o sin ningún título por ser en la realidad un precarista o hallarse *in causa usu capiendi*. Todo esto plantea otros tantos problemas que aquí sólo apuntamos y que se refieren, por un lado, a que el colono, en caso de que haya varios que pretendan tener derecho a la indemnización, pueda consignarla judicialmente (art. 1.176 del Código civil). El problema fundamental de a quien corresponde el derecho a enervar el acceso a la propiedad, si al arrendador, en todo caso, o a quien corresponda un derecho más fuerte (real sobre personal, real sobre aparente, vencedor sobre vencido en juicio) o más permanente (nudo propietario sobre usufructuario, fideicomisario sobre fiduciario, reservatorio sobre reservista, vendedor retrayente sobre comprador a pacto de retro, etcétera). Y, en fin, otros más fácilmente solubles a propósito de quién, cómo y cuánto tiempo disfrutará de la indemnización satisfecha, para lo que puede servir de referencia los artículos 519 sobre fundo usufructuario expropiado, 978 sobre aseguramiento con hipoteca del precio de los inmuebles reservables enajenados válidamente y 178 del Reglamento hipotecario sobre depósito a favor de quien pueda resultar nudo propietario o reservatorio cuando éstos sean desconocidos total o parcialmente.

El derecho a enervar el acceso a la propiedad resuelve «el arriendo una vez transcurridos los dos años agrícolas siguientes al que se haga la notificación (de acceso), y una vez satisfecha la indemnización vendrá obligado el arrendador a cultivar, directamente, el predio durante el plazo mínimo de seis años (art. 3.º, párrafo tercero, i. f.).

Sanción.—El artículo 7.º, párrafo primero, prevé una sanción contra el arrendatario que incumpla la obligación de conservar el dominio de la finca arrendada y cultivarla directa y personalmente por espacio de seis años, pues el arrendador podrá pedir la anulación de la transmisión y disponer libremente de la finca.

Y el mismo artículo, párrafo segundo, se refiere al incumplimiento de la obligación asumida por el arrendador de cultivar la finca en forma directa, o directa y personal, y otorga al colono que hubiere cesado en el arriendo el derecho a recuperar el disfrute arrendaticio de la finca y a exigir del infractor la indemnización de los daños y perjuicios que le hubiere causado.

Se observan diferencias en la redacción de estos dos párrafos por cuanto que el arrendatario incumplidor no está obligado a la

indemnización de daños y perjuicios, sin duda por entender que la libertad de acción que se concede al arrendador es suficiente premio y no necesita de más.

En este supuesto del arrendatario, la obligación de conservar el dominio, en evitación de fraudes y en protección del mismo, debería aplicársele lo previsto en el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley de Arrendamientos rústicos de 1935, reformada por la de 15 de julio de 1949, esto es, que el arrendatario accedente podrá hipotecar la finca (quizá lo necesite para pagar la indemnización al propietario), pero la acción del acreedor no tendrá efectividad hasta transcurridos seis años desde que se ejercitase el acceso a la propiedad.

También se ve en el párrafo segundo, que el arrendador que se ha comprometido al cultivo directo o directo y personal y no cumple con este compromiso, pierde la posesión inmediata de la cosa que vuelve a la posesión arrendaticia del anterior colono. Nada se dice del arriendo de éste, pero es de suponer que completará, en esta nueva etapa, el tiempo que le faltase para terminar la prórroga interrumpida por el rescate de la finca para cultivo directo, o directo y personal, según los casos.

Se observa también en este segundo párrafo que el arrendador no tiene obligación de conservar el dominio, durante seis años, por lo que evidentemente puede enajenarla continuando él en el cultivo directo o directo y personal por cualquier título. Pero ¿podrá enajenar la finca transfiriendo al comprador la obligación de cultivo directo o directo y personal? No cabe duda que sí en cuanto al cultivo directo por aplicación del artículo 5.º, párrafo tercero de la ley de 1940. Creemos que no puede sostenerse algo semejante en el supuesto de que la obligación sea de cultivo directo y personal.

La renta.—Se ratifica el principio de que la renta se ha de fijar en trigo y se ratifica el procedimiento de conversión de las rentas en dinero o en especie distinta a especie trigo; así el artículo 1.º, párrafo 2 de la Ley se remite al artículo 3, párrafo 2 de la Ley de 23 de julio de 1942 y, aunque no se diga, a lo dispuesto en el artículo 2, letra a) del Decreto Ley de 15 de julio de 1949. Pero, en cambio, si la renta está fijada en especie distinta de la del trigo, no rige lo dispuesto en la letra b) del citado art. 2, sino que «por los Ministerios de Justicia y Agricultura se establecerá la debida correlación entre los precios de las distintas especies y los del trigo, la conversión definitiva de las rentas en trigo, el incremento que en su caso, debe experimentar el módulo que sirva de base para la fijación del canon arrendaticio y, en general, para cuanto sea necesario con el fin de adaptar los referidos contratos a lo que en la presente Ley se establece» (art. 1 i. f.).

Renuncia al derecho a convertir la renta a trigo.—Pero junto

a esta ratificación del principio fundamental de fijación de la renta en trigo hay una desviación de gran importancia, que consiste en permitir la renuncia al derecho a convertir la renta de dinero a trigo. Esta renuncia podrá, en lo sucesivo, hacerse, en el mismo contrato de arrendamiento o en un momento posterior. Es de censurar este modo de proceder del legislador porque no se trata de leyes permisivas, cuando se refieren a las grandes directrices económicas de la vida de un país, como lo es la del módulo de los arrendamientos rústicos en especie trigo. Incurre además el legislador en el error de tratar el derecho a convertir la renta a especie trigo, como privativo del arrendador, olvidando que es un derecho que compete también al arrendatario que, si bien, hasta ahora, por la constante elevación del precio del trigo, no le ha convenido nunca ejercitar, sin embargo pudiera ocurrir que, en lo futuro, cambiaran los supuestos económicos y entonces tendríamos el caso de un derecho renunciado por el arrendador, pero no por el arrendatario. La ley aplica también la prescripción de quince años a este derecho de conversión de la renta a trigo.

Incremento de la renta.—Durante la prórroga del artículo 1.º, la renta se irá incrementando anualmente en un 10 por 100, durante cinco años, es decir, que la renta, al cabo de este tiempo, resultará elevada en un 50 por 100 sobre la que se viniere satisfaciendo. Todo sin perjuicio de «los aumentos de contribución y demás impuestos o servicios que legalmente se hayan declarado o declaren repercutibles».

No obstante estos aumentos hasta el 50 por 100, los arrendamientos continuarán sujetos a las prescripciones de la presente Ley, sin perder su carácter de arrendamientos protegidos ni quedar por tanto substraídos a la legislación especial aplicable a los mismos, ya que, a todos los efectos, con excepción de los derivados del pago de la renta y de la capitalización de la misma a que hace referencia el artículo 4, el arrendamiento se entenderá siempre referido al número de quintales métricos de trigo que, en concepto de renta, corresponda al contrato» (art. 1.º, párrafo 3).

Renunciabilidad de los derechos concedidos por la presente Ley.—Todos los derechos concedidos por la presente Ley son renunciables en cualquier momento, pudiendo los interesados establecer cuantos convenios o estipulaciones estimen convenientes al objeto de conservar, modificar, o extinguir la situación arrendaticia (art. 9, párrafo 2).

Naturalmente que este precepto que trastorna todo lo que sabíamos del derecho de arrendamientos rústicos, como derecho social de carácter cogente (art. 1.º de la Ley de 1935) hay que entenderlo referido a estos arrendamientos protegidos de cuya liquidación se trata por la presente Ley.

Suerte de los pactos sobre arrendamientos protegidos.—Los pactos establecidos entre el arrendador y arrendatario, con posterioridad a 1 de octubre de 1953, en los que, no habiendo mediado entrega de dinero o cosa, ni prestación alguna, se modifique, nove o extinga al final del año agrícola 1953-54 la situación arrendaticia sólo serán válidos cuando las partes los ratifiquen expresamente, una vez promulgada la presente Ley (art. 9, párrafo 1).

Esta disposición dará mucho juego porque son frecuentes los pactos liquidatorios de la situación arrendaticia a la que se pone fin en 30 de septiembre de 1954 o ulteriormente. La inmensa parte de estos convenios han sido a título gratuito y por tanto caen dentro de la aplicación de la presente Ley. La referencia a los pactos que modifiquen, quita todo interés al problema de determinar cuándo hay novación, porque las modificaciones de los derechos pueden ser subjetivas y objetivas y entre estas no dudamos en incluir el aumento o disminución de la renta.

Disposición autorizadora de nuevas normas.—Esta ley pudiéramos casi decir que es una ley de bases, porque en ella encontramos el artículo 1.º, párrafo 4, que anuncia disposiciones sobre conversión de rentas distintas del trigo a esta especie, el 3.º, párrafo 4, que a su vez faculta al Gobierno a fijar la cuantía de la indemnización por enervamiento del derecho de acceso a la propiedad, el 5.º, párrafo 3, autoriza para legislar sobre competencia y trámites procesales, y el 11 que, «además de las facultades conferidas al Gobierno en los artículos anteriores, queda autorizado: la letra a) se refiere al momento de entrada en vigor de la presente Ley y a la prórroga de la prohibición de desahucios de la Ley de 4 de mayo de 1948 hasta que se decrete la puesta en vigor. Luego dice la letra «b) para que cuando la prórroga legal que establece el artículo 1.º afectase a fincas enclavadas en zonas cuya concentración parcelaria se declare de utilidad pública, conforme al artículo 1.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952 acuerde, mediante Decreto aprobado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, la expropiación de dichos predios por el Instituto de Colonización, para que este organismo, con arreglo a los preceptos que rigen su actuación, adjudique a los colonos, bien esas mismas fincas, o las parcelas resultantes de la concentración que deban sustituir las» y la «c) para dictar las disposiciones que considere necesarias a fin de que los derechos concedidos a los parientes, por las legislaciones forales puedan ejercitarse, en defecto del arrendador, de forma que no se alteren los plazos generales establecidos en esta Ley».

Coordinación con la concentración parcelaria y colisión con la Ley de unidades mínimas de cultivo.—En la relación entre estas tres Leyes, la de 15 de julio de 1954 parece otorgar preferencia sobre ella a la de concentración parcelaria, puesto que en la letra b) del artículo 11 se prevé la posibilidad de que el Gobierno arbitre

una solución que ya estaba en la propia Ley de concentración parcelaria.

Nada dice el legislador del caso de colisión de esta Ley comentada, con la de la misma fecha de unidades mínimas de cultivo, porque hay que tener en cuenta que los arrendamientos rústicos protegidos a que se refiere esta Ley son muy antiguos, por lo general, y en ellos se han sucedido varias generaciones, habiéndose producido el fenómeno de dividirse los hijos las tierras que llevó en colonia su padre, llegando, a veces, a detallar tanto, para hacer lotes iguales, que, en ocasiones, una pequeña tierra, por diferencias de calidad o situación, dentro de ella misma se han hecho varias divisiones, aunque en el título de propiedad siga siendo la misma única finca. El dar estado registral a esta parcelación, por obra del acceso a la propiedad, tropezará con lo dispuesto en la Ley sobre unidades mínimas de cultivo.

Equilibrio entre los derechos concedidos a las partes.—Se observa, en esta Ley, una marcada protección al colono a que se refiere, pero, no obstante, se puede ver, en ella, la tendencia a compensar atribuciones a una parte con facultades dadas a la otra. Así, el derecho de prórroga va compensado con el aumento de renta, el acceso a la propiedad con la facultad de pedir el predio para cultivo directo y personal y con el derecho a enervarlo previo pago de una indemnización al colono, la exclusión del acceso de las fincas ganaderas, forestales o adhesadas, con la indemnización de tres anualidades de rentas cuando el propietario opte por rescatar la finca para su cultivo directo.

El régimen jurídico de la concentración parcelaria

Por

JESUS GONZALEZ PEREZ

Profesor adjunto de Derecho administrativo. Registrador de la propiedad

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Sujetos*: A. La Administración.—1. Idea general.—2. Comisión central de concentración parcelaria.—3. Comisión local.—4. Subcomisión de trabajo.—5. Servicio de concentración parcelaria.—B. El administrado.—1. Concepto general de administrado.—2. Distintas posiciones del administrado en materia de concentración parcelaria.—III. *Objeto*: A. Las parcelas.—1. Fincas afectadas por la concentración: a) Superficie a concentrar; b) Exclusiones.—2. Parcelas resultantes.—B. La indemnización.—IV. *Actos del procedimiento*: A. Idea general.—B. Acuerdos de las Comisiones.—C. Notificaciones.—V. *Presupuestos*: A. Idea general.—B. Declaración de estar sometida una zona a la concentración parcelaria.—C. Fijación de las unidades mínimas de cultivo.—VI. *Procedimiento*: A. Idea general.—B. Amojonamiento definitivo del perímetro.—C. Investigación de los propietarios reales.—D. Clasificación y valoración de las tierras.—E. Trámite de audiencia.—F. Estudio de la nueva red de caminos.—G. Proyecto de concentración.—H. Liquidación definitiva.—VII. *Efectos*: A. Efectos jurídico-procesales.—1. Impugnación ante los órganos administrativos.—2. Impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.—B. Efectos jurídico-materiales.

I. INTRODUCCION

A. Uno de los problemas acuciantes que tiene planteados la agricultura es el de la excesiva parcelación de la propiedad agraria. A fin de abordarle con todo rigor, el Estado ha asumido la función de llevar a cabo la concentración de las parcelas que no alcancen la extensión de las «unidades mínimas de cultivo», creando el servicio de concentración parcelaria. Fué regulado por Ley de 20 de diciembre de 1952, dictada «con carácter de urgencia y con finalidad fundamentalmente experimental». (Art. 1.º, *in limine*). El carácter experimental de la regulación contenida en dicha Ley, permitía pensar que, al abordarse la regulación definitiva se subsanasen algunas de sus deficiencias, recogiendo las enseñanzas que ofreciera su aplicación y las sugerencias de la doctrina, que se ha ocupado con cierto detenimiento de aquella Ley,

habiéndose publicado numerosos trabajos en torno a la misma (1).

B. La urgencia con que el Gobierno quiere llevar a cabo las operaciones de concentración parcelaria y la insuficiencia de los preceptos de la citada Ley, obligaron a dictar con posterioridad a la misma, varias disposiciones de distinto rango, cuyo estudio es el objeto del presente trabajo.

1. Por Orden ministerial de 16 de febrero de 1953, se dictaron las normas del procedimiento a que habían de sujetarse los expedientes sobre concentración parcelaria, en aplicación de la Ley de 20 de diciembre de 1952. «Sin embargo, las normas establecidas por la referida Orden ministerial no afectaban más que

(1) GARCÍA DE OTEYZA: *Notas en torno a la Ley de concentración parcelaria*, «Revista de Estudios agro-sociales», 2 (1953), págs. 113 y ss; BALLARÍN: *Introducción al estudio de la Ley de concentración parcelaria*, en la misma revista, 4, 1953, págs. 69 y ss.; S. REQUENA: *La Ley de concentración parcelaria*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», junio 1953, págs. 431 y ss; TREVIÑO: *La concentración parcelaria y otras formas de intervención del Estado en la propiedad rústica y el Registro de la Propiedad*, «Revista Crítica», marzo 1954, págs. 192 y ss. Por mi parte me ocupé de la misma en *La concentración parcelaria*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VI-I, págs. 133 y ss. (hay separata; en lo sucesivo citaré según dicha separata), y en *La impugnación y efectos de los actos administrativos dictados en materia de concentración parcelaria*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», mayo 1953, págs. 321 y siguientes.

Comoquiera que en mi trabajo *La concentración parcelaria* me ocupaba de los problemas generales que la Ley de 20 de diciembre de 1952 plantea, a él me remito. En éste abordaré únicamente—como se desprende de su título—los problemas que plantea el régimen jurídico de la concentración parcelaria, teniendo en cuenta las disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley de 1952. No obstante, me voy a permitir insistir en un punto concreto de los problemas generales que la institución plantea. El referente al concepto y naturaleza jurídica, a fin de rebatir los argumentos que, frente a nuestra tesis, ha formulado BALLARÍN en el trabajo antes citado.

BALLARÍN afirma de la definición por nosotros formulada que «tiene los defectos derivados de no tener su autor una idea clara de la naturaleza jurídica de la concentración; por su parte, ofrece la siguiente definición: «aquél conjunto de operaciones técnicas y jurídicas realizadas por la Administración con el fin de reorganizar, en cuanto a su base territorial, las explotaciones agrarias radicadas en un perímetro determinado, resolviendo, además, en caso necesario, problemas de carácter social» (cfr. ob. cit., pág. 78), y, al referirse a la naturaleza jurídica, afirma que decir que la concentración parcelaria es una función administrativa, no se penetra en el nudo de la cuestión. «Esa puede ser—afirma—una tesis que satisfaga a los administrativos; pero comoquiera que la concentración afecta en su entraña al derecho de propiedad, es preciso averiguar, con criterios de Derecho privado, a qué especie concreta pertenece el fenómeno por el cual el objeto de ese derecho subjetivo es reemplazado por otro» (cfr. pág. 82), resumiendo su posición sobre la naturaleza jurídica en las siguientes palabras: «la concentración parcelaria implica—desde el punto de vista jurídico privado—una limitación legal de la propiedad rústica y de los derechos de goce o disfrute de las fincas, por subrogación en cuanto al objeto del dominio (cambio de fincas determinadas por porciones determinables de otras, por regla general), la cual lleva consigo, accesoriamnte, la subrogación real en cuanto a los *iura in re aliena* y situaciones jurídicas gravitantes sobre las fincas afectadas, y, con carácter complementario, la extinción

a la tramitación necesaria hasta el momento de proponerse, por la Comisión Central, al Ministerio de Agricultura, la puesta en práctica de la concentración, especificando expresamente el perímetro de superficie afectada, y las fincas excluidas de esta operación y la extensión que haya de fijarse a las unidades mínimas de cultivo. Lo avanzado de los estudios realizados en determinadas zonas para comenzar los trabajos, aconsejan fijar la tramitación que proceda posteriormente, para llevar a buen fin las operaciones emprendidas en las diversas zonas. Considera, pues, conveniente este Ministerio, cambiar la Orden ministerial de 16 de febrero de 1953, refundiendo su texto con las disposiciones que se establecen

o creación de servidumbres, así como posibles asignaciones de nuevas tierras por el Instituto Nacional de Colonización» (pág. 86).

Hasta aquí la posición de BALLARÍN. Frente a ella pueden oponerse las consideraciones siguientes:

a) Como he dicho en otra ocasión (*La constitución del patrimonio familiar*, «Revista Crítica», octubre 1953, págs. 689 y ss.), cuando los juristas de formación civilista contemplan ese conjunto de disposiciones que se designan con el nombre de «Derecho agrario», la desorientación es la nota reinante en sus orientaciones; no saben, en la mayoría de los casos, en qué cuadro de nociones jurídicas encajar la serie de instituciones que tienen ante ellos. Lo que sucede es que en la regulación de la Agricultura coexisten dos tipos de normas jurídicas, de naturaleza privada las unas y públicas las otras, debiendo estudiarse cada una de ellas con la técnica propia del Derecho privado o público, según los casos. Pues bien, una confirmación de estas afirmaciones lo encontramos en el trabajo de BALLARÍN, al tratar de señalar la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria. En efecto, si, como él mismo reconoce, la concentración parcelaria es un conjunto de operaciones de la Administración, un procedimiento de la Administración, un modo de actuar de entidades administrativas para satisfacer necesidades públicas, el problema de determinar su naturaleza jurídica sólo podrá resolverse adecuadamente encajando tal actividad de la Administración en los distintos tipos que señala la doctrina. Esto supuesto, es indudable que se trata no de una actividad sometida al Derecho privado, sino al Derecho público; no estamos en presencia de actividad sometida al Derecho común, sino ante un modo de actuar administrativamente. Pues bien, estos modos de acción administrativa han sido clasificados en policía, fomento y servicio público. Las necesidades públicas pueden satisfacer limitando la actividad de los particulares—policía—, encauzando la iniciativa privada hacia aquello que se estima necesidad pública—fomento— o realizando la propia Administración la satisfacción de la necesidad pública. Por tanto, no ofrece duda que la concentración parcelaria constituye un servicio público—com— afirmábamos en nuestro trabajo anterior—, ya que la necesidad pública consistente en remediar el acuciante problema de la excesiva parcelación de la propiedad agraria va a ser satisfecha por la propia Administración a través de sus medios, utilizando un procedimiento de Derecho público.

b) BALLARÍN confunde los efectos de la concentración parcelaria con la institución en sí. Cuando trata de definir su naturaleza jurídica, lo que hace es señalar los efectos que, en el campo del Derecho privado, produce la concentración parcelaria. Nadie niega que los efectos de la concentración, dentro del Derecho privado, vienen a ser los que señala BALLARÍN (pág. 86). Pero la concentración es algo distinto: es precisamente, como él mismo reconoce al ofrecer la definición, un conjunto de operaciones de las que serán efectos aquellas consecuencias jurídico-privadas por él mismo señaladas. BALLARÍN se mueve en planos distintos cuando da la definición y cuando define la naturaleza jurídica; en el primer caso, habla de un «procedimiento de ca-

en la presente Orden, con objeto de que en un solo cuerpo legal, estén establecidas las normas de procedimiento a que han de sujetarse los expedientes sobre concentración parcelaria». Así se justifica la Orden de 2 de julio de 1953 (publicada en el *Boletín Oficial* de 5 de julio), en los párrafos 2.º, 3.º y 4.º de su preámbulo. Pese a lo que en el mismo se señala, en la expresada Orden se regulan aspectos que no pueden considerarse puramente procedimentales.

2. Con posterioridad a dicha Orden, recientemente, se ha promulgado el Decreto-ley de 5 de marzo de 1954 («B. O.» 22 marzo (2), dictando normas modificativas y complementarias de la Ley de 20 de diciembre de 1952, y mejorando en gran parte la deficiente regulación de ésta. En el art. 15 de este Decreto-ley, de forma análoga al art. 13 de la Ley de 1952, se dispone: «Por los Ministerios de Agricultura y de Justicia se dictarán las disposiciones necesarias para la ejecución de este Decreto-ley». Por tanto, en la Ley fundamental y en el presente Decreto-ley complementario, se señala la necesidad de que las disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución de dicha legislación, se haga por los Ministerios de Agricultura y Justicia; es decir, se trata de una forma de orden conjunta, precepto que, normalmente, es olvidado por el Ministerio de Agricultura al dictar disposiciones reglamentarias (3). Tal vez, la razón de la confusión rei-

rácter técnico y jurídico» que se lleva a cabo por determinados órganos administrativos; en el segundo se refiere a los efectos que el acto final de dicho procedimiento produce en las relaciones jurídico-privadas, efectos que no serán los únicos que tal acto producirá.

c) Decir que la concentración parcelaria es una limitación de la propiedad no es decir nada. Limitaciones de la propiedad son muchas. La Administración, a través de sus funciones de policía, impone enormes limitaciones a los particulares—en materia agraria existen no pocos ejemplos de ello—, pero la concentración parcelaria es algo más que una limitación, es nada menos que una actividad de la Administración que va a modificar sustancialmente las relaciones jurídico-privadas: estamos ante uno de los servicios públicos estatales en materia agraria.

d) Consecuencia de lo dicho es que si así ha de configurarse la naturaleza de la concentración, en la definición que de la misma se formule debe recogerse aquella nota genérica, acompañada de las notas específicas que diferencien la concentración de otros posibles servicios públicos.

(2) En el párrafo primero de su preámbulo se dice: «La Ley de concentración parcelaria, de veinte de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, establece normas de carácter provisional para realizar operaciones de concentración en ciertas zonas del país, y por vía de ensayo, a fin de que la experiencia adquirida en tales trabajos permita el anotar en breve plazo un sistema completo de normas de aplicación general a toda la Nación.» Como ha dicho BALLARÍN en el excelente trabajo antes citado, este carácter experimental y provisional de la Ley de 1952, unido a su corta extensión, es digno de elogio (cfr. ob. cit., pág. 87). En lo sucesivo, al referirnos a este Decreto-ley emplearemos la abreviatura D-1.

(3) Así, la O. del Ministerio de Agricultura de 27 de mayo de 1953, desarrollando la de patrimonios familiares («B. O.» 30 mayo) y la propia de 2 de julio de 1953 a que antes se ha hecho mención. Por eso, MANUEL PEÑA ha criticado esta última al afirmar: «Dado el carácter de reglamentación total

nante en orden a la facultad de dictar normas jurídicas por los órganos estatales se deba a la ausencia de una adecuada regulación sobre la materia, ya que es en absoluto insuficiente lo dispuesto en las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939. Precisamente por ello, en un anteproyecto de ley de procedimiento administrativo que prepara el Instituto de Estudios Políticos, se aborda dicho problema, a fin de darle una regulación adecuada de acuerdo con el principio de jerarquía de las normas, que se recoge en el Fuero de los Españoles.

C. Es indudable que la regulación contenida en las disposiciones que se acaban de citar será complementada por otras que, necesariamente, han de dictarse en lo sucesivo, dado el carácter experimental de dicha regulación. Concretamente, en el párrafo 1.º del preámbulo del Decreto-ley de 5 de marzo de 1954, se dice: «La Ley de concentración parcelaria, de 20 de diciembre de 1952, establece normas de carácter provisional para realizar operaciones de concentración en ciertas zonas del país, y por vía de ensayo, a fin de que la experiencia adquirida en tales trabajos permita elaborar en breve plazo un sistema completo de normas de aplicación general en toda la nación». Las disposiciones que en lo sucesivo se dicten, podrán ser de rango distinto, según la propia legislación vigente. En primer lugar, podrán tener rango legal, en cuyo caso, podrán modificar la legislación en vigor.

Ahora bien, dichas disposiciones también podrán ser reglamentos o instrucciones. Veamos los límites a que están sometidas tales disposiciones, que en lo sucesivo puedan dictarse:

1. Respecto de los reglamentos, aparte de las limitaciones consistentes en la imposibilidad de regular materias reservadas a Ley (4), las impuestas por el principio de jerarquía de las normas y, en consecuencia, deberán respetar lo dispuesto en leyes anteriores, tanto las especialmente dictadas en materia de concentración parcelaria como en otras materias. Por otro lado, no debe olvidarse la necesidad de que con arreglo al artículo 13 de la Ley de 1952 y al artículo 15 del Decreto-ley de 1954, tales disposiciones reglamentarias se dicten por los ministerios de Agricultura y Justicia (5).

2. El artículo 22 de la Orden de 1953, dispone: «Queda autorizado el Servicio de concentración parcelaria para dictar las instrucciones complementarias de la presente orden que estén encaminadas a la mejor realización de lo que en ellas se dispone». Es necesario no olvidar que las instrucciones son una consecuencia de

del expediente de concentración parcelaria que pretende tener la nueva disposición y, especialmente, por regular la actuación de la Comisión local, la investigación de los propietarios reales y los recursos, parece que debía haber emanado, de acuerdo con el art. 13 de la Ley de concentración parcelaria, conjuntamente de los Ministerios de Justicia y Agricultura» (cfr. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VI-III, pág. 685).

(4) Cfr., por ejemplo, arts. 8.º y 9.º, Fuero de los españoles.

(5) Cfr. nota 3.

los poderes jerárquicos y, en consecuencia, deben limitarse a dar normas de carácter interno—no deben afectar a las relaciones con los particulares—a los órganos inferiores del servicio de concentración parcelaria (6). En otro caso, se desvirtuaría el concepto de «instrucción», contrariando el claro precepto contenido en el artículo 22 de la Orden de 1953.

II. SUJETOS

A. LA ADMINISTRACIÓN

1. *Idea general.*—En principio, la legislación dictada con posterioridad a la Ley de 20 de diciembre de 1952, no ha modificado los preceptos de ésta en orden a la competencia de los órganos generales y especiales de la Administración del Estado en materia de concentración parcelaria. Sin embargo, existen algunas disposiciones de interés, por lo que se refiere a la intervención de los órganos, especialmente creados en la materia. A ello nos vamos a referir, complementando lo dispuesto en la Ley de 1952.

2. *Comisión central de concentración parcelaria.*—Las disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley de 1952, han venido a completar lo preceptuado en ésta sobre la competencia de la Comisión central. Teniendo en cuenta las disposiciones reguladoras de la materia, podemos señalar las siguientes atribuciones de la Comisión central:

a) Redactar el proyecto de ley definitivo regulando la concentración parcelaria, proponiendo «todas aquellas medidas legales que directa o indirectamente sirvan al fin propuesto o eviten la parcelación de la propiedad por debajo de límites convenientes» (disposición adicional, Ley 1952).

b) Estudiar la conveniencia de iniciar las operaciones de concentración parcelaria, proponiendo al Ministerio de Agricultura la constitución de la Comisión local, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley de 20 de diciembre de 1952 (1.º a 4.º O.).

c) Proponer al Ministerio la realización de la concentración en la zona delimitada y oída la Jefatura Agronómica y las Cámaras Oficiales sindicales agrarias, formular la correspondiente propuesta sobre la extensión que haya de fijarse a la unidad mínima de cultivo (9.º, O.).

d) Resolver los recursos de alzada que se interpongan contra los acuerdos de las Comisiones locales (art. 10, L.; art. 13, Decreto-ley, y 20, O.).

3. *Comisión local.*—Constituída de la forma determinada en el artículo 10 de la Ley de 1952, es el órgano administrativo que interviene normalmente en el procedimiento. Puede decirse que es

(6) Cfr. ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho administrativo*, 22 edición., t. I, pág. 55.

la Comisión local la que realiza la concentración, si bien con la intervención de otros órganos estatales especializados o generales, como se examinará a lo largo de este trabajo.

4. *Subcomisión de trabajo.*—Uno de los aciertos de la legislación reguladora de la concentración parcelaria ha sido la creación de esta Subcomisión como órgano de trabajo, que con continuidad podrá llevar a cabo aquellas operaciones necesarias para la realización de la concentración.

a) Según el artículo 5.º, O., la composición de la Subcomisión es la siguiente: Presidente, el representante del Ministerio de Agricultura en la Comisión local; Vocales, el jefe del equipo correspondiente del servicio de concentración parcelaria, como Vicepresidente (7); dos propietarios representantes de los propietarios de la zona en la Comisión local; dos personas elegidas por la Comisión local de una lista de cinco, propuesta por los propietarios-cultivadores de la zona, reunidos en Asamblea organizada por la Hermandad de Labradores y Ganaderos del término municipal, debiendo una de las dos personas representar a los grandes y medianos propietarios-cultivadores de la zona a concentrar, y otra a los pequeños. Actuará como Secretario un funcionario del Servicio designado por el jefe del mismo.

b) La Subcomisión está subordinada a la Comisión local. Teniendo en cuenta la composición de ésta, era imprescindible la creación de un órgano como la Subcomisión de trabajo que pudiese realizar prácticamente las operaciones, si bien sometiendo sus acuerdos a la aprobación de la Comisión local. Una muestra de este carácter de la Subcomisión lo tenemos en las funciones siguientes:

a') En orden a la determinación de la superficie a concentrar, es la Subcomisión la que realizará los trabajos necesarios, *proponiendo* a la Comisión local la determinación del perímetro (7.º O.).

b') De análoga manera, en orden a la investigación de los propietarios reales y clasificación y valoración de las tierras a concentrar, los trabajos materiales se llevan a cabo por la Subcomisión de trabajo, limitándose la Comisión local a *aprobarlos* (13 a 15, O.).

5. *Servicio de concentración parcelaria.*—Por último, conviene señalar que tanto el D.-I. como la O. se refieren continuamente al «Servicio de concentración parcelaria», que constituye el servicio especializado creado por el Ministerio de Agricultura (perteneciente, por tanto, a la Administración central), que asume las funciones técnicas de la concentración parcelaria, siendo enorme su intervención (8). Se pueden señalar las siguientes funciones:

a) Emitir informe sobre las circunstancias y las posibilidades técnicas que concurren en la zona a concentrar, mejoras territoria-

(7) Al servicio de concentración parcelaria nos referimos después.

(8) A veces se señala una competencia propia, dentro del Servicio, a algunos de sus órganos. Concretamente, a lo largo de la O. de 1953 existe una referencia continua al «Jefe del equipo de trabajo» y al «Jefe del Servicio» (ctr. por ejemplo, apartado 16, párrafo segundo).

les que deban llevarse a cabo y aportación de tierras, en su caso, que sean necesarias (3.º, O.).

b) Realización de las operaciones de amojonamiento del perímetro, pudiendo rectificar dicho perímetro al solo efecto de incluir o excluir, según las conveniencias de la concentración, las fincas de la periferia cuya superficie se extienda a términos limítrofes (art. 3.º a 7.º, Decreto-ley, y II, O.).

c) Proyectar la nueva red de caminos precisos (16, O.).

d) Redacción del proyecto definitivo de concentración, que someterá a la aprobación de la Comisión local (19, O.), procediendo al replanteo de los distintos lotes y caminos (20, O.).

e) Dictar instrucciones complementarias de la O. de 1953 sobre procedimiento (22, O.).

f) Autorizar las mejoras que los propietarios realicen en los terrenos comprendidos en la zona a concentrar, a efectos de clasificación de las fincas (art. 2.º, D.-l.).

g) Tener intervención directa en orden al régimen de las fincas aportadas por el Instituto Nacional de Colonización, conforme al artículo 6.º de la Ley (arts. 8.º y 9.º, D.-l.).

h) Ocupar los terrenos que precise para dotar a las nuevas fincas de la adecuada red de caminos (art. 11, D.-l.).

i) Realización del plan de mejoras (arts. 11 y 12, D.-l.).

B. EL ADMINISTRADO.

De los distintos aspectos que presenta la figura del administrado en materia de concentración parcelaria, teniendo en cuenta las disposiciones últimamente dictadas, interesa destacar su legitimación para intervenir en el procedimiento de concentración parcelaria (9). ¿Quién reúne la condición de *interesado* a efectos de audiencia, interposición de recursos, etc?

1. La jurisprudencia contencioso-administrativa, dictada, en general, sobre el concepto de interesado, nos da un concepto extraordinariamente amplio de éste, de acuerdo con la base 10 de la Ley de 1889. Concretamente, en una sentencia de 14 de abril de 1948, se había dicho que la generalidad en el expresarse del precepto de la Ley de 1889 no consiente ceñir su alcance a las personas que hayan instado la declaración de un derecho o la reparación de un daño o vulneración jurídica, sino los interesados, y no cabe duda que esta condición concurre en quien tenga positivo y evidente interés en materia que le afecte. Y como el artículo 10 de la Ley de 1952 también empleaba la amplia fórmula de «interesado», todo hacía suponer que en materia de concentración parcelaria se mantenía aquel concepto amplio, debiendo considerarse interesados, no sólo a los titulares de derechos de propiedad sobre las fincas afectadas por la concentración, sino también a los titulares de derechos

(9) Una referencia general al problema, en mi trabajo *La concentración parcelaria*, cit., pág. 20.

reales limitativos del dominio y hasta los meros titulares de derechos personales, preferentemente los arrendatarios (10). Sin embargo, al regularse el trámite de audiencia en la O. de 16 de febrero de 1953, se refería exclusivamente a propietarios interesados, por lo que fué censurada por Manuel Peña, si bien la O. posterior, actualmente vigente, vuelve a hablar, como la Ley de 1952, de interesados en general, tanto al referirse al trámite de audiencia como al determinar quiénes pueden recurrir frente a la valoración de las fincas o frente al proyecto de nueva parcelación (11). El Decreto-ley de 5 de marzo de 1954 también se refiere a los «interesados a quienes directamente afecten» los acuerdos (art. 13), a efectos de recursos (12).

2. La O. de 2 de julio de 1953 se refiere a los interesados en varios de sus preceptos:

a) En su apartado 8.º, al referirse a la exposición y encuesta sobre las exclusiones, dice: «La Comisión local de concentración parcelaria hará público en el plazo de veinte días desde su constitución mediante exposición en el tablón de anuncios del Ayuntamiento el acuerdo adoptado sobre el perímetro a concentrar, publicándose la decisión tomada también en el *Boletín Oficial* de la provincia, así como en un diario de la misma. Los interesados podrán recurrir ante dicha Comisión local». Aun cuando se emplea la palabra «recurrir», en realidad no se trata de la interposición de «recursos» propiamente dichos, sino de alegaciones similares a las que se formulan en los trámites de «información pública» que se regulan en otros procedimientos administrativos, por eso el apartado 9.º de dicha Orden emplea la expresión «alegaciones». Pues bien, teniendo en cuenta la naturaleza del trámite, debe entenderse la palabra «interesado» con la máxima amplitud, debiendo admitirse la formulación de alegaciones por cualquiera que tenga interés, bien en que se amplíe o reduzca el perímetro, o se excluyan determinadas fincas, cualquiera que sea su situación jurídica respecto de la finca o fincas afectadas o posiblemente afectadas.

b) En su apartado 15, al referirse a la exposición y encuesta sobre determinación de los propietarios reales y clasificación y valoración de sus tierras, también habla de «interesados» en general. En este caso, ha de entenderse la palabra «interesado» en sentido más restringido que en el supuesto anterior. Únicamente debe reconocerse tal calificación a aquellos que puedan resultar afectados por la determinación del propietario real o por la clasificación o valoración de las tierras incluidas.

c) En su apartado 20, al referirse al proyecto de concentración, también emplea la expresión «interesados», no ofreciendo duda que tampoco se puede reducir tal expresión a los «propieta-

(10) Sobre el problema, cfr. BALLARÍN, ob. cit., págs. 73 y ss.

(11) Cfr. ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VI-III, pág. 685.

(12) Del problema concreto del «interés para recurrir» nos ocupamos después.

rios» de las fincas, debiendo admitirse tal carácter respecto de cualesquiera que alegan algún derecho sobre las fincas afectadas, incluso los arrendatarios.

d) Por último, conviene señalar, que el art. 13 del Decreto-ley, al referirse a los recursos en general, dice que «los acuerdos... podrán ser recurridos en alzada por los interesados a quienes directamente afecten». La doctrina se ha preocupado del problema de la legitimación para recurrir en vía administrativa, exigiéndose que el recurrente ostente, si no un derecho subjetivo administrativo, al menos un interés legítimo y directo. Esta es la fórmula generalmente empleada (13). Como se acaba de ver, es también la que se viene a emplear en el art. 13 del Decreto-ley de 1954. Por tanto, están legitimados para recurrir en vía administrativa, no solo aquellas personas a las que las normas jurídicas sobre concentración parcelaria reconocen un auténtico derecho subjetivo, sino también los meros titulares de interés jurídicos, que son efecto reflejo de las mismas, intereses que han podido hacer valer, en la mayoría de los casos, con anterioridad a dictarse los acuerdos recurribles, en alguno de los períodos de exposición y encuesta regulados en la Orden de 1953 (14).

III. OBJETO

A. LAS PARCELAS

La función que la Administración realiza a través de la concentración parcelaria persigue reunir parcelas antes dispersas en una finca, o, si esto no fuera posible, «en un reducido número de parcelas» (art. 4.º L.). Por tanto, tales operaciones se desenvuelven en dos fases: una de reunión de parcelas, privando de sus fincas a los propietarios; otra, de asignación a cada uno de ellos de parcelas cuya extensión sea por lo menos igual a la de las unidades mínimas de cultivo. Estudiaré las características de las parcelas en ambas fases.

(13) El problema ha sido tratado con cierta extensión en la doctrina italiana. Uno de los trabajos más discutidos y difundidos sobre el mismo, el de PICCARDI: *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa*, en «Il Consiglio di Stato Studi in occasione del centenario», I, 1932, págs. 115 a 122. En casi todos los manuales de *Giustizia amministrativa* existe una referencia al problema. Cfr., por ejemplo, LESSONA: *La giustizia amministrativa*, Firenze, 1946, págs. 27 y ss.; BODDA: *Diritto processuale amministrativo*, 4.ª ed., Torino, 1947, pág. 19; ALESSI: *Diritto amministrativo*, II *La giustizia amministrativa*, Milán, 1950, pág. 94 y ss.; GUICCIARDI: *La giustizia amministrativa*, 3.ª ed.; Padova, 1954, págs. 147 y ss. y, sobre todo, el excelente trabajo de PASQUALE DEL PRETE: *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, en «Rassegna di Diritto pubblico», año VI, núms. 1-2 (1951), páginas 38 y ss. Entre nosotros se ha ocupado del problema GARRIDO FALLA, en *El interés para recurrir en agrarios*, «Revista de Administración pública», número 9, págs. 157 y ss.

(14) Ha de entenderse que la posibilidad de recurrir es independiente del hecho de haberse formulado o no alegaciones en tales períodos.

1. *Fincas afectadas por la concentración.*—Como antes se ha dicho, en la primera fase de las operaciones de concentración es necesario determinar la porción de terreno que ha de ser objeto de concentración.

a) *Superficie a concentrar.*—Serán fincas afectadas por la concentración aquellas que estén dentro del perímetro fijado por la Comisión local, asesorada por el Jefe del equipo del Servicio de concentración parcelaria a propuesta de la Subcomisión de Trabajo (7.º párrafo primero, O.). Ahora bien, cuando se calcule que la extensión de terreno resultante de las fincas agrupadas, al ser dividido en parcelas va a dar como resultado la existencia de parcelas que no alcancen la extensión de las «unidades mínimas de cultivo», deberán realizarse aportaciones de tierras, a fin de completar la propiedad de aquéllos. En este punto, son dignas de elogio las disposiciones posteriores a la Ley de 1952. Si, al comentar aquella Ley, censurábamos la regulación, por entender que no se había ocupado del problema con toda la importancia que el mismo requería, hemos de reconocer que en las últimas disposiciones se ha abordado con más detenimiento. Concretamente, en los artículos 8.º y 9.º del Decreto-ley de 1954 (15), si bien aún no existe un precepto claro en el que se establezca la imposibilidad de que se adjudiquen parcelas de extensión inferior a la de las «unidades mínimas de cultivo». Por tanto, la superficie objeto de la concentración, será la que esté dentro del perímetro fijado, con las aportaciones realizadas por el Instituto Nacional de Colonización, procurándose que coincida el perímetro con un solo término municipal (art. 7.º párrafo segundo, O.), si bien «aunque el perímetro de la zona a concentrar se haya hecho coincidir en el correspondiente Decreto con el del término municipal, el Servicio de concentración parcelaria podrá en todos los casos rectificar dicho perímetro al solo efecto de incluir o excluir, según las conveniencias de la concentración, las fincas de la periferia cuya superficie se extienda a términos limítrofes, notificando en tales supuestos a los propietarios afectados por medio de edictos, que se publicarán en el tablón de anuncios de los diversos

(15) El art. 4.º, a) de la Ley de 1952 dice: «no podrá atribuirse a los propietarios de superficies superiores a la de la unidad mínima de cultivo parcelas que no alcancen la extensión señalada para éstas», de donde se infiere que cuando los propietarios lo son de superficies inferiores a la extensión de las unidades mínimas de cultivo, es posible atribuirles, como resultado de la concentración, parcelas de extensión inferior a aquéllas. De aquí lo censurable de tal precepto (cfr. *La concentración parcelaria*, cit., pág. 22) y la necesidad de que, al redactarse el texto legal definitivo sobre concentración parcelaria se establezca expresamente que en ningún caso podrá atribuirse a los propietarios afectados por la concentración parcelas de extensión inferior a la de las unidades mínimas de cultivo. Aun cuando las disposiciones posteriores a la Ley de 1952 destacan la importancia del problema, no es suficiente su regulación, y será censurable en tanto no se dicte un precepto claro en el sentido señalado

Ayuntamientos por cuyo término se extiendan las fincas de que se trate» (art. 3.º, Decreto-ley) (16).

b) *Exclusiones*.—Nuestra legislación excluye del perímetro de concentración a ciertos terrenos, que no resultarán afectados por la misma. La exclusión puede ser de dos tipos, según que en modo alguno puedan ser incluidos en la concentración, o que puedan, en ciertos casos, ser incluidos.

a') Al primer grupo pertenecen «las carreteras, riberas de los ríos y demás superficies pertenecientes al dominio público» (artículo 4.º, Decreto-ley), exclusión perfectamente lógica que viene a ser una consecuencia de la naturaleza del dominio público (17). «Cuando se trate de vías pecuarias, montes públicos o cualesquiera otras superficies de dominio público (18), correspondientes a la jurisdicción del Ministerio de Agricultura, se ordenará por éste al organismo correspondiente, tan pronto como se publique el Decreto acordando la concentración, que proceda a realizar la determinación de las superficies que han de ser excluidas.» Desde luego, cuando se trate de vías pecuarias, al realizarse la concentración, debe plantearse el problema de hasta qué punto es imprescindible su conservación, para, en otro caso, proceder a la desafectación y consiguiente inclusión de los terrenos desafectados en las operaciones de concentración (19).

(16) Un problema interesante, que debe plantearse, es si en los casos en que la concentración afecte a parcelas de distinto municipio, se producirá o no una alteración de términos municipales, con objeto de que una misma finca no esté sometida a la jurisdicción de Municipios distintos. Del texto literal parece que no se producirá tal alteración, al decir el expresado artículo 3.º que la alteración del perímetro será «*al solo efecto de incluir o excluir, según las conveniencias de la concentración, las fincas de la periferia cuya superficie se extienda a términos limítrofes*», y ésta parece ser la solución lógica, si tenemos en cuenta el supuesto contemplado por el art. cit., y que, de otro modo, habría que dar intervención a los Ayuntamientos interesados, y al propio Ministro de la Gobernación.

(17) Al procedimiento para deslindar los bienes de dominio público enclavados en el perímetro, nos referimos después.

(18) De la frase «cualquiera otras superficies de dominio público» se desprende que, con arreglo al Decreto-ley de 1954, los montes públicos son considerados bienes de dominio público, tesis harto discutible con arreglo a la legislación actual, al menos con la generalidad con que lo hace el precepto a que se refiere el texto. Quizá en una ordenación futura de los montes se acoja la tesis del dominio público de los «montes públicos». Pero en la legislación actual, salvo los montes provinciales catalogados (según art. 282, 2, L. R. L.), los demás montes públicos se consideran como bienes patrimoniales de las Entidades públicas.

(19) En una gran parte de las vías pecuarias españolas se ha producido ya una desafectación de hecho, por lo que deben considerarse como bienes patrimoniales desde el momento en que es posible la desafectación de hecho, según la jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado. Cfr. dictamen de 23 de junio de 1948, en «Recopilación de doctrina legal», del Consejo de Estado, 1950, pág. 43. En sentido análogo, entre nosotros, GASCÓN Y MARÍN: *Derecho administrativo*, t. I, 8.ª ed.; pág. 376. Sobre el problema, vid. el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, publicado en el número 13 de la «Revista de Administración pública».

b') Por otro lado, están las exclusiones que deben realizarse, a no ser que «en la nueva ordenación de la propiedad mejoren las condiciones de su explotación o se atribuyan al mismo propietario»; en este caso se encuentran las fincas que reúnan alguna de las siguientes circunstancias (7.º, párrafo 4.º, O.):

a'') Que por la magnitud de su superficie en coto redondo sean susceptibles de ser cultivadas como unidades independientes de explotación.

b'') Que hallándose cubiertas por plantaciones arbóreas o arbustivas y que, suponiendo una excepción, no pueden encontrar compensación equivalente con otras tierras de la zona.

c'') Que por la importancia de las mejoras realizadas en ellas hagan difícil su cambio por otras del término con el simple criterio de la clase de tierra: parcelas cercadas, regadíos, fincas con edificaciones, etc.

d'') Las fincas o parcelas cuyo valor sea mayor al que les corresponde como tierras de labor: zonas próximas de edificación a los ruedos de los pueblos, eras, etc.

