

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXIV
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN

Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LFDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URÍA GONZÁLEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

- | | |
|---|-----|
| CÁNDIDO PAZ ARES: <i>La economía política como jurisprudencia racional (aproximación a la teoría económica del Derecho)</i> ... | 601 |
| JOSÉ M. DE PRADA: <i>La personalidad de las entidades religiosas y sus requisitos</i> ... | 709 |
| PALOMA ABARCA: <i>Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española.</i> | 733 |

Estudios Legislativos

- JOSÉ BONET CORREA: *Los arrendamientos rústicos con renta actualizada ...* 747

Estudios de Derecho Extranjero

- Crónica del Derecho privado francés: año 1980, por Jean-Luc Aubert 757

Vida Jurídica

En memoria de don José Peré Raluy, por Manuel Peña Bernaldo de Quirós.

773

Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich

775

Nota crítica

LIPARY (y otros): *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*, con prólogo de Verdera Tuells, por Luis Humberto Clavería

803

Bibliografía

Libros

813

FERNANDEZ FERNANDEZ, ANTONIO: *El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho español*, por José Bonet Correa.—GIMENO SENDRA, J. V.: *El proceso de impugnación de acuerdos de las Sociedades Anónimas y Cooperativas*, por Cándido Paz-Ares.—GIOVANOLI, MARIO: *Le Credit-Bail (Leasing) en europe: Developpement Nature Juridique*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—MENENDEZ A. IGLESIAS: *Código de las Leyes Marítimas*, por Cándido Paz-Ares.—MENGHINI, LUIGI: *Il Lavoro a Termine*, por José Bonet Correa.—MOLINA GARCIA, ANTONIO: *La resolución de la compraventa de inmuebles*, por María Díaz de Entre-Sotos.—MOSSET ITURRASPE Y MOISSET DE EPANES: *Contratación inmobiliaria*, por José M. Chico Ortiz.—RAMOS MENDEZ, F.: *La anotación preventiva de demanda*, por José M. Chico Ortiz.—STAUDER, BERND: *La vente à tempérément et son financement dans le marche commun*, por José Bonet Correa.—TOMMASO ALIBRANDI-PIER GIORGIO FERRI: *I Beni Culturali e Ambientali*, por César Sempere Rodríguez.—VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: *Estudios de Derecho sucesorio*, por José Bonet Correa.

Revista de revistas

A cargo de José R. Antón Riesco

831

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de José M. Chico Ortiz

845

Jurisprudencia

I. Sentencias Comentadas

867

1. Comentario a la Sentencia de 5 de julio de 1980, por Gabriel García Cantero.

II. Sentencias

877

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

I. S. S. N. 0210-301X
DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
SERVICIO DE PUBLICACIONES
Duque de Medinaceli, 6 y 8
MADRID

TOMO XXXIV
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE
MCMLXXXI

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

S E R I E 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 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**

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

«La economía política como jurisprudencia racional»

(Aproximación a la teoría económica del derecho)

CANDIDO PAZ-ARES

Departamento de Derecho Mercantil.
Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO. INTRODUCCION. 1. *Preliminar: El derecho, el mercado y el trabajo interdisciplinar.* 2. *El marco cultural del análisis económico del derecho.* 3. *El lugar de la new law & economics en las relaciones entre economía y derecho.* 4. *El proceso de formación de la teoría económica del derecho.* 5. *El modelo general y los tipos de análisis. Planteamiento.*—II. REFERENCIA A LOS FUNDAMENTOS TEORICOS DEL ANALISIS. 6. *El punto de partida: el derecho como sistema de incentivos y rémoras.* 7. *El homo oeconomicus y las leyes capitales de la economía política neoclásica.* 8. *El principio de orden: la norma de eficiencia en la formulación paretiana.* 9. *El principio de construcción: el teorema de Coase.*—III. ACERCAMIENTO AL MODELO ANALITICO. 10. *La doctrina de los property rights. Hacia una teoría económica del derecho de propiedad.* 11. *Enfoque económico de la responsabilidad civil.* 12. *Función económica del derecho de los contratos.* 13. (Sigue) *Referencia especial a las condiciones generales de la contratación.* 14. *Conclusiones: la decisión jurídica como decisión del mercado.* 15. *Un ensayo de interpretación unitaria del derecho privado.*—IV. REFLEXIONES CRITICAS. 16. *Planteamiento general: una visión reduccionista.* 17. *Crítica metodológica.* 18. *Crítica axiológica.* 19. *La recepción del análisis económico del derecho por la teoría del derecho privado del Estado social.* 20. *Consideración final.*

I

1. Todas las ciencias corren de vez en cuando el peligro de un cierto entumecimiento si no reciben ideas de refresco. Esto sucede rara vez dentro del ejercicio académico cotidiano, produciéndose, en cambio, con relativa frecuencia, merced al generoso influjo de alguna

ciencia vecina. No creo equivocarme mucho si afirmo, en este sentido, que una de las renovaciones más prometedoras (o, cuando menos, más sobresalientes), que registran los estudios jurídicos en nuestros días, tiene su origen en el relanzamiento que ha experimentado la teoría económica individualista en el curso de estas dos últimas décadas. Es cierto, sin embargo, que la «solidaridad» entre la economía política y el Derecho privado (como ordenamientos complementarios de la sociedad civil autónoma) no es un tema nuevo: los juristas siempre han sido muy conscientes de la unidad profunda que subyace a los postulados de la economía clásica y a la formulación que el codificador decimonónico hiciera del Derecho privado; por ello, no hay que exagerar la modernidad del fenómeno: «Si quiero encontrar el derecho —señalaba hace ya más de cien años Lorenz von Stein— debo buscarlo en los conceptos de aquél que lo crea... Una definición legal no es, por lo tanto, una definición legal en el sentido usual de la palabra..., sino una definición económica» (*Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, 1876). Mas sí conviene precisar el distinto alcance y significación que, antes y ahora, se atribuye a esa unidad de la jurisprudencia y la ciencia económica y deshacer así ciertos malentendidos en la materia. Para ello resulta absolutamente necesario deslindar dos planos que a menudo se han venido confundiendo: el plano del objeto y el plano de la elaboración. En la literatura clásica, la unidad entre ambas instancias (económica y jurídica) se articulaba única y exclusivamente a nivel del objeto o, si se prefiere, a nivel de la realidad, que, después, era estudiada separadamente por juristas y economistas (cuyas investigaciones permanecían, por consiguiente, de carácter «unidisciplinar»). Y al respecto no había ninguna duda: la correspondencia estructural entre el sistema de economía de mercado y el sistema del Derecho privado era tan clara y coherente que incluso —llegará a decirse— funda la *constitución económica* del ordenamiento occidental (1). En ello no me detendré; cualquier precisión ulterior sobre lugar tan común en la literatura resultaría de inmediato ociosa. Me esforzaré, más bien, por comenzar el estudio justo donde esa afirmación acaba, es decir, en el plano que he llamado de la elaboración; porque ésta es la *terra incognita* que hoy merece ser explorada. La tarea podría plantearse del siguiente modo: admitido que ambos sistemas de distribución social de los recursos (el mercado y el Derecho privado) obedecen a la misma lógica (la maximización de la riqueza, según tendremos ocasión de considerar), ¿por qué las distintas ciencias que se ocupan de ellos deben permanecer incomunicadas e incluso diferentes? (2).

(1) Así, por todos, E. J. MESTMÄCKER, *Power, Law and Economic Constitution*, en *German Economic Review*, 1973, p. 181. La cita de von Stein, que se reproduce en el texto, ha sido asimismo recogida de este trabajo, p. 182 (que, en su totalidad, constituye una buena introducción a la problemática enunciada. Puede consultarse también, bajo el título de *Macht - Recht Wirtschaftsverfassung*, en la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 137, 1973, pp. 97 y ss.).

(2) En realidad se afirma que la ciencia jurídica no tiene por qué di-

En esa brevíssima formulación se contiene todo un atractivo programa de trabajo universitario, a cuya difusión y esclarecimiento quieren contribuir estas páginas; el programa de un importante grupo de juristas (o mejor, *lawyer-economists*, como ellos mismos acostumbran a identificarse), cuya doctrina —en la medida en que se concibe a sí misma como una teoría del derecho adecuado al mercado (*marktrationales Recht*)— postula que, en última instancia, todas las valoraciones jurídicas pueden (e incluso deben) ser reconstruidas e interpretadas con arreglo a las categorías que nos suministra el pensamiento económico (3). Se diría así —y selecciono un ejemplo de no difícil comprensión— que la norma que contiene el artículo 1.106 de nuestro Código civil no hace sino sancionar con el lenguaje específico de los juristas una ley fundamental de la economía política clásica, a tenor de la cual la utilización de precios equivalentes a los llamados costes de oportunidad (*opportunity costs*) induce a los operadores a la maximización conjunta del valor del cambio. Y ello porque obliga a la parte que viola su deber contractual a satisfacer un precio (el importe conjunto del lucro cesante y del daño emergente) que es igual al coste de oportunidad del incumplimiento (valor del «sacrificio de no hacer una cosa para hacer otra», por supuesto, más rentable), incentivando de esta manera aquellas conductas que generen un incremento de la suma total de utilidades (de la *riqueza*) a través del «cambio» alternativo (4). Los ejemplos podrían multiplicarse; mas no será necesario para que nos hagamos una idea de lo que se pretende.

El tipo de análisis que late tras esta suerte de razonamientos, por otra parte, me parece ciertamente novedoso en el marco de los estudios jurídicos continentales, en los que la inteligencia del derecho resulta normalmente confiada a leyes y principios elaborados de forma casi exclusiva en la perspectiva de una ciencia jurídica *auténtica*. Y amén de novedoso, a más de uno se le antojará teoría derechamente heterodoxa. Se convendrá en cualquier caso que puede tratarse de un ejercicio intelectualmente estimulante, al que *a priori* no debe renunciarse, si estamos de acuerdo en que nuestra tarea es la de contribuir a una cada vez más cabal comprensión del sistema jurídico. En esta convicción —que no descarta, sin embargo, muchas dudas e incertidumbres—, el propósito central de las páginas que siguen radica en una primera y provisional aproximación al nuevo método de la investigación jurídica, con el fin de contribuir a sensibilizar al jurista de nuestro país con una línea de pensamiento —que puede cifrarse en la fórmula del «análisis económico del derecho» (*economic analysis of law*)—, cuyo objetivo último, como decíamos hace un momento, será la entera

ferir de la teoría de los precios —que, como tal, constituye la teoría económica del sistema de mercado—, habida cuenta de que, como se postula, el Derecho privado no organiza sino un *mercado institucional o hipotético*.

(3) Cfr. N. HORN, *Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der «Economic Analysis of Law»*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 176, 1976, pp. 332-333.

(4) Cfr. R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977, p. 399.

explicación del mundo jurídico (en su doble vertiente, institucional y conductista) mediante el recurso a las categorías, métodos y técnicas; al instrumental, en una palabra, peculiar del economista (5).

Nos encontramos, pues, ante un proyecto de *trabajo interdisciplinar* de primer orden y acaso —más allá de las discusiones teóricas que sólo en muy contadas ocasiones logran escapar del terreno estrictamente epistemológico— ante el único que ha dado ya importantes frutos positivos (por su cantidad y calidad) para la resolución de concretos problemas y situaciones jurídicas. Pero también es cierto que su mismo programa descubre una «acusación» frente a la ciencia tradicional del derecho. El recurso a la interdisciplina, es decir, a la utilización de instrumentos culturales ajenos a la propia formación (en este caso, el jurista que recurre a la economía política) significa para nosotros —para todas las generaciones formadas en las aulas del pensamiento dogmático— la constatación de una cierta marginación cultural. En efecto, advertida la estrechez y la escasa productividad social del estudio aislado de la forma y la «positividad» de las normas, de la tradición positivista en suma, la vocación hacia el Derecho privado trata de remontar su propia condición a la búsqueda de espacios culturales a dividir con otros, en una fragmentariedad de métodos y direcciones que denuncia con frecuencia la precariedad del propio *status*. Si esta impresión no es incorrecta, se convendrá que el solo intento de la *new law & economics* pulsa en sí mismo (y sin perjuicio de cuál sea su intrínseca validez) el déficit metodológico de la ciencia del derecho más tradicional, al mismo tiempo que renueva la esperanza de todos aquéllos que han hecho del estudio del Derecho privado su quehacer cotidiano (6). Me parece que estas razones son importantes;

(5) No se confunda esta fórmula (*economic analysis of law*) con aquella otra que recientemente se ha denominado *economía del derecho* (v. G. SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, *passim*); la cual, desde una perspectiva radicalmente distinta (cfr. *ibid.*, p. 14, nota 1), se propone reconstruir el *iter formativo* de las relaciones e instituciones jurídicas que efectivamente (sociológicamente) se dan en el comercio jurídico, poniendo el acento no tanto en resultado final de las «obras de ingeniería jurídica», cuanto en la explicación analítica de cada pieza o segmento (entendidos como elementos intercambiables y sustituibles entre sí) que tienden a conformar el andamiaje instrumental de que se valen los operadores. Para un primerísima aproximación al nuevo método (que, por lo demás, se sitúa en una línea semejante a lo que los sociólogos del derecho alemanes —Rehbinder, etc.— denominan *Rechtstatsachenforschung*), v. F. GALGANO, *Il saggio di economia del diritto di G. Santini*; y G. AULETTA, *Un saggio di economía del diritto*, ambos en la *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, pp. 1072 y ss. y 1080 y ss., respectivamente; así como la recensión que yo mismo he realizado en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1979, pp. 669 y ss.

(6) Resulta curioso constatar cómo incluso en el área del *common law* (que, en principio, se caracteriza por una ciencia jurídica mucho más abierta a la realidad extrajurídica que la correspondiente de los sistemas del *civil law*) se ha señalado que el análisis económico del Derecho nace en la necesidad de buscar fundamentos *alternativos* para la decisión jurídica (alternativos al *llangdilianism*, que quería desarrollar la ciencia del Derecho en el estrecho marco de las «reglas jurídicas, las opiniones judiciales y el análisis lógico», viñiendo a ser así lo que podríamos llamar una «*Begriffsjuris-*

que serán suficientes para justificar la oportunidad del presente escrito, el cual, por lo demás, no tiene más pretensiones que la de ofrecer una elemental información sobre la «teoría económica del derecho» y la de desenvolver unas reflexiones preliminares sobre el papel que a la misma pueda asignarse en el marco de una ciencia jurídica verdaderamente renovada, de una jurisprudencia —importa subrayar— que no precisamente desde hoy se nos muestra constitutivamente *abierta* (y, por ende, dispuesta también al diálogo interdisciplinar) (7). A tal fin —y ya sin más preámbulos— abordo el punto primero de la exposición, relativo, como hemos anunciado, a las condiciones ambientales en que nace y progresiona la nueva metodología.

2. Como era de esperar, el análisis económico del derecho no se presenta como un fenómeno aislado; sin renunciar a su condición de «teoría específica del derecho», despunta en el contexto de un más amplio movimiento de la universidad norteamericana que se reconoce en la necesidad —ideológica y científica— de profundizar y ensanchar el cuerpo teórico del pensamiento liberal. El movimiento, asociado básicamente a la Escuela de Chicago, tiene su momento fundacional en la obra de Frank Knight, Theodore Schultz, Henry Simons y, sobre todo, Milton Friedman. Por lo que ahora interesa, se procede a recuperar las viejas ideas del *laissez faire* y a articular una sólida teorización (contra los postulados clásicos de Pigou y Keynes) del

prudencia a la americana»): cfr. D. H. J. HERMANN, *Book Review* (del *Economic Analysis of Law* ya citado de POSNER) en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1974, 1974, pp. 354-355 e *ibidem* ulteriores indicaciones bibliográficas. En este sentido el análisis económico del Derecho se inscribe de forma inequívoca en la tradición *realista* americana (v., por todos, E. SCHANZE, *Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A.: Verbindungslien zur realistischen Tradition*, en H. D. ASSMANN, C. KIRCHNER y E. SCHANZE, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg-Ts., 1978, pp. 7-8), si bien no deben olvidarse todas las críticas de que ha sido objeto por sus intentos de «reconceptualización» (con categorías económicas ahora) del pensamiento jurídico (v., sobre todo, A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, en *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, pp. 451 y ss. Este autor llega a crear un neologismo para calificar el proyecto del análisis económico del Derecho: *Econominalism* (*ibid.*, p. 459, nota 26).

(7) El referido carácter abierto me parece hoy incontestable. Citaré sólo unas palabras de dos reconocidos «juristas dogmáticos», tan poco sospechosos de propuestas, se diría, «alternativizantes», como lo son Rittner y Mestmäcker, para confortar el aserto: «La ciencia jurídica, especialmente la ciencia del Derecho privado, muestra MESTMÄCKER, ya no puede ser caracterizada en nuestro tiempo como conocimiento desnudo de las leyes y la jurisprudencia. Se sitúa [...] en el contexto de las demás ciencias sociales [...]. Especialmente las instituciones básicas del Derecho privado ya no tienen sentido en sí mismas, sino y ante todo, como partes del orden total» [F. RITTNER, *Zum gegenwärtigen Stand neoliberaler Rechtstheorie* (trabajo que sustancia una recensión de E. J. MESTMÄCKER, *Recht und ökonomische Gesetz*, Baden-Baden 1978) en *Archiv für civilitische Praxis*, vol. 180, 1980, p. 402]. Incluso tan acérrimo defensor de una ciencia del derecho cerrada como es K. LARENZ se ha visto obligado a admitir este «cambio de rumbo» en la última edición de su *Metodología de la ciencia del Derecho*—trad. esp. de la 4.^a ed. alemana de 1979, Barcelona, 1980, pp. 410 y ss.

Estado mínimo —y demás ideas implicadas, *deregulation*, administración en lugar de gobierno de la economía, etc.—, en el intento de reprimir una sociedad civil verdaderamente autónoma que, independientemente del Estado y en congruencia con su propia constitución (la economía política clásica), estará en condiciones de producir el *maximum* de bienestar social (8). Por otra parte, ahora desde el punto de vista científico, este movimiento de la *nueva economía* se sitúa en la perspectiva de la célebre proposición de Keynes (inserta en la *Introduction to Cambridge Economic Handbooks*), según la cual «la teoría económica es un método más que una doctrina, un instrumento mental, una técnica del pensamiento que permite a su poseedor alcanzar las conclusiones correctas». Y desde esta óptica de la economía como ciencia general de la sociedad, se propone aplicar el análisis microeconómico a la investigación de las realidades más dispares; al comportamiento y las organizaciones humanas no económicas (suicidio, matrimonio, familia, etc.); a la estructura y función del sistema político; a la historia; y también, por supuesto, a las relaciones e instituciones jurídicas (9). Su influencia se extiende a través de cuatro grandes vías: la corriente monetarista; la teoría del capital humano; la doctrina de los *property rights*; y la escuela de la *Public Choice* (10).

(8) El lector interesado por la obra de la Escuela de Chicago y por el renacimiento del pensamiento liberal, podrá consultar con provecho la reciente obra de P. SCHWARTZ, *Bibliografía de la libertad*, Madrid, 1980. Para una primera aproximación a ese temario, continúa siendo texto de indispensable consulta M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962. (*Capitalismo y libertad*, trad. esp., Madrid, 1966). Fuera del círculo de Chicago, la obra más significativa en punto a la restauración del pensamiento liberal se debe a F. A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, trad. esp., Madrid, 1978 y, del mismo autor, *Camino de servidumbre*, trad. esp., Madrid, 1978.

(9) Un resumen de los resultados de las investigaciones más significativas realizadas en estos sectores, así como una introducción general a la *nueva economía*, en una exposición asequible al no especialista, se encontrará en H. LEPAGE, *Mañana el capitalismo*, trad. esp., Madrid, 1978. El lector español dispone en el momento de una considerable cantidad de ediciones en castellano sobre estas materias (sobre todo sobre la ciencia económica de la política): v. los números especiales dedicados a estos temas por las siguientes revistas: *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 1980, n. 2 (titulado *Problemas económicos actuales en una perspectiva liberal*); *Información Comercial Española*, enero 1980 (bajo el rótulo de *Economía de la conducta humana*); y *Revista Española de Economía*, volumen doble, mayo-diciembre, 1978, pp. 245 y ss. En ellos se ofrece una variada panorámica de la producción científica en la materia y una extensísima información bibliográfica. Desafortunadamente, el sector de la investigación jurídica está totalmente desatendido, si se exceptúan un par de artículos, que citaremos en el curso del trabajo. Una primera aproximación a los conceptos fundamentales puede encontrarse, sin embargo, en J. PÉREZ DE AYALA, *Las instituciones políticas y jurídicas ante la moderna teoría económica: un análisis conceptual*, en *Anuario de Ciencia Económica*, 1971, pp. 5 y ss.

(10) Además de las indicaciones contenidas en la nota precedente, me remito a M. FRIEDMAN, K. BRUNNER y otros, *El nuevo monetarismo*, trad. española, Madrid, 1971, sobre la primera de las vías señaladas; a la revisión bibliográfica de M. BLAUC, *The Empirical Status of Human Capital Theory*, en *Journal of Economic Literature*, vol. 14, 1976, pp. 827 y ss., sobre la se-

Se sostiene, en consecuencia, que la ciencia económica y política (o jurídica o sociológica) son estructuralmente del mismo tipo; que cuando eventualmente se obtenga una ciencia política (o jurídica o sociológica) satisfactoria tendrá los mismos rasgos distintivos que los *Elements* de Walras, o el *Manuel* de Pareto, o incluso los *Principles* de Marshall (11). El resultado es claro: una auténtica ruptura de las fronteras interdisciplinares de las diferentes ciencias que se ocupan de la sociedad. Pues bien, éste es el ambicioso proyecto en el que se inscribe el análisis económico del derecho, que, por ende, asumirá en su estudio de la realidad jurídica la normativa o *preceptiva* de la «nueva economía», cuyas proposiciones nucleares pueden quedar formuladas del modo que sigue: (i) Toda la actividad humana (social, económica, jurídica y política) se explica desde el paradigma del *homo oeconomicus*, que postula que el hombre actúa siempre racionalmente como maximizador de *valor* (es decir, de sus fines en la vida). En semejante paradigma se encerraría la clave epistemológica de la nueva teoría: la «metodología individualista». (ii) El modelo de decisión óptima viene proporcionado por el *sistema de mercado* (cuyos correlatos son: la sociedad civil autónoma, la democracia política y la autonomía jurídica de la voluntad). Cualquier tipo de decisión heterónoma (intervención del Estado) resulta invalidada en su misma raíz: el crecimiento del Estado —dirá Friedman— se debe a la mano visible de la política, que trabaja en dirección contraria a las fuerzas de la economía; en la vida económica, quienes sólo buscan su propio interés (he ahí el *homo oeconomicus*) son guiados por una mano invisible a favorecer el interés público (12). Esta proposición descubre la teoría de la decisión óptima de la entera orientación. (iii) Por último, a nivel de legitimación, se reemplaza la «moral» por la *utilidad*, constituyéndose a la eficiencia en la única y suprema instancia de legitimidad. Se dirá así, por ejemplo, que la deshonestidad es censurable

gunda; y a D. C. MUELLER, *Public Choice: A Survey*, en *Journal of Economic Literature*, vol. 14, 1976, pp. 395 y ss., sobre la cuarta. Sobre la teoría de los *property rights*, v. *infra*, n. 10.

(11) D. BLACK, *La unidad de las ciencias política y económica*, en *Revista Española de Economía*, mayo-diciembre 1978, p. 273.

(12) Para salir al paso de algunos malentendidos, aclararé enseguida que la posición de la Escuela de Chicago no es fungible con la de la Escuela de Friburgo. Sus planteamientos son notablemente divergentes, bien que arranquen de idénticos o muy parecidos postulados. La diferencia básica entre la doctrina del «ordo-liberalismo» y la «nueva economía» se encuentra en relación a la teoría del *Estado mínimo*, pues los neoliberales alemanes de la «economía social de mercado» reconocen en la conformación de la «justicia social» al lado de la *invisible hand* del mercado smithiana, una «mano visible del Derecho» (*sichtbare Hand des Rechts*): v. al respecto el libro del más destacado discípulo de F. Bohm, considerado hoy el principal representante de la teoría jurídica neoliberal, E. J. MESTMÄCKER, *Die sichtbare Hand des Rechts*, Baden-Baden, 1978. Sobre la Escuela de Friburgo, en general, v. el reciente trabajo de K. ZWEIG, *The Origins of the German Social Market Economy. The Leading Ideas and the Intellectual Roots*, London, 1980. De especial interés para el jurista siguen siendo las páginas que W. FIKENTSCHER le dedica al tema en su conocida monografía *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlín, 1958, pp. 14 y ss.

porque resulta ineficiente o que una política redistributiva (de la renta) es incoherente porque no incentiva la producción que, en última instancia, es la variable decisiva en la formación del interés general (13).

En estas coordenadas tematiza la *new law & economics* las conexiones entre el orden jurídico y el orden económico. Y siendo los pilares básicos en los que se asienta cualquier discurso sobre la realidad de naturaleza exquisitamente económica, probablemente se habrá ya advertido que el derecho se presenta en buena medida como mero y simple *datum* a reelaborar con arreglo a los cánones peculiares de la ciencia económica. El planteamiento «retrospectivo» es claro: reducida al mínimo la acción *reguladora* del derecho, observaba ya Gounot, el orden jurídico se arrodilla ante el orden económico (14). Se conecta, pues, con la más pura tradición liberal. Pero abordemos el tema un poco más detenidamente.

3. Las relaciones entre la economía y el derecho —y resulta innecesario insistir en ello— son numerosas, enrevesadas y, desde siempre, objeto de las más diversas teorizaciones (15). En esta ocasión, sin embargo, vamos a ocuparnos de una muy concreta, que, en espera de expresión más adecuada, calificaremos de *mediación normativa* entre ambas instancias (económica y jurídica) de la realidad. La fórmula en cuestión (entendida, por supuesto, desde el primado de la economía) postula que la racionalidad jurídica de la norma existe sólo en la medida en que traduzca una *ley económica*. La perspectiva a que quiere aludirse, ciertamente, es extraña en nuestra tradición: mientras lo normal y regular ha sido el «análisis jurídico de la economía», es decir, el intento de aprehender la realidad económica con las categorías elaboradas por la ciencia jurídica (y por ahí encajaría toda esa desviación metodológica consistente en proyectar el «deber ser» sobre

(13) Cfr. G. J. STIGLER, *Un repaso a la ética de la competencia*, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 1980, n. 2, pp. 3 y ss. y R. AUDOIN, *La ética de la sociedad competitiva*, ibí, pp. 15 y ss. Podría pensarse que se trata de una restauración del utilitarismo benthamiano; sin embargo, a pesar de que esto es lo que ciertamente se ha dejado entender (cfr. R. A. POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1978, pp. 104-105), se ha demostrado que entre el criterio utilitarista (maximización de la felicidad, definida ésta como *surplus* de placer sobre dolor) y el criterio deducible de la teoría económica (eficiencia como maximización de la riqueza) existe una considerable diferencia—por ejemplo, si se utilizan como criterios de evaluación jurídica, mientras el primero lleva hacia una política redistributiva y hacia reglas jurídicas *tuitivas* (paternalistas, dice Posner), el criterio eficientista niega esas posibilidades, que destruyen la individualidad generadora de la prosperidad (cfr. POSNER, op. ídit. cit., pp. 136 y 119 y ss.).

(14) Apud G. FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963, p. 79.

(15) Para un cumplido examen de cómo han sido tematizadas estas relaciones en el curso de la historia del pensamiento jurídico (con una propuesta al respecto desde el ángulo de la *Teoría Crítica*) me remito a CH. ZÖPFL, *Okonomie und Recht. Ein wissenschaftshistorischer und wissenschaftstheoretischer Beitrag zum Verhältnis von Wirtschafts- und Rechtswissenschaften*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974.

el «ser» como forma de *comprensión* de la realidad —la lógica de Palmström— (16), a cuya superación sin duda habrá de contribuir la ya mentada *economía del diritto*), lo que verdaderamente no podemos considerar habitual es el proceso diametralmente inverso: *constituir en objeto de la investigación el derecho desde un punto de vista económico* (17). El análisis económico del derecho, por tanto —y máxime si pretende (que sí lo hace) configurarse como una «teoría general del derecho»—, está negando de raíz la posibilidad de un análisis específicamente jurídico. Kelsen, sin duda, apostillaría que su «resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica»; y, de hecho, su ubicación en los esquemas de una metodología jurídica tradicional es marginal. Las pocas palabras que le dedica Fikentscher en su monumental tratado sobre el método son reveladoras al respecto: «el recurso a principios y conceptos económicos a través de los cuales —según pretende la *new law & economics*— debe ser construido el derecho» constituye uno de los elementos medulares de «la crítica general del derecho» (*allgemeine Rechtskritik*) (18).

Mas tampoco hay que creer que semejante planteamiento es absolutamente moderno —cuando menos en los Estados Unidos. Con anterioridad a la *new law & economics* se habla de una *old law & economics* (19), cuyo área de investigación se centra básicamente —aunque no de forma exclusiva, pues atañe también a ciertos sectores intervenidos (*regulated areas*)— en el derecho *antitrust*. Mucho antes de que el análisis económico del derecho asistiese a su clamoroso éxito, ya resultaba expediente ampliamente aceptado por los juristas americanos la inquisición de la *ratio económica* de las prácticas antimonopolísticas; la finalidad era clara: extraer de ello una directriz

(16) Cfr. U. MÜCKENBERGER, *La legitimación a través de la negación de la realidad*, en P. BARCELLONA, D. HART y U. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. esp., Madrid, 1977, pp. 98-99. Señaló como dato curioso que en esta misma lógica —que Leff bautiza ahora con la expresión de la «rosa de Gilmore»— parece caer también el análisis económico del Derecho (cfr. A. A. LEFF, *Law and ...*, en *Yale Law Journal*, vol. 87, 1978, pp. 989 y 1009-1010).

(17) Cfr. H. KOCH, *Besprechung* (de POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit.), en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Recht*, vol. 40, 1976, p. 181.

(18) W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, II (Anglo-amerikanischer Rechtskreis)*, Tübingen 1975, p. 437.

(19) Cfr. R. A. POSNER, *Economic Approach to Law*, en *Texas Law Review*, vol. 53, 1975, p. 759. Los esfuerzos ocasionales por realizar un verdadero *approach económico* en el estudio del Derecho, deben considerarse como «pseudo-económicos» (así, por ejemplo, la llamada «teoría económica de la responsabilidad civil» —efectivamente criticada por R. POUND en *The Economic Interpretation and the Law of Torts*, en *Harvard Law Review*, vol. 53, 1940, pp. 365 y ss.). Hubo, sin embargo, algunas contribuciones anteriores a 1960 (fecha en que se data el nacimiento de la *new law & economics*, v. *infra*, n. 4) que ya revelaban una utilización (aunque intuitiva) de la teoría económica, como, por ejemplo, el trabajo de L. FULLER, *Consideration and Form*, en *Columbia Law Review*, vol. 41, 1941, pp. 799 y ss., y algunas sentencias judiciales. Estas observaciones, así como las citas de Pound y Fuller, las recojo de POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, cit., p. 106.

interpretativa (*legal policy*) para resolver el caso concreto (introduciéndola, cuando contrastaba con la letra de la ley, a través de la *rule of reason* y, en caso contrario, a través de la *per se rule*) (20). Pero mientras esa «vieja literatura jurídico-económica» confinaba su atención al derecho que gobierna «relaciones económicas explícitas», otras zonas del ordenamiento (propiedad, contratos, responsabilidad, etc.), permanecían al margen de semejante análisis económico. A mi juicio, sin embargo, la diferencia capital entre la *old law & economics* y la *new law & economics* se proyecta más allá de una mera diversidad de objetos de estudio; radica más bien en un distinto punto de vista sobre la (eventual) contribución que la teoría económica pueda aportar para la recta determinación y explicación del derecho (21).

A este respecto —y para mejor evidenciar el modo característico del análisis económico del derecho— parece conveniente, siquiera sea muy brevemente, repasar las maneras (o modos) en que la economía o (mejor) el economista puede colaborar al desarrollo de la doctrina jurídica y a la misma formación de la decisión jurídica (*legal decision-making*). Distinguiré a los efectos de este estudio tres grandes hipótesis, cuyas fronteras, sin embargo, no deben considerarse rígidas, ni siquiera nítidas: (i) La primera de ellas describe la contribución de la economía al derecho en términos meramente informativos (21 bis). El economista interviene en la tarea específicamente jurídica para explicar aquellas categorías económicas a las que se remite el derecho en la definición de la norma. Así, por ejemplo, se llamará al economista para que explique qué se esconde tras el concepto de «criterio contable generalmente admitido» a que se refiere el artículo 37 del Código de comercio (aunque este ejemplo —soy consciente de ello—, probablemente no es el más afortunado). El economista, en este caso, actúa simplemente como un técnico (22). (ii) En una segunda hipótesis, el economista intervendrá en el proceso jurídico como un *super-técnico*; me explico: al igual que en el supuesto anterior, el econo-

(20) En este sentido se puede citar la obra de J. B. DIRLAM y A. E. KAHN, *Fair Competition. The Law and Economics of Antitrust Policy*, Ithaka (New York) 1954. Para una información más completa me remito a R. A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 925 y ss. y al documentadísimo escrito de CH. KIRCHNER, «*Okonomische Analyse des Rechts*» und *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen* en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 144, 1980, pp. 563 y ss.

(21) Parece manifestarse en contra POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., pp. 758-759, quien únicamente establece como punto de divergencia la naturaleza diversa de las materias que son objeto de estudio.

(21 bis) Cfr. B. REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, Bielefeld, 1978, pp. 39-41. La función de la ciencia económica es meramente descriptiva: «*Tatsachensaufklärung als Weg zur Wirklichkeitserkenntnis*».

(22) El economista asume un papel idéntico a aquél que puede desempeñar un médico a la hora de determinar el sentido y contenido del impedimento de impotencia. Es decir, toma el problema jurídico tal como se lo plantea el decisor jurídico (*legal decisor-maker* —juez o intérprete—) y aporta, como experto, su experiencia (*his expertise*). Así, A. K. KLEVORICK, *Law and Economy Theory: An Economist's View*, en *American Economic Review*, vol. 65, 1975, p. 237.

mista toma el problema tal y como se lo plantea el jurista, pero con la particularidad (ahora) de que la entera estructura del problema es de naturaleza económica. Los objetivos e incluso el mismo diseño de las instituciones y de la doctrina jurídicas están explícitamente definidos en términos económicos. El economista, en tal tesis, es llamado para aconsejar y evaluar las vías más coherentes en orden a la consecución de los objetivos específicos de la norma. La mayor parte de la *old law & economics literature* creo que debe incluirse en esta categoría; sobre todo, la relativa al derecho *antitrust*. Como supertécnico, el economista, en realidad, no hace otra cosa que determinar para un área particular el fin (que para un área general) el jurista —intérprete de la norma— tiene en la mente; pero no hace nada más; no por ello deviene un auténtico *policy-maker*. Este tipo de mediación, como el anteriormente enunciado, es de carácter empírico, no normativo (23). En este campo no será difícil incluir muchas materias del *Derecho económico*, aquéllas justamente que se señalan como uno de los momentos de la funcionalización del Derecho privado [entendida aquí la funcionalización *sub especie* de ensanchamiento de la materia tradicional a través de la agregación de las llamadas *leyes económicas (Wirtschaftsgesetze)*] (24). Por otra parte, es menester consignar también aquí que este plano del análisis no es fungible con el *modus operandi* que ha desarrollado una determinada línea de la jurisprudencia alemana (en el marco, primero, del Derecho tributario y, más tarde, del derecho de la competencia, llegando incluso a afectar a la más general categoría del Derecho económico) bajo el nombre de «modo económico de observación» (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*) (25), que, en realidad, no sería más que un nuevo supuesto de la interpretación teleológica, pues lo que se busca a través de la valo-

(23) *Ibid.*, pp. 238-239.

(24) Cfr. H. D. ASSMANN, *Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht*, en H. D. ASSMANN, G. BRUGGEMEIER, D. HART y C. JOERGES, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein-Ts., 1980, pp. 250-251.

(25) V. P. ULMER, *Überlegungen zur Wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht*, en *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1971, pp. 878 y ss.; O. SANDROCK, *Die Einheit der Wirtschaftsordnung. Über Macht und Ohnmacht von Gesetzgeber und Richter im Wirtschaftsrecht*, Frankfurt a. M., 1971, pp. 43 y ss.; A. TEICHMANN, *Die «wirtschaftliche Betrachtungsweise» in der Anwendung des GWB*, en *Entwicklungsstendenzen im Wirtschafts und Unternehmensrecht*, *Festschrift für H. BARTHOLOMEYČIK*, Berlín, 1973, pp. 377 y ss.; y críticamente F. RITTNER, *Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Karlsruhe, 1975. Este método (aceptado positivamente por el párr. 1 Abs. 2 de la *Steueranpassungsgesetz* de 1934 (cfr. ULMER, *op. ult. cit.*, pp. 880-881) y reconocida su congruencia por el Tribunal Constitucional con el principio del Estado de derecho (cfr. BVerfGE 13, 318/328 *apud* ULMER, *loc. cit.*) se ha llevado al derecho de la competencia, donde se ha ensayado una interpretación económica del concepto de «contrato», para incluir en él diversos supuestos de práctica anticoncurrentes (v. TEICHMANN, *op. ult. cit.*, pp. 382 y ss.; también ULMER, *op. cit.*, pp. 883 y ss.). Otros autores proponen su utilización más generalizada en el Derecho económico, al objeto de asegurar la «unidad del ordenamiento económico» (cfr. SANDROCK, *op. ult. cit.*, p. 57).

ración de la realidad es recabar indicios para determinar, con arreglo a los objetivos peculiares de la norma, en qué dirección se deberá aplicar la ley (26). Conviene reseñar, no obstante, que este tipo de «observación» se resuelve, en última instancia, en un análisis de los hechos (se habla ya de *tatsächlichen Betrachtungsweise*), más que en un estudio específicamente económico; podría en este sentido considerarse como un avanzado exponente de lo que la tradición vivantiana llamara «atenta observación de la realidad» (27). (iii) La tercera hipótesis a la que quería referirme —y la que desde ahora constituirá el motivo central de estas páginas— vendría recortada a aquellos supuestos en los cuales el economista —hablando en metáfora— asume el papel característico del jurista. El economista ahora propone un nuevo vocabulario y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos que podemos considerar tradicionales (por ejemplo, para la cuestión de la oferta pública de recompensa). Ya no toma el problema —como todavía sucedía en la hipótesis precedente— tal y como se lo formula el jurista; no, lo plantea en sus propios términos, dando lugar así a una explicación alternativa del derecho y, con ello, a una nueva «proposición» del mismo (28). El economista, se habrá ya advertido, actúa como un verdadero *policy-maker* que «falla» (en sus escritos universitarios o en las sentencias) no de acuerdo a derecho, sino de acuerdo a «economía», si se me permite utilizar tan irregular expresión (29). Pues bien, a este punto es a donde quería llegar, pues es en él donde considero que se produce la especificidad más característica de la *new law & economics*: la habilitación de la teoría microeconómica neoclásica como teoría del derecho o (lo que es lo mismo) de la *economía política como jurisprudencia racional*. La literatura que se mueve en esta línea (y el modelo teórico que en ella se percibe) se ha ido haciendo, en el curso de estos últimos años, cada vez más compacta y general, pudiéndose afirmar que hoy en día el proceso ya está definitivamente consolidado. No estará de más, sin embargo, seguir un poco más de cerca esa evolución, la cual —como

(26) Cfr. ULMER, *op. cit.*, pp. 882 y 884; TEICHMANN, *op. cit.*, pp. 381-382, y (conclusivamente), p. 393. ULMER califica al método de medio interpretativo según la naturaleza de la cosa (*Natur der Sache*) (*ibid.*, p. 882). SANDROCK, por su parte, lo sitúa en la línea de la «jurisprudencia de intereses» (*op. cit.*, pp. 55-56).

(27) Cfr. SANDROCK, *op. cit.*, pp. 43 y ss.; TEICHMANN, *op. cit.*, p. 381; ULMER, *op. cit.*, p. 885. Lo que en todo caso importa subrayar es que «el modo económico de observación no transforma ni el derecho ni los métodos [tradicionales] de enjuiciamiento»: REBE, *Privatrecht*, *cit.*, p. 47.

A caballo entre esta hipótesis y la siguiente (aquella que consideramos específica de la *new law & economics*) probablemente habría que situar cierta literatura de los maritimistas anglosajones y escandinavos muy preocupada por la alineación de las reglas jurídicas a la lógica económica (sobre todo, la minimización de los costes) (v. I. ARROYO, *La distribución del riesgo en el Derecho marítimo*, Madrid, 1977, *passim*, esp., pp. 1-18 e *ibid.* ulteriores indicaciones bibliográficas).

(28) V. KLEVORICK, *op. cit.*, pp. 239 y ss.

(29) Cfr. J. M. BUCHANAN, *Good Economics-Bad Law*, en *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, p. 489.

certeramente se ha sugerido (30)— puede ser descompuesta en tres grandes etapas: (i) la fundación simultánea; (ii) la recepción ecléctica; y (iii) la afirmación definitiva. Se podría tal vez añadir una cuarta fase de ocaso o, más exactamente, de *relativización*, en la que, como consecuencia de las críticas avanzadas por amplios sectores doctrinales, se observa una cierta remeditación de los propios postulados y un repliegue bastante generalizado hacia posiciones no excluyentes. A esta fase (más lógica que histórica) me referiré, sin embargo, al final de estas páginas (v. *infra*, sec. IV), cuando ensaye la valoración global del fenómeno.

4. El momento de la *fundación* de la entera orientación del *economic analysis of law* puede datarse (y así lo hace toda la literatura que se ha ocupado del tema) en el umbral de los años sesenta con la publicación casi simultánea, pero absolutamente independiente, de dos escritos que van a ejercer una influencia decisiva en el curso de los años sucesivos; me refiero al trabajo de Coase sobre *The Problem of Social Cost*, en el que, por primera vez, se plantea una crítica rigurosa a la teoría económica de la intervención del Estado pigoviana, deduciendo de ello importantes conclusiones para la conformación y explicación del Derecho privado (31); y al estudio de Guido Calabresi titulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, en cuyas páginas se ensayaba también por vez primera una interpretación racional (es decir, eficientista) de las reglas de responsabilidad civil elaboradas por el *common law* y se demostraba, en aplicación de la economía del bienestar de Pigou, que el principio de la culpa (*fault-system*) no consentía una asignación precisa de responsabilidades a las distintas actividades causante de los accidentes, sino que más bien conducía, en muchas ocasiones, a la externalización de los costes del accidente, abogándose, en fin, por un sistema de múltiples criterios de imputación, cuya base era, sin embargo, la responsabilidad objetiva (32).

(30) Cfr. SCHANZE, *Okonomische Analyse des Rechts in den U. S. A.: Verbindungslinien zu realistischen Tradition*, cit., pp. 4 y ss.

(31) R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, en *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 y ss. Para una primera introducción a este texto, v. la *Einleitung* de C. KIRCHNER a su traducción alemana, en ASSMANN, KIRCHNER y SCHANZE, *Okonomische Analyse des Rechts*, cit., pp. 146-147. Al llamado *teorema de Coase* nos referiremos más tarde (*infra*, n. 9), donde se ampliarán las referencias bibliográficas. A los efectos de este estudio, se maneja la traducción española del trabajo aparecida en el libro colectivo *Economía del medio ambiente*, Madrid, 1974 (v. R. H. COASE, *El problema del coste social*, ibi, pp. 79 y ss.).

(32) G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, en *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499 y ss. Estas ideas han sido desarrolladas por el autor en ulteriores estudios de los que se dará cuenta en el curso de la exposición. Quiero llamar la atención aquí sobre los distintos puntos de partida teóricos en que se sitúan esta investigación y la de Coase; mientras Calabresi acepta la teoría pigoviana, Coase se propone establecer un nuevo punto de partida (la solución decisoria del mercado a toda costa) que acaba por romper la unidad de la tradición pigoviana en punto a la teoría económica de la intervención de la admi-

Bajo el siempre creciente influjo de estas investigaciones «fundacionales», se produce en el período que llega hasta el inicio de los años setenta una *recepción ecléctica* de las tesis nucleares de Calabresi y Coase. Mas no por ello se conseguirá una unidad de puntos de vista. Progresivamente y siempre con mayor claridad, se van decantando esas dos orientaciones de bien diverso signo que respecto del análisis económico del derecho se proyectan (y bifurcan) desde las posiciones dispares de los «fundadores». Así, mientras de una parte las intuiciones de Coase se ven desarrolladas fundamentalmente por economistas en la elaboración de lo que será la teoría de los *property rights* (33), los puntos de vista de Calabresi son más bien aprovechados por ciertos juristas preocupados por una más justa distribución social de la renta, que intentarán canalizar por los mecanismos del derecho, aunque, por supuesto, no se abandone el sistema decisorio del mercado y el principio de eficiencia a él ligado (34).

Finalmente, se puede decir que la *new law & economics* alcanza su *afirmación definitiva* en los primeros años de la década de los setenta (35). Es entonces cuando tienen lugar diversos hechos que hacen pensar que las propuestas anteriores ganan altura y perspectiva y llegan a formar una *teoría económica general del derecho* (o —que lo mismo monta— una teoría general económica del derecho); y ello en el axioma medular de que todas las «provincias del derecho» han sido forjadas por la racionalidad económica (según se desprende de la economía del equilibrio neoclásica) (36). Es en este momento cuando en realidad se empieza a hablar de la *law-and-economics* como disciplina *autéonoma*, siendo la particularidad metodológica (y no el objeto de

nistración en la economía. Se explicará así que quien se coloque en la óptica («chicaguiana») de Coase, reivindique como sistema de responsabilidad más eficiente el de la culpa (v. en este sentido, R. A. POSNER, *A Theory of Negligence*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29 y ss e *infra* n. 11).

(33) Quizá las obras más representativas se deban a H. DEMSETZ (*The Exchange and Enforcement of Property Rights*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 7, 1964, pp. 11 y ss.; *Toward a Theory of Property Rights*, en *American Economic Review*, vol. 57, 1967, pp. 347 y ss.) y a N. S. CHEUNG (*Private Property Rights and Share-Cropping*, en *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 1107 y ss.; *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 13, 1970, pp. 49 y ss.). Citaré estas obras, sin embargo, por su reimpremisión en el *reading* editado por FURUBOTN y PEJOVICH (cit. *infra*, nota 40). Para más información, v. *infra*, n. 10.

(34) Destacarían en esta otra línea los trabajos de F. I. MICHELMANN, *Pollution as a Tort: A non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, en *Yale Law Journal*, vol. 80, 1971, pp. 647 y ss. y de B. ACKERMAN, *Regulating Slum Housing on Behalf of the Poor*, en *Yale Law Journal*, vol. 80, 1971, pp. 1093 y ss.

(35) Una revisión bibliográfica de la literatura habida hasta este momento podrá encontrarse en W. SAMUELS, *Law and Economics: A Bibliographical Survey 1965-1972*, en *Law Library Journal*, vol. 96, 1973, pp. 1 y ss.

(36) Cfr. HORN, *Zur ökonomische Rationalität des Privatrechts*, cit., p. 309 y ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., p. 296.

estudio) quien designa la diferencia (37). La simple enumeración de algunos fenómenos que concurren en el momento será suficiente para que nos hagamos una idea de la dimensión de este nuevo *studium* como disciplina separada. Tenemos así que, de una parte, se comienzan a impartir cursos de economía y de análisis económico del derecho en las *Law Schools* de las más caracterizadas universidades, en consonancia con los postulados pedagógicos del movimiento (38). Asimismo ven la luz pública nuevas revistas jurídicas cuyo objetivo declarado es la expansión del análisis económico del derecho; simultáneamente, las revistas tradicionales abren sus páginas al nuevo enfoque (39). Por otra parte, comienzan a publicarse libros con pretensiones de cumplir amplios campos de estudio, desde los cuales ya es posible obtener una visión panorámica del fenómeno (40). Desde este punto de vista, el dato más significativo va necesariamente conectado a la aparición del manual de Posner (*Economic Analysis of Law*) a finales de 1972. En él se ensaya de una forma sistemática la verificación de la racionalidad económica en los sectores fundamentales del ordenamiento jurídico; y de tal forma que, renunciando al aparato arcano de la formulación matemática y de la técnica económétrica, se hace asequible al jurista sin especial preparación en economía, con el

(37) Cfr. J. E. KRIER, *Book Review* (del *Economic Analysis of Law* de POSNER), en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, pp. 1701-1702 e *ibid.* más indicaciones en este sentido.

(38) V. los datos concretos de esta información en W. A. LOVETT, *Economic Analysis and its Role in Legal Education*, en *Journal of Legal Education*, vol. 26, 1974, pp. 393 y ss. Sobre los aspectos pedagógicos v. LOVETT, *op. cit.*, pp. 385 y ss.; B. ACKERMAN, *On the Role of Economic Analysis on Property Law*, en B. ACKERMAN (ed.), *op. cit.*, en la nota 40, pp. vii y ss.; y las consideraciones de POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., pp. 779-780. En el ámbito del derecho continental, H. KOTZ, *Okonomische Analyse von Rechtsproblemen. Entwurf einer Lehrveranstaltung für Juristen*, en N. HORN y R. TIETZ (eds.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, I, München 1977, pp. 234 y ss.

(39) A pesar de que el *Journal of Law and Economics* que editaba Coase se viene publicando desde 1958, es a partir de estos momentos cuando cobra más fuerza. En 1972 aparece, con Posner al frente, el *Journal of Legal Studies*, cuyo objetivo declarado es «el impulso de la aplicación de métodos económicos al estudio del sistema jurídico» (cfr. R. A. POSNER, *An Afterword*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, p. 437). Y el interés creciente del nuevo movimiento quedará definitivamente confirmado con la *International Review of Law and Economics*, que comenzará a publicarse a partir de junio de 1981, bajo los auspicios de A. I. OGUS y C. K. ROWLEY de los Departamentos de Derecho y Economía de la Universidad de Newcastle upon Tyne (Inglaterra), respectivamente.

(40) Merecen ser recordados los *readings* de E. G. FURUBOTN y S. PEJOVICH, *The Economics of Property Rights*, Cambridge (Mass.), 1974; B. ACKERMAN, *The Economics Foundations of Property Law*, Boston-Toronto 1975; y H. G. MANNE, *The Economics of Legal Relationships*, Saint Paul (Minn.) 1975 y, más recientemente, R. A. POSNER y A. T. KRONMAN, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, 1979. Entre los libros destacan G. TULLOCK, *The Logic of the Law*, Chicago 1971 (realmente difícil para el jurista profesional) y más recientemente las contribuciones de W. HIRSCH, *Law and Economics*, New-York 1979; y J. M. OLIVER, *Law and Economics*, London 1979.

resultado final de haber allanado el terreno para que los frutos más significativos de la *new law & economics* resulten hacederos a una gran audiencia (41). Por último, si se necesitasen más pruebas, certificaría la madurez del análisis económico del derecho la atención que en los últimos años le vienen dispensando los juristas de la *civil law*, en su esfuerzo por renovar la vieja ciencia jurídica del continente (42).

Pero a pesar de haber alcanzado su madurez no debemos llamar-nos a engaño: el análisis económico del derecho no constituye un fenómeno literario homogéneo, sino que, por el contrario, presenta no-

(41) La primera edición data de 1972; la segunda, muy corregida y ampliada, aparece el 1977 (será ésta a la que nos remitiremos a lo largo del trabajo). La importancia capital de la obra ha sido puesta de relieve por muchos autores; destacaré al respecto las recensiones de P. D. CARRINGTON, en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1974, 1974, pp. 187 y ss.; W. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, pp. 980 y ss.; D. H. J. HERMANN, en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1974, 1974, pp. 354 y ss.; S. F. WILLIAM, en *University of Colorado Law Review*, vol. 45, 1974, pp. 437 y ss.; J. M. KRIER, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, pp. 1664 y ss.; D. N. DEWEES, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 24, 1974, pp. 320 y ss.; M. HEWITT, en *American Business Law Journal*, vol. 12, 1975, p. 335 y ss.; A. S. MILLER, en *Journal of Economic Issues*, vol. 10, 1976, pp. 102 y ss.; H. KOCH, en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Recht*, vol. 40, 1976, pp. 181 y ss., todas ellas serán citadas así a lo largo del estudio. Hay que contar además con los siguientes estudios sobre la obra específica de Posner: P. A. DIAMOND, *Posner's Economic Analysis of Law*, en *The Bell Journal of Economic and Management Science*, vol. 5, 1974, pp. 294 y ss.; M. POLINSKY, *Economic Analysis of Law as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, en *Harvard Law Review*, vol. 87, 1974, pp. 1655 y ss. (un trabajo realmente importante para el estudio del análisis económico del derecho); J. M. BUCHANAN, *Good Economics- Bad Law*, en *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, pp. 483 y ss.; A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, en *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, pp. 451 y ss.; C. E. BAKER, *The Ideology of Economic Analysis of Law*, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, 1975, pp. 1 y ss.; H. MINDA, *The Lawyer-Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law*, en *Ohio State Law Journal*, vol. 39, 1978, pp. 439 y ss.

(42) Al respecto —en su calidad de trabajos pioneros— es de justicia nombrar los escritos de R. WALZ, *Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz*, en *Funktionswandel der Privatrechtsinstitute*, *Festschrift für L. RAISER*, Tübingen 1974, pp. 185 y ss.; y de R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, en *Politica del diritto*, 1978, pp. 699 y ss., sin olvidar el trabajo de P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, pp. 512 y ss. Entre los estudios sobre el análisis económico del derecho —aparte de los que vayamos citando en el curso del estudio— hay que destacar el *reading* de H. D. ASSMANN, C. KIRCHNER y E. SCHANZE, *Okonomische Analyse des Rechts*, Kronberg-Ts. 1978 y el de G. ALPA, S. RODOTA y F. ROMANI, de próxima publicación. Por lo que se refiere a las revistas especializadas, todavía no se cuenta con ninguna exclusivamente dedicada al tema (exceptuando, claro está, la *International Review of Law and Economics*, aludida en la nota 39). En *Politica del diritto*, sin embargo, se vienen publicando regularmente escritos en esta materia, debidos fundamentalmente a los civilistas de la Universidad de Génova. Por otra parte, recordaré que el número 6 correspondiente a 1980 de la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* dedicada al análisis económico cuatro sustanciosos artículos.

tables fracturas tanto en el plano ideológico como metodológico. Como insinuábamos hace un momento, se pueden individualizar al menos dos líneas de tendencia que difieren sustancialmente en el planteamiento del análisis. De un lado, nos encontramos con aquélla que podríamos calificar de *liberal-reformista*: considera —y tantas veces propone— la intervención pública como posible alternativa del mercado en la tarea de la distribución social de los recursos, teorizando así el *law of the mixed society*; aquí deben incluirse —aunque la imagen es probablemente reductiva— a cuantos se reconocen como seguidores de la obra de Guido Calabresi (Escuela de Yale) (43). De otro, tendríamos una orientación de tipo *liberal-radical* identificada en buena medida con los postulados de la Escuela de Chicago (Posner, Coase, Landes, Kronman, Priest, por citar algunos de los nombres más representativos). Opta esta dirección del análisis por la utilización (también metodológica) del mercado como mecanismo preferible para la distribución de los recursos (44). El papel hegemónico que ha alcanzado esta última corriente dentro del entero movimiento, así como su más amplia reconstrucción del ordenamiento, justifican la atención preferente que se le ha prestado a lo largo del estudio —mas no implica ningún juicio de valor comparativo.

5. Hasta el momento —y en reiteradas ocasiones— nos hemos referido a la construcción de una «teoría general económica del derecho» para aludir al proyecto específico de la *new law & economics literature*. Procede ahora —una vez introducidos en la materia y culminada la fase «externa» de la exposición— adentrarnos en lo que de específico tenga el análisis e intentar reconstruir los momentos capitales que configuran semejante «teoría general». En buena lógica expositiva, sin embargo, esta tarea quedaría reservada para el final. He creído conveniente empero «comenzar por el tejado»: enunciar antes de nada el cuadro teórico general (cuya más cabal comprensión, por supuesto, se remite a las explicaciones sucesivas); al objeto ello de que quede patente desde un principio la *unidad* de sistema con que se opera y de ofrecer también el marco en el que podrán ir adquiriendo sentido los distintos puntos que se tematizan en el curso del escrito.

Para ello me permitiré rescatar por un momento el discurso con que comenzaba estas líneas y matizar alguna afirmación un tanto «ingenua» que allí se efectuaba: El aserto que afirma que el Derecho privado patrimonial (como derecho que predica el primado de la esfera de la circulación (*Marktverkehrsrecht*) (45) es fiel correlato del

(43) Para una visión panorámica de la escuela, v. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it., Milano 1975, pp. 8-9.

(44) Cfr. G. FERRARINI, «Scelte tragiche». *Nuovi sviluppi della analisi economica del diritto*, en *Política del diritto*, 1978, pp. 457-458 y 471-473. Sobre el liberalismo-conservadurismo de esta última corriente, resultará esclarecedora la polémica (y autodefensa) de POSNER en su *Economic Approach to Law*, cit., pp. 775-776.

(45) Cfr. G. BRUGGEMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*,

modelo (de «socialización» —según apostillaría Reich—) de mercado constituye —decíamos allí y recordamos aquí— un lugar tan común de la reflexión jurídica que no parecería necesario repetir (46). Si no fuera porque tantas veces la afirmación no pasa de ser una inteligente metáfora, una fórmula verbal que permanece en el nivel más ambiguo de las doctrinas estereotipadas. Me permito, pues, la repetición, porque, en lo que al análisis económico del derecho concierne, la metáfora se convierte en criterio operativo central, que explica la *ratio profunda* de su elaboración del derecho (del nivel del objeto se pasa casi imperceptiblemente al nivel de la elaboración). La relación entre ambos extremos de la ecuación puede explicarse así: El mercado (como *sistema social efectivo*) funciona con una cierta racionalidad (legalidad), a saber, la *maximización de la riqueza*. Y el derecho justamente igual. En su también condición de sistema social efectivo actúa bajo la misma inspiración: la creación de riqueza en el sentido, como habrá de verse, de la realización del óptimo de Pareto (en cuyo límite, por ejemplo, decaen los principios de la conservación del contrato, la apariencia, la buena fe, etc., etc.) (47). Lo cual, por lo demás, no tiene por qué inquietarnos, si tenemos en cuenta que el modelo económico del mercado define la *constitución* misma del Derecho privado del capitalismo (48). Se colige, pues, que el objeto primordial tanto del sistema jurídico como del sistema económico (perfectamente solidarios) es la producción máxima de riqueza (*wealth maximization*).

en ASSMANN, BRUGGEMEINER, HART y JOERGES, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, cit., p. 20.

(46) Un lugar común en sentido crítico —conviene precisar— de la moderna reflexión jurídica. Bastará reenviar aquí al repaso que de las diversas teorías jurídicas sobre las relaciones entre el mercado y el derecho efectúa N. REICH, *Markt und Recht*, Neuwied-Darmstadt 1977, pp. 24 y ss. V. también, entre la literatura más actual (1980), BRUGGEMEIER, *op. ult. cit.*, pp. 9 y ss. En castellano (y siempre en esta línea crítica) puede consultarse el sugestivo ensayo de MÜCKENBERGER, *La legitimación a través de la negación de realidad*, cit., pp. 71 y ss.

(47) Este paralelismo era ya patente en la obra de W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769) y de A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776) (así R. A. POSNER, *Blackstone and Bentham*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 19, 1976, p. 571). Curiosamente, referido a ambos clásicos ingleses del dieciocho, se redescubre ahora en el *economic analysis of law* (así lo ha visto —aunque limitadamente a la obra posneriana— CARRINGTON, en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1974, 1974, p. 187).

(48) Aunque quizás, ante las mutaciones experimentadas por el ordenamiento en la época del Estado Social (como respuesta a la «transformación estructural de la sociedad civil») (*Strukturwandel*), vaya ya siendo necesario reconsiderar el problema (cfr., por citar una obra reciente, BRUGGEMEIER, *op. cit.*, pp. 32 y ss.). En este sentido, aunque de naturaleza diversa, debe también entenderse la respuesta de la llamada *Cambridge School* (asociada a la Universidad de Harvard y al M. I. T.) a la postura de la Escuela de Chicago, la cual, más crítica con la estructura del mercado, propone la intervención del Estado a los efectos de guiar el proceso económico según *otro plan racional* —cuyo punto básico sería la redistribución social de la renta (v., por todos, J. K. GALBRAITH, *Economics and the Public Interest*, New York 1973).

De ello emergen tres tesis nucleares a las que, en última instancia, se reduce la entera teoría económica del derecho:

(i) La primera señala que funcionando el mercado en *equilibrio perfecto* (en el que por consiguiente los costes y beneficios sociales marginales están igualados) al derecho no compete ninguna función decisoria (o, si se quiere, de intervención), resultando *redundante* su estructura (49). Su función se limita a asegurar las condiciones ambientales de *libertad* (v. g., preceptuando la ineficacia de aquellas transacciones en las que el cálculo de costes y beneficios realizado por las partes no sea congruente con el paradigma del *homo oeconomicus* —normas sobre el error, dolo, violencia, etc.—) y de *seguridad*, es decir, de garantía de efectiva ejecución de la decisión del mercado (v. g., predisponiendo un adecuado sistema de responsabilidad para quien viole el derecho de propiedad, o un derecho contractual) (50).