2. *Parcelas resultantes.*—Determinada la extensión y valor definitivo de la masa global a repartir, después de excluir lo calculado para caminos y obras imprevistas, se procederá a determinar las parcelas que se adjudicarán a cada propietario. A esta redistribución de la tierra, tal y como se regulaba en la Ley de 1952, señalábamos, fundamentalmente, dos objeciones de consideración: la primera, consistente en que, con arreglo a la Ley de 1952, era posible que un propietario de la zona recibiese una finca que no alcanzase la extensión de las «unidades mínimas de cultivo»; la segunda, que, al no tener en cuenta el hecho del arrendamiento, podría darse el caso de que la concentración, al reunir en unas parcelas dispersas de un mismo propietario no cultivador, produjera el efecto de disgregar parcelas que antes cultivaba un mismo arrendatario o aparcerero. Sin embargo, tales defectos han sido atenuados en mínima medida por la legislación posterior. Concretamente, en el apartado 18 de la Orden de 1953 se afirma que las directrices principales que el Servicio de concentración parcelaria ha de tener presentes para el estudio del anteproyecto han de estar basadas en los siguientes principios:

a) La concentración procurará hacerse por clases de tierra y de cultivo. Deberá, pues, en lo posible, asignarse a cada propietario una superficie equivalente en clase de tierra y cultivo a las que anteriormente poseía. Las compensaciones por clases de tierras será necesario hacerlas a aquellos propietarios de superficies superiores a la unidad mínima de cultivo, con objeto de que en la nueva distribución de la propiedad las nuevas parcelas alcancen como mínimo dicha extensión.

b) La concentración debe ser tan intensa como sea posible. Deberá asignarse a cada propietario una sola parcela, o, en su caso, un reducido número de ellas.

c) En la nueva distribución parcelaria deberá tenderse a aproximar a la casa de labor a las tierras que constituyan la explotación.

d) En la nueva distribución de la propiedad debe darse preferencia a las explotaciones de los pequeños propietarios, procurando acercar al núcleo urbano las parcelas que a éstos se atribuya, aunque ésta signifique variar su emplazamiento.

e) Salvo casos excepcionales en la distribución deberá conservarse en su antigua situación las parcelas para las cuales sea imposible realizar compensaciones o que presenten condiciones de explotación especialmente ventajosas para sus propietarios.

f) Las masas parciales de pequeña extensión y forma defectuosa, que se presten mal a una distribución entre varios propietarios, serán atribuidas a uno solo.

g) En las regiones en que existan arrendamientos o aparcerías y un propietario tenga tierras cultivadas directamente por él y otras arrendadas a diferentes propietarios, se tratará de agrupar las parcelas cultivadas por un mismo agricultor (20).

h) Cuando existan aportaciones de tierra, se considerarán incluidas dentro del perímetro a concentrar, destinándose preferentemente a los siguientes fines:

1. Para completar la propiedad de aquellos que no reúnan tierra suficiente para alcanzar la unidad mínima de cultivo.

2. Para la constitución de patrimonios familiares con arreglo a la Ley de 15 de julio de 1952, concediéndose éstos preferentemente a los cultivadores que aporten voluntariamente, para su adscripción al patrimonio, mayor extensión de tierra de su propiedad.

3. A la constitución de huertos familiares para los cultivadores del término que no posean tierra de su propiedad.

4. Para incrementar la propiedad de aquellos agricultores que se crea conveniente con el fin de mejorar la utilización de sus parcelas realizando la concentración del modo más perfecto posible.

5. Para cualquier otra finalidad análoga a las anteriores.

B. LA INDEMNIZACIÓN

1. En la Ley de 1952 se establece que, en los casos de que se atribuya a algunos de los propietarios parcelas de clase inferior a aquellas de que se les expropiaron, se llevarán a cabo las compensaciones por clases de tierras, teniendo en cuenta «los coeficientes que previamente y con carácter general hayan sido esta-

(20) El criterio prudente del artículo 4.º de la ley ha sido elogiado por BALLARÍN (Ob. cit., pág. 74 y ss.). Dudamos mucho de que los datos estadísticos por él mismo manejados, al señalar el porcentaje de explotaciones fundadas en contratos de arrendamiento, sean exactos. De todos modos, el hecho de que la agrupación de parcelas de un mismo cultivador sea meramente una directriz que se señala al servicio de concentración parcelaria y no una norma imperativa, no es tan elogiable como cree BALLARÍN.

blecidos» (art. 4.º, último párrafo), y al comentar este precepto, le censurábamos por insuficiente (21). Sin embargo, en este aspecto de la regulación de la concentración parcelaria, como en otros muchos, las disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley fundamental han venido a mejorar un tanto lo en aquélla dispuesto.

2. A efectos de fijar la indemnización—y de llevar a cabo las permutas correspondientes—, la Orden de 1953 regula la clasificación y valoración de las tierras a concentrar, en su apartado 14. En el mismo se dispone que la valoración y clasificación de las tierras habrá de fundamentarse considerando la tierra como un instrumento de producción justipreciada fundamentalmente en su capacidad de producción por unidad superficial, cuidando de establecer una justa relación entre los valores de las distintas clases. La Subcomisión de Trabajo, asesorada por cuantos agricultores y prácticos sean convenientes, establecerá el número de clases contenidas en el perímetro a concentrar, que debe ser el menor posible, delimitándose por el Jefe del equipo del Servicio de concentración parcelaria, sobre el plano, las distintas clases de tierras en que ha quedado dividido el perímetro. También fijará la relación entre las distintas clases utilizando como datos fundamentales las productividades medias en un quinquenio. Al mismo tiempo establecerá el valor, por unidad superficial de las referidas clases de tierra. Se establecerán asimismo—añade dicho apartado—las compensaciones que procedan para aquellas parcelas que, teniendo cualquier clase de mejora, no sean atribuidas después de la concentración a su antiguo poseedor (22).

IV. ACTOS DEL PROCEDIMIENTO

A. IDEA GENERAL

Siendo necesario para poder realizar la concentración parcelaria un procedimiento administrativo, es imprescindible examinar los actos en que éste se descompone. En su lugar oportuno se examinarán tales actos dentro del procedimiento, exponiendo las distintas fases en que puede dividirse. En este momento interesa examinar únicamente el régimen general de tales actos, particularmente considerados, al que se han referido algunas de las disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley de 1952.

(21) Cfr. *La concentración parcelaria*; pág. 23.

(22) En tal precepto no se recogen algunas características de las fincas que también podrían dar lugar a indemnización. Pensemos concretamente en la distancia entre las fincas y el núcleo urbano del Municipio; puede darse el caso que las fincas de que se priva al propietario afectado estuviesen más próximas del pueblo que aquéllas que se le adjudican. Aun cuando la capacidad de producción y las productividades fuesen iguales, existiría una diferencia de valor que deberá tenerse en cuenta. De aquí que el precepto comentado debiera ser más expresivo en orden a tener en cuenta ciertos datos al establecer el «valor por unidad superficial de las referidas clases de tierra».

Es indudable que, al ser actos de un procedimiento administrativo, estarán sometidos al régimen de los actos administrativos de trámite, y, por tanto, la omisión de alguno de ellos podrá viciar de nulidad el acto final del mismo. De aquí que nos remitimos a la doctrina general sobre tal clase de actos. Ahora nos ocupamos en especial de dos aspectos regulados por las disposiciones dictadas sobre la materia: el régimen de los acuerdos de las Comisiones (6.º, O.) y el de las notificaciones (art. 1.º, D-I)

B. ACUERDOS DE LAS COMISIONES

1. Tratándose de órganos colegiados—Comisión local y Subcomisión de trabajo—, el primer problema que se plantea es el de cómo ha de formarse la voluntad del órgano (23). Siguiendo la regla general que rige en la regulación de otros órganos administrativos colegiados, el párrafo segundo del apartado 6.º de la Orden de 1953, dispone: «Ambas Comisiones resolverán por mayoría de votos, siendo de calidad el del Presidente, y sus acuerdos serán válidos con la asistencia del Presidente o Vicepresidente, Secretario y tres Vocales». Es decir, dicho precepto resuelve dos problemas:

a) El del «quorum» necesario, al señalar que bastará la asistencia del Presidente o Vicepresidente, del Secretario y tres Vocales. Quizá esta norma esté aconsejada por la urgencia con que se quieren realizar los trabajos de concentración parcelaria; sin embargo, es posible que fuese preferible señalar que, en primera convocatoria, no se podría adoptar acuerdo sin la asistencia de todos los miembros de la Comisión, y, en segunda convocatoria, bastaría la presencia de tres Vocales, en la forma que determina el precepto de la Orden citada. Un posible peligro sería que al adoptarse el acuerdo tuviesen mayoría los representantes de los propietarios de la zona, dando lugar a acuerdos que fuesen contra el interés público, pero el peligro no existe desde el momento en que, exigiéndose la asistencia del Presidente (o Vicepresidente), el Secretario y tres Vocales, siempre tendrían mayoría los que pudiéramos llamar representantes de la Administración en la Comisión, aun cuando dos de los Vocales fuesen representantes de los propietarios (24).

b) La formación de la voluntad del órgano, acogiendo el ré-

(23) Cfr., por ejemplo, GASCÓN Y MARÍN: *Derecho administrativo*, cit., t. I pág. 270.

(24) Sin embargo, existe otro peligro en la legislación vigente, que ha señalado, con acierto MANUEL PEÑA. Los problemas jurídicos que se plantean en la concentración—dice—son de gravedad: calificación de títulos y de situaciones jurídicas sobre las fincas, eficacia de la concentración respecto de los interesados, consecuencias registrales de la concentración, título registral. Probablemente, teniendo esto en cuenta y para dar la máxima seguridad jurídica a los interesados se regula en la Ley la constitución de la Comisión local con preponderancia de los técnicos en Derecho: hay tres miembros que no son

gimen de mayoría y señalando expresamente que el voto del Presidente será de calidad.

2. Teniendo en cuenta la trascendencia de los acuerdos que se adopten, era de importancia extraordinaria contar con un archivo de los mismos. A satisfacer esta necesidad responden los párrafos tercero y cuarto del citado apartado de la Orden de 1953, al disponer que «constituída la Comisión local se levantarán, por el Secretario, actas de todas las reuniones de la misma, enviándose copias certificadas al Servicio de concentración parcelaria» (25) y que «la Subcomisión de trabajo reflejará en un libro las sesiones que celebre, levantando acta detallada de los acuerdos concretos que adopte».

C. NOTIFICACIONES

1. El régimen ordinario de las notificaciones en el procedimiento administrativo se modifica sustancialmente dentro de la concentración parcelaria. Si, dentro del régimen general, la notificación personal o por cédula constituye la regla general, no siendo posible acudir a la notificación por edictos si no cuando se desconoce el domicilio de los interesados, dentro del procedimiento de concentración parcelaria ocurre justamente lo contrario: la regla general es la notificación por edictos (26). El art. 1.º del Decreto-ley de 1954, dispone: «Todas las comunicaciones que hayan de hacerse a los propietarios afectados por los trabajos de concentración parcelaria se realizarán por medio de edictos publicados en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde se lleven a cabo dichos trabajos y en el *Boletín Oficial de la Provincia* respectiva. La inserción en el tablón de anuncios y en el *Boletín Oficial* de las comunicaciones o avisos surtirá todos los efectos que las leyes atribuyen a las notificaciones y citaciones. No obstante, cuando los propietarios afectados por la concentración promoviesen individualmente reclamaciones o interpusieran recursos, las

necesariamente técnicos en Derecho (un técnico agrónomo y dos representantes de los propietarios) y otros tres que lo son (el Juez de primera instancia, el Registrador y el Notario); uno de los miembros técnicos en Derecho, el Juez, tendrá voto de calidad (art. 10; Ley). La Orden que exponemos, sin embargo, viene a hacer posible que los acuerdos de la Comisión local se formen sin o contra el parecer de los miembros peritos en Derecho, ya que establece que la Comisión pueda funcionar sin la presencia de dos de sus miembros y los acuerdos serán válidos si concurren a ellos la mayoría de votos». Cfr. «Anuario de Derecho civil», VI-III, pág. 685.

(25) Por tanto, en el Servicio existirá un archivo completísimo, cuya utilidad es manifiesta en orden al régimen jurídico de las fincas afectadas por la concentración parcelaria, debiendo existir la más rigurosa armonía entre el mismo y los asientos del Registro de la Propiedad.

(26) Sobre el régimen general de las notificaciones y la doctrina jurisprudencial sobre el mismo, cfr. SERRANO GUIRADO: *La notificación de los actos administrativos en la jurisprudencia*, «Revista de Administración pública», número 1, pág. 131.

incidencias de unas y otras se entenderán personalmente con el reclamante o recurrente, a cuyo efecto éste habrá de expresar, en el escrito en que promueva la reclamación, un domicilio dentro del término municipal de que se trate, y, en su caso, la persona residente en el mismo a quien hayan de hacerse las notificaciones.»

2. La innovación que este procedimiento de notificación supone se ha justificado así en los párrafos tercero y cuarto del referido D. l.: «Una de las dificultades está determinada por la imposibilidad material de comunicarse con los nuevos propietarios afectados por los trabajos de concentración, utilizando los sistemas ordinarios de notificación que han sido establecidos por la legislación administrativa para trasladar resoluciones o acuerdos a un reclamante o recurrente interesado en un caso particular, y que ha comunicado previamente su domicilio a la Administración, o consta en la misma, pero que desde luego son manifiestamente inútiles para dirigirse a una masa de propietarios cuyo domicilio se desconoce, y a quienes es indispensable informar de la marcha de los trabajos para que puedan colaborar u oponerse a ellos en los distintos supuestos previstos por la Ley. Es, pues, preciso habilitar en tales casos, so pena de paralizar definitivamente los trabajos de concentración, un instrumento de notificación colectiva, sin perjuicio de utilizar el sistema usual de notificaciones individuales tan pronto como se produzcan reclamaciones o recursos, pues en tales casos es obligado que las particulares incidencias de cada uno de ellos se entiendan personalmente con el reclamante o recurrente». En estos párrafos de la exposición de motivos, para justificar el procedimiento que se establece, se incurre en el error de creer que el régimen de notificación personal en todos los procedimientos administrativos se ha establecido cuando se trate de «un reclamante o recurrente interesado en un caso particular», cuando en realidad es el procedimiento general. Sin embargo, existe una parte de razón en lo que en dicho preámbulo se establece, como se demuestra comparando el procedimiento ordinario de notificación con el que se utiliza en un procedimiento similar al de concentración parcelaria: el de expropiación forzosa, que también puede afectar a varios propietarios. Pues bien, si acudimos a la Ley de 1879, observaremos que ha de realizarse una relación nominal de propietarios (arts. 16 y ss.), pudiendo éstos formular reclamaciones, y es a los interesados, en particular, a los que se dirigirá la oportuna hoja de aprecio (art. 26), procedimiento que apenas si ha sufrido variación en el reciente proyecto de Ley de expropiación forzosa actualmente en las Cortes. Si esto es así en la expropiación forzosa, que, repetimos, es un procedimiento que puede afectar a gran número de propietarios ¿por qué en materia de concentración parcelaria hay necesidad de cambiar el sistema? Sobre todo, si se tiene en cuenta que la concentración parcelaria se realizará normalmente en términos municipales pequeños, siendo fácil al Ayuntamiento formar la relación nominal de propietarios, con los domicilios de éstos, ya

que, por tratarse precisamente de tales municipios, lo normal es que se conozcan todos los vecinos. Estamos de acuerdo en que en los trámites que vienen a ser de información pública, no se exija notificación personal, pero sí que se exija en trámites configurados para que los interesados puedan defender sus derechos.

3. Con arreglo al artículo 1.º del Decreto-ley citado, en el procedimiento de concentración parcelaria el régimen de las notificaciones será el siguiente:

a) Regla general: Por edictos publicados en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde se lleven a cabo los trabajos y en el *Boletín Oficial de la Provincia* respectiva (27). Aun cuando de algún precepto concreto (v. gr. apartado 8.º, O.) se desprende que el momento inicial para computar los plazos es el de la publicación del acuerdo en el *Boletín Oficial*, creemos que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.º, D. 1., como es preceptivo hacer la publicación en el tablón de edictos y en el *Boletín Oficial de la Provincia*, el momento inicial del cómputo de los posibles plazos deberá hacerse a partir de la última publicación, es decir, si la publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia* tuvo lugar con anterioridad a la exposición en el tablón de anuncios del Ayuntamiento respectivo, será este último el momento inicial de los plazos.

b) Regla especial: Desde el momento en que uno de los interesados haya deducido una reclamación o recurso en el procedimiento, es necesario llevar a cabo la notificación personal de los posibles acuerdos que se dicten, notificación que estará sometida al régimen ordinario (28), con una salvedad importante: que las notificaciones se harán a la persona residente en el término municipal en que se lleven a cabo los trabajos de concentración, que designe el interesado. Por tanto, con arreglo a las disposiciones vigentes, si al comparecer el interesado en el procedimiento no hace la designación de una persona residente en el término municipal, estimamos que no surge la necesidad de que la Administración notifique por cédula a la misma.

(27) Conviene advertir que la especialidad de la notificación reside en la forma en que debe hacerse. Pero ha de estimarse que, en lo demás, es aplicable íntegramente el régimen general de las notificaciones. Por tanto, en el edicto se deberá recoger el texto íntegro del acuerdo, la expresión de los recursos que en su caso procedan y el término para interponerlos. Así lo dispone el art. 19 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura, que desarrolló lo dispuesto en la Base 11, art. 2.º de la Ley de 19 de octubre de 1889. Sobre la jurisprudencia dictada en esta materia, vid. SERRANO GUIRADO, art. cit., pág. 138 y ss. Con arreglo a la misma, si en el tablón de anuncios o en el *Boletín Oficial* no aparece el texto del acuerdo, omitiéndose alguna circunstancia esencial, deberá entenderse mal hecha la notificación, no produciendo efectos, y, por tanto, no corriendo los plazos correspondientes, a no ser que se subsane el defecto.

(28) Cfr. art. 19, Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura.

V. PRESUPUESTOS

A. IDEA GENERAL.

Para que pueda iniciarse el procedimiento de concentración parcelaria, propiamente dicho, es necesario la concurrencia de ciertos requisitos previos o presupuestos; solamente podrá iniciarse válidamente aquél cuando concurren tales circunstancias. Estos presupuestos son: la declaración de estar sometida una zona a la concentración parcelaria y la fijación de las unidades mínimas de cultivo. Y como para su determinación es necesario, a su vez, el cumplimiento de ciertos trámites, podrían considerarse tales presupuesto como partes del procedimiento. Así lo hace la Orden de 1953, que considera actos del procedimiento todos, desde la solicitud de los interesados o declaración de oficio de la concentración hasta la liquidación definitiva. Sin embargo, con arreglo a dicha Orden ministerial es posible distinguir el procedimiento propiamente dicho de concentración de lo que puede considerarse sus presupuestos, ya que no es posible llevar a cabo la concentración parcelaria sin la declaración de estar sometida una zona a la concentración ni la fijación de las unidades mínimas de cultivo. El procedimiento de concentración propiamente dicho comienza cuando se cumplen estos requisitos, dictándose el Decreto ordenando la concentración.

B. DECLARACIÓN DE ESTAR SOMETIDA UNA ZONA A LA CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

1. Para que se pueda proceder a la concentración parcelaria en una zona determinada es requisito previo e ineludible que el Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, determine mediante Decreto, la zona en que haya de realizarse la concentración, «señalando expresamente en la disposición el perímetro de cada una de ellas», excluyéndose de cada zona aquellas fincas que, a juicio del Ministerio de Agricultura, no pueden beneficiarse como consecuencia de la concentración «por la especialidad del cultivo a que están destinadas o por su propia naturaleza» (art. 1.º Ley 1952, y 10, O. 1953). Las disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley de 1952 se han preocupado de señalar la tramitación que ha de seguirse para hacer tal declaración, dándose intervención a los posibles interesados a través de un trámite de información pública.

2. La tramitación que ha de seguirse para hacer la declaración de estar sometida una zona a la concentración parcelaria es la siguiente:

a) *Petición para que sea declarada afecta a la concentración parcelaria una determinada zona, que deberá hacerse* (art. 2.º, L.):

a') Por los agricultores interesados en la mejora. Según el

apartado 1.º, O. 1953, en este caso, deberán suscribir una instancia que dirigirán a la Comisión central de concentración parcelaria, a la que se acompañará «una certificación del Secretario del Ayuntamiento, en la que se haga constar que los agricultores interesados en la mejora representan, cuando menos, el 60 por 100 de los propietarios a quienes ésta ha de beneficiar, e igual proporción en cuanto a la superficie de la zona que inicialmente se desea concentrar».

b'). Por acuerdo del Ministerio de Agricultura, bien de oficio o a propuesta del Servicio del Catastro, de los Municipios, de las Hermandades de Labradores o de las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias. Según el apartado 2.º, O., esta forma de iniciarse la tramitación es la que se adoptará cuando en la zona «concurran las condiciones especiales que se expresan en el art. 6.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952, añadiendo dicho precepto: «Al formular la referida propuesta, que se hará a través del Servicio de concentración parcelaria, dirigida a la Comisión central, se abstendrán de hacer indicación alguna respecto a las posibilidades que, a su juicio, existan de aportar determinadas tierras a los efectos que prevé el art. 6.º de la meritada Ley, ya que este extremo queda supeditado a lo que resulte de los estudios técnicos que posteriormente se realicen».

b) *Informe del Servicio de concentración parcelaria.* Tanto cuando existan petición de los interesados, como cuando el Ministerio acuerde de oficio iniciar el procedimiento, el primer paso que ha de darse es el informe del Servicio de concentración parcelaria sobre las circunstancias y posibilidades técnicas que concurran en la zona a concentrar, mejoras territoriales que deban llevarse a cabo y aportaciones de tierras, en su caso, que sean necesarias. Así lo establece el apartado 3.º, O. Tal informe previo deberá ser aprobado por la Comisión central (ap. 4.º, *in limine*, O.).

c) *Constitución de la Comisión local y de la subcomisión de trabajo.*

a') Estudiado y aprobado el informe previo y acordada en su caso la conveniencia de iniciar los trabajos, la Comisión central propondrá al Ministerio de Agricultura la constitución de la Comisión local, el cual designará el técnico agrónomo vocal de la misma, que actuará de Vicepresidente en dicha Comisión local y solicitará del Ministerio de Justicia la designación del Presidente y vocales dependientes de dicho departamento. La Cámara Oficial Sindical Agraria de la provincia donde radique la zona afectada nombrará con carácter de urgencia los dos representantes de los propietarios de la zona. Actuará como Secretario de la Comisión, con voz, pero sin voto, el Jefe del equipo de trabajo de la zona del Servicio. En el tablón de anuncios del Ayuntamiento se hará pública la constitución de la Comisión local, así como su decisión de proceder a delimitar, asesorada por el Jefe del equipo del Servicio, el perímetro del término sujeto a concentración y fincas que

deban excluirse. Se hará también público en el *Boletín Oficial de la Provincia* y en un diario de la misma la constitución de la referida Comisión local (4.º O.).

b') En la primera sesión de la Comisión local quedará nombrada y constituida la Subcomisión de Trabajo (6.º párrafo primero, O.).

d) *Delimitación de la superficie a concentrar*: Se llevará a cabo a través de los siguientes trámites:

a') Fijación del perímetro por la Comisión local, a propuesta de la Subcomisión, asesorada por el Jefe del equipo del Servicio (7.º, O.).

b') Exposición del acuerdo adoptado sobre el perímetro, que se hará público en la forma general señalada en el art. 1.º, D. 1., así como en un diario de la provincia (8.º, O.). «Los interesados podrán recurrir ante dicha Comisión local en el plazo de diez días a contar desde la publicación en el *Boletín Oficial de la Provincia* (29).

c') Remisión del acuerdo de la Comisión local y de las alegaciones formuladas por los interesados a la Comisión central (9.º, O.).

d') Propuesta, en su caso, de la Comisión central al Ministerio de «llevar a cabo la concentración parcelaria en la zona delimitada, especificando expresamente el perímetro de la superficie afectada y las fincas excluidas de esa operación» (9.º, O.).

e') Decreto del Consejo de Ministros (10, O.).

3. La aprobación del Decreto declarando de utilidad pública la concentración parcelaria de una determinada zona, atribuirá al Servicio de concentración parcelaria la facultad de ocupar temporalmente los terrenos que precise para dotar a las nuevas fincas de la adecuada red de caminos (art. 11, párrafo primero, Decreto ley (30).

(29) Este precepto de la Orden de 1953 deberá entenderse derogado por el artículo 1.º, Decreto-ley 1954, ya que, al exigirse en éste la publicación en el tablón de edictos y en el *Boletín Oficial de la Provincia*, debe entenderse que el momento inicial del plazo correspondiente será aquel en que tuvo lugar la última de las publicaciones preceptivas. Cfr. *ut supra*, IV, C, 3, a).

(30) En el párrafo segundo de dicho artículo se señala el régimen de las ocupaciones temporales a que el mismo se refiere. Se regirán—dice—, «en cuanto a la indemnización que haya de satisfacerse en definitiva a los propietarios afectados por los preceptos contenidos en la Ley de 10 de enero de 1879 y disposiciones que la desarrollan. No obstante el procedimiento que dicha Ley señala para determinar la necesidad de ocupación queda sustituido por la redacción y aprobación del Plan de Mejoras que ha de llevarse a cabo por el Servicio de Concentración parcelaria y por el Ministerio de Agricultura. La investigación o determinación de los propietarios afectados se llevará a cabo de conformidad con las especiales normas que en este punto regulan la actividad del Servicio de concentración parcelaria».

Existe, por tanto, en este precepto, como en otros del Decreto-ley de 1954 —así, en el art. 12, párrafo primero— una referencia a la legislación concreta de expropiación forzosa vigente. Teniendo en cuenta que dicha legislación está en trance de reforma—se encuentra en las Cortes un proyecto de Ley sobre

C. FIJACIÓN DE LAS UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

1. Esencial en toda reforma agraria es fijar las «unidades mínimas de cultivo» a fin de impedir, por todos los medios posibles, el fraccionamiento de la propiedad por debajo de la extensión asignada a aquellas (31). Por eso, la legislación sobre concentración parcelaria, que trata de resolver el problema planteado por la excesiva parcelación de la propiedad agraria, debe preocuparse de la fijación de las unidades mínimas de cultivo (32).

2. Las disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley de 1952, apenas si han señalado alguna norma especial y distinta de las contenidas en ésta. Únicamente se han dictado algunas disposiciones sobre el procedimiento. En efecto, en la Orden de 1953, al regular la tramitación que ha de seguirse para declarar a una zona sometida a la concentración (33), al preocuparse de regular la propuesta que, a la vista del acuerdo de la Comisión local y de las alegaciones de los interesados, ha de hacer la Comisión central al Ministerio, en los párrafos segundo y tercero de su apartado 9.º, dice: «La Comisión central, oída la Jefatura Agronómica y las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias, formulará también la correspondiente propuesta sobre la extensión que haya de fijarse a la unidad mínima de cultivo, a que se refiere el artículo 3.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952. Estos informes serán solicitados de los organismos mencionados por el Servicio de concentración parcelaria, que, con su propuesta, los elevará a la Comisión central.»

Con arreglo al artículo 3.º de la Ley de 1952, parecía indudable que la competencia para fijar las «unidades mínimas de cul-

la materia—hubiera sido preferible una referencia genérica a la legislación de expropiación forzosa, como se hace en otros preceptos del Decreto-ley citado, por ejemplo, su art. 7.º, párrafo segundo, *in fine*, al hablar «conforme a la legislación de expropiación forzosa» y su art. 14, *in fine*, al emplear expresión análoga.

(31) Estoy de acuerdo con BALLARÍN (Cfr. Ob. cit., pág. 77 y ss.) en que la «unidad mínima de cultivo» no es un ideal, sino un límite. Quizá de la frase concreta de mi trabajo que él transcribe pueda desprenderse lo contrario; pero leyendo la totalidad del trabajo se llega, justamente, a la conclusión correcta. Así, en la página 9, al hablar de la parcelación, señalo que es «una función con la que se pretende resolver el problema del latifundio, dividiéndole en parcelas que sirvan de base para una explotación familiar»; en la pág. 25, hablo de la «pequeña explotación familiar», y llegó a señalar o que en aquellos casos en que una explotación modernizada exija mayores extensiones de terreno, la solución está en la fórmula cooperativa, etc., etc. Si reconozco que, en ocasiones, la redacción de mi trabajo es confusa, por no delimitar claramente lo que es finca tipo de la que es una unidad mínima de cultivo. Pero insisto en que de la lectura del trabajo se desprende claramente la distinción. Cfr., sobre todo, página 24 y ss.

(32) Sobre cómo juega la «unidad mínima de cultivo» en la Ley de 1952, Cfr. *La concentración parcelaria*, cit., pág. 26 y ss.

(33) Como después se verá, con arreglo a su apartado 10, en el mismo Decreto se «determinará el perímetro de la zona en que haya de realizarse la concentración y la superficie que se señale a la unidad mínima de cultivo».

tivo» correspondía al Ministerio de Agricultura. Sin embargo, la Orden de 1953, en su apartado 10, dice que «a la vista de lo actuado, el Ministerio de Agricultura someterá a la aprobación del Consejo de Ministros el oportuno Decreto, por el que se determinará el perímetro de la Zona en que haya de realizarse la concentración y la superficie que se señale a la unidad mínima de cultivo»; es decir, en la Orden citada se reduce la competencia del Ministerio a proponer la extensión de las «unidades mínimas de cultivo», siendo el Consejo de Ministros el que, en definitiva tendrá competencia para fijar su extensión (34).

IV. PROCEDIMIENTO

A. IDEA GENERAL.

Una vez dictado el Decreto ordenando la concentración de una zona, fijado el perímetro de ésta y la extensión de las unidades mínimas de cultivo, empieza el procedimiento de concentración parcelaria, regulado, fundamentalmente en la Orden de 1953 y en el Decreto-ley, de 1954. Tal regulación se refiere, tanto al aspecto jurídico del procedimiento, como a aquellas operaciones materiales que han de realizarse en el mismo. Con objeto de seguir la legislación positiva, nos referimos también a ambos aspectos, estudiando los trámites fundamentales que en el mismo pueden distinguirse.

B. AMOJONAMIENTO DEFINITIVO DEL PERÍMETRO

1. Fijadas por el Ministerio de Agricultura las fincas que se exceptúan de la concentración, así como los auxilios aplicables, conforme a la Ley de Colonización de interés local de 27 de abril de 1946 (35) y las mejoras territoriales que se realicen en las explota-

(34) En alguna de nuestras leyes se habla de «Decreto aprobado en Consejo de Ministros» o de la «aprobación del Consejo de Ministros». Cfr., por ejemplo, la Ley de 3 de diciembre de 1953, art. 3.º (estudiada en mi trabajo *La declaración de fincas mejorables*, «Revista de Administración pública», número 13). Con arreglo al art. 17 de la Ley de 30 de enero de 1938, revisten la forma de Decreto las normas emanadas «del Jefe del Estado, previa deliberación del Gobierno y a propuesta del Ministro del ramo», es decir, el órgano estatal de que emana el Decreto es el Jefe del Estado. La nueva fórmula empleada en algunas disposiciones —v. gr., en el apartado 10, O. 1953 sobre concentración parcelaria—, hace pensar en si no estaremos en presencia de un tipo de Decreto que emana, no del Jefe del Estado, *previa deliberación* del Consejo de Ministros, sino—como ocurre con ciertas Ordenes: v. gr., la resolutoria del recurso de agravios—del Consejo de Ministros como órgano colegiado, cuya voluntad se formara por la mayoría de sus miembros.

(35) La colonización a que se refiere dicha ley consiste en una verdadera acción de fomento. Cfr. mi trabajo *Colonización interior*, en la «Nueva Enciclopedia jurídica». Seix, Barcelona, 1952, t. IV, pág. 411 y ss.

ciones agrarias afectadas por dicha operación (10, párrafo segundo, O.), el Servicio de concentración parcelaria se dirigirá al Gobernador civil de la provincia, para que ponga en conocimiento de los distintos Servicios públicos que va a realizarse el deslinde (11, párrafo primero, O.). El artículo 4.º, Decreto-ley, dispone que «se citará por conducto del Gobernador civil de la provincia a los correspondientes organismos de la Administración del Estado, provincia o municipio, quienes determinarán la superficie que debe ser excluida como perteneciente al dominio público respectivo» (36).

2. Por tanto, hay que distinguir dos operaciones distintas: la de exclusión de las superficies de dominio y el amojonamiento del perímetro. Es indudable que el momento de realizar las primeras será, propiamente, aquel a que se refiere el apartado 7.º de la Orden de 1953, completado con los preceptos contenidos en el Decreto-ley de 1954 (arts. 4.º al 7.º): el art. 6.º, párrafo primero, dispone que «la determinación de las superficies de dominio público se realizará por el organismo correspondiente al solo efecto de excluir de la concentración las tierras que puedan pertenecer a dicho dominio, pero sin que tal determinación implique un deslinde en sentido técnico ni prejuzgue cuestiones de propiedad». En el artículo 7.º del referido Decreto-ley existe un precepto no del todo acertado; en efecto, en el mismo se dice: «Si algún particular llegase a obtener resolución firme en la que se reconozca ser de su propiedad una parcela excluida de la parcelación conforme al párrafo anterior, el Servicio de concentración parcelaria puede optar entre devolver a su dueño dicha parcela o entregarla al que resultare adjudicatario del terreno colindante o próximo, mediante el pago del valor de la parcela, determinado conforme a la legislación de expropiación forzosa» (párrafo segundo de dicho artículo). Es decir, cuando por error o mala fe de la Administración se considera de dominio público una parcela que es propiedad del particular y su propietario obtiene el reconocimiento de su derecho, la solución a que se llega con arreglo al Decreto-ley de 1954 es la de privarle de los beneficios de la concentración, permitiendo a la Administración devolverle la parcela en cuestión o expropiársela. En este caso, sobre todo si el propietario de la parcela en cuestión tiene otra que también podría ser objeto de la concentración, debería otorgársele la oportuna indemnización por los daños sufridos, o mejor, permitírsele después—arbitrando las medidas necesarias para ello—participar de los beneficios de la concentración. Pero lo que es inadmisibile es que los errores de la Administración ocasionen perjuicios al particular, sin reconocerle derecho de indemnización alguno.

3. El párrafo segundo del apartado 11 de la Orden de 1953 dice que «el Servicio de concentración parcelaria realizará las operaciones de amojonamiento definitivo del perímetro, y una vez

(36) Sobre las exclusiones, *cfr. ut supra*, III, A, 1, b).

finalizados los trabajos, dará cuenta a la Comisión central de haberse realizado dicho deslinde».

C. INVESTIGACIÓN DE LOS PROPIETARIOS REALES (37)

1. Con arreglo al apartado 13 de la Orden de 1953, «la Subcomisión de Trabajo procederá a confeccionar una lista y fichero correspondiente, con la naturaleza y extensión de los derechos de los propietarios que van a beneficiarse mediante las operaciones de concentración parcelaria». En los párrafos siguientes de dicho apartado se señala la forma de confeccionarse tal lista y fichero:

a) Se utilizarán para la confección de estas fichas, donde exista Catastro parcelario, los datos que figuren en la relación de características de los distintos polígonos. De no ser así, se tomarán como base los datos procedentes de los levantamientos topográficos que realice el Servicio.

b) En el caso de que no puedan aclararse las características que definen las parcelas, se completarán con la investigación de archivos públicos o privados y consultas a aquellas personas que por su reconocida moralidad y conocimiento del lugar puedan aportar luz sobre los extremos que interesan.

2. Con razón ha criticado MANUEL PEÑA tal precepto, con las siguientes palabras: «La Orden parece que no deslinda con la debida precisión dos tareas ineludiblemente previas a la concentración parcelaria: una, la determinación de las características físicas de las fincas; otra, la determinación de la situación jurídica de cada una de ellas. Sólo partiendo de este supuesto puede tener explicación que se cite como primer medio para la confección de las fichas, en que se determinan los derechos de los propietarios, los datos catastrales y que, a pesar de que el Registro de la Propiedad es la institución que tiene por fin el reflejo de la situación jurídica de las fincas, no haya una regla específica que exija la aportación de las correspondientes certificaciones del Registro de la Propiedad. Según la Orden las fichas se referirán a la naturaleza y extensión de los derechos de los propietarios», pero no cabe duda de que la determinación debe alcanzar también a los demás derechos y situaciones distintas de la propiedad, que afectan a las fincas sujetas a la concentración. La exacta determinación de la situación jurídica de las parcelas nos dará quiénes son los «interesados» en la concentración y será supuesto para las operaciones finales de concentración en las que se han de reflejar, de acuerdo con la Ley de

(37) «Si existen aportaciones de tierras en una zona determinada, se considerarán incluidas dentro del perímetro a concentrar. A tales efectos—dice el apartado 12, O.—, se pondrá en conocimiento de los propietarios y cultivadores interesados de la zona las condiciones en que pueden adquirir nuevas tierras, en el caso en que deseen aumentar su superficie y exista posibilidad de llevar a cabo este aumento. El Servicio confeccionará una relación de los propietarios cultivadores que lo deseen con especificación de sus aspiraciones».

Concentración parcelaria, el respeto a las diferentes situaciones jurídicas que existen sobre las fincas. Para la determinación de estas situaciones debe acudirse a los oportunos medios de prueba y debe exigirse específicamente la aportación de las certificaciones del Registro y de los títulos de las respectivas situaciones. Aún más, dado que «la nueva ordenación de la propiedad y de los derechos resultantes de la concentración parcelaria será inexcusablemente inscrita en el Registro de la Propiedad» (art. 7.º, Ley), debería exigirse una justificación del dominio y demás derechos de los interesados, en la que se cumpliera con un «mínimum» de garantías» (38).

D. CLASIFICACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS TIERRAS

Se llevará a cabo por la Subcomisión de Trabajo, que someterá la oportuna propuesta a la aprobación de la Comisión local (14 y 15 *in limine*, O.).

E. TRÁMITE DE AUDIENCIA

1. El párrafo primero del apartado 15 de la Orden de 1953 disponía que, aprobados por la Comisión local de concentración parcelaria los estudios y trabajos referentes a la investigación de propietarios reales y a la clasificación y valoración de sus tierras, se remitiría a cada uno de los interesados un impreso-resumen de las características de sus propiedades y de su clasificación y valoración, notificándoles que en el plazo de diez días podían formular las alegaciones que estimaren oportunas. El trámite de alegaciones subsiste, pero la forma de notificación a los propietarios interesados ha de entenderse modificada por el artículo 1.º del Decreto-ley a que antes nos referimos (39).

2. Este trámite de audiencia se renere a la investigación de propietarios reales y clasificación y valoración de las tierras, aplicándose en lo no modificado por disposiciones especiales las normas generales sobre trámite de audiencia (40). Como normas especiales contenidas en el apartado 15 de la Orden de 1953 hay que señalar las siguientes, aparte de la notificación a que ya nos hemos referido:

a) Que los documentos que podrán examinarse por los interesados serán los siguientes:

a') Plano parcelario del perímetro a concentrar, detallando en cada parcela el nombre del propietario, la extensión y la clase.

(38) Cfr. «Anuario de Derecho civil», VI-III, pág. 685.

(39) Cfr. *ut supra*, IV. C. 2

(40) Una exposición muy completa de la doctrina jurisprudencial sobre el mismo, en SERRANO GUIRADO: *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, «Revista de Administración Pública», núm. 4, pág. 129 y ss.

b') En el caso de que existan aportaciones extraordinarias de tierras, un plano en el que se indique la situación y superficie de las tierras que, a efectos de la concentración parcelaria, se consideraran incluidas en el perímetro.

c') Relación de características de las parcelas por polígono, indicando además la clase de tierra de cada parcela fijada por la Comisión local.

d') Impreso-resumen de las características de las propiedades de cada interesado y su clasificación y valoración.

Se nota en esta enumeración que el trámite no se refiere a las situaciones jurídicas (derechos reales limitativos, arrendamientos, etcétera), situaciones que convendría haber precisado, dando audiencia a cuantos interesados pudiera haber, en atención a las consideraciones antes señaladas (41).

b) El lugar de exposición de tales documentos será la sede del Ayuntamiento respectivo.

c) Y el plazo que se concede para formular alegaciones es de diez días, que han de entenderse hábiles (42).

3. Las alegaciones de los interesados serán registradas en libro dedicado al efecto, y la Comisión local remitirá a la Comisión central, a través del Servicio, la relación de aquellas reclamaciones que haya desestimado, así como un informe en que se expongan las razones en que se apoyó para tal resolución, la cual, a la vista de la documentación remitida y las alegaciones formuladas ante ella por los interesados (43), resolverá en un plazo de quince días, comunicando su decisión, a través del Servicio, a la Comisión local y a los interesados. Contra los acuerdos de la Comisión central, cabe recurso de alzada ante el Ministro (15, párrafos cuarto y quinto, O.).

F. ESTUDIO DE LA NUEVA RED DE CAMINOS

El plan de los nuevos caminos y vías será propuesto por el Jefe del equipo de trabajo al Jefe del Servicio, y, una vez aprobado por éste servirá de base para la redacción del anteproyecto de concentración (apartado 16, párrafo 3.º, O.).

(41) Por ello, ha podido afirmar MANUEL PEÑA, al referirse a la investigación de propiedades reales, que no existen garantías suficientes en orden a la justificación del dominio y demás derechos de los interesados. Loc. cit. en nota 38.

(42) Cfr., por ejemplo, sentencias 2 abril 1943 y 5 febrero 1947.

(43) Del precepto de la Orden de 1953 se desprende, claramente, que las alegaciones de los interesados pueden ser de dos tipos: unas formuladas ante la propia Comisión local en el plazo antes señalado; otras, ante la propia Comisión central. Estas últimas, según el último párrafo del apartado 15 de la Orden de 1953, «podrán efectuarse, a través del Servicio de concentración parcelaria, en un plazo de quince días, contado desde la fecha en que la Comisión local haya remitido a la Superioridad su determinación».

G. PROYECTO DE CONCENTRACION

1. *Anteproyecto de concentración.*—Se aprobará por la Subcomisión de Trabajo (19, *in limine*, O.). En su preparación y estudio deberán tenerse en cuenta las normas contenidas en los apartados 17 y 18, Orden 1953.

2. *Proyecto definitivo.*—Se redactará por el Servicio de concentración, sometiéndose a la aprobación de la Comisión local, que, en caso de aprobación, fijará la fecha y modalidades de la toma de posesión de los nuevos lotes (19, O.).

3. *Replanteo y encuesta* (44).

a) El Servicio de concentración parcelaria procederá al replanteo de los distintos lotes y caminos.

b) Efectuado el replanteo, se realizará la encuesta relativa al proyecto de concentración, debiendo exponerse los documentos siguientes: plano de concentración, en el que se reflejen los lotes pertenecientes a cada uno de los propietarios, así como su superficie y valores, y estudio comparativo por propietarios de las superficies de las antiguas y nuevas parcelas atribuidas.

c) Los interesados podrán reclamar ante la Comisión local, en un plazo de quince días; finalizados los cuales, la Comisión local adoptará las determinaciones que proceda, publicando en el tablón de anuncios del Ayuntamiento las resoluciones adoptadas y pudiendo los interesados, en caso de disconformidad, recurrir ante la Comisión central.

H. LIQUIDACIÓN ADMINISTRATIVA

El apartado 21 de la Orden de 1953, dice: «Una vez adoptada por la Comisión central la resolución que proceda sobre las reclamaciones, se procederá a la liquidación administrativa de la concentración parcelaria, con arreglo a las normas que, en su día, establezcan los Ministerios de Justicia y Agricultura, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de 20 de diciembre de 1952» (45).

(44) Así se denomina en el apartado 20 de la Orden el trámite que se expone a continuación. Viene a ser un nuevo trámite de audiencia, dentro del cual los interesados podrán formular las alegaciones que estimen convenientes, y, en su caso, recurrir contra el acuerdo de la Comisión local, adoptado a la vista de tales alegaciones.

(45) Lo en este precepto dispuesto no implica la imposibilidad de recurso contra el acuerdo de la Comisión central. Por el contrario, en aplicación de los principios generales contenidos en la legislación sobre concentración parcelaria, contra dicho acuerdo cabe, en principio, recurso de alzada, y, en su caso, contencioso-administrativo. Ahora bien, como quiera que tales recursos no producen efectos suspensivos, es por lo que, una vez dictado el acuerdo por la Comisión central, es posible realizar la liquidación definitiva, a pesar de estar pendiente la tramitación de los posibles recursos.

VII. EFECTOS

A. EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES (46).

1. *Impugnación ante los órganos administrativos.*—Como se ha visto, a lo largo de la Orden de 1953, se establece la posibilidad de interponer recursos contra los acuerdos de la Comisión local ante la central y contra los acuerdos de ésta ante el Ministro. Además, con carácter general, el artículo 13 del Decreto-ley de 1954, dispone: «Los acuerdos adoptados por las Comisiones locales de concentración parcelaria podrán ser recurridos en alzada por los interesados a quienes directamente afecten ante la Comisión central, dentro del plazo de quince días, contados desde que se notificase o terminase la publicación del acuerdo recurrido, según los casos. Las resoluciones de la Comisión central pueden ser recurridas ante el Ministerio de Agricultura en el plazo de quince días, desde que fueron notificadas. Durante el expresado término estará de manifiesto el expediente a disposición de los interesados, para que éstos puedan examinarlo y formular en el mismo escrito que interpongan alzada ante el Ministro las alegaciones que convengan a su derecho. Transcurridos quince días desde la interposición del recurso ante el Ministro de Agricultura sin que éste hubiere dictado resolución alguna, se entenderá confirmado el acuerdo recurrido y agotada la vía gubernativa». Con esta norma se han venido a completar la deficiente regulación de la Ley de 1952 (47), inspirándose en los principios recogidos en el Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio (48).

Por tanto, antes de agotarse la vía administrativa caben dos instancias cuando el acuerdo que se impugna fué dictado por la Comisión local.

a) Los acuerdos de la Comisión local, en general, son impugnables ante la Comisión central. Se trata de un recurso de alzada ordinario, en cuanto la Comisión central se configura en nuestra legislación de concentración parcelaria como órgano superior jerárquico de las Comisiones locales. Como se ha dicho, el plazo dentro del cual ha de interponerse es de quince días (49), pudiendo fundarse en la existencia de cualquier vicio en el acto impugnado.

b) Los acuerdos de la Comisión central son impugnables ante

(46) Una referencia más extensa al problema, en *La impugnación y efectos de los actos administrativos dictados en materia de concentración parcelaria*, «Revista Crítica de Derecho inmobiliario», mayo 1953, pág. 321 y ss.

(47) Cfr. *La concentración parcelaria*, cit., pág. 35 y ss., y loc. cit. en nota anterior.

(48) En general, las normas complementarias dictadas en el Decreto-ley citado, vienen a ser las mismas por nosotros señaladas en los trabajos citados en nota anterior.

(49) Aun cuando no se dice expresamente, se entienden «días hábiles», según el art. 25 del Reglamento de procedimiento del Ministerio.

el Ministro de Agricultura, mediante recurso de alzada, también ordinario, y, por tanto, sometido a las normas generales reguladoras de este recurso (50). Una innovación importante de la legislación de concentración parcelaria consiste en las especialidades que ofrece el trámite de audiencia. Sabido es que, según jurisprudencia reiterada el trámite de audiencia ha de concederse en todas las instancias (Cfr., por ejemplo, sentencia de 26 de abril de 1947) (51), debiendo ajustarse a las normas generales en cuanto al lugar, momento y plazo. Sin embargo, el Decreto-ley de 1954 modifica el régimen general al señalar que, durante el plazo de quince días que tienen los interesados para recurrir en alzada ante el Ministro, «estará de manifiesto el expediente a disposición de los interesados para que éstos puedan examinarlo y formular en el mismo escrito en que interpongan alzada ante el Ministro las alegaciones que convenga a su derecho» (art. 13, párrafo segundo). Esta regla general estaría justificada si para resolver el recurso de alzada, el Ministro no tuviese en cuenta más antecedentes que el expediente tramitado ante la Comisión central y las pro-

(50) Cfr. loc. cit. en nota 47. Por tanto, dentro del Derecho español, no se ha planteado el problema de la naturaleza administrativa o jurisdiccional de la Comisión central, como ha ocurrido en Francia respecto de la *Comisión de remembrement*, al haber un recurso propiamente administrativo contra sus acuerdos. En Francia, sin embargo, se planteó el problema, problema que adquirió vivo interés con la reforma del recurso contencioso-administrativo de 1953, ya que si la Comisión de *remembrement* se configurara como organismo jurisdiccional, la impugnación de sus acuerdos ante el Conseil d'Etat tendría el carácter de un recurso jurisdiccional de casación; pero si se configurara como órgano administrativo, el recurso sería un «recurso por exceso de poder» del que conocerían los tribunales regionales, según la reforma de 1953. Con anterioridad a esta reforma ya se había pronunciado por esta solución última—que estimamos correcta—el Comisario del Gobierno LETOURNEUR (conclusiones en el arrêt BILLARD) y el propio Conseil d'Etat en arrêt de 11 febrero 1952. Cf. SCHMERBER: *Contentieux administratif et remembrement rural*, en *Juris Classeur administratif*, t. 772.

La bibliografía francesa sobre concentración parcelaria es copiosísima, tanto sobre el problema con anterioridad a la ley de 1941, como con posterioridad a ésta. Refiriéndonos a la bibliografía posterior a la ley de 1941 pueden citarse, aparte de las obras de SCHMERBER (sobre las que redactó BALLARÍN el trabajo publicado en la «Revista de Administración pública», núm. 2, pág. 257 y ss.), las siguientes: FERRE: *Deux reformes récentes pour une meilleure utilisation des terres* (thèse), Toulouse, 1943; LIET-VEAUX: *Les associations syndicales de propriétaires*, Sirey, 1947; MALEZIEUX y NORMAND: *Nouvelle législation du remembrement et de la reorganisation foncière*, Paris, 1943; MEUNIER: *Le retour à la terre, la reorganisation foncière et le remembrement*, Paris, 1942; NATIVELLE: *La reorganisation de la propriété foncière et le remembrement*, Paris, 1942; PATARIN: *Quelques mesures législatives récentes en faveur de l'agriculture* (thèse), Paris, 1944 y POIRÉE: *Reorganisation de la propriété foncière et remembrement*, Paris, 1951, entre otras.

(51) Según sentencias de 25 de mayo y de 16 de junio de 1940, en los recursos de alzada procede igualmente la audiencia a los interesados antes de que se formule propuesta de resolución de los mismos, sobre la base de poner de manifiesto todo lo actuado para que aquéllos puedan presentar cualquier documento que estimen pertinente a su derecho. Cfr. SERRANO GUTRADO: *El trámite de audiencia*, cit., pág. 164 y ss.

pias alegaciones del recurrente, pero si en la nueva instancia abierta por la interposición del recurso de alzada se practican nuevas pruebas, emiten nuevos informes o terceros interesados formulan alegaciones, sería conveniente conceder nueva audiencia al recurrente, con exposición de todo el expediente, pues como ha declarado reiterada jurisprudencia, «la tramitación de los expedientes administrativos ha de tener lugar con intervención o audiencia de los interesados, y, por ello, cuando en segunda instancia se han practicado pruebas no propuestas en la primera, que el interesado, por haberse prescindido de él en la segunda instancia, no ha podido conocer ni intervenir en ellas, no obstante afectarle directamente, se le priva de una garantía que la Ley le concede y que ha de tener efectividad». Así, sentencia de 9 de junio de 1903, y, en sentido análogo, las de 7 de marzo de 1911, 5 de febrero de 1947 y 7 de mayo de 1950. Concretamente, en base al artículo 18 del Reglamento de procedimiento administrativo del Ministerio de Agricultura, se ha señalado la necesidad de que se conceda nueva audiencia al recurrente en alzada ante el Ministro, en las sentencias de 28 de mayo y 16 de junio de 1949 y 18 de enero de 1950 (52).

c) Por último, en el estudio de la vía administrativa, conviene señalar la elogiable innovación contenida en el párrafo tercero del artículo 13 del Decreto-ley de 1954, al acoger la doctrina del silencio administrativo: «Transcurridos quince días—dice—desde la interposición del recurso ante el Ministro de Agricultura sin que éste hubiere dictado resolución alguna, se entenderá confirmado el acuerdo recurrido y agotada la vía gubernativa.» Respecto de este precepto, conviene señalar:

a') Que, quizá, el plazo señalado sea sumamente breve, pues, por mucha celeridad que quiera darse a la tramitación de los recursos de alzada, lo normal será que no se logre resolver ninguno de ellos dentro de dicho plazo; el resultado práctico será que, en la inmensa mayoría de los casos, se entenderán desestimados los recursos sin que la Administración haya pronunciado decisión alguna. Por ello, es probable que el silencio se convierta aquí, como en otras esferas, en «institución... enderezada a facilitar la pereza administrativa» (53). De aquí que tal vez fuese preferible ampliar el plazo y exigir, para que se entienda desestimado el recurso, que el particular solicite que se resuelva su recurso, momento a partir del cual empezaría a correr el plazo del silencio administrativo, como

(52) En la segunda de las sentencias citadas, se dice literalmente que la norma que establece el trámite de audiencia (art. 18 del Reglamento de 14 de junio de 1935 de procedimiento del Ministerio de Agricultura) es disposición que se aplicará tanto en primera instancia, como después en la tramitación de los recursos contra los centros dependientes del mismo Ministerio. Cfr. SERRANO GUIRADO, loc. cit. en nota anterior, pág. 174 y ss.

(53) S. ROYO-VILLANOVA: *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, pág. 252. En el mismo sentido, PÉREZ SERRANO: *El silencio administrativo ante la doctrina jurisprudencial*, Madrid, 1952, pág. 18.

ha hecho el Reglamento del Ministerio de la Gobernación, en su artículo 116.

b') Que, ante la nueva disposición sobre silencio administrativo, conviene llamar la atención sobre los errores de interpretación en que ha incurrido la doctrina y la jurisprudencia al ocuparse de normas anteriores sobre la materia, a fin de que no se desnaturalice una institución que, habiendo nacido para garantizar los derechos de los particulares, ha llegado a convertirse en un arma eficaz de la Administración para no resolver las peticiones ante ella deducidas y hasta para impedir a los particulares el acudir a la vía contencioso-administrativa. Me permito señalar las observaciones siguientes:

a'') Que si hasta que no se entienda denegado el recurso de alzada ante el Ministro no se agota la vía gubernativa, no existe inconveniente alguno en admitir que es el acuerdo confirmatorio que se presume existe en virtud de silencio el que causa estado, pudiendo ser impugnado ante los Tribunales. Sin embargo, teniendo en cuenta la triste y formalista jurisprudencia dictada en la esfera local (54), conviene en la práctica, a fin de evitar resultados desagradables, impugnar ambos actos: el impugnado en alzada y el que se entiende existe en virtud de silencio confirmatorio de aquél.

b'') Que el silencio es institución que tiene por finalidad abrir la posibilidad de interponer nuevos recursos, por lo que no ha de impedirse que la Administración dicte fuera de plazo acuerdo expreso, ni mucho menos entender que no cabe «recurso contencioso-administrativo» contra este último por ser confirmatorio del primero y no haberse impugnado aquel dentro de los plazos señalados por la Ley de lo contencioso-administrativo (55).

2. Impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

a) Agotada la vía administrativa con el acto del Ministro de Agricultura, cabe acudir a la vía procesal, deduciendo la oportuna pretensión ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así lo señala expresamente el artículo 11 de la Ley de 1952. Por tanto, tal impugnación se ajustará a las normas generales reguladoras del proceso administrativo: se aplicará la Ley de lo contencioso-administrativo (Texto refundido de 1952) y su

(54) Criticada por S. ROYO-VILLANOVA: *Problemas*, cit., pág. 104 y ss.; GARRIDO FALLA, en «Revista de Derecho Privado», 1949, pág. 245; MARTÍN RE-TORTILLO: *Nuevas notas sobre lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1951, pág. 98 y ss.; PÉREZ SERRANO, Ob. cit., pág. 16 y ss., y por mí, en *El recurso de reposición en la esfera municipal*, «Revista de Estudios de la Vida local», núm. 48, pág. 866 y en *El proceso administrativo en la L. R. L. española*, «Revista de la Facultad de Derecho de México», núm. 3-4, pág. 289 y ss.

Sobre la doctrina del Consejo de Estado, al ocuparse del silencio administrativo en materia de agravios, vid. PÉREZ HERNÁNDEZ: *El silencio administrativo en la Ley de 18 de marzo de 1944*, «Revista de Administración pública», núm. 2, pág. 131 y ss.

(55) Sobre el problema, vid. PÉREZ SERRANO, Ob. cit., pág. 14 y ss.

Reglamento de 1894. Sin embargo, en el régimen jurídico del «recurso contencioso-administrativo» interpuesto contra actos del Ministro de Agricultura en materia de concentración parcelaria hay que tener en cuenta algunas normas especiales que se señalan en la legislación dictada sobre la materia.

Por lo pronto, en orden a la legitimación activa, conviene recordar las especialidades que señala la Ley de 1952; según su artículo 11, cabe «recurso contencioso» por «vicio sustancial en el procedimiento» y cuando existe «lesión en la apreciación del valor de los terrenos, siempre que la diferencia entre las parcelas cedidas y las percibidas suponga, cuando menos, perjuicios de la sexta parte del valor de la primera». Ahora bien, como ya nos referimos a estas especialidades en otro trabajo anterior (56), en éste vamos a ocuparnos de otros problemas a que da lugar el «recurso contencioso-administrativo» en materia de concentración parcelaria, teniendo en cuenta la legislación dictada con posterioridad a la Ley de 1952. Especialmente, trataremos de las dos siguientes cuestiones: acto impugnabile en vía contenciosa y régimen especial de la ejecución de las sentencias.

b) *Actos impugnables en vía contenciosa.*

a') Ya hemos señalado *ut supra* que el acto que causa estado, y, por tanto, el acto contra el que se puede dirigir la pretensión procesal administrativa, según el artículo 1.º de la Ley de lo contencioso, en relación con el artículo 2.º, es el dictado por el Ministro de Agricultura, al resolver los recursos de alzada interpuestos contra los acuerdos de la Comisión central. El artículo 13, párrafo tercero del Decreto-ley de 1954 habla de que quedará «agotada la vía gubernativa». Este extremo no ofrece dificultad alguna. Ahora bien, a lo largo de la vía administrativa, el Ministro de Agricultura dicta, o puede dictar, varios actos en materia de concentración parcelaria. Concretamente, refiriéndonos a actos que dicta como consecuencia de recursos de alzada interpuestos contra acuerdos de la Comisión central, pueden señalarse los siguientes, que afectan derechos de los particulares:

a'') Los acuerdos referentes a investigación de propietarios reales y a clasificación y valoración de sus tierras (15, último párrafo, O.).

b'') Los acuerdos sobre el proyecto definitivo de concentración parcelaria, en el que se hace un estudio comparativo por propietarios de las superficies de las antiguas y nuevas parcelas atribuidas. En este punto concreto, el último párrafo del apartado 20 de la Orden de 1953 dice que los interesados podrán recurrir «ante la Comisión central de concentración parcelaria», y es obvio que, con arreglo a las normas generales, contra los acuerdos de ésta, cabrá recurso de alzada ante el Ministro.

c'') Y, por último, quizá quepa imaginar otro posible acuer-

(56) Loc. cit. en nota 47.

do en materia de liquidación definitiva, a la que se refiere el apartado 21 de la Orden de 1953, si bien habrá que esperar a la regulación que se dicte por los Ministerios de Agricultura y Justicia en esta materia.

Por tanto, nos referimos a los dos primeros tipos de acto. ¿Cabe interponer recurso contencioso-administrativo contra ambos?

b') El problema planteado ofrece una gran trascendencia práctica. En principio, cabe imaginar dos soluciones:

a'') Que cabe impugnar en vía contencioso-administrativa ambos acuerdos, si bien, consentido el primero, ya no cabría discutir después, al impugnar el segundo, lo referente a valoración de las tierras, sino, únicamente, teniendo en cuenta la valoración practicada, la lesión que se hubiese podido ocasionar al hacer la adjudicación de parcelas.

b'') Que únicamente es posible impugnar en vía contencioso-administrativa el último de los acuerdos, pudiendo en tal momento alegar cuantos vicios de procedimiento hayan existido, la clasificación y valoración de las tierras y la lesión que se hubiese producido en la adjudicación (57). Podría pensarse que esta segunda solución está más en armonía con los principios que rigen en nuestro Derecho procesal administrativo, según los cuales no son impugnables los actos de trámite, sino los definitivos (58); considerándose que el acuerdo primero no es más que un acuerdo de trámite en el procedimiento de concentración parcelaria, la solución sería estimar que sólo el último es el acuerdo definitivo, por lo que, de modo análogo a lo establecido en materia de expropiación forzosa según la jurisprudencia dictada sobre la Ley de 1879, sólo dicho acuerdo sería recurrible (59). Sin embargo, la analogía con el supuesto de la expropiación forzosa no es absoluta, ya que, en materia de concentración parcelaria, el primer acuerdo, al fijar el valor de las tierras tiene una importancia decisiva y autonomía dentro del procedimiento.

c') De todos modos, conviene señalar que la solución que se adopte es indiferente en orden a la garantía de los derechos de los particulares, siempre que se admitan los siguientes principios:

a'') Que si únicamente se admite la impugnación del segundo acuerdo, en el correspondiente «recurso contencioso-administrativo» deben poderse plantear todas las cuestiones, incluso la de

(57) En *La concentración parcelaria*, cit., pág. 39, afirmaba: «Si no se establece un procedimiento para impugnar los coeficientes, la única solución posible a dicha cuestión es afirmar que, al impugnar el acto final, los interesados puedan apreciar libremente el valor de sus fincas, sin tener que ajustarse a los coeficientes previamente establecidos, los cuales también podrán ser impugnados en este momento procesal.»

(58) Cfr. la copiosa jurisprudencia sobre el problema, en SERRANO GUIRADO, *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, en «Revista de Administración pública», núm. 10, pág. 167 y ss.

(59) Cfr. RODRÍGUEZ MORO: *La expropiación forzosa*, Bilbao, 1953, páginas 341 y ss, donde se resume la doctrina jurisprudencial sobre la materia.

valoración incorrecta de las fincas, sin que quepa alegar la doctrina del acto confirmatorio.

b'') Que, en todo caso, contra los actos de trámite anteriores que reunieran alguna de las circunstancias que ha señalado nuestra jurisprudencia para admitir la impugnación contenciosa, cabrá recurso contencioso (60).

c) *Ejecución de las sentencias.*

a') Uno de los problemas más delicados que el proceso administrativo plantea es el de la ejecución de las sentencias; el Ordenamiento jurídico debe establecer una serie de medidas que aseguren la realización de lo dispuesto en el fallo, aun en contra de la voluntad de la persona pública o privada condenada (61). Pues bien, en esta trascendental materia, el Decreto-ley de 1954 contiene una disposición importante: en el artículo 14, se dice: «Si algún particular obtuviere resolución firme cuya ejecución obligara a rectificar una concentración ya realizada, o con el proyecto definitivamente aprobado, el Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, podrá acordar que se sustituya la ejecución del fallo por el pago de una indemnización en metálico, cuya cuantía será fijada conforme a la legislación de expropiación forzosa».

b') En principio, parece que tal innovación es censurable: pensamos en que el propietario que ha recurrido, con toda razón—y

(60) Así, dentro del procedimiento de expropiación forzosa, pese al principio general de que únicamente cabe «recurso contencioso-administrativo» contra el acto final del procedimiento, la jurisprudencia ha establecido que cabe también impugnación contenciosa en los casos siguientes (Cfr. RODRÍGUEZ MORO, Ob. cit. en nota anterior, pág. 346 y ss.):

a) Cabe recurso contencioso antes de terminarse el procedimiento de evaluación si lo que se discute no es el precio, sino la posibilidad legal de que se tramite el expediente de expropiación. (Sent. 28 enero 1930).

b) Procede igualmente si se negó al dueño todo derecho a ser indemnizado (sentencias de 16 de octubre de 1914 y 18 de noviembre de 1947).

c) Puede utilizarse contra la abusiva extensión de la superficie a expropiar señalada en los planos (Sent. 30 marzo 1946), etc., etc.

Por otro lado, conviene señalar que si falta el Decreto previo ordenando la concentración y se empiezan a realizar las operaciones en que la misma consiste, estaríamos ante un caso de vía de hecho, en el que procederían los interdictos para respetar la posesión frente a los actos perturbadores de los funcionarios administrativos.

(61) La doctrina española se ha ocupado con cierto detenimiento del problema de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Cfr., por ejemplo, CUEVAS: *La ejecución de las sentencias en el contencioso-administrativo español*, «Revista de Derecho público», 1933, pág. 353 y ss., 1934, pág. 289 y ss.; S. ROYO-VILANOVA: *Consideraciones sobre la fuerza de cosa juzgada de las sentencias de los históricos contencioso-administrativos. Estudios dedicados al profesor GASCÓN Y MARÍN*, Madrid, 1952, pág. 619 y ss.; GUAITA: *Ejecución de sentencias en el proceso administrativo español*, «Revista de Administración pública», núm. 9, pág. 55 y ss.; y mi trabajo *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1951, pág. 285 y ss., así como el que sobre el tema *Ejecución procesal* he enviado a la «Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix». También trato del mismo en *La sentencia administrativa, su impugnación y efectos*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 307 y ss.

buena prueba de ello es que ha obtenido una sentencia favorable—, podría estar interesado en participar de los beneficios de la concentración, beneficios de los que se le priva, otorgándole un trato de desfavor censurable, ya que, después de haber tenido que sufragar los gastos de un proceso, por culpa de la Administración en muchos casos, se encontrará con que, a pesar de haber sido reconocido éste por los Tribunales, se le priva del mismo a cambio de una indemnización que, generalmente, será inferior a su valor. Si lo que se pretende con el precepto citado es coaccionar a los interesados para que no recurran, el propósito se logra con el artículo 14. Por otro lado, cuando se trate de la ejecución de una sentencia contencioso-administrativa, el procedimiento para fijar la indemnización está establecido en la Ley de lo contencioso-administrativo (art. 92), por lo que no hay necesidad de acudir a la legislación de expropiación forzosa; en realidad se trata de ampliar los casos de inejecución de sentencias contencioso-administrativas que en aquella ley se establecen (62).

c') Respecto del precepto tal y como está redactado, conviene señalar:

a') Que no se refiere únicamente a los casos de sentencias contencioso-administrativas; habla, meramente, de «resolución firme», por lo que podría pensarse en que es aplicable a aquellos casos en que, en un proceso entre particulares, decidido por los órganos de la jurisdicción ordinaria, se dicta sentencia firme que obligara a retificar la concentración realizada o el proyecto definitivamente aprobado.

b') Que, únicamente, se refiere a resoluciones que obligan a modificar la concentración o el proyecto definitivamente aprobado, disposición que, dado su carácter excepcional, debe interpretarse restringidamente (63). Por ello, estimamos que no debe aplicarse a aquellos casos en que la sentencia estima un «recurso contencioso-administrativo» por lesión en la sexta parte del valor (64) y, quizá tampoco, cuando se funda en la existencia de vicios de procedimiento, ordenando la reposición del mismo al momento anterior a aquél en que se cometió la infracción, pues en este último caso no es que haya de rectificarse la concentración, sino para acatar normas de inexcusable cumplimiento, volver a tramitarse el procedimiento con las garantías debidas, tanto en favor de los particulares como de que el acuerdo está justificado por razones de interés público. Es decir, el supuesto típico que contempla el ar-

(62) A la forma de fijar la indemnización se refiere el párrafo 4.º del citado artículo 92. Ahora bien, como, según se señala a continuación, el art. 14 del Decreto-ley de 1954 no se refiere únicamente a sentencias contencioso-administrativas, su regulación es admisible para los demás casos.

(63) El principio, recogido en varias sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, también lo ha sido en varias sentencias de las Salas de lo contencioso-administrativo. Cfr., por ejemplo, sentencia del 1 de diciembre de 1950.

(64) Autorizado por el art. 11, párrafo 1.º, Ley 1952.

tículo citado es aquél en que han de alterarse límites de fincas o que el propietario que ha recurrido obtiene un reconocimiento de la extensión de sus derechos dominicales desconocidos por la Administración.

B. EFECTOS JURÍDICO-MATERIALES

1. Los efectos que en las relaciones jurídicas produce la concentración parcelaria son diversos. Como otros muchos actos administrativos dictados en materia agraria, son importantes los efectos que producen en las relaciones jurídico-privadas (65); a ellos nos referimos especialmente en otro trabajo anterior. Pero también produce importantes efectos en el orden jurídico-administrativo. A éstos nos referimos a continuación.

2. El párrafo tercero del artículo 8.º de la Ley de 1952, disponía: «Todas las mejoras territoriales que se realicen en las explotaciones agrarias con ocasión de la concentración parcelaria se consideran incluidas en la Ley de Colonización de Interés Local. El Ministerio de Agricultura señalará oportunamente los auxilios aplicables, que se procurará sean los máximos que autoriza la Ley.»

De acuerdo con este apartado general, el apartado 10 de la Orden de 1953, en su párrafo segundo, dice que, posteriormente al Decreto ordenando la concentración: «el Ministerio de Agricultura, de acuerdo con el párrafo tercero del artículo 8.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952, procederá a señalar los auxilios aplicables, conforme a la Ley de Colonización de interés local de 27 de abril de 1946, y a las mejoras territoriales que se realicen en las explotaciones agrarias afectadas por dicha operación».

3. El artículo 12 del Decreto-ley de 1954, dice que «cuando para la realización de estas obras de mejora, comprendidas en el Plan aprobado por el Ministerio de Agricultura resulte imprescindible la expropiación forzosa de terrenos, el Servicio de concentración parcelaria podrá utilizar al expresado fin el procedimiento de urgencia regulado en la Ley de 7 de octubre de 1939 (66), sirviendo a tal efecto la correspondiente declaración de utilidad pública y de urgente ejecución realizada en el Decreto que acuerde la concentración de la zona. Para que el Servicio de concentración parcelaria pueda hacer uso de la facultad expropiatoria que se le atribuya en este artículo, será preciso que la necesidad de la expropiación se haya expuesto y razonado en el Plan de Mejoras aprobado por el Ministerio de Agricultura, o que, si la necesidad ha surgido con posterioridad a tal aprobación, se obtenga del referido Ministerio la autorización correspondiente».

(65) Cfr. *La concentración parcelaria*, cit., pág. 39 y ss.

(66) Como antes se ha dicho, en nota 30, debería haber empleado, en vez de esta fórmula de referirse concretamente a la legislación de expropiación forzosa en vigor, una referencia, en general, a la legislación de expropiación.

Algunos aspectos recientes del Derecho francés ⁽¹⁾

DENIS TALLON

Encargado de Curso en la Facultad de Derecho de Nancy

La actualidad jurídica francesa, en los últimos tiempos, no se ha señalado por alteraciones importantes. Sin embargo, el derecho positivo ha sido modificado en algunos puntos, tanto por la intervención del legislador, como por la de la jurisprudencia.

I

LAS REFORMAS LEGISLATIVAS

Desde las grandes reformas de la post-guerra, los problemas de puro derecho civil han merecido poca atención del legislador y así en el año 1952 no hay, apenas leyes importantes que señalar.

Se puede, no obstante señalar, la Ley de 25 de julio de 1952, relativa al nombre de los hijos naturales (cf. los comentarios de M. PONSARD, D. 53, leg. 69; de M. MORICZ, J. C. P. 53. I. 1070). Esta ley resuelve las dificultades que se habían presentado a la jurisprudencia acerca de si el hijo natural reconocido primeramente por su madre y después por su padre, debería adoptar el nombre de este último. (Civ. 4 junio 1946, D. 46, j. 357, nota R. SAVATIER). Por de pronto, el hijo llevará en principio el nombre de aquel de sus padres que le haya reconocido en primer lugar; si el padre y la madre le reconocen simultáneamente, el hijo llevará el nombre del padre; finalmente si el padre le reconoce en segundo lugar, el hijo podrá ser autorizado en justicia, a adoptar el nombre de este último. Esta regla, muy sencilla, se inspira únicamente en el interés del hijo.

Puede mencionarse igualmente—aunque se trate de un texto procesal—la Ley de 21 de julio de 1952, modificando la Ley de 23 de julio de 1947 que había reorganizado el Tribunal de Casación. En adelante, las Salas Civiles se dividen en cuatro secciones: primera sección civil, segunda sección civil, sección comercial y financiera y sección social. Este desdoblamiento de la antigua sección civil se ha hecho necesario por el número de recursos planteados ante el Tribunal de Casación y el retraso que ello implicaba

(1) Traducción de Jaime Sánchez-Blanco.

en el procedimiento. Con el fin de no aumentar desmesuradamente los efectivos del Tribunal, el número de consejeros por sección se ha reducido de 15 a 12.

Finalmente se han dictado en 1952 una serie de textos reglamentarios para precisar las atribuciones y el funcionamiento del Fondo de Garantía para las víctimas de accidentes corporales causados por vehículos automóviles, creado por la Ley de 30 de diciembre de 1951 (D. 52, leg. 37). Tales son los Decretos de 30 de junio (J. C. P. 52 III, 171, 41) y de 8 de agosto de 1952. (S. 52. L. 837) la Orden de 28 de septiembre de 1952 (S. 52. L. 875), la Circular del 25 de octubre de 1952 (S. 52. L. 918) y la aclaración del 9 de noviembre de 1952 (S. 53. L. 939).

Actualmente, por tanto, es posible describir esta institución, que, incluso, ha comenzado ya a funcionar. (Cf. a este respecto los artículos de Maurice Picard, «Revue des Assurances Terrestres», 1952, p. 233 y 1953, p. 105; y D. 52. Crónicas, p. 97; A. Besson J. C. P., 52. I. 1027, SUMIEN. G. P. 52. Doctrina, p. 12).

Desde hace mucho tiempo se había tratado de introducir en Francia el Seguro Obligatorio por los daños causados a terceros por vehículos automóviles. Pero pareció necesario completar esta reforma mediante la creación de un Fondo de Garantía encargado de la indemnización de las víctimas cuando el autor del accidente es desconocido o no asegurado. La creación del Seguro Obligatorio hubiera planteado problemas técnicos y jurídicos de mayor consideración, por lo que la segunda reforma ha aparecido antes que la primera, y el Fondo de Garantía queda instituido antes que el Seguro Obligatorio, cuya creación no ha tenido lugar todavía.

La idea que preside esta reforma es la de que es preciso asegurar por todos los medios la indemnización de las víctimas de accidentes. Esta tendencia—como han hecho notar algunos autores contemporáneos—, hace evolucionar la responsabilidad civil hacia un régimen de seguridad social (RAYNAUD, D. 48. Cronique, p. 93; R. SAVATIER, *Las Metamorfosis del Derecho civil*, página 183 y siguientes).

El Fondo de Garantía entra en juego, siempre que la víctima de un accidente, causado por un vehículo automóvil o un moto-ciclo que tiene derecho a reparación, no puede obtener una indemnización total del autor del accidente, bien porque el autor es desconocido (ha huido y no ha podido ser encontrado), bien porque es parcial o totalmente insolvente y no asegurado (o insuficientemente asegurado). Quedan excluidos de la indemnización a cargo del Fondo las personas que utilizan los vehículos y los miembros de su familia.

La mayor dificultad fué la de determinar cómo se nutriría el Fondo. Después de muchas discusiones, se decidió que sus recursos provendrían de una contribución de las Compañías de Seguros, de una contribución de los automovilistas asegurados (como máximo un 2 por 100 de las primas) y de una contribución de las

personas responsables de accidentes de automóvil no asegurados. Aparte de la indemnización a la víctima, estos últimos deberán pagar al Fondo de Garantía cierta suma calculada en función de la misma indemnización (un 10 por 100 como máximo). Se considera, pues, que el hecho de circular en automóvil sin estar asegurado es una falta que implica, en caso de accidente, la aplicación de una verdadera pena privada.

El Fondo de Garantía ha demostrado una gran utilidad práctica, pues en los seis primeros meses de su aplicación, ha dado lugar a dos mil trescientas demandas. Esta cifra decrecerá seguramente cuando se haya instaurado el Seguro Obligatorio.

Al margen de la actualidad legislativa, se puede señalar la actividad de la Comisión de Reforma del Código civil. Esta Comisión prosigue sus trabajos, cuyos resultados han sido recogidos ya en cinco volúmenes. Un sexto volumen (1950-51) ha sido publicado en 1952. Contiene los anteproyectos relativos a los derechos de la personalidad, al nombre y el domicilio, a la filiación y a los regímenes matrimoniales. Las discusiones que han conducido a la elaboración de estas propuestas ponen de manifiesto las tendencias actuales de la doctrina francesa sobre estos diversos temas.

II

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

La Jurisprudencia ha tenido que ocuparse, fuera de su campo tradicional, de dos grandes categorías de cuestiones; por una parte, de la aplicación de las reformas legislativas de la post-guerra, y, por otro lado, de los problemas relativos a la depreciación de la moneda.

A) El Tribunal de Casación ha continuado su labor de interpretación de los textos elaborados desde 1945, frecuentemente inspirados en ideas nuevas. Le ha sido preciso integrar este Derecho en los cuadros tradicionales del Derecho civil.

Ha tenido que hacerlo, sobre todo, con la ley de 1 de septiembre de 1948, sobre los arrendamientos de viviendas, llamada también Código de los Alquileres (*Code des Loyers*). Este importante texto, que por otra parte ha sido modificado muchas veces, ha dado lugar a numerosas decisiones (Cf. R. DESIRY: *Un bilan judiciaire: le Code des Loyers après quatre années d'application*, D. 53, Crónica, p. 1). Las dificultades de aplicación son tanto mayores cuanto que los artículos del Código civil concernientes a los arrendamientos no han sido derogados. Como ejemplo de tales dificultades puede señalarse la transmisión por causa de muerte del derecho arrendaticio. El artículo 1.742 C. c. dispone que el arriendo continúe con el heredero del locatario. El artículo 5 de la Ley de 1948, por el contrario, concede el beneficio de prórroga a los

miembros de la familia o a las personas que habitaban desde seis meses antes con el difunto y a cargo de éste. La sentencia de la Sección Social de 23 de mayo de 1952 (G. P. 52 I. 118) ha venido a delimitar el respectivo campo de aplicación de los dos textos. El art. 1.742 se aplica cuando existe un arriendo regular en curso de validez; en este caso, la transmisión del derecho de arrendamiento se hace conforme a las reglas sucesorias normales. Cuando el arriendo ha expirado y el arrendatario continúa en el local arrendado por el beneficio legal de prórroga, deben aplicarse, en cambio, las reglas especiales de transmisión prevenidas por el artículo 5 de la Ley.

Problemas del mismo orden se plantean entre los esposos en caso de divorcio. (Cf. R. SAVATIER: *Le sort du droit locatif d'habitation en cas de divorce ou de separation de corps*, «Répertoire Pratique du Notariat», 1953, p. 97 y 117).

Por otra parte, desde hace algunos años, la jurisprudencia, reiterada recientemente por el Tribunal de Casación, se ha esforzado en atenuar la obligación del arrendador de hacer todas las reparaciones necesarias en el inmueble arrendado. Los artículos 1.720 y 1.722 C. c. que imponen esta obligación, regían todas las especies de arrendamiento. Ahora bien, la Ley de 1948 ha reglamentado estrictamente las rentas de los arriendos, de tal suerte que el propietario se ve obligado a veces a efectuar reparaciones cuyo coste supera en mucho la suma de alquileres que percibe, de forma que en lugar de ser una fuente de recursos, un inmueble alquilado se convierte en una carga (cf. P. ESMEIN: *La grande misère des maisons louées*, G. P. 52, I. Doctrina, pág. 34; A. TUNC: *Inmeubles de rapport ou Inmeubles à charge*, J. C. P. 53, I. 1069). Para remediar esta situación, los tribunales han ideado varios medios. El primero se apoya sobre un texto, el artículo 1.722 del Código civil, que dispone que cuando un inmueble se destruye parcialmente, el arrendatario puede reclamar o una disminución del alquiler o la rescisión del arriendo. Algunos tribunales han deducido de ello, por una interpretación extensiva, consistente en asimilar los inmuebles en mal estado a los inmuebles parcialmente destruidos, que el arrendatario no puede reclamar del propietario la reparación del inmueble. Sólo puede optar entre una disminución del precio del arriendo y la rescisión del mismo (Soc. 6 abril 1951, D. 51, j. 505, nota R. SAVATIER; Soc. 7 diciembre 1951, D. 52, j. 144; Soc. 13 diciembre 1951, D. 52, j. 436). Más interesante es el segundo procedimiento, porque utiliza los principios generales que gobiernan los contratos sinalagmáticos, y más especialmente el concepto de causa. Según ciertas decisiones (Trib. Civ. Lille, 2 diciembre 1949 y Trib. Civ. Seine, 18 marzo 1950, J. C. P. 50, II, 5518, nota P. ESMEIN; Douai, 2 julio 1951, D. 52, j. 127, nota R. SAVATIER, Paris, 6 junio 1952, J. C. P. 52, II, 7080, nota CUNEO) la obligación de hacer las reparaciones debe ser reducida cuando el alquiler es insuficiente, porque, en el con-

trato de arrendamiento, la causa de esta obligación es la obligación del arrendatario de pagar los alquileres. El coste de las reparaciones debe estar, por tanto, en relación con el precio del alquiler. Esta jurisprudencia ha sido criticada (cf., por ejemplo, PLANIOL, RIPERT et BOULANGER: *Traité Élémentaire de Droit Civil*, tomo II, núm. 498): al amparo de la teoría de la causa, la jurisprudencia desconoce el principio de la fuerza obligatoria de los contratos: el arrendador ha contraído la obligación de hacer las reparaciones, y no puede ser descargado de ella más que en caso de fuerza mayor. Ahora bien, el hecho de que la ejecución de una obligación llegue a hacerse más onerosa no constituye un caso de fuerza mayor. Se puede ver en estas resoluciones una suavización de la firme postura que la jurisprudencia civil mantenía a propósito de la teoría llamada de la imprevisión.

La nacionalización de ciertas industrias plantea problemas de la misma naturaleza, puesto que los organismos creados para regir las empresas nacionalizadas son sometidos a un régimen especial, distinto del de las empresas privadas que ejercen una actividad industrial o comercial.

En dos sentencias de 29 de enero de 1952, la Sección Comercial ha tenido ocasión de precisar si estas empresas podrían beneficiarse de las ventajas concedidas a los arrendatarios comerciantes (D. 52, j. 737, nota F. DERRIDA). La primera de estas resoluciones niega por completo a «l'Electricité de France» (l'E. D. F.) el derecho a la renovación de su arrendamiento. El derecho de renovar su arrendamiento comercial expirado, salvo el pago de una indemnización llamada de evicción, prevenido por la ley de 8 de abril de 1926, no corresponde más que a los propietarios de un «fondo de comercio».

Ahora bien, l'E. D. F. es, según los términos de la ley de nacionalización, un establecimiento público. Por consiguiente, no puede poseer un «fondo de comercio», puesto que goza de un monopolio que hace inútil la protección de su explotación. Esta solución es, por lo demás, la misma que, a propósito de los concesionarios de servicios públicos, había dado el Tribunal de Casación (Civ. 24 julio 1941, D. C. 43, 69, nota M. WALINE: Civ. 5 diciembre 1944, D. 46, j. 390, nota BLAEVOET). La segunda sentencia reconoce, por el contrario, a l'E. D. F. el beneficio de prórroga, por razón de que esta prerrogativa, concedida a todo ocupante de buena fe, aunque no se sea arrendatario, es independiente de la existencia de un «fondo de comercio».

No se ha dejado de criticar esta solución fundada sobre una concepción estrecha del «fondo de comercio». ¿No producirá, como consecuencia práctica, el desplazamiento de las empresas nacionalizadas hacia el derecho público, siendo así que lo que el legislador quiere es que su gestión quede sometida a las mismas reglas que la de las empresas privadas? La jurisprudencia actual empujará, sin duda, a las empresas nacionalizadas a utilizar la

expropiación por causa de utilidad pública, al despojarlas de los beneficios de la protección de derecho común. El Tribunal de Casación, a pesar de ello, ha insistido en su jurisprudencia (Com. 30 diciembre 1952, D. 53, j. 163).

El mismo conflicto se plantea entre las nuevas reglas de seguridad social y las antiguas de la responsabilidad civil. Así, cuando la caja de Seguridad Social tiene que efectuar una prestación cualquiera, a consecuencia de un accidente sufrido por un sujeto, se subroga en los derechos de la víctima para obtener su reembolso de los terceros responsables. Pero ¿qué solución adoptar respecto del capital que la Caja paga en caso de muerte de un asegurado social a los derecho-habientes de éste? ¿Puede reclamarlo al autor del accidente cuando la muerte es imputable a un tercero?

La Sección Social (Soc. 9 noviembre 1951, D. 51, j. 753; Soc. 8 mayo 1952, D. G. P. 52, II, 57) y la Sala Criminal (Crim. 17 enero 1952, D. 52, j. 168) le han negado esta posibilidad, estimando que el capital pagadero en caso de muerte es asimilable a un seguro de vida y que no existe nexo de causalidad entre la falta del tercero, que ha producido la muerte, y el pago del capital. Pero la Asamblea Plenaria de las salas civiles acaba de decidir lo contrario en su resolución de 16 de julio de 1952 (J. C. P. 52, II, 7115, nota firmada por B. H.), por una interpretación estricta de los términos de la ley. Cabe preguntar si la Sala criminal se acercará a esta solución, tan poco conforme a su estricta apreciación de la causalidad.

Se ve, por estas pocas decisiones, la obra de adaptación emprendida por la jurisprudencia a propósito de la nueva legislación.

B) También la depreciación de la moneda ha obligado a la jurisprudencia a resolver delicados problemas en muchos terrenos (cf. P. HEBRAUD: *L'instabilité monétaire et les reglements d'intérêts familiaux*, «Melanges RIPERT», II, 499). Pero recientemente los Tribunales han tenido que fallar, sobre todo, en materia de contratos y responsabilidad civil.

En el campo contractual, las partes, desde hace mucho tiempo, han tratado de precaverse contra la depreciación de la moneda haciendo variar la cuantía de la suma debida en función del valor en curso de una moneda extranjera o del coste de un determinado género de mercancías (cláusula de escala móvil). Para resolver el problema de la validez de tales cláusulas, la jurisprudencia ha hecho una serie de distinciones. Cuando se trata de un pago internacional admite siempre su validez. En los pagos internos las cláusulas relativas al oro o a una moneda extranjera se consideran contrarias al orden público, porque atentan contra el valor de la moneda nacional. Las cláusulas de escala móvil son objeto de una nueva distinción. Se consideran válidas las cláusulas «económicas», que tienen por fin precaverse contra las variaciones del precio; son nulas las cláusulas «monetarias», que

tienden a precaverse contra la depreciación de la moneda. Al amparo de esta distinción conceptual, la jurisprudencia se muestra cada vez más liberal. Recientemente ha reconocido validez a la cláusula de un contrato de venta de un lote de madera, cuyo precio, pagadero a plazos, se ajustaba a un índice referente al precio de la electricidad (Com. 12 marzo, 1952, J. C. P. 52, II, 6998; cf. igualmente Com. 20 noviembre 1950, D. 51, j. 121). Un solo punto es discutido todavía en la jurisprudencia: la validez de la cláusula de escala móvil inserta en un préstamo de suma de dinero (cf. J. P. LEVY: *Clause d'échelle mobile et prêt*, J. C. P. 50, I, 840; P. ESMEIN, G. P. 51, II, Doctrina, pág. 2). Tales cláusulas no son siempre «monetarias». Pero, por otra parte, ¿no destruiría el crédito la condenación de dichas cláusulas? En ausencia de una resolución del Tribunal de Casación, la jurisprudencia permanece muy dividida (en favor de la nulidad, Rennes, 2 febrero 1950, J. C. P. 50, II, 5435; Aix, 2 abril 1952, D. 51, j. 401, nota G. RIPERT; Lyon, 25 junio 1951, D. 51, j. 725; Trib. civ. Seine, 27 febrero 1951, J. C. P. 51, II, 6315. En favor de la validez: Paris, 3 julio 1951, D. 51, j. 581; Amiens, 14 noviembre 1951, D. 52, j. 170; Paris, 27 noviembre 1952, D. 52, j. 133, nota G. RIPERT). Una gran parte de la doctrina crítica, por lo demás, esta distinción artificial entre las cláusulas «monetarias» y las «económicas». ¿Es que las actuales fluctuaciones económicas no son esencialmente producidas por las variaciones monetarias? Y: ¿cómo discernir la intención de las partes? El propio legislador impone cada vez con más frecuencia la cláusula de escala móvil en los contratos que regula. Así sucede en los arrendamientos rústicos, en la constitución de rentas vitalicias, etc. La ley de 18 de julio de 1952 prevé la variación futura del salario mínimo vital en función del índice mensual de los precios de consumo. Así sucede también respecto de ciertos empréstitos emitidos por las empresas nacionalizadas: empréstito de «l'Electricité de France», cuyo índice se establece en función del precio del kilovatio (cf. J. HAMEL: *Les parts E. D. F.*, D. 52, Crónica, página 161); el de la «Société Nationale des Chemins de Fer Français», en el que se determina un índice sobre el precio del kilómetro; el de «Charbonnages de France», sobre el índice de producción. Y el propio Estado señala el camino. En el empréstito 3,5 por 100 1952, se ha fijado un índice sobre el precio del oro, lo que constituye una doble excepción al derecho común. Parece, pues, que se tiende a reconocer validez general a la cláusula de escala móvil (sobre este problema, cf. los estudios de conjunto de HOBERT: *Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile*, «Rev. Trimestrielle de Droit Civil», 1947, página 1; VASSEUR: *Le Droit des clauses monétaires et les enseignements de l'Economie Politique*, «Rev. Trim. Droit Civil», 1952, página 431; FREJAVILLE: D. 52, Crónica, pág. 31).

Pero la práctica de las cláusulas de escala móvil se ha exten-

dido, y ciertos tribunales han creído poder determinar, a través de esta cláusula, las rentas que conceden a título de reparación. En efecto, cuando una jurisdicción fija una renta de manera definitiva, la autoridad de la cosa juzgada se opone a la modificación de esta decisión, incluso cuando la depreciación monetaria disminuya el valor efectivo de la renta. Para paliar este inconveniente, se ha ideado hacer variar la cuantía de la renta en función de un índice económico, que es, por lo general, el salario medio departamental o el índice de costo de la vida. La doctrina se ha pronunciado en general en favor de este procedimiento (H. MAZEAUD: *Les rentes flottantes*, D. 51, Crónica, pág. 17; P. ESMEIN: J. C. P. 49, I, 781, y G. P. 52, II, Doctrina, pág. 2; M. FREJAVILLE: nota J. C. P. 49, II, 4887). Sin duda es imposible asimilar la renta debida a título de responsabilidad civil a una pensión alimenticia, cuya tasación varía según las necesidades del acreedor, pero es principio indudable que el daño debe ser reparado íntegramente; ahora bien, si el valor del dinero baja, la renta concedida a la víctima no corresponde ya al perjuicio. Únicamente la fijación de un índice de la renta permitiría proporcionar una adecuada indemnización a la víctima.

El Tribunal de Casación ha rechazado, sin embargo, el procedimiento (Soc. 2 mayo 1952, J. C. P. 52, II, 6974, nota M. FREJAVILLE; Crim. 20 marzo 1952 y Civ. 2 mayo 1952, D. 52, j. 413, nota R. SAVATIER, J. C. P. 52, II, 6914, nota M. FREJAVILLE). El Tribunal de Casación subraya, por de pronto, que no existe nexo directo de causalidad entre la agravación del perjuicio, debido a la depreciación de la moneda, y el hecho del responsable; se trataría de un perjuicio indirecto, cuya responsabilidad no alcanza a éste. A esto puede objetarse que el perjuicio es siempre el mismo; solamente varía su evaluación en dinero. Pero, sobre todo, el Tribunal de Casación afirma que «el juez no puede usurpar las prerrogativas del legislador al que exclusivamente corresponde adoptar, en tiempo de alza del costo de la vida, tal o cual medida compatible con el interés nacional». Dicho de otro modo, las partes de un contrato pueden perfectamente, dentro de ciertos límites, precaverse contra las fluctuaciones económicas, pero el juez no puede tener en cuenta la eventualidad de una depreciación monetaria, porque actúa en nombre del Estado, una de cuyas misiones esenciales es prevenir y evitar esta depreciación.

C) Merecen citarse, por último, ciertas resoluciones recaídas sobre materias más clásicas del derecho civil.

Así, la sentencia de 21 de abril de 1952, dictada por la Sección Social, hace una interesante aplicación del principio de irretactividad de las leyes. La ley de 11 febrero 1950 ha regulado las relaciones colectivas entre patrón y obreros. Establece especialmente los procedimientos para el arreglo de los conflictos colectivos de trabajo (es decir, de las huelgas) y determina concretamente en su artículo 4.º que la huelga no rompe el contrato de

trabajo, salvo en el caso de falta grave imputable al asalariado. Con anterioridad, la jurisprudencia estaba muy dividida sobre este punto. El Preámbulo de la Constitución de 1946 declara que «el derecho de huelga se ejerce en el marco de las leyes que la reglamentan», pero no habiendo sido votadas estas leyes, los tribunales dudaban si admitir o no la validez del despido fundado solamente en la participación de un obrero en una huelga. El texto parece resolver la cuestión. Pero es preciso, aún, determinar su campo de aplicación en el tiempo. El Tribunal de Casación, en la sentencia precitada, estima que el artículo 4.º no hace más que precisar el sentido del Preámbulo de la Constitución, y que, como todo texto interpretativo, se considera que forma un todo con el texto interpretado y se retrotrae a su fecha. El artículo 4.º debe, pues, aplicarse a los litigios nacidos con anterioridad al 11 de febrero de 1950. Pero la sentencia aclara que las disposiciones de la ley referentes a los procedimientos de conciliación no tienen carácter interpretativo y no pueden aplicarse a los conflictos anteriores a la promulgación de la ley.

La teoría de la responsabilidad civil ha sido objeto, igualmente, de algunas resoluciones interesantes.

Así, la sentencia de la Primera Sección Civil de 21 de octubre de 1952, D. 52, j. 793; J. C. P. 53, II, 7592, nota P. RODIERE) que decide, por primera vez, que un hijo adúlterino, cuya filiación no ha sido legalmente determinada (recordemos que en derecho francés es muy raro que pueda determinarse legalmente), no puede reclamar reparación del perjuicio que le ocasione el fallecimiento en accidente de su padre adúlterino, porque «el demandante de una indemnización delictual o casi delictual debe justificar no ya un daño cualquiera, sino la lesión cierta de un interés legítimo jurídicamente protegido». Por el mismo motivo la jurisprudencia niega a la concubina la acción de responsabilidad, como consecuencia de la muerte en accidente de su amante. Cabe preguntar, sin embargo, si es exactamente igual la situación en los dos casos (cf. el comentario a la resolución por H. y L. MAZEAUD, «Revue Trim. Droit Civil», 1953, pág. 96).

La sentencia de la Sec. 2.ª de lo Civil de 11 de diciembre de 1952 (D. 53, j. 317, nota R. SAVATIER; J. C. P. 53, II, 7549, nota R. RODIERE; S. 53, I, 137, nota D. TALLON) se ha ocupado de la materia, tan discutida siempre, del transporte por benevolencia. Es sabido que la jurisprudencia niega a la persona transportada gratuitamente el derecho de prevalerse de la responsabilidad generada por las cosas inanimadas a cargo de dueño del coche. Para obtener la reparación del daño sufrido durante el transporte debe probar la falta de este último. En el caso resuelto, las víctimas habían consentido en montar en un coche cuyo conductor estaba en manifiesto estado de embriaguez. El Tribunal de Casación les niega una reparación completa, porque cometieron una falta consintiendo en ser transportados en tales

condiciones. Por primera vez en esta materia el Tribunal hace una aplicación abierta de la idea de aceptación de riesgos. Por de pronto, el transportado por benevolencia no puede invocar el artículo 1.384, primer párrafo, porque ha aceptado los riesgos del transporte. Pero, además, esta aceptación se hace culposa cuando lleva consigo riesgos anormales, porque hay peligros a los cuales no hay derecho a exponerse voluntariamente. Por esta razón, en el caso resuelto debe haber un reparto de la responsabilidad entre el conductor culposo y las víctimas, que también han cometido una falta.

Señalemos, por último, el giro que parece dar a la jurisprudencia la sentencia de la sección civil de 6 de junio de 1952 (G. P. 19 septiembre 1952). Hasta el presente estaba admitido que el comisionista no podía ser nunca responsable de la cosa perteneciente a su comitente, o en otras palabras, que la noción de comisión es incompatible con la de responsabilidad por razón de la cosa del comitente. El tribunal de Casación decide ahora que, «si en principio el comitente, propietario de la cosa inanimada productora del daño, que ha confiado a su comisionista, continúa siendo responsable de los daños, puede no ser lo mismo en ciertas circunstancias en las que la obligación de responder de tales daños, correlativa a las facultades de uso, dirección y control a las cuales la ley anuda la responsabilidad nacida de la cosa, deba ser considerada como transferida al comisionista». Esto sucede en el caso de un representante de comercio al cual su patrono ha confiado un coche para el ejercicio de sus funciones y que ocasiona un accidente durante el viaje que emprende por su cuenta personal, aunque con la autorización de su patrono. Falta por saber cómo podrá la víctima, en tales hipótesis, exigir la responsabilidad del comitente.