(ii) Cuando, en cambio, el equilibrio perfecto no surja naturalmente y, por lo tanto, se produzca una divergencia entre el coste y el beneficio sociales, la función del derecho consistirá en la corrección de dicha divergencia (51). En semejante situación, los economistas se han preguntado por qué no funciona el mercado; la respuesta unánime refiere dicha disfunción a la existencia de externalidades, es decir, a la existencia de efectos de una determinada operación del mercado (un acto jurídico) que llegan a afectar a sujetos económicos que no tomaron parte en ella. Por ejemplo, si Cayo, en razón de su derecho de propiedad sobre determinados medios de producción y de su derecho a la libre iniciativa empresarial, manufactura botellas de plástico, es muy probable que desde su factoría se expidan humos y gases que consigan perjudicar a Ticio. Dicho perjuicio constituye un efecto externo, una externalidad, un efecto *no contratado* que, como coste que es, Cayo *no computa* en su cuenta de costes y transfiere a Ticio (a la colectividad en este supuesto). Misión del derecho será corregir esas externalidades,

(49) V. aquí, POLINSKY, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 1670. Esa afirmación, en realidad, está traduciendo el llamado *Teorema de Coase*, sobre el cual, v. *infra*, n. 9.

(50) «En ausencia de un sistema jurídico —señalan muy lúcidamente W. F. SCHWARTZ y G. TULLOCK (*The Costs of a Legal System*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 3, 1974, p. 75)— una persona que realiza un acto que incrementa el producto social total se vería obligado, al objeto de capturar los beneficios creados por el acto, a detectar [primero] y detener [después] los esfuerzos de los demás encaminados a apropiarse de esos beneficios. Tal arreglo [privado] impondría altos costes a la persona que quiere realizar un acto productivo, referidos a la incertidumbre sobre su capacidad para retener los beneficios que ha creado y al empeño de recursos que debe utilizar para detectar y prevenir la actividad dañosa de terceros». El sistema jurídico puede reducir esos costes (i) definiendo los derechos de los individuos en el producto social y (ii) estableciendo un aparato de *enforcement*, de responsabilidad, que incentive la observancia de las que han sido decisiones del mercado. En una palabra, el derecho tiene asignada la función de cancelar los *costes de enforcement* (que no son otra cosa que una categoría de los costes de transacción) que se soportarían en su ausencia.

(51) A través de la internalización del coste o beneficio social (cfr., SCHWARTZ y TULLOCK, *op. ult. cit.*, p. 76).

procurando su *internalización*, para expresarlo en términos técnicos. ¿Qué deberá hacer a tales efectos? Si el origen de toda externalidad (y la tipología es variadísima) hay que buscarlo —como es opinión pacífica entre los economistas (52)— en la existencia de costes de transacción (justamente aquéllos que impiden «contratar» el efecto externo), si las cosas son así, decía, la función del derecho consistirá por fuerza en el intento de minimizar tales costes de transacción (teniendo en cuenta, por otra parte, que el equilibrio de mercado supone que los costes referidos sean igual a cero). Para ello, y por citar uno de tantos supuestos en los que el ordenamiento se sitúa en esta lógica, definirá muy precisamente los derechos de cada parte (*los property rights*), pues todo tipo de cotitularidad impide, es obvio, internalizar los costes externos (definirá con exactitud los derechos, por ejemplo, sobre el medio ambiente, para seguir con el ejemplo de la contaminación). Esta función minimizadora de los costes de transacción se observa de forma clarísima en todo el derecho de los contratos; aquí, como es evidente, el derecho es utilizado para «reducir la complejidad y por tanto los costes de transacción —señala Posner— de negociar un clausulado».

(iii) Por último, cuando la recuperación del equilibrio de mercado sea virtualmente imposible, cuando ya no se puedan rebajar los costes de transacción, la función del derecho será decidir la cuestión (asignar costes y beneficios a las partes) tal como lo habría hecho el mercado, si no hubiesen mediado costes de transacción prohibitivos. Supongamos que de una casa que está construyendo Cayo se desprende un ladrillo que daña a Ticio; se produce un efecto externo (el coste del accidente) que debe ser internalizado: el ordenamiento, en la lógica señalada, asignará el derecho a no ser considerado responsable o el derecho a ser indemnizado en favor de aquella parte que, caso de haber sido posible una negociación *ex ante* (de la caída del ladrillo), lo hubiese adquirido, y que, evidentemente, será aquella para quien la prevención del accidente resulte menos costosa.

Recapitulemos. Partiendo del principio de maximización de la riqueza (igualdad de beneficio y coste social), se sigue la necesidad de: (i) una distribución inicial de derechos sobre los recursos productivos; (ii) una garantía efectiva de la libertad de mercado (libertad contractual) que permita que esos derechos inicialmente distribuidos vengan, de tiempo en tiempo, readscritos a otros usos (*scil.*: más valiosos); (iii) reglas que simulen las operaciones de mercado cuando los costes de sus transacciones sean prohibitivos; (iv) un sistema de remedios legales para disuadir y reparar las invasiones de los derechos subjetivos. Sobre esta base, no será difícil observar el *continuum* estructural de todo el derecho privado: el dominio de la primera de las áreas referidas sería el ámbito del derecho de cosas (básicamente, derecho de propiedad); del segundo, el derecho de los contratos; del tercero, el

(52) Cfr., por todos, C. J. DAHLMAN, *The Problem of Externality*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 22, 1979, p. 142. Sobre la noción de «coste de transacción», v. *infra*, nota 92.

derecho de la responsabilidad civil; del cuarto, el derecho procesal y el *remedial law* (es decir, el sector que articula la defensa en cada una de las ramas del ordenamiento patrimonial privado anteriores) (53). En el marco de este esquema y de acuerdo con los criterios señalados (óptima distribución de los recursos y minimización de los llamados costes sociales) se formulan las tareas de una construcción racional (*marktrational*) del derecho (54), cuyos elementos esenciales quisiera explicitar ahora. Mas con carácter previo me permitiré un breve *ex cursus* que pretende retomar el insuficientemente expuesto tema de la *mediación normativa*, en la esperanza de que a la luz de estas últimas consideraciones, las perspectivas reales de esa «*mediación*» queden correctamente dibujadas.

El cuadro delineado descubre un sistema de resolución de conflictos intersubjetivos (de derecho privado); y postula que el juez (o el estudioso en los libros) cree el derecho —que decida— con arreglo a dicho sistema (el mercado); así, por supuesto, en el ámbito del *common law*. En el continente se postularía que el juez reconstruyese el derecho dado, que lo «*interpretase*» (y no entro a discutir las sutiles diferencias «alemanas» entre la interpretación *strictu sensu*, la interpretación integrativa y la integración (*sic*) del ordenamiento) también en congruencia con ese esquema (55). Se ofrece, pues, una di-

(53) Así, POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, cit., p. 127. Posner añade, sin embargo, un quinto punto: «un sistema de moral personal («las virtudes protestantes») que sirva para reducir los costes de las transacciones de mercado» (*ibid.*). Sobre el esquema trazado v., *amplius, infra*, nn. 14-15.

(54) Cfr. HORN, *Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts*, cit., pp. 330-331.

(55) Al respecto considero necesarias algunas precisiones. La entera *new law & economics literature* hasta la fecha (y salvo contadísimas ocasiones a las que ya he hecho referencia, *retro*, nota 42) ha sido elaborada de frente al sistema del *common law*, en cuyo ámbito, como es sabido, tuvo su origen. En el texto, por otra parte, ya se ha dicho (v. *retro*, n. 3) que el análisis económico del derecho postula en última instancia un *fallo con arreglo a economía*. En base a esto, se ha pensado que mientras el análisis económico puede resultar método adecuado en el seno del *common law*, pues en su *apertura constitutiva* (cláusula de equidad) permite que el juez elija («busqué») las *reglas económicas* como reglas jurídicas, parece en cambio de muy difícil viabilidad en los ordenamientos del *civil law*, en los que predomina el principio de *certeza del derecho* (así F. PULITINI, *Regole giuridiche e teoria economica*, en *Política del diritto*, 1977, pp. 298 y ss.). Me parece oportuno matizar estas conclusiones un poco estereotipadas, porque creo que ello puede darnos un poco de luz sobre la posibilidad [y ahora no me detengo en el examen de la *oportunidad* (v. *infra*, IV)] de la utilización del análisis económico en nuestros ordenamientos. Algunos puntos revisten particular interés al respecto: (i) En primer término, conviene precisar que si el problema que se pone sobre el tablero es el relativo a la organización constitucional de los poderes y la atribución de potestad creadora de derecho a los jueces, no existe una diferencia sustancial entre el *common law* y el *civil law*. Y buena prueba de ello es que en el marco del *common law* se ha producido una penetrante crítica al análisis económico del derecho por pretender «usurpar funciones legislativas» a favor de los juristas, sean estos jueces o intérpretes (así, fundamentalmente, BUCHANAN, *Good Economics-Bad Law*, cit., pp. 488 y ss.).

rectiva, la eficiencia (maximización de la riqueza) —una *Grundnorm*, ironiza Leff— de la cual debe deducirse (creándolo o interpretándolo) todo el derecho. Y justamente a esa operación me refiero cuando hablo de *mediación normativa*, porque la «norma fundamental» no es jurídica, sino económica.

En este sentido se ha argumentado que parecía haberse olvidado la estructura básica de la democracia *constitucional*, que implica una separación conceptual entre (1) la constitución que define los derechos de las personas y las reglas que reglamentan los procesos de decisión colectiva; (2) las instituciones del derecho que deciden los conflictos en el seno del anterior conjunto de derechos y reglas, y (3) el proceso de decisión colectiva de la legislación ordinaria, que presumiblemente promociona el «bien público», pero siempre dentro de las reglas fijadas en la constitución. Los procesos contractuales que caracterizan los puntos (1) y (3) —no se olvide que estamos atendiendo a una característica explicación «contractualista» de la *Public Choice*— pueden satisfacer el criterio de la maximización de la riqueza. Los problemas surgen, sin embargo, cuando el jurista, abandonando su papel en el punto (2), quiere intervenir en el primero o en el tercero de los procesos —en la definición de la constitución o en la producción de *public goods* (cfr. BUCHANAN, *op. ult. cit.*, p. 491). De todos modos, este resbaladizo asunto, por lo que aquí importa considerar, no es lo más importante. Señalaré, además, que el tema de la *certeza del derecho* (que constituye un importante «valor económico») no es privativo del *civil law*, sino de un tipo de organización social (el liberalismo), por lo que también es valor fundamental del *common law*. (ii) En segundo lugar, llevando la discusión a un plano más operativo, es necesario aclarar algunas ideas. Es cierto que la *eficiencia económica* como lógica implícita del *common law* (cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, *cit.*, pp. 179-181) se ha explicado como maximización de riqueza regla por regla (*rule by rule wealth maximization*) y no como *corpus iuris* —es decir, en la estructura particular del caso y no a nivel de sistema, lo cual nos llevaría a pensar que el análisis no es posible en el *civil law*. Concretamente se ha dicho que la eficiencia viene generada en el seno del *common law*, por la existencia de reglas inefficientes que son las que motivan la huida de los tribunales (el *private settlement*), con lo que en la evolución sólo persisten las *eficientes* —resultando así (contra la hipótesis de POSNER, *op. cit.*, pp. 400 y ss.) que el motor de la evolución del entero sistema jurídico se halla en las decisiones maximizadoras de utilidad de los operadores más que en la sabiduría de los jueces (así, P. H. RUBIN, *Why is the Common Law Efficient?*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, p. 51; v. también la sofisticada argumentación en las pp. ss. Esta idea de Rubin ha sido desarrollada más tarde y ampliada por G. L. PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, pp. 65 y ss.; y por J. C. GOODMAN, *An Economic Theory of the Evolution of Common Law*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 7, 1978, pp. 393 y ss.). El comentario, desde la óptica del derecho continental, es evidente: ¿por qué debe ser (muy) distinta la evolución de nuestro sistema en la praxis de los tribunales, en el derecho singularmente vigente?, ¿quién niega una evolución de la praxis jurídica aún dentro del mismo techo que nos legó el codificador? Pero es que, además, otras investigaciones (v. F. I. MICHELMANN, *Constitutions, Statutes and the Theory of Efficient Adjudication*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980, pp. 431 y ss.) han mostrado cómo también el *derecho general*, el derecho legislativo incorpora la lógica maximizadora de valor (en base a un análisis de incentivos en el proceso legislativo (cfr. *ibi*, pp. 441-443). (iii) Por último, en este intento de afirmar que en gran medida el análisis económico del derecho es legítimo en el seno del *civil law*, alegaré otros argumentos más concretos e intuitivos: (1) Por una parte, la sustancial identidad de economía de recursos de que disponen ambos sistemas

Es cierto, por otra parte, que los mismos analistas quieren imponer una perspectiva mucho más amplia; y así estiman que existen, cuando menos, tres *modos* de tematizar lo jurídico por parte de la teoría económica: (i) el análisis positivo; (ii) el análisis normativo (*rule formulation*); y (iii) el análisis cuantitativo (*effect evaluation*). Tipos de análisis que pareciendo diversos no lo son tanto —a pesar de que algún autor manipule políticamente o «apolíticamente», como

jurídicos. Entiendo que si la estructura social de los países en que rigen tales sistemas no difieren en mayor medida y —lo que es más importante— si los principios de organización social (básicamente, autonomía de la voluntad) son los mismos, difícilmente se puede explicar una brusca fractura entre los ordenamientos continental y angloamericano. Añadiré, por otra parte, que los tipos de razonamiento jurídico imperantes en cada sistema tienden cada vez más a converger (esta es la conclusión de L. V. PROTT, *Judicial Reasoning in the Common Law and Code Law Systems*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 64, 1978, pp. 416 y ss. y 434). (2) Por otra parte, a nivel metodológico, ha sido puesta de manifiesto recientemente por FIKENTSCHER (*Methoden des Rechts*, cit., IV, pp. 180 y ss., e *Id.*, *Eine Theorie des Fallnorm als Grundlage von Kodex und Fallrecht (code law and case law)* en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1980, pp. 161-172) la sustancial identidad de las operaciones del jurista continental y del *common lawyer*, al hilo de lo cual ha construido su teoría de la «norma del caso» (v., para una primera valoración de esta tesis —que supone la afirmación de un verdadero derecho judicial en el continente— LARENZ, *Metodología*, cit., pp. 489 y ss.). (3) Conviene además reseñar cómo la evolución del sistema de la *civil law* conduce progresivamente hacia un reforzamiento de la posición del juez; en multitud de ocasiones, en efecto, éste se ve autorizado (al amparo de cláusulas generales de delegación) a dictar normas jurídicas y normas de *open ended standards*, por lo demás, serían la forma característica del derecho de la sociedad actual (cfr. R. M. UNGER, *Law in the Modern Society*, New York, 1977, p. 197). Siendo así que ha llegado a cifrarse la identidad del Derecho privado moderno en la «pérdida de función de la positividad a través de una creciente invasión del case and judge made law, del Derecho judicial secundum, praeter e (incluso) contra legem»; fenómeno que denota la evolución hacia el *Justizstaat* (BRUGGEMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, cit., p. 2, y FARJAT, *L'ordre public économique*, cit., pp. 266 y s.). En este sentido, respecto de la utilizabilidad continental del análisis económico del Derecho, en sentido afirmativo se muestra KOCH, en *RabelsZ*, vol. 40, 1976, p. 185, donde, por ejemplo, se pronuncia a favor de la introducción del análisis de Posner en tema de contaminación a través de la cláusula general del párr. 14 de la *Bundesimmissionsschutzgesetz*. (3) Por último, diré, que en realidad, la base constitutiva última de ambos sistemas es la misma: la competencia como paradigma social. ASSMANN (cfr. *Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts*, cit., p. 42) ha hablado de la afinidad del modelo que dimana del análisis económico del Derecho y la tradición teórica del Derecho privado alemán —paradigma a su vez de toda la ciencia jurídica continental— que se basa en la concurrencia. En este mismo sentido, resulta iluminante en trabajo de PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., esp., pp. 710 y ss., en el que se hace patente la adecuación del análisis económico del derecho a la reglamentación de algunos aspectos de la teoría general del contrato que efectúa el *Codice Civile*.

Con ello, sin embargo, no queremos absolutizar la identidad de los sistemas jurídicos. En este sentido, somos conscientes —así lo ha puesto de manifiesto HORN, *op. cit.*, p. 311, con relación al Derecho alemán— que una *recepção total* del análisis económico en el continente es de muy difícil viabilidad; pero probablemente debido —añadiré— a la que podemos con-

dice él, la distinción (56). La división, sin embargo, nos puede ser de utilidad por un momento. Diremos así que el análisis económico del derecho se propone: (i) en primer lugar, aplicar la teoría económica para verificar cómo el ordenamiento jurídico ha sido proyectado sobre la *exclusiva* base de las directivas de mercado que tienden hacia la materialización de los postulados de la eficiencia económica en la relación intersubjetiva (57). Esta idea de que la lógica del derecho es realmente *económica* —ingrata sin duda para muchos juristas académicos— contiene una petición de principio de indudable sabor normativo. Se declara que se trata de una simple «verificación» (y por ende que es un análisis meramente positivo), pero es claro que la misma intención de «verificar la eficiencia» descubre la «convicción» de que tal es la lógica que subyace al ordenamiento, con lo que, a fin de cuentas, acaba por *mediatizarse* el «reconocimiento» por la hipótesis normativa que sirve de base al análisis. Me parece, pues, que el análisis positivo no constituye sino un análisis normativo «encubierto» (en el que, por tanto, funciona la «mediación normativa»). Mas con tales afirmaciones no quiero prejuzgar nada (al menos, por el momento); pues, en efecto, creo firmemente que la directiva se muestra prometedora para la comprensión de muchos problemas jurídicos; así —y escojo sólo algún ejemplo llamativo— ha explicado muy satisfactoriamente conceptos jurídicos tales como el de «daños contractuales por pérdida de expectativas», o el de «dolor y sufrimiento», entendido como una categoría específica de los *tort damages* (58). (ii) Pretende asimismo la *new law & economics* contribuir al diseño de las reformas del sistema jurídico (aunque, paradójicamente, la Escuela de Chica-

siderar doctrina más progresiva (la del Derecho económico como crítica del Derecho privado tradicional) y no a causa de la doctrina ordoliberal (continuadora de la tradición dogmática) que difiere una «orientación económica de mercado del Derecho» (*marktwirtschaftliche Orientierung des Rechts*) (así, por todos, E. J. MESTMÄCKER, *Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht*, en *Archiv für civilistische Praxis*, vol. 168, 1968, pp. 235 y ss.). Este problema, sin embargo, lo remitimos a la sec. IV del estudio.

(56) V. POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., pp. 768 y 775-776.

(57) Cfr. aquí, ALPA, *Colpa e responsabilità nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, en *Politica del Diritto*, 1976, pp. 442-443.

(58) Cfr. Posner, *op. ult. cit.*, p. 764.

En la literatura sobre el tema, normalmente se dice que mientras la Escuela de Yale se orienta sobre todo hacia el análisis normativo (cfr. CALABRESI, *Il costo degli incidenti*, cit., p. 1, y FERRARINI, *Scelte tragiche*, cit., p. 458); el análisis económico viene empleado en función del *policy analysis* (v., con un marcado tono irónico, la impresión de POSNER sobre los estudios de Calabresi, en *Economic Approach to Law*, cit., pp. 768-769); la Escuela de Chicago, por su parte, se inclina más bien por el análisis positivo —al menos eso pretenden sus autores (sin conseguirlo: cfr. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 988).

Para confirmar esa petición de principio normativa a que me refiero en el texto bastarán estas palabras del mismo POSNER (*op. ult. cit.*, p. 765). Obviamente, dice, hay una contradicción entre el análisis normativo y el análisis positivo. «Si el sistema jurídico estuviese sistemáticamente y efectivamente diseñado para maximizar la eficiencia el papel del análisis normativo sería muy reducido».

go estima que el economista no puede ser el «árbitro último de la elección social»), proporcionando a tales efectos los trazos de una construcción eficientista de las instituciones (59). Sería éste el análisis normativo *tout court*. (iii) Por último, quiere el análisis económico del derecho llevar a cabo también la evaluación cuantitativa de los efectos del sistema jurídico; se trataría, pues, de utilizar (no la teoría económica sino) la econometría y la estadística para cuantificar los efectos económicos de las reglas jurídicas (60). Desde el momento en que los métodos generales de la investigación estadística son absolutamente independientes de las teorías (en este caso económicas) que han provocado las hipótesis que con ellos se tratan de corroborar, este modo de análisis se desvía claramente de la línea de los anteriores, pues aquí ciertamente no existe *mediación normativa*; aquí se estudia el *output* del sistema jurídico; no, como en las precedentes hipótesis, su *input*: razón por la cual sólo en los primeros casos se llega a suplantar (con la teoría económica) la teoría del derecho (la dogmática) (61). Así las cosas, parece obvio que el análisis económico en su plano «cuantitativo» no constituye nada nuevo (62), aunque no discuto el hecho de que, debido al « hábito », a la familiaridad de los economistas con el manejo de las técnicas estadísticas, sean ellos los profesionales más indicados para la realización de este tipo de análisis de «efectos». Sin embargo, repito, a mi juicio esta suerte de estudios no son los típicos del análisis económico del derecho.

La mediación normativa, por tanto, si exceptuamos este último caso, es lo que caracteriza la investigación del *lawyer economist*. Se podría alegar —y Posner sin duda suscribiría la alegación— que el llamado análisis positivo queda fuera de la mediación normativa desde el momento en que su función es describir la realidad más que conformarla. Aparte del estatuto altamente controvertido de la tarea descriptiva del análisis económico (63) y sin entrar en la discusión epistemológica del juicio de realidad *como* juicio de valor, me parece relativamente seguro que si la guía del análisis positivo es la norma de la maximización de la riqueza, sus resultados inexcusablemente hallarán su soporte en *argumentos normativos* (esto es, en aquella guía, en la teoría económica que es una *teoría normativa*). A lo más se podría hablar —pero probablemente ya todo es palabrería— de una «mediación normativa» de segundo grado (64).

(59) POSNER, *op. loc. ultt. citt.*, y *Economic Analysis of Law*, cit., p. 10.

(60) El lector interesado por este tipo de análisis, podrá consultar la obra de M. O. FINKELSTEIN, *Quantitative Methods in Law: Studies in the Application of Mathematical Probability and Statistic to Legal Problems*, New York, 1973. V. la *Book note* relativa en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, pp. 1398 y ss.

(61) Cfr. N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., Bologna, 1978, pp. 61 y ss.

(62) No constituye «una nueva disciplina»: cfr. KIRCHNER, *Okonomischen Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit*, cit., p. 89.

(63) La discusión más completa sobre el tema se debe a F. MICHELMAN, *Norms and Normativity in the Economic Theory of Law*, en *Minnesota Law Review*, vol. 62, 1978, pp. 1015 y ss.

(64) El mismo POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, cit., p. 109 habla de «niveles diferentes de normatividad».

II

6. Ingresamos ahora en la parte más sustantiva de estas notas. Hasta el momento la exposición ha permanecido fuera de la «catedral» (del análisis económico del derecho), habiéndose preocupado únicamente por esbozar su ubicación en el espacio cultural que le es propio y por subrayar los hitos más relevantes de su historia. En el último epígrafe, sin embargo, ya nos asomábamos un poco a su interior cuando aludíamos al modelo con arreglo al cual se elabora la teoría económica del derecho. Pero será más bien esta sección la que nos permitirá internarnos de forma más reflexiva en el sistema de la *new law & economics*. Se intentará en este sentido explicitar los principales momentos teóricos que concurren a la definición del nuevo *paradigma* que, para la ciencia jurídica, afirma haber descubierto el análisis económico (65). A tal propósito convendrá comenzar la exposición preguntándonos cuál sea la «idea de derecho» que tiene el *lawyer economist*.

La vocación de todo el sistema social en la preceptiva de la *nueva economía* se traduce, como ya sabemos, en la tendencia hacia la *maximización del valor*. Ahora bien, cómo ésta deba entenderse (y producirse) es competencia que se reserva la teoría económica. Al *derecho* incumbe más bien la creación de los estímulos necesarios para que aquella finalidad tenga efectiva realización (66). Siendo, pues, el objetivo postrero del derecho la promoción de la eficiencia, sus normas deben estar proyectadas a tal fin y a tal fin deberá dirigirse también su interpretación y aplicación, de suerte que su *función* podría sintetizarse en una doble tarea: de un lado, facilitar aquellos intercambios (*latu sensu*) que conduzcan a la producción máxima de valor conjunto; de otro, ejercer la disuasión (*deterrance*) respecto de aquellos otros que no sean congruentes con semejante objetivo. En una palabra, la función nuclear del derecho, desde un punto de vista económico, sería la de *modificar incentivos* (67). Un entendimiento tal

(65) Así, al menos, se manifiesta POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., p. 774. Se emplea aquí el término *paradigma* en el sentido acuñado por T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. esp., Méjico, 1975. Paradigma sería un patrón de explicación y comprensión de la realidad que inaugura un nuevo período de la ciencia (cfr. *ibid.*, pp. 31-36 y 80 y ss.). Por supuesto, también POSNER se refiere a la obra de este autor cuando utiliza dicho término (cfr. *op. loc. ultt. citt.*, nota 60).

(66) Cfr. H. D. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts. Chancen und Grenzen der privatrechtlichen Verwertbarkeit der ökonomischen Analyse des Rechts*, en ASSMANN, KIRCHNER y SCHANZE, *Ökonomische Analyse des Rechts*, cit., p. 38.

(67) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 190; ASSMANN, *op. ult. cit.*, pp. 38-39; y OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 13 y ss. Desde una perspectiva económica, pues, el derecho consiste en «directivas que imponen costes y beneficios a los participantes en una transacción» (HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 984). Un ejemplo nos ayudará a comprender el aserto. Tomemos el discutido problema de la *oferta pública de recompensa*. Como es bien sabido la discusión doctrinal sobre su eficacia

de lo jurídico —se nos dice por otra parte— satisface cumplidamente los requisitos de la jurisprudencia analítica tal como han sido estudiados por Rawls (68); requisitos que, en síntesis extrema, postulan que el derecho debe: (i) operar con incentivos; (ii) tener una estructura racional (vendría dada por la estructura lógico-deductiva, dice Posner, de la teoría económica); (iii) ser público; y (iv) estar provisto de un mecanismo apto para verificar los hechos necesarios para su aplicación; características todas éstas que se explican muy bien de frente a esa doble vertiente funcional (facilitadora y disuasoria), que, según hemos visto, viene asignada al dereco por los analistas económicos (69). Mas, como no será difícil de intuir, tal teoría jurídica conductista sólo se comprende desde el paradigma del *homo oeconomicus*.

7. Efectivamente, el punto de partida de toda la teoría económica del derecho enraiza en la idea del *self-interest*, porque constituyendo al individuo como *homo oeconomicus* (es decir, aquél que actúa en su propio interés), queda automáticamente legitimada la aplicación de las reglas económicas del mercado al «mercado no económico del sistema jurídico» (al *formally non-economic market of the legal sys-*

enfrenta la teoría contractualista (la eficacia proviene del hecho de que, conocida la oferta, se produce una aceptación tácita al actuar en consecuencia) y la teoría del negocio unilateral (la *Auslobung* en la regulación paradigmática del pár. 657 del B. G. B.). Veamos qué directivas emergen del análisis económico para fijar la *norma* en sede interpretativa. Supongamos que se promete una recompensa a quien encuentre cualquier objeto perdido. La cuestión económica es la de determinar qué teoría de las vistas (qué *norma*) incentiva de manera más adecuada la recuperación de la propiedad perdida. Al respecto hay que distinguir entre dos tipos de *buscadores* del objeto perdido de que se trate; existe, por una parte, un *buscador* «profesional», es decir, un buscador que rastrea la propiedad perdida inducido por el conocimiento actual de una recompensa; por otra, tenemos al buscador «casual», es decir, aquel que no invierte en la búsqueda, pero que entregará la propiedad perdida si por casualidad la encuentra, sabiendo que hay o que puede haber una recompensa. Una norma que establezca como presupuesto de la eficacia de la oferta el conocimiento actual (*teoría contractualista*) desincentivaría al buscador «casual» (presumiendo que conoce la existencia de la norma), pero incentivaría al buscador «profesional», porque reduce la probabilidad de competencia del buscador «casual». La cuestión básica será determinar si el incremento de recuperación de propiedades perdidas por buscadores «profesionales» es mayor o menor que la disminución provocada por la desincentivación de la búsqueda casual. A nivel de intuición —no contamos con datos empíricos— se diría que es menor, porque parece ser que el buscador «profesional» es mucho menos común que el casual, en cuyo caso, un regla que incentive al primero (a través de la desincentivación del último) llevaría a una reducción de la cantidad recuperada de propiedad perdida (cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 72-73; un análisis más formalizado en W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The Private Enforcement of Law*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 4, 1975, pp. 44 y ss.).

(68) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. esp., México-Madrid-Buenos Aires, 1978, pp. 270 y ss.

(69) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 189-191; HERMANN, en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1974, 1974, p. 372; y sobre la racionalidad lógico-deductiva apuntada en el texto, ASSMANN, *op. ult. cit.*, pp. 39-40.

tem) (70). El modelo en cuestión propone (como axioma) que el «hombre es un maximizador racional de sus objetivos en la vida» (71); en este sentido, al partir de tales hipótesis, el análisis económico del derecho se presenta en realidad como una *teoría positiva de la conducta humana*, lo cual, por lo demás, no es sino otra forma de designar la *teoría económica*, en cuanto ciencia de la elección en un mundo de recursos escasos (72). De lo cual se deduce (y no estamos muy lejos de la célebre fórmula de Ihering, según la cual «el derecho es lo que aprovecha el pueblo») que, persiguiendo el derecho el interés público (*sub specie* aquí de maximización de la riqueza), deberá, en realidad, incentivar la promoción del interés individual, porque el interés social —según el esquema de armonía neoclásico— no es más que la suma aritmética de los intereses individuales (73).

Pues bien, de esa premisa fundamental (que, insisto, funciona como axioma y por tanto no se contesta) emergen tres conceptos económicos claves, en los que se hará descansar la entera teoría económica del derecho. Se trata de los tres postulados centrales de la economía neoclásica: (i) *La relación inversa entre precio y cantidad demandada*. O dicho de otro modo, la ley de la demanda: si se alza el precio, desciende la demanda del bien en cuestión; paralelamente, se incentiva la demanda de bienes sustitutivos. Esta ley tiene múltiples aplicaciones al sistema jurídico; así, por ejemplo, si consideramos que la pena es el precio social del crimen, un incremento de la misma (sea en términos de severidad o de probabilidad de su efectiva imposición), tendrá como consecuencia un aumento del precio del delito, con lo que previsiblemente se reducirá su incidencia. El criminal —en su calidad de *homo oeconomicus*— será desplazado hacia actividades sustitutivas, si

(70) Cfr. POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., p. 763.

(71) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 3. El tema de la *racionalidad económica*, trasunto del viejo problema del *homo oeconomicus* está siendo objeto de un amplio análisis en la literatura económica actual (v., entre otros, G. L. S. SCHACKLE, *Epistémica y Económica*, trad. esp., Méjico, 1976).

(72) Cfr. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 982. Se entiende así la teoría conductista del Derecho que se nos propone (v. *retro*, n. 6), en la que éste viene configurado como un «modificador de conductas» (cfr. HIRSCH, *ibid.*, p. 984). «Implícito en la definición del hombre como maximizador racional de su *self-interest* —precisa POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 4— es que la gente responde a incentivos». V. también, E. G. FURUBOTN y S. PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, en *Journal of Economic Literature*, vol. 10, 1972, pp. 137 y 157.

(73) Cfr. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme des Privatrechts*, cit., pp. 44-45 e *ibid.* un ulterior desarrollo de la teoría utilitarista en la que se basa la teoría económica del Derecho (v., sin embargo, las referencias hechas *supra*, en nota 13). En este sentido se ha puesto de manifiesto cómo el análisis económico del Derecho expresa la idea de que el Derecho está profundamente imbuido por un *moral outlook* en el que todos los valores y fines se perciben como estrictamente privados y subjetivos: el Derecho se muestra entonces únicamente como un mecanismo dirigido a minimizar los obstáculos creados por unos individuos a otros en el persegimiento *self interested* de los objetivos individuales (cfr. MICHELMAN, *Norms and Normativity in the Economic Theory of Law*, cit., p. 1013).

es que éstas existen, pues en caso contrario (imaginemos una difícil situación de paro y desempleo) estaremos en una situación de demanda inelástica, en la que el aumento del precio no comporta una disminución de la demanda (piénsese en el clásico ejemplo de un medicamento único, cuya demanda permanece inalterada a pesar de las variaciones del precio) (74). (ii) El segundo concepto económico capital es el de coste de un bien, que resulta entendido como *coste de oportunidad*, es decir, el *precio del bien en su utilización alternativa* —su próximo mejor uso. Al igual que el mercado, el derecho utiliza también precios iguales a los *opportunity costs* a fin de estimular a los operadores en la continua maximización de la eficiencia. Volviendo a nuestro punto de partida, si el remedio legal previsto para los supuestos de incumplimiento de un deber jurídico consiste normalmente en la «compensación» de los daños ocasionados (sin ningún tipo de recargo adicional de penalidad, que haría ineficiente el sistema), los incentivos y rémoras que construyen el sistema de responsabilidad no buscarán el cumplimiento en todo caso y a toda costa, sino que tratarán de hacer pagar a quien incumplió un precio igual al coste de oportunidad de la violación; si el precio es menor que la utilidad que genera el incumplimiento, la eficiencia se maximiza si incumple; si, por el contrario, es mayor, la norma eficientista requerirá el cumplimiento (y, de nuevo, la compensación de los daños proporciona el incentivo correcto). ¿Qué lógica sino ésta —ya lo veíamos en el umbral del estudio— es la que inspira el artículo 1.106 de nuestro Código civil? (iii) La tercera ley económica a la que debemos referirnos formula la *tendencia de los recursos a gravitar hacia su utilización más valiosa*, si el cambio voluntario —el mercado— está permitido (75). A la vista de lo cual, inmediatamente se apreciará la función capital que se asigna al contrato; a saber: transferir los recursos desde aquellos titulares que detraen de los mismos menos valor a manos de aquellos otros que obtienen de ellos mayor utilidad, al objeto de así realizar el

(74) V. sobre algunos aspectos del problema y la relatividad de este tipo de análisis en el ámbito penal, OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 24-27.

(75) Estos tres conceptos económicos enunciados cifran, en realidad, los tres grandes momentos del pensamiento económico neoclásico: la *utilidad*, el *marginalismo* y el *equilibrio general* (cfr. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 983). Como señala P. SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, trad. esp., Madrid, 1976, p. 920, «[L]a revolución neoclásica fue importante no sólo porque descubrió cómo analizar la demanda y las preferencias de utilidad, sino porque generalizó las nociones marginales presentes, en forma primitiva, en la teoría ricardiana de la renta. Finalmente, por obra del profundo análisis matemático de Leon Walras, se logró el análisis del equilibrio general». Ulteriores precisiones economicistas (de interés para el análisis económico del Derecho) pueden encontrarse en OLIVER, *op. cit.*, pp. 23 y ss. Estudios más analíticos y profundos ya requerirían la remisión a textos especializados de teoría microeconómica, entre los que se puede citar, por su conexión con la Escuela de Chicago, G. BECKER, *Teoría Económica* (trad. esp., Méjico-Madrid-Buenos Aires, 1979). Sobre la vinculación de la teoría de los precios al análisis económico del Derecho, resulta paradigmático el trabajo de H. H. LIEBHAFSKY, *Price Theory as Jurisprudence: Law and Economics Chicago Style*, en SAMUELS (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, cit., pp. 237 y ss.

equilibrio perfecto en el que, *ex definitione*, el cambio ya no es posible: «no se puede mejorar la situación de nadie, sin perjudicar a un tercero» (76). Y si este equilibrio óptimo lo caracterizamos por el hecho de que el valor de los recursos es *máximo*, deducimos que el principio de la eficiencia se ha producido plenamente. Nos enfrentamos de este modo con una nueva cuestión, de capital interés también: la exacta definición de la norma eficientista, a la que se sujeta todo el análisis económico del derecho.

8. Quizá la clave de toda la exposición pudiera expresarse en la siguiente proposición: el análisis económico del derecho es el análisis de un derecho adecuado (o que se adecúa) a un principio económico específico, consistente en el *emparejamiento del principio de eficiencia* (en el sentido de la optimalidad de Pareto) y el *paradigma de la competencia* (el mercado) (77). Razón por la cual es ahora oportuno repasar el concepto de eficiencia.

La eficiencia se consigue —dice Posner— cuando los recursos, en el proceso de cambio voluntario, son llevados hacia aquellos usos en los que su valor (medido por la «disposición» o «voluntad de pagar» del consumidor —*aggregate consumer willingness to pay*—) es máximo (en el sentido de que ya nadie pagará más por disponer del recurso de que se trate) (78). Esta definición de eficiencia que nos proporciona Posner constituye el equivalente de la simple noción de *eficiencia paretiana* que circula entre los economistas (79). Según ésta, una determinada distribución de los recursos alcanza el óptimo de Pareto cuando no existe ninguna distribución alternativa posible en la que alguien pueda mejorar sin que paralelamente se produzca un empeoramiento de otro (por supuesto, tanto la mejora como el deterioro de cada individuo se definen en términos de la evaluación autónoma del propio bienestar) (79 bis). Fórmula semejante implica, naturalmente, que si los recursos están inefficientemente distribuidos (he ahí la causa del cambio) resulta siempre factible mejorar a, por lo menos, una persona sin empeorar a las demás (80). El más importante corolario de esta noción nos lo proporciona el llamado *compensation test*, según el cual la situación B es más efi-

(76) Cfr. SAMUELSON, *op. ált. cit.*, p. 690.

(77) Cfr. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme des Privatrechts*, cit., p. 43 en relación a p. 68, nota 131. Sobre la precisa relación entre la optimalidad de Pareto y el equilibrio competitivo, v. FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, cit., p. 141 e *ibi* ulterior información (especializada) sobre el tema.

(78) POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 10.

(79) Cfr. POLINSKY, *Economic Analysis of Law as Potentially*, cit., p. 1663. Sobre el tema, cualquier obra que examine los presupuestos del análisis económico del Derecho contiene inevitablemente las referencias mínimas. Será aquí suficiente con el reenvío a las densas páginas de E. J. MISHAN, *Pareto-Optimality and the Law*, en *Oxford Economic Papers*, vol. 19, 1967, pp. 255 y ss.

(79 bis) Cfr. S. T. LOWRY, *Bargain and Contract Theory in Law & Economics*, en *Journal of Economic Issues*, vol. 10, 1976, p. 3.

(80) Cfr. POLINSKY, *op. ált. cit.*, pp. 1663-1664.

ciente que la situación A, si quienes se benefician con el paso de A a B pueden compensar adecuadamente a aquéllos que pierden, resultando todavía superior la suma de utilidades totales (81).

Pues bien, aclarado este concepto, ya sabemos que el derecho debe establecer un sistema de incentivos tal, que sea apto para promover aquella distribución de los recursos que maximice el valor total, con la condición de que nadie resulte perjudicado y siempre alguien beneficiado. Ciertamente esta afirmación, como venimos sosteniendo, comporta un *axioma normativo* de significado corte «individualista»: el interés general es la suma de los intereses particulares (82). No vamos a discutir su consistencia, pero dejamos constancia de su naturaleza y avanzamos que la entera crítica de la teoría económica del derecho encontrará aquí su punto focal.

Para una más exacta comprensión de esta noción desde el punto de vista del análisis jurídico, se me consentirá continuar por un momento con el ejemplo del artículo 1.106 del Código civil. Al verificarse cualquier contingencia que hace antieconómico el cumplimiento del contrato (pensemos que Cayo debe fabricar y entregar 100 máquinas de escribir a Ticio al precio de 1.000 la unidad y que en el interregno (entre la perfección y la tradición) el coste de producción se ha elevado, por las razones que sean, a la suma de 1.200 por unidad), al verificarse una contingencia de esa naturaleza, decíamos, la presunción de que el cumplimiento del contrato produce la maximización del valor conjunto del cambio viene derechosamente desmentida por la realidad. La directiva que emerge desde el punto de vista económico para la elaboración del remedio resarcitorio postula que éste sea de naturaleza tal que incentive el incumplimiento solamente en aquellos casos en los que el resultado no constituya una utilización ineficiente de los recursos (sub-óptima en la perspectiva de Pareto). Pues bien, la regla del artículo 1.106 parece componer un remedio resarcitorio que es congruente con esa lógica. Dando al acreedor la suma del lucro cesante y del daño emergente, lo coloca sobre la misma curva de indiferencia en que vendría a estar después del cumplimiento, paralizándose de este modo toda pretensión de cumplimiento antieconómico. El incentivo, en este caso a que Cayo no cumpla su promesa, deriva de la existencia de un comportamiento alternativo más provechoso: el coste del cumplimiento es superior al que se deriva del incumplimiento. Tal precepto estimulará a Cayo al comportamiento alternativo siempre que se produzcan los dos extremos del óptimo paretiano; a saber: (i) que Ticio resulte compensado o, lo que es lo mismo, que reciba los mismos beneficios que le proporcionaría la regular realización de la prestación; y (ii) que Cayo se encuentre después del desembolso

(81) Cfr. OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 28-29.

(82) V. al respecto, las interesantísimas consideraciones de S. H. NATH, *Una perspectiva de la economía del bienestar*, trad. esp., Barcelona 1976, pp. 45 y ss. (sobre el concepto de óptimo paretiano) en relación a pp. 17 y ss., en las que se argumenta el carácter normativo de los postulados (distintos) de la teoría económica del bienestar (esp., p. 25, sobre los juicios éticos paretianos). V. también D. M. WINCH, *Economía analítica del bienestar*, trad. esp., Madrid, 1975, p. 85 y ss.

de la indemnización en una situación mejor a aquélla que resultaría del cumplimiento en especie (83).

9. Esta eficiencia paretiana a que me vengo refiriendo está profundamente conectada con los particulares mecanismos decisarios del principio de socialización del mercado (84); *si el mercado es imperfecto* —y la realidad ciertamente no es otra— *tal eficiencia se logrará a través del mecanismo decisario del derecho*. Esta, que puede considerarse la hipótesis central de toda la teoría económica del derecho, encuentra su fundamento en el llamado *Teorema de Coase* (85). Esforcémonos, pues, por explicitarlo. Su punto de arranque se sitúa en el examen crítico de la teoría económica ortodoxa, que se había desarrollado sobre la hipótesis establecida por Pigou en *Wealth and Welfare* (1912) y sobre todo en *The Economics of Welfare* (1920). El análisis pigoviano mostró que los *costes privados* de una actividad (los que asume el agente de la misma) pueden diverger (y de hecho sucede con frecuencia) de los *costes sociales* de esa misma actividad (los que recaen sobre el agente más los que recaen sobre la sociedad). A la diferencia entre coste privado y coste social la denominaba el ilustre economista *coste o diseconomía externa* (denominando asimismo beneficio o economía externa a la diferencia positiva entre coste y beneficio sociales). Cada individuo —sostenía Pigou— decide sus actividades en base al cálculo de costes y beneficios (exclusivamente) *privados* que aquéllas comportan; el *homo oeconomicus* no considera los efectos externos que puede generar su actividad. La regla examinada de Pareto, por otra parte, prescribe que sólo puede alcanzarse un máximo de eficiencia social en la distribución de los recursos cuando todas y cada una de las actividades sociales generan un coste social que sea *idéntico* al beneficio social (86). De ahí que Pigou concluyera que cuando existiese una divergencia entre costes sociales y costes

(83) Cfr. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., pp. 719-720.

(84) Cfr., entre otros, NATH, *op. ult. cit.*, p. 47. V. también *retro*, nota 77, donde se encontrarán otras referencias.

(85) Teorema éste que desarrolla COASE en su trabajo ya citado sobre el *Problema del coste social* (*v. supra*, nota 31). El *teorema de Coase* ha sido objeto de una literatura masiva, gran parte de ella de alta sofisticación matemática. Entre las contribuciones de más interés para el jurista (y también más asequibles a su formación) citaré: G. CALABRESI, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 11, 1968, pp. 67 y ss.; D. REGAN, *The Problem of Social Cost Revisited*, en la misma revista, vol. 15, 1972, pp. 427 y ss. Y, especialmente, los trabajos que se reúnen en *Coase Theorem Symposium*, publicado en su parte I en *Natural Resources Journal*, vol. 13, 1973, pp. 557 y ss. y su parte II en el vol. 14 del mismo *Journal*, 1974, pp. 1 y ss.; de entre los estudios publicados en dicho Simposio destaca, por su interés para el jurista, W. SAMUELS, *The Coase Theorem and the Study of Law and Economics* (*ibid.*, vol. 14, pp. 1 y ss.). V. también, aparte de las referencias que se contienen en las notas sucesivas, T. WEGEHENKEL, *Coase. Theorem und Marktsystem*, Tübingen, 1980.

(86) V. la exposición sintética que hace el mismo A. C. PIGOU en su *Introducción a la economía*, trad. esp., Barcelona, 1974, pp. 106 y ss.

privados existiría también una distribución de recursos sub-óptima; y que, consecuentemente, la administración debería intervenir para atajar las inconsecuencias de un mercado que no funciona (o evalúa y distribuye correctamente los recursos). El Estado, por consiguiente, tiene como misión corregir las externalidades en cuanto pulsan la existencia de un «fallo del mercado» (*market failure*). Se advertirá que el problema es el de la distorsión del mecanismo de los precios, ya que si una parte no computa todos los costes en la fijación de su precio, el precio resultante del mercado estará falseado (87).

Mostrando que el problema de la externalidad es recíproco y que la intervención del Estado también es imperfecta y genera costes externos, Coase demuestra, sin embargo, la falsedad del análisis pigoviano (88); y, partiendo de esta consideración, demuestra aún que los efectos externos (las externalidades) pueden *internalizarse* (sin necesidad de intervención del Estado —impuestos, subsidios, etc.—) si las partes afectadas están en condiciones de contratar entre sí *libremente* (89). Su tesis central podría resumirse en la idea de que todas las personas que realizarán ciertas actividades que son incompatibles entre ellas (en el sentido de que desplazan sobre el otro la externalidad) llegarán en un momento dado a contratar entre sí relativamente a los beneficios y pérdidas de sus respectivas actividades; y de tal suerte que, en todo caso, de la contratación, el derecho resultará asignado a aquella parte que lo usa más eficientemente (90). De ello deduce Coase que la atribución de derechos y responsabilidades que, *in concreto*, efectúe el ordenamiento es *indiferente* desde el punto de vista

(87) Cfr. J. BURTON, *Externalidades, derechos de propiedad y política económica*, en S. N. S. CHEUNG, *El mito del coste social (crítica de la economía del bienestar y de sus implicaciones políticas)*, Madrid, 1980, páginas 11-12, y G. W. NUTTER, *El teorema de Coase sobre el coste social*, en *Información Comercial Española*, enero 1980, p. 19.

(88) Cfr. COASE, *El problema del coste social*, cit., pp. 100-101 y 145 y ss. Una buena síntesis en BURTON, *op. últ. cit.*, pp. 16 y ss. Una exposición de las posibles alternativas a las soluciones reseñadas (la de Viner y la de Cheung) en CHEUNG, *op. últ. cit.*, pp. 53 y ss., acompañada de una eficaz reflexión crítica.

(89) Analizando diversos supuestos de la jurisprudencia inglesa, observa cómo los productores de una externalidad y los consumidores de la misma pueden reducir tal externalidad a un nivel óptimo (es decir; internalizarla) por acuerdo mutuo (cfr. COASE, *op. cit.*, pp. 111 y ss.—el análisis es realmente interesante—).

Quisiera advertir ya desde ahora que, a pesar de que básicamente en torno al tema de las externalidades las teorías básicas que se enfrentan son las de Coase y Pigou, recientemente se ha demostrado que existe un malentendido muy extendido, según el cual (i) el análisis de Coase implica que no es deseable ninguna política intervencionista y (ii) la tesis de Pigou conduce a la afirmación de la optimalidad de ciertas medidas de intervención. DAHMAL (*The Problem of Externality*, cit., pp. 156 y ss.) intenta demostrar—y el razonamiento parece impecable—que (i) realmente la tradición pigoviana no sugiere ninguna policy, mientras que (ii) el planteamiento de Coase implica ciertas recomendaciones positivas que conducirían a asignar un importante papel al Estado en la modelación del proceso económico.

(90) V. el célebre caso del ganadero y el agricultor con que COASE, *op. cit.*, pp. 101 y ss., ilustra la afirmación del texto.

de la consecución de la eficiencia; la estructura del derecho se muestra, pues —como decíamos antes—, «redundante». Ahora bien, para que ello sea efectivamente así tendrán que concurrir dos condiciones (cuya existencia la realidad desmiente con frecuencia): *primero*, que la asignación inicial de derechos y responsabilidades esté perfectamente definida en cuanto a titularidad (o imputación) y contenido (91); y *segundo*, que los costes de transacción (92) sean igual a cero o despreciables (93). Expresada la misma tesis con la fórmula más general

(91) COASE, *op. cit.*, pp. 111, 129-130. V. también la brillante exposición del tema en S. N. S. CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of Non-Exclusive Resource*, en FURUBOTN y PEJOVICH (ed.) *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 26-27.

(92) La importancia capital que tiene este concepto de *costes de transacción* en todo el desarrollo de la teoría económica del Derecho, aconseja que nos detengamos por un momento en su explicación sumaria, aunque tampoco estará de más advertir que en realidad se está convirtiendo en un «cajón de sastre» (*catch-all phrase*, dice Dahmal) en donde se incluye cualquier tipo de interferencia no catalogable del mecanismo de los precios, siendo así que, de hecho, la relevancia de la externalidad se encuentra en el hecho de que está indicando la presencia de costes de transacción; razón por la cual, en ausencia de dichos costes, siempre se realizaría el óptimo paretiano por contratación entre agentes económicos *self-interested*. Dicho esto, por lo que concierne al concepto de coste de transacción, tenemos tres tipos de definiciones: (i) de una parte, la definición característica de los economistas-matemáticos: es la proporción fija de aquello que se contrata, que desaparecerá con la transacción misma; (ii) otros autores parten de la idea de que se puede contratar sin coste, aunque estiman que muchas veces serán necesarios recursos para organizar el mismo cambio (cfr. DAHMLAN, *The Problem of Externality*, cit., pp. 144-146, donde se discuten tales puntos de vista y se ofrece una documentada bibliografía); (iii) nosotros utilizaremos el término en el sentido acuñado por la *new law & economics*. Costes de transacción, desde esta perspectiva, serían los costes de saber con quién se va a contratar; de informar a los demás que uno quiere contratar; de conducir las negociaciones; de delinear el contrato; de inspeccionar el cumplimiento, etc., etc. (cfr. DAHLMAN, *op. cit.*, pp. 147-148). Son los costes —dicen muy claramente FURUBOTN y PEJOVICH— en que incurren los individuos «in defining, policing, negotiating, and enforcing resource rights and contractual agreements» (*The New Property Rights Literature*, en FURUBOTN y PEJOVICH (ed.), *op. ult. cit.*, p. 2). En última instancia vendrían dados por el precio del tiempo y de la información (cfr. LEPAGE, *Mañana el capitalismo*, cit., pp. 25-27). Otros autores se inclinan por definir el coste de transacción teniendo en cuenta las dos condiciones del *Teorema de Coase*; se incluirían así, tanto los costes correspondientes al establecimiento y salvaguardia de los contratos, como los costes relativos a la determinación y defensa de los *property rights* (CHEUNG, *El mito del coste social*, cit., p. 94).

(93) Cfr. COASE, *op. cit.*, p. 123. En realidad, como han puesto de manifiesto P. SCHWARTZ y A. CARBAJO, *Teoría económica de los derechos a apropiación*, en AA. VV., *La nueva economía en Francia y en España*, Madrid 1980, p. 132, lo que hace Coase —al establecer esas dos condiciones— es reformular los presupuestos del equilibrio óptimo que en la economía clásica se denominaban (i) perfecta discriminación de bienes y perfecta divisibilidad de factores y (ii) perfecta información.

Aunque no puede ser objeto de nuestra exposición, advertiremos que el teorema de Coase ha sido objeto de múltiples críticas; básicamente se dice que (i) es tautológico (CALABRESI, *Transaction Costs*, cit., p. 68); (ii) que no es aplicable a la asignación de recursos a largo plazo; y (iii) que no tiene

de Stigler, se diría que en competencia perfecta, cualquiera que sea la asignación dada de derechos, las transacciones de mercado entre «empresa productora» del daño (externalidad) y «empresa consumidora» del mismo, determinarán una composición de la producción igual a la que hubiera decidido una sola empresa operando en las dos actividades. Lo cual quiere significar que *las negociaciones en el mercado entre empresas producen el mismo resultado que la gestión interna de la empresa, sea cual sea la estructura de los property rights, y siempre y cuando los costes de transacción sean despreciables* (94). La conclusión que Coase obtiene respecto de la función del derecho es obvia: no siendo nulos los costes de transacción —como de hecho se constata— la asignación que el ordenamiento jurídico haga de derechos y responsabilidades tiene una gran trascendencia de cara a la

en cuenta los problemas de distribución de la riqueza (sobre estas dos últimas críticas, su exposición y contraargumentación, me remito a H. DEMSETZ, *When Does the Rule of Liability Matte?*, en ACKERMAN (ed.), *The Economic Foundations of Property Law*, cit., pp. 25-29, y allí todas las referencias necesarias). V. también —en el sentido de defender el teorema— NUTTER, *El teorema de Coase sobre el coste social*, cit., pp. 19 y ss.

(94) *Apud* NUTTER, *op. ult. cit.*, p. 19. De hecho, el mismo COASE, en otro trabajo también pionero (que data del año 1937 en que fue publicado en la revista *Económica*) explica el origen de la empresa en la existencia de costes de transacción —tesis que ha resultado fecundísima a la hora de explicar todos los contratos de organización, desde la sociedad anónima (cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 289 y ss.) hasta otros contratos cuyo objetivo es la integración empresarial, como, por ejemplo, el *franchising* (cfr. P. H. RUBIN, *The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978, pp. 221 y ss.). El trabajo de COASE a que me refiero y en versión castellana es *La naturaleza de la empresa*, en *Información Comercial Española*, enero 1980, pp. 67 y ss.

Quizá la argumentación del texto pueda clarificarse mediante un ejemplo: Cayo manufactura botellas de plásticos y de su factoría salen vertidos contaminantes que van a dar al lago donde pesca Ticio (el vertido es un coste externo, que Cayo no computa, sino que desplaza sobre Ticio, que ve por ello disminuido su volumen de pesca). Para corregir esa externalidad, Pigou recomendaría un impuesto sobre las botellas de plástico que manufactura Cayo. Coase, por su parte, dice que si no hay ningún impedimento que obstaculice la contratación libre entre Cayo y Ticio, la externalidad se internaliza *naturalmente*, a través del mercado, sin necesidad de que intervenga el Estado. ¿Cómo? Supongamos que el beneficio anual que Ticio detrae de la pesca en el lago es de 3.000, mientras que Cayo obtiene de la manufactura (contaminante) de botellas 5.000. Es claro que ante la incompatibilidad de ambos ejercicios Cayo comprará a Ticio su derecho de pesca (lo cual supone que si Cayo y Ticio fuesen una empresa, ésta no se dedicaría a la pesca, sino íntegramente a la manufactura). Puede ser también que a partir de un determinado momento, el índice de crecimiento de beneficios de la manufactura decrezca hasta ser más bajo que aquel que se derivaría de la pesca. En este caso también se contrataría: Cayo compraría a Ticio el 66 por 100 (imaginemos) de su derecho de pesca (lo cual quiere decir que si fuesen empresa, ésta se dedicaría a pescar por valor de 1.000 anual y a manufacturar por una suma (en beneficios) de 4.100, por ejemplo); es decir, Cayo pagaría a Ticio para que aceptase en su lago una cantidad de aguas contaminadas tal, que el *beneficio marginal* del vertido para Cayo fuese igual al *coste marginal* que para Ticio supone la reducción de su volumen de pesca.

consecución de un nivel óptimo de eficiencia: (i) no siendo los costes de transacción nulos, se originará la empresa (95); (ii) pero como incluso la empresa puede generar otros costes —v. g. diseconomías de escala; costes administrativos... (96)—, habrá que buscar en multitud de ocasiones otra solución. Y habrá que buscarla, precisamente, en el Estado. El Estado, a través del derecho, deberá decidir el modo de asignación de recursos más *eficiente* y, para que así sea, decidirá como lo habría hecho el mercado en la hipotética situación en que los costes de transacción hubiesen sido nulos (97); se explica así por qué Dahlman entiende que el planteamiento de Coase no es neutral y sugiere muy claras directrices de *policy* para el Estado. Ya veremos como, por ejemplo, esa decisión es la que hace nuestro Código civil en materia de servidumbres. En una terminología quizás más familiar para el jurista, podríamos resumir el *teorema de Coase* diciendo que un mercado transparente y no distorsionado (con costes de transacción relativamente bajos) siempre acabará prevaleciendo aquella titularidad de los derechos que genere más utilidad, con independencia de quién sea el titular originario del derecho y tanto si éste está protegido por una acción de resarcimiento como si lo está por una acción negatoria pues, según veíamos, los recursos tienden casi naturalmente hacia su utilización más valiosa (98).

Un ejemplo creo que nos ayudará de nuevo a comprender la dimensión real del teorema. Supongamos una utilización conflictiva de diversos *property rights*. Ticio goza de un derecho de paso para el ejercicio de su empresa de ferrocarriles de vapor. Cayo explota una empresa agrícola, cultiva trigo, en un fundo de su propiedad. El tren de Ticio, desafortunadamente, produce chispas que, al circundar la finca de Cayo, queman el trigo. Este es el conflicto que nos presenta Posner (99). Imaginemos ahora que el «derecho a echar

(95) Cfr. COASE, *La naturaleza de la empresa*, cit., pp. 69-70. El razonamiento difícilmente podría ser más convincente: «Es costoso utilizar el mecanismo de los precios» (*ibid.* V. también, *Id.*, *El problema del coste social*, cit., p. 124).

(96) Cfr. COASE, *op. últ. cit.*, pp. 125-126. Sobre este tema de las *internal organization failures* (opuestas a las *market failures* —es decir, a las externalidades—) es obligada la remisión a O. E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*, New York 1975. Estas categorías —cuyo estudio por ahora se encuentra en «un estadio primitivo de desarrollo» (cfr. O. E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies. Some Elementary Considerations*, en *American Economic Review*, vol. 63, 1973, p. 316)— serán de una importancia capital en el estudio (que calificaría de «revolucionario» dentro de la ciencia jurídica) de esa confusa categoría de los contratos de duración y los contratos de colaboración —híbridos entre las fórmulas societarias (organizaciones internas) y los contratos de cambio (transacciones de mercado)—, porque nos habrán de proporcionar una forma precisa (y real) de identificación de regímenes jurídicos.

(97) Cfr. COASE, *El problema del coste social*, pp. 129-130 e *ibid.* el examen de algunas sentencias famosas de la jurisprudencia inglesa.

(98) Cfr. HORN, *Zur ökonomische Rationalität des Privatrechts*, cit., p. 313.

(99) El ejemplo, en efecto, lo recojo (con pequeñas modificaciones) de POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 34-37.

chispas» (que evitaría a Ticio una costosa inversión en equipo suplementario que lograse impedirlas) incrementa el valor de la explotación ferroviaria de Ticio en 100, mientras que reduce el valor del derecho de Cayo en 90. Si el ordenamiento asigna (y garantiza) a Cayo el derecho a «permanecer libre de chispas» (tal vez fuere más correcto hablar de *property right* en lugar de «derecho») (100), presumiblemente Ticio llegaría a un acuerdo con él para comprárselo por cualquier cantidad entre 90 y 100, pues un precio calculado en ese límite (siempre teniendo en cuenta que los agentes son maximizadores racionales de valor) convendría a ambos y alcanzaría un nivel de eficiencia óptimo. Si, por el contrario, tal *property right* correspondiese a Ticio, porque el ordenamiento así lo decidiera, es obvio que Cayo no llegaría nunca a adquirirlo, habida cuenta que Ticio no aceptaría nunca menos de 100 y que él no ofrecería nunca más de 90. Por lo tanto, *independientemente de cuál sea la asignación de «property rights» que establezca el ordenamiento*, Ticio siempre emitirá chispas, pues en sus manos el derecho alcanza su valor máximo (recordemos que éste, en la fórmula de Posner, se mide por la «voluntad o disposición de pagar»). La situación descrita, sin embargo, difícilmente sería verificable en la realidad. Esta nos ofrece casi siempre un panorama repleto de costes de transacción. En nuestro caso, pensemos sólo que al lado de Cayo existen centenares de empresarios agrícolas que se hallan en la misma situación; la contratación con todos del efecto externo (el incendio del trigo) será realmente costosa. Ticio únicamente compraría los derechos de Cayo (y demás propietarios agrícolas) si los costes de transacción fuesen más bajos de 10 (que es la diferencia de valor entre el derecho en manos de Cayo y de Ticio); si aquéllos fuesen superiores a 10 —como sucederá tantas veces— Ticio no compraría el derecho y se produciría una distribución inefficiente de recursos.