Se puede señalar, finalmente, una decisión bastante pintoresca que ilustra la teoría jurisprudencial de los «regalos de costumbre». El artículo 852 del Código civil excluye de una regla particular de las Sucesiones (la colación de las donaciones hechas a los herederos), los «regalos de costumbre» (1). La jurisprudencia ha generalizado este texto, y excluye a esos regalos de costumbre de la aplicación de todas las reglas relativas a las liberalidades.

Ahora bien, es preciso definir qué es lo que se entiende por «regalos de costumbre». La sentencia de la 1.ª Sección Civil de 30 de diciembre de 1952 (J. C. P. 53, II, 7475, nota MURRA: D. 53, j. 161) ha tenido ocasión de hacerlo a propósito del último divorcio del actor-autor Sacha Guitry. Este había donado a su esposa como regalo en el primer aniversario de su boda una alhaja de gran precio. Sobreviene el divorcio, por acuerdo mutuo de los esposos. Si se considera la donación de la pulsera como una donación ordinaria, debe ser revocada. Si se trata de un «re-

(1) N. del T. Una norma idéntica contiene el artículo 1041 del C. c. español.

galo de costumbre», las reglas sobre revocación de donaciones no entran en juego (2). El Tribunal de Casación se ha pronunciado en este sentido, apreciando los dos elementos constitutivos del «presente de costumbre»: por una parte, el hecho de que el marido envíe una alhaja a su mujer en el primer aniversario de su boda es lo bastante corriente para que se pueda considerar como costumbre; por otro lado, el regalo en litigio no era de un valor excesivo en relación a la situación financiera del esposo donante. Se puede comparar esta solución con la admitida en materia de donaciones de frutos y rentas, que la jurisprudencia dispensa también de la mayoría de las reglas de las donaciones.

(2) N. del T. En Derecho español puede plantearse un problema parecido, a propósito del artículo 1.334. Si el regalo es "módico" y se hace entre cónyuges «en ocasiones de regocijo para la familia», el regalo es válido. En otro caso la donación es nula.

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Solemne Apertura del Año Judicial

El pasado día 15 de septiembre, bajo la Presidencia del Excmo. Sr. Ministro de Justicia, don Antonio Iturmendi y de otras ilustres personalidades tuvo lugar con toda solemnidad la apertura del Año Judicial. En dicho acto le fué impuesta al Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas la Gran Cruz de Isabel la Católica, manifestando el señor Ministro que el honor dispensado al Presidente del Tribunal Supremo honra y enorgullece también a la corporación judicial española que estima como propia la distinción otorgada a su Presidente en quien ve compendiados los dones de independencia, libertad, capacidad y vocación que caracterizan a la magistratura española.

El discurso de apertura del Sr. Castán Tobeñas versó sobre el tema «Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales». De él damos cuenta en la Sección de Bibliografía.

Carlos MELÓN INFANTE

B) EXTRANJERAS

E. M. Meijers

(In memoriam)

Ha muerto el profesor Eduard Maurits Meijers. En su país se ha sentido como una pérdida nacional y fuera de él será también muy lamentada. Su obra está en la gloriosa línea de la gran tradición jurídica de los Países Bajos. Era un gran jurista y uno de los pocos y escogidos que sirvieran a la unidad de ciencia jurídica; de esa unidad tan desvanecida hoy, pero tan preciosa, que nos legaran los viejos maestros del «ius commune».

La vida de Meijers estuvo consagrada toda, casi exclusivamente, al Derecho. Nacido a finales del siglo pasado (10 enero 1880), ejerció unos años la abogacía (1903-1910), y, después, nombrado profesor de la Universidad de Leiden, se dedica enteramente a la enseñanza del Derecho civil y del Derecho internacional privado (1910-1950). Después de jubilado pudo entregarse por completo a la tarea grandiosa que oficialmente se le había confiado (25 abril 1947) de redactar un Proyecto de Código civil. El 25 de junio de 1954, la muerte repentina le ha retirado, en momento de espléndido vigor intelectual y de pleno rendimiento científico.

La fecha oficial de jubilación había significado un cambio, pero no una

disminucion de su trabajo. Al morir, se ocupaba de variadisimos asuntos y su capacidad para trabajar, hasta entonces, habia seguido siendo envidiable e increíble. Autoridad máxima en su país, sobre Derecho privado, era consultado constantemente; presidia y dirigia Asociaciones y revistas, interviniendo en todo personalmente, sin regatear el esfuerzo. Internacionalmente era muy estimado por su colaboracion a la unificación del Derecho, del Derecho privado de los países del «Benelux», participación en las Conferencias de La Haya y por su dirección y ayuda a las tareas del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado, de Roma.

Meijers comienza su labor científica con una tesis sobre la ciencia jurídica dogmática (*Dogmatische rechtswetenschap*, 1903); en ella muestra ya su interés por la relación de la teoría y la práctica del Derecho, y esta preocupación central caracterizará la obra de toda su vida. Ha trabajado como debe hacerse, en las dos caras de la misma realidad, y a la vez, en la aplicación concreta de las leyes en los casos judiciales y en la de la formulación de los conceptos jurídicos. Durante muchísimos años (desde 1912) redacta contestaciones a las preguntas hechas a la Revista profesional de los notarios y registradores («Weekblad van Privaatrecht, Notarisambt en Registratie») y comentarios a las sentencias de los Tribunales (desde 1916, en «Weekblad van het Recht»). Unos y otros innumerables y que vendrán a tener tal autoridad, que se llega a decir que son una especie de nueva última instancia; pues, en efecto, el Tribunal Supremo, ejemplarmente, convencido por sus razonamientos críticos, cambió muchas veces su criterio y doctrina. Del otro lado, procuró la perfección del instrumental técnico del Derecho, perfilando conceptos y distinguiendo figuras jurídicas. En este respecto, es fundamental su obra inacabada sobre «doctrina general del Derecho civil», de la que sólo publica la primera parte, sobre «los conceptos generales» (*Algemene Leer van het Burgerlijk Recht. I. De Algemene Begrippen*, 1948). En este libro y en los comentarios al Proyecto de Código civil, se advierte la evolución de su pensamiento. De las opiniones propias de seguidor de la escuela del Derecho libre y de un partidario de la libre creación judicial, se ha pasado a una ponderada valoración de la dogmática, a una creciente confianza en la legislación y en los principios generales del Derecho.

En diferentes revistas publicó numerosos artículos sobre Derecho civil. En esta materia es muy importante su Derecho hereditario (*Erfrecht*, 1.ª edición, 1915; 4.ª, 1941) en el tratado fundamental de Asser. Pero toda esta obra queda relativamente oscurecida por la brillantez de su Proyecto para un Nuevo Código civil. Se han publicado dos tomos, uno con el texto («Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Tekst, Eerste gedeelte, Boek 1-4, 1954) y el otro con su ilustración o justificación (*Toelichting*, 1954). Obra grandiosa pensada para comprender todo el Derecho privado, estará dividida en nueve libros: 1. Persona y familia. 2. Personas jurídicas. 3. Derecho patrimonial en general. 4. Derecho hereditario. 5. Derechos Reales. 6. Obligaciones en general. 7. Contratos especiales. 8. Derecho marítimo de transporte interno y aéreo. 9. Derechos sobre la producción intelectual. Los cuatro libros publicados y su comentario tienen un grandísimo valor y pueden llegar a ser, como lo fuera la obra de Huber, cruciales para la evolución del Derecho privado moderno.

La aportación de Meijers a los estudios del Derecho internacional privado es universalmente apreciada; primero, sus conferencias magistrales en la Aca-

demia de Derecho Internacional de la Haya, «L'Histoire des principes fondamentaux de Droit international privé» (Recueil des Cours, 49) y el útil «Recueil de lois modernes concernant le Droit international privé» (1947); después, su Proyecto para evitar los choques entre las leyes que siguen el criterio de la nacionalidad y los que siguen el del domicilio, mediante la aceptación del reenvío, que será la base para el Proyecto de convenio para regular los conflictos entre la Ley nacional y la Ley del domicilio, aprobado por la séptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951). Menos conocido, aunque de gran interés y perfección, es el texto del Convenio de los países del Benelux para adoptar una ley unificada de Derecho internacional privado (11 marzo 1951), preparado también por Meijers.

Los estudios sobre Historia del Derecho privado son numerosos y muy originales, sobre todo su discutida teoría sobre la existencia de un Derecho liguérico (*Le Droit ligurien de succession en Europe occidentale*, 1928; *Het ligurische Erfrecht in de Nederlanden*, 1929-1936). En fin, ha escrito libros sobre Derecho del trabajo y Derecho procesal, apreciados altamente por los especialistas de estas materias.

Ha sido Meijers, durante muchos años, la primera figura en la ciencia jurídica de su país. En los medios internacionales su prestigio había ido progresivamente aumentando. Permitaseme, sobre esto, aportar un testimonio personal. Le conocí primero en 1951, en la séptima sesión de la Conferencia de La Haya; después le traté en las reuniones y discusiones de ésta, en la Conferencia sobre una ley uniforme sobre la venta, en la Comisión especial de la misma y en el Consejo del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado, de Roma. Desde su primera intervención se podía apreciar lo seguro, conciso y eficiente de sus razonamientos; pero, sólo con el tiempo, con los años, poco a poco, se ponderaba toda la solidez de su criterio y lo completo de su formación. Quizá nada pueda expresar mejor este paulatino proceso como el hecho de que sólo unos días antes de recibir la noticia de su muerte decía yo—y al formular la frase me descubría a mí mismo tal opinión—que Meijers era uno de los juristas más completos de Europa. No buscó el brillo de las paradojas y de las teorías singulares, no se entretuvo en malabarismos ingeniosos; procuró hallar, infatigablemente y con honestidad impecable, la solución más justa de un caso, la fórmula más exacta de una teoría; por ello, merece que se le recuerde como figura de jurista ejemplar (1).

F. de C.

(1) Debo y agradezco los datos biográficos para esta nota al ilustre jurista P. Eijssen. Lo mejor, hasta ahora, para valorar la obra tan extensa y variada de Meijers es el número especial que a ella dedicó *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1950, 2, págs. 107-264, con estudios de von Oven, Cleveringa, Lange-meijer, Fok-Trema-Andrae, de Grooth, Offerhaus, van Vreijberghé de Comingh, Kuyk, Vos y Beekhuis.

II. INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de JOSE MARIA AMUSATEGUI,
RAFAEL IZQUIERDO, JOSE LUIS LLO-
RENTE, ROGELIO PEREZ MARTINEZ Y
ANTONIO PEREZ VEGA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN: *Se publica su Reglamento (Orden de Justicia 22 julio 1954; B. O. del 29 de julio).*

Véase A. D. C. T. VII, F. II; pág. 492.

2. DERECHO FORAL: PROVINCIAS Y TERRITORIOS: *Se nombran juristas especializados en Derecho foral de Galicia, Alava y Baleares, vocales de la Comisión General de Codificación (Orden de Justicia 3 junio 1954; B. O. del 13 junio).*

A) EXPOSICIÓN: El artículo 6.º del Decreto 23 octubre 1953 (B. O. de 9 de noviembre) (1) que reorganiza la Comisión General de Codificación, dispuso: «E. Ministro de Justicia designará, además, Vocales de la Comisión General de Codificación a juristas especializados en Derecho foral, uno por cada territorio en que se mantiene su vigencia...»

En su cumplimiento se dan dos órdenes: una de 10 marzo 1954 (B. O. de 11 de marzo) y la presente, que concreta la lista oficial de Vocales foralistas por Aragón, Cataluña, Vizcaya, Vavarra, Galicia, Alava y Baleares.

B) COMENTARIOS: En octubre (del 3 al 9) de 1946 se celebró en Zaragoza el Congreso Nacional de Derecho civil. En él se determina el significado que en adelante van a tener los Derechos forales.

La finalidad última es la unidad de todo el Derecho nacional. La meta se alcanzará con la confección de un Código General de Derecho civil al que se incorporen los principios y las instituciones forales que se estimen dignos de generalización. Se pretende, pues, una síntesis integradora de las particularidades locales.

(1) Véase A. D. C., T. VII, F. II, pág. 492.

El método propuesto consta de tres etapas sucesivas: a) Compilación de instituciones forales. b) Determinación del modo en que se recogerán en el futuro Código General. c) Reunión de un nuevo Congreso para la elaboración del deseado cuerpo legal. (Véase F. de Castro: «Derecho Civil de España», t. I, págs. 234-5.)

Se inicia la primera etapa con el D. 23 mayo de 1947 (B. O. 12 junio), dado en Barcelona (1), por el que se crea comisiones de juristas especializados que formulen Anteproyectos. Se desarrolla por Orden 24 de junio de 1947 (B. O. 29 de junio), nombrándose comisiones en Aragón, Cataluña, Navarra, Baleares, Galicia, Alava y Vizcaya. Como se ve, es pacífico cuanto se refiere a cuáles sean los territorios en que subsiste el Derecho foral.

Por O. 10 febrero 1948 (B. O. 23 febrero) se nombran los correspondientes vocales que han de componerlas, excepto los integrantes de la Comisión de Navarra, que se deja a la competencia de su Diputación foral. Además se dice: «Las referidas Comisiones elevarán a este Ministerio, en término de seis meses (2), los oportunos proyectos de compilaciones forales, que con la debida sanción serán puestos en vigor y regirán durante el plazo que se establezca, y una vez transcurrido podrán ser incorporados al Código general de Derecho civil español.» Como puede observarse, esta Orden apoya, incluso empleando términos excesivos para una disposición de este rango, la elaboración de cuerpos legales de Derecho foral. Se promete su puesta en vigor tras la debida sanción.

Pero, a pesar de esta favorable predisposición, sólo se llegó al Anteproyecto de Galicia, que ni se sancionó ni entró en vigor.

Para terminar, diremos que a raíz del triunfo del Movimiento la apoteosis unificadora no podía por menos que mirar con reparos las aspiraciones regionalistas (3). He aquí un texto sintomático: El Decreto 12 enero 1940 de organización de la Comisión General de Codificación, dispone en su artículo 12 que «cuando se trate de alguna materia referente al Derecho foral, podrá el Ministro de Justicia designar un Vocal correspondiente a la región o regiones interesadas, cuya intervención estará limitada al asunto objeto del informe». Compárese con el artículo 6.º del Decreto 23 octubre 1953 reorganizándolo la Comisión más arriba recogida. (J. A.)

II. Derechos reales.

1. LIMITACIONES DEL DOMINIO EN INTERÉS DE LA AGRICULTURA. (Ver Otras Disposiciones: 2.)

(2) Este plazo fué prorrogado por O. de 28 de julio de 1948.

(3) L. 5 abril 1938 derogatoria del Estatuto catalán; L. 8 septiembre 1939 por la que se dan máximos efectos retroactivos a la anterior; Leyes 8 septiembre 1939 reguladora de la ausencia, 7 octubre 1939 reduciendo al 4 por 100 el interés legal del dinero, 13 diciembre 1943 sobre mayoría de edad, etc.; todas ellas con vigencia general en todo el territorio nacional y derogatoria de normas forales.

2. PROPIEDAD INTELECTUAL; PUBLICACIÓN DE DISPOSICIONES LEGALES: *Se concede autorización para publicar en transcripción literal, con determinadas excepciones, las disposiciones legales a partir del día de su entrada en vigor (Orden de la Presidencia del Gobierno de 30 abril 1954; B. O. del 6 mayo).*

A. EXPOSICIÓN: A petición de la Junta Nacional del Grupo de Impresores, y previa consulta a todos los Departamentos ministeriales, se acuerda conceder la autorización a las Editoriales y Talleres de Artes Gráficas establecidos (exceptuando las disposiciones de carácter general, cuya publicación está expresamente prohibida y las emanadas de los Ministerios de Justicia y Ejército, cuyo informe fué negativo, para los que se necesita en cada caso autorización), con la obligación de enviar a la Presidencia del Gobierno un ejemplar de la publicación.

B. OBSERVACIONES: 1. La Ley de Propiedad Intelectual de 10 enero 1873, en el artículo 28, y el Reglamento de la misma de 3 septiembre 1880, en el artículo 14, establecen que «las leyes, decretos, reales órdenes, reglamentos y algunas disposiciones que emanen de los poderes públicos, pueden insertarse en los periódicos y en otras obras en que por su naturaleza u objeto convengan citarlos, comentarlos, indicarlos o copiarlos a la letra, pero nadie podrá publicarlos sueltos ni en colección sin permiso expreso del Gobierno, dicho permiso se concederá por el Ministerio, Centro o Autoridad que los haya dictado, apreciando si las notas críticas comentarios o anotaciones merecen este título, y haciéndose constar en todo caso la fecha y origen de la autorización concedida». Precisando y aclarando estos preceptos se dictó la R. O. de 20 de mayo de 1913 y respecto de las Leyes y disposiciones reglamentarias emanadas del Ministerio de Hacienda regía la orden de 8 de mayo de 1943 que ha quedado derogada.

2. La orden que se comenta plantea el problema de determinar qué disposiciones se considerarán «emanadas» de los Ministerios de Justicia y Ejército a efectos de la excepción en ella establecida. Propiamente sólo las órdenes ministeriales emanan del Ministerio, pero no los Decretos que se dictan a propuesta del Ministro correspondiente y previa deliberación del Consejo de Ministros. (R. I.)

III. Derecho de obligaciones.

1. ARRENDAMIENTOS URBANOS: *Se autoriza el incremento en la renta de las viviendas y locales de negocio con arreglo a nuevos porcentajes, excluyéndose aquellas rentas que fueron elevadas por el Decreto de 6 de marzo de 1953 (Decreto 9 abril 1954; B. O. del 6 mayo).*

A. EXPOSICIÓN: El contenido de este Decreto es el siguiente:

Viviendas.—«La renta de las viviendas construidas o habitadas por vez primera antes del 18 de julio de 1936 podrá ser incrementada por el arrendador, en todo el territorio nacional y plazas de soberanía, con los siguientes nuevos porcentajes:

Con un veinte por ciento si el contrato fuere anterior a 1 de enero de 1915.

Con un quince por ciento cuando se hubiere otorgado entre el 1 de enero de 1915 y el 17 de julio de 1936.

Con un diez por ciento si lo hubiere sido con posterioridad al 17 de julio de 1936.

Esta elevación podrá ser exigida a partir del 1 de julio del año en curso.» (Art. 1.º)

Locales de negocio.—«Asimismo, la renta de los locales de negocio construidos u ocupados por primera vez antes del 18 de julio de 1936 podrá ser elevada por el arrendador en un veinte por ciento más, en todo el territorio nacional y plazas de soberanía, a partir del 1 de octubre del corriente año.» (Art. 2.º)

EXCLUSIÓN.—Se excluyen de los aumentos anteriores las rentas de viviendas y locales de negocio que fueron elevadas por el Decreto de 6 de marzo de 1953 (Art. 3.º) (1).

Renta base.—El Decreto presente, al igual que el ya citado de 6 de marzo de 1953 (art. 3.º), conserva como tal la señalada en el párrafo 1.º del artículo 118 y, en su caso, en el 113, ambos de la L. A. U. (art. 4.º).

B. OBSERVACIONES: 1. El artículo 118 de la L. A. U. estableció los porcentajes en que podía ser incrementada la renta de las viviendas y locales de negocios construidas o habitadas por vez primera antes del 18 de julio de 1936:

Viviendas.—Diez por ciento si los contratos eran anteriores a 1 de enero de 1915, siete y medio por ciento si posteriores a 1 de enero de 1915 y anteriores al 17 de julio de 1936, y cinco por ciento si eran posteriores al 17 de julio de 1936.

Locales de negocio.—Cuarenta por ciento cualquiera que fuere la fecha de declaración del contrato.

La disposición transitoria undécima dejaba en suspenso los aumentos de renta referentes a viviendas hasta que el Gobierno dispusiera por Decreto su total o parcial aplicación en todo o parte del territorio nacional y plazas de soberanía. Asimismo, cuando las mutaciones de la Economía nacional aconsejaren, podía el Gobierno oyendo previamente al Consejo de Estado, decretar la revisión de dichos porcentajes para dejarlos sin efecto reducirlos o elevarlos. La elevación no podía en ningún caso ser superior al triple de lo señalado en dicho artículo 118.

Este segundo párrafo de la transitoria 11.ª obliga a multiplicar por tres los porcentajes señalados: 30 por 100, 22.50 por 100 y 15 por 100, para viviendas, y 120 por 100 para locales de negocio.

El Decreto de 17 de mayo de 1952 autorizó (art. 1.º) la aplicación de los porcentajes establecidos en el artículo 118, apartado a) de la L. A. U. a partir de 1 de enero de 1953, y en cuanto a locales de negocio, apartado b) del mismo artículo, autorizó un nuevo aumento en su renta de: 60 por 100. (Téngase en cuenta que el 40 por 100 ya autorizado en el artículo 118 no fué suspendido en la transitoria 11.ª, o sea que el aumento entre la L. A. U. y el Decreto de 1952 viene a ser de un 100 por 100.)

El Decreto de 6 de marzo de 1953 agotó totalmente la autorización que el párrafo 2.º de la disposición transitoria 11.ª concedía, o sea, que cuando se diesen determinadas situaciones arrendaticias (hospedaje, convivencia,

(1) Véase A. D. C., tomo VI, fasc. II, págs. 491 y 492.

etcétera) se autorizaban incrementos del 20, 15 y 10 por 100 en la renta de viviendas y un 20 por 100 en la de locales de negocio.

El Decreto que comentamos autoriza los anteriores incrementos al resto de viviendas o locales de negocio que no estaban comprendidas en el Decreto de marzo de 1953 y con él se agota totalmente la autorización concedida al Gobierno por el párrafo 2.º de la disposición transitoria 11.ª

2. Conocido el parecer del Consejo de Estado con referencia al Decreto de 17 de mayo de 1952, no ha sido consultado este Cuerpo consultivo ni en el Decreto de 6 de marzo de 1953 ni en este de 9 de abril de 1954, como ordenaba la disposición transitoria 11.ª (R. I.)

IV. Derecho de familia.

1. MATRIMONIO DE MILITARES: REQUISITOS: *Se modifica la limitación existente para el matrimonio de los especialistas en los tres ejércitos.* (Decreto Ley 19 febrero 1954; B. O. del 22 marzo).

A. EXPOSICIÓN: El artículo 6.º de la Ley de 6 de mayo de 1940 que creó los especialistas de los tres ejércitos y que este Decreto Ley viene a modificar, disponía: «Al alcanzar el empleo de Cabo primero o al entrar en el tercer periodo de reenganche los que no alcancen ese empleo, podrán contraer matrimonio.» Ahora el Decreto Ley de 19 de febrero de 1954 introduce una importante variación al establecer en su artículo 2.º: «Los Cabos especialistas podrán contraer matrimonio al llevar un año de servicio activo como Cabos segundos, previo informe favorable de sus jefes.»

B. OBSERVACIONES; 1. El matrimonio de los militares está en nuestro ordenamiento sujeto a dos clases de limitaciones: 1.ª Prohibición de contraerlo en determinadas situaciones, así, por ejemplo, los cadetes (Ordenes 15 de octubre de 1940 y 31 de marzo de 1941), los individuos sujetos al servicio militar desde su ingreso en Caja hasta que pasen a la situación de reserva (Decreto de 6 de abril de 1943 aprobando el Reglamento provisional para el reclutamiento y reemplazo del Ejército, artículos 32 y 408 y preceptos análogos para la Armada en los Decretos de 14 de diciembre de 1933, artículos 36 y 65, y 23 de agosto de 1935, artículo 66) y, en general, el personal afectado por la Ley de 23 de junio de 1941, en tanto no cumpla los veinticinco años de edad o los veintiuno, pero estando en posesión de empleo de Capitán o acreditando contar en pleno dominio con recursos adecuados para completar los haberes de Capitán. (Ley de 17 de julio de 1948 que modifica el artículo 4.º de la de 23 de junio de 1941.) 2.º Exigencia en todo caso de la licencia correspondiente, siguiendo los trámites que establece la Ley de 23 de junio de 1941 y su copiosa legislación complementaria.

2. Estas limitaciones no afectan, como es natural, al vínculo matrimonial y sus consecuencias, caso de inobservancia, son exclusivamente de índole punitiva para el cónyuge militar que contrae matrimonio sin cumplir lo ordenado (Véanse las disposiciones citadas y el artículo 437, núm. 3 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945).

Las limitaciones al matrimonio por razón del servicio militar, como obligatorio que es en la mayor parte de los países, han merecido la repulsa de la generalidad de los canonistas. Montero, «El matrimonio y las causas matrimoniales», página 55, entiende que el Estado se extralimita, pues establece «un verdadero impedimento prohibitivo del matrimonio cristiano» y que al establecer penas para el párroco o los contrayentes «la ley merecería ser tachada de arbitraria».

3. Las órdenes de 2 de octubre de 1943 y 18 de marzo de 1945 determinaron la exigencia de una licencia especial para poder contraer matrimonio los Cabos especialistas a quienes se lo autoriza el artículo 6.º de la Ley de 6 de marzo de 1940, regulando el procedimiento para su obtención. El artículo 5.º de la Orden primeramente citada establece, a su vez, una limitación que no estaba en la Ley de 1940 que es haber cumplido los veinticinco años de edad. (R. I.)

2. MATRIMONIO: SEPARACIÓN JUDICIAL Y DE HECHO: *Se determinan los efectos que las mismas producen respecto a las prestaciones en concepto de ayuda familiar en favor de los funcionarios públicos (Ley 15 julio 1954; B. O. del 16).*

A. EXPOSICIÓN: La Ley de 15 de julio de 1954, que establece en favor de los funcionarios públicos prestaciones en concepto de ayuda familiar, dispone en su artículo 8.º:

«La separación de los cónyuges, de hecho, dará lugar a la pérdida de la asignación por matrimonio.

En caso de separación judicial, conservará el derecho a esta prestación el cónyuge que hubiere sido declarado inocente.

La separación no implica la pérdida de la bonificación por hijos, que será satisfecha al cónyuge que los tenga a su cargo.»

B. OBSERVACIONES: 1. Fundamentalmente interesa el párrafo 1.º del artículo, o sea el referente a la separación de hecho. Se sigue en este precepto una tendencia a asignar efectos jurídicos a la separación de hecho, tendencia que tiene ya antecedentes en nuestro ordenamiento, así el artículo 58, último párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y también algunas sentencias del T. S. (Royo Martínez, «Derecho de familias», páginas 140, cita aquellas que niegan al marido separado la posibilidad de obtener la administración de los frutos de los bienes parafernales, sentencias de 14 de enero de 1928, 12 de julio de 1929 y otras y las que evitan que tales frutos queden afectos a responsabilidades pecuniarias contraídas por el marido separado de hecho, sentencias, entre otras, de 11 de mayo de 1910 y 4 de marzo de 1933. En cuanto al domicilio de la mujer también ha señalado el T. S. trascendencia a la separación de hecho, véanse las sentencias que cita Castro, «Derecho Civil de España», II, 1, pág. 464, notas 2, 3 y 4 y también las de 25 de abril y 29 de diciembre de 1952). De distintos preceptos del C. c. parece desprenderse un criterio desfavorable a la concesión de efectos a la separación de hecho, artículos 4.º, párrafo 2.º, 56, 67, 1.255, 1.271, 1.320 y 1.814, principalmente. No es, sin embargo, tan tajante como el italiano de 1942 que en su artículo 156 expresamente niega todo efecto a la separación por simple consentimiento de los cónyuges.

2. Desde luego pese a su carácter fáctico no pueden las leyes desconocer esta frecuente situación matrimonial y en este sentido se justifica el precepto comentado, máxime atendiendo a la finalidad de la Ley que claramente se determina en su artículo 1.º: prestación en concepto de ayuda familiar al funcionario, «en relación con sus respectivas obligaciones familiares». Creemos, sin embargo, que la presente regulación no es totalmente acertada al negar en absoluto la prestación y puede por ello dar lugar a situaciones injustas. (R. I.)

DERECHO MERCANTIL

1. **SOCIEDADES DE FINES CONCRETOS: SISTEMAS DE GARANTÍAS:** *Se dan normas para fijar el régimen de reservas e inversiones aplicable a dichas Sociedades* (Orden de 28 de enero de 1954; B. O. del 16 marzo).

OBSERVACIONES: El Estatuto de 21 de noviembre de 1929 reglamentó el funcionamiento de «las entidades particulares de ahorro popular no comprendidas en la categoría de «Cajas Generales de Ahorro». Señalaba en su artículo 2.º qué personas jurídicas se consideran entidades particulares de ahorro popular, a saber: todas las Asociaciones, Mutualidades, Cooperativas y Empresas mercantiles nacionales o extranjeras que reciban ahorros con fines de acumulación especiales, sea cualquiera la forma y cuantía en que ingresen aquellos ahorros; seguidamente señala con todo detalle cuáles entidades se entienden comprendidas en ese concepto. El artículo 39 del mencionado Estatuto clasifica esas sociedades mercantiles por sus fines en los grupos siguientes: a) Empresas que operan sobre el ahorro en general. b) Empresas de ahorro, construcción y venta, arriendo de casas o parcelación y venta de fincas. c) Empresas de fines concretos. d) Empresas de capitalización. e) Empresas de otras modalidades no incluidas en los grupos anteriores, pero con fines análogos o similares a juicio del Ministerio de Trabajo y Previsión. En el artículo 432 se reservaba al Ministro de Trabajo la facultad de resolver discrecionalmente las dudas, omisiones y cuestiones que en la interpretación del Estatuto pudieran suscitarse y en uso de esas facultades se dictó el Decreto de 19 de enero de 1951, en cuyo artículo 1.º se determina que las operaciones de capitalización del ahorro privado podrán ser efectuadas únicamente por entidades creadas con esa exclusiva finalidad bajo la forma de Sociedad Anónima o de Mutualidad pura, señalándose en el artículo 2.º las garantías previas que deben constituir.

Después se dicta la Orden de 20 de enero de 1953 como complemento del indicado Decreto de 19 de enero de 1951 para reglamentar el régimen de inversiones de «reservas», que se encomendaba al Ministerio de Hacienda por el artículo 4.º de dicho Decreto. Señala cómo han de constituirse esas reservas y aclara que son independientes de las que con carácter general se establecen para las Sociedades Anónimas en la Ley de 17 de julio de 1951.

La Orden de 28 de enero de 1954 empieza por ratificar la obligación que tienen las sociedades comprendidas en el apartado c) del artículo 39 del Estatuto de 21 de noviembre de 1929 (empresas de fines concretos), de constituir las reservas indicadas por la Ley de Sociedades Anónimas y por la Orden de 20 de enero de 1953 y a continuación indica cómo han de invertirse esas reservas: el 20 por 100 de las mismas en fondos públicos del Estado español y el 80 por 100 del fondo de capitalización podrá estar representado en el activo del balance por metálico, valores públicos sin limitación alguna, valores industriales o comerciales de los incluidos en la

lista de la Dirección General de Seguros y Ahorro, inmuebles urbanos radicantes en España hasta un 10 por 100 de las reservas, prestamos con garantía hipotecaria, prendaria o personal. Por lo que se refiere al Metálico hace referencia al artículo 284 del Estatuto de Ahorro y en cuanto a inmuebles remite a la Orden de 20 de enero de 1953. (R. P.)

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS: ADAPTACIÓN DE ESTATUTOS: *Se dan normas concernientes a la adaptación de Estatutos sociales de las Sociedades Anónimas a los preceptos de la Ley de 17 de julio de 1951 (Decreto-ley de 5 de febrero de 1954; B. O. del 21).*

A. Dispone el artículo 1.º que la Junta general de accionistas podrá acordar válidamente la modificación de los Estatutos sociales para adaptarlos a lo dispuesto en la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 con arreglo a las siguientes normas:

a) Después de dos convocatorias a las que no concurrieren socios en número suficiente para cualquier modificación de los Estatutos sociales, bastará que en tercera convocatoria los accionistas concurrentes a la Junta, cualquiera que sea su número y el capital que representen decidan por mayoría la adaptación.

b) El acuerdo de la Junta en tercera convocatoria se ceñirá exclusivamente a la adaptación impuesta por la citada Ley de 17 de julio 1951.

c) La mencionada tercera convocatoria deberá ser separadamente anunciada, con los mismos requisitos de publicidad que la primera y expresión de su específica finalidad, con diez días de antelación a la fecha de la reunión.

d) La tercera convocatoria se regirá en todo lo no previsto por el presente Decreto-ley, por las reglas de la segunda.

B. La disposición transitoria XI de la Ley de 17 de junio de 1951 dispuso que en el plazo de dos años las sociedades de esta clase deberían adaptar sus Estatutos a los preceptos de dicha nueva ley si estuvieran en contradicción con los mismos, plazo ampliado por disposiciones posteriores y últimamente por el Decreto-ley de 18 de diciembre de 1953 hasta el día 31 de julio de 1954. El Decreto de febrero de este año parece, y así se expresa en el preámbulo, venir a evitar las dificultades que en la práctica se ofrecían por la inasistencia de los accionistas a las Juntas generales para llegar a esa adaptación. (R. P.)

3. SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: *Se prorroga el plazo de un año, establecido por la Ley de 17 de julio de 1953 (disp. trans. 3.ª), para adaptar las escrituras sociales a ella. El plazo se prorroga hasta el 31 de diciembre de 1954 (Decreto-ley 25 junio 1954; B. O. del 11 julio).*

Véase A. D. C. T. VI, F. III, págs. 693 y sigs., y T. VII, F. I., pág. 230.

4. **COTRATO DE SEGURO. CARTERA DE SEGUROS:** *Se niega con carácter general el arrendamiento de las carteras de seguros. (Orden de Hacienda de 24 diciembre 1953; B. O. del 21 de enero).*

A. **EXPOSICIÓN:** En los Estatutos de una sociedad de seguros determinada se confería al Consejo de Administración facultad para arrendar total o parcialmente las carteras de la Compañía en determinadas zonas o provincias; sometidos los Estatutos a la aprobación de las modificaciones introducidas en su adaptación a la Ley de 17 de julio de 1951, se acuerda en la orden citada y «con carácter general, no autorizar el arrendamiento de carteras de seguros por no existir precepto legal alguno que lo regule». En un considerando se hace hincapié en que la facultad de «ceder la cartera» pueda asignarse al Consejo de Administración. También es interesante el último considerando: «Considerando que la inscripción en el Registro Especial que lleva aparejada la responsabilidad de gestión de los seguros, corresponde íntegramente a aquella persona jurídica a quien se ha otorgado la concesión operatoria y no es transmisible por propia voluntad».

B. **OBSERVACIONES:** 1. Ni el Código de Comercio, ni la Ley de 1908 y Reglamento de 1912 regulan la cartera de seguros y sólo el R. D. de 17 de marzo de 1922 se ocupó de ella abordando el problema de la cesión. Es interesante que este R. D. autorizó la cesión y en el preámbulo se justificaba arguyendo que «no hay en nuestra legislación común y especial precepto que prohíba las cesiones de que se trata, y, por consiguiente, su realización es lícita», ahora éste argumento ha sido uno de los suprimidos para negar el arrendamiento.

2. La admisión de la cesión de cartera en el R. D. de 1922 venía acompañada de ciertas garantías a favor de los asegurados que fundamentalmente son dos: 1.º Autorización del Ministerio de Hacienda previa información. 2.º Facultad de rescindir el contrato por parte del asegurado con devolución de las primas satisfechas por los periodos en que no se haya corrido riesgo y de la reserva matemática cuando se trate de seguros sobre la vida. En todo caso, las condiciones mediante las que se pacten y realicen las cesiones no podrán, en caso alguno, gravar los derechos de los asegurados ni sus garantías.

3. La prohibición del arrendamiento parece acertada si se piensa que posiblemente no sería fácil rodearlo de las garantías que acompañan a la cesión y que tampoco cumplirá la finalidad de ésta, o sea, atenuar la rigidez del artículo 1.205 C. c. para aquellos supuestos en que la situación económica de la entidad aseguradora exige la novación subjetiva. Aun admitiendo que el arrendamiento pueda llevar consigo las garantías de la cesión, según el R. D. de 1922, e incluso que pueda ser necesario o conveniente en algún momento, hay que pensar que se impone al asegurado una novación que va contra el sentido del artículo 1.205 C. c., y, por tanto, el criterio debe ser, en general, negativo.

4. Es oportuno resaltar que de la combinación del R. D. de 1922 y la Orden presente resulta autorizado lo más, o sea la cesión, y no lo menos, o sea el arrendamiento. Asimismo, hay que apuntar la duda de hasta qué punto cabe hablar propiamente del arrendamiento de una cartera de seguros como sustitución temporal y restringida en la función jurídica de asegurados. (R. I.)

5. DERECHO MARÍTIMO. EMBARGO PREVENTIVO DE BUQUES: *Convenio internacional de 10 de mayo de 1952 relativo al embargo preventivo de buques de navegación marítima*. (Instrumentos de ratificación de 11 septiembre 1953. B. O. del 5 de enero de 1954.)

A. EXPOSICIÓN: Firman este convenio los mismos países que los dos de la misma fecha relativos a la competencia penal y civil en materia de abordaje.

El artículo 1.º determina la significación de las expresiones más importantes que se emplean en el convenio: Crédito marítimo (alegación de un derecho o de un crédito por daños causados a un buque, asistencia y salvamento, contratos relativos a la utilización o al arriendo de un buque mediante póliza de fletamento, o de otro modo, transporte de mercancías por fletamento, conocimiento, etc., pérdidas y daños a mercancías, avería común, préstamo a la gruesa, remolque y pilotaje, suministros al buque, construcciones y reparaciones, salarios a la tripulación, propiedad o copropiedad del buque impugnadas y, en fin, hipoteca naval o «mortgage»), embargo (inmovilización de un buque con la autorización de la autoridad judicial competente para garantía de un crédito marítimo, pero no para la ejecución de un título), personas (cualquier persona física o jurídica, sociedad de personas o de capitales, los Estados, las Administraciones y los Organismos públicos) y demandante (persona que invoque a su favor la existencia de un crédito marítimo).

En el artículo 2.º se remite al principio de que un buque que navegue bajo pabellón de uno de los Estados contratantes no podrá ser embargado dentro de la jurisdicción de otro, sino en virtud de un crédito marítimo. Con algunas exenciones, se admite (artículo 3.º), que el embargo se realice sobre otro buque perteneciente a la misma persona, aunque no sea a' que se refiere el crédito. No podrá un buque ser embargado más de una vez en la jurisdicción de uno o varios Estados contratantes con respecto al mismo crédito.

La competencia exclusiva de la Autoridad judicial para decretar el embargo se reconoce en el artículo 4.º. Las garantías cuya prestación permite levantar el embargo se regulan en el artículo 5.º, estableciendo que la petición de levantamiento del embargo mediante tales garantías no se podrá interpretar como un reconocimiento de la responsabilidad, ni como una renuncia al beneficio de la limitación legal de la responsabilidad del propietario del buque.

Los artículos 6.º y 7.º determinan en qué casos es competente la Ley del Estado en que se haya operado el embargo. El primero la declara aplicable en las cuestiones relativas a responsabilidad del demandante por daños causados a consecuencia del embargo o por gastos de caución o de garantía para liberarlo, procedimiento de embargo y demás incidentes que en el mismo se susciten. El artículo 7.º se refiere a la competencia para

resolver en el fondo del litigio, bien porque los Tribunales del Estado sean competentes en virtud de la ley interna, bien por tratarse de alguno de estos casos: tener el demandante su residencia habitual o principal establecimiento, haber nacido en ese Estado el crédito marítimo, si el crédito ha nacido en el curso de un viaje durante el cual se ha realizado el embargo, si el crédito proviene de un abordaje, si ha nacido de una asistencia o salvamento y, finalmente, si se halla garantizado por una hipoteca naval o «mortgage» sobre el buque embargado.

Los supuestos en que se aplica este convenio por tratarse de Estados contratantes se hallan determinados en el artículo 8.º, como, asimismo, las normas a seguir si el buque enarbola pabellón de un Estado no contratante.

«Nada de lo que se contiene en el presente convenio deberá ser considerado como constitutivo de un derecho o una acción que fuera de las estipulaciones de este convenio ni existiera de acuerdo con la Ley a aplicar por el Tribunal que conoce el litigio.» (Art. 9.º, pár. 1.º)

El artículo 10 está dedicado a las reservas que en el momento de la ratificación o adhesión pueden hacer las Partes contratantes, y el resto de los artículos hace referencia a la interpretación del convenio, ratificación, entrada en vigor, adhesiones, revisión, denuncia, etc.

B. OBSERVACIONES: 1. El problema más importante que se plantea es la limitación que establece el artículo 2.º en relación con el 1.º: Sólo cabe embargo preventivo de un buque par asegurar un crédito marítimo y es crédito marítimo el así considerado en el artículo 1.º Este precepto va más lejos que todas las reglas vigentes, e incluso tradicionales, sobre limitación de la responsabilidad del naviero y, desde luego, parece significar una derogación en el ámbito marítimo de la amplitud con que nuestro ordenamiento admite el embargo preventivo para el aseguramiento de créditos.

2. Es oportuno indicar que la redacción del convenio no es todo lo clara que convendría; así, por ejemplo, adolece de cierta oscuridad el transcrito párrafo primero del artículo 9.º (R. I.)

DERECHO PROCESAL

1. ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES: INSPECCIÓN: *Se dictan normas por las que se aprueban el Reglamento de Inspección de Tribunales (D. de Justicia 11 diciembre 1953, B. O. 19 diciembre).*

2. ORGANIZACIÓN DE TRIBUNALES: *Se dictan normas por las que se modifican los artículos 16 y 17 del D 28 enero 1951, según nueva redacción dada por D. 11 enero 1952, variando el sistema empleado para cubrir las vacantes producidas en la carrera judicial (D. de Justicia de 12 febrero 1954; B. O. 3 marzo 1954).*

3. **ARANCELES JUDICIALES:** *Se reforman diversos artículos de los Aranceles judiciales aprobados por D. de 19 de octubre de 1951 (Decreto 19 febrero 1954; B. O. del 21 de marzo).*

4. **JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: COMPETENCIA:** *Se modifica la competencia de los Tribunales provinciales de lo Contencioso-administrativo para conocer en única o primera instancia de las demandas que ante ellos se formulen por razón de la cuantía (Ley de 30 marzo 1954; Boletín Oficial del 31).*

El artículo 20 del texto refundido de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 8 de febrero de 1952, quedará redactado, en los siguientes términos:

Los Tribunales provinciales de lo Contencioso administrativo conocerán:

a) En única instancia de las demandas que se formulen contra resoluciones dictadas por Autoridades y Organismos municipales y provinciales, incluso Tribunales Económico-administrativos, y en las que, además de concurrir los requisitos indispensables para ser reclamables en vía contenciosa, se dé alguna de estas tres circunstancias:

1.ª Que la cuantía del asunto que las haya motivado no exceda de 80.000 pesetas.

2.ª Que se refieran a cuestiones de personal, salvo aquellas a que se contrae el apartado b) de este artículo.

3.ª Que hayan sido adoptadas por la Delegación de Hacienda sobre aprobación o modificación de las Ordenanzas de exacciones.

b) En primera instancia de las demandas que impugnen acuerdos pronunciados por las Autoridades a que se hace referencia en el apartado anterior, y que siendo de la índole de los enunciados en sus dos primeras circunstancias afecten a asuntos cuya cuantía sobrepase las 80.000 pesetas o que versen sobre la separación de funcionarios o de empleados públicos inamovibles.

También conocerán en primera instancia los Tribunales provinciales contenciosos de los traslados que les han de efectuar los Presidentes de las Corporaciones locales, en aquellos casos en que suspendan acuerdos de tales Corporaciones que, a su juicio, constituyan infracción manifiesta de las leyes. (R. P.)

OTRAS DISPOSICIONES

1. **COOPERATIVAS: Exenciones fiscales (D. 9 abril 1954; B. O. 1 junio).**

A. **EXPOSICIÓN:** A efectos fiscales se clasifican las cooperativas en pro-

tegidas y excluidas, gozando los primeros de importantes exenciones fiscales.

Las Cooperativas protegidas son las del campo, del mar, de producción, de crédito y de consumo.

Las exenciones que las benefician son por los siguientes conceptos: Derechos reales, bienes de las personas jurídicas, timbre, emisión y negociación de los valores mobiliarios, contribución industrial y de comercio, tarifa 3.ª y número 2.º A) y 3.º, regla 1.ª de la tarifa 2.ª de utilidades, y también recargos provinciales y municipales.

Dichas exenciones nacen de pleno derecho sin necesidad de previa declaración administrativa.

B. COMENTARIOS: La dispersa legislación vigente en materia de exenciones de cooperativas dió lugar a innumerables expedientes debidos a la falta de claridad.

Este confusionismo no fué resuelto por la sustantiva ley de Cooperativas de 2 enero 1942, que se limita a declarar subsistentes las exenciones anteriores.

Para paliar estos inconvenientes se creó por O. 27 enero 1948 una Junta Consultiva del Régimen fiscal de las Cooperativas.

Ahora se mantiene el citado organismo consultivo y se dan disposiciones generales aclaratorias del problema. (J. A.)

2. *Se dictan normas para aplicación de la Ley de 3 de diciembre de 1953 sobre fincas manifiestamente mejorables (Orden Agricultura 31 marzo 1954; B. O. 6 de abril).*

Se refiere esta disposición a los Organismos y Servicios del Ministerio de Agricultura a quienes compete la ejecución de la Ley de Fincas mejorables en su aspecto agrícola y forestal (V. A. D. C., VII. II. pág. 493 y ss.). (J. Ll.)

3. *COLONIZACIÓN DE INTERÉS LOCAL: Se modifica la Ley de 27 de abril de 1946, estableciéndose nuevos auxilios a la iniciativa particular para la mejora de fincas rústicas, en forma de anticipos con interés junto a las subvenciones y anticipos sin interés que ya existían (Ley 30 marzo 1954; Boletín Oficial 1 de abril).*

4. *CÓDIGO PENAL: ELEVACIÓN DE LA CUANTÍA EN ALGUNOS ARTÍCULOS: Se modifica la base económica en diversos preceptos relativos a aplicación de las penas, falsedades, delitos contra la propiedad, faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones y faltas contra la propiedad (Ley 30 marzo 1954; BB. OO. del 31 marzo y 11 mayo. Decreto 14 mayo 1954; B. O. 8 junio).*

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BIGIAMI, W.: «L'imprenditore occulto», Padov, 1954, VIII + 266 páginas.

Publicado al filo de los cincuenta años del autor, después de cinco lustros de intenso y apasionado magisterio universitario, en su más amplio y exacto significado, «L'imprenditore occulto» se nos ofrece, a la vez, como un libro maduro y juvenil, en el que aflora por doquier la impronta inconfundible de su autor, el Prof. Walter BIGIAMI, uno de mis más queridos y admirados maestros en la Universidad de Bolonia.

Maduro, en cuanto significa profundidad, amplitud de visión, dominio de una materia de por sí difícil, escurridiza, compleja; juvenil, en su mismo aire desenvuelto, polémico, no conformista, presentada en un estilo vivo y directo, que, pese a las dificultades del tema, mantiene siempre tensa la atención del lector.

«L'imprenditore occulto» se nos aparece así como un fruto sazonado, logro de la conjunción de una extraordinaria capacidad de trabajo que, íntegramente consagrada al quehacer científico ha hecho posible un número agotador de lecturas, increíblemente al día, y un personal estilo de vida, combatiivo, polémico, exigente, intransigentemente justo hasta las últimas consecuencias, siempre, reflejado ahora, para quien no tuviera ya otras mil pruebas, en sus «Scritti quasi-giuridici in onore di me stesso, complendosi il mio cinquantésimo anno», en su «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 1954, p. 186, sigs.

Tema especialmente grato a su autor, sobre el que ya nos había ofrecido una notable contribución en su «Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.», 1949, página 1, siguientes y en los «Studi in onore di Enrico Redenti», I, Milano, 1951, p. 145, sigs., con el título de «Società occulta e imprenditore occulto», que había de tener una rápida y amplia repercusión en la jurisprudencia de su país, la presente monografía es, como nos recuerda el propio autor, fruto de numerosas «esercitazioni» dirigidas por él en el Istituto di applicazione forense de la Universidad de Bolonia, durante el año académico 1951-52. Allí, en aquellas gratas reuniones de vía Zamboni, tuvimos el privilegio de asistir a la gestación de la que ahora se nos aparece como espléndida monografía, a lo largo de unos coloquios preparados tan hábil como cuidadosamente, en los que el maestro, en franca camaradería con los discípulos impartía no sólo un conjunto de ideas y nociones nuevas pacientemente elaboradas y contrastadas en lo que él gusta de llamar «bancos de pruebas», sino también, y sobre todo, enseñaba con el ejemplo vivo, el método y la honestidad de la investigación.