Estas observaciones sugieren la existencia de un principio económico que puede servir tanto para diseñar el derecho como para decidir los casos de conflicto: el ordenamiento debe asignar el derecho subjetivo a aquella parte en cuyas manos resulta más valioso. Distribuyendo así los derechos —los recursos—, el sistema jurídico se anticipa y obvia la necesidad de la transacción en el mercado, que puede ser verdaderamente costosa. Para ello o bien se asigna directamente

(100) Esta categoría nueva del *property right* será objeto de examen en el epígrafe número 10. Observaré aquí no obstante que, en cierto modo, esa categoría se asimilaría a la de *facultad* (como parte del derecho subjetivo). En este sentido «el derecho a permanecer libre de chispas» integraría una facultad del derecho de propiedad. Por ello, algunos autores prefieren hablar de «haces de *property rights*» (*bundles of property rights*), para designar un derecho subjetivo completo. «Por ejemplo —señalan FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, cit., p. 139—, el valor de una casa para un individuo será relativamente mayor si el "haz de *property rights*" adquirido contiene el derecho a excluir estaciones de servicio, plantas químicas, etc., de la inmediata vecindad de la casa. De lo cual se deduce que el complejo de los varios *property rights* que se tienen sobre los recursos influencian las funciones de utilidad del titular que tiene que hacer las decisiones».

el *property right* a Ticio; o bien se asigna a Cayo el derecho, pero no protegido por una regla de propiedad (remedio negitorio), sino por una regla de responsabilidad (remedio resarcitorio) (101). El primero es el método del derecho de propiedad; el segundo el método característico de *tort law*. La diferencia es terminológica o histórica, más que analítica, según tendremos ocasión de verificar (v. *infra*, n. 15).

Me detendré un momento ahora en el examen de una hipótesis específica en la que el derecho se sitúa en esta lógica (sustitutiva de la decisión del mercado). Tomaré la *servidumbre* como supuesto significativo de conflicto entre *property rights*, toda vez que aquélla no persigue sino la concesión de un poder para obtener un goce —un derecho subjetivo de carácter real— sobre un fundo ajeno en utilidad del propio (102). La tesis a desarrollar propone que, en última instancia, las llamadas «servidumbres forzosas o impuestas por la ley» no significan más que la resolución por parte del ordenamiento de un conflicto (el uso incompatible de la propiedad) y precisamente en el sentido que lo haría un mercado hipotético; se trata, pues, de una atribución por obra del sistema jurídico de *property rights* a favor de aquella parte del conflicto que debería adquirirlos contractualmente de no mediar costes de transacción en el mercado —normalmente lo que sucede es que estos bienes no tienen «cotización» en el mercado y una de las partes se halla en condiciones de imponer un precio monopolístico ante el estado de *necesidad* (demanda inelástica por ausencia de bienes sustitutivos) del propietario colindante, además de los problemas de interferencia en la negociación derivados del *preium affectionis*, a los que el derecho renuncia. La afirmación de que en todo caso adquiriría el «dominante» los *property rights* que integran la servidumbre se confirma por la nota de la *necesidad* (estimando siempre que los operadores responden al paradigma del *homo oeconomicus*); razón por la cual las servidumbres forzosas sólo pueden ser solicitadas —dice la doctrina— si se produce la *necesidad* de quien la pide (103). La utilidad es tanto razón de ser de la servidumbre como medida de su extensión; en las impuestas legalmente se grava únicamente lo *estrictamente necesario* (cfr. arts. 566, 569, etc., de nuestro Código civil) (104). Se produce, pues, una modificación del derecho (*entitlement*) inicial, que en parte ya no se protege por una regla de propiedad (acción real), sino por una regla de responsabilidad (la indemnización) (105). Se modifica el *property right* (la propiedad sobre el fundo que, en principio, como categoría ejemplar de los *property rights*, es *exclusiva*), al objeto de así poder lograr una solución más eficiente en la distribución de los recursos (106), pues es claro que la

(101) V. POLINSKY, *Economic Analysis of Law as a Potentially*, cit., p. 1661.

(102) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN-BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1979, p. 384.

(103) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. 2, Barcelona, 1975, p. 111.

(104) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN-BALLESTEROS, *op. ult. cit.*, pp. 384-385.

(105) V. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 51, e *infra*, n. 15.

(106) Cfr. FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., p. 4.

desutilidad que acarrea al sirviente es menor que la utilidad que aporta al dominante; con lo que, una vez más, se produce un desvíó hacia la utilización más valiosa de los recursos: el coste para Ticio de prevenir la emisión de chispas de su ferrocarril —valga el ejemplo, que aun no siendo técnicamente asimilable, se inscribe en la misma lógica— es más alto que la reducción de valor que tales chispas generan en la tierra de Cayo.

Como veremos en uno de los epígrafes siguientes, a propósito de la teoría de los *property rights*, éstos tienden a configurarse en términos de *absoluta exclusividad*; pero los costes en muchas ocasiones (debido fundamentalmente a la producción de diseconomías de escala) llegan a ser prohibitivas, por lo que una atenuación de la exclusividad incrementa la eficiencia, más que la reduce (107). Supongamos otra vez que para Ticio el valor de pasar por el fundo de Cayo se cifra en 100, mientras que un derecho de exclusión perfecto generaría a este último una utilidad igual a 80. Es claro que, en todo caso, en ausencia de costes de transacción, la servidumbre de paso vendría constituida convencionalmente, en el mercado (108). Como no existe mercado, Cayo (que goza de poder monopolístico) podría pedir 110 a Ticio, con lo cual la transacción no tendría lugar y se produciría —como venimos repitiendo— una ineficiente distribución de los recursos. El derecho interviene en estos supuestos protegiendo a Cayo únicamente con una regla de responsabilidad y asignando el derecho (en este caso *de paso*) a Ticio, porque en sus manos produce más valor o bienestar social. Cómo decir que justamente es esa la operación que realiza el artículo 564 de nuestro Código civil, cuando establece los requisitos de constitución de la relativa servidumbre; a saber: (i) *la utilidad presumiblemente mayor en manos de Ticio* —que podemos reconducir al concepto de necesidad (que la finca, dice el codificador, esté enclavada «entre otras ajenas y sin salida al camino público», que la doctrina española tradicional (Sánchez Román, De Diego, Manresa), con muy buen «criterio económico», ha ampliado en el sentido de no exigir la ausencia absoluta de salida, sino de que bastará con que aquélla sea «peligrosa, difícil o insuficiente» (109)—; y (ii) *la indemnización de Ticio a favor de Cayo* —con lo que otra vez se sustituye la regla de la propiedad por la regla de la responsabilidad: una tercera entidad (oficina administrativa u órgano judicial) determina el precio que se deberá pagar al propietario como consecuencia de la «destrucción» parcial de su *entitlement* inicial u originario. Aquí la eficiencia —diría Calabresi— requiere un grado mayor de intervención; mas quien gana con la redistribución de los recursos, habrá de compensar

(107) Cfr. POSNER, *op. ult. cit.*, p. 30.

(108) Otra solución —si se quiere mantener a ultranza la *exclusividad*— es que Cayo o Ticio compre el fundo del otro. Pero esta solución producirá en muchos casos altos costes derivados de la consecución de diseconomías de escala, es decir: rendimiento decreciente de utilidad una vez que se supera el volumen óptimo del recurso productivo (en este caso, el fundo).

(109) Cfr. J. CASTÁN, *Derecho Civil Común y Foral*, II, Madrid, 1950, p. 525, e *ibid.* las relativas referencias de la doctrina tradicional citada en el texto.

a quien pierde (en aplicación del *compensation test* como corolario del óptimo de Pareto).

III

10. Alcanzado este punto, interrumpimos la exposición (sumaria y por fuerza incompleta) de la teoría, para canalizar el discurso hacia la discusión «económica» de los que sin duda son los institutos centrales del derecho patrimonial privado: la propiedad, la responsabilidad y el contrato. El propósito de las páginas sucesivas —huelga decirlo— se halla, sin embargo, muy lejos del examen mínimamente exhaustivo; más modestamente quiere ceñirse al planteamiento, con una estricta finalidad «ilustrativa», de algunas cuestiones, por entre las cuales sea dable entrever el *modelo analítico* y, sobre todo, el *modus operandi* que distinguen la labor del *lawyer-economist*. La exposición nos servirá además de pretexto para profundizar un poco —al final de la sección— en las insinuaciones que se hacían en el epígrafe quinto con ocasión de la descripción del modelo general de la *new law & economics* y para, subsiguientemente, explicitar la unidad de sentido (en la óptica de la teoría económica) del entero ordenamiento patrimonial. A tales efectos, me refiero, en primer lugar, a la *Teoría económica del derecho de la propiedad*, al hilo de la cual habré de esforzarme sobre todo por delinejar la doctrina de los *property rights*. En consecuencia, es de advertir que el concepto que aquí se utilizará de propiedad no coincidirá precisamente con aquél que parece haber tenido presente el redactor del Título II del Libro II de nuestro Código civil (de inequívoco sabor «fundiario»); ni, por otra parte, los «temas» del ejercicio serán los característicos de la sede en un manual de derechos reales. Pero vayamos al tema.

Si la función del derecho contractual reside —como veíamos— en la minimización de los costes de transacción y la del derecho de la responsabilidad civil (*tort law*) en la simulación de la operación del mercado, al derecho de propiedad compete la tarea unificante de todo el *ius privatum*, habida cuenta de que es él quien provee a la *inicial asignación de recursos* (derechos), que habrán de ser transferidos a través del contrato y protegidos por el derecho de la responsabilidad. Esta visión tan simplificada que nos ofrece Posner responde, por lo demás, a la vieja idea del sistema tradicional del Derecho civil, según la cual el derecho de propiedad sería el único y verdadero elemento unificador de las diversas materias que componen el Derecho privado (110). La cuestión fundamental será, pues, cómo deba procederse a esa asignación de recursos.

Una vez más el tema viene resuelto con arreglo al criterio de la eficiencia paretiana, según el cual, *los recursos deben ser distri-*

(110) Cfr., entre tantos, S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, en S. RODOTÀ (ed.), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 355.

buidos de forma tal que se consiga la internalización de todos los costes sociales (externalidades). Con lo que se concluye en la obvia afirmación de que el único modo posible de internalización será a través de la asignación de los recursos en régimen de *propiedad privada* (111). Por ello, la teoría económica de los *property rights* —que se propone configurar un derecho sobre todo lo que tenga valor (sobre cualquier recurso escaso) a imagen y semejanza del derecho de propiedad) (112)—, constituye en realidad el punto de partida de todo el análisis económico del derecho —dilatándose así los contornos del concepto tradicional del derecho de propiedad (113).

Examinemos esta teoría. Ha sido sobre todo en estos últimos quince años, a partir fundamentalmente de los trabajos de Demsetz y Cheung (114), cuando la idea del *property right* se ha hecho concepto capital del análisis económico (115). Con esa nueva categoría se intenta

(111) Cfr. HORN, *Zur ökonomische Rationalität des Privatrechts*, cit., p. 316.

(112) He optado por no traducir al español el término *property right*, habida cuenta de los malentendidos a los que podría dar lugar, pues técnicamente no es asimilable al derecho de propiedad (*right of ownership*). Las alternativas —derecho de apropiación (así SCHWARTZ y CARBAJO, *Teoría económica de los derechos de apropiación*, cit., pp. 119 y ss.), derecho de disposición (*Verfügunrecht*) (cfr. ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., p. 297), derecho de privativa (como ha propuesto algún autor italiano), derecho propio, derecho de exclusión... y demás hipótesis imaginables— estas alternativas, decía, reflejan sólo aspectos muy parciales del concepto y además podrían generar innecesarias confusiones. Por otra parte, la mayoría de los autores utilizan normalmente la locución inglesa *property right*, habida cuenta del éxito que ha tenido la fórmula y que hoy en día designa toda una importante rama de la teoría económica.

(113) Cuando POSNER (*Economic Analysis of Law*, cit., pp. 27 y ss.) estudia el «Derecho de Propiedad» en realidad lo que hace es referirse a la doctrina de los *property rights*. Refiriéndose a este capítulo de su libro, un recensor escribe: «... la mayoría del capítulo está dedicado a delinear la teoría de los *property rights* (que en realidad tiene tanto que ver con el derecho de los contratos y especialmente con el derecho de la responsabilidad civil [...] como con el de propiedad, comúnmente entendido), aplicándola e ilustrándola en contextos que tienen muy poco que ver con el «derecho de la propiedad», tal como nosotros lo pensamos y experimentamos —frecuencias de radio, derechos de aguas, [...] *privacy*, patentes y *copyright*» (KRIER, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, p. 1677).

(114) V. retro, nota 33.

(115) Para un repaso sumario de lo que podemos llamar *prehistoria* de la teoría de los *property rights* bastará el reenvío a SCHWARTZ y CARBAJO, *Teoría económica de los derechos de apropiación*, cit., pp. 121-127. En general, para la moderna teoría económica de los *property rights*, además de las obras que se irán citando en el curso de la elaboración, me remito a la excelente síntesis de FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, cit., pp. 1137 y ss., donde se sumarizan las líneas esenciales de esta línea de investigación, se examinan algunas de sus aplicaciones más importantes y se discute, en general, la bondad del nuevo enfoque para el entendimiento de muchas instituciones. El trabajo contiene una completa referencia bibliográfica (*ibid.*, pp. 1157-1162). Se puede completar el panorama más reciente con la monografía de M. HUT-

superar el concepto jurídico de propiedad y crear una noción nueva que resuma todas las *posibilidades de conducta* y las *competencias de decisión* que atañen al titular de un recurso (116). De acuerdo con los proponentes del nuevo enfoque, el objeto y el contenido de las asignaciones de *property rights* sobre los recursos afectan a las formas de comportamiento de las personas en un mundo de escasez. Dicho de otro modo, los individuos responden a incentivos económicos y la pauta de incentivos vigentes en cada momento viene determinada por el cuál sea la estructura prevalente de *property rights*. En la sociedad capitalista —cuyo objetivo final es el logro de la eficiencia— el derecho tenderá a diseñar una estructura de *property rights* tendencialmente perfecta (de acuerdo con las características que éstos deben tener y que veremos más tarde) —de la misma forma que el Derecho privado del capitalismo (clásico) tiende a configurarse como una constelación casi perfecta de derechos subjetivos (117). Mas —y esta es la pregunta preliminar—, ¿qué es un *property right*? Ya hemos dejado entender que el nuevo planteamiento se propone superar la concepción tradicional de la propiedad como relación jurídica entre el hombre y la cosa (*Sachherrschaft*) y reformular la cuestión en términos de estrictas relaciones entre sujetos. La propiedad ya no es un derecho sobre un recurso, sino que a través de los *property rights* que integra, define qué conducta puede realizar el titular y qué conductas deben sopor tar los demás, deviniendo así complementarios los conceptos de propiedad y de conducta prohibida (118). Afortunadamente, la literatura

TER, *Die Gestaltung von Property-Rights als Mittel gesellschaftlich-wirtschaftlicher Allokation*, Göttingen 1979.

(116) Cfr. H. KÖHLER, *Vertragsrecht und «Property-Rights»-Theorie. Zur Integration ökonomischer Theorien in das Privatrecht*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 144, 1980, p. 590, quien reenvía (en esta perspectiva conductista) a SCHULLER, *Eigentumsrechte, Unternehmenskontrollen und Wettbewerbsordnung*, en *ORDO*, vol. 30, 1979, pp. 324 y ss.

(117) El importante concepto de «estructura de *property rights*» puede ser definido como «el complejo de relaciones económicas y sociales que define la posición de cada individuo relativamente a la utilización de los recursos escasos» (FURUBOTN y PEJOVICH, *op. ult. cit.*, p. 1139). Sobre los efectos de las diferentes estructuras de *property rights* sobre la conducta humana, v. S. PEJOVICH, *Towards a General Theory of Property Rights*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds), *The Economics of Property Rights*, *cit.*, pp. 341 y ss., donde se distingue una cuádruple tipología de estructuras de *property rights*: capitalista, capitalista atenuada, socialista de *usus fructus* (Yugoslavia) y socialista de *usus* (Unión Soviética).

(118) Cfr. J. GOTTHOLD, *Zur ökonomischen «Theorie des Eigentums». Eine kritische Einführung*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 144, 1980, pp. 546 y 547. Esta idea clásica de la propiedad a que se hace referencia podría resumirse en las siguientes palabras clásicas de C. AUBRY y C. RAU, *Cours de droit civil français*, II, París, 1869, p. 170: «La propriété, dans le sens propre de ce mot (*dominium*) exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose, et peut se définir le droit en vertu duquel une chose se trouve sumise d'une manière absolute et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne» (*apud* RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 359, nota 2).

económica nos proporciona una definición muy clara. Son *property rights* las *relaciones de conducta sancionadas entre los hombres que nacen de la existencia de bienes escasos* (sean de la naturaleza que sean, materiales o inmateriales) y que conciernen a su uso (119). Tales relaciones determinan «normas de conducta» en vista de los bienes, que deben ser observadas en el actuar cotidiano con las demás personas —pues a quien no las observe, en justa economía, se le impone el coste del incumplimiento. Se entiende así la importancia capital que asume en todo el análisis económico la disciplina relativa a las relaciones de vecindad; podría incluso decirse —como ha sugerido Gotthold— que la teoría económica de la propiedad acaba por configurarse más que otra cosa como una teoría de los usos incompatibles de la propiedad.

Función del derecho en esta lógica es proceder a una cada vez más perfecta delimitación de los *property rights*, es decir, de las modalidades de conducta permitidas y prohibidas. Pienso así en dos recientes sentencias de nuestras Audiencias que han procedido a definir verdaderos *property rights* (bajo el tímido concepto de «bienes patrimoniales») sobre la tranquilidad —admitiendo un interdicto de obra nueva contra edificaciones que perturbarían la tranquilidad de los poseedores actuales—, y sobre una vista panorámica —protegiendo también en vía interdictal al poseedor contra edificaciones próximas que impedirían la vista— (120). La importancia fundamental de una exacta definición de los *property rights* se ve muy claramente de cara al *cambio*, que es el modo en que se altera la distribución existente de recursos para lograr

(119) Así FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., p. 3.

(120) La primera de las citadas es la Sent. de 12 de noviembre de 1974 de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente: M. J. RODRÍGUEZ LÓPEZ); la segunda, la Sent. de 12 de noviembre de 1974 (curiosamente son de la misma fecha) de la Audiencia Provincial de Málaga (ponente: M. CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Las recojo de *Sentencias en Apelación de las Audiencias Provinciales (Materias civil y penal)* (2 Semestre), Madrid 1975, pp. 203-205 y 211-212, respectivamente. Otro ejemplo instructivo nos lo proporciona el famoso *case U. S. v. Cavyby* (1948), U. S. S. C., 221, en el que un granjero de Carolina del Norte, dedicado a la cría de pollos, demandó —y con éxito— a la sociedad explotadora del aeropuerto de la localidad, alegando que la «puesta de huevos» de sus aves se había visto notablemente reducida como consecuencia de los ruidosos aterrizajes. La *Supreme Court* de los Estados Unidos concedió una indemnización al granjero (se produjo una «compra forzosa» de *property rights*) en atención a que su «propiedad» se había visto lesionada, fundamentando el fallo en la enmienda 5.^a a la Constitución. Con esta amplísima definición de la propiedad —que, justo es recordarlo, no es ajena a los intentos de la doctrina mercantilista (en tema de empresa en sentido objetivo) de alargar los estrechos moldes de la *proprietas romana*—, se va mucho más allá del concepto «físico» tradicional, que, en cierto modo, se ve sustituido por un «concepto-catálogo» de características del complejo físico. Por otra parte, es mucho más adecuado a la noción del economista y, de alguna manera, se anticiparía a la moderna investigación de la teoría de la demanda, que se focaliza sobre las características del bien, más que sobre el bien en sí mismo (cfr. OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 34-35).

soluciones más eficientes (121). Una vez definido el *property right* sobre la «vista panorámica», por ejemplo, su titular y el constructor podrán libremente contratar la transferencia —que tendrá lugar, en el caso, si el valor que el constructor prevé obtener de la edificación es mayor al que el titular atribuye al placer de gozar de un determinado paisaje. Al lector no le será difícil entrever por los pliegues de esta formulación una «nueva edición de la teoría del derecho subjetivo» (122); ciertamente no nos encontramos muy lejos, aunque la teoría de los *property rights* va más allá: contiene una explicación teórica —hasta ahora, por supuesto, sólo desde el punto de vista de la racionalidad económica— de por qué tiene sentido «liquidar» una teoría *estática* del derecho subjetivo (la teoría recíproca): la que ve el derecho subjetivo en situaciones recíprocas de posiciones unilaterales de derecho/deber); la nueva teoría describe los *property rights* no como posiciones estáticas, sino como posiciones dinámicas en equilibrio que están orientadas hacia utilizaciones alternativas más eficientes. Podría tratarse —continúa Schanze, y sería una tesis a investigar— de una recuperación de un concepto histórico del derecho de propiedad (el de la burguesía como contrapuesto al peculiar del ordenamiento estático-feudal), que, sin embargo, no llegó a cuajar en la obra codificadora, que por diversas razones volvió a poner el acento en la seguridad (o aseguración) de la propiedad (123). Mas lo cierto es que en la perspectiva de los *property rights* —como análisis de incentivos y rémoras de la conducta en sus repercusiones en el proceso económico— se pueden considerar todos los derechos de propiedad, patrimoniales y de disposición (124).

En esta línea, como la definición dada sugiere, el concepto de *property right* no condensa un instituto jurídico perfectamente definido, sino que más bien sustancia un *Oberbegriff* (un supraconcepto), dentro del cual es catalogable cualquier tipo de derecho que de una u otra forma defina una relación entre hombres relativamente a la disposición de bienes económicos (125); ello, es cierto, sin perjuicio de que el modelo de construcción de la categoría —como antaño lo fuera para el derecho subjetivo— venga proporcionado por el derecho de propiedad (126). Esta idea se confirma inmediatamente,

(121) Cfr. FURUBOTN y PEJOVICH, *op. ult. cit.*, p. 3.

(122) SCHANZE, *Okonomische Analyse des Rechts in den U. S. A.*, cit., p. 13. Lo cual no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que el *property right* es un concepto diseñado a imagen y semejanza del derecho de propiedad, que a su vez ha sido el modelo básico con arreglo al cual se ha elaborado el concepto de derecho subjetivo (v. F. KASPER, *Das subjektive Recht, Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit*, Karlsruhe 1967, pp. 11 y ss.).

(123) SCHANZE, *op. loc. ult. citt.*

(124) Cfr. ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., p. 297.

(125) Cfr. M. HUTTER, *Über eine Alternative zur neoklassischen ökonomischen Analyse des Rechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 144, 1980, p. 647.

(126) El *property right* correspondería más a una noción de propiedad en el sentido del valor en cambio de los recursos (y por ahí encajaría la aludida intuición de Schanze) que a una noción de propiedad en el sentido de cosas poseídas (sobre esos diversos conceptos, cfr. J. PUIG-BRUTAU, *Funda-*

si tenemos en cuenta los caracteres que (desde un punto de vista económico) tiende a asumir un sistema eficiente de *property rights*: la universalidad, la exclusividad y la transferibilidad. (i) El primero de ellos, la *universalidad*, propone que todos los recursos deberían ser poseídos por alguien (deberían ser asignados en régimen de propiedad), excepto aquéllos que, por ser tan abundantes, cualquiera puede consumir a su antojo, sin reducir el consumo ajeno, sin generar externalidades (v.g., el aire —aunque quizá no sea éste el mejor ejemplo, pues, debido a la polución, se ha convertido en un recurso escaso). La llamada «tragedia de los comunes» vendría a poner de relieve la inefficiencia de titularidades colectivas (127). (ii) La segunda característica consiste en la *exclusividad*, es decir, la posibilidad jurídica (*ius prohibendi*) de excluir a los demás del consumo sobre el recurso asignado de que se trate. Esta posibilidad real (negatoria) de exclusión, se transforma en un derecho de indemnización (regla de responsabilidad) en ciertas situaciones en que la invasión del derecho ajeno no se ajusta a los extremos del óptimo paretiano. En esta lógica, por ejemplo, parece alinearse el pár. 904 del B.G.B., al establecer que «[E]l propietario de una cosa no está autorizado para prohibir la intromisión de otro, cuando dicha intromisión sea necesaria para evitar un peligro inminente que amenace causar daños desproporcionadamente elevados frente a los que se causen al propietario por efecto de la intromisión». (iii) La última condición para que un *property right* sea eficiente viene dada por su plena *transferibilidad*. Se trata éste de un requisito básico, pues a él incumbe facilitar que los recursos pasen de utilizaciones menos eficientes a aquéllas más eficientes (128).

Ahora bien, el delineado no es más que un modelo ideal de *property right*. Modelo ideal no siempre apto para la consecución de la

mentos de Derecho Civil, III, Barcelona 1953, p. 122). Se tratará —dice GOTTHOLD, por otra parte— de una nueva interpretación del concepto económico de factor de producción, que ya no puede ser entendido simplemente como unidad física (cfr. *op. cit.*, p. 546). Y estas consideraciones vienen a coincidir con las reflexiones que cierran el trabajo de Coase, en las que se pone de manifiesto que el factor de producción ya no puede concebirse como «entidad», sino más bien como el *derecho a llevar a cabo una lista específica de acciones*. «Si pensamos —prosigue COASE— que los factores de producción son derechos, es mucho más fácil entender que el derecho a hacer algo que tiene un efecto perjudicial —como, por ejemplo, la producción de ruidos, olores, humos, etc.— es también un factor de producción» (cfr. *El problema del coste social*, cit., pp. 172-173. En realidad toda la teoría económica de los *property rights* va necesariamente conectada a esta intuición originaria de Coase).

De todos modos, si queremos ser precisos, debemos tener en cuenta que las categorías de *property rights* son numerosas, aunque la mejor conocida sea el derecho de propiedad (v. FURUBOTN y PEJOVICH, *op. ult. cit.*, p. 4).

(127) Cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, en ACKERMAN (ed.), *Economic Foundations of Property Law*, cit., espec., pp. 4-6.

(128) Sobre estas tres características de los *property rights*, v. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 29-31; CHEUNG, *El mito del coste social*, cit., pp. 91-92 (aquí se observa de manera evidente la semejanza con el modelo jurídico de la propiedad); y PEJOVICH, *Towards a General Theory of Property Rights*, cit., p. 342.

eficiencia económica. Muchas veces, en efecto, este objetivo se logrará a través de lo que se denomina modificación del *property right* o atenuación de sus «virtudes». En este sentido se habla de «grados de perfección» de tales derechos (129). Una vez más dichas modificaciones o atenuaciones se explican en términos de altos costes de transacción (130). Por lo que se refiere a la *universalidad*, pensemos, por ejemplo, en la creación de *property rights* sobre bancos de peces en la actividad pesquera, que tendrían por finalidad internalizar los efectos externos de tal actividad (el tema se comprenderá más adelante cuando se llegue al estudio de los derechos de caza). En ese caso —habida cuenta del nivel tecnológico actual— probablemente los costes de definición e inspección del *property right*, serían tan altos —es decir, más altos que el beneficio externo que se internaliza— que no sería económica su delimitación (131). En punto a la exclusividad, piénsese, por ejemplo, en las servidumbres o en el *ius usus inocui* que sancionan algunos códigos civiles (cfr. el art. 699 del Código civil suizo). En tales supuestos, resulta más eficiente atenuar el *ius prohibendi* que mantenerlo a ultranza, pues la alternativa que quedaría, la transmisión, se revela en muchos casos —debido a las diseconomías de escala— antieconómica (132). En lo que concierne a la transferibilidad, también se hacen necesarias ciertas limitaciones. Así, por ejemplo, cuando los costes de la transferencia son prohibitivos se hace preciso limitar su exclusividad, como veíamos hace unos momentos; pero además existen otras hipótesis en las que se requiere una atenuación de la libre transferibilidad por que ésta conlleva importantes efectos externos. Posner exemplifica este caso muy gráficamente en materia de derechos de aguas: Imaginemos una corriente de agua que pasa por los fundos agrícolas de Cayo y Ticio; mientras la actividad sea la agricultura no existen problemas en el disfrute del derecho sobre la corriente; pero si Cayo decide vender su fundo a una empresa industrial que necesita gran cantidad de agua para su explotación (tanta que deja a Ticio sin caudal), la transferencia de Cayo a tal empresa creará un efecto externo en Ticio; por ello el derecho estima necesario limitar la trans-

(129) Cfr. CHEUNG, *op. ult. cit.*, pp. 92-94.

(130) V. FURUBOTN y PEJOVICH, *Two Essential Concepts: Transaction Costs and Attenuation*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 45-48. Como ya habíamos puesto de manifiesto, el concepto de coste de transacción no incluye sólo los costes de establecimiento y salvaguardia de los contratos, sino también los costes de defensa y determinación de los *property rights* —aspectos ambos que, por lo demás, se hallan profundamente interrelacionados (v. CHEUNG, *op. ult. cit.*, p. 94).

(131) Una magnífica discusión de este problema (en el sentido, sin embargo, de hacer manifiestas las ineficiencias —disipación de renta, externalidades, etc.— del sistema actual (derecho de uso no exclusivo del mar, en el que, por ende, no existe derecho a contratar) puede encontrarse en S. N. S. CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economic of Property Rights*, cit., pp. 13 y ss.

(132) V. *supra*, nota 108, e *infra*, texto y nota 138.

feribilidad de la propiedad de Cayo, requiriendo que la transmisión no injurie a los demás usuarios de la corriente (133).

Aclarado este problema, abordamos otro ya insinuado: aquél que se interroga acerca de la función de la constitución de *property rights*, que, como sabemos, no es otra que la internalización de efectos externos, de las externalidades que se producen en (y que destruyen) el mercado (134), lo cual nos servirá además para explicar cómo aparecen los *property rights*. Porque es evidente que si aquélla —la internalización de beneficios y costes externos— es la función primordial de los *property rights*, éstos se originarán cuando se produzca un nuevo evento que modifique el cálculo actual de los costes y beneficios externos de un recurso sobre el que no existen derechos; en el sentido —es evidente— de que el saldo de los beneficios supera el co-

(133) Cfr. POSNER, *op. ult. cit.*, pp. 51-52. Igualmente nos encontramos ante este tipo de situaciones cuando la propiedad esté gravada con cualquier tipo de derecho real limitado, que se transmite solidariamente (cfr. GOTTHOLD, *Zur ökonomischen «Theorie des Eigentums»*, cit., p. 550).

(134) Quizá resulte oportuno que nos detengamos por un momento en el concepto de *externalidad*. Por su continua repetición a lo largo de las páginas anteriores, el lector ya habrá advertido que este concepto designa el «corazón» mismo de todo el análisis económico del derecho; lo cual muy claramente se explica si se tiene en cuenta que la función del derecho es *rehabilitar* el mercado, para lo cual es absolutamente necesario cancelar todo tipo de externalidades en cuanto que éstas pulsan los «fallo» del mercado mismo. No en vano se ha dicho que la teoría de las externalidades ha sido y es la clave central de la crítica neoclásica de la organización de mercado (BUCHANAN y STUBBLEBINE, *Externality*, en *Economica*, vol. 29, 1962, p. 371; citado por DAHLMAN, *The Problem of Externality*, cit., p. 141). Me permitiré reproducir un amplio párrafo de NATH, *Una perspectiva de la economía del bienestar*, cit., pp. 54-55, en el que esta noción queda excepcionalmente perfilada. «Externalidad es el nombre que recibe cierto tipo de efecto favorable o desfavorable, producido por un agente económico (un individuo o una empresa) sobre la producción, renta, ocio, riqueza o bienestar de otro agente económico —siendo un efecto tal que la técnica actual, las costumbres o las leyes, no permiten el pago o ingreso de un precio por el beneficio o daño causado por dicho efecto—. Por ejemplo, una planta industrial puede verter sus residuos en el río local, en detrimento de la pesca, los bañistas y el paisaje de la localidad, pero puede no verse obligada al pago de un precio por este "privilegio". En otras palabras, una externalidad existe siempre que —debido al actual carácter de las instituciones sociales, jurídicas y económicas— se imponen costes sobre los demás, por los que no se paga en absoluto o se hace en forma insuficiente; o se conceden beneficios a cambio de los cuales se recibe un pago incompleto o nulo. Una externalidad puede describirse como una *interdependencia no negociada* (entre individuos y empresas), que puede ser recíproca o en una sola dirección». Para ulteriores indicaciones me remito al autorizado trabajo de J. E. MISHAN, *The Postwar Literature on Externalities. An Interpretative Essay*, en *Journal of Economic Literature*, vol. 9, 1971, pp. 1 y ss. y a la sintética exposición de FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, cit., pp. 1142-1146. En nuestra literatura, v. PÉREZ DE AYALA, *Las instituciones políticas y jurídicas ante la moderna teoría económica*, cit., pp. 8-18.

Sobre esa función de los *property rights* a que se alude en el texto, v., sobre todo, H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 31-33; y, en la literatura jurídica, GOTTHOLD, *op. ult. cit.*, pp. 549-552.

rrespondiente de los costes; en estos supuestos se crearán *property rights*, pues la internalización de todos los efectos externos resulta ventajosa (habida cuenta que los beneficios son mayores a los costes). Aquellos nuevos eventos que modifican el cálculo actual pueden reducirse a dos : (i) el desarrollo de una nueva tecnología (y así hemos asistido a la creación de verdaderos *property rights* sobre determinadas frecuencias de onda con la invención de la radio, o sobre las vías aéreas con la aparición de la aeronáutica); y (ii) la apertura de nuevos mercados; piénsese en este sentido en el mercado del aire puro que ha motivado el fenómeno de la contaminación, que —según estiman (y proponen) los *lawyer-economists*— llevará a la constitución de *property rights*, transferibles, por supuesto, sobre el aire (135).

La explicación ulterior de este último aspecto de la teoría de los *property rights* (la internalización), así como del precedentemente examinado (la modificación o atenuación de los derechos) resultará sin duda más grata si en lugar de una más o menos sofisticada exposición

(135) Cfr. DEMSETZ, *op. ult. cit.*, p. 34. Este autor utiliza su teoría para explicar un curioso fenómeno —el desarrollo de los derechos de propiedad entre los indios americanos— cuya impecable argumentación es digna de ser reproducida, siquiera sea de modo esquemático. La antropóloga E. LEACOCK en su obra *The Montagnes «Hunting Territory» and the Fur Trade* (1954) había descubierto una estrecha relación entre el desarrollo de la propiedad sobre el suelo y el comercio de pieles; había observado el dato empírico, pero no logró articular una teoría explicativa. Demsetz, a la vista de los datos de aquella investigación, propone una sugestiva tesis: *aquellas propiedades se crearon para internalizar un efecto externo*: la esquilimación de los terrenos de caza. A causa de la falta de control sobre la caza, nadie estaba interesado en invertir para mantener o incrementar la reserva de caza. Antes de que surgiera el comercio de pieles, la caza tenía por función exclusiva el dar alimento y vestido a las familias, lo cual no generaba costes externos (pues ésta no era masiva). La aparición del comercio de pieles tuvo dos importantes consecuencias: (i) el aumento del valor de las pieles para los indios y (ii) la intensificación de la caza, lo cual generó ingentes costes externos. A medida que éstos se iban haciendo intolerables el sistema comenzó a cambiar: se observa así una exacta correlación entre el desarrollo de los primeros mercados de pieles y el surgimiento de los primeros territorios privados de caza, que asignaba a las familias ciertas demarcaciones para su exclusiva utilización —los costes de llegar a este acuerdo y de vigilarlo (la caza furtiva) eran menores a los beneficios que se obtenían de una planificación futura de la actividad de caza. Este razonamiento no concuerda, a simple vista, con lo que sucedió con los indios del suroeste, en los que tales derechos de propiedad no se generaron. Mas bien mirado, el fenómeno confirma puntualmente la tesis: los animales no tenían la importancia comercial (pieles) que llegaron a tener los del norte; y, por otra parte, se trataba de bestias herbívoras que se desplazaban continuamente de un lugar a otro. El valor del establecimiento de límites territoriales de caza (en beneficio de los individuos) se veía reducido por el coste relativamente alto (coste de transacción) de impedir que los animales se desplazasen. El coste externo seguía siendo mayor que el beneficio externo, por lo que no era rentable la internalización. Los animales del norte (de bosque y no de llanuras) tenían un espacio vital limitado a un área relativamente pequeña; por lo que los costes de internalizar todos los efectos externos eran relativamente bajos: por ello se crearon derechos exclusivos, cuya invasión legitimaba a las familias titulares a tomar represalias de considerable efecto disuasorio (cfr. DEMSETZ, *op. ult. cit.*, pp. 34-37).

economicista, optamos por incoar un examen que tenga referencias institucionales más próximas y concretas; en este sentido, continuaré el examen de los dos problemas enunciados al hilo de dos ejemplos que se refieren a la propiedad de la tierra y a la formación de la estructura nuclear de la sociedad anónima. La tarea se hará siguiendo muy de cerca el magistral trabajo de Harold Demsetz. Tomamos como primera hipótesis la propiedad sobre la tierra, distinguiendo al respecto dos formas fundamentales: la propiedad privada y la propiedad comunal, y caracterizando a esta última por la ausencia de *ius prohibendi*, de facultades de exclusión (136). Consideraré el supuesto de la propiedad comunal de la tierra, en el cual todo comunero tiene derecho a cazar y a labrar. El punto de partida —la tesis— es que esta modalidad de propiedad no asigna correctamente los efectos externos sobre la persona concreta que, precisamente en ejercicio de su derecho comunal, utiliza la tierra. Si un individuo —y no olvidemos que actúa como *homo oeconomicus*— persigue el logro de la máxima utilidad posible, tenderá, como es obvio, a labrar y a cazar intensivamente, desplazando de este modo parte de los costes de su actividad (los relativos a la esterilización de la tierra y esquilmación de la caza) sobre el resto de la comunidad (137). Ciertamente, cada uno de los comuneros estaría dispuesto a limitar su derecho (o, más exactamente, el ejercicio de sus derechos) y, con ello, a internalizar sus enteras consecuencias, si, como contrapartida, los demás observasen un comportamiento similar; mas ello, como no será difícil advertir, conlleva ciertos costes de negociación (el precio del acuerdo) y también considerables costes de control (el precio de vigilar el acuerdo) que contribuirán decisivamente a enervar tales actitudes eficientistas (138). Si, por el contrario, nos colocamos en la óptica de la propiedad privada individual —que normalmente se presenta, desde el punto de vista de la eficiencia, como la solución óptima— la persona a quien resulte asignada la tierra intentará también maximizar su valor, pero con la diferencia ahora de que tendrá en cuenta las corrientes futuras alternativas de costes y beneficios y seleccionará aquella composición de valor —aquella intensidad de ejercicio— que le resulte más beneficiosa de cara a la futura productividad de su propiedad. De donde se deduce que la concentración de costes y beneficios sobre el titular crea los incentivos correctos para una más eficaz utilización de los recursos. Y la aludida no es más que una de las tantas ventajas que comporta la propiedad privada —no en vano es el régimen de titularidad que corresponde a estructuras socioeconómicas más avanzadas—. Con ello, sin embargo, no quiere en modo alguno significarse que mediante asignaciones en «propiedad individual» se logren cancelar to-

(136) El *tertium genus* sería la propiedad estatal, sobre cuyas características (económicas) será suficiente reenviar a R. MCKEAN, *Property Rights within Government and Devices to Increase Governmental Efficiency*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 175 y ss.

(137) Cfr. DEMSETZ, *op. cit.*, p. 38.

(138) *Ibidem*.

dos los efectos externos; no es verdad; pero lo que sí es cierto es que el coste de negociación —de supresión— de las externalidades que aún puedan permanecer es notablemente más reducido, con lo que el mercado (si los derechos están bien definidos) estará en condiciones de funcionar perfectamente (y, por consiguiente, de distribuir eficientemente): si Cayo construye una presa en su fondo y retiene todo el agua del arroyo, es Ticio quien soporta el coste externo. Vemos que queda la externalidad, pero la solución, en este caso, se revela muy fácil: o bien se fijan contractualmente las diferencias (siempre que existan diseconomías de escala) o bien se transfiere la propiedad (si se liberan economías de sistema), porque los costes de transacción seguramente son despreciables (139).

Este juego de los conceptos de economías de escala, costes de negociación, externalidades y, sobre todo, de *modificación de los property rights* (140), se observa de una manera paradigmática en la formación de la estructura jurídica de la sociedad anónima si tomamos como punto de referencia el tipo personalista. La razón fundamental que explica el nacimiento de esta institución en los albores del capitalismo (su existencia anterior básicamente en el tráfico colonial es *episódica* y encuentra idéntica justificación) reside en la transición del capital manufacturero (*Hausindustrie*) al capitalismo industrial (maquinismo y gran industria); transición de la empresa capitalista clásica a la empresa moderna que requiere una masiva capitalización (he ahí la sociedad anónima como *Kapitalpumpe*) en una situación en la que el capital se halla atomizado o, si se prefiere, no está «acumulado» (141). Y, en cierto modo, se produce la paradoja de que la eficiencia requiere de nuevo la transformación de la propiedad privada en propiedad comunal —y entiéndase la utilización de la terminología en un sentido metafórico. Tenemos, por un lado, la existencia de economías de escala en la actividad de la empresa que se organiza bajo la forma de sociedad por acciones (el crecimiento de su volumen, de su capital, en una palabra, facilita la reducción del coste medio de producción) (142); de otro,

(139) *Ibid.*, pp. 38-41.

(140) Tengamos en cuenta que nos referimos a aquellos «[C]ambios en los *property rights* (que) vienen determinados por la interacción entre la estructura de *property rights* prevalente y la búsqueda por parte del hombre de sistemas de lograr más utilidad» (FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., p. 9). Quedan fuera de la discusión, por tanto, todas las modificaciones que sean obra de la intervención del Estado en la sociedad civil —en virtud de la cláusula de la estatalidad social; explicables básicamente en torno a la *función social* de la propiedad, que son las que darán lugar a la «estructura capitalista atenuada de *property rights*» (v. *retro*, nota 117 y las pp. 344-347 de la obra allí citada).

(141) Que la sociedad anónima no intervino en la primera fase, sino únicamente en la segunda (capital industrial) es un dato claro que nos ofrecen los historiadores de la economía (v. M. DOBB en el libro colectivo *La transición del feudalismo al capitalismo*, trad. esp., Madrid 1972, pp. 60-61 y, *amplius*, en el cap. II de su obra *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, trad. esp., Buenos Aires 1970).

(142) Conviene precisar que hay dos tipos de economías de escala: La del tipo de Adam Smith, con *trabajo especializado* y la *industrial*, que es a la que queremos referirnos. Ambas proporcionan «formalmente» las mis-

se observa que tales economías de escala no se liberan en la recolección del capital (para una persona, a medida que deba ir incrementando el volumen de capital, resultan cada vez más elevados los costes de la adquisición): en esa contradicción (diseconomías de escala en la recolección de capital y economías sistemáticas en la actividad empresarial) muchos propietarios privados encontrarán ventajoso asociarse y, precisamente, alrededor de una estructura cuyas características más salientes —organización corporativa, limitación integral del riesgo a favor de los socios, concentración de las garantías de las obligaciones sociales en el patrimonio de la sociedad a través de la cifra de retención del capital, régimen de mayorías, incorporación de las participaciones en acciones, etc.— pueden explicarse con arreglo a los conceptos que venimos examinando; los cuales, además, nos permitirán poner de relieve la falacia que se esconde detrás de esa tan traída y llevada disociación entre propiedad, poder y riesgo de empresa, que, desde Berle & Means, parece casi «dogma de fe» entre los que se ocupan de estos temas. Veamos esto un poco más de cerca.

Teóricamente todos los socios *qua* propietarios podrían y deberían participar en la formación de las decisiones sociales; pero si así fuese, las economías de escala logradas por la fuerza heterofinanciadora del tipo accionario se verían sobrepasadas sin duda por los costes prohibitivos que comportaría la formación de *cada acuerdo por todos los accionistas* según el postulado característico de las «sociedades». Por ello (eso que podemos llamar diseconomías de negociación del acuerdo) tiene lugar una delegación de potestad decisoria desde los propietarios (accionistas) a los administradores. Un pequeño grupo de *managers*, por consiguiente, se convierte en el «propietario de dirección»: ésta es la primera modificación legal de *property rights*, cuya finalidad es minimizar los costes de transacción. Sin embargo, la estructura jurídica de la sociedad crea efectos externos para sus miembros: si la sociedad quiebra, la ley hace responsable a todos los socios de las deudas de la sociedad en los límites de su entera capacidad financiera; por lo tanto, la propiedad que *de facto* ostentan los administradores (pues son ellos a quienes incumbe la decisión) puede tener considerables costes externos para los accionistas, razón por la cual los *property rights* sufren una segunda modificación legal al objeto de reducir aquellos efectos externos: nace la responsabilidad limitada (143). Pero para

mas ventajas: un hombre que dedica todo su tiempo a la fabricación de alfileres (o a la reparación de coches) produce más que cuarenta hombres que dediquen un cuarentaavo de su tiempo. La planta que cuesta cuarenta veces más produce más de cuarenta veces. Pero el tamaño óptimo en el primer caso no puede exceder del tiempo completo del hombre y en el segundo es infinitamente mayor.

(143) Algun autor ha dicho así que la limitación de la responsabilidad permite a los socios *externalizar* los efectos de la quiebra sobre los acreedores (cfr. J. M. LANDES, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliate Questions in Bankruptcy*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 42, 1975, pp. 619-620. En contra POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 293. Lo cierto es que si es así —y probablemente en materia de grupos no es de forma diversa— un estudio en este sentido habría de arrojar mucha luz a la hora de decidir el *levantamiento del velo* de la persona jurídica (de la limitación de responsabilidad).

mitigar otras externalidades (todo tipo de impacto de las decisiones de los administradores sobre los accionistas) se requiere una tercera modificación legal de los *property rights*: la libre y fácil transmisibilidad de los títulos accionarios (sin necesidad de contar con el consentimiento del resto de los socios y sin provocar la disolución de la sociedad). Cuando un accionista no esté de acuerdo con la gestión social del consejo, puede separarse de la entidad vendiendo libremente su acción (144).

El problema sucesivo que se plantearía es de *incentivos* en orden a la consecución de la eficiencia: los administradores al no ser propietarios y *qua* administradores —dirían Berle y Muans— no estarán estimulados a orientar la gestión de la empresa hacia la *maximización de beneficios* (interés propietario y eficientista), sino hacia la consecución de poder y prestigio, pervirtiéndose con ello el logro del *interés social*. En la gran sociedad anónima, sin embargo, el fenómeno no es viable, ya que si el *management* se desvía de la norma de eficiencia, será desplazado por la lógica misma del *mercado de capitales*, a través, fundamentalmente de tres mecanismos: la delegación de votos; las fusiones y las ofertas públicas de adquisición. El mercado, en este sentido, «ofrece un subrogado de las funciones normalmente ejercitadas por el propietario o por los accionistas de control en la designación y revocación de los *managers*» (145). Y con este tipo de razonamientos se podría explicar la entera y compleja estructura, así como la variada tipología de la sociedad anónima (146).

Antes de pasar al epígrafe siguiente, quisiera apuntar muy brevemente la «razón política» de esta reconstrucción, constatar simplemente que la *ratio ultima* de la teoría económica de la propiedad o de los

(144) En la articulación de mi exposición he seguido a DEMSETZ, *op. cit.*, pp. 41-42. Una más meditada y exhaustiva explicación de la falsedad de la llamada *new corporate economy* (BERLE y MEANS y todos sus epígonos) cuya proposición básica refiere un hondo *hiatus* entre propiedad y decisión en el seno de la moderna sociedad anónima, puede seguirse en el fundamental trabajo de A. ALCHIAN, *Corporate Management and Property Rights*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, *cit.*, pp. 133 y ss., e *ibid.* una completa información bibliográfica. V. también la síntesis de FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, *cit.*, pp. 1149-1153. En esta línea conviene recordar que el trabajo pionero va adscrito a H. G. MANNE, *The «Higher Criticism» of the Modern Corporation*, en *Columbia Law Review*, vol. 62, 1962, pp. 399 y ss.

(145) Cfr. H. G. MANNE, *Altruismo della Corporation*, trad. it. en *Rivista delle società*, 1980, p. 747. El entero trabajo (*ibid.*, pp. 737 y ss.) desarrolla magistralmente estas ideas y proporciona una selección de escritos sobre el temario. Incidiendo en este análisis ha aparecido recientemente un trabajo (v. E. F. FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, en *Journal of Political Economy*, vol. 88, 1980, pp. 288 y ss.) en el que se explica en términos de la moderna teoría de la empresa (incentivos, control, *property rights* y competencia fuera y dentro de la *corporation*) como la separación entre propiedad y poder puede ser —y es— una forma eficiente de organización económica.

(146) Una buena introducción a la problemática relativa podrá encontrarse sin duda en H. G. MANNE, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*, en *Virginia Law Review*, vol. 53, 1967, pp. 259 y ss.

property rights —como por lo demás, no habrá pasado inadvertido— se explica en una clave (tanto metodológica como ideológica) profundamente *individualista* (147), que muy bien se coordina con el concepto clásico (del Derecho privado del Estado liberal) de propiedad que emerge de la tradición codificadora y cuyas características más destacadas —según rezan las conclusiones de un autorizado estudio— podrían cifrarse en: (i) la concepción de la propiedad como aquella forma de apropiación caracterizada por una tendencial ilimitación de los poderes de su titular; (ii) la hostilidad hacia las propiedades de grupo, y (iii) la circunscripción —debida a la afirmación progresiva del principio de legalidad estricta— de la posibilidad de control de la actividad del propietario. Características todas que concurren a una lectura del instituto en clave estrictamente individualista (148). No es momento ahora de abordar el examen crítico de la *teoría económica de la propiedad* (v., con carácter general, *infra*, sec. IV), pero el lector sin duda ya habrá podido percibir cuál es su «punto flaco», desde el punto de vista del ordenamiento (transformado) del Estado moderno: la elaboración de los límites de la propiedad se remite exclusivamente al mercado (cada *property right* en conflicto se asigna a aquella propiedad que obtiene de ello más valor), sin tener en cuenta fines complementarios, o incluso más principales, como puede ser, por ejemplo, la redistribución social de la riqueza (149). Pero debido al carácter de estas notas, el tema no puede quedar más que insinuado.

(147) Desde el punto de vista metodológico así expresamente lo reconocen FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., p. 1. V. también ASSMANN, *Die Transformationsproblem*, cit., pp. 47-48 (con más información en la nota 146). Sobre el individualismo desde el punto de vista de la teoría económica será suficiente el reenvío a D. F. FOLEY, *Economic Theory and Ideology*, en *American Economic Review*, vol. 65, 1975, pp. 231 y ss.

(148) Así RODOTA, *op. últ. cit.*, p. 367. En parecido sentido, entre nosotros, L. Díez-Picazo, *Propiedad y Constitución*, en AA. VV., *Constitución y Economía*, Madrid 1977, pp. 42-43.

(149) La crítica fundamental se hace en base a que se olvida el momento de *función* (como vínculo) de la propiedad, y se pone todo el énfasis en el momento de *derecho* (como libertad). En la función (*social*, por supuesto) es donde se superaría la concepción clásica (eficientista) y se abriría el instituto a una construcción que tendiese hacia la redistribución social de la riqueza (así, fundamentalmente, HORN, *Zur ökonomische Rationalität des Privatrechts*, cit., pp. 316-319 y GOTTHOLD, *Zur ökonomische Theorie des Eigentums*, cit., pp. 554 y ss. Este último autor, previamente (*ibid.*, pp. 548-549) se había encargado de verificar la disparidad o incongruencia de la teoría económica de la propiedad, con la nueva teoría de «las propiedades» —en base a los sujetos y objetos (vg. de consumo, de producción, etc.) y con la teoría sociológica del instituto. Quizá el trabajo más acabado (que él mismo constituye un análisis económico, pero en la línea de la Escuela de Yale y, por ende, muy crítica con la teoría de los *property rights* chicagüana) sea el de B. A. ACKERMANN, *The Private Property and the Constitution*, New-Haven-London 1977, donde al lado de la norma eficientista (y como sistema de control de la misma) se tiene en cuenta la norma redistributiva, a los efectos de una reconstrucción moderna del concepto de tan importante institución.

11. Pasamos así a considerar, con la misma brevedad, el instituto de la responsabilidad civil en la perspectiva de la *new law & economics*, donde de nuevo tendremos ocasión de observar un notable esfuerzo por establecer una *norma de responsabilidad* coherente o alineada a la lógica peculiar del mercado. De todos es bien conocido el alcance y las dimensiones del «debate» que en los últimos años afecta a la responsabilidad civil. Toda la discusión, no obstante su magnitud, podría reconducirse a dos cuestiones centrales, a las que el análisis económico no ha dejado sin respuesta: Es una la relativa al *área del daño resarcible*, como tema que se interroga acerca de la naturaleza que debe tener el objeto de la lesión para desencadenar la indemnización. Se trata del viejo problema de la antijuridicidad o de la injusticia del daño. Frente a la que ha sido la respuesta tradicional —cuyo exponente paradigmático sería el pár. 823 del B.G.B. (necesidad de violación de un derecho subjetivo absoluto)— y más en consonancia con los planteamientos más modernos —lesión de *normas de conducta objetivas* que definen o tutelan incluso derechos relativos (intereses legítimos, difusos o colectivos, derechos de goce, aun expectativas, etc.)— el análisis económico ofrece la solución teórica de los *property rights*, sobre la que ya no considero preciso detenerme más. Atañe la segunda al crucial problema de los *criterios de imputación de la responsabilidad*; las reflexiones aquí deberán por fuerza ser un poco menos escuetas.

El problema podría plantearse así: desde el punto de vista económico, el *daño accidental*, consecuencia de una conducta que el *property right* define como prohibida (y consideramos únicamente el ilícito extracontractual no doloso, la *unintentional tort* (150), en el ámbito básicamente del derecho de accidentes) representa un caso especial de *externalidad* —una interdependencia que no se ha aceptado mutua y voluntariamente (151)—, aun con las precisiones que se harán más tarde. Con la realización del acto dañoso, se produce inexo-

(150) Desde el punto de vista económico empero, la distinción entre el ilícito doloso y el culposo es confusa, e innecesaria a veces. Al respecto, señala POSNER (*Economic Analysis of Law*, cit., p. 119) que la mayoría de los daños accidentales son *intencionales* en el sentido de que el agente sabía que podía haber reducido la probabilidad del accidente tomando precauciones adicionales. El elemento intencional es claro en empresas que pueden predecir, de acuerdo con la experiencia pasada, que provocarán un determinado número de accidentes cada año. Por otra parte, en muchas *intentional torts* el dolo está muy atenuado; por ejemplo, cuando el cirujano excede los límites del consentimiento expreso del paciente en el intento de mejor hacer. Sin embargo, los remedios son *económicamente* bien distintos: *compensatory versus punitive damages* (v. *ibid.*, pp. 142-143).

(151) Cfr. este planteamiento del problema en R. McKEAN, *Products Liability: Implications of Some Changing Property Rights*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics*, cit., p. 49. La externalidad consiste en un «efecto no contratado»; por ello se dice que el derecho de la responsabilidad «entra en juego cuando no existen los contratos o cuando no son efectivos» (OLIVER, *Law and Economics*, cit., p. 32, y en las pp. ss. un interesante tratamiento del problema en términos de *property rights* y *externalities*).

rablemente un *cambio* —una relación entre el agente y la víctima— de carácter *involuntario*, pero un «cambio» al fin y al cabo. Si el problema fundamental de la eficiencia económica, como sabemos, consiste en mantener intacto —sin distorsionar el mecanismo de los precios— el mercado, será necesario internalizar correctamente el coste externo del ilícito extracontractual —lo cual, *normalmente* consistirá en dar ejecución al cambio, para que los precios se formen sin «ocultaciones», computando exactamente *todos* los costes de la actividad (entre los que se incluyen los accidentales). Aunque en realidad, si tenemos en cuenta que el daño se produce en el ámbito de un conflicto entre dos actividades, entre la actividad de agricultura y la actividad ferroviaria (si tomamos el ya conocido ejemplo en el que las chispas del tren incendian el trigo de la heredad colindante), podemos considerar que el coste del daño ya está (*grosso modo*) internalizado entre las dos partes del «contrato», faltando únicamente una imputación que sea económicamente correcta (152). La externalidad, en éstos (como en los demás supuestos) se origina debido a los altísimos costes de transacción que hacen prohibitivo el *contrato voluntario* —piénsese, por ejemplo, sólo en los casi imposibles costes de información que en la mayoría de los supuestos comportará saber quién será la víctima o, visto desde el otro polo, el agente del daño (153). Como en el intercambio voluntario, también en el cambio involuntario que necesariamente sustancia todo ilícito extracontractual, no se cambian *items* o realidades físicas, sino «haces de *property rights*», entre los cuales también se cuenta el derecho a no ser responsable o el derecho a ser indemnizado; tales derechos son entendidos como facultades o posibilidades (no existen, obviamente, como «certidumbre») que integran las distintas actividades en conflicto. Estos derechos, habida cuenta de que los altos costes de transacción impiden la contratación (la voluntaria redistribución de los recursos) deben ser asignados por el ordenamiento jurídico tal como lo habría hecho el mercado (a través del ya conocido *cálculo de simulación*), es decir, confiriéndolos

(152) En este sentido la directiva consistirá en no proyectar los costes más allá de las dos partes o actividades que se interfiernen en la *tort*, lo cual sucedería si los costes se imputasen, por ejemplo, a todos los contribuyentes o sin ir más lejos, a los fabricantes de locomotoras (cfr. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilidad civil*, cit., pp. 195 y ss.).

(153) Existen supuestos en que los costes de transacción no son prohibitivos, por lo que la contratación resulta posible. En estas hipótesis será irrelevante —si nos atenemos al *Teorema de Coase*— cuál sea la actividad que debe soportar los costes, porque el mercado (la contratación que funciona sin impedimentos) permitirá repartir tales costes de modo óptimo, independientemente de cuál sea la repartición legal inicial (cfr. CALABRESI, *op. ult. cit.*, p. 216). Ejemplo característico es la *products liability*, donde es factible una composición convencional de la responsabilidad (v. CALABRESI, *ibid.*, pp. 220 y ss.). Pero lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la contratación está obstaculizada de raíz; Posner ha puesto de manifiesto cómo en el 90 por 100 de los 1.494 *cases* que ha estudiado, los costes de transacción eran tan altos que cualquier acuerdo inter partes era impensable (cfr. POSNER, *The Theory of Negligence*, cit., pp. 37-38).

a aquella parte en cuyas manos resulten más valiosos (154). En la imputación de los costes del accidente, por lo tanto y una vez más, la directiva consiste en la maximización del valor (*sub specie* en los supuestos de responsabilidad que siempre generan desutilidad, de la *minimización de la destrucción de la riqueza*); o en lo que lo mismo importa: *la reducción de la suma total de los costes del siniestro y de los costes de prevención del siniestro* (155). Y si esta directiva es la adecuada, ya no será difícil descubrir por qué los daños hay que asignarlos a aquella parte que esté en condiciones de evitarlos con el menor coste (*cheapest cost avoider*), que aparece así como el único criterio coherente con la lógica del mercado (156).

Pero esta función de la normativa de la responsabilidad civil —hacer responsable al *cheapest cost avoider*— sólo se explica desde el punto de vista de lo que Calabresi ha llamado función de *prevención general* (*general deterrence*); es decir, de aquella función del derecho de daños consistente en la reducción de los «costes primarios» del ilícito —reducción del número y de la gravedad de los accidentes, a través de la creación de rémoras que estimulen el abandono de actividades «peligrosas» y, paralelamente, sirvan de acicate para su sustitución por actividades más seguras (157). Esta es la única función de la responsabilidad civil que persigue fines eficientistas en la elaboración de Calabresi (158), porque la función de *prevención específica* ya no la puede llevar a cabo el mercado, sino su forma de decisión

(154) Cfr. McKEAN, *op. ult. cit.*, pp. 49-50. Un ejemplo nos ayudará de nuevo a comprender el planteamiento que intenta explicarse: Mientras Cayo pasea por la vía pública, se desprende un ladrillo de la construcción de Ticio, que le infiere un daño. La cuestión será saber a quién debemos asignar el derecho a no ser responsable: a la actividad de pasear o a la actividad edilicia. El contrato es imposible: ni Cayo sabe quién le dañará, ni Ticio conoce a la víctima; el derecho, por consiguiente («simulando el mercado»), asignará el derecho a no ser responsable a aquella parte en la que este derecho tenga más valor o utilidad; es decir, a Cayo, porque no podrá evitar el daño más que a un altísimo coste —piénsese sólo en los costes que la información sobre donde hay obras de construcción implicaría. Los costes de prevención para Ticio serán bastante menores (téngase en cuenta, por ejemplo, que él ya sabe que bajo su obra pasan constantemente peatones).

(155) Cfr. CALABRESI, *op. cit.*, p. 50.

(156) *Ibid.*, pp. 183 y 187-188.

(157) *Ibid.*, pp. 101-102. Para un examen del alcancé real de esta *general deterrence*, será muy útil la consulta de P. S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, London 1978, pp. 522 y ss.

(158) Si queremos ser más exactos es preciso agregar que también persigue fines *eficientistas* la reducción de los costes terciarios, es decir, la reducción de los costes de ejercicio de cualquier sistema de responsabilidad civil (los costes de la administración de la justicia). En este sentido, por ejemplo, será más eficiente la responsabilidad objetiva que la responsabilidad por culpa, no sólo porque el juicio de los tribunales será mucho más fácil (menos costoso), sino también porque —aplicando la rama de la teoría económica que estudia la decisión bajo condiciones de incertidumbre— se deduce que cuanto menos incierta sea la decisión del Juez (y ésta no plantea gran incertidumbre bajo un sistema de responsabilidad objetiva) más tenderán las partes a un arreglo extrajudicial de la *litis*, que resulta mucho más eficiente (cfr. CALABRESI, *op. cit.*, pp. 52-53).

opuesta, la *intervención del Estado* (la «decisión colectiva», en terminología del autor), que pretende así prohibir ciertas actividades o hacerlas más costosas; mas en este caso no se actúa bajo la inspiración «maximizadora» —normalmente se destruirá más valor del que podría generar la actividad alternativa—, sino a efectos de «redistribución de la renta» (a efectos de *justicia*, como dirá McKean) (159). Y asimismo la reducción de los «costes secundarios», es decir, la reducción de los «costes sociales» que origina el resarcimiento —sea mediante el método de la «pulverización del daño» (v.g., seguridad social), sea a través del método del «*deep pocket*» (que pague quien más posee, en base a la utilidad marginal decreciente del dinero)—, no se sitúa —siempre en la construcción del profesor de Yale— en la lógica eficientista, sino en la lógica redistributiva (160), razón por la cual ni aquélla ni esta hipótesis podrán ser objeto de consideración en el marco de este estudio, donde me he propuesto una exposición del análisis económico en la perspectiva de la teoría económica neoclásica pura de la Escuela de Chicago. La tesis de Guido Calabresi, en efecto, al proponer un sistema *mixto* de responsabilidad civil (en cuyo interior se intenta atemperar el modelo de internalización del mercado y el correspondiente a la «decisión colectiva»), quiere ser coherente al *modelo social del derecho privado de la sociedad mixta* (o, si se prefiere, del Estado social) que pretende encontrar un *continuum* entre la norma de eficiencia y la norma tuitiva que postula una más justa distribución social de la riqueza (161). Mas la referencia trazada a este planteamiento «mixto», aunque nos haya alejado por un momento del discurso «eficientista» que vengo exponiendo, no es ociosa; sin duda nos servirá, a modo de puntual anticipación, para introducir una de las críticas fundamentales que deberán avanzarse al análisis económico del derecho procedente de los «laboratorios liberales» de Chicago (v. *infra*, n. 18).

Vuelvo, por consiguiente, al criterio del *cheapest cost avoider* y al método de mercado (*prevención general*) para la reducción de la suma total de costes que genera el accidente; fuera de este ámbito, en el que rige la norma eficientista, el análisis económico neoclásico —y muy concretamente el análisis paradigmático de Posner— no tiene

(159) *Ibid.*, pp. 51-52. V. asimismo ATIYAH, *Accidents*, cit., pp. 261 y ss.

(160) CALABRESI, *op. cit.*, p. 63 y p. 52, nota 6. Sobre la incompatibilidad entre sí de los tres fines de la responsabilidad (reducción de costes primarios —prevención general y prevención específica—; reducción de costes secundarios y reducción de costes terciarios), v. *ibid.*, pp. 53-55.

(161) Esta sería la característica esencial de la entera elaboración de CALABRESI (v. las recensiones de su libro de R. A. POSNER, en *University of Chicago Law Review*, vol. 37, 1970, pp. 636 y ss. y de P. TRIMARCHI, bajo el título de *Economia e diritto nel sistema della responsabilità civile*, en *Politica del diritto*, 1971, pp. 353 y ss.). Una reflexión directa sobre este tema puede encontrarse en el trabajo del mismo CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, trad. ital., en *Politica del diritto*, 1978, pp. 665 y ss., y en ATIYAH *op. ult. cit.*, pp. 9 y ss., donde se proponen *mixed systems* para una *mixed society*. V. también el Prefacio de S. RODOTA, a la traducción italiana de la obra de CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., pp. ix-xi).

sentido (162). Al respecto convendrá matizar que este sistema de la *market deterrence*, si queremos ser exactos, no presupone ninguna elección «política» sobre el número aceptable o deseable de accidentes, ni persigue siquiera reducirlos a toda costa, sino que exclusivamente se preocupa por procurar que el coste de los accidentes venga efectivamente computado como uno más entre los múltiples que cada operador económico debe afrontar en el ejercicio de su actividad; se preocupa, en una palabra, por internalizar costes en la convicción de que el mercado estará así en condiciones de decidir cuál es la combinación o composición óptima de daños y beneficios, de accidentes y medidas de seguridad: la composición que excita un mayor *output* (163).

El problema sucesivo, aceptada como función de la responsabilidad la prevención general, consistirá en saber qué *norma de responsabilidad* asegura de un modo más eficaz o es más coherente con esa prevención general. Pero ni siquiera aquí, en el ámbito de este más restringido problema, se encuentra una respuesta uniforme e inequívoca en la literatura de la *new law & economics* (164). Por mi parte, sin

(162) Así CALABRESI, *op. últ. cit.*, p. 6, HORN, *op. cit.*, p. 325.

(163) Cfr. CALABRESI, *op. cit.*, pp. 102-103, y POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 179. Una valoración global —con ulteriores indicaciones— en H. L. WEYERS, *Unfallschäden (Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen)*, Frankfurt 1971, pp. 490-493.

(164) En la discusión americana del problema se observan básicamente cuatro grandes posiciones. (i) La tesis de Posner a la que nos referiremos en el curso de la exposición; (ii) la tesis de G. CALABRESI y J. T. HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, en *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, en donde (exclusivamente situados en la perspectiva de la *market deterrence*) (cfr., *ibid.*, p. 1058), se propone un criterio de responsabilidad objetiva (v., sobre todo, pp. 1060 y ss.), que coincide, por lo demás, con la consecución de los fines redistributivos más deseables; se impone la responsabilidad objetiva a aquella parte que esté en mejores condiciones de hacer el análisis de coste-beneficios entre los costes del accidente y los costes de prevención del accidente y no (como propondrá Posner a través del criterio de la culpa) a quien pueda evitar el accidente a un menor coste, en base fundamentalmente a los costes que genera poner en manos de los Tribunales la realización de tal análisis de costes beneficios. (iii) La tesis de R. A. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 151 y ss., situándose en una óptica muy tradicionalista (la extrae de un análisis sistemático de la jurisprudencia americana de la primera mitad del siglo XIX —téngase en cuenta que Posner reformulará la teoría de la culpa teniendo en cuenta los *cases* del período que va desde 1875 a 1906—), conduce también a una fórmula de responsabilidad objetiva basada en un paradigma de conexión causal cuádruple: (a) aplicación directa e inmediata de fuerza (A golpea a B); (b) aplicación de fuerza a través de amenaza (A asusta a B); (c) compulsión (A compele a B a golpear a C); (d) creación de condiciones de peligro que llevarán a la producción del daño (cfr. *ibid.*, pp. 166 y ss.). Y (iv) la tesis, también «nostalgica» de G. P. FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, en *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 537 y ss. Este autor, como Epstein, fuera de la justicia distributiva, establece un sistema de responsabilidad objetiva, que pretende recuperar el paradigma de la reciprocidad del antiguo *common law* —la base de la responsabilidad es la creación de un riesgo no reciproco— y criticar el paradigma de la *razonabilidad*, que es el que se ha acabado imponiendo en la práctica jurisdiccional a través de la utilización del criterio de la negligencia, pues —dice (p. 550)— con él puede

prejuzgar la racionalidad de otras alternativas y a los efectos mera-mente ilustrativos de esta disgresión, me voy a referir únicamente a una impecable reinterpretación económica del criterio de la culpa (*fault-system*) —por lo demás no exenta de agudas críticas económicas (165)—, pues, si nos situamos al margen de la discusión político jurídica, es la única que puede darnos alguna luz para una reproposición (eficiente) de la norma que contiene el artículo 1.902 de nuestro Código civil. Me refiero en concreto a *The Theory of Negligence* de Posner (166).

Una vez más el modelo allí elaborado se inscribe en directivas clásicas; en aquéllas que en el continente fueron sancionadas por la obra codificadora del XIX; muy concretamente en aquélla que propone «ninguna responsabilidad sin culpa». El modelo, por otra parte, si contemplamos la discusión doctrinal e incluso la legislación especial modernas, en las que progresivamente se afianza un sistema de responsabilidad objetiva, parece replantear cuestiones que ya parecían abandonadas, incitando a un verdadero «retorno al pasado», como

justificarse una actividad que crea un riesgo no recíproco en base a la *utilidad social* (que es un concepto que no debería introducirse en el juicio de responsabilidad, a fallar exclusivamente en términos de *fairness*). Una valoración crítica de esta literatura, en I. INGLARD, *The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980, pp. 27 y ss., y —desde un punto de vista exquisitamente formalizado— J. P. BROWN, *Toward an Economic Theory of Liability*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 323 y ss. Una crítica de las tesis enunciadas sub (ii), (iii) y iv), en R. A. POSNER, *Strict Liability. A Comment*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 205 y ss. y, en concreto, de la doctrina de la *causation*, del mismo autor, *Epstein's Tort Theory: A Critique*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1979, pp. 457 y ss. Como referencia más general, indicaré G. E. WHITE, *Tort Law in America. An Intellectual History*, Oxford 1980, sobre todo, pp. 215 y ss., donde se valora muy criticamente —«neoconceptualismo», «eficienticismo», etc.— el análisis económico del *tort law*. En la doctrina europea, sobre todo en la italiana debido a la escuela de civilistas de Genova, se ha prestado mucha atención a la discusión economicista americana. Una reseña completa de todo lo publicado no es posible aquí. Me remitiré por ello a la completa nota bibliográfica que incluye G. ALPA como apéndice a su trabajo *Teorie e ideologie nella disciplina dell'illecito (Appunti sulla evoluzione della tort liability)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, pp. 826-828; y a la síntesis que el mismo autor, junto a M. BESSONE, realiza en su libro sobre la *Responsabilità civile*, Milano 1976, pp. 391 y ss. (más tarde reproducido, bajo el título de *Colpa e rischio nell'analisi costi-benefici* en S. RODOTA (ed.), *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna 1977, pp. 97 y ss. En la segunda edición de esta obra (Milano 1980, vol. II, pp. 339 y ss.) se incluye una antología traducida al italiano de los textos americanos más significativos en estas materias, bajo el rótulo de la *Responsabilità civile nell'analisi economico del diritto*). En la literatura alemana bastará reenviar al excelente panorama trazado por WEYERS, *Unfallschäden*, cit., pp. 481 y ss.

(165) V., sobre todo, CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., pp. 315 y ss.; G. CALABRESI, *Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?*, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 33, 1968, pp. 440 y ss. y ATTIAH, *Accidents*, cit., pp. 413 y ss. (Debo advertir que en las obras citadas la crítica es al sistema de la culpa, no a la reconstrucción posneriana; sobre ella, v. *infra*, nota 193).

(166) Cit. *retro*, nota 32.

quizá un poco precipitadamente han señalado algunos críticos. Mirado más de cerca, sin embargo, no carece absolutamente de lógica. Si el objetivo consiste en internalizar los costes (para incentivar así la reducción primaria de los costes, en la línea de la *general deterrence*), a primera vista aparecerá que la responsabilidad objetiva es el mejor sistema, pues asigna los costes a las actividades que los producen, con independencia de la culpabilidad. Sin embargo, la teoría de la externalidad así planteada oscurece el problema, pues el accidente (y sus relativos costes) surge en el conflicto de *dos actividades* (no olvidemos que la víctima concurre también a la producción del siniestro). Razón por la cual el problema no es tanto la internalización en sí misma —ésta ya existe— cuanto el modo de la internalización correcta (167); y aquí —relativamente al *modus*—, se dice, el mejor criterio de imputación es la *negligencia* —que, por supuesto, no quiere justificarse con el recurso a juicios morales, sino exclusivamente económicos (168). Con él se logra establecer el óptimo nivel de accidentes soportables (que son costes) y de *standards* de seguridad que deben adoptarse (que también son costes: precios ambos de *bienes sustitutivos*) (169). Pero, por supuesto, a estas conclusiones sólo se llega a través de la formulación de un concepto económico de negligencia. Para ello se parte de la conocida fórmula del Juez Learned Hand, que, por lo demás, si estamos a los que nos dice Posner, resume toda una tradición de la jurisprudencia americana (170). Según la mencionada fórmula, *el demandado* —el agente del daño— es *culpable de negligencia* —y, por ende, debe indemnizar a la víctima— si la cuantía de los daños causados por el accidente, multiplicados por la probabilidad de que éste ocurra, excede el coste de las precauciones que el demandado podría haber tomado para impedir la producción del siniestro (hay culpa si se verifica $CA \cdot PA > CP$, donde CA son los costes del accidente; PA, la probabilidad de su verificación y CP, los costes de su evitación o prevención) (171). Este *test* objetiviza muy claramente el juicio de culpabilidad (alejándose significativamente del concepto tradicional de culpa como «pecado») y define el deber de diligencia en función de tres variables: (i) la probabilidad de que ocurra el accidente; (ii) la gravedad del daño que deberá soportar la víctima si el accidente tiene lugar; y (iii) el coste de las medidas de seguridad adecuadas para prevenir el accidente (172). Imaginemos el siguiente supuesto de hecho: De la obra de Ticio, sita en plena vía pública, se desprende un ladrillo que hiera a Cayo, produciéndole un daño que se calcula en un millón de pesetas. Sabemos, por otra parte,

(167) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 139.

(168) Cfr. POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., pp. 34-35.

(169) *Ibid.*, p. 33.

(170) *Ibid.*, pp. 36 y ss. Seguiré en la exposición sucesiva la versión más sintética que Posner ofrece en el manual.

(171) Cfr. *Conway v. O'Brien*, 111 F. 2d. 611, 612 (2d. Cir. 1940); *revised on other grounds*, 312 U.S. 492 (1941); y *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d. 169 (2d. Cir. 1947).

(172) Cfr. CALABRESI y HIRSCHOFF, *Toward a Test of Strict Liability in Torts*, cit., pp. 1056-1057.

que sólo una de cada diez mil veces se caerá un ladrillo y lastimará a un peatón; suponemos además que el coste de instalación de unas redes que podrían evitar tales accidentes ascendería (haciendo un cálculo de las obras a las que serviría —se trata de un capital duradero—) a unas cinco pesetas, calculando en unidades accidentales. La situación así (no muy lejana de la realidad, por lo demás), Ticio sería culpable de negligencia (y consecuentemente debería resarcir a Cayo) ya que 1.000.000. (1 : 10.000) = 100, cantidad ésta, 100, que excede el coste de 5 pesetas que sería necesario para prevenir el accidente (173). Si, por el contrario, poner las redes de seguridad costase 101 pesetas, Ticio no tendría que indemnizar a Cayo —no habría culpa—, pues dicho importe representa una cantidad mayor al valor presente de un coste futuro e incierto, que, en el ejemplo, es de 100 pesetas. Se logra así —a través de este concepto económico de culpa— un nivel óptimo de accidentes (justificados en términos de costes) y de medidas de seguridad; contemporáneamente se minimiza la suma total de costes de accidentes y de costes de prevención de los mismos, al cargar los costes del accidente en el agente cuando (y sólo cuando) sea más barato para él evitar los accidentes adoptando medidas de seguridad que pagar los costes del accidente las veces que tenga lugar (174).

Mas —como fácilmente se advertirá— esta fórmula no conduce siempre y en todo caso a la solución más eficiente; y ello porque no atiende al eventual *concurso de culpa* de la víctima en la producción del siniestro. Para poner de manifiesto este extremo seguiremos todavía con el mismo ejemplo, pero situando ahora la construcción de Ticio en medio del desierto; probablemente, en este caso, no le costará a Cayo más de 0,5 pesetas prevenir el accidente (el coste de desplazarse un poco en vez de pasar exactamente bajo el edificio en obras). En la nueva ubicación, sin embargo, aplicando la fórmula de Hand, Ticio continuaría siendo culpable (175) y, por consiguiente, debiendo el resarcimiento, a pesar de que fuese menos costoso para Cayo prevenir el accidente (como es el caso en que le cuesta 4,5 pesetas menos) (176). La pura regla de Hand incentivaría a hacer un gasto de 4,5 pesetas, que a todas luces se revela innecesario (ineficiente —destruye riqueza—). La solución a esta fractura en la eficiencia del sistema viene proporcionada, en el *common law*, por la doctrina de la *contributory negligence*. (Entre paréntesis: esta *doctrine* sustancia una excepción completa a favor del demandado cuando la conducta de la víctima —como señala el pár. 463 del *Second Restatement of Torts*— contri-

(173) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 122-123.

(174) *Ibid.*, p. 154 (e *ibi* la crítica de la crítica). V. también POSNER, *A Theory*, cit., p. 29.

(175) En la realidad, sin embargo, no constituiría negligencia el no poner las redes de seguridad, pues la posibilidad del accidente —habida cuenta el escaso tráfico de peatones— sería mínima (v. g. 1:10.000.000), siendo, por tanto, el coste actual también mínimo (0,1 ptas., que es inferior al precio de las redes —5 ptas.—). Mas para no modificar el ejemplo, continuamos suponiendo que Ticio es todavía culpable.

(176) *Ibid.*, pp. 123-124.

buyó a causar su propio daño y cae por debajo de los *standards* que le son exigidos para su propia protección (177); es decir, cuando la víctima también incurre en negligencia (commensurada ésta con la misma fórmula de Hand) (178). Por lo tanto, volviendo al ejemplo, si el damnificado pudo haber prevenido el accidente a un coste menor del coste descontado del accidente, como efectivamente acontece en estas hipótesis, no tiene derecho a ser indemnizado.

Pero una vez más la *doctrine* de la *contributory negligence* puede dar lugar a resultados también ineficientes. Imaginemos el mismo supuesto, con la variante ahora de que los costes de prevención del accidente son de 5 pesetas para Cayo y 0,5 para Ticio, el agente del daño. Si Cayo demanda a Ticio, el Tribunal le condenará a indemnizar, pues es culpable (0,5 es menos a 100); pero Ticio sin duda alegará la excepción de *contributory negligence*, la cual prosperará necesariamente (pues es claro que Cayo es culpable, toda vez que 5 es menor a 100). En este caso, otra vez se incentivaría un derroche de 4,5 pesetas que se revela totalmente ineficiente. Por ello Posner —y no otra es la lógica implícita de los *cases* en materia— propone una corrección de la regla: aplicar sólo la *contributory negligence* cuando el coste de la evitación del accidente por el agente excede los costes de prevención por parte de la víctima (179). En una palabra, será responsable de todo el daño quien tenga más culpa. Obsérvese que la regla esbozada no admite una *moderación de la cantidad a indemnizar* en base al concurso de la culpa de la víctima (como, por ejemplo, viene haciendo nuestro Tribunal Supremo en atención de las facultades que le otorga el artículo 1.103 del Código civil) (180), sino que la responsabilidad viene atribuida de manera total a quien más culpa tenga (181). Cualquier otra solución no sería coherente con la norma de eficiencia. La utilización, en efecto, de un *standard de comparative negligence* (por el cual los daños que debe resarcir el demandado son reducidos por el porcentaje de culpa que haya tenido el demandante en la provocación del siniestro) conduciría a un gasto total superior a la cantidad eficiente para la prevención del accidente. Un ejemplo de nuevo podrá ilustrar la afirmación. Supongamos que la edificación de Ticio se lleva

(177) Cfr. W. L. PROSSER, *Law of Torts*, Saint Paul (Minn.) 1979, pp. 416-417.

(178) *Ibid.*, pp. 418-419.

(179)- Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 124. Sobre el último extremo (la desaplicación de la *contributory negligence doctrine*), v. POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 33, y CALABRESI y HIRSCHOFF, *Toward a Test of Strict Liability in Torts*, cit., p. 1057.

(180) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid 1979, p. 643.

(181) Lo cual, en muchos casos, resultará factible en el derecho norteamericano a través de la doctrina jurisprudencial de la *last clear chance* (cfr. *Davies v. Mann*, 1842, 10 M & W, 546, 152 Eng. Rep.), según la cual, si el demandado (el agente) tiene la última oportunidad, muy claramente definida, de evitar el daño, la negligencia del demandante (de la víctima) no se considera *proximate cause* del accidente (en la que debe fundarse, según la opinión mayoritaria) la *contributory negligence* (cfr. PROSSER, *op. ult. cit.*, p. 427).

a cabo en las afueras de un pequeño pueblo, al lado de un atajo, que con frecuencia se utiliza en lugar del sendero principal. El coste de la prevención, aproximadamente, será ahora de 10 pesetas para Ticio y de 5 pesetas para Cayo (el transeúnte dañado) —culpables ambos, si mantenemos constantes los demás datos del supuesto. Aplicando el *test* de la negligencia comparativa (de la «compensación de culpas» en nuestra terminología), producido el siniestro (1.000.000 de pesetas), Ticio, culpable por no haber prevenido a un coste 10 pesetas el accidente —pero menos culpable que Cayo, que pudo haberlo evitado con una inversión de 6 pesetas (el desvalor de utilizar el camino principal en vez del atajo)— deberá indemnizar a Cayo 1/3, es decir, 333.333 pesetas, mientras que la misma víctima deberá soportar 2/3 del coste del accidente (666.666 pesetas). Si las cosas son así, se está incentivando a que ambos tomen medidas de precaución: a Ticio convendrá, porque el coste descontado del accidente (33,3 pesetas) es aún mayor a los costes de prevención (10 pesetas); también será útil a Cayo una inversión de 5, para evitar un coste real de 66,6 pesetas. El resultado, una vez más, se muestra ineficiente, pues para evitar el accidente sería suficiente hacer una inversión de 5 pesetas y, en realidad —incentivadas ambas partes por la doctrina de la *comparative negligence*—, se hace un gasto de 15. O podría darse otra solución todavía más ineficiente: sabiendo ambas partes que la otra tiene los incentivos necesarios para hacer la inversión total, no invierte ninguna en medidas de seguridad, con lo que se produce una desutilidad de 95 (es decir, la diferencia entre el coste descontado del siniestro (100 pesetas) y el coste mínimo de la prevención (5 pesetas) (182).

Por supuesto, a la hora de decidir si un accidente pudo ser evitado con un coste menor al coste descontado del accidente, los tribunales no medirán los costes *reales* en que incurriera las partes en causa. Únicamente intentarán estimar los costes en que incurría una *persona media* (el diligente pater familae o el *reasonable man*) en una situación similar a la que se ventile. Lo cual se justifica también económicamente: los costes (terciarios) que generaría la sola actividad de medición de los *costes reales* son de tal magnitud en la mayor parte de las situaciones que se hace necesario acudir a patrones constantes y objetivos de valoración (183).

El criterio de imputación de responsabilidad delineado —sin perjuicio de su plenitud de «racionalidad económica» que vendrá atacada en razón a los grandes costes terciarios que comporta (184)— se ins-

(182) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 124. Sobre la negligencia comparativa, v. PROSSER, *op. cit.*, pp. 433 y ss.

(183) Cfr. POSNER, *op. ult. cit.*, p. 125. Es claro que cuando esos costes no sean muy elevados (v. g. ante un agente que es ciego) el Juez reconocerá excepciones al *standard* del *reasonable man*.

(184) V., sobre todo, CALABRESI y HIRSCHOFF, *op. ult. cit.*, pp. 1060 y ss., a quienes responde POSNER en *Strict Liability. A Comment*, cit., pp. 205 y ss.

Es curioso señalar cómo el criterio de la culpa (el llamado *fault system*) comienza a ser reconsiderado en la literatura anglosajona: v. A. SCHWARTZ, *Strict Liability and Comparative Negligence*, en *Tennessee Law Review*, vol. 42,

cribe muy claramente en el diseño del derecho de la codificación decimonónica —no se olvide que el concepto de culpa en la doctrina tradicional, sin haber sido concretado en parámetros económicos, siempre ha girado en torno a las ideas de «previsibilidad» y «evitabilidad» de los accidentes. Lo cual, como ya sucedía con la teoría de la propiedad, nos certifica en la idea de que el análisis económico del derecho se sitúa de *pleno iure* en la racionalidad de la economía política clásica, fiel correlato del Derecho privado liberal, del Derecho privado que hemos recibido en los viejos códigos aún hoy vigentes, cuya característica más saliente podemos cifrarla en la total abstracción con que se produce en relación a los *sujetos* (desiguales) de las relaciones jurídicas. Interrumpiré en esta insinuación general la crítica de la reconstrucción posneriana del instituto de la responsabilidad que, por la finalidad preferentemente ilustrativa de esta exposición, debe quedar remitida (185).

12. Por último —para completar el panorama de las instituciones centrales del Derecho privado— procedo a bosquejar la función del derecho contractual en la perspectiva de la *new law & economics*. Adelanto, sin embargo, que se trata de una materia (ésta del contrato), cuyo ingreso en el área del análisis económico es de origen relativamente reciente —podría datarse en la época que hemos calificado de *afirmación definitiva* de la nueva metodología. Lo cual muy bien se explica si tenemos en cuenta que el entero movimiento parte —o surge— de un doble frente, preocupado, respectivamente, por el derecho de la propiedad (Coase y sus epígonos, los teóricos de los *property rights*) y por el derecho de la responsabilidad (Calabresi, a quien sucede una reformulación de los estudios en la materia). Si las cosas están así, justo es que nos preguntemos en primer término dónde viene a colocarse el derecho contractual en ese esquema bipolar de la *property* y de la *liability rules*. Al respecto, no estaré de más recordar que a la base de toda la teoría de los *property rights* yace una condición muy precisa: su plena transferibilidad, lo que equivale a postular, en una primera aproximación, una *ilimitada libertad de contratar*. Y he aquí que la teoría de los *property rights* proporciona una explicación de la praxis contractual misma —en ausencia de derechos exclusivos el contrato no existe (186)— e indica la lógica que informa la disci-

1975, pp. 171 y ss. y A. GREEN, *Identification of Issues in Negligence Cases*, en *Southwestern Law Journal*, vol. 26, 1972, pp. 811 y ss. También en Inglaterra —aunque el fenómeno se produce al margen del análisis económico—; v. D. J. STOLJAR, *Accidents, Costs and Legal Responsibility*, en *Modern Law Review*, vol. 36, 1973, pp. 233 y ss.

(185) V., sobre todo, ALPA, *Colpa e responsabilità*, cit., pp. 437 y ss.

(186) Cfr., por todos, CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource*, cit., pp. 11 y ss., espec., p. 27. El carácter de esa *exclusividad* —conviene precisar— no tiene por qué ser absoluto o real; pueden crearse «convencionalmente» *property rights*: v., como testimonio palmario, J. UMBECK, *A Theory of Contract Choice and the California Gold Rush*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 20, 1977, pp. 422-426.

plina relativa, con el resultado de reforzar la impresión que el contrato no es otra cosa que una «provincia», de la *property rule* (187). Y si esta estimación no es incorrecta, ya tenemos dado un primer paso para la comprensión económica del instituto. Se explica así además por qué han sido justamente los teóricos de los *property rights* los que han apuntado ese papel central que desenvuelve el contrato en el proceso de creación de la riqueza: constituir el *medio* a través del cual los «haces» de derechos (que se anudan al objeto del *dare* o del *facere*) son cambiados, es decir, ajustados a sus nuevas y más provechosas utilizaciones. Pero los efectos —y esto es lo que ahora interesa subrayar— son mutuos entre el contrato y el *property right*. Es cierto que la estructura prevalente de los *property rights* determina el contenido de los acuerdos contractuales, esto es, el haz específico de derechos que pueden ser transmitidos a través del cambio de bienes y servicios; pero también lo es que si las estipulaciones contractuales resultan constreñidas de alguna manera por las asignaciones existentes de *property rights*, un cambio cualitativo en el contenido de los contratos puede provocar un cambio paralelo, o mejor, una «modificación» en la estructura de los *property rights* (v.g., un cambio en las asignaciones de responsabilidad por daños accidentales) o incluso el desarrollo de nuevos derechos (por ejemplo, la limitación de la responsabilidad, o, incluso, creación de derechos contractuales —de *quasi propiedad*— sobre bienes de titularidad común) (188).

Pues bien, identificadas así las «coordenadas» en que viene a incardinarse la figura del contrato dentro del «sistema law & economics», la exposición sucesiva discurrirá ya en torno a dos cuestiones más puntuales: es una la relativa a la función económica (no del contrato, sino) del derecho de los contratos (189). La otra, más específica, concierne al siempre interminable problema de la contratación *standard*

(187) Así PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., pp. 699-670. V. también KÖHLER, *Vertragsrecht und «Property Rights»—Theorie*, cit., pp. 589 y ss.

(188) Cfr. FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., pp. 8-9. Un interesantísimo supuesto de la última posibilidad —en materia, concretamente, de demarcación de derechos de quasi-propiedad sobre la tierra estatal a efectos de explotaciones mineras de oro —lo constituye la célebre experiencia californiana del *gold rush* a mediados del siglo pasado (sobre la cual ha realizado un magnífico estudio UMBECK, *A Theory of Contract Choice*, cit., pp. 421 y ss.).

(189) El tema —de cuanto nos consta— ha sido tratado únicamente por POSNER (*Economic Analysis of Law*, cit., pp. 64-69). A pesar de su escasez, en estas sustanciosas páginas se traza magistralmente la esencia económica del derecho contractual —y es precisamente a estas páginas a las que han dirigido su atención los comentaristas (Diamond, Köhler, Pardolesi, Horn, etcétera) cuando han debido ocuparse del tema. En 1979 aparece un *reading* de Posner y Kronman, que dedica al asunto el capítulo introductorio (v. R. A. POSNER y A. T. KRONMAN, *The Economics of Contract Law*, Boston 1979), al que, desgraciadamente, no he podido tener acceso. Sin embargo, de cuanto se deduce de la amplia recensión que del mismo efectúa C. P. ROGERS, en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, pp. 1039 y ss., no se ha dedicado especial atención a la cuestión, incluyéndose al respecto trozos de obras anteriores (cfr., *ibid.*, p. 1041).

(v. *infra*, n. 13). Se trata, es cierto, de dos cuestiones bien separadas; mas, aún pareciendo totalmente inconexas, en un análisis más detenido, se revelan como secuencias de un proceso cuya lógica al menos es la misma: el *ahorro de costes de planificación*. Porque, en efecto, esa podría ser la formulación que da respuesta al asunto que me propongo esclarecer: ¿Qué sentido tiene el derecho contractual dado, si éste puede producirse privatamente? (190). El estudio de este temario —del que, por lo demás, sólo se ofrece una visión de superficie— se presenta, sin embargo, extremadamente complicado debido a la presencia constante de *partes que negocian*; de voluntades que, en última instancia, modifican la ley. Esta constatación tan elemental nos aleja por sí sola del análisis relativamente simple del derecho de la responsabilidad, donde, al presumirse costes de transacción prohibitivos, se previene a las partes afectadas por externalidades de la negociación y de la consideración de todos los costes sociales que registra un modelo general de equilibrio con externalidades.

Mas, comencemos por el principio: la función del derecho contractual —es claro— consiste en asegurar la «operación del mercado» (esa operación que Javier Conde cifraría de *mercantil* por combinar las «expectativas de ganancia» y el «cálculo racional»). Asegurar la operación del mercado es, a su vez, asegurar el contrato en tanto que éste sustancia la central función económica de promover o facilitar el desplazamiento de los recursos hacia sus utilizaciones más satisfactorias: él es el instrumento más adecuado para la distribución de los recursos en el sentido de la optimalidad de Pareto y a través del cual se hará realidad esa tantas veces repetida ley de la economía política, a tenor de la que, en competencia perfecta, todos los recursos tienden hacia aquellas titularidades que generen más valor o riqueza. Por ello —puede concluirse—, el reino del contrato no es sino el reino de la ineeficiencia (pues la situación óptima —como diría Buchanan— se define precisamente por la imposibilidad de ser modificada contractualmente). Ese «desplazamiento» no se producirá empero en todos aquellos supuestos en los que, aun resultando económicamente maximizador de utilidad, medien costes de transacción que igualen o superen el exceso de utilidad que el cambio añade a la situación anterior. La función del derecho contractual —como ya no será difícil advertir— consistirá, justamente, en *minimizar tales costes de transacción* (bási-

(190) La discusión la mantendré, como vengo haciendo, en la «ilusión del mercado casi perfecto»; en la ilusión, por tanto, de la vigencia absoluta de la *autonomía de la voluntad*. Sé que el planteamiento es «ingenuo» si tenemos en cuenta las vicisitudes por las que ha debido pasar el instituto en lo que va de siglo (bastará en lugar tan común la remisión a la penetrante reconstrucción de E. A. KRAMER, *Die «Krise» des liberalen Vertragsdenken*, Tübingen 1974); pero también estoy convencido de que no por ello es totalmente *irreal*: la autonomía privada tiene un valor absoluto como componente del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad; la intervención estatal en su ámbito será más o menos grande, pero es *residual*, justificable sólo a efectos del aseguramiento de intereses supravividuales (cfr. ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1, cit., p. 83).

camente de *enforcement* —de exigibilidad de las obligaciones—, de regulación —negociación de las reglas— y de información) (191). No es otro el «tema» que queríamos individualizar.

Pero antes de ahondar en su significación, es menester todavía una observación preliminar en materia de concepto: A los efectos de esta exposición se partirá de la noción unitaria de contrato, tal y como nos ha sido transmitida por el pensamiento liberal —aunque seamos conscientes de su profunda *debilidad* en el marco de una economía *relacional*, según más adelante se tendrá oportunidad de manifestar—. Me colocaré, sin embargo, en la perspectiva doctrinal del *common law*. En la tradición continental acostumbra a definirse el contrato como el consentimiento común de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*), dirigido a crear obligaciones (*ad constituentiam obligationem*) (192); se trata, sin embargo, de una definición (como la de Savigny) que pone el acento en la lógica del instituto e incluso en su «filosofía», sin hacer referencia explícita al origen del *vinculum iuris* (que, llega a decirse, nace sin necesidad del mandato del ordenamiento *pacta sunt servanda* y yace en el mismo acto promisorio) (193). Por esa razón —y a efectos de mejor percibir la funcionalidad económica del derecho de los contratos— partiré en mis reflexiones, como decía, de la tradición anglo-americana, en la que esa ligazón del contrato con el derecho (formal, soberanamente promulgado, según escribe McNeil) (194) es realmente ejemplar; en fórmula paradigmática se ha podido afirmar así que todo contrato se funda en una *promise-with law* (195). Pero veamos más de cerca la significación de estas consideraciones positivistas (cuya exclusiva paternidad anglosajona, por otra parte, tampoco debe de ser exagerada): De todos es bien sabido que una de las raíces primarias del contrato es la *división del trabajo*, la cual —como es evidente— sólo es viable si simultáneamente existe el cambio (196). Ese cambio mutuamente acordado, como actividad voluntaria que es, puede muy bien no respetarse —es decir, no materializarse—; de lo que derechamente se deduce que una de las primeras directivas para lograr resultados eficientes es hacerlo *exigible* (*enforceable*, dice la expresiva locución anglosajona). Porque

(191) Cfr. KÖHLER, *op. ult. cit.*, pp. 591-592; y HORN, *Zur ökonomische Rationalität*, cit., p. 319, entre tantos. La cita de Buchanan se encuentra en la p. 229 de su trabajo citado *infra*, nota 312. Como introducción previa al temario que intento desarrollar, por su claridad, seleccionaría E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna 1977, pp. 9-23.

(192) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 27. La definición clásica dice tanto como que «*Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*» (SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin 1840, p. 309).

(193) Así, K. LARENZ, *Derecho Civil. Parte general*, trad. esp., Madrid 1978, p. 55.

(194) Cfr. I. R. MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, en *Southern California Law Review*, vol. 47, 1974, p. 693, nota 3.

(195) *Ibid.*, p. 693.

(196) *Ibid.*, pp. 696 y ss. Cfr. también OLIVER, *Law and Economics*, cit., p. 82.

no es difícil imaginar que si una parte no cumple las prestaciones pactadas, llegará un momento en que el cambio —*i. e.*: la eficiencia— se dificultará, o sólo tendrá lugar, por ejemplo —como dice Posner—, si se deposita una garantía —la situación más grave se produce evidentemente cuando el cambio no se ejecuta de manera simultánea; justamente esa garantía de que habla Posner aspira a hacer simultáneo un «cambio futuro» (197). Nace, pues, la figura del *contrato*, que no es otra cosa que ese cambio voluntario a lo que se suma un «aparato de fuerza» (de *enforcement*), en lo que, en definitiva, consiste jurídicamente (198). Se explica así que la doctrina anglosajona ponga en ello todo el énfasis; y hasta tal punto, que la definición de contrato que se considera preferible en la literatura de habla inglesa (199) es la que proporciona el pár. 1 del *Restatement (Second) of Contract*, a cuyo tenor el contrato es «una promesa o un conjunto de promesas, para cuyo incumplimiento el derecho otorga remedios...», «[A] promise or set of promises, for the breach of which the law gives a remedy...» (200). En este sentido, la reconocida voz Atiyah señala que todo el modelo expresa la idea de que el propósito fundamental del derecho de los contratos consiste en dar *eficacia* a la intención de las partes. «The law of contracts —dice un poco más adelante— [...]»

(197) El *enforcement* de las promesas—señalaban ya Fuller y Perdue (*apud* S. J. BURTON, *Breach of Contract as the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, en *Harvard Law Review*, vol. 94, 1980, pp. 374-375)—tiende a «eliminar la distinción entre bienes presentes y futuros y a conferir a las expectativas del acreedor de recibir beneficios futuros el carácter de *present property*». Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 63 y 67. Por eso, en realidad, bajo la óptica económica, contrato sólo es—como dice Macneil— «proyección de cambio en el futuro». Cfr. también ATIYAH, *op. cit. infra*, nota 199, pp. 1-2, donde intuitivamente se traza un análisis de «corte posneriano».

(198) Para que el cambio sea eficiente, ese *enforcement* debe existir siempre. Es él quien dicta la naturaleza jurídica del cambio. Si el *enforcement* es de naturaleza jurídica el cambio es el *contrato*; pero en muchas ocasiones el cambio no se efectúa a través del contrato, pues existen otras modalidades menos costosas, pero que, contra lo que pudiera parecer a primera vista (v. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 702), no carecen de *enforcement*; éste sólo es de naturaleza diferente. En el estudio sociológico de las empresas manufactureras de Wisconsin se pone de manifiesto, por ejemplo, que no se utiliza el contrato como medio de cambio (cfr. S. MACAULAY, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, en *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, pp. 55 y ss.). Pero justamente porque se establecen otras y efectivas sanciones no jurídicas, el recurso a las cuales es más económico (*ibid.*, pp. 63-64).

(199) Esta es al menos la autorizada opinión de P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, London 1979, p. 23.

(200) ... or the performance of which the law in some way recognises as a duty. En esta parte de la definición, sin importancia a nuestros efectos, se hace referencia a supuestos excepcionales de «*unenforceable contracts*» y, concretamente, a ciertos contratos que requiriendo forma escrita (según los *ancient statutes*) no se escriben y se concluyen oralmente (cfr. ATIYAH, *op. ult. cit.*, p. 24). Originanfan lo que en nuestra terminología se llaman «obligaciones naturales». Se trata, sin embargo, como reconoce el mismo ATIYAH (*ibid.*, p. 32), de una noción totalmente anómala (el *unenforceable contract*).

consists of power-conferring rules» (el derecho contractual consiste en normas que confieren eficacia) (201).

Con este breve *excursus* será ya evidente que todo el sentido del derecho de los contratos se cifra en el intento de prevenir o evitar los costes que supondría crear un sistema (privado) de *enforcement*, un aparato de fuerza (v.g., una organización de administración de garantías en depósito, para continuar con el ejemplo de Posner, o una organización del miedo, como sucede en la contratación de la «mafia»). Pero hay más. Existe un acuerdo casi universal en que el derecho de los contratos (la masa de reglas legales que reglamentan el cambio privado) desarrolla tres funciones capitales: (i) especificar qué acuerdos son vinculantes jurídicamente y cuáles no (regla de la *inalienabilidad*); (ii) definir los derechos y los deberes que crean los contratos que siendo exigibles, permanecen ambiguos (regla de la *propiedad*); y (iii) indicar las consecuencias del incumplimiento no justificado (regla de la *responsabilidad*) (202). Esas funciones coinciden, o mejor, se corresponden con los dos distintos elementos que integran la noción de contrato, a saber: (i) la planificación racional de la transacción con anticipación cuidada de las muchas contingencias futuras que son previstas; y (ii) la existencia de sanciones legales reales, o potenciales, que estimulan la efectiva realidad de la prestación o que establecen una compensación para caso de incumplimiento (203); elementos ambos que integran la definición del contrato como aquel «tipo de relación social, cuya función es asegurar la predictabilidad y la seguridad en las transacciones negociales» (204). Sobre estas bases, emergen ya los objetivos del derecho contractual en la óptica peculiar de la *new law & economics*, que, a mi juicio, se cifrarían en la *disuasión* (función de seguridad) y en la *información* (función de predictabilidad) de tal forma dispuestas que se asegurase la maximización conjunta del valor del cambio (la llamada «operación del mercado»). Ambos objetivos (por lo demás, inseparables) perseguirían la función más general de minimizar los costes de transacción (que, sin embargo, como «fórmula de moda» muy poco dice por sí misma). Nos esforzaremos ahora por examinar de una forma un poco más analítica estas ideas generales, tratando de entroncarlas con los principios fundamentales del derecho contractual: el principio de vinculación, el principio de justicia (o equivalencia) y el principio de libertad (de perfección, contenido y forma) (*Vertragsbindung*, *Vertragsgerechtigkeit* y *Vertragsfreiheit*). Para ello —dado el carácter «ilustrativo» de este trabajo— nos referiremos a algunos problemas específicos, por entre los cuales pueda entreverse la «teoría general».

(201) P. S. ATIYAH, *Contracts, Promises and the Law of Obligations*, en *Law Quarterly Review*, vol. 94, 1978, p. 195.

(202) Recajo la síntesis de A. T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, en *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 472 e *ibid* indicaciones. Veremos más tarde (*infra*, n. 15) el distinto significado (desde el punto de vista del mercado) de esos tres tipos de reglas.

(203) Cfr. MACAULAY, *Non-contractual Relations*, cit., p. 56.

(204) Cfr. W. N. EVAN, *Comment* (al trabajo ya citado por MACAULAY) en *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, p. 67.

Me refiero en primer término a la *función de disuasión*. En su interior pueden distinguirse todavía dos aspectos separados: (i) la sanción de la vinculabilidad del contrato y (ii) la distribución de los riesgos entre las partes. A la primera cuestión ya nos hemos referido; no estaré de más, sin embargo, una ulterior precisión de su contenido. Sancionar el carácter vinculante del contrato, es decir, responsabilizar a las partes de sus promesas, es presupuesto *esencial* de la eficiencia. Este principio (*pacta sunt servanda*) lo que postula en realidad es la represión de la contratación de *mala fe*, o lo que es lo mismo, la previsión de remedios para la *bad faith breach*, que siempre resultaría maximizadora de valor para *una* parte (rompiendo empero el esquema dual del óptimo paretiano): si Cayo contrata con Ticio la siembra de su fundo, en ausencia de obligatoriedad, Ticio se preocupará por la posibilidad de que, cumplimentando el encargo, Cayo no le entregue el precio pactado, porque indudablemente tal conducta resulta mucho más beneficiosa para el último (*homo oeconomicus*) (205). Pero el alcance económico del principio es mucho más amplio: Supongamos que Cayo quiera vender su vaca, cuyo valor estima en unas 30.000 pesetas; que Ticio está dispuesto a pagar 50.000 por ella; y que, en fin, Sempropio ofrezca hasta 60.000, con la diferencia de que mientras Ticio se compromete a efectuar el pago al contado, Sempropio alega que únicamente podrá hacerlo en el plazo de una semana. Así las cosas, será lógico que Cayo venda el animal a Sempropio por 55.000 pesetas (por ejemplo), aunque éste dilate el pago siete días (ello, por supuesto, si se cumple que la diferencia de 5.000 pesetas es más que suficiente para compensar a Cayo de los costes de promover una acción de daños o restitutoria, multiplicados por la probabilidad del incumplimiento; si el derecho sanciona la exigibilidad de la promesa de Sempronio al dueño de la vaca). Pero si el derecho no sanciona tal promesa, Cayo puede decidir que es mejor vender *ahora* a Ticio, porque puede ser que Sempronio no obtenga el dinero y, consiguientemente, no pague; y que Ticio, entretanto, pierda el interés por la operación. Si es así, el hecho mismo de que el derecho no provea remedios para el eventual incumplimiento de Sempronio, determinará una distribución sub-óptima de recursos (206). Este objetivo del derecho contractual, sin embargo, no debe llevarse hasta sus últimas consecuencias. Una política de *enforcement* draconiana, como dice Pardolesi, tampoco es eficiente: si debo una prestación que me cuesta 100 y se me impone una obligación de pagar mil en caso de incumplimiento, estaré incentivado a cumplir aun cuando la prestación llegue a costarme 999: la utilización

(205) Un muy lúcido desarrollo de esta idea —recurriendo a la primera edición del manual de Posner—en PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 705-707. Esa referencia hecha en el texto —la finalidad de la *enforceability* del contrato es reprimir la contratación de mala fe— queda cumplidamente probada por el hecho (sociológicamente comprobado) de que las relaciones no contractuales se producen justamente cuando para la mala fe existen más eficaces remedios que los que otorga el derecho (cfr. MACAULAY, *Non-Contractual Relations*, cit., p. 63).

(206) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 66.

antieconómica de recursos es patente. Por ello, como ya hemos visto, el incentivo más exacto desde el punto de vista de la teoría económica es el que prevé el artículo 1.106: la *compensación* en la que la función disuasoria llega justo hasta el límite del coste de oportunidad (207).

El segundo aspecto de la función general de disuasión concierne a la *distribución de los riesgos*, auténtica clave de todo el proyecto de la *new law & economics* (y no meramente fórmula verbal, como tantas veces acontece en la literatura más tradicional). El *test* económico será asignar los riesgos (las responsabilidades) a aquella parte que los pueda «dominar» al coste más bajo, puesto que únicamente de esta forma resulta posible crear los alicientes correctos para una conducta maximizadora en el futuro —no sólo de las partes en causa, sino en general de todos los operadores del mercado (no será así difícil comprender por qué Posner rotula esta función «mantenimiento de los incentivos apropiados») (208). Contrariamente a las situaciones que contemplábamos en el supuesto anterior (*bad faith-breach*), bajo esta función distributiva de riesgos importan las hipótesis, en las que el incumplimiento (total, defectuoso o tardío) se produce en el ámbito de la *buena fe* (209). Consideramos, por ejemplo, la suerte de un

(207) Se equilibran así los dos objetivos que deben guiar la determinación del daño indemnizable: (i) protección de expectativas y (ii) mantenimiento de incentivos (cfr. J. N. BARTON, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, p. 278). Para un examen del trasfondo ideológico de la sustitución de la idea de pena por la idea de *resarcimiento*, v. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano 1980, pp. 195 y ss.

Asimismo parece obvio que, desde el punto de vista económico, no se sancione la vinculabilidad del contrato cuando el resultado del cambio resulte efectivamente ineficiente. (i) Se explica así cómo también una función del derecho de los contratos es especificar cuáles vinculan y cuáles no: *las condiciones de eficacia del mismo contrato*. En concreto, cuando los costes y beneficios del intercambio no han sido valorados correctamente por las partes estipulantes (dolo, error, fuerza, etc., como *externalities*), el mercado —que es el mecanismo decisorio— se falsea. La rectitud del contenido contractual, bajo condiciones de competencia, exige libertad de decisión y de voluntad; por ello, función del derecho también es asegurar esa voluntad, como presupuesto mismo (de perfección) del contrato (cfr. HORN, *op. cit.*, p. 310); (ii) ¿Cómo se explica —nos preguntamos ahora— la vinculación contractual en hipótesis que, no siendo las examinadas *sub* (i), no producen, sin embargo, un resultado maximizador del valor del cambio? La razón económica aparece ahora en los costes terciarios: (a) la valoración de la utilidad que las partes deducen del cambio es una compleja tarea, que los tribunales sólo podrían llevar a cabo con gravísimos costes administrativos; y (b) aunque el *enforcement* de un contrato no «racional» conducirá sin duda a una distribución subóptima de recursos, el derroche ocasional será normalmente inferior a los costes que generaría una sistemática revisión judicial de la congruencia de los cambios (cfr. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 706). En general, quien se interese por el tema de la exigibilidad y ejecutividad de los contratos puede consultar el reciente escrito de G. GOETZ Y SCOTT, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, en *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, pp. 1261 y ss., citado por BURTON, *Breach of Contract*, *cit.*, p. 386.

(208) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, *cit.*, p. 69.

(209) Otra vez más se puede constatar sociológicamente cómo el derecho de los contratos sólo se justifica allí donde existan posibilidades de «ma-

contrato en el que en la fecha de la entrega se omite el *mes*. Cayo, nuevo en la industria, entiende que se refiere al mes próximo. Ticio, más experimentado, de acuerdo con un uso particular del tráfico siderúrgico, piensa, por el contrario, que la fecha es la del mes en curso. El juez, se dice, interpretará el contrato —y por ende distribuirá un riesgo— considerando el «uso», porque operando así incentivará a los «nuevos empresarios» (a los *newcomers*) a dominar rápidamente el lenguaje de cada sector particular del tráfico, lo cual, presumiblemente, incrementará la eficiencia. Por ello, hará responsable a Cayo del incumplimiento. Este es el tipo de juicios que debe hacer el derecho de los contratos cuya función desde esta perspectiva es prever las lagunas de las partes, decidiendo como lo habrían hecho ellas: *eficientemente*. Ciertamente, tales juicios pueden llegar a ser muy complicados: En el mismo ejemplo, se podría alegar contra la solución legal (*rectius, jurisprudencial*) que una norma que distribuyese así los riesgos del error crearía costes para entrar en la industria y tendría de consiguiente, efectos anticompetitivos (210) o que quizás fuese más razonable asignar el riesgo a la otra parte, pues el coste de la comunicación de la información puede ser más bajo que el coste de la recogida de la información (211). La importancia radical de la construcción de la norma (o de su interpretación) en un sentido o en otro, se observa en una diversa articulación de los incentivos y rémoras que tendrán en el futuro los operadores en el mercado (*general deterrence*). Y sumadas todas las utilidades individuales de los múltiples operadores bajo las asignaciones de riesgos alternativas, se deducirán cifras de considerable cuantía, como para no ser tenidas en cuenta. En este ámbito se coloca el principio de la justicia o equivalencia contractual,

lentididos honestos» o de «diferencias de opinión de buena fe» (es decir, riesgos que es necesario distribuir), pues en otro caso no se recurre al contrato (figura jurídica), sino a instrumentos sustitutivos (cfr. MACAULAY, *Non-Contractual Relations*, cit., p. 62).

(210) El ejemplo es de POSNER. *op. últ. cit.*, pp. 67-68.

(211) Cfr. P. A. DIAMOND, *Posner's Economic Analysis of Law*, en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, 1974, p. 297. Pero si queremos ser más precisos debemos añadir —y la referencia sólo la hago para que se observen las posibilidades del análisis— que, en materia de error, la información, ciertamente, es el antídoto. Aunque la información sea costosa de producir, un sujeto puede estar en condiciones de obtener informaciones relevantes de modo más económico que otro. Si las partes contratantes actúan racionalmente reducirán al mínimo los costes conjuntos de un error potencial, atribuyendo el riesgo de su verificación a la parte que está en mejor situación (económica) de recoger la información. Allí donde las partes contratantes no hayan distribuido convencionalmente el riesgo, el derecho o el juez debe hacerlo con el mismo criterio. Ahora bien —y llegó así a la crítica de la afirmación del texto que precede a esta nota—, la distinción entre *error común* y *error unilateral* es económicamente perfecta, porque donde sólo una parte está en error es razonable presumir que ella está en mejores condiciones de prevenir el error que la otra parte (excepción hecha de aquellas situaciones en que el error es conocido —dolo negativo— o es razonable que sea conocido por la otra parte (cfr. A. T. KRONMAN, *Errore e informazione nell'analisis economica del diritto contrattuale*, trad. it., en *Politica del Diritto*, 1980, pp. 292-296).

que viene a configurarse exactamente como una *justicia de precios* —en alguna parte dice Posner que la justicia es la eficiencia—: los costes se cargan —como se deduce del Teorema de Coase— a quien puede evitarlos más económicamente y de tal forma que se estimulen conductas maximizadoras. La respuesta, pues, a la recta distribución de las obligaciones y las cargas viene dada por el paradigma de la competencia (212); con lo que conectamos —y afirmamos la identidad de este principio de justicia— con el principio de libertad contractual (*volenti non fit iniuria*). Este aspecto de la función general de disuisión —precisa es la constatación— está profundamente relacionado con el que examinaremos a continuación; sólo que aquí la contribución del derecho a la comprensión de los costes de transacción es *indirecta* (213).

Relativamente a la *función de información*, de nuevo será preciso separar dos facetas: (i) la función de minimizar los costes de negociación, y (ii) la función planificadora. Por lo que al primer aspecto atañe, se trata de evitar los costes que supondría tener que crear un conjunto de reglas contractuales, aquellas que, en ausencia de un derecho de los contratos, las partes tendrían que negociar; su función es la misma que desenvuelven las condiciones generales de los contratos (214) —la progresiva expansión de éstas se explicaría como fenómeno paralelo al creciente déficit regulativo del derecho contractual fijado en el Código civil y Código de comercio, cuyos tipos aparecen condicionados histórica y pragmáticamente (215). El tema no ofrece dudas. Como complemento de esta masa de normas, aparece otra, la norma que sanciona la autonomía privada (y con ella la libertad del contrato), cuya función es precisamente sustitutiva: cuando los beneficios esperados de una alteración del derecho objetivo (por supuesto, *ius dispositivum*) son superiores a los costes (transaccionales) de la modificación, la *regla privada* aparece como necesaria desde el punto de vista de la norma eficientista. Un ejemplo nos ayudará de nuevo a comprender el asunto —y a un cumplido entendimiento de cómo esta función compresora de costes de negociación afecta a la *distribución*

(212) Cfr. HORN, *op. cit.*, p. 320.

(213) Cfr. KÖHLER, *Vertragsrecht und «Property Rights»-Theorie*, cit., pp. 596-597. La cuestión fundamental de este temario —aunque no la única, como se ha visto— es la relativa a las normas de la responsabilidad contractual, cuyo diseño debe tender, visto más analíticamente, hacia (i) la distribución (óptima) de los recursos productivos a quien pueda evitar los costes del incumplimiento (de derroche en el intento de cumplir y de expectativas en quien espera la prestación) a menos precio; (ii) la mejor absorción social del daño —se trata de evitar eso que TRIMARCHI llama las «sacudidas financieras»; y (iii) la reducción de los costes de la composición de los conflictos (así —resumiendo la investigación pionera en Europa de P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, en *Rivista trimestrale de diritto e procedure civile*, 1970, pp. 512 y ss.— ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, cit., pp. 2-3).

(214) Así, POSNER, *op. ult. cit.*, p. 69.

(215) Cfr. las breves pero eficaces reflexiones de M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali del contratto*, en C. M. BIANCA (ed.) *Le condizioni generali del contratto*, I, Milano 1969, pp. 158-159.

de los riesgos (en realidad es la otra cara de aquel problema modular). Cayo, un fabricante de tejidos, compra al ganadero Ticio una partida de lana en no muy buenas condiciones, de lo cual resultará que los jerseys manufacturados se arruinan. Cayo persigue judicialmente a Ticio. La cuestión a dilucidar para distribuir el riesgo consiste en saber quién de los dos tenía el deber de inspeccionar la lana, a lo que la teoría económica responderá diciendo que Ticio, pues el examen resultaba para él más barato. El juez, sin embargo, en aplicación del artículo 1.484 del Código civil (216), no hará responsable a Ticio de los vicios ocultos, ya que considera a Cayo un «experto en lanas». Este fallo tendrá como consecuencia que en ulteriores transacciones Cayo —y los operadores que se encuentren en su misma circunstancia— hará insertar una cláusula en el contrato, por la que desplaza esa responsabilidad a Ticio (*cheapest cost avoider sub specie de cheaper inspector*), ya que los costes de la negociación son menores al coste del riesgo que, en la solución legal (sin duda eficiente *en general*) (217), le están asignados (218). La alteración del plan que había diseñado el legislador se justifica por un cálculo más eficiente (más justo *in concreto*), explicándose así la función maximizadora de utilidad de la autonomía de la voluntad. Retengamos pues que la función informativa del derecho contractual, en lo que concierne a la reducción de los costes de negociación, significa la previsión de reglas únicamente para el caso en el que crear unas nuevas (quizá más adecuadas) tiene sus costes.

Finalmente —dentro del objetivo de la información— el derecho de los contratos proporcionaría a las partes de una transacción en perspectiva la información concerniente a las muchas contingencias que pueden «desbaratar» el cambio y, por tanto, podría asistirlas en la planificación «sensible» de su operación. Pensemos por un momento en el ejemplo anterior: el conocimiento de la jurisprudencia ayudaría a Cayo a «reformar» el derecho objetivo, al objeto de prevenir una distribución sub-óptima. En este sentido —señala Posner— «[L]as partes, a través de sus abogados, son guiadas sobre los fallos en el proceso de cambio revelados por las *opinions* en los *cases* contractuales ya decididos» (219). No lleva razón Pardolesi cuando dice que este objetivo parece «cogido por los pelos», pues debido a la complejidad de la normativa, el recurso a ella (con fines informativos) es necesario instrumentalizarlo a través de un abogado, lo cual resulta más un coste que una ventaja. Cierto. Pero se olvida el beneficio que se puede obtener de ello en transacciones, por supuesto, en las que la entidad patrimonial del intercambio no sea muy contenida (220). Otros

(216) Se recordará que este precepto prescribe que el vendedor «no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos».

(217) V., aquí, POSNER, *op. cit.*, p. 83 (para la situación general, en que parece que los costes de información son menores para el comprador).

(218) Cfr. DIAMOND, *op. cit.*, pp. 297-298.

(219) POSNER, *op. cit.*, p. 69.

(220) Cfr. PARDOLESI, *Analisi economica*, cit., pp. 709-710.

autores, al querer concretar la muy poco precisa fórmula de Posner, se refieren aquí a la función del derecho de *ajustar el flujo de información entre las partes*. La ley debe fijar los cambios de información necesarios y su contenido (221). A mi juicio, sin embargo, éste no sería sino un aspecto particular —de importancia decisiva si se quiere— de la distribución de los riesgos y por tanto de la recta conformación del contenido contractual (principio de justicia). Creo que lo que en realidad traduce este objetivo de la planificación es un *ahorro de experiencia*, que es un valor económico. El derecho, al fijar el *iter* de vida de los tipos contractuales (y me refiero a todo tipo de derecho contractual: legislativo, judicial y doctrinal), ha plasmado un modelo empírico de operaciones económicas y de intereses (un *tipo* de conducta frecuente y, presumiblemente, eficiente) que ahora ofrece a los operadores económicos.

Resumiendo, el derecho de los contratos persigue la maximización del valor conjunto del cambio a través de la reducción de los costes de transacción asociados a los intercambios de prestaciones no simultáneas, a las contingencias de la planificación y a la información inadecuada (222). Y esperamos que en esos tres datos pueda reconocerse una apretada síntesis de la exposición realizada hasta el momento (223).

(221) Cfr. DIAMOND, *op. cit.*, pp. 298-299.

(222) ROGERS, en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, p. 1041 (resumiendo la visión posneriana en *Economics of Contract Law*, cit.).