El autor parte de dos presupuestos fundamentales: la admisibilidad del empresario oculto, sobre la base del ordenamiento italiano vigente y la extrema gravedad de la misma, tanto desde el punto de vista práctico como teórico. Desde el punto de vista práctico, en cuanto permite hacer pagar las deudas de la empresa a quien ha preferido mantenerse en la sombra, esto es, a una persona sobre cuya responsabilidad los terceros no habían contado, a la par que otros terceros, por ejemplo, los acreedores personales del empresario oculto, serían perjudicados; y desde el punto de vista teórico, ya que supone la quiebra total de uno de los principios que, tradicionalmente, habían venido imperando y que ahora es uno de los problemas centrales en el ámbito del nuevo derecho mercantil.

Desde estos presupuestos el autor trata de descubrir el camino que ha llevado a la formulación del principio, investigando si a los fines de la cualificación de empresario, el nuevo legislador italiano exige siempre un elemento formal cual es la utilización del nombre, o se contenta en ciertos casos con un elemento sustancial, como podría ser la efectiva titularidad de la empresa, esto es, trata de ver si en la nueva legislación ha prevalecido un criterio jurídico-formal o un criterio de base económico sustancial.

Para el autor es un principio indiscutible la responsabilidad del socio oculto de una sociedad manifiesta y la posibilidad de que una vez descubierta la existencia de una sociedad oculta pueda declararse su quiebra, aun cuando no hayan sido nunca asumidas obligaciones en su nombre, lo mismo que los socios ocultos de una sociedad oculta. Según el derecho positivo italiano vigente es admisible la figura del empresario oculto, tanto en la hipótesis de sociedad oculta, como en la hipótesis de empresario que actúe a través de un prestanombre no socio, lo que permite sostener que la utilización del propio nombre no es requisito indispensable para obtener la condición de empresario.

El autor, recordando que toda formulación teórica no debe ser apriorística, sino que debe ser precedida, o al menos confirmada, por un análisis desarrollado sin prejuicios prefiere sostener la admisibilidad del empresario oculto en la legislación vigente, partiendo de una solución particular legislativamente cierta para llegar a una solución de carácter general.

El propio Bigiavi sistematiza sus razonamientos de la siguiente forma:

a) Es ciertamente responsable el socio oculto de una sociedad manifiesta, de acuerdo con los artículos 2.267 C. c. y 147, par. 2. 1. fall., cuya *ratio»* lleva como consecuencia inevitable a

b) La responsabilidad del socio oculto de una sociedad oculta, en cuanto que esta solución no difiere en absoluto de la otra, porque también aquí estamos ante una persona que dirige la empresa obligada, importando poco el hecho de que los terceros no contaran con su responsabilidad, por lo que se debe defender la solución más amplia, o sea,

c) Considerar admisible la figura del empresario oculto.

Pero la vinculación a la teoría de la empresa no puede conducirnos por sí sola a la solución propuesta, sirviendo tan sólo para encuadrar la solución, para definir los límites y el alcance y distinguir los supuestos en

examen de otros análogos, excluyendo, por ejemplo, que el prestanombre sea un mandatario común sin representación, y permitiendo cualificarlo, en cambio, como un institor, aunque sea secreto, al que sería aplicable la disciplina del artículo 2.208.

El capítulo II de la obra, de fuerte sabor polémico, está destinado a rebatir las críticas y las objeciones opuestas a la concepción apuntada, especialmente por autores formados bajo el imperio del C. de c. y que no llegaron a reconocer la inspiración, en general, radicalmente opuesta del nuevo Código.

El autor se enfrenta, sobre todo, con la crítica basada en que los artículos 147, par. 2 y 2.267 se refieren tan sólo al socio oculto de una sociedad manifiesta y no al socio (oculto) de una sociedad oculta. Para Biglavi es inaudable que las normas citadas afectan, literalmente, sólo al supuesto del socio oculto de una sociedad manifiesta, pero, que también es cierto, que por analogía las dos normas deben aplicarse en las hipótesis de la sociedad oculta y del empresario oculto, dada la identidad de «ratio». Si el tercer socio de una sociedad que se ha manifestado con dos socios es responsable, responde también el segundo socio de una sociedad oculta, sin que sea relevante el denominado mínimo de apariencia, ni pueda negarse que la sociedad oculta es una sociedad en sentido técnico.

El Capítulo III está destinado a confirmar por el camino de la investigación histórica las conclusiones obtenidas en el capítulo precedente, insistiéndose en que no se puede ni debe afrontar el problema partiendo de concepciones apriorísticas, adoptando según las propias tendencias y prescindiendo del análisis de las normas, o el criterio económico sustancial o el jurídico-formal. El legislador es libre de adoptar uno de los dos criterios, así, mientras el legislador italiano de 1942 ha elegido el primero, el legislador precedente se había orientado en sentido diametralmente opuesto. Ambos sistemas, así como el francés y el alemán, son, estudiados detenidamente, reafirmando la tesis de la admisibilidad, en el ordenamiento jurídico italiano, de la figura del empresario oculto, calificando de tal a quien, permaneciendo oculto entre bastidores, hace ejercer su empresa por un hombre de paja, sin que pueda evitarse asumir tal figura actuando por medio de un mandatario en vez de un institor. La figura del institor secreto es netamente diversa de la del mandatario ordinario sin representación, y sólo cuando haya un institor secreto existe responsabilidad directa frente a terceros de quien no ha aparecido frente al exterior.

También el empresario oculto responde de las deudas de la empresa, de tal forma que si la empresa es comercial también quedará sujeto a quiebra, aun cuando no quede sometido a las reglas formales que presupongan un empresario manifiesto.

Admitida la figura del empresario oculto uno de los problemas más graves es el de la responsabilidad ilimitada y de la quiebra eventual de las personas que tienen el dominio cualificado sobre una sociedad por acciones, y cuya solución positiva implica la apertura de una brecha importante en un principio que parecía fundamental: el de que salvo las excepciones

legislativamente establecidas de modo expreso, el accionista responde solamente dentro de los límites de su aportación. Para el autor el único accionista no puede ser declarado en quiebra directamente sobre la base del artículo 147 l. fall., esto es, como socio ilimitadamente responsable, lo que no excluye evidentemente que pueda ser declarado en quiebra por otro título, como cuando desarrollando una actividad comercial en nombre propio, haya conseguido la calidad de empresario mercantil, como empresario indirecto.

Se analiza el supuesto de la pluralidad de accionistas soberanos, apuntando la confusión de patrimonios como elemento revelador del dominio, mereciendo estudio particularizado la orientación francesa en materia de «*maitre de l'affaire*» social.

Los problemas relativos a la extensión de la quiebra, y en particular la transformación de la quiebra individual en quiebra social y a la quiebra del empresario oculto, son estudiados en el Capítulo IV y en el VII y último capítulo, bajo el epígrafe general «La prospectiva», el autor nos expone su postura personal al enfrentarse con la problemática analizada: el autor ha procurado despojarse de toda concepción y de toda valoración personal apriorística para extraer del derecho positivo vigente la solución en él implícita, haciendo nuevas e interesantes precisiones metodológicas para terminar con unas atinadas observaciones sobre la llamada crisis de la responsabilidad limitada.

Evelio VERDERA

BORBEL SOLER, Antonio María: «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles». Casa Editorial Bosch, Barcelona. 1954, 292 págs.

Prosigue el autor su labor, digna de encomio, de exponer sistemáticamente instituciones concretas y zonas determinadas de nuestro Código civil; labor monográfica que, en gran parte, resta por hacer entre nosotros. Después de la «Nulidad de los actos jurídicos» (1947), «El dominio según el Código civil español» (1948) y «El contrato de compraventa, según el Código civil español» (1952), aparece la que es objeto de la presente recensión (1).

Del título se desprende suficientemente el contenido de la obra. Consta de tres partes, la primera —que es la menos extensa— se dedica a la doctrina del pago, la segunda al incumplimiento de las obligaciones (incumplimiento no imputable, incumplimiento imputable, efectos del incumplimiento, y la doctrina de la mora), y la tercera a las causas de extinción de las obligaciones (ofrecimiento y consignación, pérdida de la cosa debida, condonación, confusión, compensación, novación y prescripción).

Resplandecen en la obra idénticas cualidades y análogos defectos que en las anteriormente mencionadas del propio autor: fidelidad al método exegético y amplio uso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por un lado, ausencia de doctrina científica moderna hasta el punto de no con-

tener cita alguna al pie de página por otro. Concretamente, nos parece que el primer capítulo, dedicado al pago, está poco elaborado: falta toda alusión al problema de la naturaleza jurídica del pago, así como a las formas especiales de pago de las que sólo resulta insuficientemente mencionada la cesión de bienes; es también incompleta la exposición del pago en moneda extranjera. En el capítulo segundo resulta insuficiente el apartado dedicado a los «bienes con que el deudor responde de sus obligaciones», que, además, aparece colocado fuera de lugar, en el capítulo dedicado a la mora. El ofrecimiento de pago y la consignación —que el autor incluye en las causas de extinción de las obligaciones, siguiendo la sistemática del Código civil— hubiera estado mejor acaso en la primera parte. Resulta, por el contrario, bien tratada sistemáticamente la prescripción dentro de las causas de extinción de las obligaciones. En conjunto, sin embargo, el juicio de esta obra no debe ser desfavorable. Lleva censura eclesiástica.

Gabriel GARCIA CANTERO
*Doctor en Derecho, Juez Comarcal,
 Alumno de la Escuela Judicial.*

CASTAN TOBEÑAS, José: «Los derechos de la mujer y la solución judicial de los conflictos conyugales». Discurso leído en la solemne apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1954, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954; 221 páginas.

Si siguiendo la costumbre de abordar en sus discursos de apertura temas de alto interés jurídico y práctico, el ilustre profesor Castán ha escogido para su última disertación un tema de la más acusada actualidad, no sólo en el aspecto propiamente jurídico, sino también en el social, político, moral, familiar, etc. La cuestión de la condición de la mujer ante el Derecho constituye hoy un problema en el ordenamiento jurídico de todos los países. «Nuestra época, dice el culto maestro, presencia un movimiento universal de resurgimiento femenino.» De todas formas, indica después, el problema es viejo y como será difícil darle nuevos horizontes es preferible ofrecer una síntesis clara de sus diversos aspectos. En efecto, con su acostumbrada claridad de sistema y su diáfana exposición, el discurso del profesor Castán nos ofrece, con sencillez, pero con profundidad, una magnífica visión de conjunto del problema de la mujer ante el Ordenamiento jurídico.

El trabajo se divide en cuatro apartados fundamentales: los dos primeros de matiz más bien sociológico y moral, el tercero de carácter netamente jurídico, y el cuarto constitutivo de un estudio completo de Derecho español, en el problema de referencia. Veamos brevemente el contenido de cada uno de los cuatro Apartados del trabajo que nos ocupa.

I. A estudiar «La condición social y jurídica de la mujer» se dedica el

(1) Puede verse en este ANUARIO las reseñas de las obras citadas debidas respectivamente a Abraham Vázquez Sáenz de Hermúa (I-1.º, pág. 164), Manuel Gitrama González (I-2.º, pág. 584) y Gabriel García Cantero (VI-2.º, pág. 525).

primer Apartado. Entiende el profesor Castán que la condición de la mujer viene dada por tres órdenes de factores: factor biológico, factor sociológico y factor religioso y moral. Con respecto al primero analiza las tesis de inferioridad y de igualdad mental de la mujer, describiendo las pruebas (antropológicas e histórico-sociales) que aducen sus partidarios.

Con respecto al segundo (factor sociológico) se fija en las etapas históricas de la condición de la mujer, arrancando en el matriarcado y llegando a la época actual: destaca el importante papel del Cristianismo en la elevación de la mujer y señala las tres clases de feminismo que pueden distinguirse: político, jurídico y económico. Y, por último, dentro del factor moral y religioso, indica que la posición de la Iglesia ante el problema feminista se basa en estos tres puntos: a) Matrimonio indisoluble. b) Igualdad de derechos morales de marido y mujer. c) Autoridad sobre los hijos tanto del padre como de la madre. Todo ello presidido por este superior principio: preponderancia del marido en la sociedad conyugal, preponderancia que, más que poder, entraña tutela y protección a la mujer.

Enfocando luego los postulados del feminismo desde un punto de vista crítico, se pregunta: ¿Es posible y deseable la igualdad jurídica de los sexos? He aquí su respuesta: «...lo cierto es que entre el hombre y la mujer hay diferencias inevitables que imponen algún distinto trato jurídico, siquiera éste haya de caracterizarse casi siempre, en cuanto a la mujer, por la protección que la Ley ha de concederle en todo aquello que lo requieran las condiciones desfavorables que su sexo lleve consigo para la lucha por la vida.»

II. En el apartado segundo («La condición civil de la mujer y el problema de la jefatura familiar»), analiza las distintas posiciones doctrinales y positivas ante la autoridad marital; expone algunos intentos de clasificación de las legislaciones según su postura en relación con la condición de la mujer.

III. El aspecto más jurídico del trabajo lo constituye la parte tercera del mismo, en lo que el señor Castán, al estudiar «La intervención judicial como amparo para la mujer y como medio de solucionar los conflictos conyugales», no se muestra partidario de una excesiva intervención del juez y estima que, cuando ésta proceda, debe corresponder a los Tribunales ordinarios.

IV. En el apartado cuarto nos ofrece el autor un detallado estudio de «La condición jurídico-civil de la mujer española».

Después de fijarse en la trayectoria histórica, en el Código civil y en las modernas tendencias (destacando la progresiva interpretación de la Jurisprudencia), se plantea la decisiva cuestión de la posible reforma legislativa. «Indudablemente, dice, caben y son deseables algunas reformas en orden a los derechos de la mujer. Pero nos parece que nuestra actual situación legislativa y social no es tan injusta con el sexo femenino que reclame tales reformas —salvo en algunos posibles detalles— con caracteres de gran urgencia.» Manifiesta después que la reforma de los textos legales referentes a la condición de la mujer ha de hacerse con sumo cui-

dado, teniendo en cuenta: a) No es aconsejable el sistema de reformas parciales, sino que el problema debe quedar subsumido en el más amplio de la revisión total del C. c. Esta revisión no puede hacerse precipitadamente. c) Por lo cual, de momento, sólo son aconsejables ciertas reformas de detalle, que no afecten al sistema general de nuestro Derecho de Familia. «Sería un poco arriesgado, dice, el querer modificar, de una manera ocasional, aquellos otros preceptos que afectan al régimen matrimonial y, en general, a los principios de organización de la familia, no sólo en las relaciones conyugales, sino también en las paterno-filiales, y de todos modos —continúa— no se pierda de vista que, no ya la elaboración de un Código civil, sino, simplemente, la de una ley especial sobre la situación y derechos de la mujer, no puede ser obra de un día. Habrá que meditar mucho el contenido general de la reforma y el detalle de sus concretas soluciones.»

¡Qué magnífica lección nos ofrece en los párrafos transcritos el profesor Castán! Quien por sus conocimientos y experiencia es indiscutiblemente uno de nuestros más preclaros juristas, adopta y aconseja prudencia en una cuestión tan delicada, y en la que, queramos o no, se ponen en juego los más profundos y arraigados sentimientos que, para nuestra suerte, adornan «todavía» en la familia española.

No negamos que sea necesaria la reforma en algunos puntos concretos, pero, al llevarla a cabo, no olvidemos nunca la pauta de prudencia y ponderación que el ilustre profesor y culto magistrado aconseja.

Sobre todo que no se resuelva de un plumazo y con injustificada precipitación el problema de la condición jurídica de la mujer española.

¡Qué no sea la Ley que adopte las reformas una prueba más de esa «precipitación legislativa» de la que tan lamentables muestras tenemos en la Legislación española!

Carlos MELON INFANTE
Del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

CERRILLO QUILEZ, Francisco: «Manual práctico para la revisión de rentas de fincas rústicas y sus formularios». Editorial Jurídica Española, Barcelona-Madrid s. f. 198 págs.

El conocido especialista en cuestiones arrendaticias y Juez municipal de Barcelona, expone en la presente obrita, con evidente finalidad divulgadora, fundamentalmente los problemas que plantea la facultad de revisión de las rentas de los arrendamientos rústicos establecida en el artículo 7.º de la Ley de 15 de marzo de 1935. De modo sumario se analiza su concepto, naturaleza, fundamento, antecedentes y régimen legal; tras una breve referencia al derecho comparado (Argentina y Cuba) de escaso interés, se insertan hasta quince sentencias del Tribunal Supremo precedidas de sus antecedentes, siendo la última de 12 de abril de 1952, finalizando la obra con extensos formularios y un apéndice con diversos datos estadísticos de interés (por ejemplo, sobre los precios medios y oficiales de los productos agrícolas).

El carácter elemental, ya subrayado, de la obra impide considerar como defecto cierto descuido y penuria en la bibliografía citada. Por ser, sin duda, de fecha anterior no se ha tenido en cuenta la Ley de 17 de julio de 1953 sobre competencia y recursos en materia de arrendamientos rústicos al exponer el aspecto procesal de la cuestión (pág. 52).

Interesará a arrendatarios, aparceros y propietarios y también al profesional.

Gabriel GARCIA CANTERO
*Doctor en Derecho. Juez Comarcal.
 Alumno de la Escuela Judicial*

COLOMBRES, Adolfo E. (h.): «EL REGIMEN MATRIMONIAL DE BIENES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO». (Tucumán, 1953, 184 págs.

No existe plétora de trabajos sobre los efectos patrimoniales del matrimonio en Derecho internacional privado. La razón de esta deficiencia no puede radicar en la falta de interés del tema ni en la sencillez intuitiva de la solución de los problemas que involucra. La diversidad de los regímenes, la variedad de las posibles combinaciones, el carácter anfibio (real y personal) de la estructuración y de sus consecuencias, merecen, por el contrario, el examen especial de la materia. Por añadidura, la internacionalización del matrimonio, sin alcanzar el grado de internacionalización de los negocios, participa del auge de interpenetración que los medios modernos de comunicación han puesto a la disposición de las masas. Es grato, por tanto, al internacionalista saludar la publicación de trabajos como el artículo reciente de Lasala Samper en España y la sólida, clara y completa monografía del profesor argentino, Dr. Colombres, que tenemos a la vista.

Enjuiciando el conjunto de la obra reseñada, apresurémonos a proclamar que merece todos los elogios por las calidades mencionadas y que su aportación al estudio del régimen matrimonial de bienes de la experiencia argentina y de la de los Convenios de Montevideo redundará en beneficio de aquél, a más de constituir, para los europeos, una ventana abierta sobre las tierras, tan frecuentemente y tan injustamente ignotas, de Sudamérica.

Repetimos que la monografía del Dr. Colombres es muy completa y abarca todos los aspectos del tema: Régimen Matrimonial legal, Régimen Matrimonial convencional, Unidad, Inmutabilidad y Extraterritorialidad del Régimen Matrimonial.

Prescindimos del examen de los requisitos de capacidad y de forma, que son los que menos interés tienen en este sector, para limitarnos al análisis de la Ley aplicable a las condiciones de fondo, con especial consideración del derecho argentino y del convencional montevidense.

La tónica general de la evolución de las normas de conflicto parece estar en la eliminación de la autonomía de la voluntad, o sea, en la tendencia a exceptuar los contratos matrimoniales de la normología general que rige los contratos ordinarios, para someterlos a un régimen legal. Esta

tendencia es muy manifiesta en la transición del Convenio de Montevideo de 1889 al de 1940. En el de 1889 el ponente y delegado argentino sostuvo que la autonomía no reconoce más límite que los que el derecho impone a la voluntad de los contrayentes o a la aplicación de las leyes extranjeras. Sin embargo, el artículo 40 admitió tan sólo una autonomía restringida. El Tratado de 1940 al disponer, en su artículo 16, que las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, ha unificado ambas clases de regímenes matrimoniales descartando, en lo que al convencional atañe, la aplicación de la ley general de los contratos.

En el Derecho argentino, los dos artículos interesantes son los 5.º y 6.º de la Ley de Matrimonio Civil que sustituyeron a los 162 y 163 del Código de Vélez Sarsfield. Hay varias sugerencias y proyectos de cambio de dichos artículos.

El autor muestra que la incertidumbre sobre si la ley del lugar del matrimonio o la del domicilio matrimonial debe arbitrar el régimen mobiliario de los contratos matrimoniales se origina en una interpretación errónea de los textos de Story y del Código de Luisiana, fuentes citadas por Sarsfield para los suscomentados artículos, que inspiraron a su vez los de la actual Ley de Matrimonio. El autor enseña claramente que si, en lo tocante a los inmuebles, la *lex rei sitae* impera tanto en el sistema Story como en la copia argentina, en cuanto a los muebles, Story pregonaba, en defecto de contrato expreso, la ley del domicilio matrimonial, que también es el criterio del artículo 2.370 del Código de Luisiana, que no hace ninguna referencia a la ley del lugar de celebración del matrimonio. Por tanto, la controversia del derecho argentino debe solventarse a favor de la ley del domicilio matrimonial y debe suponerse que Vélez Sarsfield no expresó claramente su pensamiento.

Las conclusiones generales resumen las posiciones del autor tanto en el derecho científico comparado como en el derecho positivo argentino. Como apreciación general afirma que el criterio científico que impera en las soluciones del Tratado de Montevideo es el que mejor considera y satisface las exigencias de la técnica actual del Derecho Internacional Privado.

J. G. V.

DE FRANCISCI, Pietro: «Síntesis histórica del Derecho romano». Madrid, 1954. Editorial Revista de Derecho Privado. XXIX + 317 págs.

En el presente año, los romanistas de todo el mundo rendirán un homenaje a Pietro de Francischi, catedrático de la Universidad de Roma, con motivo de cumplir el cuarenta aniversario de su dedicación a la enseñanza.

La publicación en lengua española, de la «Sintesi storica del Diritto romano», representa uno de los modos a través de los cuales la romanística hispana manifiesta su devoción al insigne maestro italiano.

Tal como señala Ursicino Alvarez, en el magnífico prólogo a esta edi-

ción castellana, «los juristas españoles, que ya le habían admirado en sus lecturas, tuvieron ocasión de contrastar, frente a la presencia física de su gran personalidad, la autenticidad de su valía, en las conferencias que en el año 1949 pronunció en diversos Centros culturales de Barcelona, Madrid y Valladolid».

Hoy, como ayer —cuando apareció la edición italiana—, hemos de subrayar que la preocupación fundamental del autor ha sido la de penetrar en la hondura del alma romana, para descubrir la raíz íntima «de aquel sistema que, con su técnica y su sabiduría, constituyó uno de los elementos esenciales de la herencia dejada por Roma al mundo moderno».

Por verdad que este libro nos brinda una visión entrañable de la historia del Derecho romano. Con finura de estilo y dominio del arte histórico, se logra exponer aquí la íntima concordia de los varios aspectos del ordenamiento jurídico romano. Gracia de aire universal —humanista— tiene la obra de De Francisci, y, por lo mismo, supera las notas que caracterizan a los manuales hoy al uso.

La parte dedicada al Derecho privado, al procedimiento civil y al Derecho penal es breve, pero enjundiosa y atrayente. El meollo del libro está constituido por el estudio del Derecho público y de las fuentes del Derecho. Especial interés ofrecen las páginas consagradas —y viene bien la palabra por la devoción con que la cuestión es tratada— a ese fenómeno histórico-jurídico de tan difícil definición que se llama el Principado.

La obra se cierra con el examen de los varios problemas jurídicos del Bajo Imperio, señalándose con justeza admirable las variaciones o transformaciones del Derecho privado en la etapa final de su historia.

La historia de Roma, nos dijo Mommsen, es la historia de su Derecho. En ningún pueblo, nos dirá De Francisci, se presenta el elemento jurídico con el relieve que se ofrece en la civilización romana. Mas esta singular posición de semejante elemento no puede ser comprendida si no se tiene en cuenta la preeminencia de los valores políticos.

Preceptos religiosos, normas éticas y principios jurídicos sólo significan el desarrollo de un tema dominante: el de las relaciones entre los hombres. El esfuerzo continuo se dirige a su reglamentación; el fin primero se traduce en una disciplina que provee a la común elevación. Desde la *civitas* a Italia y desde Italia al Imperio, política y Derecho ~~laoran~~ ~~con~~ consuno. La sabiduría ordenadora de Roma tropieza con dificultades siempre crecientes y con problemas cada vez mayores, pero no conoce ni la indecisión ni el descanso.

El tratamiento sintético, la representación viva y animada de una historia tan larga y tan vasta, es uno de los logros más afortunados de la obra.

Investigadores históricos —dijo alguien— puede haberlos en todo momento, pero historiadores sólo los hay cuando Dios se sirve concederlos. El historiador es, para fortuna nuestra, Pietro De Francisci.

Juan IGLESIAS
Catedrático de Derecho Romano
en la Universidad de Madrid.

GARDO, José: «Transformación de Sociedades». J. Montesó, Editor. Barcelona, 1954; 288 páginas.

El autor, conocido publicista, ha ofrecido ya a los estudiosos numerosas obras de divulgación guiadas por un sentido fundamentalmente práctico.

La que reseñamos, utilísima para los profesionales, se enfrenta con los problemas contables y jurídico-fiscales que lleva consigo toda transformación de sociedad. En un plano vulgarizador, sin que por ello omita las necesarias remisiones a los textos legales vigentes, sigue, con un ejemplo, las sucesivas transformaciones desde una empresa individual hasta su transformación en Sociedad Anónima, pasando por regular colectiva, comanditaria y limitada. En cada una de estas etapas, que considera como progresivo desarrollo de la empresa primera, analiza las distintas cuestiones que se derivan de su nacimiento, vida y disolución y lo que es más importante el paso de una a otra forma social.

A continuación, y dentro ya de las Sociedades anónimas, estudia la emisión de obligaciones (Capítulo VII), el aspecto tributario de las mismas (Capítulo VIII), la creación de una filial (Capítulo IX), la absorción de otra sociedad (Capítulo X), las alteraciones de capital (Capítulo XI) y, por último, la liquidación de la sociedad anónima (Capítulo XII).

Dedica el Capítulo XIII al examen de las cooperativas obreras y el último, el XIV, a un ejercicio práctico al que da la solución adecuada.

Consecuente con la finalidad práctica de la obra, al final de la misma figura un índice de modelos con remisión a las páginas del texto donde se han tratado los distintos supuestos.

J. H. C.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: «La sentencia administrativa. su impugnación y efectos» Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.

Inaugura el Instituto de Estudios Políticos la colección «Estudios de Administración» con la publicación de este libro, obra de uno de los más dinámicos miembros del grupo ejemplar que, a través y al lado de la Revista de Administración Pública ha puesto a España en la mejor línea en los estudios de Derecho Administrativo.

A pesar del título, el libro trata también de la naturaleza y método del Derecho Procesal Administrativo y estado de esta ciencia en España, y del texto de la Ley de lo contencioso y su posible reforma. Sobre la sentencia hace un estudio completo de su régimen y, muy particularmente, de su impugnación (recursos, apelación, nulidad de actuaciones, revisión, audiencia al rebelde) y efectos (jurídico-materiales. cosa juzgada. ejecución); dentro de los efectos de la sentencia trata también de las costas y del beneficio de pobreza.

Este libro viene constituido en parte por una recopilación de trabajos del autor ya publicados y, en gran parte, por trabajos inéditos, todos ellos realizados con la idea, proclamada en el prólogo de la obra, de realizar un

tratado de Derecho procesal administrativo. El autor parte de la idea de que el Derecho procesal administrativo es una rama del Derecho procesal por lo que le conviene la técnica procesal; manifestándose su discípulo, aplica en el estudio del proceso contencioso el sistema de ideas del profesor Guasp; no tiene duda de que este enfoque del recurso contencioso administrativo tiene resultados que aventajan a los obtenidos tradicionalmente por los administrativistas; en este aspecto el autor sigue la tendencia ya apuntada por los procesalistas y por algún administrativista.

El libro resulta de clara redacción y fácil lectura. Aborda los temas en forma desusadamente valiente: así al pedir la competencia técnica específica de los componentes de los órganos jurisdiccionales (pág. 58 y ss.), al proclamar la triste realidad práctica en cuanto al tratamiento jurídico de los requisitos procesales (págs. 66 y 67) o al preconizar, en cuanto a la ejecución de sentencias, «que, cuando todos los resortes legales fallen y en un plazo prudencial no sea logrado el cumplimiento de lo dispuesto en el fallo, se incoen los oportunos sumarios por desobediencia a los mandatos del Tribunal contra aquellos funcionarios culpables de la inejecución» (páginas 76 y 77).

Manuel PEÑA

International Chamber of Commerce: «Incoterms 1953» (International rules for the interpretation, of trade terms). Paris, 1953.

A la hora de hacer un balance de la actividad desarrollada en favor de la uniformidad internacional de las normas mercantiles, no puede silenciarse el esfuerzo realizado por la Cámara de Comercio Internacional. Fundada en 1919, esa Cámara ha constituido en todo momento un órgano eficaz de protección y desarrollo de la actividad económica internacional y cuenta en la actualidad con un prestigio bien ganado por su meritoria obra en la esfera de los intereses mercantiles universales. No puede afirmarse que su labor se agote en aquella función normativa, ni siquiera que sea la principal, pero es evidente que a esa organización privada se debe la iniciativa o una contribución decisiva en la redacción de buen número de Reglas mercantiles internacionales. Y esta obra, en cualquier caso valiosa, lo es muy especialmente cuando ha sido presidida por un noble deseo de resolver los conflictos que la práctica ofrece interpretando de la mejor manera posible la realidad viva del tráfico mercantil.

Las «Reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales» (Incoterms), publicadas en 1936 y revisadas en 1953 para adaptarlas a las prácticas actuales, constituyen una de las muestras más interesantes de aquella actividad. Las numerosas cláusulas o términos comerciales que constantemente nos ofrece la práctica mercantil, plantean abundantes dudas acerca de su alcance y significación. Con más o menos justificación, el legislador ha prestado muy escasa atención a definir el contenido propio de esas cláusulas, y la obra realizada por la jurisprudencia de

los distintos países no parece suficiente para configurar un sistema normativo que permita una cierta seguridad en la contratación. Aun reconociendo el valor de la interpretación judicial, siempre habrá que tener en cuenta el carácter limitado de esa jurisprudencia y el problema que presenta para el comercio internacional la variedad de criterios seguidos en los distintos países. No se puede pretender, y hasta incluso sería poco aconsejable a la necesaria flexibilidad del tráfico, una regulación total de las abundantes cláusulas que la práctica ofrece, pero algunas de ellas tienen una significación tan amplia y han alcanzado un grado de desarrollo tan elevado, que plantean la necesidad o conveniencia de un régimen normativo adecuado.

Interesada en esta cuestión, la Cámara de Comercio Internacional ha publicado nuevamente las Reglas para la interpretación de los términos comerciales. Las «Incoterms» —como se dice en la Introducción a las mismas— tienen por objeto establecer una serie de Reglas internacionales de carácter facultativo que precisen la interpretación de los principales términos utilizados en los contratos de venta con el extranjero. Están destinadas a los hombres de negocios que prefieren la certidumbre de reglas internacionales uniformes a la incertidumbre que entraña la diversidad de interpretaciones dadas a los mismos términos en los diferentes países. Redactadas con un claro sentido práctico, estas Reglas definen fundamentalmente las obligaciones de las partes cuando en el contrato se utiliza alguna de las cláusulas o términos a que se presta atención. Son estos términos —empleando su denominación en el texto original en inglés— las siguientes: Ex Works (ex factory, ex mill, ex plantation, ex warehouse, etc.); F. O. R. - F. O. T. (free on rail, free on truck); F. A. S. (free alongside ship); F. O. B. (free on board); C. E. (cost and freight); C. I. F. (cost, insurance, freight); Freight or Carriage Paid to...; Ex Ship...; y Ex Quay (duty paid...).

En general, las Reglas incorporan «las prácticas más corrientes del comercio internacional» y están inspiradas en un acertado criterio de flexibilidad y respeto hacia la voluntad de los contratantes. Sólo se aplican cuando éstos estipulen expresamente que el contrato se regirá por las disposiciones de las «Incoterms 1953», y aun en este supuesto, se facilita su aplicación, permitiendo que las partes introduzcan ciertas modificaciones o adiciones «en la medida en que las necesidades de su comercio, las circunstancias o su comodidad personal», lo requieran. En este sentido, las Reglas vienen a constituir como una serie de contratos-tipo de carácter general, susceptibles de adaptación a cada caso concreto, que deciden, con mayor o menor amplitud, las cuestiones fundamentales que pueden presentarse en el campo concreto de las obligaciones de uno y otro contratante.

Este es, a nuestro juicio, su mérito y también su limitación. La eficacia de esta labor depende, en definitiva, de la difusión que alcance su utilización en el tráfico. Ese procedimiento de aplicación de las normas ha dado muy buenos resultados en otras Reglas redactadas también para el comercio internacional, pero hasta el presente no parece que pueda hacerse una

afirmación semejante para las «Incoterms». Es de esperar que la revisión de las mismas, que ahora publica la Cámara de Comercio Internacional en inglés y francés, sea objeto de una mayor consideración en la contratación que se realiza acudiendo a estas cláusulas o términos. Con ello ganará en seguridad esa contratación y se dará un buen paso hacia la fijación y unificación de los usos mercantiles internacionales en esta materia de tan progresivo desarrollo en el comercio interior e internacional.

Aurelio MENENDEZ

LASALA SAMPER, José María de: «El Régimen matrimonial de bienes. Derecho Internacional Privado e Interregional (Doctrina científica, Tratados internacionales, Legislación Comparada y Sistema positivo español)». Barcelona, Bosch 1954, 312 páginas.

Existe una enorme diversidad legislativa en la materia de regímenes económicos del matrimonio (sistemas de absorción, de separación, de comunidad de administración, de comunidad universal, etc.). Hay, asimismo, gran variedad de soluciones en orden a la libertad de estipulación, al régimen legal, a la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales... Por ello se comprende fácilmente que han de ser necesariamente complejos los conflictos que se produzcan en esta materia en el Derecho Internacional Privado, y lo propio sucede en el Derecho Interregional.

El autor de esta tesis doctoral centra su atención en el estudio del llamado «conflicto móvil», estudiando dos aspectos: la inmutabilidad del régimen económico legal supletorio ante el mero cambio de estatuto (por ejemplo, por cambio de domicilio o nacionalidad del marido, y la inmutabilidad del régimen económico matrimonial legal ya establecido frente a la regla interna de la nueva Ley personal que prohíba o permita modificaciones posteriores al matrimonio.

Ambas cuestiones, especialmente la primera, aparecen exhaustivamente tratadas, en sus aspectos doctrinal (arrancando sobre todo desde la «*ve-nata quaestio*» entre Dumoulin y D'Argentrè) y positivo (con una muy completa exposición de las reglas de conflicto contenidas en los cuerpos legales más recientes, tratados internacionales, proyectos legislativos de interés) finalizando con una síntesis crítica, y exponiendo también la solución que el autor estima más adecuada en nuestro Derecho.

Para el civilista, la presente tesis doctoral ofrece un doble interés. Genérico y, por tanto, algo difusamente porque, como ha escrito Niboyet, el Derecho Internacional Privado es todavía un Derecho más nacional que internacional. Más concretamente, por la luz que arroja sobre puntos hasta ahora poco estudiados de nuestro Código civil (artículos 9 y 1.325. Ver esp. págs. 73-80, 160-168, 204-270, 286-291).

Felicitemos al Dr. Lasala Samper por su excelente tesis doctoral, al par que esperamos nuevos frutos de su dedicación al Derecho Internacional Privado.

La obra lleva un prólogo del Catedrático de Derecho Internacional don José Yanguas Messia.

Gabriel GARCIA CANTERO
*Doctor en Derecho. Juez Comarcal.
 Alumno de la Escuela Judicial.*

«LAS CAUSAS MATRIMONIALES». (Trabajos de la cuarta Semana de Derecho Canónico celebrada en el Monasterio de Nuestra Señora de Montserrat.) Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto «San Raimundo de Peñafort». Salamanca, 1953; 570 páginas.

El esfuerzo aunado de un grupo de ilustres canonistas, religiosos, eclesiásticos y seculares, en el seno del Instituto San Raimundo de Peñafort del C. S. de I. C., ha logrado levantar en pocos años el nivel de los estudios de Derecho Canónico en España a un grado elevado del que son exponentes una revista periódica (1) y las Semanas anuales que con creciente éxito vienen celebrándose con la participación también de doctos canonistas extranjeros. Ahora que la institución matrimonial se ha puesto de actualidad con la firma del reciente Concordato con la Santa Sede, no parece inoportuno hacer la reseña del volumen que contiene los trabajos presentados a la IV de dichas Semanas en torno al interesante tema de las «Causas Matrimoniales», en el que confluyen por igual la atención del civilista y del cultivador del Derecho Canónico; tema en el que —como acertadamente se dice en el prólogo— están interesados también los valores más fundamentales de la sociedad de nuestro tiempo.

La obra que reseñamos no constituye «un Tratado de Derecho Matrimonial sustantivo», sino que está enfocada preferentemente desde un punto de vista procesal, aludiendo particularmente a la jurisprudencia del Tribunal de la Rota. De aquí deriva su indiscutible utilidad práctica y orientadora, pues no siempre es posible encontrar, en esta materia, una bibliografía adecuada.

De los veintidos trabajos que se contienen, no todos presentan el mismo interés; unos son exclusivamente de índole procesal, como el del M. I. señor don Antonio Ariño Alafont, sobre la «Naturaleza y características de las causas matrimoniales» (del que, no obstante, deben citarse: la relación de fuentes legislativas y los grados de apelación de las causas matrimoniales de nulidad), el del M. I. Sr. D. Antonio Albares sobre «Organos competentes jurisdiccionales» (del que merecen citarse sus indicaciones acerca de la competencia de la Iglesia católica en la regulación de los matrimonios mixtos —punto del que se ocupa el Concordato— y la fundamentación de la competencia del estado en el matrimonio de los no bautizados), el del Ilmo. Sr. D. Claudio Pérez de Heredia y Mutiloa, Fiscal del Tribunal de la Rota Española, «El Fiscal en las causas matrimoniales».

(1) Nos referimos a la «Revista Española de Derecho Canónico», trimestral, y que va por el octavo año de publicación.

el del Ilmo. Sr. D. León del Amo y Pachón, Defensor del Vínculo en el mismo Tribunal, que estudia igualmente «El defensor del Vínculo en las causas matrimoniales», el del abogado rotal romano Ilmo. Sr. D. Fernando Della Rocca, acerca de «L'introduzione della causa di nullità del matrimonio» (interesantísimo por otra partes, pues se ocupa de la demanda y de la contestación en las causas de nulidad), el del Decano de la Facultad salmanticense de Derecho Canónico M. R. P. Marcelino Cabrerros de Anta, que estudia «La intervención de tercero en las causas matrimoniales», el del Excmo. Sr. D. Lorenzo Miguelez, Decano de la Rota española, sobre «La restitutio in integrum y la revisión de las causas matrimoniales» (que constiuye un retoque del publicado por su autor en la REDC, 1949, páginas 359-382). Algún otro, como el de Lefebvre, y el de Denis, catedráticos ambos de la Facultad de Derecho Canónico de París, tocan aspectos muy particulares y concretos que apenas si tienen interés general. De los demás daremos una sucinta indicación en las líneas que siguen.

TIBAU, Narciso: «Nulidad del matrimonio por ignorancia de la sustancia del mismo», págs. 187 a 201.

Al matrimonio hay que llegar con conocimiento del mismo, pues de otro modo difícilmente puede decirse que se ha otorgado el consentimiento para contraerlo (*nihil volitum quin praecognitum*); esta enseñanza, este «*maturius iudicium*» es proporcionado al hombre en gran parte de una manera espontánea (por el instinto sexual, la vida misma, la educación), por ello el canon 1082 dice que después de la pubertad se presume que todos conocen que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para procrear hijos. Pero esta presunción admite prueba en contrario. La práctica demuestra que el mayor número de estos casos se presentan en sujetos con alguna anormalidad, pero no cabe excluir tampoco a personas normales con una educación deficiente. El autor da algunas normas para valorar las pruebas en esta clase de juicios (confesión —que no es de suyo apta para constituir prueba contra la validez del matrimonio—; testifical —útil, pero peligrosa—; documental y pericial). La mayor dificultad que presentan estas causas estriba en la interpretación del canon 1.082, párrafo primero, en relación con el 1.081, párrafo segundo. La mayoría de los autores está a favor de la opinión que niega a la cópula conocida y querida su condición de elemento esencial para el consentimiento matrimonial; otros entienden —y a ellos se adhiere el autor— que la cópula en el sentido de unión carnal sexual de los cónyuges pertenece a la esencia del consentimiento, y ha de ser también conocida explícitamente para que contraigan válidamente. La Sagrada Rota sigue, hasta ahora, la primera orientación. Como conclusiones prácticas y a fin de evitar en el futuro la incoación de causas de nulidad matrimonial por ignorancia de la sustancia, sugiere el autor que en el expediente matrimonial se introduzca alguna pregunta explícita sobre la sustancia del mismo.

CARNERO, Gonzalo: «Nulidad por error acerca de la persona o de sus cualidades», págs. 205 a 232.

Esta materia se encuentra muy confusamente tratada en las obras de los canonistas antiguos, y sus oscuridades todavía dificultan su comprensión actual, no obstante, la simplificación obrada por el Codex. Del error sobre la persona trata la primera parte del canon 1.083: «Error circa personam invalidum reddit matrimonium», el autor distingue dos casos: que la persona sea físicamente conocida por el otro contrayente, o que no lo sea; en el primer caso no puede haber error en la persona más que tratándose de un ciego, o contrayendo en la oscuridad o por procurador; en el segundo es más frecuente la producción del error. En la segunda parte del canon 1.083 se dispone que el error acerca de las cualidades de la persona invalida el matrimonio cuando redunde en error acerca de la persona misma; Santo Tomás, el P. Sánchez y San Alfonso María de Ligorio han dado diversas reglas para saber cuando el error «circa qualitatem» redunde en error «circa personam». El autor opina que se trata de una mera modalidad del error sobre la persona, a saber, cuando no siendo conocida anteriormente de un modo físico, es identificada por una cualidad personal. Interesantes y numerosas decisiones rotales ilustran en este trabajo, que concluye con una referencia al error sobre la condición servil de escasa aplicación práctica.

BLANCO, Celestino: «Nulidad por error acerca de las propiedades del matrimonio o de su validez», págs. 245 a 263.

Se trata de dos cuestiones distintas cuyo derecho sustantivo se encuentra en los cánones 1.084 y 1.085. Según el primero «el simple error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio no vicia el consentimiento matrimonial, aunque dicho error sea causa del contrato». Hay que distinguir, por tanto, entre el simple error, acto del entendimiento en disconformidad con la realidad objetiva, y el error que lleva consigo un acto positivo de la voluntad, en fuerza del cual se excluyen todas o algunas de las propiedades del matrimonio; este último anula el consentimiento, pero no así el primero. Según un texto clásico de Benedicto XIV, confirmado por múltiples decisiones de la Santa Sede, se establece una presunción de derecho a favor de la firmeza del vínculo matrimonial, no obstante, el error de los contrayentes. Como norma práctica, dadas las especiales dificultades de esta clase de causas, expone con detalle la denominada «deductio voluntatis in pactum». La segunda de las cuestiones tratadas se centra en el canon 1.085, conforme al cual «la certeza o la opinión de que va a ser nulo el matrimonio no excluye por necesidad el consentimiento matrimonial»; prácticamente se da este caso cuando alguien contrae civilmente con el exclusivo fin de llenar una formalidad; en nuestra Patria se ha planteado el caso a propósito de los contraídos durante la guerra civil, existiendo una

respuesta de la Santa Sede a una consulta del Vicario General de Taragona.

PRIETO LOPEZ, Ildefonso: «Nulidad por exclusión total del matrimonio o del «*bonum prolis*», págs. 267 a 286.

La exclusión total del matrimonio equivale a la simulación, y puede ser triple: sin intención de contraer; con intención de contraer, pero sin intención de tomar las obligaciones esenciales del matrimonio; con intención de contraer y de asumir las obligaciones esenciales, pero sin intención de cumplirlas. En el primer caso hay simulación total, en los demás simulación parcial. La primera hace nulo al matrimonio y exige que el objeto de la determinación de la voluntad sea el mismo contrato matrimonial, y que externamente, sin embargo, el contrayente dé su consentimiento. La simulación debe probarse, así como la causa de simular (que puede ser, por ejemplo, el deseo de las riquezas del otro cónyuge, el miedo, amar a otra persona, etc.). La exclusión del «*bonum prolis*» es una de las formas que suelen llamarse, quizá con alguna impropiedad, «simulación parcial»; en esta clase de causas matrimoniales toda la dificultad radica en la prueba plena de los siguientes extremos: 1.º, el acto positivo de la voluntad por el que el contrayente excluyó el «*bonum prolis*»; 2.º, la exclusión del «*bonum prolis*» en cuanto exclusión del derecho al acto conyugal o negación de las obligaciones esenciales en orden a la procreación. El autor estudia con detalle los diversos supuestos que pueden darse: exclusión por pacto, por condición de futuro, exclusión perpetua sin pacto ni condición expresa, exclusión limitada, exclusión con fin honesto, continencia periódica.

MANABICUA, Eliseo de: «Nulidad por exclusión de la unidad o de la indisolubilidad», págs. 303 a 329.

Este trabajo es una continuación del anterior, y por ello algunos conceptos generales se repiten. En la nulidad por exclusión de la unidad el punto neurálgico estriba en la distinción entre el ánimo de excluir el derecho y el de abusar o violarlo; es muy difícil —dicen las sentencias rotales— que se pruebe la exclusión del derecho si no ha habido condición o, principalmente, pacto. De hecho, recogiendo las sentencias de la Rota Romana de 1909 a 1950, encontramos 48 causas en que se aduce la exclusión de la unidad; en 42 ha sido rechazada esta raíz de la nulidad. La presunción general es que mientras no se pruebe lo contrario, se ha intentado el abuso, y que, por lo tanto, el consentimiento es válido. La exclusión de la indisolubilidad tiene una mayor importancia procesal que la exclusión de la unidad. A partir de 1909 la Rota Romana ha dictado 228 sentencias en causas en que se agitaba este principio de nulidad, afir-

mándola en 68 (de ellas, 12 en concurrencia con otras causas), y negándola en 162. Debe distinguirse la «voluntas divorciandi» y la voluntad de contraer un matrimonio soluble; no suele darse la primera, sino la segunda, y ambas anulan el matrimonio; el error acerca de la indisolubilidad (frecuentísimo por la legislación civil en países acatólicos, y aun en los católicos por análogo motivo) es irrelevante. Finaliza el trabajo con algunas consideraciones sobre el aspecto probatorio.

RODRIGUEZ, José: «Nulidad por miedo grave», págs. 333 a 365.

Entre las causas de nulidad de matrimonio tramitadas por los tribunales eclesiásticos ocupan el primer lugar por su número las de nulidad por el capítulo del miedo (en 1950, más de la tercera parte de las falladas por la Rota Romana). El autor estudia por separado el miedo común y el reverencial. Para que el miedo invalide el matrimonio (canon 1.087) se requiere: 1.º, que sea grave, absoluta o relativamente, o que el contrayente lo perciba como inminente para sí o sus allegados, de suerte que esté persuadido de que no le queda otro remedio para evitar el mal que contraer aun contra su voluntad el matrimonio; se consideran graves: la muerte, mutilación, reclusión en una cárcel, convento o colegio, destierro, desheredación; no suele tenerse por grave la amenaza de suicidarse por parte del hombre; pero no es posible dar reglas universales. 2.º, que sea injusto, bien en cuanto a la sustancia cuando el autor del miedo no tiene derecho a inferir el mal ni a exigir el matrimonio, bien en cuanto al modo, si tiene derecho a infundir el miedo y a exigir el matrimonio, pero no en la forma en que lo hace. 3.º, que proceda «ab extrinseco», es decir, que la persona que causa el miedo es distinta del que lo padece. 4.º, que sea, finalmente, indeclinable, es decir, que ejerza tan influjo en la voluntad del amedrentado que, para librarse de él, se vea obligado a elegir el matrimonio. El autor examina luego la prueba directa, o de la coacción, y la indirecta, llamada de la aversión, analizando algunos supuestos. Finalmente, hace aplicación de la doctrina general el miedo reverencial que es un miedo cualificado por la situación de dependencia entre el que lo sufre y el que lo infunde al propio tiempo que por el temor de incurrir en su desagrado, si se contrarían sus pretensiones.

LAMAS LAURIDO, Ramón: «Nulidad por condición de pasado o de presente, puesta y no cumplida», págs. 369 a 392.

En el presente trabajo, el ilustre profesor de Derecho Canónico de Valencia se aparta de la tónica de los restantes semanistas, al dar a la parte sustantiva mayor extensión que a la procesal.

En contra de las soluciones admitidas casi unánimemente en el derecho civil comparado, el Codex admite en el canon 1092 el matrimonio condicional: «La condición, una vez puesta y no revocada: 1.º, si versa

acerca de un hecho futuro y es necesaria, imposible o torpe, pero no contra la substancias del matrimonio, se ha de tener por no puesta; 2.º, si se refiere a un hecho futuro contra la substancia del matrimonio, la condición lo hace inválido; 3.º, si versa acerca de un hecho futuro y es lícita, se ha de tener por no puesta; 4.º, si acerca de un hecho pasado o presente, el matrimonio será válido o inválido, según que exista o no lo que es objeto de la condición. ¿Por qué la Iglesia no ha seguido la corriente general? Hay que excluir, desde luego, un proceder a la ligera, o una imposibilidad; el bien de las almas, el no aumentar las causas de nulidad movieron al legislador eclesiástico a admitir el matrimonio condicional; pero de aquí no debe inducirse que la Iglesia favorezca tales matrimonios.

Acepta como definición de la condición la siguiente: «un acontecimiento futuro e incierto de cuya verificación pende la eficacia de una declaración de voluntad»; estudia luego los problemas que plantean el canon antes transcrito, y las diferencias que separan a la condición auténtica y el error de cualidad, la causa, la «demonstratio», el modo y el término. En el fuero externo es de difícil prueba el hecho de haber puesto una condición, excepto el caso en que se hubiese hecho tal oposición ante el párroco y los testigos en el acto de la celebración del matrimonio; es de tener en cuenta además: 1.º, que la condición no se presume jamás; 2.º, que no se requiere comunicación de la condición a la otra parte, ni tampoco que sea «in pactum deducta».

FERNANDEZ REGATILLO, Eduardo: «Nulidad de matrimonio por defectos de forma», págs. 395 a 429.

El docto Decano de la Facultad de Derecho Canónico de Comillas, con su habitual claridad y profundidad, separa la forma canónica de la litúrgica, y en la primera, la forma sustancial que comprende las solemnidades requeridas para la validez del matrimonio. Según la disciplina vigente en el Codex (cánones 1.094-1.095) la forma sustancial ordinaria consiste en que el matrimonio se celebre ante el párroco o el Ordinario del lugar, o un sacerdote delegado, por uno u otro, y, además, ante dos testigos. Los frecuentes casos de nulidad por defecto de forma, provienen, según la experiencia ha enseñado al autor, de una delegación defectuosa en el sacerdote que asiste al matrimonio; de aquí que esta materia esté tratada exhaustivamente. El P. Regatillo, con amplísima documentación, sostiene—frente a la mayoría de los autores, y aún del parecer de la misma Rota—que para la validez y eficacia de tal delegación no se necesita, ni su noticia ni su aceptación. En cuanto a la forma extraordinaria (ante dos solos testigos), el autor hace una aplicación a los matrimonios contraídos durante nuestra guerra civil en territorio dominado por los rojos, utilizando la forma civil, pronunciándose por su validez canónica, en términos generales, por concurrir las circunstancias exigidas por el Codex para la aplicación de la forma extraordinaria. En un apartado final se ocupa de los matrimonios meramente civiles contraídos durante la segunda República, que son

válidos, en general, para la legislación civil, y simples concubinatos para el Derecho canónico, siempre que los contrayentes no hubiesen al propio tiempo contraído ante la Iglesia; para resolver los problemas de conciencia que a muchos angustian, propone una ley de divorcio civil de tales matrimonios.

PRIETO LOPEZ, Ildelfonso: «Nullidad por impotencia»; págs. 433 a 465.

Pone de relieve el autor la abundancia de resoluciones rotales en esta materia que le sirven para exponer el concepto de cópula conyugal y en relación con él, el de impotencia, analizando los requisitos exigidos en el canon 1.068 para dirimir el matrimonio; estudia, luego, diferentes supuestos de impotencia del varón y de la mujer, dedicando la última parte de su trabajo al aspecto procesal, de importancia capital, de estas causas.

BAUCELLS SERRA, Ramón: «De matrimonii inconsumatione et de processu super rato»; págs. 469 a 488.

El canon 1.119, dice: «El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y otra que no lo está, se disuelve tanto por disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga.» Este trabajo—escrito en latín—consta de dos partes: en la primera se trata de la inconsumación del matrimonio en la segunda del proceso «super rato». Dado el carácter excepcional del canon 1.119, se comprende que normalmente sea la Sede Apostólica, por medio de la S. Congregación de Sacramentos, la que conceda esta dispensa, si bien puede remitir el conocimiento de la causa a la Rota Romana. A esta clase de causas se llega de dos maneras: directamente, cuando los interesados la plantean en estos términos; indirectamente, cuando se ha incoado una causa por impotencia u otra causa, y el Tribunal advierte que puede haber suficiente base para la dispensa «super rato».

CASTAÑEDA DELGADO, Eudoxio: «Nullidad por vicio de consentimiento»; págs. 491 a 535.

En este trabajo se estudia solamente la nulidad por enfermedad mental. El autor llega a las siguientes conclusiones: 1.º Ante la falta de un tecnicismo único y de una clasificación científica de las enfermedades mentales, la Rota conserva la antigua división genérica de demencia «natural» y «accidental», en la que incluye todos los tipos de enfermedad mental; también conserva el concepto específico de «demencia o locura parcial». 2.º Al tratar de establecer el grado de enajenación mental que in-

capacita para el consentimiento matrimonial, la doctrina y la jurisprudencia emplean fórmulas imprecisas y equívocas que dan lugar a diversidad de criterios entre los jueces. 3.º Pese a la oposición psiquiátrica actual, la Rota conserva el término «intervalo lúcido» y la validez del matrimonio durante él celebrado, pero con muchas restricciones. 4.º De acuerdo con los psiquiatras, la Rota considera difícil la prueba de la enajenación mental en las causas matrimoniales, y con frecuencia imposible. 5.º La prueba de la demencia perfecta antes y después del matrimonio crea una presunción grave en favor de la demencia intermedia, o sea en el momento del acto, pero sólo una presunción. 6.º La prueba testifical es fundamental, en cuanto a las manifestaciones externas de la enfermedad mental. 7.º No siempre es obligatoria la prueba pericial y nunca vincula su resultado al Tribunal.

CIPROTTI, Pio: «*De conjugum separatione propter adulterium*»; páginas 539 a 546.

Como excepción—por lo demás prevista—a lo dispuesto en el canon 1.128 («*Coniuges servare debent vitae coniugalís communionem*»), permite el 1.129 que por el adulterio de uno de los cónyuges pueda el otro permaneciendo el vínculo romper aún para siempre la vida común. El autor estudia las cuestiones siguientes: ¿Cuándo puede realizar esa separación por causa de adulterio? ¿Cuándo le está vedada? Procedimiento (por autoridad propia o por sentencia judicial), efectos y jurisdicción competente. En cuanto a esta materia se plantea el problema de la concesión que en determinadas ocasiones hace la Santa Sede—generalmente en los Concordatos—a los Estados a fin de que los Tribunales civiles entiendan de las causas de separación.

JURANY, Narciso: «*Causas de separación temporal*»; págs. 549 a 566.

Estas causas tiene en España más importancia que en otros países debido al reconocimiento expreso que de las mismas hace el artículo 92 del Código civil (lo mismo puede decirse después del Concordato). El autor divide en dos partes su trabajo: En la primera trata de los problemas generales que plantea el aparentemente complejo canon 1.131, y en la segunda los especiales derivados de la adscripción a una secta acatólica como causa de separación. En el primer aspecto formula las siguientes conclusiones: 1.º Las causas de separación temporal deben ser graves y apreciadas con criterio rigorista, y si bien se basan en una situación de grave temibilidad para el cónyuge inocente, no implican una pena para el culpable. 2.º En el fuero externo la separación privada no produce efectos jurídicos; la autoridad eclesiástica no puede intervenir de oficio. 3.º La Santa Sede considera preferible la vía administrativa a la judicial, y si bien en España se acostumbra a utilizar la segunda, entiende el autor que

a la palabra «sentencia» del artículo 82 de nuestro Código civil debe dársele un significado amplio que comprenda toda decisión conforme de la autoridad eclesiástica competente (1).

Gabriel GARCIA CANTERO
*Doctor en Derecho, Juez Comarcal
alumno de la Escuela Judicial*

MOTOS GUIRAO, Miguel: «Fusión de Sociedades mercantiles». Prólogo de Antonio POLO DIEZ. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, XXIV + 470 páginas.

No es necesario adentrarnos demasiado en la lectura de esta excelente monografía, que Miguel Motos acaba de ofrecernos sobre la «Fusión de las sociedades mercantiles», para advertir bien pronto que nos encontramos ante una de las más amplias aportaciones a esta materia, cuyo interés sería ocioso ponderar en estos últimos años.

El tratamiento de la materia es ambicioso, lo que se revela tanto en la amplitud de la problemática abarcada, como en las características que se han querido imprimir al estudio, conducido por los caminos, no siempre cómodos, del derecho comparado, por los que el autor transita con soltura, mostrándonos conocer el tema no sólo en lo que respecta al derecho positivo, sino también en lo que toca a las doctrinas italiana, francesa, alemana y suiza, principalmente.

A lo largo de toda la obra, la minuciosidad y el rigor en las citas, la constante preocupación por la integral utilización de la bibliografía sobre el tema, cuya doctrina se aporta, a menudo, en el texto, en frecuentes entrecomillados, el deseo de abarcar la problemática en su mayor parte, y aun la reiteración de algunos puntos de vista, nos permiten vislumbrar, no lejana, una excelente tesis doctoral, largamente meditada, reelaborada con cuidado, ponderada, sobre todo, de quien ha dejado muchas horas de su vida tras del estudio de nuestra disciplina.

Con estos antecedentes, se hace innecesario apuntar la utilidad que la obra está llamada a prestar en este punto del derecho de sociedades, en que, si bien no carecíamos de aportaciones en la doctrina patria, sirva de ejemplo el notable artículo de URUA, la promulgación de la vigente LSA ha venido a poner en palpitante actualidad.

El trabajo, amplio y siempre documentado, imposible de ofrecer, aun en esquema, en el limitado espacio de una nota, aparece dividido en una Introducción, destinada al estudio del fundamento económico de la fusión, y tres amplias partes, consagradas, respectivamente, a la fusión de sociedades en sentido jurídico, a su régimen en el derecho español anterior a la LSA y a su nuevo estatuto en esta importante Ley española.

El autor se preocupa, ante todo, de precisar su propio concepto de fusión.

Hoy día no hay problema en este punto, pues según el artículo 24, 4, del Concordato con la Santa Sede: "todas... las decisiones en la vía administrativa... tendrán también efecto en el orden civil..."

analiza las diversas formas de fusión, sus características comunes y las especiales de cada una de ellas, delimita su campo de otras figuras afines, en especial de llamada «fusión-venta», las fases del proceso de fusión, apuntando su carácter corporativo y contractual y los principales problemas que surgen de la fusión, en su doble perfil, interno y externo, en sus diversos supuestos, constituyendo un capítulo especialmente amplio.

En la Parte segunda, el autor se mueve en el ámbito del derecho anterior a la LSA, en el que el escaso apoyo legal ha obligado al autor a un notable esfuerzo constructivo, al intentar resolver en el marco de nuestro derecho positivo, de base tan precaria, toda la amplia problemática planteada en la Parte primera, dando en no pocos casos soluciones de matiz muy personal. La materia aparece dividida en dos apartados principales, el primero relativo a las fuentes utilizables en este período y el segundo a lo que el autor titula de «régimen positivo y sus grandes incógnitas», sin olvidar la jurisprudencia del T. S. y de la Dirección General de Registros, y la doctrina patria.

La extensa tercera Parte se nos aparece dividida en dos grandes capítulos, relativos a la exposición del sistema de la LSA en el que, apunta el autor, aparecen tres rasgos esenciales de la fusión: acuerdos sociales, en orden a la operación, transmisión global de los patrimonios y contraprestación asociativa a los socios de las extinguidas, y el examen de los problemas clásicos de la fusión, a la luz del nuevo régimen legal, tomando en consideración todas las aportaciones de nuestra doctrina hasta el momento de su publicación, para ofrecernos, en no pocas ocasiones, puntos de vista propios.

Evelo VERDERA

PLANIOL y RIPERT: «TRAITE PRATIQUE DE DROIT CIVIL FRANÇAIS. OBLIGATIONS» (segunda parte), con la colaboración de ESMEIN, BODUANT y GABOLDE, 2.^a ed VII (París, 1954). Un volumen de 1.111 págs.

La civilística europea contemporánea culminó su labor con una serie de «Tratados» que se hicieron ya clásicos (en la veintena de años, aproximadamente, de su existencia) y que hoy vuelven a aparecer remozados con la savia nueva de las presentes generaciones. Las reediciones de estas obras son hoy muy frecuentes, ya que sobre las bases sólidas de la tradición civilística se arquitecturan las nuevas construcciones.

Donde se acusa más fuertemente la necesidad de estas reelaboraciones es la materia de obligaciones y contratos. La realidad económica y social de nuestros días presenta nuevas facetas en la que los moldes viejos son ineptos para su actual encaje y resolución. Lo político, como instrumento para conseguir un determinado fin, es en la actualidad un medio de intervención y dirección. El entrecruzamiento de fines y medios lleva a crear nuevas relaciones y nuevos criterios. Los principios de autoridad, libertad y relación son objeto, igualmente, de nuevas formulaciones que sitúan en diferente plano a la persona. La quiebra del orden tradicional se advierte

más específicamente ante el criterio de flexibilidad que tiene que introducir la jurisprudencia. Ante la realidad de las presentes relaciones, de los diversos intereses y de las nuevas ideas se observa una orientación y una sanción que, las más de las veces, es vacilante y dubitativa, cuando no soslayadora.

A remozar los viejos conceptos con la vitalidad que implican las realidades presentes y a mostrar el panorama actual del criterio de los Tribunales, dedican su atención en la segunda edición de la obra de los clásicos PLANIOL y RIPERT, los profesores ESMEIN, RADOUANT y GABOLDE. Este tomo séptimo constituye la segunda parte de la materia de las obligaciones. ESMEIN trata de los efectos y pruebas de las obligaciones, así como de los cuasicontratos; RADOUANT estudia las obligaciones simples y la extinción de las obligaciones, y GABOLDE se dedica a analizar las obligaciones complejas y la prueba de las obligaciones.

En realidad, la obra se mantiene con la primitiva redacción, aunque son más de 150 páginas las que se añaden y en donde estos profesores contribuyen a mantener el prestigio de la obra. En ella se destaca la materia referente a las influencias que la devaluación monetaria ejerce en las obligaciones monetarias; los recursos privados que añaden las partes (cláusulas de estabilización) y la revisión judicial que las legislaciones especiales ofrecen son motivo de un profundo estudio. El apremio, que desde el punto de vista de su eficacia práctica ha llamado la atención de la doctrina y de la jurisprudencia moderna, ocupa, en esta segunda edición, una parte mucho mayor, especialmente en materia de lanzamiento, a propósito de la Ley de 21 de julio de 1949.

Se puede afirmar que con las nuevas adiciones a la obra de PLANIOL y RIPERT los juristas franceses consiguen un nuevo galardón dentro de la civilística europea, pues de su cuidado, esmero y atención a las cuestiones actuales de la problemática obligacional se saca más luz y comprensión para la tarea incesante de la Justicia.

José BONET CORREA

PUIG BRUTAU, José: «Fundamentos de Derecho Civil», tomo II, vol. I. «Doctrina General del Contrato», Barcelona, Bosch, 1954, 430 págs.

Bajo el título genérico de «Fundamentos de Derecho Civil», el conocido escritor Puig Brutau presenta una obra en cuatro tomos y de altos vuelos científicos, cuya aparición ha despertado por ello el natural interés; hasta ahora han visto la luz: el tomo tercero dedicado al Derecho de Cosas, y el volumen primero del segundo tomo que contiene la Doctrina general del Contrato: de aquél se ocupó en este mismo Anuario F. FERNANDEZ VILLAVICENCIO (1), de éste nos ocuparemos a continuación.

El contenido de la obra es el siguiente: en nueve capítulos se expone el concepto de contrato en general y en nuestro Derecho positivo, sus elementos, su preparación y perfección, su eficacia (con un estudio especial

(1) Tomo VII, fasc. 2.º, pág. 254.

del contrato a favor de tercero), interpretación, ineficacia, incumplimiento (con análisis detenido de la revisión del contrato por alteración de las circunstancias) y, finalmente, diversas clasificaciones de los contratos.

Como puede observarse, la sistemática que utiliza el autor no difiere mucho de la que puede encontrarse en cualquier obra moderna sobre la materia. Lo verdaderamente peculiar de PUIG BRUTAU es su aportación fundamental del punto de vista del Derecho anglosajón a lo largo de toda la obra; en contrapartida, es escasa la bibliografía italiana y francesa, notándose también la falta de algunos estudios españoles recientes.

En la imposibilidad de señalar aquí los puntos concretos de discrepancia con el autor (por ejemplo, creemos insuficiente la explicación que ofrece acerca de la justificación de la fuerza vinculante del contrato: página 30 ss.) nos parece necesario afirmar, sin embargo, que la confrontación entre el sistema jurídico anglosajón y el de los países de tradición romanista puede ser útil siempre que se mantenga en sus justos límites; llevada más allá de lo debido puede resultar perniciosa. Hay una corriente general en pro de la unificación de los diversos sistemas jurídicos, pero parece oportuno recordar las siguientes palabras de Federico DE CASTRO (2): «Si de veras se quiere llegar a la unificación del Derecho y se está dispuesto a realizar los mutuos sacrificios necesarios, para ello no hay que pensar en una expansión del sistema del «case law», ni de la «common law»; la aportación positiva de los pueblos de lengua inglesa a la labor común será su derecho codificado: sus leyes modernas en cuanto manifestaciones de su nuevo Derecho social, sus soluciones y no su técnica; el Derecho continental habrá de ser tenido en cuenta en sus valiosas soluciones prácticas y por su técnica superior. En fin, no estaría de más advertir que el mejor modo para entenderse los pueblos no parece ser ese de copiar el uniforme del vencedor del día, ni el de seguir las huellas de quienes rompieron la unidad europea; habrá que volver al buen camino y, para ello, tomar la dirección marcada por la concepción cristiana del Derecho, única que hasta ahora ha podido, en el pasado, lograr la unidad jurídica entre los hombres y los pueblos.

Por lo demás, resulta prematuro emitir un juicio de conjunto sobre la ardua empresa acometida por el autor. Esperamos —y anhelamos— que muy pronto vean la luz los restantes volúmenes de que se ha de componer.

Gabriel GARCIA CANTERO
*Doctor en Derecho. Juez Comarcal.
 Alumno de la Escuela Judicial.*

RIVES Y MARTI, Francisco de P.: «CONCURSO DE ACREEDORES Y QUIEBRAS»: 3.^a edic., corregida y adicionada por José SAURA JUAN. Tomo I, 551 págs. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1953.

La conocida obra de Rives sobre Concurso de Acreedores y Quiebras,

(2) Nota crítica. En torno a una traducción. La «Common Law. Roscoe Pound» ADC, III-3.º, págs. 755 y ss.

cuya primera edición apareció en 1899-1901 y su segunda en 1904, sale ahora en su tercera edición puesta al día por Saura Juan

Este primer tomo de la misma, que al igual que en las ediciones anteriores está dedicado al concurso de acreedores con su preliminar de quita y espera, se inicia con un prólogo de Manresa, que ya apareció en la primera edición. Después sigue una Introducción histórica al concurso de acreedores, que consta de dos capítulos, uno dedicado al Derecho romano y otro al Derecho patrio. A continuación un capítulo preliminar, en que se estudia el concepto de juicio, su división en singular y universal, y el concepto del concurso de acreedores. Luego viene la parte central dedicada al estudio de éste, con su preliminar de quita y espera. Y, por último, después de un capítulo adicional sobre la caducidad de la instancia y su aplicación a los concursos y quiebras, se termina con un prontuario de las disposiciones legales y jurisprudencia relativas a la materia, en el que se reproducen por el orden legal los artículos del título XII del libro segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a continuación de cada uno de ellos la legislación complementaria y la jurisprudencia.

En el núcleo o parte central de este tomo primero se hace el estudio del concurso de acreedores, con su preliminar de la quita y espera, siguiendo el mismo orden de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se compone dicha parte de XIII capítulos: Los dos primeros dedicados a la quita y espera; el III, a la declaración de concurso; el IV, a las diligencias consiguientes a ella; el V, a la citación de acreedores y nombramiento de síndicos; el VI, a la administración; el VII, VIII, IX y X, al reconocimiento, graduación y pago de crédito; el XI, a la calificación; el XII, al convenio, y el XIII, a los alimentos del concursado.

Esta obra de Rives, ya clásica en nuestro Derecho, ha sido superada en algunos aspectos, lo cual es natural, si se tiene en cuenta, por un lado, que fué escrita hace más de cincuenta años y, por otro, el enorme avance que en los últimos tiempos ha experimentado nuestro Derecho procesal. No obstante, sigue siendo la obra más completa que tenemos sobre la materia y, por tanto, imprescindible en el despacho de los profesionales del Derecho. El que se haya tenido que efectuar esta 3.^a edición es buena prueba de ello y hace innecesaria una crítica más amplia.

Rafael GIMENO GAMARRA
Juez de Primera Instancia núm. 4, de Madrid

REVISTA DE REVISTAS (*)

A cargo de José María DESANTES GUANTER y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

BONET RAMÓN, Francisco: *Nuevas ramas del Derecho privado*. RGD, año X, núm. 112, enero 1954; págs. 2-9.

La imponente floración de la vida moderna es causa de que surjan, desgajadas del tronco del Derecho Privado, nuevas ramas jurídicas. El autor indica que la "autonomía" de estas disciplinas no supone, en modo alguno, "independencia" con respecto al Derecho Civil; éste es el Derecho Común de todas ellas.

El profesor de Barcelona ofrece unas sugerencias sobre el Derecho del Trabajo o el llamado Derecho de la Economía.

CONGRESO...: «V — de la Unión de Juristas Católicos Italianos (Discurso de S. S. Pío XII)». RJC, Año LIII, Vol. LXXI, marzo-abril, 1954; páginas 119-127.

Traducido y anotado por Delfín Escolá se reproduce el discurso que Su Santidad Pío XII pronunció en el 5.º Congreso de la Unión de juristas católicos italianos.

DE FRANCISCI, Pietro: «Renacimiento y Humanismo vistos por un jurista». RDP, Año XXXVIII, núm. 443, febrero 1954; págs. 89-99.

El autor ofrece unas sugestivas consideraciones sobre el valor y significación que los juristas pudieron tener en el Renacimiento "integral" de la romanidad. Recoge antes las acerbadas críticas que en la época se les dirigían y justifica algunos de los posibles fallos y puntos débiles de sus construcciones. La mira siempre puesta en la práctica imposibilitada en ocasiones la perfección técnico-teórica de sus estudios.

FRIEDRICH, Werner: «Aus der Rechtsprechung des BFH im Jahre 1952». NJW, Año 6, cuaderno 20, 15 mayo 1953; págs. 728-732.

El autor ofrece una visión esquemática de los rasgos esenciales extraídos de la Jurisprudencia del B F H en 1952, y que sean de interés al margen de la

(*) Vid. la clave de abreviaturas en el Anuario VII, 1, págs. 281-283.

cuestión de impuestos por afectar a otros temas del ordenamiento jurídico: Interpretación de Leyes, impugnación de declaraciones de voluntad, fidelidad y buena fe, apoderamientos, cuestiones de procedimiento, retroactividad, etc.

RECHENMACHER, L.: «*Der Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzseinheit auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vom 5. 3. 1953*». NJW, Año 6, cuaderno 21-22. 29 mayo 1953; págs. 768-770.

Indicación de las modificaciones sufridas por el C. c. alemán a consecuencia de la Ley para el restablecimiento de la unidad legislativa en el ámbito del Derecho Civil, con fecha de 5 de marzo de 1953.

SCHOLZ, FRANZ: «*Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand*». NJW, Año 6, cuaderno 27. 3 julio 1953; págs. 961-963.

La "fidelidad y la buena fe" como concepto jurídico deben ser de relevante eficacia tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Público. El autor examina diversos aspectos de la invención de la buena fe en negocios de Derecho Privado llevado a cabo por el poder público.

2. Derecho de la persona.

GAUDENZI, Scipione: «*Lineamenti della colpa nel diritto penale e civile*». RTDP. Año VII. núm. 3. septiembre 1953; págs. 773-808.

Estudio de la culpa en su aspecto civil y penal. En el aspecto civil alude a la naturaleza abstracta de la culpa, a sus grados, a la acción civil en relación con la penal y a la discriminación entre culpa penal y civil.

RASI, Piero: «*In tema di pertinenze*». RTDP. Año VII. núm. 3. septiembre 1953; págs. 809-820.

Con motivo de la publicación del libro de Lucía Contursi Lisi "Le Pertinenze" (1952), el autor hace algunas sugerencias sobre la obra y sobre el tema de la misma: estudio de las pertenencias y sus diversos problemas anejos.

3. Derecho reales.

BALLARIN MARCIAL, Alberto: «*Sobre el concepto de cultivo directo y personal*». RDP. Año XXXVIII. núm. 445. abril 1954; págs. 281-293.

Estudio muy completo del concepto "cultivo directo y personal" enfocado por el autor en base al Derecho italiano y al español. Ve el origen del concepto en

el artículo 2.083 del Código italiano de 1942 aludiendo a la distinción entre grande y pequeña empresa y a la importancia moderna del cultivador "directo y personal". Indica los requisitos de esta clase de cultivo: 1. Prevalencia del trabajo propio sobre el ajeno. 2. Prevalencia del trabajo sobre el Capital. 3. Prevalencia de la actividad de cultivo sobre las demás del cultivador.

DE MARTI, Juan F.: «*De los modos de adquirir la posesión y propiedad industrial de las marcas*». RDP, Año XXXVIII, núm. 445, abril 1954, páginas 310-315.

Breve estudio del tema de referencia en el ámbito doctrinal y con relación al vigente Estatuto de Propiedad Industrial.

FINDORFF, E. A.: «*Urheberrecht in den USA*». NJW, Año 6, cuaderno 25, 19 junio 1953; págs. 893-895.

Ligerísimo esbozo de los rasgos salientes del Derecho de autor en los Estados Unidos, que tiene su raíz en Inglaterra. Breve análisis del Common Law y de los Statute (última redacción en la materia de 3-VI-1949).

FUNAIOLI, G. B.: «*L'ipoteca sui miglioramenti fondiari*». NRD, volumen VII, fascículo 1-3, 1954; págs. 8-10.

Estudio exegético del artículo 2.811 del Código Civil italiano referente a la extensión de la hipoteca a las mejoras del fundo hipotecado. Es radical la distinción entre mejoras intrínsecas y mejoras extrínsecas.

GUIMERA PERAZA, Marcos: «*Hipoteca de máximo en garantía del pago de letras de cambio*». RJC, Año LIII, vol. LXXI, marzo-abril 1954; páginas 139-152.

Movido por la existencia de un caso real, el autor estudia la hipoteca en cuestión: comienza indicando los rasgos de la "maximal", describiendo a continuación su contenido (crédito, persona favorecida, plazo, cesión). Se refiere luego a la determinación extrahipotecaria del crédito garantido y al procedimiento para hacer efectiva la hipoteca.

MOLLATOR, Erich: «*Nueva problemática de la propiedad*». RDP, Año XXXVIII, número 444, marzo 1954; págs. 169-183.

Partiendo de la distinción entre el concepto estricto de la propiedad (el romano) y el concepto económico-político (propiedad = situación de monopolio

jurídicamente protegida) indica que éste último es el relacionado con las transformaciones actuales de la "proprietat". Señala el carácter iusnaturalista de la propiedad, así como su naturaleza individual ornada de matiz social. Alude después el autor, entrocando la cuestión con el abuso del derecho, a las limitaciones del dominio (internas y externas). Termina refiriéndose a la "propiedad de la empresa" y al derecho del trabajador a participar en la gestión de ella.

OLMEDILLA MARTÍNEZ, Jesús: *«Algunas observaciones en torno a la Ley de concentración parcelaria»*. RDP, núm. 443, febrero 1954; págs. 115-123.

El autor examina algunos aspectos de la Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciembre de 1952: sus antecedentes legislativos, la naturaleza de la concentración, la realización de la misma. Se refiere a la desconexión entre la Ley de referencia y otros textos legales vigentes.

4. Obligaciones y contratos.

BAQUERO PRECIADOS, Gregorio: *«La aplicación de los porcentajes de elevación de rentas del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos»*. RGD. Año X, núm. 114, marzo 1954; págs. 142-147.

Estudio del artículo 118 de la L. A. U. y de sus disposiciones complementarias. El trabajo, que continúa en otro número de la R G D, se divide en dos partes: una referente a viviendas; otra a locales de negocio.

BELTRÁN FUSTERO, Luis: *«El no uso de las viviendas por los inquilinos»*. RDP. Año XXXVIII, núm. 443, febrero 1954; págs. 99-110.

En el ámbito arrendaticio urbano, escenario de toda clase de especulaciones y abusos, es frecuente este hecho: el inquilino no habita la vivienda y, sin embargo, se niega a ceder su uso al arrendador. Contempla el autor los abusos que este fenómeno encubre, e indica que en tal hipótesis no tiene por qué entrar en juego la L. A. U. (justificación de su aserto) y que, bajo la vigencia del C. c., el inquilino tiene obligación de usar la casa.

La Legislación especial de arrendamientos parte del error de creer que, en la relación arrendaticia, el débil es siempre el arrendatario. Termina refiriéndose a la función social del arrendamiento.

BERNAL MARTÍN, Salvador: *«Reincorporación al trabajo y capacidad laboral»*. RDP. Año XXXVIII, núm. 443, febrero 1954; págs. 110-115.

Estudio de la capacidad laboral y de cómo ésta ha de ser estimada en el "alta" después de un accidente de trabajo.

FERNÁNDEZ SANTAMARÍA, JULIO: «*La revisión de la renta en los arrendamientos rústicos*». RDP. Año XXXVIII, núm. 442, enero 1954; págs. 28-35.

El autor examina las cuestiones que pueden plantearse, así como la procedencia o improcedencia de la revisión basada: a) en la alteración del precio del trigo; b) en los motivos y circunstancias enumerados en el artículo 7.º de la Ley de 1935 y producidos o existentes con posterioridad al momento de contratar (especialmente alteración del precio de los productos del campo); c) en la baja o aumento del precio de los productos del campo en relación con las alteraciones del precio oficial del trigo, d) en atención a las circunstancias enumeradas en el artículo 7.º de la Ley de 1935 existentes al momento de contratar.

GARZÓN RUIZ, JOSÉ: «*La Fianza en el arrendamiento urbano*». RGD, Año X, número 112, enero 1954; págs. 24-26.

El autor duda de la eficacia de la fianza establecida en favor del arrendador de la LAU, y estima es posible también la fianza personal al margen de las disposiciones de dicha Ley.

GUTMERA, M.: «*Renta vitalicia y condición resolutoria*». RDP, Año XXXVIII, número 444, marzo 1954; págs. 211-223.

Sobre la Resolución de 31 de marzo de 1951 el autor hace un amplio comentario referente a la naturaleza del contrato de renta vitalicia, a la naturaleza del derecho a la posesión, a las formas de garantía, a la posibilidad de pactar condición resolutoria, etc.

JAUFFREL, ALFRED: «*Le nouveau statut der baux commerciaux (Décret número 53-960 du 30 septembre 1953)*». RTC, Año VI, núm. 4, octubre-diciembre 1953; págs. 833-849.

Visión de conjunto del Decreto de 30 de septiembre de 1953 que refunde la legislación especial referente a los "arrendamientos comerciales". Representa una mejora en relación con la Ley de 1926, tantas veces modificada. Destaca el autor el aspecto referente a la cesión y subarriendo, a la revisión de las relaciones arrendaticias y al fin de las mismas. Especial atención dedica a la "Renovación de los arrendamientos comerciales", que pone fin al criticado sistema de las prórrogas.

LANGKE, HEINRICH: «*Mitwirkendes Verschulden des gesetzlichen Vertreters und Gehilfen ausserhalb eines Verpflichtungsverhältnisses (§ 254 BGB)*». NJW, Año 6, cuaderno 27, 3 julio 1953; págs. 967-970.

La Jurisprudencia del R. G. y después la del B. G. H., entiende que el perjudicado ha de dejarse imputar la culpa cointerviniente de un representante

legal o ayudante en el sentido del parágrafo 278 B. G. B. Este principio también rige, según la aludida Jurisprudencia, fuera del ámbito de la relación obligatoria de representación.

La forma de fundamentar esta solución no satisface a la doctrina.

5. Derecho de familia.

BOENNECKE, W.: «*Beweislast- und Rechtskraftprobleme beim Zahnavaterschafts- und Abstammungsrechtsstreit in der gerichtlichen Praxis*». NJW. Año 6. cuaderno 30, 24 julio 1953; págs. 1085-1088.

Recientes decisiones del B. G. H. por una parte y el continuo progreso de la Ciencia médica por otra, ponen de nuevo de moda en Alemania la enojosa cuestión de la prueba en los procesos de paternidad. Son cada vez mayores las formas de ataque o defensa de ciertas situaciones familiares o cuasi-familiares.

BREITZKE, Dr.: «*Zur Gleichberechtigung der Geschlechter bei Zwangsvollstreckung gegen Eheleute*». NJW. Año 6, cuaderno 20, 15 mayo 1953; páginas 734-737.

La equiparación entre ambos sexos, derecho vigente desde el 1 de abril de 1953, plantea nuevos y abundantes problemas en materia de ejecución forzosa dirigida contra personas casadas. El autor esboza la cuestión. Indica los párrafos de la Z P O afectados por la nueva situación.

KRÜGER, Hildegard: «*Die Bedeutung der deutschen Landesverfassungen für die gleichberechtigte Ehe*». NJW. Año 6, cuaderno 30, 24 julio 1953; páginas 1090-1092.

La autora indica algunas posibles influencias que las Constituciones de los "Länder" pueden tener en el problema tan latente hoy, de los "matrimonios equiparados".

SCHNEIDER, Hans: «*Verfassungsrechtliche Vorfragen zur Gleichberechtigung von Mann und Frau*». NJW. Año 6, cuaderno 25, 19 junio 1953. páginas 889-891.

La indeterminación en que actualmente se encuentra el principio de equiparación, no desarrollado aún legislativamente, impide considerar dicho principio como una norma más de Derecho Civil, como ha solido hacerse. Entraña una serie de "precuaciones" constitucionales que es preciso resolver.

STROETZEL, Dr.: «*Der Güterstand der vor dem 1 abril 1953 geschlossenen Ehen*». NJW. Año 8. cuaderno 25, 19 junio 1953; págs. 891-892.

El autor, pasando rápida revista a las opiniones de otros autores, entiende que el "Güterstand" (estado de los bienes) de los matrimonios organizados bajo el régimen de administración y aprovechamiento del marido, ha de sustituirse, a partir del 1 de abril de 1953 (fecha de la entrada en vigor del principio de equiparación entre marido y mujer), por el sistema de separación de bienes. Ello en tanto el legislador no desarrolle el aludido principio constitucional.

6. Derecho de sucesiones.

ESCOBAR, Eloy: «*El derecho de representación en la herencia testada*». RDP. Año XXXVIII, núm. 444, marzo 1954; págs. 205-211.

En torno a un caso resuelto en Sentencia de 6 de diciembre de 1952, el autor ofrece unas consideraciones sobre el derecho de representación y sus relaciones con la sucesión testada. El derecho de representación en la sucesión testada, dice, o *se admite* o *no se admite*; lo que es inadmisibile y absurdo es admisible con carácter limitado ciñéndole a la legítima estricta.

SAPENA, Joaquín: «*Un caso de renuncia a herencia futura admitido por el Tribunal Supremo*». RDP. Año XXXVIII, núm. 445, abril 1954; páginas 303-309.

Contrariamente a su postura tradicional, el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de mayo de 1953, ha admitido la validez de una renuncia vinculante a una herencia futura. Comentarios del autor en torno al caso, en general y en particular.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general.

R. H.: «*Travaux de la Commission de réforme du Code de Commerce*». RTC, Año VI, núm. 4, octubre-diciembre 1953; págs. 869-871.

Comentarios sobre el volumen 4.º referente a los "Trabajos de la Comisión de reforma del Código de comercio y del Derecho de Sociedades" (París, 1953). Este volumen contiene dos importantes proyectos relativos a contratos bancarios y al fondo de comercio, así como la continuación de los trabajos de la Sub-comisión de Sociedades referentes al Estatuto de las Sociedades Anónimas, y a los valores mobiliarios. Se recogen puntos de vista ofrecidos al Gobierno sobre los proyectos.

X: *«Nuovo diritto commerciale in Giappone»*. NRD, volumen VII, fascículo 1-3, 1954; págs. 5-6 (parte práctica).

El Código de Comercio japonés ha sido revisado en 1951. Una traducción francesa del profesor KOMACHIJA le hace conocido a los juristas europeos. Se observa una aproximación al D. comercial de los EE. UU. y una enorme protección a la buena fe. De gran interés son las reformas referentes al Derecho de Sociedades.

2. Comerciantes y Sociedades.

HEROLD, Hermann: *«Ansichtsrat und Betriebsverfassungsgesetz»*. NJW. Año 6, cuaderno 20, 15 mayo 1953; págs. 722-725.

En lo relativo a la duración del Consejo de vigilancia en las Empresas hay discordancias entre ciertos preceptos de la Legislación de Sociedades por acciones y la Ley sobre constitución de Empresas. Examen del problema (art. 87, punto 3.º de la Ley de Sociedades por acciones y artículo 89, puntos 1.º y 2.º de la Ley sobre Constitución de Empresas).

MOSSA, Lorenzo: *«L'impresa anonima della Società per Azioni»*. NRD, volumen VII, fascículo 1-3, 1954; págs. 1-8.

El profesor Mossa insiste, con reiteradas afirmaciones, en lo esencial de la existencia de un fin de Empresa en las modernas Sociedades por acciones. En este tipo de Sociedad está siempre presente la interconexión entre empresa, sociedad como tal y socio.

SCHILLING, Wolfgang: *«Trasformazione del moderno diritto della Società»*. NRD, volumen VII, fascículo 1-3, 1954; págs. 21-30.

Señálanse como puntos claves de la transformación del moderno Derecho de Sociedades: transformaciones de la noción del Derecho especial y reafirmación de las cláusulas generales, significación del elemento personal, aumento de la autonomía de la empresa, prevaloración del factor social sobre el individual.

WÜRDINGER, Hans: *«Il sistema tedesco dei cartelli»*. NRD, volumen VII, fascículo 1-3, 1954; págs. 12-21.

Esbozo de los principales rasgos de la proyectada Ley alemana sobre los "cartells": protección de la concurrencia contra restricciones negociales, aplicación e interpretación de las normas, criterios dominantes, relación entre la Ley de los "cartells" y la Ley de la concurrencia.

X: «*Il concetto di impresa nel secondo congresso nazionale di diritto commerciale in Argentina*». NRD, volumen VII, fascículo 1-3, 1954, págs. 4-5 (parte práctica).

Se propugna en Argentina la sustitución del comerciante, como sujeto del Derecho Mercantil, por la Empresa. Breve indicación de su concepto en el pensar de los juristas del Congreso en cuestión.

3. Cosas mercantiles.

CABRILLAC, Henry: «*El problema de los efectos de favor en el Derecho Francés*». RJC. Año LIII, vol. LXXI, marzo-abril 1954; págs. 128-138.

Después de indicar que el afecto de favor supone, por definición, la colaboración de un "librado complaciente" (que nada adeuda), el autor se refiere a lo peligroso de los efectos en cuestión por crear un falso crédito y prestarse a operaciones fraudulentas. Examina la Jurisprudencia que fundamenta su nulidad fuera del Derecho Cambiario, los efectos de esta nulidad (para los portadores, para el librador, para el librado y para terceros) y termina refiriéndose a la posible distinción entre los buenos efectos de favor y los "perniciosos".

FREDERICQ, L.: «*La loi belge du 9 février 1953 concernant la tenue d'un second registre de actions nominatives*». RTC. Año VI, núm. 4, octubre-diciembre 1953; págs. 851-854.

Los artículos 42 y 43 de las Leyes coordinadas sobre sociedades mercantiles, disponen que toda la Sociedad Anónima debe tener en su sede social un registro de acciones nominativas, en el que "se establece", por inscripción, la propiedad de ellas.

La Ley de 9 de febrero de 1953 dispone la llevanza de un segundo registro de acciones y obligaciones nominativas.

REYES MONTERREAL, José María: «*La letra de cambio: el avalista y la fianza ordinaria*». RGD. Año X, núm. 114, marzo 1954; págs. 148-152

¿Puede en algún caso el avalista ser considerado como fiador civil ordinario? El autor examina los puntos en pro de la tesis afirmativa y en pro de la negativa y se inclina a ésta.

OMAR y GELPI, José María: «*Letra de Cambio. El aval en documento separado*». RDP. Año XXXVIII, abril 1954, núm. 445; págs. 293-303.

Ante el silencio del Código de Comercio, la doctrina y la jurisprudencia discuten la validez del aval en documento separado. El autor defiende su validez,

indica sus ventajas, describe la Ley uniforme y extranjera y estudia los efectos del aval en documento aparte comparativamente con el aval en la letra.

X: *«L'asegno circolare»*. NRD, volumen VII, fascículo 1-3, 1954; págs. 1-4 (parte práctica).

Indicación de los rasgos esenciales del "asegno circolare" como título a la orden emitida por un instituto de crédito a ello autorizado.

4. Obligaciones y contratos.

SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco Miguel: *«El derecho del consignatario a la entrega de la mercancía en el contrato del transporte terrestre»*. RGD, Año X, núm. 112, enero 1954; págs. 18-23.

Superficiales comentarios sobre el artículo 368 del Código de Comercio, en torno del dominio de la cosa porteadada, a la entrega de los efectos y a la posición del cargador frente al consignatario.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

CHAUVEAU, Paul: *«Responsabilité aérienne et arrêt Lamoricière»*. RTC, Año VI, núm. 4, octubre-diciembre 1953; págs. 801-831.

Ocurrido un accidente en viaje aéreo que ocasiona la muerte a un viajero, los herederos de éste, no en nombre del muerto, sino en el suyo propio ¿pueden reclamar indemnización de los daños que para ellos "personalmente" deriven del de la muerte del causante? Recientemente se ha fallado en sentido afirmativo. El autor se muestra contrario del fallo y hace un estudio a fondo de la cuestión: se fija en la Ley de 31 de mayo de 1924 (artículos 41 y sig.) sobre el transporte aéreo, en las cláusulas de irresponsabilidad y en la posibilidad o imposibilidad de que los demandantes se prevaleciesen del art. 1.384, punto 1.º del Code Civil.

6. Derecho de quiebras.

RICA-BARBERIS, Mario: *«Una parola sul fallimento»*. NRD, volumen VII, fascículo 1-3, 1954, págs. 10-12.

Breves consideraciones sobre el origen y significado de la voz "fallimento", y su evolución histórica.

SOTILLO NAVARRO, Antonio: «El desistimiento en la suspensión de pagos». RGD, Año X, núm. 113, febrero 1954, págs. 78-91.

Comienza con generalidades sobre la figura procesal del desistimiento señalando sus diferencias con otros supuestos de determinación del proceso. Señala luego los requisitos del desistimiento y entra en el estudio del mismo referido a la suspensión de pagos.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general

ALVAREZ ABUNDANCIA, Ricardo: «La eventual apertura de la fase de prueba en el proceso cognitorio de mayor cuantía (alrededor de los arts. 550-552 de la L. E. C.)». RGLU, Año CII, tomo XXVIII (196), núm. 3, marzo 1954; págs. 291-311.

Tras un estudio de tipo exegético de los arts. 550 y 552 de la Ley Procesal Civil, critica el autor de imperfecto su sistema (exagera el principio dispositivo) de incompleto (no regula todos los casos) y de atécnico.

BRANGSCH, H.: «Rechtsberatung und Rechtshilfe durch Verbände». NJW, Año 6, cuaderno 20, 15 mayo 1953, págs. 732-733.

Partiendo del párrafo 7 de la Ley de 13-XII-1935, el autor indica algunos de los abusos de la práctica de lo que en España llamamos "auxilio judicial". Destaca ciertos aspectos de las "Verbände" o uniones destinadas a este auxilio.

CERRILLO QUILEZ, F.: «Lineamientos generales del proceso de "cognición"». RDP, Año XXXVIII, núm. 442, enero 1954; págs. 19-27.

Después de aludir a las "Cuestiones Previas", el autor analiza someramente: demanda documento, examen de la demanda, emplazamiento, contestación y reconvencción, juicio oral, prueba, acta del juicio, suspensión y desistimiento; incidentes y recursos. Termina refiriéndose a la Sentencia.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor: «Notas sobre la intervención principal en el proceso civil». RDP, Año XXXVIII, núm. 444, marzo 1954; págs. 183-205.

Arrancando el profesor Fairén del concepto de intervención principal que emana del § 64 de la Z P O alemana, indica la evolución histórica de la figura y los presupuestos de la misma (calidad de tercero; incompatibilidad de la pretensión, litigio judicial, proceso pendiente, existencia de interés jurídico). El

autor estudia después los efectos procesales de la intervención, así como el procedimiento en ella. Termina aludiendo a la resolución del proceso y del estado de los problemas aludidos en el Derecho Español.

HEIDENHAIN, Dr.: *«Wann Können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben?»*. NJW. Año 6. cuaderno 30. 24 julio 1953: págs. 1081-1084.

Ante la delicada cuestión de si los Tribunales ordinarios pueden invalidar los actos de la Administración, el autor adopta una postura ornada de ciertas reservas. Para él esta invalidación sólo puede tener lugar si ha de realizarse en un proceso para el que sólo es competente un Tribunal ordinario, si es necesaria para la total indemnización del demandante y si dicha indemnización puede fundamentarse en el parágrafo 839 B G B.

SCHIMA, Hans: *«Compti e limiti di una teoria generale dei procedimenti»*. RTDP. Año VII, núm. 3, septiembre 1953: págs. 757-772.

Recoge el presente artículo la conferencia que el autor pronunció en 20 de mayo de 1952 en la Academia de Ciencias de la Universidad de Bolonia. En ello esboza los rasgos de una teoría general de los procedimientos diversos existentes. Indica la necesidad de existencia de tipos distintos de procedimiento, sus razones, sus elementos comunes, sus diferencias y causas de las mismas. Propugna por la elaboración de una teoría general, basada en estudios monográficos preparatorios.

SOTO NIETO, Francisco: *«Procedimiento para la concesión del beneficio de pobreza»*. RGD, Año X, núm. 113, febrero 1954: págs. 71-77 y número 114, marzo 1954: págs. 135-141.

Detenido estudio del modo de solicitar y obtener el Beneficio de Pobreza, dividido es tres partes: I, Naturaleza jurídica. II, Requisitos de la solicitud. III, Efectos de la misma, según quien sea el solicitante y el momento en que haga la petición.

3. Procesos especiales.

BETTERMANN, Karl August: *«Der Rechtsweg für vermögensrechtliche Ansprüche ans dem Beamteverhältnis nach Errichtung des Bundesverwaltungsgerichts»*. NJW. Año 6. cuaderno 21-22. 29 mayo 1953: págs. 761-765.

Examen de la "vía" a seguir en el ejercicio de las pretensiones jurídico-patrimoniales de los funcionarios, derivados de la relación de servicios, después

de la erección del Tribunal administrativo federal en virtud de la Ley de 23 septiembre de 1952.

MONTSEÑAT, Fray Vicente: «*El artículo 16 del nuevo Concordato Español*». O. P. RGLU, Año CII, tomo XXVIII (196), núm. 3, marzo 1954; páginas 273-290.