(223) En realidad —como señala PARDOLESI, *op. cit.*, p. 709—, a fin de cuentas, y como ya anticipábamos, todo el análisis económico de los contratos puede escribirse en clave de costes de transacción; y también en clave de costes de transacción es posible intentar una nueva tipología de todos los contratos. El análisis expuesto (como toda la teoría del contrato clásica) sirve muy bien para las *estructuras de gobierno* contractuales (esqueleto institucional dentro del cual se decide la integridad de la transacción) del mercado, pero no para las jerárquicas y las híbridas: se ajusta al concepto de *compraventa* más que al de *contrato* (cfr. S. T. LOWRY, *Bargain and Contract Theory in Law and Economics*, cit., p. 12). No voy a profundizar en el problema: únicamente diré que es mérito de la *new law economics* el haber puesto de manifiesto que la idea de contrato no es unitaria y está llena de fracturas: piénsese en el abismo que va entre una venta (*mercado*), una sociedad (*jerarquía*) y una concesión mercantil (*híbrido*), desde los puntos de vista examinados en el texto. En este sentido, la distinción fundamental entre *contrato-transacción* y *contrato-relación* [v. el esquema de doce diferencias básicas que hace el creador de estas categorías —que expresan el paso de una economía de cambio a una economía organizativa (pp. 710 y ss.)—: MACNEIL, *The Many Futures of Contract*, cit., pp. 738-740] puede ser de un enorme interés para modernizar la teoría del contrato en este punto y explicar toda una serie de confusas categorías dogmáticas, tales como contrato de colaboración, de organización, de duración, de servicios, etcétera. Muy esquemáticamente explicadas, las ideas básicas son las siguientes (sigo la exposición del autor que quizás más haya desarrollado este sector: O. E. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 22, 1979, pp. 233 y ss.): Hay dos formas de organizar la actividad económica: el *mercado* y la *jerarquía* (la empresa —v. retro, nota 94; el trabajo primero en esta dirección, como se informaba allí, es la *Naturaleza de la empresa* de COASE—); cuando el mercado llega a ser costoso en términos de economías de producción y de transacción, se acude a organizar la actividad

13. El presupuesto implícito de toda la discusión anterior es un modelo convencional de distribución de los recursos en los que los mercados funcionan más o menos correctamente, de forma tal que uno se puede fijar en la transacción singular en la suposición de que el sistema trabaja eficientemente. Pero a este punto resulta natural preguntarse si los mismos costes de información y transacción que existen en los contratos singulares no implican simultáneamente algunas interferencias en el mercado total, que pueden llegar a ser relevantes para el tratamiento de los cambios y la eficiencia en concreto. Se advertirá aquí, como temario capital, la entera problemática de la contratación *standard*. A ella, pues —y para completar el panorama trazado en el epígrafe anterior— dedicaré seguidamente unas muy escuetas consideraciones, siempre —claro está— desde el punto de vista económico

económica de forma que las decisiones se tomen jerárquicamente. Pero este sistema también puede ser costoso —sobre todo *sub specie* de economías administrativas—, con lo cual, a veces, hay que recurrir a soluciones intermedias, que traten de remediar las *market failures* y las *internal organization failures* (cfr. *retro*, nota 96, e *ibi* referencias). Lo que es característico del derecho contractual clásico es que está pensando siempre en la forma organizativa del mercado; por ello, más que nada, facilita el cambio «incrementando la discrección e intensificando la presencia»: se busca la presencia en el lugar y tiempo para que la transacción sea realizada o percibida (planificada *seguramente*) al momento. El derecho clásico sirve tales fines de muchas formas; entre otras, porque (i) la identidad de las partes le es irrelevante; (ii) la naturaleza del acuerdo está siempre perfectamente delimitada; (iii) los remedios están estrechamente prescritos, de modo que si por incumplimiento falta la *presentation*, las consecuencias son relativamente previsibles desde el principio, etc. Pero no todas las transacciones, como decíamos, se ajustan a este esquema «clásico». Los contratos de duración, que se ejecutan en condiciones de *incertidumbre*, hacen que la *presentation* completa sea prohibitivamente costosa, sino imposible: ahí nace lo que Williamson llama el contrato *neoclásico*, duradero, cuyas características son: (i) lagunas en el *planning* y (ii) aparición de técnicas utilizadas por los planificadores para crear flexibilidad y resolver los conflictos. Las *estructuras de gobierno* de estos contratos son de naturaleza muy compleja y su grado de complejidad depende de tres dimensiones fundamentales: (i) *incertidumbre* (sin duda, la más importante); (ii) *frecuencia* (de las transacciones simples que serían necesarias para sustituir la compleja entre las partes); y (iii) *necesidad de inversiones específicas* para llevar a cabo la «colaboración contractual». Fácilmente se observará la distinta «función económica» del derecho contractual (legal o privado) en estos tipos negociales neoclásicos, habida cuenta de la necesidad de instrumentar nuevos mecanismos de compresión de los costes de transacción (ahora ingentes). El tema, sin embargo, por evidentes razones de «economía expositiva», no puede ser abordado en esta ocasión. Una vez más, por consiguiente, me limitaré a indicar la bibliografía elemental, bastante escasa por los demás. Habría que incluir, al lado de las obras citadas en el curso de esta nota, a I. R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, en *Northwestern University Law Review*, vol. 72, 1978, pp. 854 y ss.; V. P. GOLDBERG, *Toward an Expanded Economic Theory of Contract*, en *Journal of Economic Issues*, vol. 10, 1976, pp. 45 y ss.; y G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus (Ohio) 1974. No creo necesario añadir que el análisis de Posner —y el que se ha hecho en el texto— sigue moviéndose en la línea del mito puramente transaccionista del contrato (MCNEIL, *The Many Futures*, cit., p. 805, nota 320).

co (aunque el tratamiento en esta ocasión resultará sin duda mucho más familiar). El tema no carece de interés en el orden de ideas en que nos venimos moviendo; mas aún, se diría que es precisamente desde esta óptica económica desde donde se percibe con mayor exactitud la *equivalencia funcional de las condiciones generales y del derecho objetivo de los contratos*, tal y como aquí ha quedado expuesta. En semejante afirmación, sin embargo, no debe buscarse un intento de rehabilitación de la «teoría normativa» de las condiciones generales (al menos en su formulación «iusnaturalista»), aunque al poner de relieve ciertos aspectos concomitantes no se descarten todas sus posibilidades (224). No, más bien se quiere significar que «dictando normas», la empresa —como el legislador (225)— contribuye de una manera decisiva a la reducción de los *costes de transacción* y de los costes de *información* implicados en todo cambio. Este apunte (que —repito— debe ser entendido en términos de roles y no «ontológicamente») no creo que hoy pueda ser contestado. Con las condiciones generales, en efecto, de una parte, se simplifican y aceleran de modo radical los procedimientos de conclusión de los contratos, determinando (a través del ahorro de tiempo, de medios y de actividad) la compresión de aquellos costes de negociación que las técnicas de contratación individualizadas contribuyen a elevar; y, de otra, se remueven también —dando cuerpo a una reglamentación de las relaciones más analítica, exhaustiva y clara que aquélla que contiene el derecho dispositivo (incompleto y con frecuencia ambiguo)—, se remueven, decía, los motivos de incertidumbre y, con ellos, las razones de muchas controversias en lo que toca a una correcta administración del contrato, previniéndose así, indirectamente, la *litis* y los costes a ella asociados (226). El resultado es claro: se comprimen costes al reemplazar un derecho objetivo disfuncional y envejecido por otro «derecho» creado por las empresas e inmediatamente diseñado

(224) Como dicen ESSER y SCHMIDT (*Schuldrecht*, cit., vol. 1, p. 104) no se puede caer en el error (y sin duda se refieren a una conocida expresión de Raiser) de considerar a las condiciones generales como un *Nullum jurídico*. Con ello no es que propongamos «desempolvar» las viejas teorías normativas (surgidas en la «peligrosa» Alemania de los años 30); pero sí expresamos nuestro convencimiento de que —como señalan los autores citados (*ibid., loc. cit.* —pero v. también pp. 102-103—) «es una exigencia de la honestidad científica admitir que la legitimación jurídica de las condiciones generales de los contratos no puede ya fundarse ni en la teoría contractual, ni en la teoría normativa». Hay que buscar una tercera vía intermedia, que aproveche los aspectos satisfactorios de las anteriormente ensayadas. De todos modos, es éste un asunto que no podemos tratar aquí y que, por ende, debe quedar remitido: al respecto (entre una bibliografía abrumadora) podrá ser útil como primera aproximación el escrito de E. ROPPO, *Le condizioni generali del contratto tra «norma» e «negoziò»*, en *Politica del diritto*, 1974, pp. 711 y ss.

(225) Cfr. PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 738-739: la analogía de la decisión legislativa y la decisión empresarial cuando dicta condiciones generales se observa, porque en ambos casos ya no se consideran «economías individuales», sino «grandezas agregadas».

(226) Así, por todos, E. ROPPO, *I contratti standard e le tecniche del loro controllo*, en S. RODOTA (ed.) *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna 1977, pp. 530-531; y ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 99-100.

(«calculado», podría decirse) en vistas a la realización de los postulados de la eficiencia. Estas funciones —e insisto en que la exposición está instrumentalizada por un análisis económico de sesgo neoclásico— cifrarían ese aspecto que la literatura que se ocupa del tema acostumbra a calificar de *racionalizador* (227). Es ésta justamente la que Posner denomina «explicación inocente» (en el buen sentido de la palabra) de las condiciones generales, frente a la que también él llama *sinister explanation*; a tenor de esta última, la razón profunda de las condiciones generales habría que buscarla en el poder monopolístico de las grandes empresas, que se niegan a negociar las cláusulas con cada contratante, porque saben que a éstos no les queda más remedio que adherirse a sus propuestas (en las que, por supuesto, se ha procedido a desviar los riesgos del contrato sobre la parte más débil) —se trata de la tesis, digamos, que se preocupa por la tutela del consumidor en situaciones conocidas en la teoría económica bajo el título de «monopolio bilateral» (228). En este esquema —ciertamente «maniqueo», pues la realidad es más compleja— podemos reconocer los dos grandes puntos de vista que se enfrentan en el debate sobre la materia. Nos resta ahora verificar —en el estricto ámbito de la teoría económica clásica— la racionalidad de cada uno de ellos, aunque en este punto hay que avanzar que el análisis económico nada nuevo añade a lo que ya sabíamos. Intentaré demostrarlo.

La explicación «monopolista» —dice Posner— parece inaceptable, porque implícitamente asume, como condición de la realidad, la ausencia de competencia. En la medida en que ésta exista, perderá pues su eventual consistencia: Si una empresa ofrece condiciones no muy atractivas para el consumidor, otra empresa —queriendo atraer para sí al cliente y en legítimo ejercicio de la lucha concurrencial— se las ofrecerá más ventajosas; y así y sucesivamente continuará el proceso hasta que los términos del contrato sean *óptimos* desde el punto de vista del consumidor —no olvidemos que el contrato mismo constituye una «característica» del bien que está en oferta— (229). Posner, en realidad, arguye que el control de las condiciones generales lo llevará a cabo el mercado; y que, donde éste no funcione bastarán las normas generales sobre los «defectos del cálculo de los costes y beneficios contractuales» (error, dolo, fraude, coerción, etc.) (230). Esta tesis

(227) En otra óptica es una cuestión a remediar; al respecto constituye un estimulante «botón de muestra» el opúsculo de F. KNEPER, *Technokratische Rationalität in allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1971, pp. 60 y ss.

(228) Aparte de las obras citadas *supra* nota 226 —que efectúan (como tantas otras) un planteamiento de la cuestión tal como el aquí expuesto— me remito ahora a POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 85, cuya «inteligente» exposición constituye mi punto de partida.

(229) *Ibidem*.

(230) En este sentido no parece «económicamente» congruente el control de los condicionados generales a través de cláusulas generales que vayan más allá de las defensas clásicas: paradigmática al respecto, puede ser la reconstrucción que ha hecho R. A. EPSTEIN de la noción de *unconsciousability* (v. *Unconsciousability: A Critical Reappraisal*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 18, 1975, pp. 293 y ss.) en estrictos términos de coacción, fraude

—desarrollada en Europa básicamente por Grunsky (231)— parece, ciertamente, *inocente* (como sugería el propio Posner, aunque, como señalaba hace un momento, con un sentido totalmente distinto) y no creo necesario documentar su inconsistencia al modo usual (232). Me referiré tan sólo al punto de vista económico —de la eficiencia, sin entrar a considerar aquí el principio redistributivo (por lo demás, de decisiva importancia) (233)— y precisamente en una situación de *efectiva competencia* para mostrar cómo el «análisis económico» de Posner es incorrecto. Incongruente con el análisis anterior de los contratos, pues ¿dónde han ido a parar las limitaciones de información y los costes de transacción —me pregunto con Diamond— que eran el corazón de su argumentación en materia de contratos negociados?, ¿es que no hay costes en la búsqueda de mejores condiciones, sobre todo en operaciones de escasa entidad patrimonial? Dos objeciones centrales pueden avanzarse a la tesis *inocentes*, cuyo impacto no se cancela diciendo —como hace Grunsky— que este sistema no ha funcionado hasta ahora porque al consumidor le faltaba «conciencia de concurrencia» (*Wettbewerbsbewusstsein*) (234): (i) que habida cuenta de que el tráfico fundamental de los contratos *standard* se desarrolla en el ámbito de *small sums-transactions*, el coste de información relativo a las restantes alternativas que se ofrecen en un mercado realmente concurrencial (mas no enteramente transparente) y el coste de la misma conclusión conocidas aquéllas (v.g., del desplazamiento), es proporcionalmente tan grande que, en la mayoría de los casos, será más beneficioso para el consumidor contratar en los términos no deseables de la primera oferta; y (ii) que puede ser que a las empresas no convenga ofrecer mejores condiciones aun existiendo, repito, competición verdadera; en este sentido han sido ya construidos modelos en los que un *precio excesivo sobre el precio competitivo es rentable debido a que las limitaciones de información remueven las ventajas concurrenceales de una disminución del precio*. En estos casos en los que el sistema de mercado diverge de la norma de eficiencia, un papel fundamental del sistema jurídico —de acuerdo con las mismas enseñanzas de Posner— es recuperar la eficiencia a través del derecho; al ser los

e incompetencia (incapacidad), con la finalidad, en definitiva, de impedir al Juez la intervención en el reglamento contractual; y en la convicción de la justicia inmanente proporcionada por las fuerzas naturales del mercado.

(231) W. GRUNSKY, recensión de J. SCHMIDT-SALZER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, München 1971, bajo el título *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft* en *Betriebs-Berater*, 1971, pp. 1113 y ss.; y también del mismo autor la *Erwiderung* al trabajo de W. LOWE, *Verstärkter Schutz des Kunden von unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en *Betriebs-Berater*, 1972, pp. 189-191.

(232) Cfr. HORN, *Zur ökonomischen Rationalität*, cit., pp. 320 y ss., y KÖHLER, *Vertragsrecht und «Property Rights»-Theorie*, cit., pp. 602-604.

(233) V., por ejemplo, A. T. LEFF, *Ignorance and Spite. The Dynamics of Collective Coercion*, en *Yale Law Journal*, vol. 80, 1970, pp. 1 y ss., donde se hace un análisis económico en la dirección mixta de Calabresi de algunos extremos relativos a la protección del consumidor en materia de relaciones contractuales.

(234) Cfr. GRUNSKY, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, cit., p. 1117.

costes de transacción muy altos (relativamente al valor de la operación), se exige que el derecho decida como lo hubiesen hecho las partes (235).

Pero incluso en una situación real de monopolio —añade Posner— el peligro de las condiciones generales es más aparente que real. Se basa para ello en un postulado de la teoría económica, según el cual la *calidad del producto* (o del contrato) no está afectada por la estructura del mercado (236), sino que el único factor que varía en función del grado de concentración es el *precio*, que, ciertamente, en régimen monopolístico será más alto. Pero en este caso —dice— la objeción será al monopolio y no al contrato de adhesión (237). La argumentación difícilmente podía ser más frágil; primero, la calidad (es decir, la distribución de riesgos que opere el contrato), como en competencia perfecta, puede no ser óptima (238); segundo, y sobre todo, si el precio es manejable al antojo del monopolista (y es en él, en el precio, donde, a fin de cuentas, se espeja —como diría Santini— el «modo de ser de todo el contrato») ¿dónde se verifica esa «ventaja» de las condiciones generales consistente en que su utilización hace decrecer el coste de la prestación en favor del consumidor, que alegan todos los defensores de la tesis «inocentes»? (239).

Estos argumentos tan simplemente expuestos —tanto en régimen de *workable competition* como de competencia monopolista— parecen insoslayables; entiendo por ello que la solución de Posner no puede admitirse (por supuesto, desde muchos puntos de vista, pero ni siquiera) en su propia perspectiva de un análisis económico adecuado a la norma de eficiencia. Conviene, pues, que nos preguntemos, antes de cerrar el epígrafe, qué directivas son todavía deducibles de la *new law & economics* para proceder al control de los contratos standardizados.

A mi juicio, el problema podría plantearse así: si el mercado no

(235) Cfr. DIAMOND, *Posner's Economic Analysis of Law*, cit., pp. 299-300. Una atinada formulación de esta crítica en T. FERGUSON, *Consumer Ignorance as a Source of Monopoly Power* (FTC Staff Report on Self-Regulation, Standardization and Product Differentiation), en *Antitrust Law and Economics Review*, vol. 5, 1971-72, pp. 79 y ss. (del núm. 2) y 55 y ss. (del núm. 3).

(236) Una demostración sintetizada de esta afirmación —el monopolio no afecta a la calidad— en PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 736-737 (que, a su vez, reproduce la argumentación de Schwartz).

(237) *Ibidem*.

(238) Así lo reconoce el mismo POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 85-86.

(239) V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pp. 533-534; ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, vol. 1, pp. 100-101. El trabajo más autorizado sobre la materia, sin embargo, se debe a H. KLEGE, *Rechtsprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichfungsklauseln*, Göttingen 1966, *passim* (y sobre el tema de la falacia del «argumento del precio», pp. 66 y ss.). En nuestra literatura se ha ocupado de este extremo —y justamente en el sentido que se oculta bajo nuestra interrogación— J. M. GONDRÁ ROMERO, *Condiciones generales de la contratación y protección de la parte «más débil» en el marco del derecho uniforme de la compraventa internacional*, en «Estudios en homenaje al profesor R. Uría», Madrid 1978, pp. 237-240.

funciona —a causa fundamentalmente de la desigual distribución de la información y del poder de negociación (*bargaining power*) (240)— y, por ende, no podemos confiar en la *autonomía de la voluntad*, será necesario *simular* el mercado (como se hacía en materia de responsabilidad civil). Para ello es absolutamente necesario el *control intervencionista* de las condiciones generales, cuyos medios serán, por una parte, las cláusulas generales de control del Derecho privado (buena fe, equidad, etc.); en cuyo seno siempre será posible encontrar una solución *racional* desde el punto de vista del mercado. Como a Horn, no se nos ocultan las dificultades de traducir, por ejemplo, la buena fe en *Marktrationalität*, pero lo que en todo caso parece cierto es que el criterio es seguro: atribuir las cargas, las responsabilidades a quien pueda soportarlas al menor coste, ya que, en caso contrario —de inusitada frecuencia por lo demás—, se llega a una distribución subóptima y, por ende, ineficiente (241). Por otra parte —y este criterio me parece particularmente importante— tenemos que contar con el *derecho dispositivo*; si al lado de su función supletoria, contemplamos su función directiva (*Rahmenfunktion*) tal como ha venido haciendo la jurisprudencia alemana (242) y entre nosotros ya propusiera el profesor De Castro en su conocido discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, allá por el año 1960 (243), si contemplamos su «función directiva», decíamos, encontraremos un *instrumento de control totalmente coherente con la lógica económica*. Porque el derecho dispositivo, en efecto, expresa (al menos como sospecha) la racionalidad del mercado (244); cosa que cabalmente documenta tanto el condicionamiento ideológico de su conformación como el «modelo de los iguales» que está a la base de su plan contractual: «la voluntad presumible de las partes» como «justo equilibrio de intereses» a que se refieren los civilistas más clásicos (245). Razones por las cuales puede muy bien considerarse como límite inmanente a la libertad contractual de la parte más fuerte de la relación (límite que tiene como objeto cancelar las diseconomías externas que la empresa genera sobre el consumidor amparada en su *hold up* monopolístico); su alteración —debido a los ingentes costes terciarios que su-

(240) Cfr. la magnífica y clara exposición de OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 79 y ss.

(241) Cfr. HORN, *op. cit.*, pp. 321-322. Obviamos aquí —como corresponde— el examen de las tesis críticas de la que podemos denominar «jurisprudencia de mercado»: v. D. HART, *Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato*, en BARCELONA, HART, MUCKENBERGER, *La formación del jurista*, cit., pp. 117, 123, etc.

(242) Idea que ha cristalizado en el pár. 9 de la AGBGesetz de 1976 (v., por todos, R. RÄCKER, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München 1978, pp. 1453-1454).

(243) Vuelto a imprimir por los tipos de Civitas hace escasos años: v. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid 1975, esp. pp. 78 y ss.

(244) Cfr. HORN, *op. cit.*, pp. 322-323.

(245) Cfr., por ejemplo, A. VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, trad. esp., I, vol. 1, Buenos Aires 1946, p. 41; y LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 751.

pondría el mero hecho de averiguar si es más eficiente *in concreto*—debería entenderse como signo de una externalidad, que con el control debe mantenerse internalizada. Llegados aquí, forzosamente, debemos detener el tratamiento del tema, para intentar valoraciones de orden más general.

14. Al término de esta reseña —quizá demasiado episódica— de algunos puntos relativos a las que podemos considerar instituciones pilares del ordenamiento patrimonial, estaremos en mejores condiciones para comprender el alcance real de aquel modelo general que se avanzaba en el epígrafe quinto. Se me consentirá, por consiguiente, que vuelva sobre lo que allí se dijo un poco *in terrorem*, en el intento de dejar definitivamente establecidas las relaciones que cada sector del ordenamiento guarda con el sistema de mercado —y no creo necesario ya insistir en el hecho de que todo lo que se pueda decir no alude sino a las «funciones prevalentes» que incumben a cada parte del Derecho privado; pues lo que es claro es que en todas ellas, en mayor o menor medida, conviven, junto a la propia, regulaciones que son características de las otras. Y hecha esta puntuación, el esquema podría repetirse así: Si el Derecho privado expresa la misma lógica que el mercado, su fundación debe ser la *norma de la eficiencia*, el cumplimiento de cuyos dictados, a su vez, —y el argumento es circular—, sólo resulta viable mediante una organización que asegure en todo caso que será la decisión del mercado la llamada a prevalecer. Para ello, el derecho de propiedad asume la tarea de definir y atribuir los «valores» del mercado (sus propiedades jurídicas). Su función es asignar en régimen de *propiedad privada*, que —según sabemos— se presenta como la única forma (o, por lo menos, la más desarrollada) capaz de internalizar *todos* los efectos de los recursos (*recte*: de las actividades que se promuevan en torno a ellos). En realidad al derecho de propiedad compete la misma *definición o constitución del mercado*. Por el contrario, al derecho de los contratos incumbe básicamente la *facilitación del mercado*; tarea que llevará a efecto —según también hemos podido ver— comprimiendo los costes de transferencia de los recursos hacia las que sean sus utilizaciones más satisfactorias. Y cuando el mercado no pueda funcionar, porque el cambio es prohibitivo o involuntario —nos encontramos en el área del derecho de la responsabilidad—, la función del derecho consiste en la *sustitución del mercado*; cosa que llevará a cabo decidiendo, es decir, asignando derechos a quien más beneficien y obligaciones a quien pueda soportarlas con el menor coste (que ambas son caras de una misma moneda: la maximización de la riqueza). Y si esas son sus «funciones», fácilmente se comprenderá por qué se le califica (al Derecho privado) de *mercado hipotético* (Posner) o, acaso más exactamente, de *meta-mercado* (Schwartz) (246). De todo lo cual, lo que se deduce es un motivo

(246) V., sobre este esquema, ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, pp. 40-42; HORN, *op. cit.*, p. 310; y, sobre todo, POLINSKY, *Economic Analysis of Law as Potentially*, *cit.*, pp. 1663-1665.

común (la eficiencia del mercado) que se conduce por itinerarios diversos (definición, facilitación o simulación); la unidad profunda, en suma, que subyace al *common law* y —creo también— al *civil law*. Porque las diferencias entre los derechos de propiedad, de los contratos y delictual no existen sino en la superficie del vocabulario, del detalle, del específico objeto; no existen, desde luego, en los más hondos niveles del método y de los fines (*policy*). Situados en este plano, se trata sólo de producir más utilidad, se logre ésta definiendo un *property right*, diseñando una nueva regla de responsabilidad o distribuyendo un riesgo contractual no previsto hasta el momento. Nada cambia —dice Posner— por el mecanismo utilizado (247).

15. Mas no conviene perder de vista la perspectiva esbozada, en la que a mi juicio se encuentra la clave de análisis de toda la *new law & economics*. Es más, se impone profundizar en esa dirección. La labor de Posner en este sentido se ha detenido en la mera insinuación (248), por lo que ahora es menester que volvamos la vista hacia aquellas otras investigaciones en las que de una manera más reflexiva se ha ensayado un verdadero modelo teórico; un modelo que nos habrá de permitir observar el entero Derecho privado de una manera unificada. El criterio de fondo será el mismo —es decir, *la función creciente del derecho a medida que el mercado va dejando de funcionar a causa de la progresiva aparición de externalidades*—, pero el punto de referencia no tanto un sector del ordenamiento, cuanto un tipo de regla o de protección del derecho subjetivo. El esquema teórico se debe fundamentalmente a Calabresi y a Melamed, quienes, en un trabajo que sin duda será histórico, han articulado por primera vez un concepto general de *entitlement* (el correlato jurídico de la categoría de significación preferentemente económica de *property right*) que es susceptible de una triple protección a tenor de las reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad (249). La noción de *entitlement* (o «entitulamiento»), por lo demás, no divergería de nuestra categoría de «derecho subjetivo» —en su acepción más usual— y expresaría, consecuentemente, la atribución al individuo de un poder por el Estado que le legitimaría para actuar en un cierto modo frente a algo o alguien (250).

Cuando examinábamos el problema de los *property rights*, se aludía ya a un primer estadio de la decisión jurídica: Allí intentábamos explicar por qué se atribuyen *property rights* (y, en general, derechos); y allí también insinuábamos que son razones de eficiencia las que hacen intervenir al Estado para que en situaciones de conflicto no rija

(247) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 179.

(248) Así, por ejemplo, HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 986.

(249) G. CALABRESI y A. D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules*, en *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1089 y ss. Este trabajo resulta seguido muy de cerca por PULITINI, *Regole giuridiche e teoria economica*, cit., pp. 297 y ss.

(250) Cfr. PULITINI, *op. cit.*, p. 306.

el principio del más fuerte (*might makes right*), sino la solución más satisfactoria desde el punto de vista del proceso social de creación de la riqueza (251). Mas el Estado no tiene que decidir sólo qué da y a quién da el derecho; debe asimismo definir cómo protege al destinatario. Y precisamente aquí es donde observamos las tres categorías de derechos (*entitlements*) que acabamos de mencionar, pues la diferencia estriba en la distinta protección de que son merecedores: (i) un derecho se encontrará protegido por una «regla de propiedad» (*property rule*) —a este concepto se reconducen todo tipo de acciones reales, acciones de cesación, cumplimiento *in natura*, etc.; lo que en el *common law* constituye el *injunctive remedy*— en la medida en que cuando alguien pretenda obtenerlo de su titular tiene necesariamente que «comprárselo» en una transacción voluntaria, en la que el valor del derecho mismo se acuerda entre las partes. Se trata ésta de una forma de *entitlement* en la que la intervención del Estado es mínima: la «decisión colectiva» (que, como sabemos, es la denominación que da Calabresi a la decisión intervencionista) sólo tiene lugar para decidir a quién se asigna, pero en ningún caso para determinar el valor del derecho asignado; (ii) un *entitlement* está protegido, en cambio, por una «regla de responsabilidad» (*liability rule*), cuando su valor no venga determinado autónomamente por las partes (en el ámbito, se entiende, de la contratación), sino *more* «autoritario» por el mismo Estado. Obviamente, esta regla de la responsabilidad comporta un estadio más avanzado de intervención: El Estado ahora no se limita a la asignación del derecho, sino que asimismo provee a la estimación de su valor: la destrucción o transferencia del *entitlement* sólo es factible contra el reembolso de un precio que es decidido por algún órgano del Estado y no por las partes afectadas por el cambio; (iii) finalmente, un *entitlement* se hallará tutelado por una «regla de inalienabilidad» (*inalienability rule*) siempre que su transferencia no sea permitida entre un «comprador» que lo quiere adquirir y un «vendedor» que, por su parte, también lo desea transmitir. El Estado en este caso interviene no tanto para determinar a quién está inicialmente asignado el derecho y para fijar la medida de su compensación, cuanto para prohibir su transferencia (bajo determinadas circunstancias) (252). Y aunque cada una de estas normas se revela sustancialmente diferente desde el punto de vista funcional, es evidente que sus finalidades son complementarias: por ello no extrañará que la mayoría de los *entitlements* o de los derechos (sobre la mayor parte de los recursos) sean de carácter mixto: la casa de Cayo estará protegida por una *regla de propiedad* en la medida en que Ticio se la quiera comprar o cuando cualquier tercero se empeñe en entrar en ella; por una *regla de responsabilidad* cuando el Ayuntamiento pretenda expropiársela o cuando Sempronio se la haya destruido; y por una *regla de inalienabilidad* cuando Cayo, el mismo propietario, se encuentre embriagado o sea víctima de una grave ma-

(251) Cfr. CALABRESI-MELAMED, *op. cit.*, pp. 1090 y 1093 y ss.

(252) *Ibid.*, p. 1092.

quinación engañosa (253). A la cuestión de en qué situaciones se preferirá un tipo de protección sobre otro, intento ahora responder desde el punto de vista de la *new law & economics*; es decir, ciñéndome a los dictados de la norma de eficiencia.

La *property rule* ya sabemos cuando entra en juego: *en todas aquellas situaciones en las que en el cambio entre dos operadores no se produce ningún fenómeno de externalidades retenido digno de corrección*. Habida cuenta que el cambio no origina efectos sobre terceros, las partes son completamente libres de tratar entre ellas y de establecer el precio con plena independencia. La regla de la propiedad permite, pues, que sean las valoraciones privadas de las partes las que regulen enteramente sus actividades. Desde el punto de vista económico, la situación descrita es aquélla paradigmática del mercado: no requiriéndose suerte alguna de intervención externa, el precio se forma automáticamente en el cruce de la oferta y de la demanda —en el punto del acuerdo (254).

Pero la sociedad no se puede limitar a este tipo de reglas; en multitud de ocasiones deberá echar mano de la *liability rule*. En términos de eficiencia económica no es difícil caer en la cuenta de ello: siempre que la utilidad de alguien dependa de un recurso *unpriced* o impropriamente *priced* (255); cuando, en suma, *el coste de establecer el valor de un recurso-derecho sea tan grande que el intercambio deviene prohibitivo, siendo éste, sin embargo, óptimo en la escala paretiana*; en todas estas ocasiones, digo, *se hace imprescindible el recurso a la «regla de responsabilidad», la cual, a través de una determinación heterónoma del valor del recurso, facilitará un cambio socialmente deseable*, que, sin embargo, en el ámbito de la *property rule* no tendría lugar, a causa de los altos costes de transacción. Un ejemplo podrá ayudarnos una vez más a comprender las dimensiones reales del problema. Tomaremos el supuesto de la realización de un parque público, porque en él aparecen dos típicos fenómenos de externalidad, que interfieren una correcta formación del precio: me refiero al *hold put* (tendencia a sobrevalorar un bien propio en el trance de su expropiación por motivos de utilidad pública) y el *free loader* (tendencia a infravalorar la utilidad propia que se puede recabar de un bien o de un servicio públicos). Supongamos que el terreno sobre el que se proyecta realizar el parque pertenece a varios propietarios individuales. Todos ellos tratarán de sobreestimar el valor de su parcela, contando con el hecho de que la suma total de todas las pretensiones iguale en todo caso a la cantidad que el adquirente está dispuesto a abonar. Los adquirentes —es decir, aquellos vecinos que tendrán que sufragar el precio de la expropiación, aunque jurídicamente la titularidad corresponda al ente público local— probablemente tenderán a subvalorar la utilidad efectiva que obtendrán de la

(253) *Ibidem*.

(254) Cfr. PULITINI, *op. cit.*, p. 313.

(255) Esta es la célebre definición que Mishan hiciera de la «externalidad» (*apud*. McKEAN, *Property Rights within Government*, *cit.*, p. 177).

realización del parque público, contando con el hecho de que la suma de la oferta que ellos efectúen será por lo menos igual a la cantidad que demanda el colectivo de los propietarios. Con un mecanismo de mercado puro probablemente no se llegaría en ningún caso —si tenemos en cuenta esas interferencias en la formación de los precios— a una solución positiva o si se llegase sería con el inútil derroche de haber satisfecho muchos costes de transacción. Por ello, posiblemente se estimará más eficiente intervenir: se pasará en ese momento de la protección a través de una «regla de propiedad» a la protección mediante una «regla de responsabilidad»; pues —como sabemos— ésta comporta una valoración colectiva (estatal) de los respectivos derechos de los propietarios y de los ciudadanos que deberán disfrutar del parque. Una tercera entidad estimará el precio de la supresión del *entitlement* a sus legítimos titulares y asimismo el impuesto o contribución que cada vecino del barrio deberá satisfacer a cambio del beneficio que se le concede (256). Otro ejemplo nos lo puede proporcionar la tortuosa materia de los accidentes de tráfico. Si se atribuyese a todos los peatones un derecho a no ser dañado en accidente que estuviese, sin embargo, protegido por una «regla de propiedad» —recordemos que la «regla del contrato» se incluye dentro de la *property rule*, de la que no es sino una «provincia»— habría que requerir a todos los operadores que circulan en automóvil (y que por tanto realizan actividades que pueden dañar a los peatones) para que «compraren» el derecho a lesionar una mano o a romper una pierna, etc. Tales negociaciones «pre-accidentes», a nadie se le oculta, serían extremadamente costosas, frecuentemente prohibitivas (257). Requerir eso, precluiría el ejercicio de muchas actividades que desde el punto de vista económico generan más riqueza de la que destruyen (por ejemplo, viajar por autopistas o circular por la ciudad). Razón por la cual se desplaza la decisión sobre el valor de esos derechos a un tercero (normalmente el juez) que naturalmente decide *ex-post* (258). Para nuestros propósitos será suficiente anotar aquí que el fundamento último para proteger un derecho con una regla de responsabilidad consiste en el hecho de que la valoración del mercado es deficiente o imposible: hay «fallos del mercado».

Permanecen todavía por considerar aquellos *entitlements* cuya protección comporta un grado todavía mayor de intervención: el Derecho reglamenta en estas hipótesis la posibilidad misma de la transmisión del derecho y así, por ejemplo, prescribe condiciones a las que debe someterse la «venta», cuando no prohíbe tajantemente la transferencia. Aunque estas «reglas de inalienabilidad» se presentan sustancialmente diversas de las ya examinadas, el recurso a ellas también puede ser analizado en términos de eficiencia. Porque aunque a primera vista pueda parecer que los objetivos eficientistas se vean socabados por las limitaciones puestas a las transacciones, un análisis más afinado pronto

(256) Cfr. CALBRESI-MELAMED, *op. cit.*, pp. 1106-1107.

(257) A veces, sin embargo, no son costosas: v. *retro nota 153*.

(258) *Ibid.*, p. 1109.

nos convencerá de que la eficiencia se consigue cabalmente cancelando las transacciones. Esto ocurre —como era de esperar— cuando los cambios puedan ocasionar externalidades considerables. Calabresi nos ofrece un ejemplo muy interesante: si a Cayo le estuviese permitido vender su parcela en la urbanización a Ticio (que es una empresa que polucionaba), estaría con ello dañando a su vecino Sempronio, pues, entre otras razones, haría decrecer el valor de su casa en el mercado inmobiliario. Sempronio, hipotéticamente, podría pagar a Cayo para que no le vendiese su parcela a Ticio; mas, debido al hecho de que existen muchos Sempronios (todos sus vecinos) los costes de información y de transacción harían inviables tales transmisiones (la regla de propiedad se muestra claramente ineficiente). El Estado, sin embargo, podría tutelar a esos vecinos que he llamado Sempronio asignándoles un derecho para prevenir la venta de Cayo, pero sólo protegido por una regla de responsabilidad (facilitando así la transmisión). Se podría, por ejemplo, crear una tasa que gravase todas las ventas de parcelas urbanizadas a empresas «polucionadoras» que fuese igual al coste externo que la venta infiere a los vecinos. Pero siempre que los vecinos dañados fuesen muchos, de tal forma que el precio referido bajo la regla de responsabilidad fuese tan alto que nadie estuviese dispuesto a pagarla, en estos casos, digo, sería conveniente instaurar una nueva regla: la inalienabilidad a empresas polucionadoras de parcelas sitas en urbanizaciones. Prohibiendo dichas ventas se lograría, es claro, el resultado más eficiente, ya que en todas estas hipótesis parece evidente que evitar la polución resulta más barato que prevenir sus costes —es decir, las externalidades que se proyectan sobre el vecindario— (259). La regla de la inalienabilidad se adapta asimismo a toda una serie de supuestos que sin duda ya estarán en la mente de todos: Cuando los costes externos no son monetizables (porque cualquier intento en ese sentido se revela arbitrario) parece ser la regla más correcta. Si Cayo vende su cuerpo, es muy probable que Ticio se sienta infeliz (coste externo), ya que —imaginemos— cree profundamente en la libertad y repudia la esclavitud. Otra vez, Ticio podría pagar a Cayo para que no vendiese su cuerpo... (se repite el razonamiento anterior). En este caso —siguiendo la argumentación de Musgrave— se puede decir que el derecho prohíbe la venta del propio cuerpo porque la diseconomía externa (de tipo moral en este caso) sería de naturaleza tal que haría ineficiente la esclavitud misma (260). Hay por último otras dos razones que dicta la eficiencia por las cuales la «venta» de *entitlements* queda prohibida en determinadas circunstancias. Tenemos así, por una parte, lo que acostumbra a calificarse de *self-paternalism*, que a pesar del nombre se muestra como una norma perfectamente coherente con el óptimo de Pareto. Aquí debemos incluir todos aquellos supuestos en los que se niega al individuo la posibilidad de que haga una valoración de su derecho a corto plazo y se hace una estimación heterónoma a largo plazo (que coincidiría con la del individuo en cuestión, si

(259) *Ibid.*, p. 1111.

(260) *Apud. PULITINI, op. cit.*, p. 316.

fuese *homo oeconomicus* en las circunstancias del caso); así se explican situaciones de inalienabilidad tales como la invalidez de los contratos «perfeccionados» bajo coacción, violencia, dolo, error, etc. Por otra parte, tenemos lo que se denomina *true paternalism* que, con consideraciones análogas explica, por ejemplo, la prohibición de muchas actividades a los menores (incapacidad). Esta regla se basa en la idea de que Cayo (un tercero) conoce mejor que Ticio (el menor) lo que maximiza su función de utilidad; por ello, Ticio no puede disponer de su derecho, sino que esta competencia viene asignada a Cayo (su representante, verdadero *homo oeconomicus*) (261).

El esquema trazado, es cierto, no pasa de ser una «vista de la catedral» (262), un modelo (entre tantos) de construcción y comprensión; pero se convendrá que puede ser extremadamente útil para la inteligencia del sistema jurídico y aun para la resolución de conflictos concretos (263). Precisamente porque delimita los distintos tipos de normas de decisión a las que recurre el ordenamiento jurídico para lograr la eficiencia (264). Pero sería erróneo entender que la decisión de mercado sólo triunfa en el ámbito de la regla de propiedad (y contrato); en realidad es la que acaba imponiéndose en todas las reglas de protección: el sentido de la *intervención* es cabalmente el de sustituir la que sería la distribución de recursos del mercado, en aquellos supuestos en que éste, *realmente*, no trabaja de forma satisfactoria, pues se detectan «fallos de mercado» —que en la clasificación de Bator serían las *externalidades*, los *bienes públicos* y *monopolios* (aunque estas dos últimas categorías son incluibles dentro de la primera y más general de las *externalities*) (265). Por ello el esquema de normas de protección trazado por Calabresi entraña perfectamente con el modelo general de relación entre el Derecho privado y el sistema de mercado que hemos venido tematizando a lo largo de toda la exposición; y entraña precisamente al poner de manifiesto las que hemos llamado *prevalencias funcionales* de cada sector: la «regla de propie-

(261) Cfr. CALABRESI-MELAMED, *op. cit.*, pp. 1113-1114.

(262) Estas palabras de los mismos autores *ibid.*, pp. 1089-1090, nota 2, me parecen especialmente significativas al respecto: «Since a fully integrated approach is probably impossible, it should be emphasized that this article concerns only one possible way of looking at and analysing legal problems [...] this article is meant to be only *one* of Monet's painting of the Cathedral at Rouen. To understand the Cathedral one must see all of them».

(263) Significativo el estudio de la polución realizado por Michelmann utilizando estas tres reglas: v. F. MICHELmann, *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresis'Cost*, en *Yale Law Journal*, vol. 70, 1971, pp. 647 y ss. Y, recientemente, en un estudio exquisitamente económico, la perspectiva ha servido a A. M. POLINSKY, *Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule and Tax-Subsidy Approaches*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1979, pp. 1 y ss.

(264) Por ello no puedo estar de acuerdo con PULITINI (*op. cit.*, p. 317), cuando señala que estas reglas que examinamos son el correlato jurídico de formas de organización económica *diversas*; y, en concreto, de el mercado, la economía mixta y la economía colectivista.

(265) Así, DAHLMAN, *The Problem of Externality*, *cit.*, p. 142, nota 4.

dad» en el derecho de propiedad y contratos; y la «regla de la responsabilidad» en el derecho del delito civil. La «regla de la inalienabilidad» (muy distinta a las demás) juega para definir las condiciones mismas de funcionamiento del mercado (y con él, del resto del Derecho privado): que los operadores sean realmente *homines oeconomici*.

IV

16. Como ya indicaba en el umbral de estas páginas, la finalidad preferentemente informativa con que fueron concebidas no podía (ni debía) excluir una primera *aproximación crítica* al modelo (tanto hermenéutico como axiológico —ideológico, si así se prefiere) que, para el estudio del Derecho privado, parece derivarse de la *new law & economics literature*. Aunque vayan dirigidas más bien a detectar puntos débiles y proyecciones «peligrosas» que a efectuar un diagnóstico exhaustivo, algunas consideraciones críticas me parecían, pues, de rigor a la hora de cerrar estas líneas. La discusión gravitará en torno a dos temas capitales (a los que seguirá una insinuación) que el lector con seguridad ya habrá advertido: (i) la primera cuestión es de orden preferentemente metodológico y concierne al alcance de la teoría económica en la investigación interdisciplinar del universo jurídico. Al respecto, se intentará matizar ese carácter pretendidamente *totalizante* y *superior* con que se quiere imponer el análisis económico en punto a la explicación del derecho (266). (ii) La segunda cuestión a plantear suscita un tema más de fondo, de naturaleza, se podría decir, *político-jurídica*. Se tratará de examinar si las directivas que, para la formulación e interpretación del derecho, emergen del análisis económico —*i.e.*: el principio de eficiencia— son (y, de serlo, en qué medida) congruentes, primero, con la economía del bienestar y, después, con los postulados de valor del ordenamiento actual que, a falta de denominación más precisa, llamaré ordenamiento del Estado social (267). Este último punto quedará, sin embargo, únicamente insinuado.

(266) Escribe POSNER (*sic*): «Whatever its deficiencies, the economic theory of law seems [...] the best positive theory of law extant» (*The Economic Approach to Law*, cit., p. 774). Y no creo haber escamoteado el pensamiento del autor desplazando estas palabras de su contexto). Sobre ese carácter «totalizador» a que me refiero en el texto, resultarán iluminantes las páginas del prólogo de G. BECKER a su *Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976, pp. 3-14, traducido ahora al castellano bajo el título de *El enfoque económico del comportamiento humano*, en *Información Comercial Española*, enero 1980, pp. 11 y ss.

(267) Por lo demás estoy plenamente convencido que la aludida cláusula constitucional de la *estatalidad social* señala la identidad característica del sistema jurídico de nuestros días. V., desde una posición ciertamente moderada (y entre una literatura hoy ya sin contención), T. RAMM, *Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des B.G.B.*, I, München 1974, pp. 93 y ss., y 123 y ss.

Las tesis de las que arranca cada una de estas reflexiones críticas pueden quedar formuladas así: (i) el análisis económico del derecho sólo representa «un punto de vista de la catedral»; (ii) la eficiencia económica como directiva político-jurídica (*policy-guide*) presupone el *ceteris paribus* en las demás condiciones (es decir, la satisfacción de otros valores socialmente vigentes). Tesis ambas que, desde ángulos diversos, expresan la clave de la crítica que se intenta desarrollar: la relatividad del análisis económico del derecho; el carácter visiblemente *reduccionista* de su perspectiva (268). Esto supuesto, es obvio que muchos otros aspectos de la crítica —algunos de los cuales ciertamente escapan a mi competencia— deben quedar remitidos en esta ocasión (269).

17. Vayamos al primer punto. «Es característico de la época en que vivimos —señalaba ya hace algunos años uno de los «padres» de

(268) G. BRUGGEMEIER (*Zeitgemäße Privatrechtstheorie als Aufgabe*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 64, 1978, pp. 93-94), aunque un poco de pasada, se refiere al reduccionismo economicista del análisis económico del derecho para oponerlo a otro tipo de reducciónismo que surgen en la moderna teoría del derecho privado; concretamente al reducciónismo político de un cierto sector de la doctrina alemana e incluso al mismo reducciónismo jurídico, que bajo peligrosas formas de *Begriffsjurisprudenz*, parece resurgir como respuesta a la actual crisis metodológica que atraviesa la ciencia jurídica. Relativamente a la *new law & economics*, sin embargo, ha sido MICHELMANN, *Norms and Normativity*, cit., pp. 1044-1047, quien más ha insistido en su visión reductora y unidimensional.

(269) La crítica económica se ha desarrollado básicamente en torno a los axiomas que soportan el paradigma del *free-market* como modelo de decisión jurídica y de distribución social de los recursos; es decir, (i) el axioma de la nulidad de los costes de transacción; (ii) el axioma de la convexidad; y (iii) el axioma de la nulidad de los costes de redistribución de la riqueza; v., sobre todo, POLINSKY, *Economic Analysis of Law as Potentially*, cit., pp. 1671 y ss., y HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, pp. 988 y ss. (e *ibid* ulteriores indicaciones bibliográficas). V. también ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., pp. 302-305. Para el examen de algunos defectos técnicos en que incurre Posner al realizar el análisis económico, v. DIAMOND, *Posner's Economic Analysis of Law*, cit., pp. 295-296.

La crítica filosófica (filosofía moral y filosofía del derecho), aunque se hagan algunas referencias, debe también quedar remitida. En el panorama americano, toda la discusión se mantiene dentro de las diversas corrientes de la filosofía liberal. Bastará reenviar a A. COLEMAN, *Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*, en *California Law Review*, vol. 68, 1980, e *ibid* más referencias. Tema distinto es la crítica moral; postula ésta la subordinación de la economía a la ética, partiendo, claro está, de que la hipótesis «hedonista» del *homo oeconomicus* no es consistente: el hombre es «metaegoista». A tales efectos remitimos a un viejo e interesante libro de G. DEL VECCHIO, *Diritto ed economia*, Roma 1954 (1.^a ed.: 1935), esp., pp. 9 y ss. y 30 y ss.

El trabajo crítico general de más amplias perspectivas se debe sin duda a A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, cit., pp. 151 y ss. Las dudas avanzadas por este autor son contestadas, no con mucha fortuna, por el mismo POSNER, *Economic Approach to Law*, pp. 772 y ss. Una valoración crítica de esta respuesta posneriana puede recabarse de ALPA, *Colpa e responsabilidad*, cit., pp. 441 y ss.

la Escuela de Chicago— pensar demasiado en términos económicos; observar las cosas predominantemente en su vertiente económica; y esto es especialmente cierto respecto de la gente americana —no por azar el nuevo método es un producto típicamente «USA»—. No hay prerequisito más importante para entender la misma teoría económica —concluía nuestro autor— que el reconocimiento de su lugar limitado entre los intereses humanos en general» (F. Knight, *The Economic Organization*) (270). La cita, muy significativa por su proveniencia, introduce lúcidamente nuestra tesis: el análisis económico no constituye más que una de las «vistas de la catedral» (como reza el título de un celebrado escrito de Calabresi) (271). Esta afirmación, tan llana y simple —y que, por supuesto, incluye nuestro convencimiento sobre la existencia de un área de *especificidad inmanente* de la ciencia jurídica, tanto de formas mentales (*Denkformen*) como de puntos de vista valorativos y metas (272), resulta, sin embargo, de absoluto rigor toda vez que parece negarse de raíz por el mismo modelo del análisis económico que se presenta a sí mismo como un punto de vista omni-comprendido (*all-pervasive approach*, dirá Baker), como el método general para la inteligencia de la realidad: el economista (o el llamado *lawyer-economist*), portador de nuevo sistema analítico y axiológico sustituye al jurista, cuyo tipo de saber se considera un tanto «prehistórico» y propone la única perspectiva válida (273). A poco que se medite sobre el tema —ésta es al menos mi impresión personal tras la lectura de algunas investigaciones sobre instituciones concretas (274)— lo que parece latir bajo el proyecto economicista es un verda-

(270) *Apud POLINSKY, op. últ. cit.*, p. 1658.

(271) Como tesis ha sido formulada por KIRCHNER, *Okonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Okonomie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 78, en los siguientes términos «[L]os problemas jurídicos pueden ser discutidos en planos diversos; entre ellos (pero no exclusivamente) en el plano económico».

(272) Cfr. KIRCHNER, *op. últ. cit.*, p. 19.

(273) V. *retro*, n. 3. Pero el autor que allí citábamos, el mismo KLEVORICK (*Law and Economic Theory*, cit., p. 243) ya nos pone alerta de un peligro de toda orientación: el *imperialismo intelectual* del economista que afirma la economía como *scientia scientiarum*. «Su papel —como muy bien señala LOVETT, *Economic Analysis and Its Role in Legal Education*, cit., p. 404— es simplemente enriquecer, no suplantar [la ciencia del derecho]». V. HORN, *op. cit.*, pp. 331-332; y ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., pp. 33 y ss. en parecido sentido.

(274) El lector interesado puede ojear, por ejemplo, el trabajo de BARTON, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, cit., pp. 272 y ss.—de factura impecable, por lo demás— y pronto percibirá una cierta sensación de extrañeza: el recurso a una sofisticada «gramática» para expresar nociones relativamente simples. Sin duda, bajo ello, hay una cierta fascinación por el rigor y aparato característico de la ciencia económica (tantas veces mutuado de las matemáticas). Con ello, no quisiera, por supuesto, disculpar mi ignorancia. Estoy convencido de que «los números —como advertía Carnelutti— a quien los sabe entender sirven para comprender cosas que no llegan a entenderse con las palabras». «Que nosotros juristas, por desgracia, en la gran mayoría, no sepamos matemáticas es

dero malentendido sobre la naturaleza *científica* de los estudios jurídicos. Se estima —de acuerdo sin duda con una visión «naturalista» de la ciencia— que «la aplicación de las teorías y métodos empíricos de la economía a las instituciones centrales del sistema jurídico» puede redimir el saber jurídico del área oscura del conocimiento práctico y elevarlo a la categoría superior del pensamiento científico (275). Unas palabras del mismo Posner servirán para confirmar esta impresión. En el volumen primero de la revista que él mismo edita —el «órgano de difusión» fundamental de la *new law & economics*— escribía: «El objetivo del *Journal [of Legal Studies]* es alentar la aplicación de métodos científicos al estudio del sistema jurídico. Como la biología es a los organismos vivos, la astronomía a las estrellas o la teoría económica al sistema de precios, así deberían ser los estudios jurídicos al sistema legal: un esfuerzo por hacer observaciones precisas, objetivas y sistemáticas de cómo opera realmente el sistema jurídico y por descubrir y explicar las pautas recurrentes en tales observaciones —las «leyes» del sistema. Aunque ya ha sido hecho —concluye— mucho trabajo pionero de alta distinción, es claro que nuestro objeto [el derecho] se encuentra todavía en su estadio precientífico» (276). ¡Y esto dicho en 1972! El carácter mixtificante del aserto (en lo que dice y en lo que calla) me parece manifiesto; y me lo parece, de un lado, por el tono marcadamente normativo que regularmente asume la práctica del análisis económico del derecho (esto, lo que calla); de otro, porque si bien la moderna teoría de la ciencia ha destacado el carácter cada vez más nebuloso de la distinción entre ciencias físicas y sociales (de la naturaleza y del espíritu en la clásica fórmula de Dilthey), lo ha hecho precisamente desde la perspectiva de la crisis del «modelo naturalista» de ciencia (277), que es el que Posner, en el fondo, se esfuerza por rescatar. Pero no voy a detenerme más sobre

un cuento; que no nos interese conocerlas es otro. La primera es una ignorancia de la cual hasta un cierto punto no tenemos culpa [...]. Pero el desinterés, en cambio, sería signo de una mezquindad lógica, que nos debiera avergonzarnos (*apud* PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., pp. 743, nota 27).

(275) Cfr. POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., p. 759. A más de uno vendrá a la mente la distinción entre lógica *retórica* (argumentativa) y lógica *formal* (demonstrativa); y le parecerá así que la aspiración del análisis económico del derecho no es otra que la de introducir en el estudio jurídico una lógica del segundo tipo (cuyas conclusiones se explican en términos de falsedad/certeza) (v. C. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. esp. Madrid 1979 *passim*, especialmente, pp. 139 y ss.).

(276) R. H. POSNER, *Volume One of the Journal of Legal Studies. An Afterword*, cit., p. 437. Razón por la cual será acusado de formalista (v., sobre todo, LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, cit., pp. 453 y ss.).

(277) Como lo documentan la física cuántica o el principio de indeterminación de Heisenberg. Así enfocado, el tema puede perseguirse en las bellísimas páginas de F. K. BEUTEL, *Experimental Jurisprudence and the Scienstate*, Bielefeld (Alemania) 1975, pp. 53 y ss., con abundante información bibliográfica.

ello; creo que todos los juristas conocen sobradamente este «viejo tema» (278).

El derecho como experiencia (si ésta debe ser su identidad en la tradición anglosajona) se proyecta sobre un plano multidimensional en el que no existen explicaciones *unitarias*: el análisis económico del derecho constituye —nada más, aunque nada menos— la visión de un plano singular (*single plane approach*) (279). La posición un tanto dogmática de Posner revelaría —ha señalado con gracia un recensor— la «furia del converso» a un nuevo dominio: el propio de la economía (280). Y así se explica la respuesta que Posner mismo ha adelantado a la objeción que examinamos —que en las instituciones jurídicas hay mucho más que mera racionalidad económica—, ciertamente descaminada. Esta crítica —dice— refleja un malentendido sobre la naturaleza del trabajo científico. Una teoría científica —prosigue— necesariamente se abstrae de la experiencia que trata de explicar y necesariamente es «no-realista» (*unrealistic*) cuando se la compara con las condiciones reales. La teoría económica del derecho no es apta ciertamente para captar la complejidad, riqueza y confusión de los fenómenos que trata de iluminar. «La falta de realismo —concluye— no invalida la teoría; [antes bien, constituye] precondición esencial de toda teoría» (281). La debilidad de la «justificación» es, otra vez, manifiesta: el fenómeno de la abstracción —que, por otra parte, no postula la irrealidad— se proyecta sobre un determinado plano de la experiencia (el económico, en el caso), sin que por ello acierte a explicar los restantes, que es lo que, a fin de cuentas, se pretende. Nuevamente, un tipo de razonamiento metonímico (*pars pro toto*) —rechazado, por lo demás, por la lógica científica— conduce a la mixtificación.

El tema no precisa por el momento de mayores consideraciones. Ahora bien, circunscrito a un área específica y a un plano de análisis carente de pretensiones de exclusividad, a nadie se le oculta el enorme interés de la teoría económica —como «elemento parcial», repito, y no como «modelo» (282)— para el estudio del derecho. En este sentido, nos situamos en la óptica de la verdadera interdisciplinariedad, más que en aquella de la ultradisciplinariedad que constituiría el afán último de los juristas de Chicago (283). Y en dicha óptica, me parece, hemos de saludar muy positivamente la nueva orientación, aunque

(278) V. al respecto las atinadas precisiones de LEFF, *Law and*, cit., pp. 1006 y ss.

(279) *Ibid.*, p. 1009.

(280) Cfr. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 976.

(281) POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., pp. 733-734! Por supuesto, conviene aclararlo, nos estamos refiriendo a una orientación muy concreta de la *new law & economics*, la asociada a la Escuela de Chicago. Otras tendencias, se muestran en una línea totalmente opuesta. V. en este sentido las sensatas palabras de CALABRESI, *Costo degli Incidenti*, cit., pp. 30-41, 379 y ss.

(282) Cfr. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., pp. 24 y 53 y ss., donde se explican esas «palabras».

(283) Cfr. KIRCHNER, *op. ult. cit.*, p. 77.

sólo sea por ese renovador esfuerzo de estudiar el *derecho fuera del derecho* (284). Para quien acepte al menos esta base del debate, no debieran existir rémoras a la hora de reconocer que el análisis económico ofrece o puede ofrecer claves importantes para revisar y desarrollar tantos puntos centrales del sistema jurídico, en una perspectiva, si se quiere, heterodoxa, pero que bien administrada promete fecundos resultados. Aunque celosa de su especificidad, la ciencia jurídica está abierta a otras ramas del saber (285).

Esforcémonos ahora por concretar un poco los límites de la referida interdisciplinariedad (aunque el tema, sustancialmente, se remite a los epígrafes sucesivos, habida cuenta de que el *economic analysis of law*, más allá de un método, postula criterios de valor propios, sobre los que, con específica idiosincrasia, organiza su peculiar «lógica constructiva»). Al respecto, no será ociosa, sin embargo, una advertencia previa. Se afirma que en la medida en que la teoría económica no sea entendida erróneamente como el único depositario de principios y técnicas de evaluación, su utilización inteligente puede permitir al estudioso «correr el velo de la retórica» (*pierce the veil of rhetoric*, como en la persona jurídica) y llegar a conocer los datos normativos reales que yacen bajo la superficie de cualquier *quaestio iuris* (286). De acuerdo; pero precisando que su papel (de la teoría económica) debe configurarse como *subordinado*, puesto que, debido a la estructura normativa del conocimiento jurídico (i.e.: la necesidad de que el «conocedor» acate el mandato de la norma), debe quedar en todo caso garantizada la positividad (política, si se quiere) del derecho vigente, de la *lex data*; en esta perspectiva *dogmática* en la que se viene a situar el análisis económico —la perspectiva del «conocimiento y desarrollo del derecho vigente, sea éste objetivo, jurisprudencial o contractual» (287)— corresponde exclusivamente al jurista determinar qué tipo de decisión registra la norma, así como el contenido de la misma (288). Ciertamente y con el mismo vigor, podemos admitir la

(284) Incluso en el ámbito anglosajón, de una fuerte tradición *realista*, se ha observado un «sorprendente» interés por el *non-judicial approach* (v. CARRINGTON, en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1974, 1974, p. 190 y B. ACKERMAN, *On the Role of Economic Analysis of Property Law*, en ACKERMAN (ed.) *Economic Foundations of Property Law*, cit., pp. vii y ss.

(285) Sobre el problema general del trabajo interdisciplinario en el campo del derecho, reenvió a D. GRIMM (ed.) *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, I y II, München 1976, que, entre la ingente bibliografía sobre la materia, constituye quizá la obra de referencia más recurrente en la literatura europea.

(286) La afirmación es importante por provenir de un «analista» (cfr. ACKERMAN, *op. ult. cit.*, p. xiv).

(287) Cfr. F. RITTNER, *Die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften*, en AA. VV., *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften*, Karlsruhe 1967, pp. 109-112. La elección de la referencia no es arbitraria: remitiéndome a una exposición clásica, afirmo, en cierto modo, la necesidad de seguir pensando en términos del principio de «legalidad», aunque sea consciente de su crisis: el principio de «efectividad» sólo podría introducirse en los márgenes de aquél.

(288) «En buena medida —señala prudentemente HORN (*op. cit.*, p. 333)— la aplicabilidad práctica del análisis económico depende de la necesidad de

autonomía del análisis económico bajo la óptica de *iure condendo*: la autonomía del llamado «análisis normativo»; mas advirtiendo que nos encontramos aquí fuera de la ciencia *dogmática* y del *derecho*: «[E]l derecho es un ordenamiento auto-sustitutivo; el derecho puede ser sustituido sólo mediante derecho», afirmación con la cual Luhman pone fuera de la órbita de la argumentación jurídica el pensamiento de *lege ferenda*, que carece de valor normativo, y únicamente goza de la sensatez de quien, a título particular, emite un juicio de valor (289). En el análisis positivo del derecho (el que nos interesa y constituye el objeto de la ciencia jurídica positiva) pues, la eventual contribución del análisis económico debe quedar ceñida a la formulación de *teorías de medio alcance* (290). Teorías que constituyen escalones intermedios en la determinación final del sentido y el contenido de la norma, que incumbe al jurista: Posner —alguien lo ha señalado— no ha dicho la «última palabra» en ningún tema. Así concebido, el análisis económico puede ser objeto de un aprovechamiento fecundo, si no se olvidan —como puntualmente ha recordado Horn— los peligros de la aparente precisión de los conceptos económicos y no se trata a cualquier precio de sustituir los conceptos y esquemas de la dogmática jurídica por los «nuevos vestidos del Emperador» venidos del guardarropa de la teoría económica del derecho (291) —aunque esta autonomía conceptual de la ciencia jurídica deba ir oportunamente precisada si se tiene en cuenta el tradicional recelo del jurista al diálogo interdisciplinar (292).

La última observación que conviene avanzar en esta sede, advertido ya que la economía no puede constituirse en ciencia general de la sociedad, se refiere al hecho de que allí donde el derecho ha sido diseñado con arreglo al principio de socialización del mercado (y no todo el ordenamiento —lleno de fracturas— lo ha sido), allí es donde la tarea del análisis económico será preponderante. Quiero con ello significar que, mientras el análisis económico puede resultar de especial interés en el ámbito del derecho privado —y no en todos sus sectores con igual intensidad— su funcionalidad debe considerarse mucho más subordinada en otras áreas (v.g., Derecho constitucional o Derecho de familia), por más que Posner se empeñe en afirmar lo

reintroducir en la investigación la diferencia fundamental entre decisiones jurídicas y decisiones del mercado (diferencia que el análisis económico había cancelado, haciendo prevalecer a toda costa la decisión del mercado). Las decisiones de mercado vienen hechas a través de votos en el mercado; las decisiones jurídicas en base fundamentalmente a un consenso político formalizado».

(289) Cfr. LUHMAN, *Sistema giurídico e dogmatica giurídica*, cit., pp. 51-52.

(290) Así HORN, *op. cit.*, p. 331. Cfr. también, KIRCHNER, *op. ult. cit.*, pp. 85-86 y M. HUTTER, *Über eine Alternative zur neoklassischen ökonomischen Analyse des Rechts*, cit., pp. 642 y ss.

(291) Cfr. HORN, *op. loc. ultt. citt.*

(292) Cfr. KIRCHNER, *op. ult. cit.*, pp. 84-85. Este recelo podría explicarse en el «pensamiento de la división positivista como expresión de la más alta científicidad» (W. HENNIS, *apud* RIITNER, *op. ult. cit.*, p. 121).

contrario (v., simplemente, el índice de su manual para corroborar esta impresión).

18. Mas el «análisis económico del derecho» —como fórmula que designa ahora toda una labor ya consagrada en el seno de la cultura jurídica de nuestros días— no ciñe sus propósitos a la elaboración de ciertas categorías de análisis y de una peculiar metodología, con las que pretende desplazar las correspondientes de la ciencia jurídica; opta asimismo por invadir la jurisprudencia en el plano axiológico, interpretando y «reproponiendo» el derecho con arreglo a su peculiar *razón política* —que no es otra que la que entraiza con la teoría económica individualista (293), del pensamiento económico neoclásico de cuya herencia se considera el albacea contemporáneo. Probablemente esta cuestión es inseparable de la precedentemente examinada; por razones expositivas, sin embargo, he preferido referirme allí a un aspecto general del problema y aquí a uno de significación más concreta.

En las primeras páginas del presente estudio (v. *retro*, nn. 4 y 5) calificaba la *mediación normativa* la conexión que entre los órdenes jurídico y económico postulaba la *new law & economics*; y allí se daba a entender también que parecía pretensión de la nueva línea de pensamiento el predicar la legitimidad misma de las normas jurídicas en función de su coherencia económica; coherencia esa que —como reiteradamente hemos tenido oportunidad de constatar— se condensa en la «norma de eficiencia» o «principio de maximización de la riqueza» (294). Me propongo ahora poner en entredicho el referido principio de evaluación (político-jurídica) y abrir así la estrecha perspectiva en la que parece moverse la investigación de los juristas de Chicago, conservando la discusión, sin embargo, en el marco de la teoría económica del bienestar (*Welfare Economics*) y cerrando el examen, por consiguiente, a la perspectiva de la economía marxista. La tesis de partida, como ya se ha anticipado, expresa que únicamente en paridad de toda otra condición, la eficiencia es un valor socialmente positivo. Enunciada de este modo, la tesis descarga todas las tensiones —como no será difícil advertir— sobre el *ceteris paribus*, esto es, sobre el resto de valores socialmente (y jurídicamente) relevantes que no encajan perfectamente entre los dictados de la eficiencia (295). Queremos decir que la realización de la «eficiencia económica» puede, si acaso, ser uno de los objetivos que debe perseguir la interpretación o proyección de un programa de normación de los intereses privados;

(293) Cfr. el iluminante ensayo de FOLEY, *Economic Theory and Ideology*, cit., pp. 231 y ss. Por lo demás, esa «razón política» es la misma que la del derecho privado clásico: «La economía política de Adam Smith es la teoría normativa del tráfico de mercado» (cfr. BRUGGEMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 18-19).

(294) La exposición más acabada sobre el tema se debe, una vez más, a POSNER, en *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, cit., pp. 119 y ss.

(295) La formulación la recojo de PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., p. 739.

pero no ciertamente el único objetivo que se debe poner el jurista; aún menos puede constituir la única directriz (emergente de las relaciones de mercado) que se deba observar en la revisión o refundación de las reglas jurídicas. Y de entre todas las tensiones que se remitían al «*ceteris paribus*», importa ahora referirse a una muy concreta; a aquélla que se origina con el principio de redistribución de la renta (a la que, por lo demás, pueden considerarse reconducidas las restantes). Tocamos así el verdadero *punctum dolens* de la entera teoría económica del derecho.

No creo equivocarme mucho si afirmo que la crítica fundamental que se ha sacudido los mismos cimientos del análisis económico proviene de su explícita renuncia a evaluar el derecho *también* desde el punto de vista de la «equidad», de la «justicia, de la «ética social», que todos son conceptos (llenos de bruma, si se quiere, pero significativos) con los que la literatura quiere invocar el problema más específicamente económico de la *distribución de la renta o de la riqueza* (296). Las cosas serían muy simples —se arguye— si la eficiencia pudiera ser rigurosamente defendida como el único y último objetivo que debe promover el derecho. La realidad, que es más compleja, descubre cómo a menudo la eficiencia [basada únicamente en la suma total de utilidades individuales —no en vano la fórmula de Pareto define un enfoque individualista del bienestar social: $W = W(U^1, U^2, \dots, U^s)$, donde W es el bienestar social y U cada una de las utilidades de los s individuos—], como a menudo la eficiencia, decíamos, entra en colisión con la equidad, en cuyo caso —y no creo necesario documentar la conclusión— se impone, y de manera inexcusable, la corrección del criterio maximizador en beneficio de una más justa distribución social de la renta. Aquí —como señala Köhler— la distribución sub-óptima de los recursos es el precio económico que hay que satisfacer en aras de la justicia social. En la formulación de las reglas jurídicas, pues, habría que seguir dos pasos sucesivos: (i) primero, la disposición de mecanismos redistributivos de renta que tiendan hacia la composición que se considere más deseable; y (ii) después, la facilitación y, en su caso, la sustitución por simulación de la decisión de mercado, que, por hipótesis, conduce a la más eficiente distribución de los recursos (297). Esta conclusión,

(296) POSNER negará el problema en su raíz, alegando que la justicia *es* la eficiencia (cfr. *Economic Approach to Law*, cit., pp. 777-778). Sobre el tema, por todos, A. SCHWARTZ, *Economics, Wealth Distribution and Justice*, en *Wisconsin Law Review*, vol. 1979, 1979.

(297) La mayoría de la literatura crítica sobre el tema fija su atención justamente sobre este punto: v. WILLIAMS, en *University of Colorado Law Review*, vol. 45, 1974, pp. 450-452; HERMANN, en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1974, 1974, pp. 354-355; KRIER, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, p. 1664; CARRINGTON, en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1974, 1974, p. 189. En la doctrina europea, ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., pp. 303-304; SCHANZE, *Okonomische Analyse des Rechts in den U. S. A.*, cit., pp. 14-15; ALPA, *Colpa e responsabilitá*, cit., p. 433; etc. V. también, para argumentaciones más consistentes, BAKER, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; LEFF, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 462 y ss. El problema subterráneo que se esconde bajo el conflicto «eficiencia *vs.* distribución», es,

sin embargo, exige demostrar la inconsistencia (desde el punto de vista de la economía del bienestar) de la fórmula eficientista de Posner que apodícticamente (apoyándonos empero en fuertes intuiciones) hemos afirmado.

Un inciso previo nos ayudará a comprender las dimensiones reales del problema. Existen multitud de normas en el ordenamiento privado que están deliberadamente dirigidas a la promoción de la finalidad redistributiva: la limitación del interés en los préstamos (normas de usura); las garantías de calidad de ciertos productos; la prórroga forzosa en materia de arrendamientos; la protección de las minorías en las sociedades de capitales; el control de los contratos *standard*, etcétera, etcétera. La función de estas normas es desviar (redistribuir) riqueza desde un cierto grupo de operadores —prestamistas, vendedores, arrendadores, accionistas de control, productores...— a otro que, en general, se considera menos *aventajado* —prestatarios, compradores, artendatarios, inversores, consumidores...—, de acuerdo con «algún» principio de justicia distributiva. Si normas de este tenor son defendibles, elaborables en sede interpretativa y, en general, *racionales* desde el punto de vista económico, es la cuestión que ahora se plantea. En otras palabras, ¿puede ser utilizado el Derecho privado como instrumento de redistribución de la renta? La respuesta del análisis económico del derecho parece ser negativa —y congruente por lo demás, con el rígido pensamiento liberal que lo inspira (298). Más tarde discutiremos la «constitucionalidad» de esta óptica (v. *infra* n. 19).

Pero recuperemos el hilo de la exposición anterior y reconstruyamos los momentos nucleares de la crítica. Por supuesto, ésta irá asociada (en la medida en que la distinción sea posible) al *análisis normativo* más que al *análisis positivo* o descriptivo: así, los ataques más severos que se han avanzado contra el análisis económico del derecho reconocen que dicho análisis constituye «un poderoso instrumento para mostrar la lógica interna del *common law*», aunque ponen de relieve que ha codificado la ideología dominante en el período histórico en que el *common law* se ha desarrollado —es decir, el momento que en la terminología continental correspondería al Estado liberal de derecho (299). En este sentido, tendremos ocasión de poner de manifiesto cómo las transformaciones fundamentales experimentadas por el ordenamiento a lo largo del presente siglo, no autorizan a extraer criterios de valor del Derecho privado clásico (en su vigencia formal

en realidad, el que expresa la proposición «libertad *vr.* igualdad» (así, el último autor citado, *ibid.*, p. 477). La defensa la desarrolla Posner en un reciente escrito que, desafortunadamente, no me fue accesible: v. R. A. POSNER, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication* en *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980.

(298) Cfr. A. T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, cit., pp. 473-474. (Este autor llega a demostrar, sin embargo, que, aún dentro de la lógica liberal —y concretamente en la perspectiva del «principio de diferencia» de Rawls— es coherente el favorecimiento del principio redistributivo) Para una explicación más global, v. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., pp. 39-40.

(299) Así, BAKER, *The Ideology of Economic Analysis of Law*, cit., pp. 47-48.

«aislada»), sino que más bien ordenan la operación inversa: la reconstrucción de aquél Derecho privado clásico de acuerdo con los parámetros de valor que ha decantado la transformación contemporánea del Estado constitucional (300). Y aquella lógica interna que ha guiado el desarrollo del *common law* ha sido la que traduce el principio de eficiencia. Dicho principio —recortado exactamente sobre la función del mercado— supone que el derecho debe incentivar aquella distribución de los recursos en manos de aquellos operadores para los cuales tengan más valor o sean más útiles (a los efectos, como sabemos, de así maximizar la riqueza). Ese valor o utilidad se mide, según la ya examinada fórmula de Posner, por la *voluntad agregada de pagar*. Pero como semejante voluntad de pagar es una función de la distribución de la renta existente en una determinada sociedad, por fuerza se ha de admitir que, por esa vía, la llamada «voluntad o disposición de pagar» se transforma realmente en *capacidad para pagar*, con lo cual, incluso en la hipótesis ideal de un mercado sin costes de transacción, la asignación inicial de recursos afectará al uso final de los mismos, que puede muy bien no ser el más eficiente (301). Este argumento descubre con evidencia la falacia que oculta la tesis de Posner, medida en términos estrictos de aquella eficiencia que el autor propugna como supremo juicio de valor. Pero hay más todavía: Es evidente que la eficiencia es importante por su presunta relación con el bienestar social. Razón por la cual la hipótesis liberal del análisis económico del derecho (la eficiencia) requiere la demostración de que no existen criterios económicos alternativos que sean mejores, en función precisamente de la producción de bienestar social (302). Además del concepto paretiano de eficiencia, el parámetro más frecuentemente sugerido para la maximización del valor (léase aquí «bienestar») se sustancia en la «redistribución de la riqueza»; aquél parámetro postula, en efecto, *un incremento creciente del valor en la medida en que se vaya aqüilatando una distribución de la riqueza más igualitaria* (e insisto de nuevo en que me muevo exclusivamente en el marco de la teoría económica del bienestar; superar sus barreras excedería los objetivos del presente trabajo y entrañaría una discusión política de alternativas básicas que necesariamente debe quedar fuera de este estudio) (303).

(300) En este sentido constatamos la creciente debilidad de los argumentos históricos tanto en los sistemas de *common law* como en aquellos de *civil law*: cfr. PROTT, *Judicial Reasoning in Common Law and Code Law Systems*, cit., p. 428.

(301) Así, entre otros, H. THURON, *Economic Justice and the Economist. A Reply*, en *Public Interest*, vol. 3, 1973, p. 122 (recojo la cita de HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 984. V. también LEFF, *op. ult. cit.*, pp. 463-464. Más llanamente expuesto por KÖHLER, *Vertragsrecht*, cit., p. 608, el argumento señala que «[E]l proceso de maximización de utilidad a través del cambio (mercado) sólo puede tener lugar cuando se tiene algo que cambiar».

(302) Por supuesto, el problema es la identificación de la noción de *bienestar* —un problema político, filosófico, ideológico, etc.—; v. MICHELMANN, *Norms and Normativity*, cit., pp. 1019-1021 y 1032-1034, para una útil taxonomía de los conceptos de bienestar.

(303) Es evidente, en este sentido, que también la óptica redistributiva,

Posner argumenta que «la igualdad de renta no es un criterio que, como la eficiencia, esté vinculado lógicamente al concepto económico de valor» (o de bienestar) y señala que no existen bases teóricas que apoyen la conclusión de que una transferencia de renta de un sujeto de renta alta a otro de renta más baja sea apta para incrementar la suma de utilidades totales de ambos sujetos. Probablemente, sin embargo, sí existen; muy concretamente, el argumento económico del principio de la *utilidad marginal decreciente* (también del dinero) parece enervar la tesis posneriana de que la igualación de la renta no genera aumento del valor conjunto (304). Posner (que naturalmente no osa cuestionar la «ley canónica» aludida) rechaza, sin embargo, el argumento, en razón de que: (i) la curva de utilidad de los diferentes individuos que intervienen en el intercambio o en la relación económica es desconocida y probablemente no puede ser conocida nunca, y (ii) que los costes de redistribución pueden ser relativamente altos (305). La contraargumentación del profesor de Chicago nuevamente, sin embargo, se muestra muy débil; porque aun revelándose sustancialmente verdadero cuanto alega *sub* (i) y (ii), se puede todavía demostrar —y así se ha hecho— que aunque las funciones de utilidad de las diferentes personas difiere (es decir, que una misma renta genera utilidades diversas para Cayo, Ticio, Sempronio, etc.) y que no pueden hacerse, por ende, comparaciones de utilidad entre individuos diferentes —en todo esto tiene razón Posner—, no sucede lo mismo con las funciones de utilidad de grupos sociales, que son bastante homogéneas (y las que en definitiva preocupan al derecho, pues éste es *general* y no piensa en Ticio, sino en el consumidor, ni en Cayo, sino en los accionistas de ahorro, etc.). Y además, en todo caso, una distribución igual de una determinada suma maximiza la utilidad total *probable*, aunque en este o aquel supuesto no sea posible verificarlo (306). Razones éstas que nos permiten legítimamente concluir (de-

de la «equidad», obedece a una visión *individualista* de la teoría económica. Como directiva político-jurídica también podría ser criticable, pues la distribución desigual de la renta acusa *relaciones sociales desiguales*, que no se atajan con una política redistributiva. «Ignora las desigualdades relationales que yacen detrás de las desigualdades distributivas, que [...] solamente pueden ser entendidas mirando a través del proceso de distribución al proceso de producción mismo, y las relaciones sociales desiguales que caracterizan a la producción [de renta]» (FOLEY, *Economic Theory and Ideology*, cit., p. 233-234). Esta perspectiva —así como la marxista— no serán objeto de discusión.

(304) Dicho principio sugiere que el primer litro de leche me reporta más utilidad que el segundo; el segundo que el tercero; y así sucesivamente: v. SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, cit., pp. 476-477. Ergo: es probable que se produzca más utilidad si damos un litro de leche a tres individuos distintos que si la entregamos toda a una sola persona.

(305) El argumento económico ha sido avanzado por BAKER, *The Ideology of Economic Analysis of Law*, cit., pp. 28-29. La contestación de Posner se halla en *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 344-346.

(306) Cfr. BAKER, *op. cit.*, p. 29. Este autor se sirve de la argumentación técnica que le proporciona A. P. LERNER, *Economics of Control* (1949), pp. 29-40 —v. un esquema de este razonamiento en BAKER, *ibid.*, pp. 30-31—). V. tam-

rechamente en contra de la perspectiva del análisis económico del derecho) que el criterio de la eficiencia (i) no está *inequívocamente* conectado con el incremento del bienestar social; y (ii) que no tiene consistencia para ser el *objetivo económico* (al menos, el único) del derecho (307).

Pero todavía hay algo más. Se ha demostrado muy fehacientemente que el sistema del *economic analysis of law*, que procede a la asignación de derecho y responsabilidades siguiendo el *Teorema de Coase* tiene un doble efecto de muy dudosa justificación (que únicamente enuncia, remitiendo su documentación); a saber: (i) que favorece las pretensiones —en caso de conflicto— de aquellos sujetos en cuyas manos el uso del derecho-recurso es *productivo* (destinado a la producción), sobre las pretensiones de aquellos otros sujetos que lo destinarían a un uso *consuntivo* (308); y (ii) que favorece a la parte en causa de renta más alta en detrimento de aquélla de renta inferior, en el supuesto de que ambas destinen el recurso a finalidades del consumo (309). Con lo que, una vez más, se pone de manifiesto la contradicción interna en que desemboca la hipótesis normativa del análisis. El tema no ofrece dudas: si —como sabemos— W es una función monótona creciente de U, privilegiando al operador de renta superior (cuya función de utilidad es *probablemente menor*) termina por reducirse el bienestar social posible.

Al término de estas reflexiones críticas sobre la eficiencia, ciertamente incompletas, pero que parecen fundarse en conceptos relativamente seguros de la economía del bienestar, podemos concluir en la necesidad de ampliar el horizonte *normativo* del análisis económico del derecho y de ir más allá de la perspectiva (hegemónica, sin lugar a dudas) de la Escuela de Chicago. Recordaré además que esta tendencia ya comienza a vislumbrarse con una cierta claridad (310). Por

bien, en parecido sentido, WILLIAMS, en *University of Colorado Law Review*, vol. 45, 1974, pp. 447-450.

(307) Cfr., BAKER, *op. cit.*, p. 31.

(308) *Ibid.*, pp. 13 y ss.

(309) *Ibid.*, pp. 16 y ss. Cfr. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., p. 52. A la misma conclusión, con un análisis diverso, llega GOTTHOLD, *Zur ökonomischen «Theorie des Eigentums»*, cit., p. 557 (según quien el teorema de Coase termina beneficiando al económico más fuerte y favoreciendo la concentración económica).

(310) Fuera de la óptica de Chicago, sin embargo, el análisis económico del derecho ya se había orientado en la dirección apuntada. Ejemplar en este sentido es la obra de CALABRESI: *v. Property Rules*, cit., pp. 1095-1097; *Costo degli incidenti*, cit., pp. 397 y ss. Aunque es quizás en su último libro donde queda más patente el criterio redistributivo —v. G. CALABRESI y Ph. BOBBITT, *Tragic Choices*, New-York 1978. Refiriéndose a él, FERRARINI (*op. cit.*, p. 472) señala que la investigación ha sido guiada sobre el parámetro fundamental de las varias «decisiones colectivas» y —continúa— «podría incluso pensarse [que se trata de] un desafío de frente a aquellos estudiosos que tienden a reducir el análisis económico a una verificación de la eficiencia económica de este o aquel sector del ordenamiento». La crítica a la Escuela de Chicago ha sido tan fuerte que incluso autores procedentes de ella, en base a razones redistributivas, llegan a abogar (en materia de contratos, por ejemplo) por una limitación de la autonomía de la voluntad.

ello, si en el epígrafe precedente acabábamos ciñendo o condicionando la recepción de la teoría económica del derecho a la formulación de teorías de medio alcance, en éste —ahondando en la matización de su practicabilidad— proponemos una nueva condición: la necesidad de incorporar como principio de evaluación el criterio redistributivo, pues, como dirá Hutter, no sólo en lo jurídico, sino también en lo económico, hay varias «vistas de la Catedral». Podríamos ahora —remitiéndonos a lo dicho— replantear nuestra tesis con términos más enérgicos, en el intento final de reseñar este cambio de marcha; para ello, me permitiré echar mano de la novena tesis de Kirchner; dice: «El análisis económico del derecho puede aplicar diversos principios económicos. Este pluralismo relativiza la posición de la Escuela de Chicago, pero abre nuevas perspectivas para la elaboración económica del derecho» (311). Insisto, pues, en la oportunidad de apartarse de la orientación unilateral del *free-market* a toda costa, y emprender un análisis económico de naturaleza «*no-contractualista*» (de intervención en supuestos incluso de situaciones eficientes, en las que, por hipótesis, el cambio de la situación —que podría justificarse en base a otros criterios— no es posible por vía contractual) (312). Esa perspectiva, por lo demás, sería congruente con la transformación que experimenta el Derecho privado de nuestros días; transformación que un conocido ensayo (de corte ciertamente muy radical) resumía en la transición desde la esfera del *contrato* a la esfera de la *decisión* (intervención como «*decisión colectiva*»), entendidos los términos como categorías clave de dos formas bien distintas de composición de los conflictos intersubjetivos (que son las que conciernen al Derecho privado) (313). Es claro que no se pretende otorgar valor absoluto a estas afirmaciones, pero lo que sí parece fuera de toda duda es que descubren muy lúcidamente las «*pulsiones*» y tendencias que perfila la evolución contemporánea del ordenamiento privado. El problema es sólo de medida; «cuantitativo», si se quiere.

19. Sólo unas líneas para (no) concluir. Las reflexiones precedentes nos conducían derechamente a un problema de enorme enver-

tad (*ergo*, del mercado como directiva jurídica) en la formulación de los reglamentos contractuales [cfr. KRONMAN, *op. ult. cit.*, pp. 510-511, contra las tesis liberales todavía dominantes, que en palabras de uno de sus más extremos representantes (EPSTEIN, *Unconscionability*, *cit.*, p. 193), opinan que «[U]na de las primeras funciones del derecho es garantizar a los individuos una esfera de influencia, en la cual serán capaces de operar sin tener que justificarse frente al Estado o frente a terceras partes»].

(311) KIRCHNER, *op. cit.*, p. 89. V. también CALABRESI, *Il costo degli incidenti*, *cit.*, pp. 38-41. Un modelo alternativo es ya evidente en A. SCHMID, *Property Power and Public Choice: An Inquiry into Law and Economics* (lo cito por la recensión de HUTTER, *Über eine Alternative zur neoklassischen Analyse des Rechts*, *cit.*, pp. 642 y ss. La referencia que en el texto hago de este autor se encontrará en la p. 651).

(312) Cfr. J. M. BUCHANAN, *A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory*, en *American Economic Review*, vol. 65, 1975, p. 227.

(313) Cfr. D. HART, *Vom bürgerlichen Recht zur Politische Verwaltung*, en *Kritische Justiz*, 1974, p. 283.

gadura: al problema del estatuto del análisis económico del derecho en el seno de una «teoría del Derecho privado a la altura de los tiempos», que diría Kübler. Ahora no resulta posible abordar esa importante tarea. Pero para lo que aquí interesa anotar, sí es conveniente advertir que semejante teoría constituye el producto destilado de lo que se ha llamado «transformación inconsciente» del Derecho privado de nuestros días, y que reclama para sí la elaboración de un nuevo *paradigma* para la comprensión del derecho (314). Es oportuno constatar igualmente que, frente a ella, el análisis económico del derecho también se erige a sí mismo en «descubridor» de otro nuevo *paradigma* (cuyos momentos estelares espero haber podido explicitar) en el campo de la investigación jurídica (315). Paradigmas ambos que, hasta un cierto punto, parecen recíprocamente excluyentes, pues mientras los juristas alemanes hablan de la funcionalización del Derecho privado (integración de este ordenamiento en el aparato de gobierno y dirección del Estado) (316), el *common-lawyer* de Chicago —muy crítico con cualquier tipo de política-jurídica de intervención estatal, que reivindica el *New Deal* (317)— reivindica a toda costa un derecho acorde al mercado y un análisis de las relaciones e instituciones jurídicas adecuado a los bien sabidos principios económicos individualistas (318).

No se me oculta que el tema exigiría una profunda meditación en el seno de la cláusula constitucional del Estado social, cuya importancia constitutiva de todo el ordenamiento privado y de las relaciones (de fusión) entre el ordenamiento de la sociedad civil y el ordenamiento del Estado es de todos bien conocida. En la imposibilidad de abrir la discusión relativa, señalo únicamente que los pilares nucleares de todo el Derecho privado clásico (el correspondiente al Estado liberal), esas *Fixsterne* de que hablara Mestmäcker, la autonomía privada y el derecho subjetivo —o, si se prefiere, el mercado y la categoría del *property right*— deben ser «reconstruidas», «delimitadas», «complementadas», «compensadas» y, en su caso, «sustituidas» en función de la corrección de las desigualdades sociales (319). El Estado in-

(314) Cfr. R. WIETHÖLTER, *Privatrecht als Gesellschaftstheorie?*, en *Festschrift für L. RAISER*, Tübingen 1974, p. 647. La noción de *paradigma* viene también utilizada en el sentido que ha acuñado KUHN (v. *retro*, nota 65): cfr. *ibid* nota 4. El eje de la transformación hay que buscarlo en la *Realitätsverlust* del modelo liberal y en el constitucionalismo moderno: v., por ejemplo, el «librillo» de F. KÜBLER, *Über die praktischen Aufgaben zeitgenössischer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe 1975, *passim*, esp. pp. 33 y ss.

(315) V. *retro*, texto y nota 65.

(316) Así, por todos, ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., p. 249.

(317) Cfr. SCHANZE, *op. cit.*, pp. 10-12. Para una exposición elemental de la doctrina «anti-intervencionista», v. BURTON, *Externalidades, derechos de propiedad y política económica*, cit., pp. 12 y ss.

(318) El complejo temario que se oculta bajo este planteamiento ha sido tratado en profundidad por ASSMANN, *Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts. Chancen und Grenzen der privatrechtlichen Verwertbarkeit der ökonomische Analyse des Rechts*, cit., pp. 25 y ss.; y a él me remito para un exhaustivo análisis de la «insinuación» que se ofrece en este epígrafe.

(319) Para una discusión ejemplar de tales posibilidades, v. REICH, *Markt und Recht*, cit., pp. 23 y ss.; y para una introducción al criterio de la dis-

tervencionista (*Welfare State* o *Sozialstaat*) que se conforma en las constituciones modernas deroga en cierto modo las raíces y las bases teóricas en que se soporta el análisis económico del derecho, es decir, la idea de la *natural liberty* smithiana o lo que Hayek calificara de «concepción capitalista de la justicia» (320); por lo que —y la directiva es ya importante en orden a una nueva constrictión de la teoría económica del derecho— en las tensiones que dentro del ordenamiento económico se observen entre la norma *eficientista* —competencia— y la norma *tuitiva* —estatalidad social—, deberán ser resueltas a favor de esta última (321). En el fondo lo que existe es una tensión entre dos tipos ideales que estarían a la base del «análisis económico del derecho» y del «derecho económico» (322), cuyos momentos capitales pueden enfrentarse así: (i) Estado liberal *vr.* Estado social; (ii) Derecho privado de la sociedad civil *vr.* derecho de la sociedad mixta; (iii) modelo so-

tribución de la riqueza como principio cardinal del constitucionalismo moderno, v. F. MURILLO-FERROL, *La redistribución de la riqueza*, en AA.VV., *Constitución y economía*, cit., pp. 177 y ss.

(320) Cfr. POSNER, *Utilitarianism*, cit., pp. 135-136. Esa contradicción ha sido puesta de manifiesto —relativamente a la teoría liberal (lo que Jones llama el *Teorema de Hayek*)— en la intrínseca incompatibilidad entre el *Welfare State* y la *Rule of Law* (cfr. H. W. JONES, *The Rule of Law and the Welfare State*, en *Columbia Law Review*, vol. 58, 1958, p. 146).

(321) Cfr., entre tantísimos, L. RAISER, *Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 143, 1979, p. 340.

En este ámbito el problema de la *eficiencia* va reconsiderado. No es que se renuncie a él, pero sí se jerarquiza de modo diverso. Ha sido sobre todo la doctrina constitucionalista alemana quien ha estudiado su lugar y su papel en el cuadro axiológico de las «constituciones del Estado Social»; a ella pues me remito (v. W. LEISNER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 1971). Elaborado con un contenido más amplio que el que le hemos asignado en el texto —fundamentalmente alrededor de las ideas de «*Effektivität*», «*Funktionsfähigkeit*», «*Rationalisierung*», «*Zweckmäßigkeit*», «*Wirtschaftlichkeit*», «*Leistungsfähigkeit*», etc. (cfr. P. HÄBERLE, *Effizienz und Verfassung*, en *Archiv für öffentlichen Rechts*, vol. 98, 1973, p. 625, de donde además he recogido la referencia anterior), se viene a decir que, en definitiva, es un concepto *neutral* (cuyas tres categorías lo ponen de manifiesto: eficiencia en la consecución de objetivos prefijados (*Zielerreichungsseffizienz*); óptima relación entre medios y fines (*Zweck-Mittel-Effizienz*); y eficiencia independiente de metas (*Organisationseffizienz*) (*ibid.*, p. 627); mas, también hay que señalarlo, existe un cierto área de intersección entre este concepto y el de los analistas, ya que la pretendida «neutralidad» de la eficiencia comporta, en última instancia, el valor de la «productividad» (muy clara en el sector económico) (v. *ibid.*, p. 628). La autorizada conclusión de HÄBERLE (*ibid.*, pp. 634-635) es que, sin tener un «rango superior», tiene ciertamente un «rango» constitucional. El artículo 38 de nuestra Constitución es muy claro al respecto: se protege y defiende, en el ámbito de la economía de mercado, la *productividad*.

(322) Entendido éste como «nuevo derecho privado»: cfr. BRUGGMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, cit., pp. 54 y ss. y p. 72. La tensión se explicaría por la transición de la mera *administración del mercado* (derecho privado clásico) a la *dirección y gobierno del mercado* (derecho económico *qua* derecho privado del Estado social): así, D. HART, *Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel der Wirtschaftsverfassung*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 140, 1976, pp. 32 y ss., y 36 y ss.

cial clasista *vr.* modelo social interclasista; (iv) libertad *vr.* igualdad; (v) mercado *vr.* intervención estatal; (vi) eficiencia *vr.* redistribución de la riqueza; etc. En esta serie de oposiciones (ideal, porque en la realidad no se encuentran sino formaciones intermedias), el jurista moderno —atendiendo al mandato constitucional que también a él va dirigido— deberá controlar los resultados del *economic analysis of law* de acuerdo con la que sea la *policy* que alimenta al ordenamiento, la llamada positividad política en que se traduce el «programa de objetivos» del derecho. En esta línea, podrían acaso avanzarse las siguientes directrices para una posible recepción del análisis económico en nuestra vida jurídica: (i) necesidad en todo caso de garantizar la autonomía axiológica de la ciencia jurídica, otorgando preferencia a sus valores cuando resulten incompatibles o se encuentren en conflicto con los propios del análisis económico del derecho (323). En este sentido, frente a la indiferenciación de valores y frente a la tesis de que todos los valores son susceptibles de ser expresados unitariamente en términos económicos —lo que en tantas ocasiones conduce a discusiones grotescas (324)— se hace necesario reintroducir una neta diferenciación judicativa, dependiendo además de ello la utilidad y practicabilidad misma de la teoría económica del derecho (325). (ii) La operatividad del análisis económico del derecho deberá por otra parte sujetarse a la realización de un *micro-análisis* de los procesos de mercado dentro del *macroanálisis* jurídico general, que contará con muchos más datos (326). El Derecho privado —como vengo sosteniendo— no puede ser propuesto exclusivamente a la vista de la consecución de la eficiencia en el mercado, justamente porque la autonomía privada resulta cada vez más delimitada y funcionalizada al logro de otros y más ambiciosos objetivos. Se insiste en que el Derecho privado hace posibles no sólo decisiones descentralizadas eficientes, sino que también permite —y a veces incluso promueve— decisiones descentralizadas no coherentes con la racionalidad del mercado (*marktinkonforme*) (327). (iii) Será además necesario verificar las *condiciones de realidad* del análisis económico. Una condición central de su practicabilidad es la competencia, que se caracteriza por la transparencia y ausencia de poder en el mercado. Se tratará por tanto de corregir el que Köhler ha llamado «paleoliberalismo» posneriano que en última ins-

(323) Cfr., para esta discusión, KIRCHNER, *Okonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre*, cit., pp. 85-86, y PÉREZ DE AYALA, *Las instituciones políticas y jurídicas*, cit., pp. 70-73.

(324) Paradigmático al respecto puede resultar el examen de las penas en términos de teoría de los precios: v. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 164 y ss.

(325) Así, HORN, *op. cit.*, p. 333; REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, cit., pp. 37-38; ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., p. 53; KÖHLER, *Vertragsrecht und Property-Rights Theorie*, cit., pp. 604-605. En esta línea resulta muy convincente el pensamiento de MESTMÄCKER, *Power, Law and Economic Constitution*, cit., pp. 177 y ss.

(326) Cfr. ASSMANN, *op. ult. cit.*, pp. 24 y 53. Justamente lo contrario, BECKER, *El enfoque económico de la conducta humana*, cit., p. 18.

(327) Cfr. HORN, *op. loc. ult. citt.*

tancia efectúa el análisis sin computar la competencia como un *hecho*, sino como un *ideal* cuya existencia real considera axiomática (328). (iv) Por último, como directiva general, habría que añadir que la recepción del análisis económico en el espacio del «cambio de función del Derecho privado clásico» descansa en un minucioso «trabajo de cantera». Se invierten los términos que postula la *new law & economics*: no se trata de aplicar el análisis económico al Derecho privado, sino que será el mismo Derecho privado (como parte del Derecho económico) el que está llamado a determinar qué «vetas» y qué «procedimientos de explotación» de la cantera pueden asumirse en cada caso. La cantera, obviamente, es la teoría económica del derecho (329).

20. Mas adoptadas estas precauciones (y admitidas —claro está— las bases mínimas del debate), entiendo que ya no deberían existir rémoras para la recepción del *economic analysis of law* en el seno de nuestra cultura jurídica; más aún, diría que ya todo son incentivos. Por ello, me permito concluir afirmando que «la teoría económica del derecho» se halla muy lejos de constituir un *producto defectuoso* (según ha mantenido algún autor y como acaso pudiese haberse dado a entender en alguna de estas páginas últimas); aunque también lo está de ser un *producto-piloto*, «panacea de última hora» para la racional resolución del amplísimo cuestionario que suscita el ordenamiento de nuestros días (como, por otra parte, pudo quizás haberse derivado del tono «optimista» de las primeras divisiones de la exposición). No, más modestamente, habría que estimar —y tal ha sido la convicción que ha inspirado el trabajo entero— que se trata de un *producto potencialmente defectuoso*, si se me consiente seguir mutuando el vocabulario específico de la *products liability*. Pero el «defecto» —urge advertirlo— no radica en el producto en sí; habría más bien que perseguirlo en un «consumo» eventualmente imprudente e indiscriminado del mismo. Desde este ángulo, vicios y virtudes vendrían a compendiarse en una fórmula relativamente simple; la de que verificada caso por caso la consistencia («de hecho» y, sobre todo, «de derecho») de sus hipótesis, el análisis económico se revela como un poderoso instrumento en orden a un cada vez más cabal escrutinio (de los «bajos fondos» y aun de los «altos vuelos») del derecho y del pensamiento jurídico. Así las cosas —una vez efectuado ese «control de realidad» (que, curiosamente es la función que suele atribuirse a la teoría económica en el trance de la renovación de la ciencia dogmática)—, así las cosas, decíamos, podremos ya estar seguros de que el «producto» nos procura su rendimiento óptimo. Por ello —y contra lo que pudiera parecer— decir que se trata de un «producto potencialmente defectuoso» no supone, ni mucho menos, negar que sea un producto

(328) Cfr. KOHLER, *op. cit.*, pp. 605-606; GOTTHOLD, *Zur ökonomische «Theorie des Eigentums»*, cit., pp. 552-553. Para una consistente argumentación técnico-económica de esta directriz que proponemos, v. POLINSKY, *Economic Analysis of Law as Potentially*, cit., pp. 1671 y ss.

(329) La metáfora es de ASSMANN, *op. ult. cit.*, pp. 55-56.

valioso (330). Así y firmemente lo creo. Mas ahora es al lector a quien compete sacar sus propias conclusiones; para lo cual, sin duda, deberá estar atento al desarrollo futuro y todavía imprevisible de la *new law & economics literature*. Porque, como siempre, será el tiempo quien habrá de consentir valoraciones más atinadas y reflexivas; quien, en definitiva, nos dirá hasta qué punto y en qué medida la *economía política* puede operar como *jurisprudencia racional* (*).

(330) Así (relativamente al *Realitätskontrolle*) KÖTZ, *Okonomische Analyse von Rechtsproblemen*, cit., pp. 243-244. La sugestiva analogía con las nociones propias de la «responsabilidad de los productos» había sido ya empleada por POLINSKY (*op. ult. cit.*, pp. 1680-1681) para calificar el «manual» de Posner.

(*) *Addenda*. Hallándose en pruebas el presente trabajo, ha aparecido en el mes de septiembre del año en curso el núm. 68 de la revista *Hacienda Pública Española*, en cuya sección «Documentos», y a cargo de P. SCHWARTZ y J. REEDER, se ofrece una interesante antología de textos traducidos de algunas significativas revistas americanas sobre la teoría económica de los *property rights*, que puede ser de gran utilidad para completar lo que se ha dicho en el epígrafe núm. 10.

La personalidad de las entidades religiosas y sus requisitos*

JOSE MARIA DE PRADA
Notario de Madrid

I) INTRODUCCION: EL PROBLEMA DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

Pocos temas del Derecho civil han suscitado tan vivas polémicas y hecho gastar tanta tinta sin llegar a una solución satisfactoria como el de la personalidad jurídica. Enfrentado con la difícil cuestión de explicar por qué un ser no existente en la realidad tangible aparece sin embargo como titular de derechos y obligaciones, plantea un haz de preguntas que se extienden desde los intrincados campos de la filosofía del Derecho a los más prácticos aspectos de la vida jurídica cotidiana.

Los autores han amontonado *teorías* cada vez más complicadas para intentar explicar algo que el profano acepta sin cuestionar: que las personas jurídicas están ahí interviniendo activamente en la vida jurídica.

No es de extrañar, sin embargo, que la falta de acuerdo doctrinal haya tenido un reflejo en las vacilaciones de la legislación, tanto más cuanto que en el fondo de toda la teoría de las personas jurídicas subyacen importantes planteamientos políticos que con frecuencia se superponen, sin integrarlos, a los jurídicos, contribuyendo a aumentar el caos y la confusión que, como ya he tenido ocasión de señalar, preside esta parte del Derecho (1).

No voy, como es lógico, a adentrarme en los problemas de la personalidad jurídica, pero sí a esbozar una breve panorámica sobre la situación del problema en la medida en que considero esto imprescindible para mi trabajo de hoy.

(*) Ponencia pronunciada en las IV JORNADAS DE ESTUDIO de la Facultad de Derecho Canónico, del 2 al 4 de febrero de 1981, sobre "Ley Orgánica de Libertad Religiosa.—Temática Fundamental", organizadas por la Universidad Pontificia Comillas, Madrid. Se mantiene el tono coloquial con que fue pronunciada.

(1) V. *Personalidad civil*, en CORRAL, C. y ECHEVARRÍA, L. (dir.), "Los Acuerdos entre la Iglesia y España", Madrid, BAC 1980, p. 225).

Prescindiendo de las construcciones doctrinales, que las hay para todos los gustos, cabe separar las legislaciones en el punto del reconocimiento de la personalidad jurídica en dos grandes grupos: Uno, que, siguiendo la terminología del profesor De Castro (2), llamaremos concepto estricto de la personalidad jurídica y que tuvo su principal defensor en Savigny y su aplicación práctica en Alemania e Inglaterra, y que concreta institucionalmente el campo de la personalidad jurídica reduciéndolo a las corporaciones y fundaciones de interés público ampliada luego por razones prácticas a las sociedades anónimas. Para este sector la personalidad jurídica requiere un *corpus* o *collegium* independiente como substrato y una decisión administrativa como elemento formal. La personalidad jurídica, en cierto modo, deriva, pues, del *imperium* del Estado y se obtiene por concesión del mismo.

Frente a éste, hay otro sector doctrinal, en cierto modo incardinado en torno a la influencia francesa que, fundándose en razones prácticas, amplía el concepto de personalidad jurídica, concediendo ésta, sin necesidad de concesión administrativa, a toda clase de sociedades mercantiles e incluso a las civiles, justificando esta extensión en que la existencia de la preferencia que se concede a los acreedores de la sociedad respecto de los acreedores de los socios para hacer efectivos sus créditos sobre los bienes sociales, demuestra la existencia de una persona interpuesta entre unos y otros que es la persona jurídica. No voy a descender aquí a discutir este, por otra parte, endeble argumento, sino sólo a constatar la existencia de una importante corriente doctrinal con su correspondiente traducción legislativa que propugna un concepto amplio de persona jurídica. La personalidad se adquiere por el cumplimiento de unos requisitos legales y no por concesión estatal.

El Derecho español ofrece en este punto, como dice el profesor De Castro, *particularidades de importancia* (3). Arrancando de una doctrina y práctica estricta, va paulatinamente cambiando, probablemente por influencia del liberalismo político, a una concepción amplia que termina por aceptar que la personalidad jurídica existe sin necesidad de concesión del Estado.

El Código civil dedica a la personalidad jurídica sólo cinco artículos y sigue lo que De Castro llama «una prudente vía media» (4). Parte de la distinción en función del interés y concede personalidad jurídica a «corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley». Aplica, pues, el criterio del reconocimiento, si bien es discutible lo que el Código entiende aquí por «ley» (5).

En cambio, las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, la tendrán si la ley se la concede (art. 35).

(2) V. *Notas preliminares para el estudio del concepto de personalidad jurídica* en el libro «Centenario de la Ley del Notariado», Sec. 3, Vol. 1, pp. 53 y ss.

(3) V. CASTRO, *op. cit.*, p. 71.

(4) *Loc. cit.*, p. 80.

(5) V. *Coloquios de Buitrago sobre Fundaciones*, editados por Fundesco, T. 1, pp. 26 y 58 y ss.

El Código, pues, acepta un concepto amplio de personalidad jurídica, pero no ilimitado —advierte el ilustre profesor, al que seguimos—, ya que su amplitud viene limitada por el establecimiento de un «*numerus clausus*» de figuras de personalidad jurídica, excluyendo «*las asociaciones de interés público no reconocidas, las de interés particular que no adoptan forma de sociedades, las sociedades no inscritas y las fundaciones de interés particular*».

Estas distinciones realizadas por el Código civil no dejan de ofrecer reparos, pues en ellas late una velada resistencia a dotar de personalidad jurídica a los entes de fin no lucrativo, mientras que, en el propio Código, se concede generosamente la personalidad jurídica por el solo cumplimiento de requisitos formales a las sociedades, incluso a las meramente civiles. Dejando a un lado la oportunidad o no de aceptar un criterio amplio de concesión de la personalidad jurídica y, aceptado éste, no parece razonable que se den mayores facilidades a las asociaciones cuyo fin sea egoísta y de lucro que a las que persiguen fines altruistas. *De lege ferenda*, parecería lógico que la personalidad jurídica se concediera con independencia del fin perseguido a quien ostentara los requisitos de fondo (patrimonio, fin común, organización) y de forma (solemnización del acto e inscripción en el Registro) que la ley estableciera con carácter general para todos.

No ha sido así y falta en nuestro Derecho una doctrina unitaria de la personalidad jurídica que desarrollara el embrión que significan los artículos 35 y siguientes del Código y hasta épocas recientísimas las asociaciones y en cierto modo las fundaciones han visto fuertemente condicionada su existencia, si bien, como veremos, las primeras están a punto de cobrarse la revancha.

Resumiendo, pues, en el Código civil las asociaciones en general sólo gozan de personalidad jurídica si son de interés público reconocidas por la ley. Entre las asociaciones de interés público hay que entender incluidas las eclesiásticas, para las cuales y en tema de capacidad, el artículo 38 dice se estará a lo concordado. No puedo profundizar en la evolución posterior del asociacionismo que lleva a una ampliación de los fines aceptando la personalidad jurídica de asociaciones con fines privados pero manteniendo y aún acentuando la intervención estatal.

Centrándonos en el Derecho moderno, *La Ley de Asociaciones de 1964* consagra la personalidad jurídica de las asociaciones con tal de que sea, para fines lícitos y determinados (art. 1-1), a diferencia de la Ley de 1877 que no hace referencia alguna a la personalidad jurídica de las asociaciones que regula, estableciendo que son fines ilícitos los contrarios a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás Leyes Fundamentales, sancionados por las leyes penales y los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política y social de España (artículo 1-3).

En su artículo 2.º excluye del ámbito de la ley a las asociaciones constituidas según el Derecho canónico y las de la A. C. española,

pero sólo en cuanto realicen fines de apostolado religioso manteniéndose por lo que se refiere a actividades de otro género de acuerdo con el artículo 34 de dicho texto concordado, en el ámbito de esta Ley», lo cual significaba, por cierto, y, aunque no venga ya a cuento, una interpretación unilateral y tendenciosa del texto concordado. Esta exclusión, sin embargo, no era absoluta, pues en una de las muchas manifestaciones de incongruencia administrativa que hay en nuestro Derecho, el Decreto de 20 de mayo de 1965, que dicta las normas complementarias de la Ley anterior, incluye una disposición transitoria 2.^a que establece que las «asociaciones excluidas en la regulación de la Ley, conforme a su artículo 2.^c, ap. 1 a 4, que no se hallen inscritas en los Registros de los Gobiernos civiles llevarán a cabo la inscripción registral correspondiente...», disposición por cierto que fue aprovechada por algunas personas jurídicas eclesiásticas en la etapa de tensiones entre la Iglesia y el Ministerio de Justicia para obtener por esta vía anómala su personalidad.

De todas formas, como es sabido, la regulación de la ley era luego muy estricta y sometía a las asociaciones a fuertes restricciones cuyo incumplimiento podía llegar a producir la suspensión de la asociación (art. 10 Ley).

En esta Ley ni se plantea siquiera el tema de las asociaciones religiosas no católicas. No conocemos si se intentó la constitución de alguna ni cuál fue, en este caso, la postura de la Administración, aunque me temo que tal constitución hubiera chocado con los principios fundamentales que proclamaban la unidad católica y la confesionalidad del Estado, así como con la consideración de la «religión católica como única» entre nosotros.

Las confesiones religiosas no católicas siguieron el socorrido camino de mantenerse en la clandestinidad jurídica y tener sus bienes a nombre de testaferros, ya fueran personas físicas o sociedades de tipo fiduciario.

La penetración entre nosotros de las ideas del Concilio Vaticano II, y en especial de su declaración sobre libertad civil en materia religiosa, llevó a la publicación de la Ley 44/67 de 28 de junio llamada Ley de Libertad Religiosa, en la que se reconoce el derecho de libertad religiosa y dentro de él y como una manifestación concreta, el asociacionismo religioso. Las características esquemáticas del derecho reconocido en esta ley son las siguientes:

— Sólo se refiere a las confesiones religiosas no católicas. Las católicas tenían reconocido un derecho mucho más generoso en el Concordato de 1953, aunque precisamente por aquellas fechas no estuvieran en el mejor momento las relaciones Iglesia-Estado y esto se reflejara en la situación de hecho de las asociaciones religiosas católicas. Estamos, pues, en régimen de tolerancia que no cuestiona la situación de la Iglesia católica como religión oficial ni pretende una situación de igualdad ante la ley de las diversas confesiones.

— El reconocimiento de las confesiones no católicas no se hace reconociéndolas en cuanto tales, sino a través del procedimiento indi-

recto de permitirlas constituirse en asociaciones confesionales con arreglo a la Ley (art. 13-1).

— La personalidad jurídica se obtiene mediante la inscripción en el Registro.

— Para la inscripción se requiere acreditar un riguroso número de extremos, algunos no fáciles como «estatutos en que se determinen con precisión sus fines, órganos rectores y esquema de organización» o «patrimonio inicial de constitución, bienes inmuebles y recursos económicos previstos».

— También son rigurosos los extremos que condicionan la vida de estas asociaciones que deben llevar un registro de todos sus miembros para la inscripción de las altas y bajas, así como los oportunos libros de contabilidad que tenían que ser sellados anualmente por la autoridad administrativa competente. Registros, además, que podían ser examinados por la autoridad gubernativa con el consentimiento de sus órganos de gobierno o con el oportuno mandamiento judicial.

— Su capacidad tenía ciertas restricciones como el hecho de que pudieran recibir bienes a título gratuito y organizar colectas *entre sus miembros* siempre que los bienes y recursos se contabilicen en los libros y queden afectos a los fines estatutarios. Téngase en cuenta que, no concediéndosele ningún beneficio fiscal, estas donaciones tributarían por el concepto de herencia entre extraños, es decir, con tipos que oscilan del 58 a casi el 100 por 100 del valor haciéndolas prácticamente prohibitivas.

No es de extrañar que con esas condiciones muchas confesiones se negasen a someterse a la ley y prefieran su anterior situación de clandestinidad.

El 27 de diciembre de 1978 se publica la nueva Constitución española que va a cambiar radicalmente la situación de las confesiones religiosas y del propio derecho de asociación. Son varios los artículos que afectan a nuestro tema:

— El artículo 16 garantiza la libertad ideológica religiosa y de culto tanto de los individuos como de las comunidades, sin más límite que lo necesario para mantener el orden público. Tras establecer el carácter neutral del Estado compromete a éste a mantener relaciones de cooperación con la «Iglesia católica y las demás confesiones».

— El artículo 22 reconoce en términos muy amplios el derecho de asociación para cualquier tipo de fines que no sean delictivos, secretos o paramilitares y establece que deberán inscribirse a los solos efectos de publicidad.

Sin necesidad de comentario alguno, se comprende que los preceptos citados de la Constitución significan un giro de 180 grados en la consideración entre nosotros del derecho de asociación en general y que debía reflejarse rápidamente en una nueva ley de libertad religiosa que pusiera fin a los arcaicos preceptos de la anterior.

Es este nuevo marco que significa la Constitución en el que hay que situar la nueva Ley de Libertad Religiosa, no olvidando que la Constitución es obligatoria en este punto y que, como dice su ar-

título 53, «Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2.º del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a» (que regula el recurso de anticonstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional).

II.—ESTUDIO DE LA LEY ORGANICA

La preparación de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa fue complicada y explica algunas de sus incongruencias.

En un primer momento, anterior por supuesto a la publicación de la Constitución, se pensó en la necesidad de sustituir la Ley de Libertad Religiosa de 1967 cuyos términos en muchos puntos vejatorios para las confesiones religiosas no católicas pugnaban abiertamente con los nuevos aires fruto de la reforma política.

En aquellos momentos la Administración estaba ya enfrascada en el largo proceso de preparación de los Acuerdos Iglesia-Estado, por lo que la Ley se concibió, en un principio, como una norma paralela a la anterior y su preparación se encomendó a una comisión con abundante presencia de confesiones no católicas y a la que se incorporó, según creo, un sacerdote católico en calidad de observador, pero desde luego sin que se produjera la que hubiera sido lógica coordinación entre ambas comisiones, lo que explica la diferencia de terminología entre una y otra y plantea la cuestión de preferencia entre el texto de la Ley Orgánica y el de los Acuerdos, lo cual es importante para la interpretación de uno y otro.

Sólo en un estadio avanzado de su gestación y ya publicada la Constitución, se cambió el rumbo de la Ley convirtiéndola en norma aplicable a todas las confesiones religiosas, incluida la católica, y dotándola por último, ya en el Congreso, del carácter de Ley Orgánica, entroncándola con el desarrollo, que se consideró preciso, del artículo 16 de la Constitución. Pero lo que faltó fue el coraje de cambiar por completo el texto ya redactado, cuya falta de coordinación con los Acuerdos Iglesia-Estado y, lo que es más grave, con la propia Constitución, resulta, como veremos, evidente.

¿Qué es lo que se podía esperar de la Ley? Establecido por la Constitución el derecho de libertad religiosa, el único asunto verdaderamente urgente y que debería haber merecido la atención primordial de aquélla era el regular la personalidad jurídica de las Iglesias y entes eclesiásticos, dictando las normas precisas para que los entes religiosos pudieran adquirir la plenitud de sus derechos como mínimo en paridad de situación con los de fines profanos, de acuerdo con lo dispuesto por la propia Constitución y derogar, por tanto, la Ley de 1967.

Esto era importante incluso para la Iglesia católica que, en su Acuerdo jurídico (art. 14, párrafo 3) tiene una clara remisión al or-

denamiento del Estado que parecía lógico recibiera respuesta en esta Ley.

Pues bien, este objetivo, para mi el único que justificaba esta Ley, se ha visto defraudado por ella como vamos a tener ocasión de comprobar al estudiar su articulado.

Veamos éste en la parte que afecta a la personalidad jurídica:

El artículo 2, número 1, entre los derechos contenidos en el de libertad religiosa, recoge el siguiente: «Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comuníamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica». La propia Ley, en su artículo 3-1, establece a su vez que «el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática».

El artículo 5 establece en su número 1 que «Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica *una vez inscritas* en el correspondiente Registro público que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia».

Por último, el artículo 6-2 establece que «Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general».

Veamos los problemas más importantes que plantea la Ley de Libertad Religiosa en este punto, así como los resultados de su comparación con lo dispuesto en los Acuerdos Iglesia católica-Estado español.

III.—PROBLEMAS QUE PLANTEA

1. *El carácter de Ley Orgánica y sus diferencias con el Acuerdo jurídico*

Las Iglesias, para obtener personalidad jurídica, deben pasar por el cauce de la inscripción en el Registro del Ministerio de Justicia. Esta exigencia, aparentemente simple, plantea, como veremos, diversos problemas.

El primero es la incongruencia de esta Ley con el Acuerdo Iglesia-Estado. El tono general que en el último momento se quiso dar a la Ley, aplicando sus preceptos también a la Iglesia católica, produce una distorsión entre ella y el artículo 1 del Acuerdo jurídico, planteando el problema de no resolver las diferencias entre ambos.

Lo lógico sería que la Ley fuera lo suficientemente flexible para que los Acuerdos cupieran dentro de ella o que al menos alguna dis-

posición transitoria hubiera resuelto las divergencias entre ambas. Pero no es así, y el primer problema que hay que afrontar es el de cómo resolver la colisión de ambas normas.

Por una parte, esta Ley tiene categoría de Ley Orgánica con un *quorum* especial para su aprobación y derogación. Por otra parte es posterior a los Acuerdos y contiene en su disposición derogatoria la norma de que quedan derogadas «cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley».

El concepto de Ley Orgánica es nuevo en nuestro Derecho y está preñado de dificultades, entre las que no es la menor determinar si el hecho de ser aprobada como Ley Orgánica confiere carácter de tal a todas las disposiciones en ella contenidas o se requieren, además de los requisitos de orden formal, el requisito de fondo de referirse al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...». En algún supuesto concreto el propio legislador se ha sentido autorizado a distinguir en una Ley una parte orgánica y otra no orgánica como si tal carácter dependiera de la voluntad legislativa más que de la materia regulada. Pero de todas formas, en principio y a la vista de lo dispuesto en el artículo 96, parece que los Tratados internacionales aprobados con previa autorización de las Cortes Generales forman parte del Ordenamiento interno español y sólo pueden ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional. Parece, pues, como dice Sánchez Agesta (6), que, dentro del principio de jerarquía normativa, los Tratados internacionales son preferentes incluso a las leyes orgánicas.

Sentado lo anterior, el Acuerdo jurídico, cuyo carácter de Tratado internacional me parece indiscutible, creo no puede venir modificado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y en aquellos puntos, como es el presente, en que se produzca colisión entre ambas normas se entenderá, en lo que a la Iglesia católica se refiere, preferente lo dispuesto en el Acuerdo. Con mucho mayor motivo puede defendese la preferencia de los Acuerdos sobre el reciente Reglamento de Registro de Entidades religiosas que en algunos puntos no se muestra excesivamente respetuoso con aquéllos.

2. Requisitos para adquirir la personalidad jurídica

Aplicando esta tesis al primer tema planteado, resulta que la Iglesia católica tiene reconocida su personalidad jurídica sin necesidad de cumplir requisito alguno. Sus órganos institucionales: diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales gozarán de personalidad jurídica civil si se dan dos requisitos:

- que gocen de personalidad jurídica canónica;
- que, siendo su erección posterior al Acuerdo, sea notificada aquéllas a los órganos correspondientes del Estado.

(6) *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 296.

A diferencia de la Iglesia católica, las restantes confesiones no precisan el requisito previo de tener otra personalidad jurídica (la canónica en aquel caso).

Pero, en cambio, sólo adquieren la personalidad jurídica en virtud de la inscripción en el Registro. Más tarde volveremos sobre este punto. Ahora estudiemos brevemente los requisitos para la inscripción.

— *Documento fehaciente.*—El Reglamento puntuiza qué entiende por documento fehaciente, «testimonio literal del documento de creación debidamente autenticado o el correspondiente documento notarial de fundación o establecimiento en España» (art. 3-1).

Este requisito, por una parte, significa una ventaja para las Iglesias, que gozarán de los efectos derivados de la fe pública y de las ventajas jurídicas que implica la intervención notarial, pero significa, por otra parte, un requisito que no parece vaya a exigirse para las asociaciones privadas de fin no religioso y en este sentido tiene un cierto carácter discriminatorio.

Por otra parte, el Acuerdo jurídico hablaba de documentos auténticos. Sin embargo, tradicionalmente se había aceptado como documento auténtico o fehaciente el expedido por las autoridades eclesiásticas competentes sin necesidad de ulterior intervención de funcionario público español. El Reglamento zanja la cuestión al exigir en todo caso como mínimo un documento autenticado. Probablemente es un fruto más de la aconfesionalidad del Estado que no acepta otro medio de autenticación que el regulado por sus propias leyes.

El documento fehaciente o testimonio debe reunir los datos siguientes:

— *Constancia de su fundación.*—El Reglamento parece haber prescindido de este dato que recogía la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, quizás porque dicha prueba sería difícil en términos jurídicos e innecesario en la práctica. ¿Cómo dejar constancia de la fundación, por ejemplo, de la religión judía, como no sea reproduciendo las promesas de Yavé a Abraham? Y es que los fenómenos religiosos están con frecuencia reñidos con la posibilidad de ser probados en términos jurídicos.

También ha suprimido el Reglamento el otro requisito alternativo que contiene la Ley, «el establecimiento en España», que ya era más fácil de probar. Y plantea el problema que ya presentó el Acuerdo jurídico de si podrían adquirir personalidad jurídica española confesiones religiosas no establecidas en España siempre que cumplan los requisitos legales. Así parece deducirse de los términos del Reglamento, lo cual no deja de ser anómalo y contradice lo establecido para otras personalidades jurídicas (como, por ejemplo, las sociedades mercantiles) y los propios términos de la Ley (al menos en su interpretación más lógica).

Entre la Ley y el Reglamento y el Acuerdo jurídico existe otra diferencia importante. Para las instituciones de vida consagrada pertenecientes a la Iglesia católica el Acuerdo jurídico establecía un sis-

tema similar al de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, pero en el que se observan algunas diferencias. El Acuerdo jurídico omítia la «constancia de su fundación o establecimiento en España», pero exige, en cambio, el requisito de la «erección canónica», poniendo fin, como se sabe, a la generosa situación anterior que concedía la personalidad jurídica también a las entidades eclesiásticas «meramente aprobadas». ¿Significa lo dispuesto en la Ley y Reglamento *que puede prescindirse del requisito de la erección?* El tema es dudoso ya que ésta es una consecuencia más de la doble vía de formación de ambas leyes y la falta de coordinación entre ambas. Por una parte, creemos que el Acuerdo jurídico, como dijimos, no viene derogado por la Ley. Por otra, no deja de ser anómalo que se haya quebrado la tradición de conceder la personalidad jurídica a los entes meramente aprobados precisamente en un momento en que se está facilitando al máximo la concesión de la personalidad jurídica.

— El segundo requisito es «expresión de sus *fines religiosos*». El Reglamento añade «con respeto de los límites establecidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/80 de 5 de julio, al ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa». En el Reglamento hay un indudable error al referirse al artículo 2 y no al 3. Ignoramos cuál es la intencionalidad de añadir la palabra «religiosos» que parece superflua al referirse a las Iglesias cuyos fines son, por supuesto, religiosos. Siempre queda la sombra de duda (7) de si con dicho calificativo se quiere abrir un portillo a la posible calificación por parte del Estado de qué se entiende por fin religioso. Este sentimiento se acentúa al leer las facultades concedidas en el artículo 4 al ministro de Justicia, sobre cuya constitucionalidad hablaremos luego.

— *Denominación y demás datos de identificación.*—El Acuerdo jurídico habla sólo de «datos de identificación» pero no está mal añadir la denominación que parece el primer y más importante dato de identificación. El Reglamento añade otro requisito, que esta denominación sea «idónea para distinguirla de cualquier otra». Esta exigencia, que no se encuentra en el Acuerdo jurídico y en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, puede plantear problemas, sobre todo entre los entes católicos cuyas denominaciones son con frecuencia muy similares e incluso idénticas. El Reglamento, por otra parte, suprime la referencia a «los demás datos de identificación», los cuales podrían servir idóneamente para la distinción de la entidad sin necesidad de una restricción en la denominación que si se lleva rigurosamente puede obligar a cambiar el nombre de más de una comunidad o institución religiosa, sobre todo si el requisito se exige a nivel nacional aunque los entes religiosos sólo actúen en niveles locales. ¿Cuántas Cofradías de la Virgen Dolorosa puede haber en España?