Hace el autor un comentario a los apartados 2.º y 4.º del artículo 16 del Concordato, comparándole con el Decreto-Ley de 6-XII-1868, relativo a la unificación de fueros. Critica la omisión en el mentado precepto del Concordato de las causas mixtas y hace consideraciones en torno a ellas.

POHLE, Rudolf: «*Sobre la terminación del proceso civil por medio de la transacción*». RDP, Año XXXVIII, Núm. 442, enero 1954; págs. 1-19.

Estudio en torno a la transacción, deslindando la transacción privatística de la transacción procesal. Se fija sobre todo en la transacción procesal abstracta y en su mecanismo. Estudia las relaciones entre ambas formas, el modo de alegar sus defectos y la delimitación con respecto a figuras afines.

WERNER, Fritz: «*Rechtsschutzfragen in Künftigen Baurecht*». NJW, Año 6, cuaderno 21-22, 29 marzo 1953; págs. 765-768.

En materia de Derecho de edificación, según los casos, son competentes los Tribunales ordinarios, los Tribunales administrativos y el Tribunal constitucional. El autor examina las proyectadas "nuevas regulaciones", aludiendo a la conveniencia o inconveniencia de crear una jurisdicción administrativa especial para los problemas de edificación.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia

RESOLUCION DEL 27 DE MARZO DE 1954

Escritura de separación de bienes y liquidación de sociedad de gananciales

Rota la vida común de un matrimonio por haber dado lugar uno de los cónyuges a la causa prevenida en el artículo 1.129 del «Codex iuris Canonici», otorgan aquéllos escritura de separación de bienes y liquidan la sociedad de gananciales, realizándose las adjudicaciones correspondientes y, consistiendo la de uno de ellos, en bienes inmuebles, se solicita del Registrador se inscriban como propios «por virtud de esta escritura». Es denegada la inscripción por no existir «previa sentencia de divorcio, dictada por el competente Tribunal eclesiástico como procedía hacer en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 80 y 1.433 del Código civil. Y pareciendo el defecto insubsanable no procede la anotación preventiva».

Interpuesto el oportuno recurso confirma el Presidente de la Audiencia en todas sus partes la calificación del Registrador y planteada la cuestión ante la Dirección General, ratifica el Auto apelado, haciendo las siguientes declaraciones:

A) *Que el matrimonio, sea cualquiera su forma, se disuelve en nuestro Derecho sólo por la muerte de uno de los cónyuges, siendo inalterable el régimen económico que le sirve de base; que a falta de declaración expresa en los pactos nupciales, la separación de bienes entre los cónyuges, sólo tendrá lugar en virtud de resolución judicial, salvo el caso previsto en el artículo 50 del Código civil.*

B) *Que la finalidad de exigir una resolución judicial responde a la necesidad de no dejar el régimen económico-matrimonial a merced de la simple voluntad de los cónyuges, procurando la indispensable seguridad jurídica en situaciones de fácil ambigüedad y de posibles fraudes para terceros.*

C) *Que la terminación de la vida común a causa del divorcio por propia autoridad, según se desprende de los cánones 1.129 y 1.130 del «Codex iuris canonici», deja subsistente el vínculo y carece de efectos externos, y no cabe sostener que se disuelva la sociedad de gananciales por aplicación del artículo 1.700 del Código civil, ya que no hay por qué acudir a normas supletorias dictadas para supuestos de naturaleza diversa, cuando en el capítulo dedicado a la sociedad de gananciales hay disposiciones de preferente aplicación y una norma especial reguladora de la terminación de la sociedad en el caso de que un cónyuge hubiera dado causa al divorcio, según el artículo 1.417, en relación con los 1.432 a 1.434.*

Vid. Resoluciones de 16 octubre 1870, 28 julio 1884, 31 marzo 1898, 30 noviembre 1917 y 1 julio 1943.

PÉREZ VICENTE

RESOLUCION DEL 29 DE MARZO DE 1954

Anotación de demanda

Entablada demanda de juicio ordinario de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad, resolución de contrato de ejecución de obras y otros extremos, se solicita del Juzgado y éste lo acuerda, la anotación preventiva de demanda, ordenando se librara el correspondiente mandamiento en el mismo sentido al Registrador de la Propiedad. Presentado en el Registro fué calificado con nota cuyo tenor literal es el siguiente: «Denegada la anotación a que se refiere el anterior mandamiento por observarse los defectos siguientes: 1.º Resultar el solar en que se dice haberse ejecutado obras, inscrito con carácter privativo a nombre de doña R. R. M., persona distinta de las demandadas en el juicio origen de dicho mandamiento; 2.º Ser el objeto de la demanda, cuya anotación se acuerda en cuanto a tal asiento se refiere, la inscripción de un crédito refaccionario, inscripción no autorizada ya que ésta sólo permite la anotación —aunque convertible en inscripción de hipoteca— de los créditos de tal naturaleza y esa anotación únicamente puede ser practicada con la conformidad unánime de los interesados en la refacción, y si la finca estuviera gravada, como sucede en el presente caso, mediante expediente previo que prescribe el artículo 61 de la Ley Hipotecaria, de donde resulta que no es el procedimiento seguido el adecuado para dar ingreso en el Registro de la Propiedad al derecho cuya efectividad se trata de asegurar con la anotación de demanda preventiva. Y siendo insubsanables los dos defectos advertidos no procede anotar preventivamente el mandamiento calificado.»

Interpuesto el oportuno recurso, fué revocada la nota del Registrador por el Presidente de la Audiencia y acudido a la Dirección General, ésta confirmó el Auto apelado, sentando la siguiente doctrina:

A) *Que subsanado el primer defecto judicialmente en su momento oportuno, mediante la correspondiente ampliación de demanda no procede su anulación por este Centro.*

B) *Que, en cuanto al segundo defecto, la anotación de demanda, medida cautelar de excepcional importancia para asegurar los results del juicio, por su finalidad es de la incumbencia de los Jueces o Tribunales resolver acerca de la naturaleza de la acción entablada y sus consecuencias, y los Registradores en su calificación, si bien no podrán revisar el fundamento de las providencias dictadas, han de comprobar si los inmuebles constan inscritos a favor de la persona contra la que se promovió la demanda.*

C) *Que el no haberse observado el procedimiento establecido en los artículos 61 y siguientes de la Ley Hipotecaria, no significa que la anotación no pueda practicarse, sino únicamente la pérdida para el acreedor de cierta preferencia sobre otros acreedores anteriores.*

Vid. Resoluciones de 19 febrero 1896, 14 junio 1899, 21 octubre 1909, 9 junio 1911, 15 julio 1918, 11 octubre 1920, 21 diciembre 1925, 9 agosto 1943 y 19 mayo 1952.

PÉREZ VICENTE

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIA COMENTADA

TERMINO ESENCIAL

(Sentencia de 24 de septiembre de 1954)

ANTECEDENTES.—El demandante había encargado al demandado la fabricación de un determinado número de cajas-envases de madera, que habían de ser entregadas dentro de un plazo convenido. El demandado, a causa de las restricciones eléctricas, sólo pudo fabricar durante dicho plazo el 30 por 100 del número de cajas que se había obligado a suministrar.

El demandante exigió del demandado la entrega de las restantes cajas y la indemnización de los daños y perjuicios causados por el retraso. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó y condenó al demandado a la entrega de las restantes cajas, absolviéndole en cuanto a la petición de indemnización de daños y perjuicios. Contra la sentencia de la Audiencia, interpuso el demandado recurso de casación por infracción de ley. El Tribunal Supremo, en acertada sentencia, de la que es ponente el Magistrado don Celestino Valledor, lo desestimó con base en los siguientes

CONSIDERANDOS.—I. (No interesa a nuestro propósito.)

2. Que en interpretación y aplicación del artículo 1.105 del Código civil, esta Sala ha declarado en sentencia del 16 de mayo de 1941, entre otras, que la fuerza mayor, en materia de obligaciones por ella afectadas, opera unas veces en forma definitiva, extinguiendo la prestación del deudor, y otras veces actúa en forma transitoria retardando el cumplimiento de la obligación, la cual generalmente revive al cesar los efectos de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor por haberse estipulado un término fijo de cumplimiento inexcusable, transcurrido el cual ya no es posible conseguir la finalidad perseguida por las partes, y en correcta aplicación de esta doctrina, la Sala sentenciadora, ante el hecho probado en la instancia, y no discutido en casación, de que por virtud de restricciones eléctricas el demandado sólo pudo fabricar durante el plazo convenido el 30 por 100 del número de cajas de madera que se había obligado a suministrar al demandante, estimó que la fuerza mayor derivada de las restricciones eléctricas actuaba en forma suspensiva eximiendo al demandado de la obligación de entregar las cajas-envases en cuanto excediesen del 30 por 100 de la cantidad convenida mientras se mantuvieran las restricciones, reviviendo el cumplimiento de la entrega de las cajas restantes una vez cesadas aquéllas y como es también hecho indiscutible que mientras estuvieron

en vigor, el demandado dejó totalmente incumplida su obligación y después sólo entregó una parte de los envases convenidos, estimó el juzgador de instancia que debía efectuar la entrega de la parte restante.

3. Que frente a esta posición de la sentencia recurrida arguye el segundo motivo del recurso que procedía atribuir a la fuerza mayor efectos totalmente extintivos de la obligación por él contraída, en atención a que el plazo de cumplimiento del contrato se había señalado como requisito esencial del mismo, pero es lo cierto que ni se aduce por el recurrente argumento alguno que permita acoger su criterio, ni hay en autos elemento alguno probatorio que conduzca a la apreciación de que durante el plazo contractual quedase totalmente paralizada la fabricación de las cajas-envases, ni de que con posterioridad al cese de las restricciones eléctricas el cumplimiento del contrato carezca de finalidad, ya que no se está en presencia de un contrato a fecha fija, en el que actúa el factor tiempo como requisito o condición esencial, según está implícitamente reconocido por el demandado al entregar parte de las cajas después de haber transcurrido el plazo contractual y suprimidas las restricciones eléctricas.

4. Que, de modo notorio, es también desestimable el tercero y último motivo del recurso, en el que se denuncia la infracción del principio de enriquecimiento sin causa, por la circunstancia de que el precio señalado a las cajas-envases en el contrato sufrió elevación en el mercado al tiempo de ser practicada la prueba en este pleito, no precisamente durante el plazo de entrega convenido, pues tal circunstancia es natural y corriente en todo contrato de cumplimiento aplazado, por la influencia del tiempo en el precio de las cosas, determinante del tiempo en pro o en contra que pueda sobrevenir a las dos partes contratantes, sin que, por lo mismo, ofrezca base jurídica para apreciar enriquecimiento de una parte y empobrecimiento de la otra, calificados de injustos o torticeros, salvo casos excepcionales en que deba tener encaje justificado la acción revisora del precio por aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», problema no planteado debidamente en este pleito.

FALLO.—No ha lugar.

COMENTARIO

I

La influencia del tiempo en los contratos se manifiesta de ordinario en que el advenimiento del término pactado implica la exigibilidad de las obligaciones contractuales y en que, caso de ser éstas incumplidas, comienza la mora para el deudor, siempre que se realicen, en las respectivas hipótesis, los requisitos exigidos por el artículo 1.100 del C. c. Pero es posible que el tiempo ejerza una mayor influencia en los contratos. En los denominados contratos a fecha fija (*Fixgeschäft* en la técnica alemana), la llegada del término convenido no se limita a determinar el momento en que es exigible la prestación debida y, en su caso, el instante a partir del cual comienza la mora para el deudor. En estos

contratos, el término, que normalmente constituye una modalidad accidental de la prestación que produce los efectos ya señalados, pasa a ser modalidad esencial de la prestación debida y su advenimiento da lugar a consecuencias jurídicas completamente distintas de las consignadas. Atendiendo precisamente a la diversa entidad de estas consecuencias, suele distinguir la doctrina dos especies de término esencial: término esencial impropio o absoluto y término esencial propio. En los negocios fijos impropios o absolutos, la designación del tiempo de la prestación tiene el significado de que la prestación no puede ser realizada fuera del tiempo convenido, y de que transcurrido el término pactado la prestación no ejecutada deviene imposible; en los negocios fijos propios, la determinación del tiempo de la prestación es contenido esencial del acuerdo negocial, pero la llegada del *dies* pactado no provoca la imposibilidad de la ejecución de la prestación no realizada, sino que otorga al acreedor el derecho a resolver el contrato y, consiguientemente, a rechazar la prestación tardía (1). Esta distinción, elaborada por la ciencia jurídica alemana, es aceptada por algunos autores españoles. Pérez y Alguer manifiestan que «en ciertos casos, la intención de las partes al fijar el plazo puede ser la de considerar imposible el cumplimiento posterior, que carecería de todo interés por su propia naturaleza como en el ejemplo del encargo de un coche para ir a la estación. A esta doctrina no se opone el número 2 del artículo 1.100... porque este texto ha de interpretarse en armonía con el concepto de mora (retraso culpable que no hace imposible el cumplimiento de la obligación, y, además, porque una cosa es que la época tenga un valor determinante de gran importancia, y otra distinta es que tenga un valor esencial hasta el punto de hacer imposible el cumplimiento posterior»; y que «nada se opone en el derecho español a la admisión de los negocios llamados fijos por la técnica alemana. Es más, el artículo 1.100, número 2, del C. c. supone su aceptación positiva... si un contrato bilateral, que sea negocio fijo, no es cumplido en tiempo, el acreedor tendrá derecho a resolverlo (art. 1.124, apartado 1), aunque, a pesar de la importancia de la exacta observancia del tiempo, no sea imposible el cumplimiento posterior, porque, tratándose de negocio fijo, no es de suponer que concurren las «causas justificadas» a que alude el artículo 1.124, apartado 3, y que autorizan al Tribunal para señalar un plazo en vez de decretar la resolución que se reclame» (2). Doctrina en el fondo análoga, sustenta Vicente y Gella, aunque se refiera a «término esencial con efecto resolutorio *ipso iure*» o «término (esencial) absoluto» y «término esencial» (3). De las dos especies de término esencial señala-

(1) En este sentido, basándose en el parágrafo 361 del BGB, la doctrina alemana dominante, aunque la terminología empleada no sea uniforme. Así, ENNECCERUS-LEHMANN hablan de «negocio fijo impropio, obligaciones fijas absolutas» y de «negocios fijos» (*Derecho de obligaciones*, vol. 1, traducción española. Barcelona, 1947; pág. 130). SIEBER distingue *absolute Fixgeschäfte* y *einfache Fixgeschäfte* (*Schuldrecht*, Leipzig, 1931; págs. 75-6). LARENZ diferencia *absolute Fixgeschäfte* y *gewöhnliche Fixgeschäfte* (*Lehrbuch des Schuldrechts*, primer tomo. München und, Berlin, 1953; pág. 170). En la doctrina suiza, VON TUHR se hace eco de la distinción apuntada sin emplear una terminología precisa; cf. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, segunda edición revisada por SIEGWART, vol. II. Zürich, 1944; pág. 491-2.

(2) Anotaciones al vol. I del *Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS-LEHMANN. Barcelona, 1947; pág. 133.

(3) *El término esencial*, en «Revista de Derecho Mercantil», vol. VIII, 1949; pág. 741, especialmente, págs. 13 y 32-33.

das hace relación la sentencia comentada al término esencial impropio o absoluto, transcurrido el cual ya no es posible ejecutar la prestación debida y no realizada. Por consiguiente, nos limitaremos aquí a examinar este tipo de término esencial.

En los supuestos de término esencial absoluto o impropio, la prestación ha de realizarse irremisiblemente dentro de cierto plazo o en un determinado momento, de forma tal que la prestación extemporánea no constituye un cumplimiento prematuro o tardío de la obligación, sino que simplemente no constituye cumplimiento alguno (4). La esencia de las obligaciones consiste, por lo general, en la realización de un *dare*, un *facere* o un *non facere*, pero es posible que de la naturaleza de la obligación o del acuerdo de las partes resulte que la prestación está integrada por un *dare*, un *facere* o un *non facere* en un determinado momento o día o dentro de cierto plazo (supuestos de término esencial absoluto). Cuando ello suceda, el tiempo, normalmente, modalidad accesoria de la prestación, vendrá a constituir una modalidad esencial de la misma (5), hasta el punto de que no se deberá un *dare*, un *facere* o un *non facere*, sino un *dare*, *facere* o *non facere* en un determinado momento o día o dentro de cierto plazo. Como consecuencia, si no es cumplida la obligación en el momento o dentro del plazo convenidos, se producen los efectos jurídicos consecuentes a la imposibilidad de la obligación; ésta se extingue (cuando no ha mediado culpa) o bien se transforma en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (caso de haber intervenido culpa) (6). Este peculiar efecto que implica el transcurso del término esencial absoluto, es recogido con toda claridad por el segundo considerando de la sentencia anotada, cuando tras afirmar que la fuerza mayor transitoria sólo provoca un retardo en el cumplimiento de la obligación, exceptúa de esta regla el caso en que «el contrato haya perdido su valor por haberse estipulado un término fijo de cumplimiento inexcusable, transcurrido el cual ya no es posible conseguir la finalidad perseguida por las partes».

El término esencial absoluto no forma parte de los *essentia negotii*, sino que representa una determinación accesoria de la voluntad negocial, un elemento accidental cuya inserción en el complejo contractual depende de la voluntad de las partes (7). Las partes son las únicas autorizadas para introducir el término esencial absoluto en una determinada relación contractual, y pueden hacerlo bien conviniéndolo expresamente, bien pactando la realización de una prestación que sólo en determinado momento o dentro de cierto plazo puede ser ejecutada. Para apreciar la existencia del término esencial absoluto hay que acudir, por ende, al examen de la voluntad de los contratantes. Dado el rigor de las consecuencias jurídicas ocasionadas por el transcurso del término esencial absoluto (extinción de la obligación por imposibilidad de la prestación),

(4) Vid. GIERKE: *Deutsches Privatrecht*. III, *Schuldrecht* (München und Leipzig, 1917): página 102.

(5) Cf. SIMONETTO: *I Contratti di Credito*. Padova, 1953; pág. 170.

(6) Vid. BARASSI, *La Teoria Generale delle Obbligazioni*. Milano, 1946; pág. 1019.

(7) En este sentido, NAROLI: *Il termine essenziale*, en «*Rivista di Diritto Commerciale*», 1947, 1; pág. 225. No obstante, es posible que el término esencial forme parte de los «*essentia negotii*» en determinados tipos de contratos. Tal sucede, a tenor del artículo 83 del Código de Comercio, con los contratos de compraventa al contado celebrados en feria. Cf. VICENTE Y GUELLA, op. cit.: pág. 34.

solo debe admitirse su existencia en aquellos casos en que las partes lo hayan expresamente pactado o resulte inequívocamente de la naturaleza de la prestación convenida. En la duda ha de rechazarse la existencia del término esencial absoluto y el intérprete ha de inclinarse, a lo sumo, por la de un término esencial propio (8). A esta actitud corresponde plenamente la doctrina contenida en el tercer Considerando de la sentencia comentada.

II

El principio del enriquecimiento sin causa, aun teniendo un gran campo de aplicación, posee, sin embargo, unos límites concretos que perfilan la institución e impiden su actuación en todos los supuestos de enriquecimiento y empobrecimiento correlativos. De ello se infiere el acierto de la sentencia al desestimar el motivo tercero del recurso—que denunciaba la infracción del principio del enriquecimiento sin causa—y situar la cuestión dentro del ámbito del riesgo contractual y de la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Pertenece a la esencia del contrato oneroso el que cada parte reciba a cambio de su prestación una contraprestación equivalente. La equivalencia entre prestación y contraprestación no se mide con arreglo a índices objetivos, sino que en un sistema de libertad de contratación, como el nuestro, son las partes las que determinan, atendiendo al criterio de sus propias necesidades, la equivalencia entre prestación y contraprestación (9). Los contratantes fijan con toda libertad la cuantía de la prestación y la contraprestación en base a la libertad contractual imperante en el ordenamiento jurídico privado. Y así, como no hay para el hombre libertad sin riesgo, tampoco puede darse una libertad contractual sin riesgo contractual (10). Las partes, al celebrar un contrato de ejecución diferida, deben incluir en los cálculos tendentes a fijar la equivalencia entre prestación y contraprestación, todas las posibles alteraciones que el curso de los acontecimientos puede introducir en el valor de las cosas. Sobre la parte negligente recaerán, en su caso, todas las consecuencias que se produzcan en virtud de las mencionadas alteraciones. En este sentido se expresa la sentencia en su cuarto considerando al afirmar que «tal circunstancia (elevación del precio señalado en las cajas-envases) es natural y corriente en todo contrato de cumplimiento aplazado, por la influencia del tiempo en el precio de las cosas, determinante del riesgo en pro o en contra que puede sobrevenir a las dos partes contratantes». Sólo en casos excepcionales en los que se produzca una alteración tal de la equivalencia entre prestación y contraprestación, que no pueda hablarse en modo alguno de contrato oneroso, es posible solicitar una revisión del contrato a fin de restaurar el equilibrio que entre prestación y contraprestación debe existir (11). Actuará en supuestos semejantes la doctrina de la

(8) De este modo la doctrina alemana dominante. Vid. SIEBER, loc. cit.; LARENZ, loc. citada; BLOMEYER: *Allgemeines Schuldrecht* (Berlín und Frankfurt a. M., 1953); pág. 940. En la doctrina española, VICENTE Y GELLS, op. cit.; págs. 36-37.

(9) Vid. FUENMAYOR: *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos*, edición separada del A. D. C. Madrid, 1950; págs. 7 y ss. Cf. también LARENZ: *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung* (München und Berlín, 1951); pág. 100.

(10) Vid. LARENZ, op. últimamente cit.; pág. 169.

(11) Cf. LARENZ, op. cit. últimamente; págs. 100 y ss.

cláusula *rebus sic stantibus*, como afirma la sentencia comentada. La única solución posible al caso propuesto hubiese sido esta: considerar si el empobrecimiento de una parte y enriquecimiento de la otra, a consecuencia de la elevación del precio señalado a las cajas-envases, son de tal naturaleza que impliquen la destrucción de la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación, hasta el punto de que ya no pueda hablarse de contrato bilateral (12). Pero esta cuestión no ha sido debidamente planteada y de ahí que el Tribunal Supremo no haya podido entrar en su examen.

CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Becario del I. N. E. J., Profesor A. de Derecho civil en la Universidad de Santiago.

(12) Por ello, en lugar de aludir a la cláusula *rebus sic stantibus*, hubiésemos preferido hablar de desaparición de la base del negocio objetiva por destrucción de la relación de equivalencia, como lo hace LARENZ, op. y loc. cit. últimamente.

II. SENTENCIAS

Sala primera

A cargo de Luis DIEZ-PICAZO y Domingo IRURZUN con la supervisión de Antonio IPIENS y Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte General.

1. APLICACIÓN DEL DERECHO FORAL: EL CÓDIGO CIVIL EN LAS REGIONES FORALES. (Véase S. 11 diciembre 1953, V, 5.)

2. JURISPRUDENCIA: SU VALOR COMO FUENTE INDIRECTA: VALOR DE UNA SOLA SENTENCIA. (Véase S. 11 diciembre 1953, V, 5.)

3. EL PRINCIPIO «IURA NOVIT CURIA» EN RELACIÓN CON LAS CUESTIONES NUEVAS EN CASACIÓN: *Aunque es cierto que el principio «iura novit curia» autoriza a los juzgadores de instancia y al mismo T. S. para resolver las pretensiones y recursos de casación mediante la aplicación de los preceptos legales más ajustados al caso, aunque sean distintos de los citados por las partes, no es menos cierto que los hechos y los problemas de derecho planteados por éstas no pueden sufrir alteración o ser sustituidos por otros distintos.* [Sentencia 17 mayo 1954.]

4. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: ERROR DE DERECHO: El cauce procesal del número séptimo del artículo 1.692 es cauce procesal inadecuado para impugnar la interpretación que el juzgador de instancia hizo de una cláusula testamentaria.

En la mera interpretación de las cláusulas testamentarias es menester que exista error para que la sentencia pueda ser casada, y el criterio interpretativo de los Tribunales debe prevalecer sobre el del recurrente en cuanto no aparezca que aquéllos incurrieron en error al formular su criterio por contrariar de modo manifiesto la voluntad del testador. [Sentencia 1 mayo 1954.]

5. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS: ERROR DE DERECHO: *Debe ser desestimado por su errónea e inadecuada formulación un recurso en el que, para combatir la interpretación que de un contrato hace un Tribunal, se utiliza el cauce procesal del número 7 del artículo 1.692 LEC, pues no tratándose de valoración de prueba, no es éste, sino el del número 1.º de dicho precepto legal el pertinente.* [Sentencia 13 marzo 1954.]

6. INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: INTERPRETACIÓN RACIONAL: V. S. 8 junio 1954, III, 27.

7. INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: *No puede admitirse el recurso de casación que la impugna cuando no se justifica que la interpretación*

realizada por la Sala sentenciadora sea contraria a las declaraciones o a los actos de las partes del negocio. [Sentencia 3 mayo 1954.]

8. LA INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO Y EL RECURSO DE CASACIÓN: Para que la impugnación de la calificación de un contrato realizada por la Sala sentenciadora pueda prosperar al amparo del núm. 1 del art. 1.692 de la LEC, es necesario demostrar el error interpretativo en que el Tribunal ha incurrido al juzgar los elementos que lo integran, citando al efecto las normas legales relativas a la interpretación de los contratos que hubieran resultado infringidos. [Sentencia 21 abril 1954.]

9. INEXISTENCIA DE LOS CONTRATOS: PRUEBA: VICIOS DE LOS CONTRATOS Y CONDICIONES: Ni el enriquecimiento torticero, ni la cláusula «rebus sic stantibus», determinan la inexistencia de los contratos. Es legal y doctrinalmente incuestionable que la existencia de condición en las obligaciones y que la concurrencia de vicios en el consentimiento creador de los contratos, no es admisible en juicio sin una cumplida prueba de su realidad. [Sentencia 5 diciembre 1953.]

10. PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA: (Véase Sentencia 16 de marzo de 1954, III, 19.)

11. PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA: EL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: La sentencia que atribuye a un documento, traído al pleito en virtud de acuerdo para mejor proveer, eficacia probatoria para acreditar un hecho cuya realidad no constaba por ninguno de los elementos de prueba suministrados por la parte que lo alegó, no infringe el artículo 1.214 del C. c., enunciativo del principio de distribución de la carga de la prueba, que impone a cada uno de los litigantes el deber de aportar la referente a los hechos en que funden sus respectivas pretensiones y al juzgador el deber de respetar dicho principio y tenerlo en cuenta al apreciar en definitiva las consecuencias de la falta de pruebas con respecto a la parte obligada a aportarla. Pero no le impide formar su convicción con los materiales o elementos de juicio que obtenga haciendo uso de la facultad discrecional que, como excepción al principio rogatorio concede a los Jueces y Tribunales el artículo 340 de la LEC.

PRUEBA: VALOR DE LAS DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: HECHOS NO PROBADOS POR LA PARTE: No constituye un impedimento la circunstancia de que los hechos acreditados hubiesen quedado improbados por la parte que los alegó, ya que los antecedentes traídos al pleito por virtud del citado artículo 340 LEC surten igual efecto que los suministrados por la iniciativa de los contendientes.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: CESIÓN DE DERECHOS A UN COARRENDATARIO BAJO LA LEGISLACIÓN ANTERIOR: INCLUSIÓN EN LA PROHIBICIÓN DE SUBARRENDANDO: La cesión o traspaso que, sin consentimiento del arrendador, realizaron los arrendatarios de los derechos correspondientes a dos de ellos, pactando

que continuaria, no obstante, el contrato a nombre de todos los cedentes que lo habían contratado, produce para el arrendador iguales consecuencias que un subarriendo, y debe estimarse como cláusula de desahucio o resolución del contrato, sin que pueda estimarse en tal supuesto la existencia del traspaso que el Decreto de 21 de enero de 1936 concedía a los arrendatarios de locales de negocio, pues para su existencia era preciso que el cedente hubiera entregado alguna cantidad al haber obtenido el local de un anterior arrendatario.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO Y CESIÓN: SU EXTINCIÓN CON LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO PRINCIPAL: INNECESARIEDAD DE DIRIGIRSE CONTRA LOS CESIONARIOS: Los derechos de los subarrendatarios o cesionarios de un derecho de arrendamiento, como derivados de un contrato accesorio, se extinguen «ipso facto» y sin necesidad de declaración judicial cuando se declara fenecido el contrato principal, haciéndose por ello innecesario que la demanda sea dirigida contra los subarrendatarios o cesionarios, a no ser en los casos en que así lo dispone la ley por conceder excepción al cesionario para demostrar el consentimiento del arrendador. [Sentencia 29 abril de 1954.]

12. **PRUEBA: VALOR DEL DOCUMENTO PRIVADO:** Según el artículo 1.225 del C. c. el valor probatorio de los documentos privados se limita a las declaraciones hechas por los otorgantes o a lo que del mismo resulte contra ellos, pero no puede probar por sí sólo contra un tercero que no ha intervenido en él.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: PRESUNCIÓN DE TRASPASO: El hecho de ocupar y disfrutar otra persona los locales arrendados que han sido abandonados por el titular arrendatario significa una lógica presunción de traspaso. [Sentencia 2 abril 1954.]

II. Derechos reales.

1. **ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS: ELEMENTO OBJETIVO.** (Véase Sentencia 1 marzo 1954, III, 6.)

2. **COMUNIDAD Y SERVIDUMBRE DE PASTOS: SU DIFERENCIACIÓN:** Ha de hacerse a base de la calificación del inmueble de que se trate, como predio ajeno respecto de los interesados en determinado aprovechamiento, o como predio perteneciente a todos los interesados.

SERVIDUMBRE DE PASTOS: La existencia de predio ajeno conducirá a la apreciación jurídica de alguna utilidad de la finca por personas distintas del dueño, y constituirá una limitación del pleno dominio por el gravamen real de la servidumbre. [Sentencia 2 febrero 1954.]

«Se ha de reconocer que la línea divisoria entre ambas instituciones no se ofrece con motivos claros y precisos en nuestro derecho histórico, ni

en las resoluciones de esta Sala... ni en el Código civil, que en sus artículos 600 a 603, incluidos en el título de las servidumbres, mantiene cierta confusión terminológica entre comunidad y servidumbre de pastos, no obstante lo cual quizá no resultase aventurada la afirmación de que los artículos 392, 530 y 531 del Código civil contienen la clave precisa para la distinción, a base de la calificación del inmueble o inmuebles de que se trate como predio ajeno respecto de alguno de los interesados en determinado aprovechamiento o como predio o predios pertenecientes a todos los interesados en dominio singular, agrupados para el disfrute en común por todos ellos o su dominio plural proindiviso, y así la existencia de predio ajeno conducirá a la apreciación jurídica de alguna utilidad de la finca por personas distintas del dueño, constituirá una limitación del pleno dominio por la concurrencia del gravamen real de la servidumbre, mientras que, en los restantes supuestos o es recíproca entre todos los dueños agrupados la restricción en el disfrute de su propia finca, o no hay limitación de dominio, sino dominio compartido por todos los interesados en cosa realmente propia e indivisa y en toda la plenitud de sus atribuciones.» (Considerando 3.º)

OBSERVACIONES: Es posible que el criterio adoptado por el Tribunal Supremo, coincidente en lo esencial con el expuesto por Ossorio Morales (citado por Castán «Derecho Civil», quinta edición, 1942, II-212), no sea tan fecundo y claro como a primera vista parece. Es claro que si la finca o fincas pertenece proindiviso a varios dueños, no existe problema. Este surge cuando hay varios dueños que, conservando la propiedad de sus respectivas fincas, pactan el común disfrute de los pastos producidos por todas ellas.

Sobre la base de la diferencia entre la comunidad en las cosas y la comunidad en su disfrute, se observa que el criterio de diferenciar comunidad y servidumbre de pastos por la calificación del predio como ajeno, es insuficiente.

Existente, pues, una titularidad dominical aislada, particular e independiente de cada dueño sobre su propio predio queda en el aire la calificación de su derecho a participar en el disfrute de las fincas ajenas. Habrá que estar, desde luego y en primer lugar, a los términos del pacto constitutivo.

Aun cabría decir que la comunidad en el disfrute de los pastos no es —si la denominación es admisible—, más que una servidumbre recíproca. (D. I.)

3. PROPIEDAD INDUSTRIAL: MODELOS DE UTILIDAD: CARÁCTER: CONVERSIÓN EN PATENTE: *El artículo 173 del Estatuto de propiedad industrial atribuye al Registro la posibilidad de convertir los modelos de utilidad en patentes, a petición del concesionario.*

PROPIEDAD INDUSTRIAL: MODELOS DE UTILIDAD: CAUSAS DE NULIDAD: *Según el artículo 180 del Estatuto, la única causa de nulidad de los modelos de utilidad declarable por los Tribunales ordinarios es la inexactitud en las manifestaciones de no haberse conocido y aplicado en España que deberá hacer el peticionario al Registro [Sentencia 27 marzo 1954.]*

4. PRECARIO: CONCURRENCIA CON ARRENDAMIENTO. (Véase Sentencia 25 de enero de 1954, III, 28.)

5. ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA: ACCIÓN CONTRADICTORIA DEL DOMINIO. (Véase Sentencia 6 marzo 1954, III, 7.)

III. Derecho de obligaciones.

1. RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: ARTÍCULO 1.124: *No puede pedír la resolución de contrato, conforme al artículo 1.124 del Código civil, quien previamente lo incumplió.* [Sentencia 27 febrero 1954.]

2. RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: NATURALISTA: *La resolución de la relación obligatoria es un derecho potestativo cancelatorio, atribuido a una de las partes de dicha relación, que cuando se hace valer por medio de una declaración de la parte a quien ese derecho corresponde y esta declaración es aceptada por la parte contraria, hace innecesaria la intervención judicial.* [Sentencia 6 marzo 1954.]

3. RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: EL ARTÍCULO 1.124 Y EL 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL. (Véase Sentencia 6 marzo 1954, 10.)

4. CLÁUSULA PENAL. (Véase Sentencia 5 febrero 1954, 21.)

5. OBLIGACIONES CONDICIONALES: CONDICIÓN CUMPLIDA: *Supeditada la reducción del precio de venta de un piso al hecho de que el comprador gestionase la venta de otros tres, queda cumplida la condición al otorgarse los documentos privados de compraventa de los cuatro cuartos, aunque respecto de dos de ellos no se formalizase luego el contrato en escritura pública por causas no imputables al intermediario, sino al propio vendedor.*

CONDICIÓN SUSPENSIVA POTESTATIVA: *Al establecerla se hace depender de ella el nacimiento de una obligación, pero no se deja el cumplimiento de la que nazca al arbitrio de uno de los contratantes.*

NOVACIÓN: *Al otorgarse el documento privado de venta en fecha 14 de diciembre de 1943, en el que se consignó como precio la suma de 250.000 pesetas, no se extinguió por novación la obligación de rebajar ese precio a 150.000, contraída el día 4 del mismo mes, para el caso de que se realizasen las gestiones en el mismo previstas; las cuales, efectivamente, se estimaron realizadas, otorgándose la rebaja al suscribir el vendedor otro documento en este sentido el 28 de febrero siguiente.* [Sentencia 6 febrero 1954.]

6. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR UNA INTRUSIÓN MINERA: *Convenido por las partes en transacción presentada con la demanda, que en la indemnización de los daños y perjuicios causados por una intrusión minera, había de satisfacerse en dinero, es casable la sen-*

tencia que ordena la restitución «in natura» del mineral ilícitamente apropiado.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR UNA INTRUSIÓN MINERA: FECHA A QUE DEBE REFERIRSE SU VALORACIÓN: *Discutida la fecha a que debe referirse la valoración del daño emergente y lucro cesante producidos por una intrusión minera, la norma aplicable habrá de ser la prevista en el artículo 26 de la Ley de Minas entonces vigente, y aunque en principio la valoración del daño debiera remitirse al momento en que fué realizado, que es cuando se produjo el detrimento patrimonial, o el de la fecha en que éste fuera conocido, por ser el momento en que puede comenzar a ejercitarse la acción, es preferible remitirla en el caso de autos a la fecha en que las partes se pusieron de acuerdo acerca de la entidad de la intrusión y de la obligación de indemnizar.*

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR UNA INTRUSIÓN MINERA: SUJETO RESPONSABLE: *La acción de resarcimiento de daños puede y debe ejercitarse en primer término y en su totalidad, contra el autor culposo de la intrusión, que es, además, el explotador único de la mina a través de la cual efectuó la intrusión, sin que, por lo tanto, sea procedente reducir su responsabilidad al setenta por ciento, como hace el Tribunal de instancia, en consideración a ser ésta la proporción que le corresponde en la comunidad dueña de la mina que él explotaba.*

ACCIÓN REIVINDICATORIA: ELEMENTO OBJETIVO: *La «reivindicatio» sólo se da para recobrar cosas corporales, concretas y determinadas, poseídas por el demandado; por lo cual, reclamándose una cosa genérica, no delimitada y consumida ya por el que es su poseedor, es claro que la acción ha sido erróneamente calificada de reivindicatoria. [Sentencia 1 marzo 1954.]*

7. CESIÓN EN PAGO DE DEUDAS: ERROR EN LA EXTENSIÓN DE LA FINCA Y EN SU VALOR: *No incluye el error en cuanto a la mayor extensión cuando se trata de cuerpo cierto y precio único, siendo de aplicación el artículo 1.471; y por lo que se refiere al exceso de valor de la cosa entregada sobre la cantidad de dinero convenida, es sabido que la lesión enorme o enormísima no es apreciable, desde la publicación del Código civil, más que en los dos supuestos que señala el artículo 1.293.*

ARTÍCULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA: ACCIÓN CONTRADICTORIA DEL DOMINIO: *Es indiscutible que, si en razón de los pedimentos de una demanda, había que extraer de una inscripción registral unos bienes que específicamente se hallaban en ella comprendidos y otros que, aunque no específicamente, estaban, según se afirma, involucrados con los anteriores, era preciso destruir esa inscripción y para ello necesaria la declaración judicial de su nulidad o cancelación, conforme al artículo 38 de la Ley Hipotecaria. [Sentencia 6 marzo 1954.]*

8. CAUSA DE LOS CONTRATOS: *Existe causa en el contrato en que se dan las prestaciones recíprocas de no exigir el abono de las mejoras realizadas*

en la finca, por un lado, y de permitir en cambio el usufructo de la misma, por el otro. [Sentencia 3 abril 1954.]

9. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. (Véase Sentencia 6 marzo 1954, 10.)

10. PROMESA DE VENTA Y COMPRAVENTA: *Hay promesa de venta cuando las partes, aun estando de acuerdo sobre los elementos esenciales de una compraventa, sólo se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrarlo posteriormente, pero si se entregan las fincas objeto del mismo y su documentación al adquirente, quien paga una parte del precio, quedando aplazado el resto, etc., no puede ofrecer duda que el contrato celebrado es de compraventa.*

INTERPRETACIÓN: *No puede decirse que sea innecesaria, por ser claros los términos del contrato, cuando en la redacción de éste hay contradicciones, como la de denominar promesa de venta al contrato después de expresarse que una de las partes interviene como vendedor y la otra como comprador, e imprecisiones como la de la cláusula que dice: «que la venta, o mejor dicho la escritura de venta, se hará al terminar el pago total, ante Notario»; todo ello unido a la discrepancia de las partes sobre si el contrato era una promesa de venta o de venta ya perfeccionada, resulta imprescindible para el Tribunal de instancia su interpretación.*

RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES: EL ARTÍCULO 1.124 Y EL 1.504: *El artículo 1.124 no es aplicable a los contratos de compraventa, que se rigen, en el particular a que el mismo se contrae, por disposiciones que expresamente los regulan, como es el artículo 1.504.* [Sentencia 6 marzo 1954.]

OBSERVACIONES: *Promesa de venta y compraventa.* La Sentencia de 6 de marzo de 1954 coincide con la de 11 de noviembre de 1943 en el encuadramiento de la promesa de venta dentro del campo del precontrato, configurado éste, a su vez, como creador de una obligación de prestar un futuro consentimiento. V., respecto de dicha sentencia, el comentario de HERNANDEZ GIL, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, noviembre 1954. Consúltese también el importante estudio que de la citada sentencia, de la de 28 de marzo de 1944 y otras posteriores sobre análoga materia, hizo GONZALEZ ENRIQUEZ en esta Revista, tomo III, 4 (1950), página 1383 y ss. en su extenso comentario a la Sentencia de primero de julio de 1950. Y para una visión doctrinal completa de la materia, el magnífico trabajo de DE CASTRO, «La promesa de venta», A. D. C., tomo III-4 (1950), páginas 1133-1186.

Resolución de las obligaciones. El artículo 1.124 y el 1.504: En la correcta doctrina expresada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 6 de marzo de 1954, hay que destacar la salvedad contenida en la frase «en el particular a que el mismo se contrae», que circunscribe a sus justos límites la aplicación del artículo 1.504. Hay que observar, en efecto, que dicho artículo modifica el 1.124 en una sola de las dos direcciones que éste comprende. Da opción el 1.124 para exigir el cumplimiento o la resolución. El 1.504 parte del supuesto de que el perjudicado ha optado por la resolución, y en tal caso restringe el ejercicio de la misma, supeditándola al previo requerimiento judicial o notarial. (D. I.)

11. OPCIÓN DE COMPRA: EXTINCIÓN: PLAZO: *El derecho de opción se extingue con el transcurso del tiempo por que fué pactado y su ejercicio fuera de plazo es ineficaz.*

OPCIÓN DE COMPRA CON ARRENDAMIENTO: EFECTO DE LA PRÓRROGA DE ESTE SOBRE EL PLAZO DE LA OPCIÓN: *El beneficio de prórroga, que establece el artículo 70 de la LAU, tiene por objeto únicamente a la relación de arrendamiento, sin que se extienda a otras obligaciones de las partes que, aun contraídas en el mismo documento, pertenecen al contenido de otro negocio jurídico distinto, como es el de opción de compra [Sentencia 17 mayo 1954.]*

12. DONACIÓN REMUNERATORIA Y DONACIÓN MODAL: COMPATIBILIDAD: *La donación en que la donataria, que ya venía haciéndolo con anterioridad, se compromete y obliga a cuidar y asistir personalmente, tanto en salud como en enfermedad, no es sólo remuneratoria por servicios, sino condicional (con cargas o modal), y ésto en importancia que supera el carácter remuneratorio, ya que se refiere a la existencia y cuidado durante todo el resto de la vida de la donante. [Sentencia 7 abril 1954.]*

13. RETRACTO ARRENDATICIO: EFECTOS RESPECTO DE LOS RETENAYENTES: *Firmes en casación los hechos de que lo adquirido por retracto fué la parcela del Cortijo que por vínculo arrendaticio venían cultivando los litigantes, y que lo poseído en tal concepto por demandante y demandado eran 343 y 103 Has., respectivamente, y no una porción del cortijo indentificable por sus linderos, falta base de facto para la viabilidad jurídica de los motivos del recurso que propugnan la tesis de que lo adquirido por retracto fué un cuerpo cierto, sobre todo si, como reconoció el demandado en la contestación a la demanda, el precio fué pagado a un tanto por unidad de medida superficial, y una vez adquirida la propiedad, los litigantes otorgaron escritura de división material. [Sentencia 27 abril 1954.]*

14. PRÉSTAMO: DECRETO LEY 31 DICIEMBRE 1937: *La aplicación de los especiales beneficios establecidos por el Decreto-ley de 31 de diciembre de 1937 se encuentra condicionada por la concurrencia en los prestatarios de la cualidad de agricultores y en los préstamos por su concesión posterior al mes de abril de 1931, cualquiera que fuera su origen o destino, sin más excepciones que la relativa a créditos por suministros de producción. [Sentencia 26 abril 1954.]*

15. MANDATO Y SOCIEDAD: OBLIGACIÓN DE RENDICIÓN DE CUENTAS: *Existe esta obligación indudablemente para las personas que, aun sin tener la cualidad de socios administradores o liquidadores, manejan o administran los fondos sociales por delegación y cuenta de la sociedad, como mandatarios representativos o sin poder de representación. [Sentencia 13 marzo 1954.]*

16. SOCIEDAD: INTERPRETACIÓN: ENTREGA DE UNA CANTIDAD CON EL CALIFICATIVO DE APORTACIÓN: *No puede presumirse la existencia de un contrato de*

sociedad por el solo hecho de que al recibir una cantidad se le califique de «aportación», pues esta palabra no designa única y exclusivamente lo que se entrega para constituir un capital social. [Sentencia 11 mayo 1954.]

17. SOCIEDAD CIVIL Y SOCIEDAD MERCANTIL: SOCIEDAD MERCANTIL IRREGULAR: *Convenido por los cuatro litigantes acudir juntos a la subasta de los aprovechamientos forestales y realizar los actos necesarios para llegar a tal fin, contrataron un vínculo contractual colectivo tendiente a proporcionarse un lucro en la operación que emprendían, circunstancias que imprimen a este convenio las características de un contrato de sociedad con fines económicamente lucrativos que le separan de la esfera estrictamente civil para incluirle en la mercantil, si bien por la omisión de los requisitos legales pertinentes hay que estimar esta sociedad como irregular, sin que dé lugar al nacimiento de entidad independiente y por tanto sin trascendencia respecto de terceros. [Sentencia 6 marzo 1954.]*

OBSERVACIONES: Reafirma la conocida doctrina sobre las sociedades mercantiles irregulares. No es, sin embargo claro, que la tendencia a «proporcionarse un lucro», califique a la sociedad como mercantil, pues también existe esta intención en la sociedad civil. (Art. 1.665, «con ánimo de partir entre sí las ganancias».) Sobre las características del lucro y del objeto de la sociedad. V. AZURZA. «Problemas de la sociedad civil», A. D. C., V-1, especialmente en cuanto a esta materia, págs. 150 y ss. (D. I.)

18. SOCIEDAD CIVIL; PÉRDIDAS Y GANANCIAS: *Invertido en la compra de ganado un préstamo que uno de los socios hizo a la sociedad, la pérdida de dicho ganado por fuerza mayor no la sufre el socio prestamista, sino que afecta a la sociedad, repercutiendo en los socios proporcionalmente a sus aportaciones. [Sentencia 8 marzo 1954.]*

19. COMPROMISO: NATURALEZA JURÍDICA: SIGNIFICACIÓN Y EFICACIA DEL LAUDO: *Tiene la eficacia de las sentencias, siéndole, por tanto, aplicable la presunción de cosa juzgada.*

PRUEBA: CARGA DE LA PRUEBA: *Incumbe al demandante la prueba de los hechos específicos constitutivos del derecho que invoca, o sea los necesarios para justificar la acción que ejercita, así como al demandado corresponde, a su vez, probar los hechos impeditivos o extintivos y aquellos en que se funden las excepciones que alegue; por tanto, el que demanda la nulidad de la resolución de los compromisarios debe probar la realidad de la causa en que funda su pretensión. [Sentencia 16 marzo 1954.]*

20. COMPROMISO: NULIDAD DEL LAUDO: PLAZO: PRÓRROGA ESTABLECIDA POR EL COMPONEDOR: *Es nulo el laudo dictado fuera del plazo establecido en la escritura de compromiso, sin que baste para subsanar este defecto la prórroga establecida por uno solo de los componedores que no está facultado para ello por la escritura, siendo, además, el tiempo de la prórroga superior a la mitad del conferido por las partes.*

COMPROMISO: CLÁUSULA PENAL PARA EL CASO DE RECURSO: *No es obstdculo para que prospere el recurso el que en la escritura de compromiso se dis ponga que si cualquiera de los contratantes entablase recurso contra la validez del laudo de los componedores, cualquiera que fuese la causa, contraeria la obligación de entregar a la otra en concepto de pena determinada cantidad porque ello no constituye una renuncia al derecho de recurrir, sino una cláusula penal [Sentencia 5 febrero 1954.]*

21. **CLÁUSULA COMPROMISORIA: DESAHUCIO:** *La acción de desahucio está atribuida exclusivamente a la jurisdicción ordinaria por el artículo 1.561 de la LEC y por ello debe considerarse como una excepción más de las atribuciones conferidas a los árbitros y amigables componedores por el artículo 487 LEC en relación con el 1.820 del C. c.*

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMÚN: *Toda relación arrendaticia que verse sobre negocio industrial, aun con inclusión del local en que, como uno de sus elementos, se halle instalado, rebasa los límites de aplicación de la Ley especial de arrendamientos para ser gobernada exclusivamente por la legislación común. [Sentencia 27 abril 1954.]*

22. **CULPA EXTRA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA: EXONERACIÓN:** *Atribuída la omisión negligente a un Jefe de Estación, sin discusión Agente de la RENFE, es esta entidad responsable del pago de la indemnización, aplicando el párrafo 4.º del artículo 1.903 del C. c., pues dicho Agente obraba en el servicio del ramo que le estaba encomendado y con ocasión de sus funciones. Y no queda la RENFE exonerada de responsabilidad por el hecho de que existiesen y formulariamente se cumplieran los requisitos reglamentarios debidos, cuando la realidad se impone y aparece que las medidas tomadas para precaver y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido posttivo resultado, lo cual revela la insuficiencia de las mismas. [Sentencia 25 marzo 1954.]*

23. **ARRENDAMIENTOS URBANOS: REQUISITOS DE FORMA DEL CONTRATO Y NULIDAD DEL MISMO SEGÚN EL DECRETO DE 21 ENERO 1936:** *La omisión de este requisito no implicaba la nulidad del contrato, porque el artículo 11, al sancionar con esta medida los pactos opuestos a sus preceptos, hacia referencia a aquellos que versaren sobre derechos y obligaciones de carácter sustantivo, impidiendo la renuncia de los mismos, pero de ningún modo pretendía dar un requisito formal el carácter de solemnidad esencial.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DESAHUCIO: LEGITIMACIÓN DEL HEREDERO DEL ARRENDADOR: *El heredero del arrendador está legitimado para ejercitar la resolución del contrato, sin que pueda exigirsele demostración de la propiedad de la cosa, pues en esta clase de juicios no cabe discutir cuestiones fundadas en la propiedad de las cosas arrendadas, sino en la posesión de las mismas. [Sentencia 5 febrero 1954.]*

24. **ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA Y DE LOCAL DE NEGOCIO: NOTA DIFERENCIAL ENTRE LOS ARTÍCULOS 4 Y 5 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS:** *La nota*

diferencial radica en el hecho de que el arrendatario reciba en uso y disfrute un local con el negocio en él establecido, o reciba el local con enseres desarticulados que él completa y organiza para crear una industria que al celebrar el contrato no existía.