Creemos que, pese a que el Reglamento no lo exige, podrá añadirse otros datos de identificación como el nombre del fundador, lugar de origen, lugar a que se concreta su actividad, etc.

(7) V. nuestro trabajo cit., pp. 256 y ss.

— *Régimen de funcionamiento y órganos representativos* con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación. Este último inciso se introduce por la Ley de Libertad Religiosa, aunque parece lógico si se quiere dar una información útil del funcionamiento de las Iglesias.

Los anteriores documentos deben ir acompañados de una solicitud de inscripción. Este requisito no lo exige el Acuerdo jurídico para los entes de la Iglesia católica, por lo que parece que para ellos no será preciso.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa tiene una *norma transitoria* que merece algún comentario. Dice así:

«El Estado reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar de las Entidades religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley. Transcurridos tres años sólo podrán justificar su personalidad jurídica mediante la certificación de su inscripción en el Registro a que esta Ley se refiere».

Esta norma es repetición, con algunas modificaciones que señalaremos, de la disposición transitoria 1.^a del Acuerdo jurídico. En este último tiene un claro fin de estimular la inscripción de las personas jurídicas eclesiásticas que, habiendo adquirido su personalidad civil antes del Acuerdo, no estaban inscritas en el Registro. Y lo buscaba por una doble vía. Imponiendo la obligación de inscribir («deberán inscribirse») y estableciendo una restricción a la posibilidad de prueba de la personalidad que transcurridos tres años sólo podrá justificarse mediante certificación del Registro.

Aplicado a las confesiones no católicas por la disposición transitoria 1.^a, la norma pierde su sentido, pues éstas no han tenido posibilidad dados los términos de la Ley de 1967 de adquirir personalidad jurídica fuera de la inscripción y, por lo tanto, no hace falta estimular ésta. Quizá por comprenderlo así la Ley Orgánica de Libertad Religiosa suprime la primera parte de lo que el Acuerdo jurídico establecía, o sea el «deberán inscribirse».

Pero, no siendo necesario fomentar la inscripción, resulta anómalo que se limiten los medios de prueba de la personalidad jurídica y hemos de preguntarnos ¿por qué sólo puede probarse mediante dicha certificación? ¿Qué ocurrirá, por ejemplo, si el Registro se pierde o tiene errores? Además, dados los términos en que está redactada esta disposición transitoria, parece que la limitación de prueba sólo es aplicable a las entidades religiosas «que gocen de personalidad jurídica en la fecha de entrada en vigor de la Ley», pero es dudoso que pueda aplicarse a las que la adquieran con posterioridad, dados, repito, los términos y la situación del precepto. Esto plantea una vez más la pregunta de por qué son distintos los medios de prueba en uno u otro caso.

Por otra parte, si lo que se ha querido al traer aquí la norma es que ésta sea aplicable también a las instituciones de la Iglesia católica, se plantean algunas cuestiones complementarias. La primera, la de su

esterilidad, ya que era suficiente lo establecido en el Acuerdo jurídico sin necesidad de repetición, tanto más cuanto que es un problema específico de las organizaciones católicas y no extensible en las demás, por lo que su colocación es más propia en el Acuerdo jurídico. La segunda, la de su excesiva generalidad. El Acuerdo jurídico se limita a las instituciones canónicas que están sometidas a inscripción, pero deja cuidadosamente fuera a la Iglesia institución y los entes que la integran y a la Conferencia Episcopal. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa emplea términos más vagos de gran amplitud, «Entidades religiosas», lo que en cierto modo podría ser aplicable también a la Iglesia católica-institución si no fuera porque, como hemos dicho ya, el Acuerdo jurídico es preferente a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa por su superior rango legislativo. Creemos, pues, que la disposición transitoria no es aplicable a los entes católicos que se regirán en este punto por la disposición transitoria del Acuerdo jurídico.

Por último, la *disposición transitoria* de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa ha suprimido el último inciso del Acuerdo jurídico que decía «sin perjuicio de que pueda practicarse la inscripción en cualquier tiempo». La razón, vista desde el prisma de las confesiones no católicas, es lógica ya que la inscripción es la que en todo momento concede la personalidad jurídica y por lo tanto no puede darse el supuesto que este inciso contempla. Desde el punto de vista de las instituciones católicas, una vez más hemos de defender su inoperancia por preferencia del Acuerdo jurídico.

Esta omisión viene en cambio subsanada por el Reglamento de entidades religiosas quien, recogiendo el espíritu de la disposición transitoria de la Ley, le da otra redacción al decir en su primer inciso que «las entidades religiosas que gozan de personalidad jurídica sin hallarse inscritas en ningún Registro del Estado podrán solicitar su inscripción en cualquier momento, pero transcurrido el plazo de tres años sólo podrán acreditar su personalidad jurídica mediante la correspondiente certificación».

Finalmente, el Reglamento, aunque mantiene los términos vagos de «entidades religiosas», ha puntualizado —siguiendo al Acuerdo jurídico— que el plazo de tres años no impide la ulterior inscripción, que podrá hacerse «en cualquier momento».

En conclusión, esta norma es estéril y carece de sentido, no teniendo otra consecuencia que una injustificada restricción de los medios de prueba de las confesiones no católicas en los supuestos de personalidad jurídica adquirida antes de la Ley y no es aplicable a las instituciones católicas, que se regirán en este punto por la disposición transitoria 1.^a del Acuerdo jurídico.

3. A qué personas se aplica el artículo 5.^º

Queda el problema, importante, de a qué instituciones religiosas se aplica este artículo que permite adquirir la personalidad jurídica por mera inscripción. El preceptor habla de «Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones».

La *terminología*, que no sé si es adecuada y suficientemente expresiva para las comunidades no católicas, no lo es desde luego si se pretende aplicar a las católicas, lo que se desprende por sí solo de una simple lectura del artículo correspondiente del tantas veces citado Acuerdo jurídico.

Los términos «Iglesias y Confesiones» parecen ser en cierto modo equiparables y se entenderán comprendidos en ellos, lo que el Acuerdo jurídico llama «Iglesias, diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales». De todas formas no hubiera estado de más, para una mayor claridad, que hubiera puntualizado, como hace el Acuerdo jurídico, que la personalidad jurídica puede alcanzarla no sólo la institución en su conjunto, sino también sus organizaciones de carácter territorial, ya que hay confesiones religiosas no católicas en las que existe la división en diócesis y parroquias cuya posibilidad de obtener la personalidad jurídica en el marco de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa es por lo menos dudosa.

No es necesario repetir aquí que, como hemos afirmado otras veces, este precepto no es aplicable a las instituciones católicas que encuentran en el Acuerdo jurídico otro camino en ocasiones completamente distinto.

Más confuso es el término de *comunidades religiosas*, concepto amplio y vago que, si bien la Ley parece tomar como sinónimo de Iglesias, podría tal vez interpretarse en términos más amplios para acoger por esta vía la personalidad jurídica de las instituciones no católicas equiparables a lo que el Acuerdo jurídico llama dentro de la Iglesia católica «órdenes, congregaciones religiosas y otros institutos de vida consagrada», respecto de las cuales la Ley guarda silencio. Y quedará siempre en la sombra, como antes, si la personalidad jurídica alcanzará como en el Acuerdo jurídico también a «sus provincias y sus casas». Aquí creo que se impone una interpretación extensiva de la Ley y es una lástima que el Reglamento no lo haya hecho para incluir en los términos de la norma estas entidades menores. Creo que se puede y debe conseguir el mismo fin a través de la práctica administrativa a la hora de inscribir en el Registro.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa dedica únicamente su artículo 6-2 a un tema de los más graves hoy planteados o, que era legítimo esperar que resolviera esta Ley y que no lo ha hecho.

Como es sabido, el Acuerdo jurídico estableció que las asociaciones, otras entidades y fundaciones religiosas que no gocen de personalidad jurídica civil podrán adquirirla *con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado*. Ya indicamos (8) que podía ser la Ley de Libertad Religiosa la indicada para resolver el problema, dado que en otras normas del ordenamiento general del Estado no se regula la forma de obtener la personalidad jurídica las instituciones religiosas. El tema es especialmente grave para las Fundaciones, ya que la legis-

(8) En nuestro trabajo *Personalidad civil de los entes eclesiásticos*, recogidos en "Los Acuerdos entre la Iglesia y España", publicados bajo la dirección de CORRAL-ECHEVERRÍA (B.A.C.).

lación general no prevé las Fundaciones de fin religioso. No profundizamos en este punto que el profesor Valero supongo tratará en su conferencia.

Una vez más entre el Acuerdo jurídico y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa hay sensibles diferencias. En primer lugar, en cuanto a quién puede promover estas instituciones. El Acuerdo jurídico sólo permite esta posibilidad a la Iglesia institución y lo condiciona a que tengan personalidad jurídica eclesiástica. En cambio, la Ley confía esta posibilidad a las «Iglesias, confesiones y comunidades» y no exige una personalidad jurídica previa. Si se acepta la posible interpretación que hemos dado antes al término «comunidades» resultaría anómalo que estas entidades menores puedan constituir personas jurídicas.

Tampoco es muy clara la razón por la que se habla de *crear y fomentar*, ni qué quiere decir la Ley con este término de «fomentar».

En cambio hay una sutil diferencia entre la Ley y el Acuerdo jurídico. Este dice «podrán adquirir la personalidad jurídica civil con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado». La Ley, en cambio, dice «con arreglo a las disposiciones del ordenamiento del Estado». Ignoramos la causa de este cambio de redacción, ni siquiera si significa algo, aunque puestos a buscar una razón, la última redacción podría significar que las instituciones religiosas sólo podrían adquirir personalidad jurídica de acuerdo con las normas generales dictadas para todas las instituciones en general y no específicas para las de carácter religioso.

Finalmente, la Ley suprime el último inciso que había en el Acuerdo jurídico y que, al establecer que se adquiriría mediante la inscripción y al recoger qué requisitos requería ésta, significaba un compromiso por parte del Estado de no someter a otros requisitos que el de la inscripción y esto incluso para aquellas personas jurídicas, como la Fundación, para las que actualmente el ordenamiento sigue un criterio de concesión a través de la clasificación estatal.

La Ley ha sido, como ya he dicho, la pérdida de una ocasión para cumplir el compromiso del Estado en una sede que era la lógica. Nada hubiera costado introducir unas normas sobre la manera a través de la cual los entes eclesiásticos podrían adquirir personalidad civil y queda en pie la necesidad de publicar una ley que resuelva el problema. Porque la única interpretación que no nos parecería aceptable pese a la modificación antes apuntada es la de entender que con este párrafo y el equivalente del Acuerdo jurídico lo que se quiere establecer es que los entes religiosos se deben constituir por los cauces generales del Derecho común, mientras este Derecho, sobre todo en lo referente a las Fundaciones, no permita y regule este tipo de instituciones y al menos en las reguladas por el Acuerdo jurídico no se cumpla por el Estado el compromiso de que la personalidad jurídica se consiga sólo en virtud de la inscripción en la que se acrediten los requisitos previstos.

La reciente publicación del Reglamento del Registro de entidades religiosas merece algunos comentarios. Aparte lo relativo a las entida-

des inscribibles —de las que luego hablaremos, pero en donde ya adelantamos se echa de menos el reconocimiento de que hay entes religiosos para los que no es precisa la inscripción y así debió decirse en el Reglamento (Iglesia católica, diócesis, parroquias, Conferencia Episcopal), llama la atención la inclusión en la lista de entes inscribibles de las asociaciones (respecto de las cuales la Ley Orgánica remite al ordenamiento común) y se echa en cambio en falta alguna referencia a las fundaciones (que carecen hoy de cauce en el ordenamiento general)—, queremos destacar algunas particularidades del mecanismo de inscripción.

No se trata con este Registro de la constatación automática de la existencia de un ente mediante la presentación de los documentos precisos que contengan los requisitos minuciosamente detallados en la ley, sino que se establece de forma apenas enmascarada un control por parte del Ministerio del carácter y naturaleza de la institución. Veamos este punto con un poco de detalle.

En forma subrepticia y, como hemos indicado, entre los requisitos que debe contener la inscripción y cuya ausencia provoca la denegación de la misma (art. 4, núm. 2), se ha añadido, en la Ley y Reglamento, a la palabra *fines* que incluía el Acuerdo jurídico (art. 3-2-c del Reglamento) el calificativo *religiosos*, lo que implica nada menos que el ministro de Justicia es el llamado a discernir si el ente a inscribir tiene o no «fines religiosos». Basta recordar lo ocurrido en el pasado y la equiparación que muchos ciudadanos hacen entre religión y actividad estrechamente cultural en un propósito de apartar a las Iglesias de preocupaciones sociales o incluso benéficas, para comprender cómo se ha montado a través del Registro un método de control indirecto de las Iglesias. Téngase en cuenta, además, que la decisión sobre la inscripción no está confiada a un funcionario independiente como podría ser, por ejemplo, un Registrador de la Propiedad, sino al propio ministro de Justicia, al que el artículo 4-1 atribuye la facultad de «acordar lo procedente» sin que ni siquiera el informe de la comisión asesora de libertad religiosa que podría significar un cierto control por la presencia en ella de las Iglesias, sea, no ya vinculante para denegar la inscripción, lo que sería lógico, sino ni siquiera necesario ya que su informe sólo es preciso cuando el ministro «lo solicite». Similares facultades concede el artículo 5-2 al director general de Asuntos Eclesiásticos en el supuesto de modificación de cualquiera de las circunstancias de las entidades inscritas. La decisión del ministro, directamente en el caso de constitución y resolviendo el recurso de alzada, en el supuesto de modificación, agota la vía administrativa y permite acudir al amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional (9).

La sombra de lo ocurrido en ciertas épocas con el Registro alejará sin duda sobre las entidades religiosas y la comparación con el

(9) Así lo establece el art. 6 del Reglamento en relación con el 4 de la Ley Orgánica. El texto publicado en el "BOE", por indudable error, se remite al 3.

sistema establecido en la Constitución para las asociaciones en general resultará irritante si se tiene en cuenta que para éstas la inscripción es obligatoria *a los solos efectos de publicidad* y deberá verificarse en el plazo máximo de 15 días, no teniendo posibilidad de rechazar la inscripción y quedándole al Estado sólo la facultad de ser él quien se dirija a los Tribunales en petición de que se declare la inconstitucionalidad de la asociación. Esto va a plantear a las asociaciones religiosas una grave dilema, ya que el artículo 32 del Proyecto de la Ley Orgánica de las libertades públicas parece comprender en su ámbito también a las asociaciones religiosas, lo que significa que éstas podrán en la práctica optar, como ya lo hicieron algunas en épocas difíciles anteriores, entre someterse a las rígidas normas de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa o acogerse al régimen mucho más liberal y favorable del ordenamiento procesal, para lo cual, al menos en cuanto a las asociaciones, vienen expresamente autorizadas por los términos del artículo 6 que ha sido incorrectamente desarrollado por el Reglamento.

Por último, y de pasada, diré que un efecto importante de la que ha dado en llamarse cláusula de salvaguardia de la identidad religiosa que trasciende el campo estrictamente laboral, en el que tradicionalmente se contempla esta cláusula, puede detectarse en este punto. Dentro de las normas de funcionamiento pueden incluirse disposiciones que concedan, por ejemplo, a la jerarquía eclesiástica un control tanto sobre las personas como sobre las actividades de las instituciones cobijadas bajo su manto.

4. Brevisima referencia a los convenios Estado-Iglesias.

La Ley Orgánica de Libertad Religiosa menciona finalmente, en su artículo 7, que el Estado establecerá, en su caso, acuerdos o convenios de cooperación con Iglesias, confesiones e incluso comunidades. El principio es correcto y permite extender a otras confesiones la posibilidad de llevar a cabo convenios como los firmados con la Iglesia católica. Sin embargo, hacemos notar que las peculiares características que concurren en la Iglesia católica —dada la existencia del Estado Vaticano y la personalidad internacional tradicional reconocida a la Santa Sede— hacen que los acuerdos con las otras Iglesias e incluso los acuerdos que con la propia Iglesia católica a nivel nacional, o sea, con los órganos españoles, sean diversos de los firmados con la Santa Sede y difícilmente puedan tener la consideración de tratados internacionales. Precisamente por esto sorprende la exigencia que establece dicho artículo de que estos acuerdos «deben aprobarse por ley en las Cortes».

El artículo 94 de la Constitución y refiriéndose a los tratados internacionales, sólo requiere la autorización de las Cortes Generales en el supuesto de que los tratados afecten a la integridad territorial, impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública o supongan modificación o derogación de leyes, siendo suficiente en los otros supuestos que el Congreso y Senado sean «inmediatamente» informados.

No me explico por qué cuando se trata de convenio con las Iglesias que rara vez y sólo en el caso de la católica y en sólo ciertos supuestos pueden calificarse de tratado internacional y que además normalmente no se referirán a temas contenidos en el artículo 94, se requiere, en todo caso, la aprobación por ley de Cortes.

Es este un punto más de incongruencia de la ley que muestra el recelo con que ésta trata el fenómeno religioso a pesar de las promesas del artículo 16 de la Ley.

No profundizamos este tema que es objeto de tratamiento en otra conferencia de este mismo ciclo.

IV.—SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE LIBERTAD RELIGIOSA

Vamos, en la última parte de nuestro trabajo, a expresar la fuerte convicción de que la Ley y su Reglamento tienen *aspectos que pueden considerarse anticonstitucionales*.

Permitásenos exponerlo con un cierto detalle. Uno de los puntos en que los redactores del texto constitucional mostraron una mayor sensibilidad fue el referente a la protección del derecho de asociación. Concorde con el propósito de poner fin a las fuertes restricciones que en este tema se habían producido bajo el régimen anterior, de las cuales, por cierto, no se libraron las instituciones religiosas, se redactó el artículo 22 de la Constitución, en cuyo número 1 se dice: «Se reconoce el derecho de asociación» y cuyo número 2 puntualiza: «Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales». El artículo de la Constitución no dice expresamente si todas las asociaciones tienen derecho a la personalidad jurídica o no. Recordarán ustedes que al principio he hecho una somera referencia a los diversos sistemas que el Derecho comparado tiene frente a este problema y a la creciente tendencia a extender y facilitar la personalidad jurídica que muestra nuestro ordenamiento. Establecida la libertad total para las asociaciones, hubieran podido perfectamente distinguirse dos tipos de asociaciones. Unas sin personalidad jurídica y otras con ella, exigiendo para éstas unos requisitos mínimos entre los que deberían estar, en buena prudencia jurídica, una autonomía patrimonial y una organización suficiente.

1. *Interpretación por la jurisprudencia*

Sin embargo, no ha sido éste el criterio que ha triunfado en el desarrollo del artículo constitucional ni la *interpretación del Tribunal Supremo*. Al contrario, nuestro alto Tribunal, en sus importantes sentencias: dos del 3 de julio y una del 7 de diciembre de 1979, han reprendido la tesis más amplia posible en torno a la adquisición de la personalidad jurídica por las Asociaciones. En las dos primeras sentencias se debatía la inscribibilidad de las dos ramas de la Masonería Española (Gran Oriente Español y Grande Oriente Español Unido). Alegaba el abogado del Estado el carácter secreto de estas asociaciones

que chocan con lo dispuesto en el artículo 22 de la Constitución. Pues bien, el Tribunal Supremo, en la primera de sus sentencias, sienta la doctrina de que el texto constitucional y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que debe servir para la interpretación de aquél en virtud de lo que ordena el artículo 10, p. 2.^º de la propia Constitución, llevan a considerar que «la regla general es la posibilidad de ejercicio del derecho (de asociación) y la excepción su exclusión, debiéndose aplicar éstas —las excepciones— con criterio restrictivo, y añade «que la inscripción prevista por el artículo 22 de la Constitución habrá de practicarse tan pronto consten los datos que señala el p. 2.^º del artículo 3 de la Ley de 1964 y el acta de constitución a que se refiere el p 1..^º del mismo texto, sin posibilidad de denegación, aunque eso sí, sin perjuicio de instar la Administración la acción declarativa pertinente, en orden a constatar su ilicitud o el hallarse incursa en prohibición legal». Y en la otra sentencia, de igual fecha, puntualiza aún más al decir que, según el artículo 22-3 de la Constitución, «la asociación se constituye libremente, debiéndose comunicar dicha constitución a la Administración para su inscripción en aquel Registro a los solos efectos de publicidad; lo que significa que la *personalidad jurídica* de la asociación se produce antes de la inscripción y viene determinada por la concurrencia de las voluntades de los promotores, sin que la Administración esté habilitada para realizar una valoración de la licitud o de la determinación de los *fines* y de los medios expresados en los Estatutos».

En el mismo sentido y completando la doctrina, la sentencia del 7 de diciembre de 1979, dictada con ocasión de una modificación de Estatutos del Club de Amigos de la UNESCO, ratifica que «la aprobación ministerial no es en la actualidad necesaria y el registro de los estatutos tendrá efecto de mera publicidad».

De acuerdo con esta rotunda interpretación de nuestro alto Tribunal, hay que convenir que la Constitución liga la personalidad jurídica al acto de constitución de la asociación. Esta es la interpretación jurisprudencial del párrafo que dice que se inscribirán las asociaciones «a los meros fines de publicidad».

Un matiz nuevo y no del todo concorde con esta interpretación de la Constitución aparece en el *proyecto de Ley Orgánica de Libertades Públicas*, que, presentado hace unos días al Senado, publica el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» cuando, en su artículo 32 dice que «las asociaciones podrán constituirse por la mera concurrencia de las voluntades, expresada en un acta que podrá ser sustituida, en las creadas por Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas, por el documento correspondiente conforme a las normas de aquéllas. Y en su número 3 que las asociaciones constituidas legalmente deberán inscribirse en un Registro a los solos efectos de publicidad. Pero añade de «desde la inscripción, que no podrá dilatarse más de quince días contados desde la presentación del acta, ostentarán personalidad jurídica frente a terceros».

Este último párrafo está, a mi juicio, mal redactado y es de supo-

ner se sustituirá, en el curso de los debates, la frase «ostentarán personalidad jurídica frente a terceros» por otra que establezca la inoponibilidad frente a terceros de la personalidad jurídica de las asociaciones no inscritas. Esta es la única interpretación lógica con la exigencia constitucional de que la inscripción sólo se exija con fines de publicidad y es más clara que decir que una personalidad jurídica lo pueda ser en un sentido y no serlo respecto de terceros.

Como resumen de lo dicho hasta ahora parece claro concluir que *las instituciones de tipo asociativo, de acuerdo con la propia Constitución, no precisan de inscripción en el Registro para adquirir la personalidad jurídica* y que dicha inscripción debe ser a los solos efectos de publicidad o a lo sumo de «oponibilidad» frente a terceros. Y que la Administración carece de facultades para controlar ni el contenido de los estatutos ni los fines de la asociación. En aquellos supuestos que crea son estos ilícitos, debe acudir a los Tribunales de Justicia para que decidan lo que proceda sobre la suspensión o extinción de la asociación.

¿Cómo se coordina con la anterior doctrina constitucional la Ley Orgánica de Libertad Religiosa? A mi juicio, de ninguna manera. Ni primero, el Acuerdo jurídico ni, después, la Ley Orgánica ni, más recientemente, el Reglamento, respetan el mandato constitucional en este punto. La explicación práctica de lo que ha ocurrido hay que buscarla en la forma precipitada e inconexa en que se procede a legislar en España estos últimos tiempos. Tanto los Acuerdos Iglesia-Estado como la Ley se empezaron a fraguar antes de conocer el contenido de la Constitución y se promulgaron sin tiempo para meditar sobre las consecuencias derivadas del texto constitucional. Pero esto, aunque explica, no justifica la contradicción de fondo que existe en estas normas.

2. ¿Son las Iglesias asociaciones?

Profundicemos un poco más sobre el alcance de esta incongruencia.

La Ley Orgánica condiciona a la inscripción la personalidad jurídica de las «Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas». ¿Pueden éstas ser consideradas asociaciones, en cuyo caso la Ley Orgánica violaría el texto constitucional?

El tema de la naturaleza jurídica de las Iglesias o Confesiones es dudoso y requiere un tratamiento nuevo tras la publicación de la Constitución, que instaura un régimen aconfesional.

En la *situación preconstitucional*, Garrido Falla, con referencia por supuesto a la Iglesia católica, reconoce (10) que aquélla tenía en España una doble personalidad jurídica. En primer lugar como sujeto de Derecho internacional y además como personalidad jurídica pública interna. Enfrentándose, sin embargo, con la hipótesis de una próxima

(10) *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*. Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca 1978, pp. 17 y ss.

Constitución, reconocía que la personalidad jurídica de la Iglesia queda desdibujada (pág. 21), que desaparecía la base para considerar a la Iglesia como corporación o institución de Derecho público, aunque se hubiera podido reconocer este carácter bien en la Constitución, bien en una ley de libertad religiosa, sobre todo si se acepta, como propugnó en el coloquio que siguió a la conferencia del profesor Gartido (11), el profesor Scheuner, que «Derecho público no significa necesariamente Derecho estatal y que en el Derecho público puede haber instituciones que se elevan por encima del Derecho privado... como corporaciones de Derecho público, lo que es comprendido en Alemania en el sentido de que no forman parte de la organización estatal, pero el Estado las reconoce como factores importantes de la vida pública y les asigna por ello una posición delimitada en el Derecho público».

Lo cierto es que *la Constitución ni consagra el carácter de Derecho público de las Iglesias* ni da pie, como solicitaba el profesor Garrido, a que lo haga una ley posterior, por lo que en principio no hay fundamento para defender otra tesis que la de que las Iglesias son instituciones de Derecho privado.

Tampoco parece haber base legal y además resulta ambiguo entender en nuestro Derecho, como ha defendido González del Valle (12), que «al margen de que se adopte este o aquel criterio para clasificar las personalidades jurídicas en públicas o privadas, el Derecho español da a la confesión católica un tratamiento similar al de las personas que comúnmente son calificadas como públicas».

A mi juicio, en este momento y a reserva de un estudio más profundo del tema, hay que aceptar la tesis de que las *Iglesias en general son instituciones privadas aunque están al servicio de un Derecho especialmente protegido por la Constitución* como es el de libertad religiosa.

Aceptado lo anterior, queda el problema de si deben incluirse entre las asociaciones o fundaciones. González del Valle (13) y Prieto (14), defienden que se trata de una personalidad que trasciende lo asociativo y lo fundacional y que esta clasificación no es aplicable a la confesión católica porque posee elementos comunes a ambas clases de personas jurídicas.

Es verdad que las peculiaridades que concurren en las Iglesias hacen difícil su encuadramiento, pero lo cierto es que, dejando a un lado la importante corriente doctrinal que, siguiendo a Gierke, no acepta un *tertium genus* entre las asociaciones y fundaciones, y limitándonos a nuestro Derecho positivo, en éste no existe más regulación legal que la relativa a las asociaciones y fundaciones. No hay en nuestro

(11) *Op. cit.*, p. 233.

(12) *Posición jurídica de las confesiones religiosas*, en "Derecho eclesiástico español", obra en colaboración, Pamplona, EUNSA 1980, pp. 322 y ss.

(13) *Op. cit.*, p. 321.

(14) *La personalidad jurídica de la Iglesia*, en "El hecho religioso en la nueva Constitución Española", Salamanca, 1979, p. 85.

Derecho positivo una persona jurídica privada que no sea asociación o fundación.

Puestos a optar entre ambas, *nos inclinamos por el carácter asociativo de las Iglesias*, lo que, refiriéndonos a la católica, viene incluso reforzado por la Constitución sobre la «Iglesia» del Concilio Vaticano II que, al poner en primer plano como base de la misma al «pueblo de Dios», acentúa claramente su carácter asociativo. Aceptado esto, hay que reconocer, sin embargo, que los fines y la estructura jerárquica esenciales a la Iglesia condicionan fuertemente el carácter asociativo de ésta y trascienden a los individuos que pertenecen a las Iglesias y sobre todo a la posible organización democrática de éstas, pero ello no borra, creo, la base asociativa que sirve de fundamento a las mismas.

Una razón de orden práctico para defender hoy aquella solución es el tono mucho más liberal que nuestro ordenamiento tiene respecto a las asociaciones desde la Constitución, lo que hace más conveniente para la libertad de las Iglesias el defender su base asociativa.

De todas formas, si para las Iglesias en general el tema puede discutirse, para las Comunidades religiosas en particular y las Ordenes, Congregaciones religiosas e institutos de vida consagrada y por supuesto para las Asociaciones de fieles en concreto, el carácter asociativo me parece indiscutible.

Siendo la base asociativa de estas últimas indudable, las normas, tanto del Acuerdo jurídico como de la Ley de Libertad Religiosa, que condicionan la adquisición de la personalidad a su inscripción en el Registro y limitan la prueba de su existencia a la certificación de éste (disposición transitoria), están quebrantando el artículo 22 de la Constitución e incurren en vicio de anticonstitucionalidad.

El tema es mucho más claro todavía en el Reglamento, que de forma sorprendente y ajena a la Ley incluye a las «entidades asociativas religiosas» y exige su inscripción en el Registro para adquirir la personalidad jurídica.

Y no dudo de calificar de sorprendente, además de anticonstitucional, esta norma, porque la Ley de Libertad Religiosa dice que las asociaciones y fundaciones se podrán crear «con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general». Esto plantea un grave problema, que ya hemos apuntado, para las Fundaciones que no tienen cauce jurídico hábil para las de fin religioso en el ordenamiento común, pero no hacía ninguna falta para las asociaciones que tienen ya en la Constitución, según la interpretación que hemos visto del Tribunal Supremo, un cauce amplio y generoso. *Hubiera parecido lógico que el Reglamento intentara, a falta de norma, resolver el problema de las Fundaciones*, pero no someter a requisitos especiales a las asociaciones, lo que va no sólo contra la Constitución, sino contra la propia Ley de Libertad Religiosa que pretende desarrollar y que asimila las asociaciones religiosas a las restantes reguladas por el ordenamiento jurídico general.

¿Qué se ha pretendido con esto? Lo ignoramos, pero las anteriores consideraciones nos llevan a una conclusión general. El fenómeno

asociativo religioso tiene en el ordenamiento que está desarrollando la Constitución un tratamiento más favorable que el establecido en la Ley de Libertad Religiosa y creo sinceramente que sería conveniente que las Iglesias, tal vez unidas con este objetivo, promovieran la presentación de un recurso de anticonstitucionalidad de la Ley de Libertad Religiosa y su anunciado Reglamento en este punto concreto.

V.—CONCLUSION

He llegado al final de lo que sólo ha querido ser un somero comentario, y en algunos puntos provisional, de las disposiciones vigentes sobre personalidad jurídica de entes religiosos. Antes de terminar, me gustaría hacer algunas *consideraciones generales* que sirvan de resumen y comentario.

Primero quiero constatar que, para la preparación de las normas hoy vigentes, se ha seguido un *camino equivocado*. Se ha trabajado desconectadamente preparando, por un lado, los Acuerdos Iglesia-Estado y, por otro, la Ley de Libertad Religiosa, sin que nadie se haya molestado en coordinar ambos textos, lo cual, por cierto, no hubiera sido difícil dada la distancia de fechas entre ambos.

En segunda lugar, se ha tenido un *equivocado punto de partida*. Tanto el Acuerdo jurídico como la Ley de Libertad Religiosa se han redactado con la vista puesta en el ordenamiento jurídico anterior, fuertemente restrictivo, y sus redactores mostraron un loable propósito de liberalizar su contenido pero no tuvieron en cuenta el texto de la Constitución, cuyas normas sobre asociacionismo fueron mucho más lejos de lo que se pudo pensar. Sin ánimo de culpa, esto era difícil de saber para los concertadores del Acuerdo jurídico, ya que su redacción fue anterior y paralela a la redacción de la Constitución e incluso hay razones para sospechar que esta parte de la personalidad jurídica fue de las primeras resueltas por la Comisión y pasó luego intocada al texto final. Pero el problema no era el mismo con la Ley de Libertad Religiosa cuya redacción final es bastante posterior a la Constitución y cuyo iter en las Cortes Generales fue el de una ley normal, lo que hubiera permitido comprender el trato desfavorable que en ella se estaba dando una vez más al fenómeno religioso, tema que no suscitó nadie. Pero es todavía más sorprendente que en este mismo error y agravado, como hemos visto, incurra el novísimo Reglamento que, creo que con la buena voluntad de regular un tema que la Ley deja fuera, lo hace sin embargo en forma, a mi juicio, restrictiva y anticonstitucional, como he tenido ocasión de señalar.

Creo también que en todo este tema late entre nosotros *la sombra del pasado* y el resurgir de un movimiento anticlerical o antirreligioso que siempre ha estado latente entre nosotros y que lleva, como hemos visto, a dar más facilidades a la legalización de la masonería que a la concesión de personalidad jurídica a los movimientos de acción católica, por poner un ejemplo actual. Y este movimiento antirreligioso,

unido a cierto complejo de muchos creyentes, está llevando a que el desarrollo del artículo 16 de la Constitución se lleve a cabo en forma restrictiva y desconfiada.

Para terminar, voy a destacar *las líneas generales* que, a mi juicio, *debía haber seguido la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y su Reglamento*.

- Asumir, como su objetivo central, *fomentar el hecho religioso*, no el ponerle límites ni encorsetarlo. Protegerlo, facilitarlo y hacerlo posible con la máxima extensión, al menos con la misma extensión y libertad que tienen otros fenómenos sociales de nuestro país. Eso hubiera sido desarrollar el artículo 16 de la Constitución.
- En segundo lugar, *establecer los cauces* a través de los cuales los entes religiosos puedan mantener su especial idiosincrasia y caracteres propios de estructura y funcionamiento. Cauces o cláusulas como la salvaguardia de identidad que queden al uso y responsabilidad exclusiva de ellos.
- En tercer lugar, concederles *un trato fiscal favorable* —gran vacío este de la Ley de Libertad Religiosa— que traduzca en concreto la promesa constitucional y que conceda a las instituciones religiosas cuya existencia y labor debe reconocerse como beneficiosa para la sociedad un trato al menos análogo al de otras actividades benéficas como son, por ejemplo, las benéficas.

Si en algún momento alguna institución religiosa, abusando de las facilidades concedidas, camufla o enmascara actividades no religiosas en un intento, por ejemplo, de fraude fiscal, cosa que puede ocurrir, el Estado tiene en el ordenamiento general medios suficientes para combatir el fraude a la ley, la simulación y las figuras fiduciarias, pero todo ello bajo la tutela y discreción del poder judicial. Extrapolar esta sospecha de fraude y, como da la impresión que se ha hecho, para evitarlo, poner trabas a la constitución de estos entes, reservándose el Estado, a través de un control de la inscripción, el determinar si un ente es o no religioso, es un procedimiento, como reiteradamente he dicho, además de injusto y discriminatorio, anticonstitucional.

He dicho.

Divorcio y cambio normativo en la jurisprudencia española

PALOMA ABARCA

Una vez aprobado por las Cortes Españolas, el Proyecto de Ley denominado popularmente «Ley del divorcio», es interesante, aunque sólo sea por curiosidad, esperemos que histórica, el hacer una breve recapitulación de los avatares que el tema del divorcio internacional ha sufrido en nuestro país. Y aunque el centro de este comentario va a ser la actitud jurisprudencial en el momento de la transición entre la derogación de las Leyes Fundamentales y la proyectada «Ley del divorcio», vamos a referirnos también de manera breve a las distintas fases por las que ha pasado la noción de Orden Público en España en relación a este tema.

I. LA ACCION DEL ORDEN PUBLICO HASTA EL FIN DEL REGIMEN POLITICO FRANQUISTA

La defensa de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, como es sabido, no fue patrimonio de la época franquista, sino que proviene de épocas muy anteriores (1). Recordemos, en efecto, cómo este principio se mantuvo incluso en la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 1870, y así, en la *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 13 de enero de 1885* aparece limitada la aplicación de la Ley nacional a la capacidad y cuestiones de familia en virtud del orden público, un orden público concebido como excepción a la aplicación de la ley extranjera, concepción que era admitida por la doctrina de entonces. Sin embargo, en esta época, como iba a suceder a menudo en épocas posteriores, la Dirección General de los Registros hizo gala de un planteamiento más liberal al no considerar se oponía al orden público el matrimonio de español y extranjera divorciada en su, *Resolución de 13 de octubre de 1930*.

Parece lógico que, finalizado el período republicano, con el advenimiento del régimen franquista, confesional católico, este principio cobrara inusitada importancia. En efecto, el orden público fue en este

(1) Ver sobre esta época MIAJA DE LA MUELA, *Indicios de atenuación del Orden Público en el Derecho internacional privado español*. Homenaje a Wengler, pp. 573 y ss.

período utilizado insistenteamente por los Tribunales españoles en materia de estatuto personal, protegiendo una concepción retrógrada, abandonada ya por el resto de Europa, del matrimonio, el divorcio y la discriminación entre los diferentes tipos de hijos. El orden público en esta materia actuaba en su doble dimensión de territorial (actuando cuando las partes, fueran éstas nacionales o extranjeras, celebraran algún acto posterior en España, o tuvieran aquí su domicilio o simplemente hubieran acudido a los Tribunales españoles) y personal, cuando cualquiera de las partes ostentara la nacionalidad española. Así, en relación al divorcio, el orden público se proyectaba en una doble esfera: respecto al eventual divorcio de los españoles en el extranjero y, en territorio español, respecto de españoles y extranjeros. En efecto, en esta primera época, época de la que quizás es una sentencia clave la del *Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966* (Benedicto c/ Barquero), la norma de indisolubilidad del vínculo matrimonial marcó a partir de 1939, como ha puesto de manifiesto el profesor González Campos en el comentario a la sentencia citada (2), un cambio no sólo en las normas materiales del Derecho español (estamos haciendo referencia a la Ley de Divorcio de 1932), sino, a estos efectos más importante, el propio sistema de Derecho internacional privado español al pasar del típico sistema conflictual a un sistema de normas de aplicación inmediata.

En toda esta época, pues, la excepción de orden público aparece más como orden público positivo que negativo; es decir, la remisión al derecho extranjero y su negativa a aplicarlo por dañar principios básicos del Foro desaparece o al menos se diluye bajo la concepción positiva del mismo que conduce a la aplicación del Derecho propio. Ahora bien, como hemos observado ya, no sólo el Tribunal Supremo ha venido confundiendo ambos planos del orden público, sino lo que aún es más grave, ha confundido la noción de orden público como excepción a la norma aplicable, con la aplicación inmediata de sus propias normas, con lo que la remisión al Derecho extranjero ni siquiera se presentaba al Tribunal. Evidentemente, esta consideración de norma de aplicación inmediata impidió algo que es y ha sido posible frente a la noción de orden público como excepción: la atenuación del mismo en relación con algunos de sus efectos.

Y aquí pasamos a la segunda época, no necesariamente cronológica, en relación con este tema, época en que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros, admiten ciertos efectos derivados de un divorcio obtenido en el extranjero. Así, el reconocimiento del divorcio de la mujer española casada con extranjero a los efectos de que ésta pueda recobrar la nacionalidad española, o en el régimen de la filiación, bien consideración de legítimos a los hijos del posterior matrimonio o consideración de natural a la hija de extranjera divorciada de matrimonio canónico, nacida de padre español y soltero, y de una manera más contradictoria en el régimen de sucesiones. Sin embargo, el efecto principal del divorcio, disolución del

(2) REDI, 1967, pp. 308.

vínculo con posibilidad de volver a contraer nuevas nupcias sigue siendo rechazado y así lo pone de manifiesto una *Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 23 de abril de 1970*, una de las más progresivas de la época. En efecto, en la argumentación de esta Resolución deja claramente expuesta la diferencia entre orden público atenuado, en el que se reconocen los efectos «indirectos» derivados del divorcio, mientras que se niega el efecto principal (la posibilidad de ulteriores nupcias).

Más claramente aparece esta negativa a la posibilidad de contraer nuevas nupcias en la *Resolución de 9 de noviembre de 1971*:

«... Que juzgar definitivamente sobre la validez o nulidad de un matrimonio es cuestión propia de los Tribunales de Justicia y, en último término, del Tribunal Supremo, cuya doctrina ha venido dando amplio alcance al principio de indisolubilidad como integrante del orden público español en relación a la celebración de matrimonio entre extranjero divorciado y español.»

II. RESTRICCION DEL ORDEN PUBLICO POR SU CONTENIDO CONFESIONAL

Pasando por encima de la *Resolución de 18 de septiembre de 1971*, ampliamente comentada (3), pasamos ya a una tercera época intermedia entre el final del régimen político franquista y la aprobación de la Constitución española, de la que es un claro exponente las *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 23 de marzo y 5 de abril 1976* y la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977*.

A partir de esa primera Resolución citada, la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio se abre para los españoles que deseen hacerlo con extranjeros divorciados de matrimonio civil. La Resolución, basándose en la Ley de 23 de septiembre de 1939, derogatoria de la Ley de Divorcio, afirma el distinto tratamiento otorgado respecto del reconocimiento del divorcio, al matrimonio según éste sea canónico o civil. Así como la citada ley aparece por primera vez en nuestra amplísima jurisprudencia sobre este tema como base de esta distinción a los efectos de la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, la distinción en si había aparecido, según la misma Resolución cita, en varias Resoluciones anteriores (25 de marzo de 1950; 27 de junio de 1969 y 9 de noviembre de 1971). Así, en la segunda de las citadas se afirma la posibilidad de que un español contraiga nuevas nupcias con extranjero divorciado conforme a su ley personal.

«... excepto por razones de orden público derivadas de la recepción

(3) Ver CORRIENTE CÓRDOBA, *Ordenamientos plurilegislativos, conflictos interpersonales y orden público en una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado*, "Revista General del Derecho", núm. 361 y 362; y TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *A propósito de la Resolución de 18 de septiembre de 1971*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", diciembre 1972, págs. 882 y ss., etc.

que del Derecho canónico matrimonial hace el artículo 75 del Código civil cuando el divorcio vincular se refiere a un matrimonio canónico, en cuyo caso no podrá contraerse válidamente.»

La inscripción en el Registro del nuevo matrimonio procede, según se deduce de esta Resolución citada, porque se trata de «matrimonio que, por la nacionalidad de los cónyuges, ha de regirse, según las normas españolas de conflicto, por leyes extranjeras, si según éstas se admite el divorcio vincular» (aunque también deja una puerta abierta a la posibilidad de «inflexiones» en el orden público «incluso cuando de la propia familia española se trate») y porque el matrimonio anterior es civil.

En efecto, en la *Resolución de 5 de abril de 1976*, aparece de nuevo este distinto tratamiento según que el matrimonio anterior sea civil o canónico, estimando subsistente el impedimento de ligamen de la extranjera divorciada en base a la actuación del orden público al ser canónico el anterior matrimonio (4).

Finalmente, la *Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977*, en su 9.^º considerando, se hace eco de esta distinción y desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia que estimaba válido el matrimonio contraído por española soltera y extranjero divorciado en su país de anterior matrimonio no canónico.

III. CAMBIO EN EL CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO POR IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

Tras este pequeño resumen de la jurisprudencia anterior a la Constitución, entramos en la época que nos ocupa y de la que por el momento sólo tenemos como muestra dos Resoluciones (6 de abril y 19 de octubre de 1979) y un Auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de ese mismo año. Los supuestos de hecho, tanto de las Resoluciones como del Auto son distintos, lo que nos permite conocer la posición de la jurisprudencia española ante distintos problemas en un momento en el que, una vez aprobada la Constitución, todavía no se habían comenzado a llevar a cabo los necesarios cambios en el resto del ordenamiento jurídico. En efecto, en la primera de las Resoluciones citadas, se trata de la posibilidad de contraer matrimonio española viuda con extranjero divorciado de anterior matrimonio canónico. En la segunda de las Resoluciones es un español divorciado de matrimonio canónico el que pretende contraer nuevas nupcias con española sol-

(4) Sobre estas dos Resoluciones ver el comentario de GUTIÉRREZ ESPADAS, *Matrimonio civil de español con divorciada extranjera: inscripción, celebración en España*, en "Anales de Derecho", Universidad de Murcia, núm. 1, 1977. Para una crítica al planteamiento de estas Resoluciones ver La Laguna, *Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español*, en "Revista de Derecho Privado", tomo LVI, 1972, págs. 485-529. Y ESPINAR, Vicente *Algunas reflexiones sobre el Derecho matrimonial español. En torno a dos recientes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1978, págs. 57 y ss.

tera. Y, finalmente, el Auto examina la posibilidad de dar ejecución en España a una Sentencia de divorcio obtenida en Francia de un matrimonio civil contraído en ese mismo país entre española y extranjero.

Las dos diferencias fundamentales entre los supuestos anteriormente considerados radican, en primer lugar, en que en dos de ellos el previo matrimonio era canónico, y en segundo lugar, en la nacionalidad española o no del cónyuge divorciado. Como a continuación vamos a ver, la primera de las diferencias no ofrecía muchos problemas una vez aprobada la Constitución de 1978, aunque es, por supuesto, necesario un pequeño comentario al respecto. Es en la segunda de ellas donde surgían o podían surgir mayores discrepancias al ser el divorcio todavía una institución no reconocida en nuestro país, en torno a la posibilidad o no, de una parte, del reconocimiento de un divorcio obtenido en el extranjero por un español, y de otra en lo que se refiere a la consiguiente aptitud de éste para contraer posteriores nupcias.

Es evidente que la aprobación de la Constitución española de 1978, dio un nuevo giro a la concepción del orden público tal como hasta ahora venía entendiéndolo la doctrina y la jurisprudencia española, pero sobre todo, en lo que ahora nos interesa, ha dejado obsoleta la distinción entre previo matrimonio civil o canónico a los efectos de una aplicación o no de la excepción de orden público, con el resultado de que dependiendo de la «clase» de matrimonio, éste era o no indisoluble.

En primer lugar, el Estado español ha dejado de ser confesional, pasando a garantizar, el artículo 16 de la Constitución, la libertad de cultos y terminando según el nuevo Acuerdo con la Santa Sede, la competencia de Iglesia en relación con los matrimonios de los católicos. El artículo 32 de la Constitución: «La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos», consagra el fin de esa competencia exclusiva y de nuevo se refiere a «formas» de matrimonio frente a las «clases» que introdujo la Reforma del Código civil de 1958, con lo que quedaba patente la consagración de un solo matrimonio sometido a la legislación civil, que puede contraerse de diferentes formas (5).

Este cambio introducido con la aprobación de la Constitución española se reflejó en la jurisprudencia posterior a la misma y así ha sucedido en las dos Resoluciones antes citadas por cuanto, al tratarse de la posibilidad de un ulterior matrimonio tras divorcios obtenidos de previos matrimonios canónicos, tuvieron que pronunciarse sobre este tema.

(5) En el mismo sentido ESPINAR, Vicente, en *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Elisa Pérez Vera, Madrid 1980, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El sistema matrimonial según la Constitución y los Acuerdos con la Santa Sede*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, Madrid, 1980, págs. 571 y ss. Ver art. 49 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil.

En efecto, la primera de estas dos *Resoluciones*, de 6 de abril de 1979, en la que se trataba de determinar si procedía autorizar el matrimonio civil que querían celebrar una española, viuda, y un súbdito francés divorciado vincularmente de previo matrimonio contraído tanto en forma civil como canónica; resuelve la consulta en el sentido favorable a dicha celebración. Para la cuestión que aquí nos interesa dilucidar, la relevancia o no del carácter civil o canónico del previo matrimonio, interesa transcribir alguno de sus considerandos:

«Cdo. Que la última doctrina sobre la cuestión planteada, contenida en las Resoluciones de 23 de marzo, 5 de abril y 24 de agosto de 1976, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1977, ha consistido en distinguir según que el matrimonio anterior del extranjero, disuelto por el divorcio vincular, mereza para el Derecho español la calificación de simple unión civil o de matrimonio canónico, puesto que sólo en este último caso se estimaba que la excepción de orden público recogida en el artículo 12-3 del Código civil, impedía conceder eficacia directa a la sentencia extranjera de divorcio, con la consecuencia de deber reputarse subsistente el impedimento de ligamen derivado del primer matrimonio, y esto a pesar de que el extranjero, conforme a su ley personal (cfr. art. 9-1 del Código), gozaba, en principio, de la capacidad necesaria para acceder a nuevas nupcias.»

«Cdo.... y no es posible hoy estimar que sólo respecto del matrimonio canónico su indisolubilidad es de orden público, pues los principios constitucionales de no confesionalidad del Estado y de libertad religiosa (art. 16 de la Constitución) impiden tales discriminaciones civiles por razones religiosas.»

«Cdo. Que, de otro lado, los artículos XXIII y XXIV del Concordato, todavía formalmente vigentes, entre la Santa Sede y el Estado español, conforme a sus normas de colisión, se estima competente y no pueden alcanzar a los matrimonios extranjeros excluidos de la competencia de las autoridades de España y regidos por la ley o leyes nacionales de los contrayentes (art. 9-1 del Código civil) (6).»

Desaparece, pues, como vemos, la competencia exclusiva de la Iglesia católica en lo referente a la disolución de matrimonios canónicos, desapareciendo la discriminación entre ambas formas de matrimonio a estos efectos, bien se hayan contraído éstos en territorio español o fuera del mismo. Por otro lado, hay que considerar que el Acuerdo del Estado español con la Santa Sede, firmado el 3 de enero de 1979 (7), expresamente deroga, entre otros muchos, los artículos

(6) Tomado de GONZÁLEZ CAMPOS y FERNÁNDEZ ROZAS, *Prácticas de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Oviedo, 1979, pág. 98.

(7) Ratificado el 4 de diciembre de 1979.

XXIII y XXIV del Concordato anteriormente vigente, limitándose el artículo 6 del acuerdo sobre Asuntos Jurídicos al reconocimiento por parte del Estado de los efectos civiles del matrimonio celebrado conforme a las normas canónicas y de las resoluciones eclesiásticas de nulidad «si se declaran ajustadas al derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal civil competente». Queda por ver si las causas que pertenecen únicamente al campo religioso se considerarán ajustadas al Derecho del Estado, lo que sin lugar a dudas supondría una discriminación, en el caso de una «estricta» ley de divorcio, respecto al resto de los ciudadanos (8). Discriminación por motivos religiosos que vulneraría el artículo 14 de la Constitución.

La *Resolución de 19 de octubre de 1979*, aun tratándose también de la posibilidad de un nuevo matrimonio de, en este caso súbdito español, divorciado de anterior matrimonio canónico, no entra en el asunto de la posible discriminación entre ambas clases de matrimonio, no sólo porque el problema aquí planteado (nacionalidad española del divorciado) es previo, sino seguramente también por dar por supuesta la inexistencia de tal discriminación.

Y ahora entramos en el segundo problema que planteaba la Constitución española de 1978, y que a mi entender quedaba reducida a la posibilidad o no del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de divorcio en el caso de que una de sus partes tenga la nacionalidad española —ya que, por supuesto, la obtención de un divorcio en nuestro país por un nacional es por el momento imposible—, y a la posibilidad o no de contraer ulteriores nupcias para el español divorciado (9). Y así como en la irrelevancia de la forma del matrimonio de cara a la posibilidad del divorciado extranjero a contraer nuevas nupcias se muestra de acuerdo la pequeña jurisprudencia de que hasta el momento disponemos, aparentemente no sucede lo mismo respecto de los otros problemas.

1. La actual concepción del orden público no alcanza a impedir el nuevo matrimonio de divorciado extranjero y parece, que, igualmente, la indisolubilidad del matrimonio no puede considerarse materia incluida en el mismo, bien sean los cónyuges españoles o extranjeros. En efecto, el artículo 30, apartado 2 de la Constitución, al disponer que «La ley regulará... las causas de disolución y sus efectos», dejaba evidentemente una puerta abierta a la futura regulación del divorcio en nuestro país (10). Parece lícito considerar que la indisolubilidad

(8) En el mismo sentido, ver PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, página 583; ver art. 80 del Proyecto citado.

(9) El supuesto de obtención de un divorcio por extranjeros, en el caso de que se hubiera planteado en ese momento, habría sido posible ya que no afectaría al orden público español.

(10) La interpretación de este artículo fue enormemente discutida en las Cortes y si bien se levantaron voces que clamaron que éste significaba la constitucionalización del divorcio, otros afirmaron que este apartado únicamente abría posibilidades pero no opciones de futuro. En realidad, como afirmó el señor Solé en esa discusión, el artículo es el equilibrio que el consenso requería en un tema tan conflictivo como es el del divorcio. Sobre estas discusiones ver PÉREZ-LLANTADA, *Matrimonio*

del matrimonio no sólo no tenía ya rango constitucional, sino que tampoco podía considerarse materia incluida en el orden público. Pero éste no es el punto de discrepancia entre las Resoluciones y el Auto antes citado. Así, en la Resolución de 6 de abril de 1979 se afirma, sin remisión alguna a la nacionalidad de los cónyuges:

«Cdo. Que no hay que olvidar que la excepción de orden público es, por su propia naturaleza, de carácter variable, elástico y flexible, puesto que si, según la jurisprudencia, el orden público está constituido por «aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente indispensables para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966), es indudable su carácter relativo, ligado a la concepción social y política de cada momento histórico; aparte de que, en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente.»

«Cdo. Que es innecesario resaltar el profundo cambio político-social y también jurídico, que refleja y precisa la promulgación de la Constitución española, concretamente en el régimen del matrimonio, la indisolubilidad de éste —que ya tenía flexiones y matizaciones en el propio derecho interno, a pesar de la declaración del artículo 52 del Código— ya no tiene rango constitucional y basta a estos efectos comparar el antiguo artículo 22 del Fuero de los españoles con el artículo 32-2 de la nueva Constitución...»

Igualmente, en la Resolución de 19 de octubre de 1979 se afirma:

«Cdo. Que conviene tener presente que si la promulgación de la Constitución española puede haber supuesto (como en efecto lo ha hecho) un cambio en la conceptualización del orden público matrimonial...»

Finalmente, en el Auto de 24 de octubre del mismo año se expone:

«Cdo. Que tocante a la excepción de orden público, aducida por el Ministerio público, conviene puntualizar: a) Que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición —*omnia definitio periculosa est*— por ser su contenido móvil, fluctuante y flexible; b) Que del orden público podría darse una noción *hic et nunc*, aquí y ahora, de su sentido y alcance, siempre provisional, porque,

y familia en la nueva Constitución española, en “Lecturas sobre la Constitución”, UNED, 1978.

distinto del pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia; c) Que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva; d) Que integrado el orden público, según el ensayo de definición que dio la Sentencia de este Tribunal de 5 de abril de 1966, por los «principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» habrá que estar, para su aplicación, al tiempo en que se vive o, como mejor dice el artículo 3-1 del Código civil, «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas, justamente por ese carácter relativo, dependiente de las concepciones sociales y políticas de cada momento histórico...»

«Cdo. Que la consecuencia natural que se deriva de las anteriores observaciones es que no pueda afirmarse hoy que una Sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España, contradiga o atente al orden público español...»

«Cdo. Que no es necesario insistir en el profundo cambio social, jurídico y político que, por influjo y mandato de la voluntad colectiva del pueblo español, aparece reflejado en la norma básica y primera del ordenamiento jurídico patrio, es decir, en los artículos 16 —atinente a la libertad religiosa y a la confesionalidad del Estado— y 32, que permite la disolución del vínculo matrimonial y que priva de rango constitucional al principio de indisolubilidad del matrimonio, y por ello, por integrar la Constitución la cúspide del orden jurídico, en el cual se subsume el orden público, es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil... (11).»

(11) Hay, sin embargo, una cuestión que no queda clara respecto de la situación del orden público actual. El Auto se refiere, en concreto, a que el orden público no puede afectar una "sentencia de divorcio extranjera, respecto de un matrimonio civil contraído fuera de España", insistiendo más adelante en el mismo tema al afirmar que el carácter restrictivo del orden público ha obligado a afirmar desaparecido el impedimento de ligamen "cuando de matrimonio contraído en el extranjero se trate". ¿Quiere esto decir que si el matrimonio se hubiera celebrado en España no sería posible su disolución por chocar con el orden público español? Más bien parece que el Tribunal, en parte preocupado por el significado de este Auto, ha querido resaltar la falta de conexiones del supuesto con el Foro, subrayando desgraciadamente una que no sería suficiente, pues aun en el caso de que el matrimonio se hubiera contraído en España, el resultado hubiera sido el mismo.

2. Pero, sin embargo, y a pesar de esta coincidencia en el cambio sufrido en la concepción del orden público por efecto de la Constitución, la Resolución de 19 de octubre de 1979 y el Auto del 24 del mismo mes conducen a resultados opuestos.

En efecto, en la Resolución se trata de la autorización a contraer matrimonio civil entre un súbdito español divorciado en Inglaterra con española soltera, negándose tal autorización no en base al orden público, sino a que:

«el estado civil de un español se rige por la ley española (art. 9-1 del Código civil), de modo que según ésta, el pretendido contrayente sigue estando casado y las nuevas nupcias aparecen impedidas por la existencia de un ligamen anterior (art. 83-5 del Código civil) sin que el divorcio dictado en el extranjero deba influir para nada en esta conclusión, ya que se trata de una forma de disolución no reconocida, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico» y «... puesto que no se trata de que la Ley extranjera normalmente competente deje de ser aplicada y sea sustituida por la española, por resultar aquélla abiertamente contraria a principios esenciales del derecho patrio, sino que aquí, según nuestras normas de conflicto, la ley española se aplica directamente y no por excepción, y la inglesa es incompetente para regular la relación jurídica en disputa.»

En el Auto, sin embargo, después del análisis de la nueva concepción del orden público anteriormente transcrita, se afirma que «no choca con él la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en España, como exige que así sea el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (12).

Dos cuestiones surgen de inmediato una vez leídos los párrafos citados. La primera de ellas sería considerar que el error de los que pretendían contraer nuevo matrimonio ha estado precisamente en tratar de hacerlo sin previamente solicitar el reconocimiento y ejecución de dicha sentencia en España, pues si así lo hubieran hecho, como demuestra el Auto citado, les hubiera sido concedido.

La segunda cuestión que se nos plantea sería si la declaración de ejecutabilidad de la sentencia extranjera de divorcio conlleva o no la posibilidad de celebración de un nuevo matrimonio o si únicamente se refiere a los derechos de guarda y custodia o de visita, etc., en cuyo caso la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, seguiría absolutamente prohibida para el español divorciado, sin que por tanto hubiera contradicción entre la Resolución y el Auto.

Pero estos dos problemas planteados nos llevan de manera inmediata a un planteamiento previo. A subrayar el hecho de que estamos moviéndonos en dos planos diferentes. Por un lado, en el plano del conflicto de leyes; por otro, en el del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En efecto, la Resolución se mueve dentro del

(12) Al tratarse de un supuesto de reciprocidad convencional, es superfluo referirse al art. 954. La referencia obligada hubiera sido a los requisitos especificados en el Convenio que más adelante veremos.

ámbito del conflicto de leyes, de la ley aplicable y aunque en principio aparece perfectamente ajustada a derecho ya que es evidente que el estado civil de un español se determina por las leyes españolas, es claro que el hecho de que este estado civil venga afectado por una sentencia de divorcio hace necesario que la Autoridad ante la que se plantea el tema se pronuncie respecto de ella. Y en un momento de transición como es el actual, a mi entender, no basta con afirmar como hace la Resolución citada que «sin que el divorcio dictado en el extranjero deba influir para nada en esta conclusión (existencia de un ligamen anterior), ya que se trata de una forma de disolución no reconocida, hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico». Pues no se trata aquí de la obtención de un divorcio en España por un nacional, ni de la elección de la norma aplicable, sino de la aceptación o no de una sentencia extranjera de divorcio dictada por un Tribunal competente según sus propias normas de conflicto y que además no infringe, como hemos visto toda la jurisprudencia existente así lo admite, el orden público español.

Por otro lado es evidente, como afirma la Resolución citada, que el artículo 83-5 del Código civil sigue vigente en nuestra legislación pero el problema, insisto, es precisamente precisar qué papel debe jugar en el estatuto personal tal sentencia de divorcio. Pues de ese papel dependerá en definitiva la posible aplicación o no del artículo 83-5, es decir, la existencia o no del impedimento de ligamen.

Si seguimos esta interpretación la Resolución debía haberse limitado a exigir el «exequatur» de dicha sentencia como paso previo a la celebración del nuevo matrimonio, al igual que se exige en las sentencias de separación civil, al seguir siendo España un país en que se otorga protección al vínculo matrimonial.

3. El Auto del Supremo citado concede el «exequatur» a una sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París de un matrimonio civil contraído entre un súbdito francés y súbdita española (13).

La concesión del «exequatur» podía haberse arbitrado por la vía de la «reciprocidad convencional» del artículo 951 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, aunque el Tribunal Supremo no entra expresamente en los artículos del Convenio entre España y Francia de 1969, relativos a la competencia indirecta (arts. 7, 8 y 9) ni al artículo 5 (control de ley aplicable), el resultado es correcto. Por un lado porque los Tribunales franceses son competentes ya que uno de los esposos ostenta la nacionalidad francesa (art. 14 y 15 C. civil francés). Por otro lado, al disponer el artículo 5 del Convenio que «No podrá denegarse el reconocimiento por el solo motivo de que el Tribunal de origen haya aplicado una ley distinta a la que correspondía según las reglas de Derecho internacional privado del Estado requerido, excepto en lo que se refiere al estado o capacidad de las personas. Aun en estos casos, no se denegará el reconocimiento cuando la aplicación de

(13) En contra de las opiniones aquí expuestas, Tomás ORTIZ DE LA TORRE, en R.G.L.J., 1979, págs. 539 y ss.

la ley que corresponda, según dichas reglas, hubiera producido el mismo resultado» si el Tribunal Supremo se hubiera pronunciado respecto de la ley aplicable según las normas de conflicto españolas, puede presumirse que, o bien considerando el divorcio un efecto personal del matrimonio hubiera considerado aplicable la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio, o bien se hubiera decidido, sentando un precedente, confirmado luego por el Proyecto, por la del domicilio común (14). En ambos casos no sólo el resultado sería el mismo, sino que sería la propia ley francesa la aplicada.