Conformes los litigantes en que fué objeto del arrendamiento discutido un local con instalaciones industriales frigoríficas para la producción de frío artificial, y declarado por la sentencia recurrida, sin impugnación en este aspecto, que lo que recibió el arrendatario fué la instalación industrial completa, y a punto de funcionamiento, no ofrece duda que lo arrendado fué una industria, sin que este carácter originario del vínculo arrendaticio se desvirtúe por la circunstancia de que el arrendatario dedicase la instalación a su propio negocio de almacenistas de huevos, hecho que no transforma el arrendamiento inicial en otro local de negocio, ni, por tanto, lleva como secuela la prórroga forzosa del arrendamiento ordenada en el artículo 70 de la Ley [Sentencia 11 mayo 1954.]

25. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMÚN: (Véase Sentencia 27 abril 1954. 21.)

26. ARRENDAMIENTOS DE SOLAR: CALIFICACIÓN Y PRUEBA DE LA CUALIDAD DE LA COSA: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *La calificación de la cosa arrendada como solar es un concepto jurídico y puede ser impugnada al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la LEC; pero lo que no puede hacerse en casación es pretender hacer valer el criterio propio del recurrente sobre el del juzgador, sin demostrar la equivocación de la deducción en que éste se fundamenta, bien por la falta de certeza de los hechos de que se parte o por la errónea valoración de los elementos probatorios, acusadas por el cauce del número 7 del artículo 1.692 LEC [Sentencia 30 enero 1954.]*

27. ARRENDAMIENTOS URBANOS: APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LAU: *No por ser el contrato de fecha anterior a la promulgación de la LAU queda excluido de la legislación especial, ya que, a tenor de la disposición transitoria 1.ª, será ésta de aplicación no sólo a los que se celebren a partir del momento de su vigencia, sino también a los anteriores, salvo en los casos excepcionales en que especialmente quede excluido.*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: VALOR SUPLETORIO DEL C. C.: *El C. c. no pasa en esta materia de ser una norma de rango complementario de las especiales que rigen el inquilinato.*

INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: INTERPRETACIÓN RACIONAL: *En materia de interpretación de contratos, tanto cuando se impugnen los elementos de hecho que sirven de base a la Sala, como cuando se combatan sus criterios jurídicos, siempre será preciso que se demuestre el error padecido por aquélla, no procediendo la casación y por ende la revisión si es racional la interpretación realizada en la instancia, aunque quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud. [Sentencia 8 junio 1954.]*

28. ARRENDAMIENTO: CONCURRENCIA CON PRECARIO: CUESTIÓN DE HECHO: *La determinación de la posibilidad de coexistencia de una relación de arrendamiento sobre parte de una cosa y una relación de precario sobre otra parte distinta es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el Tribunal de instancia al realizar el examen conjunto de la prueba practicada.* [Sentencia 25 enero 1954.]

29. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REDUCCIÓN DE RENTA: DECLARACIÓN FISCAL: SU INDEPENDENCIA RESPECTO DE LA COMPRAVENTA DE LA COSA ENTRE LAS MISMAS PARTES: *No obsta la aplicación del art. 133 L. A. U. el hecho de haber sido el arrendatario vendedor del inmueble y haber pactado con el arrendador al realizar la compraventa del mismo la merced arrendaticia que hoy es objeto de reducción; tampoco impide dicha aplicación el hecho de haber sido el hoy arrendatario quien en su tiempo hizo la declaración fiscal que le sirve de base a su acción, porque ello no exonera al actual propietario de sus deberes fiscales y tampoco el hecho de que en los locales ocupados después de 1.º de enero de 1942 pueda pactarse libremente la renta.* [Sentencia 23 enero 1954.]

30. ARRENDAMIENTOS URBANOS: REVISIÓN DE RENTA POR FALTA DE DECLARACIÓN A LA HACIENDA: PLAZO PARA REALIZARLA: VIGENCIA ACTUAL DEL DECRETO-LEY DE 21 MAYO 1943: *El art. 133 de la LAU dispone que, si al arrendador le fueran abonadas por el arrendatario rentas superiores a las que figuren como base de la contribución territorial, y en los plazos establecidos por las leyes fiscales no hiciera aquél la declaración de las que efectivamente perciba, podrá el arrendatario limitar el pago de los alquileres a las cantidades declaradas o a las que, si no se formuló la declaración, sirvieran de base al tributo, entendiéndose en estos casos novado el contrato en cuanto a la renta sin necesidad de juicio de revisión. El plazo para presentar la declaración de la nueva renta concertada es el trimestre natural, contado a partir de la celebración del contrato, como previene el art. 1 del Decreto de 21 de mayo de 1943, sin que quepa objetar la falta de vigencia de esta disposición que a estos efectos no puede considerarse derogada.* [Sentencia 27 mayo 1954.]

31. ARRENDAMIENTOS URBANOS: LA PRÓRROGA DEL CONTRATO Y LAS OBLIGACIONES SURGIDAS DE NEGOCIO DISTINTO. (Véase Sentencia 17 mayo 1954, 11.)

32. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS ARRENDATICIOS: TRASPASO Y SUBARRIENDO: *Aunque es principio de nuestro Derecho, consagrado por el art. 1.112 del C. c., que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles, es necesario, conforme a dicho texto, que no se haya pactado lo contrario y que la transmisión se haga con sujeción a las leyes, y la LAU no reconoce la validez a la transmisión que de su derecho pueda hacer el arrendatario, sino en los casos que la misma ley establece que son, tratándose de transmisión por acto *inter vivos*, cuyo objeto sean locales de negocio, el subarriendo, que exige siempre la autorización expresa y escrita del arrendador, y el traspaso para*

cuya eficacia ha de darse cumplimiento a lo prevenido en el capítulo cuarto de la Ley citada, careciendo de validez las cesiones que de su derecho haga el arrendatario sin dar cumplimiento a los citados requisitos.

SUBARRIENDO: PRUEBA: PRESUNCIÓN: La demostración de la existencia del subarriendo no exige la prueba directa de todos los requisitos que lo integran, porque tal prueba sería imposible de lograr en la casi totalidad de los casos, por lo que hay que admitir como más adecuada la prueba de presunciones, bastando la ocupación del local arrendado por una persona extraña al contrato para deducir la existencia del subarriendo con todos los elementos que lo constituyen y, por lo tanto, el precio, ya que en buena lógica no puede admitirse que quien lleva en arrendamiento un local lo ceda total o parcialmente a un tercero sin obtener por ello una retribución.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LA CESIÓN GRATUITA COMO CAUSA DE RESOLUCIÓN: La ocupación del local por una tercera persona, aunque no medie retribución, constituye una situación que el arrendador puede desconocer e impugnar en cuanto se realice sin atemperarse a los requisitos exigidos por las normas de la LAU para su validez. [Sentencia 5 junio 1954.]

33. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DE UN COMÚNICO EN LA NUDA PROPIEDAD: TITULARIDAD: EXERCICIO DE DISCRECIÓN: El arrendamiento es un acto de administración que puede ser realizado por cualquiera de los condueños de la cosa y por ello, cualquiera de éstos poner fin al contrato, sin que sea lícito al arrendatario discutir si tal acto es o no beneficioso para los demás condueños de la cosa arrendada, pues es a éstos y no al inquilino a quienes corresponde determinarlo. Por la misma razón no es obligatoriamente exigible la intervención de los demás partícipes, aunque lo sean de la mayor parte de la cosa, en la demanda que se pretende la excepción a la prórroga por necesidad del actor.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR NECESIDAD DEL PROPIETARIO: REQUISITOS DEL REQUERIMIENTO: No puede considerarse defectuoso cuando en él se ofrece la indemnización de un año de renta, sin expresar la cuantía que será la que tiene pagando conforme al contrato vigente. [Sentencia 7 junio 1954.]

34. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERRIBO PARA REEDIFICAR: La autorización gubernativa y el cumplimiento de los demás requisitos legales no prejuzgan la procedencia de la excepción a la prórroga del contrato, que podrá ser desestimada, si llega a demostrarse claramente que el propósito del arrendador, no obstante su manifestación en forma solemne, no responde a su efectiva voluntad de derribar y construir del modo que la ley establece, sino que se trata de un caso de simulación. [Sentencia 13 marzo 1954.]

35. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERRIBO PARA REEDIFICAR: AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA: Contra dicha autorización no cabe recurso, ni revisión jurisdiccional.

dicional, lo cual no obsta que puedan los Tribunales examinar la procedencia de la causa segunda de excepción a la prórroga.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERRIBO PARA REEDIFICAR: REQUERIMIENTO: *El único derecho del inquilino es, en estos casos, el de disponer de la cosa arrendada durante un año a partir de la fecha del requerimiento para desalojarla, sin que pueda oponer que en el requerimiento se hace constar que el arrendador se propone iniciar el derribo antes del transcurso del año, pues este hecho no hace ineficaz dicho requerimiento, pero tampoco faculta al propietario para empezar las obras antes del plazo anteriormente citado. [Sentencia 19 febrero 1954].*

36. ARRENDAMIENTOS URBANOS: EXCEPCIÓN A LA PRÓRROGA POR DERRIBO: DERECHOS DEL ARRENDADOR Y DE ARRENDATARIO: NECESIDAD DE REFERIR LA DEMANDA A LA TOTALIDAD DE LOS LOCALES INCLUIDOS EN EL CONTRATÓ: *Cuando se produce la causa segunda de excepción a la prórroga al derecho del arrendador de solicitar la resolución del contrato corresponde al arrendatario que desee volver al inmueble cuando fuese reedificado el derecho que establece el art. 105 de la LAU, por todo lo cual hay que deducir que es necesario que la demanda de resolución se refiera a la totalidad de locales o departamentos que tuviera la casa arrendada y fueran ocupados por el arrendatario, ya que de no ser así al proceder a la demolición del inmueble como consecuencia de la resolución del contrato acordada y de la causa que le sirve de fundamento se vería lanzado el arrendatario de unos locales que no habían sido incluidos en la demanda. [Sentencia 21 enero 1954.]*

39. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DURACIÓN: *Es lícita y de carácter aleatorio la cláusula que supedita la validez y efectividad del contrato al tiempo en que viviere el usufructuario-arrendador.*

ARRENDAMIENTO PROTEGIDO POR LA LAU: EL PACTADO POR EL USUFRUCTUARIO-ARRENDADOR: *La cesión del uso por el usufructuario mediante precio, constituye un arrendamiento «sui generis» que se resuelve al extinguirse el derecho del usufructuario. [Sentencia 14 mayo 1954.]*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: RUINA INMINENTE: *La ruina inminente es causa de resolución del contrato de arrendamiento con independencia de que en la causa que la haya originado interviniera culpa o negligencia del arrendador y de la firmeza de la resolución administrativa que la declare. [Sentencia 19 diciembre 1953.]*

ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRA NO CONSENTIDA: MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA O LOCAL: SU CARÁCTER: *La variación de la configuración es algo contingente y circunstancial, debiendo tenerse en cuenta en cada caso las circunstancias que en él concurren para determinar si la*

alteración de su configuración ha llegado a producirse o, por el contrario, se trata de una modificación puramente accidental.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: DAÑOS EN LA COSA ARRENDADA: *Los daños, que según al art. 149, 5.º, de la LAU, dan causa para pedir la resolución del contrato han de ser de carácter real y debidos a dolo o negligencia del arrendatario, sin que sea suficiente para decretar la resolución la simple realización que acarrear la posibilidad de unos pequeños perjuicios futuros.* [Sentencia 8 marzo 1954.]

40. ARRENDAMIENTOS URBANOS: RESOLUCIÓN: OBRA NO CONSENTIDA: MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL LOCAL: SUPRESIÓN DE MODIFICACIÓN ANTERIOR CONSENTIDA: *La realización de obras que modifiquen la configuración del local arrendado, es causa de resolución del arrendamiento, aunque mediante ella el local quede de la misma manera que se recibió al perfeccionarse el contrato porque lo único que se ha hecho es suprimir una obra anterior del arrendatario consentida por el dueño.* [Sentencia 2 abril 1954.]

41. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CESIÓN DE DERECHOS A UN COARRENDATARIO: INCLUSIÓN EN LA PROHIBICIÓN DE SUBARRIENDO. (Véase Sentencia 29 abril de 1954, I, 11.)

42. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO POR FORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD: *La creación de una sociedad por los arrendatarios supone la creación de una nueva persona jurídica y la introducción de ésta en el uso y disfrute de la cosa arrendada a título oneroso o gratuito, implica un traspaso, que cuando se verifica sin autorización del propietario es causa de resolución del contrato de arrendamiento.* [Sentencia 6 febrero 1954.]

43. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: PRESUNCIÓN. (Véase Sentencia 2 abril 1954, I, 12.)

44. ARRENDAMIENTOS URBANOS: TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: LEGITIMACIÓN DEL HEREDERO DEL ARRENDATARIO: *La jurisprudencia no ha afirmado que el art. 73 de la LAU no autorice al heredero del arrendatario titular para realizar el traspaso, sino que el derecho de advenir arrendatario sólo beneficie a los primeros sucesores, sin extenderse a los herederos de éstos.* [Sentencia 10 mayo 1954.]

45. ARRENDAMIENTOS URBANOS: SUBARRIENDO Y CESIÓN: SU EXTINCIÓN AL RESOLVERSE EL CONTRATO PRINCIPAL: INNECESARIEDAD DE DIRIGIRSE CONTRA LOS CESIONARIOS. (Véase Sentencia 29 abril 1954, I, 11.)

46. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: SUCESIÓN EN EL ARRENDAMIENTO: *La continuación en el arrendamiento que el art. 18 de la L. A. R. de 1935 autoriza, no significa la creación de un nuevo contrato por novación del ante-*

rior, sino la continuación de éste. El citado art. 18 otorga una opción de rescindir o proseguir el arrendamiento a todas las personas llamadas por él, pero como en el orden legal de suceder puede haber unas cuyo derecho excluya el de otras, a éstas no alcanza la opción, por no ser herederos, pero no se encuentra en este caso el cónyuge, sea cualquiera el concepto que se tenga sobre la naturaleza de sus derechos a la sucesión del premuerto.

RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: VALOR DE LA DOCTRINA DEL T. S.: *No cabe el recurso de revisión fundado erróneamente en la infracción de lo resuelto por las sentencias del Tribunal Supremo. [Sentencia 24 marzo 1954.]*

El Tribunal Supremo sostiene, por la indudable analogía entre los recursos de casación por infracción de ley regido por la LEC y los de revisión de la L. A. R. de 28 de junio de 1940, no supone identidad, pues teniendo ambos la finalidad de enmendar los errores «in iudicando» que se atribuyan a las sentencias de instancia, difieren en la amplitud de su contenido, pues la casación, según el número 1 del art. 1.692 LEC, se autoriza cuando haya violación de leyes o doctrinas legales de aplicación, mientras el de revisión, según la ley de 1940, se autoriza, entre otros motivos, por infracción de precepto legal, pero no de doctrina, la cual deja de ser fuente normativa para servir tan sólo como criterio de fijación o de interpretación de las normas legales, y aun siendo de tan alta autoridad, si se funda el recurso únicamente en la supuesta infracción de lo resuelto por las sentencias del Tribunal Supremo sin expresar cuál sea la norma por ellas interpretada, que sería, en su caso, la infringida, el recurso no puede prosperar.

No pueden pasarse estas afirmaciones sin una doble observación: 1.º, que la jurisprudencia no es fuente normativa ni aun cuando sirva para fijar la doctrina legal base de la casación (véase nota a Sentencia 11 diciembre 1953, V, 5). 2.º, que, en consecuencia, no cabe hablar de infracción de lo resuelto por el Tribunal Supremo, sino de infracción de la doctrina que surge de la ley o de los principios generales, conforme a la interpretación autorizada del Tribunal Supremo. El auténtico defecto en el recurso de revisión considerado parece ser de tipo puramente formal: la no expresión de la norma interpretada por las sentencias, que sería la infringida (por la nota: M. P.).

IV. Derecho de familia.

1. LITIS EXPENSAS: GASTOS CAUSADOS EN TRIBUNAL DISTINTO: *Está dentro de la jurisdicción civil la reclamación como litis expensas de los gastos realmente causados en los Tribunales eclesiásticos, sin que el hecho de que hayan sido causados en Tribunal distinto afecte a la virtualidad de la reclamación, ya que tal excepción no está reconocida en el número primero del artículo 1.408 del Código civil ni en ningún otro precepto legal. [Sentencia 9 abril 1954.]*

2. TUTELA: ASIGNACIÓN DE FRUTOS POR ALIMENTOS: *Infringe el artículo 279, 4.º, del Código civil, la sentencia que afirma que la asignación de frutos por alimentos señalada al tutor, no tiene viabilidad ética ni legal.*

TUTELA: OBLIGACIONES DEL TUTOR: FIANZA: *Infringe el artículo 254, 1.º, del Código civil la sentencia que ordena la ampliación de la fianza prestada por el tutor hasta cubrir el importe de todos los bienes muebles que sean propiedad de la incapacitada, incluso los que no le han sido entregados, pues según dicho precepto no está obligado a asegurar más bienes muebles que los que queden en su poder.*

TUTELA: CONSEJO DE FAMILIA: IMPUGNACIÓN DE SUS ACUERDOS: *No pueden impugnar los acuerdos del Consejo de Familia los vocales que los constituyeron y aprobaron. [Sentencia 8 abril 1954.]*

OBSERVACIONES: Los tres puntos fundamentales sobre los que se vierte la doctrina jurisprudencial en esta Sentencia son sorprendentes. No por la doctrina en sí, que se limita a ratificar la correcta y tradicional interpretación de preceptos claros del Código, sino por los errores de la Sala de instancia, que se ve obligado a rectificar.

La asignación al tutor de frutos por alimentos, se encuentra explícitamente recogida en el artículo 279, párrafo 4.º, y admitida, tanto respecto de la retribución como de la dispensa de la rendición de cuentas, por las Sentencias de 26 de octubre de 1894 y 14 de noviembre de 1895, en las que se mencionan sus ventajas en el doble orden de ideas referido. Así lo ha entendido siempre la doctrina. Véase, entre la más reciente, PUIG PEÑA (Derecho Civil, Vol. II, tomo II, pág. 411 y la jurisprudencia que cita, desde la sentencia de 1 de octubre de 1897 hasta la de 27 de marzo de 1936).

Son varios e importantes en la práctica los problemas que plantea el artículo 310 del C. c., en especial al atribuir facultad para recurrir contra las decisiones del Consejo de Familia que no sean las enumeradas en el artículo 242, al tutor, protutor, cualquier pariente del menor u otro interesado en la decisión. Y ha recaído interesante jurisprudencia sobre qué parientes y en qué circunstancias pueden alzarse del acuerdo, como las Sentencias de 24 de junio de 1905 y 26 de octubre de 1931. Ignoramos, sin embargo, que el Tribunal Supremo, hasta ahora, haya tenido que pronunciarse sobre materia que los autores consideran exenta de problema: la de los vocales que pueden recurrir. El texto del artículo 310 es tan claro en ese aspecto, que justifica tal opinión doctrinal. Sólo podrán impugnar... los vocales que hayan disentido de la mayoría al adoptarse el acuerdo.

Por último, la disposición del artículo 254 en su párrafo 1.º, relativo a la fianza que debe prestar el tutor, tampoco debiera haber presentado problema, pues es patente que el importe de los bienes muebles que deben quedar asegurados con la fianza queda restringido a los que pasen al poder del tutor. Exigir al tutor que asegure el importe de los bienes muebles que no le han sido entregados carecería de justificación, ya que respecto de ellos no caben, por parte de aquél, responsabilidades asegurables. (D. I.)

V. Sucesiones.

1. TÍTULO SUCESORIO: TESTAMENTO: *El testamento, por sí solo, no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados, la cual*

tiene lugar por la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente. [Sentencia 23 abril 1954, considerando 4.º]

2. RESERVAS: ORDINARIA Y TRONCAL: EN LOS CASOS DE COLISIÓN AQUELLA NO RESTRINGE ÉSTA: *Nada autoriza a entender que los términos claros del artículo 968 del C. c. (mantenedor con el adverbio «además» de la nueva reserva creada en el 811), y sus concordantes, hayan modificado en sentido restrictivo el alcance de la reserva lineal o troncal, por lo que carece de base la tesis del recurso de que, en los casos de colisión entre ambas reservas, la del artículo 811 sólo queda establecida en favor de los parientes dentro del tercer grado que no sean hijos del reservista.* [Sentencia 10 noviembre 1953.]

3. RESERVA LINEAL O SEMITRONCAL: INAPLICABILIDAD DE LA FACULTAD DE MEJORAR ESTABLECIDA PARA LA RESERVA ORDINARIA EN EL ARTÍCULO 972 DEL CÓDIGO CIVIL: *De los términos en que está concebido el artículo 811 se infiere claramente que señala para los bienes un destino predeterminado, al margen de la autonomía de la voluntad del reservista, por lo que si al reservista le sobreviven varios reservatarios, a éstos les pertenecen íntegramente y por partes iguales los bienes que son objeto de la reserva, pues el artículo 972 que establece la facultad de mejorar en la reserva ordinaria, no es aplicable por analogía a la semitroncal. Del artículo 811 se deduce la «indisponibilidad absoluta post mortem de los bienes de la reserva lineal».* [Sentencia 8 junio 1954.]

A. Una testadora, reservista del artículo 811, distribuye desigualmente entre sus hijas, únicas reservatarias, los bienes reservables. Tal distribución se realiza por los contadores-partidores de acuerdo con el testamento. Una de las reservatarias demanda a su hermana y a los contadores-partidores, y suplica que en su día se dicte sentencia, declarando, entre otras cosas, que las fincas reservables no formaban parte del caudal hereditario de su madre-reservista y debían entregarse a las dos reservatarias para que, de común acuerdo, las distribuyeran entre sí, a partes iguales. Contra la Sentencia de la Audiencia, confirmatoria en lo substancial de la desestimatoria del Juzgado, se interpone por la demandante recurso de casación por infracción de ley, y el Tribunal Supremo declara *haber lugar* al recurso.

B. OBSERVACIONES: El Tribunal Supremo, con gran lujo de razonamientos que luego analizaremos, se manifiesta por la solución negativa, manteniendo la tesis de la indisponibilidad absoluta «post mortem» de los bienes de la reserva lineal, con lo cual decide la discrepancia que presentan las conocidas sentencias de 8 de octubre de 1930 y 25 de marzo de 1933. Al mismo tiempo, más o menos incidentalmente, toca diversos problemas de los muchos que el artículo 811 ha suscitado siempre, como la naturaleza de la reserva, finalidad, interpretación de la frase «los que hubiese adquirido por ministerio de la ley», derechos del reservista, valor de las enajenaciones por él practicadas, efectos, subrogación real, etc.

Como precedente del estudio del problema de la aplicación analógica del artículo 972 a la reserva semitroncal, el Tribunal Supremo hace en el considerando 3.º de la Sentencia que comentamos, un análisis del criterio

sucesorio a que responde y de los caracteres de la norma contenida en el artículo 811.

a) *Criterio sucesorio a que responde el artículo 811.*—«La reserva establecida por el artículo 811 (puede considerarse) como transacción o concordia entre el principio de sucesión pro proximidad de grado de parentesco, tradicional en nuestro derecho, y el principio de troncalidad vigente en algunas de las regiones forales, quizá con miras a una aproximación que facilitase la futura unidad legislativa.» No es nueva la doctrina de esta primera parte del considerando tercero. Recoge, casi textualmente, la opinión de Castán y responde a un extendido criterio que no ver en el artículo 811 una manifestación pura y verdadera troncalidad, aunque sí una indiscutible inspiración y acercamiento al mismo. Más original es la denominación que la propia sentencia emplea en su considerando séptimo, calificando a la reserva del 811, como «semitroncal», respondiendo a la misma idea.

b) *Caracteres de la norma del 811.*—«Constituye una norma jurídica de carácter *impositivo*, por la que el legislador ha reterido para sí la facultad de señalar la trayectoria que habrán de seguir los bienes que un ascendiente hereda por ministerio de la ley de un descendiente, que a su vez los había adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, mandando que, al fallecimiento del ascendiente reservista, hagan tránsito dichos bienes a los parientes reservatarios que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan; y en otro aspecto, es norma *prohibitiva*, en cuanto veda al reservista todo acto dispositivo «post mortem» de tales bienes, si a su fallecimiento existen parientes del grado indicado; resulta indudable que ante tal evento queda al margen la autonomía de la voluntad del reservista, y será ineficaz toda actuación que, en cualquier forma, altere el destino de los bienes, preordenado por la ley.» (Fina! del considerando tercero.)

En la exposición del juego del artículo 811 que en dicho tercer considerando realiza el Tribunal Supremo, se relaciona la frase «los que hubiese adquirido por ministerio de la ley» con el ascendiente. Es decir, que para que sea aplicable el artículo 811 es necesario que el ascendiente adquiriera los bienes de su descendiente, por ministerio de la ley. Queda desechada así la tesis de La Cueva que refiere aquella frase a la adquisición que de los bienes hiciera el descendiente heredado. A las razones que en su «La verdad sobre el 811» alega dicho autor defendiendo su original y atractiva teoría, con la que simpatizamos, cabría añadir que si el legislador hubiera querido decir lo que habitualmente se le atribuye, es lógico pensar que el precepto habría comenzado: «El ascendiente que por ministerio de la ley heredare de su descendiente...»

c) *Finalidad y destino.*—Dice el considerando cuarto «que este destino predeterminado implica también una distribución de los bienes *por igual* entre los reservatarios, si hay pluralidad de titulares, porque así se infiere claramente de los términos en que está concebido el artículo 811 y así está dispuesto por el legislador en casos de concurrencia de varios partícipes en un mismo derecho, cuando no actúan la voluntad privada, como, por vía de ejemplo ocurre en el supuesto del artículo 393 y, más directamente relacionado con el problema ahora controvertido, en el artículo 921.»

Insiste la sentencia, al decir en el considerando quinto que «como a la reservista le sobrevivieron reservatarios, a éstos les pertenecen íntegramente y *por partes iguales* los bienes que son objeto de la reserva lineal, y ha de quedar ineficaz, como acto de disposición, siquiera restringido, la parte del testamento de la reservista que afecta a la distribución desigual de dichos bienes entre sus dos hijas reservatarias, ya responda tal distribución al uso indebido de la facultad de mejorar, ya al ejercicio abusivo de la que el artículo 1.056 concede al testado para disponer inter vivos o mortis causa de sus *privativos* bienes.»

d) *En la reserva semitroncal no es aplicable por analogía la facultad*

de mejorar que para la ordinaria establece el art. 972.—Es simple consecuencia del doble carácter impositivo-prohibitivo que, según el estudio anterior, tiene el artículo 811 para la sentencia de 8 de junio de 1954.

Calificado ya, como se ha visto, de «uso indebido» el ejercicio de la facultad de mejorar el artículo 972, estudia la sentencia en el considerando 7.º la argumentación contraria, la cual «parte del supuesto de que el artículo 811 nada dice o estatuye respecto de la facultad que el reservista pueda tener o no para mejorar a alguno de los reservatarios, especialmente en casos, como el de autos, en que todos son hijos de la reservista y de su finado marido, de quien proceden los bienes, y así, se dice, la laguna de derecho existente debe llenarse con las disposiciones que regulan la figura jurídica más similar, que es la de la reserva (ordinaria). Pero a esta argumentación hay que oponer:

Primero: Que es discutible la existencia de laguna. No hay en realidad insuficiencia de ley respecto a indisponibilidad de reservista «post mortem», puesto que ésta brota lisa y llanamente del principio rector de la reserva lineal, prohibitivo de toda intervención del reservista que altere el curso de los bienes o su partición por partes iguales (debe querer decir desiguales) entre los reservistas (ha de entenderse que hay error mecanográfico y debió escribirse reservatarios).

Segundo: Que, aunque así no fuera y realmente existiese laguna, habría de suplirse aplicando normas acordes con el principio que informe la reserva, y no con reglas de otra institución excepcional o singular que no es susceptible de aplicación extensiva por analogía. Que en trance de buscar analogías entre la reserva lineal y otras instituciones jurídicas, estaría justificada la asimilación del reservista a la del fiduciario en la sustitución difeicomisaria condicional, de tanto arraigo en derecho catalán o a la del legitimario en la legítima corta o estricta, en vez de establecer la analogía con la reserva matrimonial que difiere de la lineal o extraordinaria por su origen, objeto, persona a quien se impone, persona del favorecido, procedencia de los bienes sobre que recae, etc. Hay que añadir, como la hace la sentencia, que tal asimilación tropezaría en ocasiones con dificultades insuperables, pues no sería explicable ni lógicamente posible que se extendiese la facultad de mejorar prevista en el artículo 972 a tíos, sobrinos, abuelos y bisabuelos del descendiente mejorado, en la línea de procedencia de los bienes, todos ellos posibles reservatarios, a menos que entre éstos se alce una distinción según sean o no hijos del reservista, distinción que ni la ley autoriza, ni es posible admitir institucionalmente sin desnaturalizar la esencia de la reserva lineal.

Tercero: Que la locución inicial del artículo 968 («además de la reserva...») no puede tener la significación de que todas las normas de la reserva matrimonial sean aplicables también a la reserva semitroncal o extraordinaria, pues lo que claramente da a entender aquella expresión es que, sin perjuicio y con independencia de la reserva lineal, el cónyuge viudo que contraiga nuevas nupcias o tenga en estado de viudez un hijo natural, viene obligado a constituir otra reserva o tantas otras como matrimonios celebre.

Cuarto: Que si se concediera al reservista lineal la facultad de mejorar a alguno de sus hijos reservatarios, igual razón existiría para otorgarle la atribución de desheredarlos, y por esta senda, cabalgando sobre inconsecuencias y sobre distinciones injustificadas, se llegaría a la conclusión absurda de que el reservista podría desentenderse de los reservatarios, hijos o descendientes suyos, para disponer libremente de los bienes reservables.

e) *Los bienes reservables no forman parte del caudal hereditario del reservista lineal.*—Los reservatarios heredan directamente al descendiente de quien, por ministerio de la ley, los recibió el ascendiente reservista, y por lo tanto no forman parte del caudal hereditario de éste, aun cuando

hasta el momento de su muerte formaran parte de su patrimonio y gozase respecto de dichos bienes de facultad plena de uso y disfrute ligada al «ius disponendi». Así se deduce claramente del considerando 5.º y del fallo de la segunda sentencia. (D. I.)

4. TESTAMENTO ANTE EL PÁRROCO EN CATALUÑA: IDONEIDAD DE LOS TESTIGOS: NO SUPONE QUE ESTOS DEBAN DE SER ROGADOS: *El testamento ante el párroco en Cataluña sólo exige que no exista Notario y que se lleve a efecto ante el párroco y dos o tres testigos idóneos, sin que a título de interpretar esta idoneidad pueda exigirse que sean rogados dichos testigos.* [Sentencia 12 abril 1954].

OBSERVACIONES: Se analizan en esta interesante Sentencia diversos aspectos de este testamento vigente en la legislación foral catalana, como son el de las fuentes y formalidades, con un detallado estudio de las causas por las que no puede exigirse la rogación de los testigos.

a) *Fuentes*.—El capítulo X de las Decretales, libro tercero, título 26 «De testamentis».

b) *Formalidades*.—Las ya citadas: Que no haya Notario en el distrito, tenencia o feligresía; que el testamento se otorgue ante el párroco, y asistencia de dos o tres testigos idóneos.

c) *Superfluidad del requisito de la rogación de los testigos*.—Arranca, en primer término, de la vigencia del Derecho Canónico como derecho supletorio de aplicación preferente a la del Derecho Romano. Derecho Canónico que había suprimido el requisito de rogación exigido por el Romano. La interpretación de que los testigos deben ser rogados es, además, opuesta a la finalidad de esta clase de testamentos en lo que hay una simplificación de requisitos para hacerlos, cuando falta el Notario, más factibles.

Por otra parte, el hecho de que se prescindiera en ellos de un requisito de tan escasa y discutible trascendencia, no puede causar extrañeza, cuando en la propia legislación del Principado, desde la concesión del «Reco-goverunt Proceres» no era necesaria la rogación de los testigos ni en Barcelona ni en las poblaciones y territorios a los que se extendió la vigencia del privilegio. También en Castilla se prescindió de tal requisito con la promulgación de la ley única del Título diecinueve «De los testamentos», del Ordenamiento de Alcalá. (D. I.)

5. REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO: ADMISIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS «AD CAUTELAM» EN EL DERECHO FORAL CATALÁN: *Puede establecerse en los testamentos otorgados al amparo de la legislación foral catalana, sin que a ello sea obstáculo la doctrina contraria de la Sentencia de 27 de febrero de 1944.*

JURISPRUDENCIA: SU VALOR COMO FUENTE INDIRECTA: VALOR DE UNA SOLA SENTENCIA: *Una sola sentencia no tiene más valor que el de un antecedente. Para que una decisión quede debidamente establecida con el carácter de un precepto legal, es preciso que sea retirada en distintos juicios, revelando así un criterio constante y uniforme de aplicar la ley, que es lo que crea la jurisprudencia, fuente indirecta en nuestro Derecho, con fuerza de obligar.*

FUENTES DE APLICACIÓN DEL DERECHO FORAL: EL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO: *El Código civil puede aplicarse como supletorio para suplir las deficiencias, pero nunca para desvirtuar o enmendar lo prevenido en la legislación foral.* [Sentencia 11 diciembre 1953].

OBSERVACIONES: A partir de esta importante sentencia debe quedar definitivamente sentada la vigencia y aplicabilidad de las «cláusulas ad cautelam» en el Derecho Foral catalán, tesis que había sido contradicha por el mismo Tribunal en la conocida sentencia de 27 de febrero de 1914, que fué tan criticada por la doctrina no sólo por lo que ella en sí misma significaba, sino por el peligroso antecedente que podía suponer la tesis ampliativa de la aplicación del Código civil a las instituciones forales, regidas por leyes o costumbres arraigadas. Por ello, la sentencia de 11 de diciembre de 1953 completa su doctrina con la reiteración de la relativa aplicación del Código civil a las legislaciones forales, sólo en la misma medida que su artículo 12, párrafo 2.º (Tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea.)

La Sentencia hace, además, un interesante estudio de las fuentes del Derecho foral catalán, y de la «costumbre legal, general y notoria en Cataluña», que admite las cláusulas «ad cautelam». (D. I.)

Respecto de las afirmaciones que se hace sobre el valor de la jurisprudencia como fuente de Derecho —se habla de fuente «indirecta» (!) con fuerza de obligar— tiene que tener en cuenta: 1.º, que el Tribunal Supremo no tiene poder normativo (artículos 2.º y 4.º L. O. P. S.); la jurisprudencia no tiene por misión dictar leyes pequeñas y secundarias. (De Castro «Derecho Civil de España, 2.º, id., Madrid, 1949, tomo I, pág. 508); 2.º, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene valor ejemplar, pero no obligatorio. (De Castro, ob. cit., pág. 512). (Por ante nota, M. P.)

DERECHO MERCANTIL

1. **SOCIEDAD MERCANTIL IRREGULAR.** (Véase Sentencia 6 marzo de 1954. D. c., III, 17.)

2. **CONTRATO DE SOCIEDAD: NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES: PRUEBA DE LA INSUFICIENCIA DEL «QUORUM»:** *Alegada por una Sociedad la nulidad de un acuerdo por insuficiencia en el número de socios concurrentes a la sesión que se adoptó, a dicha sociedad incumbía la prueba, mediante el libro de Actas que previene, como obligatorio, el artículo 40 del Código de Comercio, libro que pudo y debió aportar, en lugar de la certificación parcial relativa al acuerdo.*

CONTRATO DE SOCIEDAD: OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS: *Siendo deudores la sociedad, y no los accionistas, éstos vienen obligados por su condición de tales, a cumplir cuanto les afecta como consecuencia de los actos y acuerdos de la sociedad. [Sentencia 27 febrero 1954].*

3. **LETRA DE CAMBIO: PRUEBA DEL PAGO Y PRUEBA DEL IMPAGO:** *No puede admitirse que las actas de protesto, por sí solas, sin ir acompañadas del título, puedan tener valor probatorio del impago, pues es claro que el pago puede hacerse después de protestada la letra, y el único medio de probarlo es la tenencia de la cambial por el deudor, al que ha de devolverse la percepción del importe.*

REGISTRO MERCANTIL: VALOR DE LA INSCRIPCIÓN EN EL LIBRO DE BOQUES: *No tiene valor constitutivo, por lo que las relaciones contractuales son exig-*

bles entre los contratantes aun cuando no puedan perjudicar a tercero hasta que se inscriba la transferencia. [Sentencia 6 febrero 1954.]

4. AVAL CONCEBIDO EN TÉRMINOS GENERALES: DERECHOS DEL ACREEDOR CAMBIARIO: *Independientemente de la situación del deudor y de sus posibilidades de pago, el acreedor puede dirigirse directa y primariamente contra los avalistas que se obligaron solidariamente, sin restricción alguna y con renuncia de los beneficios de orden, de división y de previa excusión.*

5. AVAL CAMBIARIO: CONVENIO DE LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL DEUDOR PRINCIPAL: ACREEDORES Y AVALISTAS: *Los avalistas no pueden ampararse en el convenio, excluyendo una cláusula en que los acreedores se reservan su derecho contra los fiadores, y no pueden alegar que en virtud del art. 1.257 del Código civil tal acuerdo no les afecta, pues tal cláusula no es más que una declaración de que los acreedores no renuncian a los derechos que contra tales fiadores les asistan y para no renunciar un derecho propio basta la voluntad de quien lo ostenta.*

6. AVAL CAMBIARIO: SU NATURALEZA: GARANTÍA OBJETIVA: *El aval no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma. [Sentencia 18 febrero 1952.]*

«...que el aval es una institución establecida para asegurar el derecho del acreedor al cobro de la deuda, y en tal sentido no se refiere a la obligación subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma, que ha de pagarse por el avalista en defecto del deudor principal a no ser que la deuda se extinga por una razón de derecho intrínseca a la misma, como sucedería en el caso de cumplimiento de una condición resolutoria en que sería aplicable el artículo 1.847 del Código civil, y no entenderlo así equivaldría a desconocer la naturaleza de la institución del aval, establecida para seguridad del acreedor, pues se negaría su finalidad propia y única al privar de eficacia a la garantía pactada, y es manifiesto que cuando se produce incumplimiento de la obligación por el deudor, es precisamente cuando se hace exigible la obligación del avalista de pagar lo que el deudor no paga, por lo que habiendo quedado impagada la deuda en este caso por insolvencia del deudor que dió lugar a la suspensión de pagos, es manifiesto que este hecho hace entrar en función a los avalistas como sujetos pasivos de la obligación accesoria». (Considerando 4.º).

OBSERVACIONES: En la polémica de los autores franceses e italianos sobre la naturaleza accesoria o autónoma del aval, la doctrina (V. Garrigues «Curso...», I, 665) y la jurisprudencia española (Sentencias de 3 julio 1892, 10 de enero de 1903, 12 de julio de 1919, 3 de noviembre de 1927 y 17 de junio de 1941), seguían la primera tendencia, considerando el aval como obligación esencialmente accesoria.

La sentencia que nos ocupa plantea el problema de si nos hallamos ante un cambio de rumbo. El Tribunal Supremo, sin abandonar la orientación tradicional, parece, sin embargo, evolucionar, por lo menos en parte, hacia la tendencia doctrinal italiana. El reconocimiento de que el

aval es una «garantía objetiva» (y en este sentido parece debe ser interpretada la frase de que el aval «no se refiere a la deuda subjetiva radicante en la persona del deudor, sino a la deuda misma», así como el ejemplo de la condición resolutoria), supondría un importante cambio en el sentido de limitar la accesoriedad del aval, desligándole en lo posible de vinculaciones con los elementos subjetivos de la obligación principal. Aun de no ser ésta la idea perseguida por el Alto Tribunal, tal vez fuera deseable la adopción del sistema como término justo, como «medía vía» exacta en la antedicha polémica. Que el aval es accesorio (en cuanto no puede nacer, sino para garantizar otra obligación que tiene carácter de principal), es indudable. Pero sin dar a esta accesoriedad el carácter absoluto que tiene la fianza civil, pues el carácter cambiario y formal del aval, exige, además de las variantes que a las instituciones mercantiles separan de sus homólogas civiles, unas características de especial seguridad que sólo pueden obtenerse a través de una autonomía limitada. La cuestión no es bizantina, pues del carácter objetivo del aval se siguen importantes consecuencias prácticas, como, por ejemplo, la de las excepciones que el avalista puede oponer al acreedor. (D. I.)

7. TRANSPORTE: ARTÍCULO 351 DEL C. DE C.: TARIFA MÁS BARATA: ACTOS PROPIOS: *El hecho de que al pago de los portes en vez de hacerse al realizar la facturación se dejara para el momento de recibir la mercancía su destinatario, renunciando la empresa portadora un derecho que le reconocían las condiciones establecidas para la tarifa más barata, al no ocasionar ningún perjuicio al remitente, sino, por el contrario, facilitarle el modo de llevar a efecto el envío, no es suficiente para entender que no rige el artículo 351 C. de C. [Sentencia 23 marzo 1954.]*

DERECHO PROCESAL

1. PERPETUACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO: RÉPLICA: ARTÍCULO 548 LEC: *Ejercitada en la demanda la acción de nulidad, no puede serlo en la réplica la de rescisión, pues tal proceder implica una alteración de las pretensiones objeto principal del pleito, prohibida por el artículo 548 LEC, ul sustituir una acción que tiende a conseguir la declaración de inexistencia o la invalidez de un contrato, por otra que, cual la rescisoria, supone la existencia del mismo. [Sentencia 27 febrero 1954.]*

2. DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: VALOR PROBATORIO RESPECTO AL HECHO NO PROBADO POR LA PARTE. (Véase Sentencia 29 abril 1954, D. c. I, 11.)

3. CONGRUENCIA: TRASPASO Y SUBARRIENDO: CONGRUENCIA: *No comete incongruencia al juzgador al conceder la resolución por una de dichas causas aunque se solicitara por la otra, ni constituye la confusión en que, en este sentido, haya podido incurrir la injusticia notoria necesaria para la procedencia del recurso. [Sentencia 15 febrero 1954.]*

4. RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: RELACIÓN CON EL PRINCIPIO «TUBA NOVIT CURIA». (Véase Sentencia 17 mayo 1954, D. c. I, 3.)

5. RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LA LEY PENAL: *La supuesta infracción de los preceptos del Código penal no puede servir de fundamento a un recurso de casación en materia civil.* [Sentencia 3 abril 1954.]

6. CASACIÓN: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS A EFECTOS DE CASACIÓN: CONCEPTO: *No se identifican con los públicos y sólo los integran aquellos que deben ser obligatoriamente aceptados por los Tribunales al constituir una demostración irrefutable de un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones de la Sala.* [Sentencia 22 febrero 1954.]

7. CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Existe cuando el Tribunal de instancia tiene por cierta la oposición de ciertos vocales a un acuerdo del Consejo de Familia, y tal afirmación carece de toda comprobación en el acta del Consejo relativa a dicho acuerdo, ni en las posteriores, siendo esta prueba documental la única existente en el juicio.* [Sentencia 8 abril 1954.]

8. CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: CUESTIONES DE JURISDICCIÓN POR RAZON DE LA MATERIA: *Discutiéndose si el conocimiento de un juicio corresponde a la jurisdicción ordinaria, como sostiene el demandante, o a la especial de la Junta de Detasas, cual alega la parte demandada y recurrente, que atribuye al Tribunal de instancia abuso o exceso en el ejercicio de jurisdicción, el cauce procesal pertinente es el recurso de casación por infracción de ley y no por quebrantamiento de forma, que es el que ha sido interpuesto y debe ser desestimado.* [Sentencia 15 marzo 1954.]

9. RECURSO DE CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA E INFRACCIÓN DE LEY RESPECTO A LA INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: GRADO: *La incompetencia de jurisdicción a que se refiere el núm. 6.º del artículo 1.693, L. E. C., se limita a los casos en que se discute la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria, pero no cuando se trata de cuestiones surgidas sobre la determinación de dicha preferencia por razón de la materia o del grado en que la jurisdicción debe ejercerse, pues entonces el recurso procedente es el de infracción de ley del número 6.º del artículo 1.692.* [Sentencia 10 febrero 1954.]

10. INJUSTICIA NOTORIA: ARTÍCULO 173 LAU: PRECISIÓN: *La errónea alegación de una de las causas impide la estimación del recurso.* [Sentencia 14 marzo 1953.]

«Que el error de derecho en la apreciación de la prueba implica la infracción de precepto y doctrina legal reguladores de la apreciación o valoración de alguna o algunas de las pruebas, lo que constituye la causa tercera del artículo 173 de la LAU, y como quiera que en el recurso se alega el supuesto error de derecho como causa cuarta del citado artículo, falta en él la precisión exigida en el último párrafo del mismo artículo para la cita de la causa o causas en que se fundamente, lo que impide su estimación por tal motivo.» (Considerando 3.º).

OBSERVACIONES: El riguroso formalismo exigido siempre por el Tribunal Supremo para los recursos en que ocurre, se manifiesta, tal vez más acusado en el de injusticia notoria, al amparo del texto del artículo 173 de la LAU, apoyándose en las palabras «necesariamente» y «habrá de citarse con claridad y *precisión* la causa o causas en que se fundamenta). Revela a los letrados la necesidad de redactar con exquisito cuidado los escritos en que se formalicen estos recursos de injusticia notoria, en los que (de mantenerse la posición jurisprudencial) un simple error mecanográfico en la cita de la causa alegada podría ser motivo que impidiera su estimación. Hay que advertir, sin embargo, que en el caso que motivó la sentencia citada el recurso era también desestimable por otras razones. (D. I.)

11. RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS: VALOR DE LA DOCTRINA LEGAL. (Véase S. 24 marzo 1954. D. c. III, 46.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de: *Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica.*

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Apuntes de Derecho Sucesorio. Atribución de la legítima por actos intervivos. Parte I.*

GIRÓN TENA, José: *El concepto del Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

SERRANO SERRANO, Ignacio: *Ley de 15 de julio de 1954 sobre regulación de los arrendamientos rústicos protegidos por la Ley de 4 de mayo de 1948.*

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *El régimen jurídico de la concentración parcelaria.*

TALLON, Denis: *Algunos aspectos recientes del Derecho francés.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.