En cuanto al resto de los requisitos para el reconocimiento (artículos 3 y 4) del Convenio, la Sentencia los cumple todos. El Tribunal Supremo no tenía, en efecto, ningún motivo para denegar el reconocimiento. Y por supuesto, la concesión del «exequatur» lleva consigo la absoluta disolución del vínculo. En primer lugar, porque el Auto no hace referencia a ninguna limitación en cuanto al carácter de esta disolución, sino que se limita a declarar que «... el artículo 32 (de la Constitución) permite la disolución del vínculo matrimonial» referencia a la Constitución que no hubiera sido necesaria si se estuviera refiriendo a las formas de disolución admitidas por el Código civil, lo que significa que se está refiriendo claramente al divorcio.

En segundo lugar, porque si la intención del Auto hubiera sido autorizar únicamente algunos de los efectos de la disolución del vínculo, hubiera acudido al artículo 13 del Convenio entre España y Francia (ratificado por España el 15 de enero de 1970, en que se basa la concesión de «exequatur») que dispone: «Si la decisión contiene pronunciamientos sobre diferentes peticiones separables, contenidas en la demanda, la ejecución podrá ser concedida parcialmente», lo que supone que el Auto no ha pretendido otorgar la ejecución a las peticiones concretas contenidas en la demanda (en este caso, guardia y custodia de los hijos, derecho de visita), sino que ha concedido la ejecución a toda ella.

El estado civil del español quedó, pues, modificado por efecto de la Sentencia extranjera cuyo «exequatur» se otorga. El matrimonio está disuelto. Ahora bien, el problema de la posibilidad de un nuevo matrimonio desborda el ámbito de esta ejecución y entra en el del conflicto de leyes. En definitiva, se plantearía aquí el siguiente problema. Por un lado, el vínculo matrimonial está roto por la sentencia de divorcio. Ahora bien, ¿es posible un nuevo matrimonio según la ley nacional del contrayente (española en este caso)? Únicamente no sería posible si hubiera una norma en España que prohibiera el matrimonio a divorciados, supuesto que no se da en nuestro país.

La importancia de este Auto es, pues, fundamental, ya que no sólo se hace eco de la nueva concepción de orden público, común por

(14) Es posible se hubiera decidido por la segunda de las soluciones, ya que la ley nacional del marido implica un principio de discriminación contrario a la Constitución española. El Proyecto ya citado, art. 107, consagra la conexión domicilio en ausencia de nacionalidad común.

otra parte a toda la jurisprudencia posterior a la Constitución, en una materia tan controvertida como la del divorcio, sino porque es la primera vez que esta nueva concepción se reconoce en la práctica. Pues si bien las Resoluciones de octubre del mismo año comparten esa misma concepción del cambio operado en el orden público, bien sea por tratarse de la capacidad matrimonial de un divorciado extranjero, bien por transformar el problema en un conflicto de leyes, ninguna de ellas había llegado a este resultado. De ahí que en este Auto quede clara la postura del Tribunal Supremo, que considera la Constitución como cúspide del orden jurídico y por tanto propicia una interpretación de las leyes conforme a la misma; pues en definitiva, el problema planteado en esta jurisprudencia posterior a la Constitución no se limita al Derecho internacional privado, sino a algo mucho más amplio: determinar si, en ausencia de un desarrollo legislativo posterior en susertos, como el de este caso, en que sea necesario, implica que se consideren vigentes las leyes anteriores a la Constitución (15), aun en los casos en que aparezcan como contrarias a los principios generales que inspiran nuestra norma fundamental. Si, en efecto, el miedo a la inseguridad jurídica que suponen estas lagunas legales transitarias es el motivo principal de que muchos juristas apoyen la aplicación de las «leyes viejas», la superación de tal miedo y el respeto a la fuerza vinculante de la Constitución, no sólo de sus concretos preceptos, sino también de sus principios generales, es el sentido ejemplar del Auto que hemos comentado (16).

(15) Sobre este tema, ver DE ESTEBAN Y VARELA, *La Constitución un año después*, en "El País", 3 de enero 1980.

(16) Sobre este tema ver el artículo de Santiago VARELA y Miguel SATRÚSTEGUI, *Constitución nueva, leyes viejas*, "Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED", núm. 4, otoño 1979, págs. 59 y ss.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Los arrendamientos rústicos con renta actualizada

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. De la reforma agraria a la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos.—2. El contenido y las finalidades de la Ley de Arrendamientos Rústicos.—3. La renta en los contratos de arrendamientos rústicos.—4. Las cláusulas de actualización de la renta según la Ley de Arrendamientos Rústicos.

1. DE LA REFORMA AGRARIA A LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

La vigente Ley 83, de 31 de diciembre de 1980, de arrendamientos rústicos (1), constituye una contribución importante y una pieza fundamental que se añade al viejo problema de la reforma agraria española.

La reforma agraria española antecedente, desde las colonizaciones del rey Carlos III (2), las leyes decimonónicas y desamortizadoras de Mendizábal (3), la legislación agraria de signo distributivo y modificador de la Segunda República (4), hasta el dirigismo normativo del Instituto Nacional de Colonización (5), hay que añadir las normas so-

(1) "Boletín Oficial del Estado", núm. 26, de 30 de enero de 1981.

(2) Cfr. JOVELLANOS, *Informe de la Sociedad Económica de esta Corona Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de Ley Agraria*, Madrid, 1795; GALINDO GARCÍA, *El espíritu del siglo XVIII y la personalidad de Jovellanos*, Oviedo, 1971.

(3) Cfr. GONZÁLEZ ALONSO, *La nueva Ley Agraria*, Madrid, 1840; ALVAREZ GUERRA, *Proyecto de una Ley Agraria o Código rural*, Madrid, 1841; FERMIN CABALLERO, *Fomento de la población rural*, Madrid, 1892; CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Madrid, 1870; ESTAPÉ, *Desamortización*, en "Diccionario de Historia de España", Madrid, 1952; PORRES, *La desamortización del siglo XIX en Toledo*, "Provincial de Investigaciones y Estudios Toledanos", Toledo, s. f.

(4) Cfr. AZPEITIA, *El Proyecto de Ley de Reforma Agraria*, Madrid, 1931; DÍAZ DEL MORAL, *La reforma agraria*, Discurso ante las Cortes, Madrid, 1932; MADRID, *Constitución agraria de España*, Madrid, 1933; DE LA RICA y ARENAL, *Hacia un nuevo Derecho: un quinquenio de legislación agraria*, en "Boletín del Instituto de Reforma Agraria", 48 (junio, 1936), ps. 322 ss.

(5) V. Ley de Colonización de Grandes Zonas, de 26 diciembre 1939; Ley de Colonización de Interés Local, de 25 diciembre 1940; Ley de Colonización y Distribución de la Propiedad de grandes Zonas Regables, de 21 abril 1949; Ley de Expropiación de Fincas Rústicas declaradas de

bre concentración parcelaria y de arrendamientos rústicos (6) y, ahora, esta nueva Ley para regular las relaciones jurídicas por las que se hace la cesión y el uso de la tierra cultivable.

Con la publicación de esta nueva Ley, su primer objetivo es el de concretar, garantizar y proteger el *status jurídico* del arrendamiento rústico, el que se logre una normativa idónea para los actuales «profesionales de la agricultura» (individuales o institucionales); pero, además de esta concreta finalidad actualizadora no podía faltar una inmediata respuesta político-social más generalizada, que responde al afán democrática y tecnocrática de nuestros días: el llevar a cabo un compromiso entre una reforma agraria integral (7) o el lograr parcial y técnicamente unos determinados resultados en la redistribución de la titulación para los cultivadores de la tierra.

El legislador español, por la vía del compromiso político y por la voluntad mayoritaria del texto votado, consigue actualizar y encauzar una de las relaciones contractuales más controvertida en las ideologías contemporáneas para la explotación de las tierras dentro de la economía de un país. Después de las experiencias de otros pueblos, donde la colectivización del suelo suprime el cauce del contrato de arrendamiento rústico, sin que, por lo demás, se hayan recogido mejores frutos de bienestar social y rentabilidad económica que allí donde se individualiza y se asienta libremente el empresario agrícola (8), el lograr un *status legal* para el agricultor es tan importante, humana y socialmente, como conseguir la multiplicación de los puestos de trabajo, el

Interés Social, de 27 abril 1946; Ley sobre Fincas Manifiestamente Mejorables, de 3 diciembre 1953; Ley sobre Unidades Mínimas de Cultivo, de 15 julio 1954; Explotaciones Familiares Mínimas (Orden de 27 mayo 1958); Ley sobre Permuta Forzosa de Fincas Rústicas, de 11 mayo 1959; Ley de Fincas Mejorables, de 14 abril 1962; Decreto de 2 enero 1964 sobre Ordenación Rural; Decreto 11 septiembre 1964 sobre Zonas de preferente localización industrial agraria; Decreto-ley de 3 octubre 1966, sobre beneficios a sociedades agrarias constituidas por concentración de explotaciones; Ley de 27 julio 1968 sobre Ordenación Rural; Ordenanza del trabajo en el campo, de 2 octubre 1969 y 1 julio 1975; Orden de 4 enero 1979, por la que el IRYDA asume funciones de la Obra Sindical de Colonización. Cfr. CAMPS ARBOIX, *La propiedad de la tierra y su función social*, Barcelona, 1953; PERPIÑÁ, *Corología agrícola y general económica de España*, Madrid, 1958; GARCÍA DE ANDOAFÍN, *Fases de la política agraria española*, en "Revista de Información Comercial", 340 (diciembre 1961), pp. 141 ss.; ZORRILLA, *Introducción a la economía agrícola española*, Madrid, 1960; DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972. Para una crítica sobre este período, ORTEGA CANTERO, *Política agraria y dominación del espacio*, Madrid, 1979.

(6) Quedan derogadas las Leyes de 15 de marzo de 1935, 28 de junio de 1940, 23 de julio de 1942, 18 de marzo de 1944, 18 de diciembre de 1946, 17 de julio de 1953 y 15 de julio de 1954, así como sus Reglamentos y cuantas se opongan a la presente Ley (Disposición Final de la LAR de 1980).

(7) Cfr. BALLARÍN, *Principios generales de la reforma agraria integral*, en "Revista de Estudios Agro-Sociales", 52 (1963), pp. 476 ss.; MÉNDEZ HERNÁNDEZ, *Problemática jurídica de las reformas agrarias integrales*, Madrid, 1971.

(8) Varios, *La evolución del campesinado. La agricultura en el desarrollo capitalista*. Recapitulado por ETXEZARRETA, Madrid, 1979.

aumento de la productividad de la renta agraria o contar con las modalidades más idóneas para obtener una óptima organización. En España, una vez establecidos unos equitativos derechos y obligaciones para las partes contratantes y dispuestos a pasar a una fase organizativa del ámbito agrario, había de precederle, sin duda, esta base normativa de concretar nítidamente el alcance de las relaciones jurídicas entre los titulares y los cultivadores del suelo, ya que ahora se hace cada vez más necesario conjugar el interés particular de ambas partes dentro de una economía de libre cambio, así como el interés común y público.

A pesar de los defectos estructurales que históricamente ha tenido el agro español y que continúa padeciendo (9), sin embargo, su política agraria actual no tiene por qué ser necesariamente planteada en términos revolucionarios de reparto y redistribución de las tierras, posición simplista, a superar mediante un conjunto de medios organizativos para la producción agrícola, tanto a nivel local, regional como internacional (10).

Una vez dignificado el simple labrador de antaño como un «profesional de la agricultura», y al serle reconocidos unos exclusivos derechos y obligaciones para llevar una empresa agraria (11), individual o asociacionalmente, proveyéndole de los medios económicos necesarios, quienes carezcan de esa titularidad se verán desposeídos de razones materiales como legales para mantener un exclusivo derecho de dominio sobre las fincas, como no sea el útil e inmediato en el ejercicio y tarea de la producción.

Actualmente, la legitimación del régimen de la propiedad de las fincas agrícolas, forestales y ganaderas se basa en un imperativo legislativo que excluye la pasividad en una explotación agraria a la usanza de los viejos «latifundios» (12); de aquí que el trabajo de la tierra no se convierta en una necesidad insoslayable, sino en una opción más idónea para quienes han de cultivarla y obtener sus frutos. La imposición fiscal y arancelaria para quienes hacen de la tierra una exclusiva titularidad de dominio sin finalidad productiva, resulta actualmente uno de los medios indirectos y más eficaces para lograr su cesión en arrendamiento y aparcería, sin necesidad de que se produzcan otros cambios violentos de manos o procedimientos de incautación que tan nefasto recuerdo y resultados han dejado en la historia inme-

(9) Cfr. MARTÍN COBO, *De la propiedad señorial a la empresa agrícola*, en "Revista de Estudios Agro-Sociales", 31 (1960), pp. 111 ss.; MOXÓ, *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965.

(10) I.C.S., *Orientaciones de la política agraria española ante una integración en el Mercado Común*, Madrid, 1961; LARA NIETO, *Algunas reflexiones sobre la agricultura española, la industrialización y nuestra incorporación a Europa*, en "Boletín Informativo del Instituto de Ingenieros Civiles de España", 51 (1961), pp. 28 ss.

(11) Cfr. FENOLLAR, *La formación de la agroindustria en España*, Madrid, 1978.

(12) Según recuerda con precisión CAPELO, *Fundamentos del desarrollo de Andalucía*, Madrid, 1963, p. 210, el "latifundio" no es solamente una finca rústica de gran extensión, sino que se caracteriza por una explotación extensiva con insuficiente empleo de capital.

diata de nuestra desamortización eclesiástica y civil (13). Ahora bien, si hemos de sacar al pequeño o mediano productor agrícola de la depauperación y el atraso, habrá que habilitar realmente una serie de facilidades crediticias posibles para la capitalización de su producción (14); de poco valdría contar con un *status jurídico* modélico de agricultor, pero teórico, sin los medios materiales y financieros necesarios para el logro de su empresa; la falta crónica de crédito en el ámbito agrario español es la consecuencia actual en que se encuentran nuestros agricultores. Por tanto, esta necesidad financiera, así como una política de precios (15), son necesidades urgentes para nuestro campo, del mismo modo que para los demás derechos establecidos constitucionalmente, los cuales siempre han carecido de esta necesaria base patrimonial, si realmente han de ser posibilitados y ejercitados. Apenas se avanzará en nuestro agro si no se ponen a su disposición los medios crediticios necesarios, tal como otros países han llevado a cabo con sus «planes verdes» de un modo práctico y tangible.

2.—EL CONTENIDO Y LAS FINALIDADES DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

La actual Ley de Arrendamientos Rústicos no constituye exclusivamente un ordenamiento jurídico para regular la relación contractual de los bienes inmuebles del agro; tanto por su contenido, como por sus finalidades, puede decirse que contiene fundamentalmente dos aspectos bien definidos: a) el que se refiere a su aspecto institucional o social; b) el dedicado concretamente a las relaciones contractuales.

a) El aspecto institucional o social de la nueva Ley no queda referido solamente a la explotación de una o varias fincas en cuanto a su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal de un modo individual o asociadamente, sino que establece las formas de acceso a la propiedad (Capítulo IX del Título I y Capítulo VIII del Título II) mediante los derechos de tanteo y retracto (artículos 86 y ss.), así como por la transformación forzosa de los arrendamientos anteriores al Código civil en un derecho de propiedad (artículo 98) y, también, la de los arrendamientos concertados con anterioridad a la Ley de 15 de marzo de 1935, en los que se hubiere perdido memoria del tiempo en que se concertaron cuando el cultivador sea personal (Disposición Transitoria tercera); igualmente, los celebrados con anterioridad al mes de agosto de 1942, cuya renta no fuese superior a cuarenta quintales métricos de trigo y la finca venga siendo cultivada personalmente por

(13) Cfr. ZORRILLA, *Desarrollo económico y agricultura*, en "Información Comercial Española", 340 (Diciembre 1961), p. 137.

(14) Cfr. ORTEGA ROSALES, *Possibilidades de capitalización de la empresa agraria española*, en "De Economía", 69 (enero-marzo 1961), p. 16; TARAFETA, *La capitalización de la agricultura española (1962-1975)*, Madrid, 1979.

(15) Cfr. GÓMEZ ORBANEJA y CHECCI LANG, *La agricultura española, rezagada o descarrilada? Un estudio de la política de precios agrarios y sus efectos sobre la producción agraria española*, Madrid, 1980.

el arrendatario (artículo 99). También accederán a la propiedad los aparceros mediante los derechos de tanteo y retracto (artículo 118).

Otras modalidades de asentamiento social o de adscripción de la tierra al que la trabaja son las establecidas para el arrendamiento parcial o su conversión en arrendamiento ordinario (artículo 101, apartado 6) y la conversión de la aparcería en arrendamiento (artículo 119). Por último, cabe una expropiación forzosa al arrendador de su derecho a recuperar la finca cuando concurren causas justificadas de utilidad pública o interés social, si bien mediante el pago de un precio justo, determinado conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa (artículo 30).

Otro de los aspectos sociales más significativos que viene a proclamar esta Ley y que, sin duda, enaltece a quienes encuadra como «profesionales de la agricultura», es a aquellas personas a las que reserva de un modo exclusivo la categoría de «arrendatarios» de fincas rústicas; de este modo resulta suprimida la explotación encubierta del trabajo agrícola a través del arrendamiento ya que la propia Ley se encarga de cualificarlos por su dedicación, identificándolos cuando «se dediquen o vayan a dedicarse» de «manera preferente a las actividades de carácter agrario», o cuando la persona «se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación» (artículo 15). Por tanto, se caracterizan como «profesionales de la agricultura», además de las personas naturales en plenitud de sus derechos civiles las personas jurídicas que tengan la modalidad de cooperativas, sociedades, sindicatos, cámaras, entidades públicas, organismos autónomos y, muy particularmente, el «Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario» (IRYDA).

El IRYDA, así como los organismos similares de las Comunidades Autónomas, y las «Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos» (artículo 121) son reconocidos por la Ley como el cauce institucional y administrativo entre los particulares y la Administración Central (Ministerio de Agricultura) o respecto de la Administración de Justicia (Jueces y Tribunales); su actuación previa por «autorización» o por «avención» resultarán una manera de que vengan controladas las finalidades institucionales de los profesionales de la agricultura y del interés común y social del agro.

b) En cuanto se refiere al aspecto específicamente contractual de la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, hay que destacar, en primer lugar, la superación de la vieja dogmática jurídica y la actual dimensión social del ejercicio de los derechos, al comenzar por abarcar «todos los contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas para el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de un precio o renta».

Sin embargo, esta cesión temporal no viene configurada conforme a una plena autonomía de la voluntad de las partes, puesto que se exige una duración mínima de seis años, más el derecho de prórroga del arrendatario a una continuación por otros seis años más, así como a unas prórrogas sucesivas, de tres años cada una, hasta completar los quince años (artículo 25), alcanzando, pues, la duración total del

arriendo los veintiún años; hasta pasados estos años no se extinguirá el contrato, aunque pueda recuperarse la finca por otras causas (artículo 25, 3); ahora bien, si se trata de «contratos de larga duración», que son los contratados desde un principio, al menos por dieciocho años (artículo 28), al terminar el plazo pactado, el arrendador podrá recuperar la finca sin sujeción a ningún requisito (artículo 28).

En principio, si bien toda cesión temporal de una o varias fincas constituye un contrato de arrendamiento (artículo 1.^º), sin que importe la denominación dada por las partes (artículo 2.^º), se excepcionan una serie de modalidades (plantación y aprovechamiento de viñas, naranjo, olivar, etc.) (artículo 4.^º), así como los contratos de recolección de cosechas o de realización de alguna faena agrícola por separado (artículo 5.^º) y otros varios determinados específicamente (entre parientes, de temporada, rastrojeras, caza, etc.) (artículo 6.^º y 7.^º).

A pesar de declarar que los contratos de arrendamiento rústico podrán convenirse con libertad de forma, será necesario que se hagan por escrito sujetándose al otorgamiento de un «contrato-tipo» (artículos 20 y 21), que podrá elevarse a escritura pública a instancia de cualquiera de las partes (artículo 23).

De este modo, la autonomía de las partes queda reducida dentro de un margen dispuesto por la Ley y no se podrán incorporar al contrato los pactos y condiciones particulares que sean contrarios a lo dispuesto en ella (artículo 20, *in fine*); serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas que modifiquen las normas de la presente Ley en perjuicio del arrendatario, salvo los casos en que ésta expresamente lo autorice (artículos 9 y 10). También serán nulos los actos realizados en fraude de esta Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (artículo 8.^º).

Los derechos del arrendatario son irrenunciables y sólo cabe su renuncia en documento público desde el momento en que puedan ser ejercitados (artículo 11); en cambio, el arrendatario no podrá ceder o subarrendar la finca, salvo ciertas excepciones (artículo 71), constituyendo causa de desahucio y de nulidad del contrato (artículo 70).

Los dos aspectos examinados en la Ley de Arrendamientos Rústicos, el institucional o social y el meramente contractual, nos dan la medida del gran alcance que se quiere instrumentar para el uso y aprovechamiento de la tierra conforme con las técnicas de la producción y del bienestar social de las personas que a ella se dedican.

En este nuevo ordenamiento, dentro de su cauce legal se trata de compaginar el respeto de los derechos y obligaciones de ambas partes, reconduciendo el contrato de arrendamiento rústico a su función instrumental para el ejercicio de una empresa agraria mediante la consecución del equilibrio de sus prestaciones; se trata de realizar no sólo una justicia distributiva, sino de conseguir que, a través de su precio o renta, se realice una justicia comutativa mediante su equitativa actualización. A este respecto, es necesario hacer su examen concreto en la actual disposición legislativa.

3. LA RENTA EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO RUSTICO

En todos los contratos de arrendamiento rústico, mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, se hace a cambio de un precio o renta.

En la nueva Ley, este precio o renta se fijará en «dinero» (artículo 31, 1): si, no obstante, se fijase en especie, será válido, aunque cualquiera de las partes podrá exigir la conversión de la renta en dinero, conforme a los criterios establecidos en el artículo 38 (artículo 31,2).

La renta se pagará por años en la fecha pactada y, en su defecto, con arreglo a la costumbre del lugar (artículo 32, 1). También, cuando el precio o renta consista en una «cantidad alzada» para todo el tiempo del arrendamiento (artículo 2.º, 3.º), se dividirá por la duración pactada para determinar la cantidad que habrá de ser pagada anualmente como renta a los solos efectos de establecer el momento del pago (artículo 32, 2). Queda prohibido el pago anticipado de rentas por más de un año (artículo 33).

La cuantía del precio o renta será la que estipulen las partes, sin perjuicio de lo que establece la Ley en cuanto a su actualización y revisión (artículo 31, 1) o, en defecto de acuerdo entre las partes (artículo 121, 4, a). En principio, pues, la autonomía de la voluntad de las partes es plena para decidir inicialmente la cuantía del equivalente pecuniario correspondiente a la cesión del uso y aprovechamiento que se hace de la finca o fincas rústicas. No obstante, transcurrido el primer año de vigencia del contrato, cualquiera de las partes ya podrá pedir la «revisión» de la renta por ser ésta superior o inferior a la usual del lugar para fincas análogas (artículo 40). De este modo, se introduce por la Ley un criterio moderador y de equidad que tiende a evitar los abusos y especulaciones del arrendador en cuanto al exceso de cuantía de la renta; además, cualquiera de las partes podrá solicitar «revisión extraordinaria» de la renta, o participación (caso de la aparcería) por haber cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, dando lugar a una lesión superior al 15 por 100 de la renta justa (artículo 43). Aunque, al igual que en el artículo anterior, esta facultad sea concedida a ambas partes, preferentemente viene a cubrir los riesgos que han de sufrir el arrendador y el arrendatario cuando se vean afectados por las alteraciones monetarias.

Cuando se trata de casos fortuitos o de fuerza mayor por riesgos extraordinariamente no asegurables, en que se pierde antes de terminar todas las operaciones de recolección más de la mitad de los productos que ordinariamente produzca la finca, procederá la reducción e, incluso, la exoneración de la renta, en igual porcentaje en que hayan quedado reducidos los productos de la finca, teniéndose en cuenta al estimarlos, la indemnización recibida y, en su caso, la repercusión a que se refiere el artículo 36 (artículo 44). También, cualquier menoscabo o deterioro de la finca que disminuya su productividad, aunque esté causado por obra permitida o impuesta al arrendador por la Ley,

dará derecho al arrendatario para la reducción de la renta en proporción a la disminución y durante el tiempo que dure ésta, salvo en el caso de que el menoscabo o deterioro sea imputable a culpa o negligencia del arrendatario (artículo 46). La reducción de la renta, según la Ley, puede darse en otros casos, como al realizarse obras (artículo 54, 1) o, durante la realización de mejoras (artículo 58, 1), por la transformación de los cultivos (artículo 59, d) o, por la pérdida parcial de la finca (artículo 82, 1 y 83, 5).

Además, se establece el «derecho a elevar la renta» por el arrendador por la mayor productividad o rentabilidad conseguida con las obras realizadas, de acuerdo con la autorización del IRYDA (artículo 58, 2), así como el «derecho a una nueva renta» (artículo 58, 2 y 59, 1 y 121, 4, b).

El pago de la renta se verificará en el lugar y forma pactados y, en su defecto, en la morada o casa del arrendatario (artículo 34). Queda prohibido el pago anticipado de las rentas por más de un año (artículo 33). Todas las cantidades que hubiere de pagar el arrendador y que por disposición legal sean repercutibles al arrendatario podrán ser exigidas por aquél desde el momento en que las haya satisfecho, expresando el concepto, importe y disposición que autorice la repercusión. El impago de tales cantidades equivaldría al impago de la renta. El derecho a repercutir prescribirá al año de haberse efectuado el pago por el arrendador (artículo 35).

La novedad de esta Ley de Arrendamientos Rústicos es que las partes puedan pactar «cláusulas de actualización de la renta» o solicitar del Juez que se añadan al contrato (artículos 38 y siguientes). Examinemos, pues, sus modalidades y requisitos de admisión.

4. LAS CLAUSULAS DE ACTUALIZACION DE LA RENTA SEGUN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

La legislación antecedente había tomado muy en cuenta la necesidad de que el arrendador percibiese una renta justa y actualizada, debido a dos fundamentos, principalmente: a) En compensación al proteccionismo especial que dedicaba al agricultor, al concederle el beneficio de la prórroga contractual, justificada, en parte, por un aspecto social de asentamiento en la tierra de los cultivadores, así como la obtención de una rentabilidad pública en cuanto a los intereses de la economía nacional. b) Como el medio de lograr la comutabilidad y equivalencia de las prestaciones del contrato de arrendamiento, respecto al arrendador, para lo cual, la cuantía de la renta se pagaría cada año según el valor de los quintales métricos de trigo, convenidos por las partes conforme a su precio oficial, si bien en dinero.

De esta manera, ante las alteraciones monetarias, el legislador antecedente preveía el riesgo y su daño patrimonial sucesivo en el tiempo, de acuerdo con la naturaleza de trato sucesivo que el arrendamiento muestra al hacerse prorrogable forzosamente en beneficio del arrendatario. La solución legislativa anterior, ante la inflación, trataba de eliminar el daño de la devaluación y de la depreciación de nuestra mo-

neda mediante la técnica jurídica y económica de la «indexation», o estabilización a «números índices», según había elaborado preferentemente la doctrina francesa (16) y que entonces se iniciaba entre nosotros (17). De este modo, la cuantía de la renta en dinero debía ser obtenida en cada anualidad, por referencia a un índice, en nuestro caso el «trigo», por cuya unidad de medida, el quintal métrico, se cuantificaba la renta debida; de esta manera, el legislador no había hecho más que convertir de un modo imperativo una simple deuda pecunaria en una deuda de valor (18).

La Ley actual, aun manteniendo el mismo criterio de lograr una renta justa y de obtenerla a través de una «índicación», cambia el carácter de la naturaleza imperativa de la norma (artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1942) por otra potestativa o facultativa configurada como «cláusula de actualización», al ser «acordada por las partes» (artículo 38, 1), o bien, porque «cualquiera de las partes podrá en defecto de acuerdo, solicitar al Juez que añada al contrato la cláusula de actualización que corresponda» (artículo 39).

De este modo, tanto la actualización voluntaria de la renta, como esta otra nueva actualización judicial de la misma, añadida a instancia de cualquiera de las partes, son dos modalidades habilitadas y reconocidas por la nueva Ley con la finalidad de que la renta fijada «en dinero» o «en metálico» (artículos 31, 1 y 101, 6), se mantenga con un poder adquisitivo comutativo y equivalente en los años sucesivos de su vigencia. Igualmente sucederá para la renta fijada «en especie» por las partes (artículos 31, 2 y 101, 6), puesto que el contrato será válido, pudiendo exigir la conversión de la renta a dinero cualquiera de las partes, conforme a los criterios establecidos en el artículo 38. Estos criterios son los referentes a que la «especie pactada» tendrá que pertenecer a los productos agrícolas en general, o de alguno o algunos de los productos principales de que sea susceptible la finca, atendidas sus características y la costumbre de la tierra (artículo 38, 1). Del mismo modo, tratándose de fincas cuyos principales productos

(16) Cfr. VASSEUR, *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de économie politique*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 51 (1952), pp. 481 ss.; PEDAMON, *Le régime contemporain des clauses monétaires*, en "Recueil Dalloz" (1958), pp. 101 ss.; TOULEMON, *Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, en "Revue Trimestrielle de Droit Commercial", XI-4 (1958), pp. 697 ss.; DUCET, *L'indexation*, París, 1965; LALLI, *L'indexation: un remède à l'inflation*, en "Finances et Développement", 6 (junio 1969) pp. 10 ss.; FAU y DEBEAURAIN, *L'indexation des contrats*, París, 1971; LANGDOW, "Indexation" o cómo convivir con la depreciación monetaria, en "Banca Española", 37 (1974), pp. 9 ss.

(17) Cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", II (1946), pp. 39 ss.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Cláusulas de estabilización*, en "Estudios de Derecho Privado", I (1948), pp. 251 ss.; CERRILLO QUÍLEZ, *La renta. II. Cláusula pago oro en el arrendamiento urbano*, Barcelona, s. a.; BONET CORREA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VIII-1 (1955), pp. 89 ss.

(18) Cfr. BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, páginas 301 ss.

sean ganaderos, la actualización de la renta podrá referirse al índice compuesto por «alguno o algunos de sus productos» (artículo 38, 2).

La actualización de la renta, pues, se llevará a cabo cada anualidad, refiriéndose al último índice anual de precios percibidos por el agricultor, establecido por el Ministerio de Agricultura para los «productos agrícolas en general», o de alguno o algunos de los «productos principales» de la finca (artículo 38, 1). En cambio, salvo pacto escrito en contrario, no habrá lugar a la actualización de la renta, sin perjuicio de la revisión que en su caso fuera procedente, cuando el precio se fije en una «cantidad alzada» para todo el tiempo del arrendamiento (artículo 38, 3 y 32).

En cuanto a los contratos que no contengan una cláusula de actualización de la renta, según queda visto, cualquiera de las partes podrá solicitar del Juez que se incluya en ellos (artículo 39); ahora bien, para resolver las cuestiones a que da lugar la actualización de la renta, previamente, podrá haber un intento de avenencia entre las partes para incluir una cláusula de actualización en el contrato acudiendo a las «Juntas Arbitrales» (artículo 121, a).

En todo caso, el Juez o Tribunal tendrán atribución plena para determinar la renta justa en cada caso y mandar incluir en el contrato una cláusula de actualización de la renta en aquellos contratos que carezcan de la misma, sin que la solicitud de aumento impida pronunciar fallo rebajando la renta o lo solicitado sobre el particular y, viceversa, no siendo preciso que el demandado haga uso de la reconvenCIÓN (artículo 131, b).

Además, en los pleitos a que se refiere el artículo 39, entablados para que el Juez añada al contrato de arrendamiento rústico la cláusula de actualización, si el arrendatario se opusiere a su existencia será condenado en costas y si se opusiere en cuanto al módulo para fijar la renta o su cuantía, se hará pronunciamiento sobre costas, pudiendo serle impuestas al demandante o demandado según la apreciación de la buena o mala fe del litigante (artículo 134, 5).

En este conjunto de disposiciones dadas para la actualización de la renta en los contratos de arrendamiento rústico, el legislador no sólo reconoce la existencia de las alteraciones monetarias actuales, sino, también, el daño patrimonial concreto que originan en cada pago sucesivo de la renta, por lo que permite a las partes, mediante sus pactos de actualización, neutralizarlo, bien por la previsión convencional anticipada, o ya por la vía judicial posterior, rogada, si bien los índices económicos elegidos para actualizar la cuantía de la renta habrán de concretarse a los «principales productos» de que sea susceptible la finca «agrícola» o «ganadera», atendidas sus características y la costumbre de la tierra. En el futuro este será el punto más conflictivo, el de la elección del índice, ya que las partes tratarán de buscar el de más alto precio entre los posibles; también la Administración o el Instituto Nacional de Estadística podrán elaborar unos índices indicativos de los productos agrarios más fundamentales, lo que facilitará su empleo y difusión.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Crónica de Derecho privado francés⁽¹⁾

AÑO 1980

Por JEAN-LUC AUBERT

Profesor de la Facultad de Derecho
y Ciencias Económicas de la Universidad de Tours

Advertencia: El título de esta Crónica, adoptado a falta de otro mejor, es seguramente demasiado ambicioso. Las páginas que siguen no pretenden, evidentemente, reflejar todos los aspectos —incluso importantes— del Derecho privado francés.

En las rúbricas bibliográfica y legislativa, el firmante de estas líneas ha tratado principalmente de dar a conocer a los lectores de esta *Revista* los principales acontecimientos del año transcurrido, tocando primordialmente al Derecho civil, al Derecho mercantil y al Derecho penal. En cuanto a la rúbrica de jurisprudencia, sólo comprenderá, salvo excepción, informaciones relativas al Derecho civil.

Incluso de esta manera reducida en su objetivo, esta Crónica aparecerá todavía cribada de lagunas. El autor espera, sin embargo, que pueda ser de alguna utilidad para los que tengan a bien leerla.

(1) Lista de abreviaturas relativas a las principales revistas jurídicas citadas:

- *Bull. civ.*—Bulletin des arrêts de la Cour de cassation - Chambres civiles (Sentencias de la *Cour de Cassation* - Derecho civil, mercantil y social). Este boletín reúne las sentencias de la *Cour de Cassation* año por año.
- *D.*—Recueil Dalloz-Sirey.
D.—...Doctr. (partie *doctrinale* du Recueil).
 - I. R. (informations rapides).
 - Leg. (partie *législative*).
 - Somm. (*Sommaires de jurisprudence*).
- *Gaz. Pal.*—Gazette du Palais.
- *J. C. P.*—Jurisclasseurs periodiques. Semaine juridique. Edition générale.
- *J. O.*—Journal Officiel.
- *Rep. Defrenois.*—Répertoire du notariat Defrenois.
- *Rev. trim. dr. civ.*—Revue trimestrielle du droit civil.
- *S.*—Recueil Sirey.

I. BIBLIOGRAFIA

1.^º GENERALIDADES

1.—Association Capitant (Trabajos).

— Jornadas griegas - *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, t. XXVIII, Economica, París, 1980, 546 págs.

— Jornadas de Luisiana - *L'interpretation par le juge des règles écrites*, t. XXIX, Económica, París, 1980, 371 págs.

2.—H. Battifol, *Problèmes du base de philosophie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1980, 513 págs.

3.—*Commentaire du rapport de la Cour de Cassation (année judiciaire 1978)*, por los miembros de la sección de Derecho privado de la Facultad de Derecho de Saint Maur (Universidad de París, XII) J. C. P., 1980, I, 2993, 32 págs.

4.—H. L. y J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1. *Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, París, 1980, 6.^a ed. por F. Chabas, 502 págs.

La obra, que constituye uno de los clásicos de la materia, ha sido sensiblemente renovada por la puesta al día realizada por F. Chabas.

2.^º DERECHO CIVIL

a) Personas - Familia

5.—B. Teyssié, *L'absence (loi du 28 décembre 1977)*, Litec, París, 1980, 102 págs.

b) Bienes

6.—C. Atias, *Droit civil - Les biens*, Librairies techniques, París, 1980, 244 págs.

7.—C. Atias y D. Linotte, *Le remembrement rural*, Librairies techniques, París, 1980, 162 págs.

8.—M. Despax, *Droit de l'environnement*, Librairies techniques, París, 1980, 880 págs.

Obra importante en una materia en constante evolución.

9.—P. Malinvaud y P. Jestaz, *Droit de la promotion immobilière*, 2.^a ed., Dalloz, París, 1980, 740 págs.

La primera edición de este *Droit de la promotion immobilière* ha conseguido rápidamente autoridad, y, muy oportunamente, una segunda edición, puesta al día con las evoluciones importantes y rápidas de esta rama esencial del derecho de la construcción, le ha sucedido.

10.—Marty y Raynaud, *Droit civil - Les biens*, 2.^a ed., Sirey, París, 1980, 602 págs.

Esta obra otro gran clásico de los tratados de Derecho civil francés, viene a reemplazar felizmente a la primera edición, un poco envejecida.

Además de sus cualidades científicas, unánimemente reconocidas, la obra destaca por la importancia de su documentación.

c) Obligaciones

11. J. Flour y J. L. Aubert, *Les obligations*. Vol. 1, *L'acte juridique*, 3.^a ed. A. Colin, París, 408 págs., con *Addendum* de puesta al día a enero de 1980, 16 págs.

De esta obra, que expone la teoría general de los actos jurídicos (contrato, acto jurídico unilateral y acto colectivo), se ha dicho: "La presentación del estudio del contrato es clásica, pero los autores, que no creen ni en la permanencia ni en la uniformidad del derecho de obligaciones y que subrayan la importancia de su elaboración evolutiva, han sabido hacer la del Derecho de hoy día tal como es formado por la ley y la jurisprudencia y construido por la doctrina, bajo la influencia de la concepción que hacen la política, la economía y la moral de las necesidades sociales que trata de servir" (Comentario a la primera edición, por P. Raynaud, *Rev. trim. dr. civ.*, 1975, pág. 488, núm. 2).

- 12.—J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les obligations. Le contrat*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1980, 846 págs.

Este segundo tomo del Tratado de Derecho civil, cuya dirección es asegurada por J. Ghestin, está consagrado al Derecho de obligaciones, y más concretamente a *las condiciones de formación del contrato*. Muy rica y dotada de una documentación muy completa, esta obra está principalmente al día de los recientes desarrollos que el nuevo derecho del consumo ha aportado a la materia, derecho nuevo del que el profesor Ghestin es un eminentes especialista.

- 13.—M. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel*, prefacio H. Blin, 8.^a ed. Litec, París, 1980, 280 págs.

- 14.—Ranuil, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, prefacio de J. P. Lévy, Presses Universitaires de France, París, 1980, 165 págs.

- 15.—A. Weil y F. Terré, *Droit civil - Les obligations*, 3.^a ed. Dalloz, París, 1980, 1.200 págs.

De la colección de los Précis Dalloz, esta obra, principalmente destinada a los estudiantes de Derecho, ha sido sensiblemente enriquecida, desde la segunda edición, por la aportación debida a la colaboración del profesor Terré. Esta tercera edición evidentemente es bienvenida, habiendo conocido la materia, desde hace algunos años, cambios legislativos y jurisprudenciales importantes.

d) Garantías y publicidad fundiaria

- 16.—C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, prefacio de M. Cabrillac, Librairies techniques, París, 1980, 780 págs.

- 17.—J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, París, 1980, 290 págs.

Una síntesis importante y rica del considerable movimiento legisla-

tivo que, desde 1970, ha puesto en marcha, en un dominio cada vez más amplio, un sistema de protección de los consumidores.

18.—H. L. y J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats*, Première partie, Montchrestien, París, 1980, 5.^a ed., por M. de Juglart, 358 págs.

Obra importante, aunque sólo fuese en consideración a la rareza de los tratados consagrados a los contratos especiales, esta reedición del t. III, vol. 2 de las *Leçons*, es consagrada a los contratos de venta y permuto. La segunda parte, en preparación, tratará de los restantes contratos.

e) *Liberalidades - Sucesiones*

19.—H. L. y J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. IV, vol. 2, *Sucession - Libéralités*, Montchrestien, París, 1980, 3.^a ed., por A. Breton, 1.085 págs.

Esta reedición, debida a la pluma del Consejero Sar. Breton, aporta, en fin, una obra al día en materia de Derecho sucesorio. La renovación, en relación con la edición precedente, es considerable. Entre otros desarrollos, los consagrados a la indivisión sucesoria —que tienen evidentemente en cuenta la reforma fundamental operada por la Ley de 31 de diciembre de 1976, de la que el Consejero Breton es un eminente especialista— merecen una especial atención.

20.—Pomey, *Traité des fondations d'utilité publique*, Presses Universitaires de France, París, 1980, 472 págs.

3. DERECHO MERCANTIL

a) *Obras generales*

21.—Y. Guyon, *Droit des affaires - Droit commercial général et Sociétés*, Economica, París, 1980, 870 págs.

Nueva aportación a las obras generales de Derecho comercial, la obra de Y. Guyon se distingue por su gran claridad y su espíritu claramente orientado hacia el derecho de los negocios.

22.—J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, *Droit commercial*, Dalloz, París.

— T. I., vol. 1, por A. Jauffret, *Introduction - Règles communes à toutes les personnes du droit commercial - Commerçants individus*, 2.^a ed., 1980, 624 págs.

— T. I., Vol. 2, por G. Lagarde, *Sociétés - Groupements d'intérêt économique - Entreprises publiques*, 2.^a ed., 1980, 802 págs.

Estos dos volúmenes, de una gran riqueza científica, anuncian la resurrección de un gran tratado de Derecho comercial.

23.—M. de Juglart y B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, por E. du Pontavice y J. Dupichot, vol. 2, *Les Societes commerciales*, 3.^a ed., Montchrestien, París, 1980, 868 págs.

24.—R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. I, Com-

merçants - Actes de commerce. Fonds de commerce. Sociétés commerciales, 10.^a ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1980.

Es el antiguo Tratado de Georges Ripert, cuya reedición es asegurada, desde hace bastante tiempo, por el Decano Roblot. Las cualidades científicas y pedagógicas de esta obra son demasiado conocidas para que sea necesario insistir en ello.

25.—R. Rodière y B. Oppetit, *Droit commercial (Groupements Commerciaux)*, 10.^a ed., Dalloz, París, 1980, 484 págs.

Un clásico, regularmente actualizado, de la colección de los Précis Dalloz.

b) *Obras especializadas*

26.—H. Cabrillac, *Le chéque et le virement*, 5.^a ed., por M. Cabrillac, Librairies techniques, París, 1980, 290 págs.

27.—A. Chavanne y J. J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, 2.^a ed., Dalloz, París, 1980, 658 págs.

28.—R. Rodière, *Droit maritime - Le navire*, Dalloz, París, 1980, 290 págs.

4. DERECHO PENAL

29.—O. Godard, *Droit pénal du travail*, Masson, París, 1980, 664 págs.

30.—Merle y Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, 3.^a ed., Cujas, París, 1980, 1.016 págs.

31.—J. Pradel, *Droit pénal (Procédure pénale)*, t. 2, 2.^a ed., Cujas, París, 1980, 804 págs.

32.—Stefani, Levasseur y Bouloc, *Droit pénal général*, 11.^a ed., Dalloz, París, 1980, 670 págs.

5. DIVERSOS

33.—J. Boré, *La cassation en matière civile*, Sirey, París, 1980, 1.159 páginas

34.—Y. Saint-Jours, *Traité de Sécurité sociale*, t. I, *Le droit de la Sécurité sociale*, Librairie générale de droit et de jurisprudencia, París, 1980, 507 págs.

II. LEGISLACION

1. DERECHO CIVIL

1.—*Prueba de los actos jurídicos. Ley núm. 80-525 de 12 de julio de 1980 (J. O. 13 de julio de 1980, p. 1755), y Decreto núm. 80-523 de 15 de julio de 1980 (J. O. 16 de julio de 1980, p. 1788).*

El artículo 1.341 del Código civil exigía la prueba escrita de los

actos jurídicos desde el momento en que el interés en causa excedía de 50 francos. Teniendo en cuenta la depreciación de la moneda, se venía a imponer la prueba por escrito de manera casi absoluta. Retornando al espíritu original del texto, la Ley de 12 de julio de 1980 ha previsto la actualización de este valor límite, actualización cuya puesta en marcha es confiada en lo sucesivo al poder reglamentario, y cuya primera realización es la elaboración del Decreto de 15 de julio de 1980: el límite es ahora fijado en 5.000 francos, lo que parece un poco excesivo, al conferir al testimonio un papel que no había tenido nunca antes en el dominio de los actos jurídicos.

No se limita solamente a esto el interés de la Ley de 12 de julio de 1980, pues otros dos elementos merecen ser destacados:

— De una parte, un *aligeramiento del formalismo* en lo que concierne a los actos jurídicos en que una sola parte se obliga a pagar una suma de dinero o a entregar un bien fungible. Tal acto debe ser constatado "en un título que contenga la firma del que suscribe esta obligación, así como la mención, escrita a mano, de la suma o de la cantidad con todas las letras y en cifras", la indicación hecha con todas las letras prima sobre la otra en caso de contradicción. La exigencia, que formula el artículo 1.426 en su redacción anterior, de la mención manuscrita de un "bueno para..." o de un "aprobado" ha desaparecido.

— De otra parte, *una adaptación de las exigencias de prueba a las técnicas modernas*. Es lo que resulta del párrafo 2º del nuevo artículo 1.348, de cuyos términos las exigencias de la prueba escrita encuentran excepción "cuando una parte o el depositario no ha conservado el título original y presenta una copia que es la reproducción no sólo fiel sino también duradera. Es reputada duradera toda reproducción indeleble del original que entraña una modificación irreversible del soporte".

El nuevo texto, que tiene en cuenta los progresos que han conocido las técnicas de reproducción de documentos, viene a proteger principalmente a los bancos obligados a conservar los cheques, validando el uso por ellos de microfilms. Pero el alcance del texto es evidentemente más amplio y confiere un papel nuevo, en el terreno de la prueba de los actos jurídicos, a otras técnicas, como la fotocopia.

El papel del testimonio se encuentra así, indirectamente, aumentado de nuevo: la prueba realizada con ayuda de copias de este tipo puede ser combatida con todos los medios, lo que es normal si se tiene en cuenta que estas técnicas modernas no son totalmente fiables, puesto que permiten posibles procedimientos para engañar.

2.—*Cláusula de reserva de propiedad en los contratos de venta. Ley núm. 80-335, de 12 de mayo de 1980 (J. O. de 13 de mayo de 1980, p. 1202). V. infra, núm. 6.*

3.—*Cláusulas abusivas. Consejo de Estado, 3 de diciembre de 1980.*

Una Sentencia del Consejo de Estado, de 3 de diciembre de 1980, ha anulado, por exceso de poder, el artículo primero del Decreto núm. 78-464 de 24 de marzo de 1978, adoptado para la aplicación del capítulo IV de la Ley núm. 78-23 de 10 de enero de 1978 relativa a la protección e información de los consumidores de productos y servicios.

Este artículo primero del Decreto de 24 de marzo de 1978 prohibía “como cláusula abusiva ... la cláusula que tuviese por objeto o por efecto el constatar la adhesión del no-profesional o consumidor a unas estipulaciones contractuales que no figuran en el escrito que firma”.

Es probable que otro texto, conforme esta vez a la habilitación dada al poder reglamentario por el artículo 35 de la Ley de 1978, venga a sustituir al artículo anulado: es, en efecto, evidente que la cuestión contemplada —realidad del consentimiento del consumidor a unas estipulaciones convencionales accesorias al acto que firma— es una de las que el derecho de la consumición debe resolver prioritariamente.

4.—*Indemnización a ciertas víctimas de daños que derivan de una infracción. Montante máximo de las indemnizaciones. Decreto núm. 80-376 de 22 de mayo de 1980 (J. O. de 24 de mayo de 1980, p. 1294).*

Una Ley, núm. 77-5 de 3 de enero de 1977, ha previsto, bajo diversas condiciones, la indemnización por el Estado a las víctimas de daños corporales que resulten de una infracción, cuando ellas no pueden obtener reparación efectiva y suficiente de su perjuicio y se encuentran, por este hecho, en una situación material grave (art. 706-3 nuevo del Código de procedimiento penal). La indemnización que puede así ser concedida es fijada por vía de decreto. El Decreto de 22 de mayo de 1980 fija de esta forma el montante máximo de la indemnización, para el año 1980, en 190.000 francos.

5.—*Prescripción de la acción civil en reparación de un daño. Ley número 80-1042 de 23 de diciembre de 1980. V. infra, núm. 14.*

2. DERECHO MERCANTIL

6.—*Cláusula de reserva de propiedad en los contratos de venta. Ley núm. 80-335 de 12 de mayo de 1980 (J. O. 13 de mayo de 1980, pág. 1202).*

Desaprobando la jurisprudencia de la Corte de Casación, la Ley de 12 de mayo de 1980 declara la reserva de propiedad oponible a la masa de acreedores. El artículo 65, modificado, de la Ley de 13 de julio de 1967, relativo a la liquidación de bienes y al reglamento judicial, dispone en lo sucesivo que “pueden ser reivindicadas, tan largo tiempo como ellas existan en especie, las mercancías entregadas al deudor, sea a título de depósito, sea para ser vendidas por cuenta del propietario, así como las mercancías vendidas con una cláusula que supedita la transferencia de la propiedad al pago íntegro del precio cuando esta cláusula ha sido convenida entre las partes en un escrito realizado, a más tardar, en el momento de la entrega”. La Ley de 1980 modifica igualmente el artículo 59, en lo concerniente al plazo de ejercicio de la acción de reivindicación de bienes muebles: el plazo es en lo sucesivo de cuatro meses a contar desde la publicación del juicio que abre el procedimiento de reglamento judicial o de liquidación de bienes.

Esta reforma (sobre la misma, ver especialmente R. Houin, *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite*, J. C. P., 1980, I, 2978; y J. Ghastin, *Réflexions d'un civiliste sur*

la clause de réserve de propriété, D. 1981, Chr. 1) motivada principalmente por el cuidado de evitar las quiebras en cascadas —las de los suministradores de la sociedad en reglamento judicial o liquidación de bienes— desemboca en todo caso, cualquiera que sea su valor en este sentido, en hacer de los suministradores que se benefician de una cláusula de reserva de propiedad, unos acreedores particularmente favorecidos, puesto que ellos escapan así a la ley común de la quiebra y a la influencia del superprivilegio y restantes privilegios de primer rango.

En el plano de la técnica jurídica, parece que la nnturaleza de la cláusula de reserva de propiedad debe analizarse como un *término suspensivo* que retarda la transferencia de la propiedad de las mercancías vendidas hasta el pago del precio (cf. J. Ghestin, *op. cit.*, núm. 21).

3. DERECHO PENAL

7.—*Inmigración - Ley relativa a la prevención de la inmigración clandestina y que determina la modificación de la ordenanza núm. 45-2658 de 2 de noviembre de 1945 relativa a las condiciones de entrada y estancia en Francia de los extranjeros y que determina la creación de la Oficina nacional de inmigración - Ley núm. 80-9 de 10 de enero de 1980 (J. O. 11 de enero de 1980, p. 71).*

La ley establece, en el sentido de un más amplio rigor, el nuevo estatuto de los extranjeros (condiciones de entrada, de estancia y de expulsión).

8.—*Interrupción voluntaria del embarazo - Ley núm. 79-1204 de 31 de diciembre de 1979 (J. O. de 1 de enero de 1980, p. 3).*

La Ley de 31 de diciembre de 1979 aporta diversos complementos y modificaciones a la Ley núm. 75-17, de 17 de enero de 1975, que define las condiciones y el régimen de la interrupción voluntaria del embarazo.

9.—*Represión de la violación y de algunos atentados a las costumbres. Ley núm. 80-1041, de 23 de diciembre de 1980 (J. O. de 24 de diciembre de 1980, p. 3028).*

La Ley de 23 de diciembre de 1980 marca una voluntad de mayor eficacia en la represión de la violencia y de los ataques a las costumbres.

La Ley aporta una nueva definición de la violencia: "todo acto de penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea, cometido en la persona de otro con violencia, coacción o sorpresa, constituye violación" (nuevo artículo 332, párr. 1 C. penal).

Los párrafos 2 y 3 del artículo 332 fijan las penas aplicables a la violación. En principio, la pena impuesta es la reclusión criminal de cinco a diez años (párrafo 2). Pero, en los términos del párrafo 3, pasa de diez a veinte años en caso de circunstancias agravantes, es decir, cuando sea cometida sobre una persona particularmente vulnerable en razón de estado de embarazo, de una enfermedad, de una debilidad o de una deficiencia física o mental, sea sobre un menor de quince años, sea bajo la amenaza de un arma, sea por dos o varios autores o cómplices, sea por un ascendiente legítimo, natural o adoptivo de la víctima, o por

una persona que tenga autoridad sobre ella, o incluso por una persona que ha abusado de la autoridad que le confieren sus funciones".

10.—*Jurado de lo criminal. Ley núm. 80-1042 de 23 de diciembre de 1980 (J. O. de 24 de diciembre de 1980, p. 3029).*

11.—*Visita a los detenidos: medidas de control en relación con los visitantes por motivos de seguridad. Decreto núm. 80-238 de 1 de abril de 1980 (J. O. de 4 de abril de 1980, p. 851).*

12.—*Establecimientos afectados a la ejecución de las penas. Decreto núm. 80-239 de 1 de abril de 1980 (J. O. de 4 de abril de 1980, p. 851).*

13.—*Trabajo penitenciario. Modificación de disposiciones del Código de procedimiento penal en materia de ejecución de penas: semi-libertad y repartición de los productos del trabajo. Indemnización a las partes civiles. Decreto núm. 80-227 de 27 de marzo de 1980 (J. O. de 1 de abril de 1980, p. 822).*

4. PROCEDIMIENTO CIVIL

14.—*Acción civil. Vinculación con la acción pública. Ley núm. 80-1042 de 23 de diciembre de 1980 (J. O. de 24 de diciembre de 1980, p. 3029).*

Por breve que sea, la ley de 23 de diciembre de 1980 es muy importante, pues pone fin, en materia de prescripción, a la tradicional solidaridad de la acción civil y de la acción pública.

Cuando un hecho dañoso puede ser calificado a la vez de culpa civil y culpa penal, se admitía, hasta ahora, que si la víctima se beneficiaba del derecho de interponer su demanda de reparación ante la jurisdicción represiva, al menos debía actuar en el límite del plazo de procedimiento penal (diez años en caso de crimen, tres en caso de delito, un año por una contravención). El resultado era paradójico: la acción de reparación contra el autor del daño prescribía más deprisa cuando su comportamiento era penalmente calificable, que cuando correspondía a una simple culpa civil. (prescripción de treinta años).

Es a esta criticable solución que la Ley de 23 de diciembre de 1980 pone fin. Según los términos del nuevo artículo 10 del Código de procedimiento penal", la acción civil prescribe según las reglas del Código civil, sin embargo, esta acción no puede ser presentada ante la jurisdicción represiva después de la expiración del plazo de prescripción de la acción pública". En breve, la víctima puede beneficiarse del derecho de demandar la reparación de su daño en la jurisdicción represiva. Pero sólo puede hacerlo durante el plazo en que la acción pública está abierta. Pasado este plazo, conserva su derecho de demandar reparación, pero no puede ejercerlo entonces más que ante la jurisdicción civil.

15.—*Magistratura. Estatuto de la magistratura. Ley orgánica número 80-844 de 29 de octubre de 1980 (J. O. de 30 de octubre de 1980, p. 2522).*

La Ley de 29 de octubre de 1980 —que ha suscitado notables controversias— pretende remediar el número actualmente insuficiente de los magistrados en ejercicio, así como las perturbaciones provocadas en

la actividad judicial por las ausencias de personal debidas a las enfermedades, los permisos de maternidad y los períodos de formación. Para satisfacer a su primer objetivo, la Ley amplía las posibilidades de reclutamiento paralelo; para el segundo, instaura una categoría nueva de magistrados, especie de magistrados sustitutos, que en la sede como en el estrado son situados al lado de los primeros presidentes y procuradores generales de las Cortes de apelación.

16.—*Arbitraje. Decreto núm. 80-354 de 14 de mayo de 1980 (J. O. de 18 de mayo de 1980, p. 1238).*

El Decreto de 14 de mayo de 1980 reforma enteramente el derecho del arbitraje. Sus disposiciones constituyen un elemento del nuevo Código de procedimiento civil. Es el conjunto del régimen del arbitraje que se encuentra de esta manera modificado en 50 artículos consagrados a las *convenciones de arbitraje*, a la *instancia arbitral*, a la *sentencia arbitral* y a las *vías para recurrir abiertas contra ésta*.

5. DERECHO AGRARIO

17.—*Agricultura. Ley de orientación agrícola. Ley núm. 80-502 de 4 de julio de 1980 (J. O. de 5 de julio de 1980, p. 1670).*

Importante ley, de 83 artículos, que se presenta como la carta del desarrollo de la agricultura francesa en los próximos decenios, la ley de orientación agrícola de 4 de julio de 1980 contiene, principalmente, disposiciones que organizan un *estatuto profesional* en beneficio de los conjuntos de explotadores agrícolas; que regulan, en favor del heredero explotador que desea continuar la explotación, las *reglas relativas a las particiones sucesorias* (atribuciones preferenciales, mantenimiento de la indivisión, salario diferido); que regulan el estatuto del arrendamiento (en concreto, con la implantación de un nuevo contrato —“el arrendamiento de carrera”— que es un arrendamiento a largo plazo concluido, al menos, por veinticinco años, que afecta a una explotación que constituye una unidad económica, y que finaliza a la expiración del año de cultivo en el que el arrendatario alcanza la edad de jubilación, tal como se previene en materia de seguro de vejez agrícola); que refuerzan el *control de las estructuras de las explotaciones agrícolas* en la perspectiva de privilegiar la instalación de los jóvenes explotadores; que acrecientan, en fin, los medios de *lucha contra el alza del precio de las tierras* (extensión del derecho de compra de las sociedades de ordenación fundiaria y planificación rural —S.A.F.E.R.— y mejoramiento del procedimiento de oposición, por estas sociedades, del precio de venta de las tierras agrícolas; establecimiento de un repertorio del valor de las tierras —valor venal medio, valor arrendaticio medio, valor de rendimiento— que deberá ser efectivamente realizado en cada departamento antes del 1 de enero de 1985 y en espera del cual una orden del ministro de agricultura publicará un baremo indicativo del valor venal medio de las tierras agrícolas para cada departamento).

18.—*Sociedades civiles de explotación agrícola. Posibilidad para los*

arrendatarios de arrendamientos de tierras de adherirse a sociedades de explotación agrícola. Ley núm. 79-1115 de 22 de diciembre de 1979 (J. O. de 23 de diciembre de 1979, p. 3255).

6. DERECHO SOCIAL Y PROFESIONAL

19.—*Participación de los trabajadores. Distribución de acciones en favor de los asalariados de las empresas industriales y comerciales. Ley núm. 80-834 de 24 de octubre de 1980 (J. O. de 25 de octubre de 1980, p. 2486).*

20.—*Participación de los trabajadores. Decreto de aplicación de la Ley núm. 80-834 de 24 de noviembre de 1980. Decreto núm. 80-935 de 26 de noviembre de 1980 (J. O. de 27 de noviembre de 1980, p. 2764).*

21.—*Seguros sociales. Prestaciones familiares. Mejora de la situación de las familias numerosas. Ley núm. 80-545 de 17 de julio de 1980 (J. O. de 18 de julio de 1980, p. 1810).*

22.—*Abogados. Formación profesional. Decreto núm. 80-234 de 2 de abril de 1980 (J. O. de 3 de abril de 1980, p. 838).*

23.—*Arquitectos. Código de deberes profesionales. Decreto núm. 80-217 de 20 de marzo de 1980 (J. O. de 25 de marzo de 1980, p. 783).*

III. JURISPRUDENCIA

1. PERSONAS Y FAMILIA

1.—*Filiación natural. Legitimación post nuptias. Civ. 1.^a, 9 de diciembre de 1980, D. 1981, 136, nota H. Mazeaud.*

Según la primera cámara civil de la Corte de Casación, "resulta de las disposiciones combinadas de los artículos 331-1 y 332 del Código civil que la condición de posesión de estado de hijo común desde la celebración del matrimonio no es exigida en el caso de demanda de legitimación *post nuptias* concerniente a un hijo fallecido antes del matrimonio de sus padres naturales y dejando descendientes". La interpretación de la Corte de casación es dictada, indudablemente, por un motivo de equidad perfectamente legítimo. Sin embargo, es criticada por el señor Mazeaud en la nota que ha dedicado a esta sentencia.

2.—*Divorcio por ruptura de la vida común. Daños y perjuicios del artículo 266 (No). Civ. 2.^a, 23 de enero de 1980, Bull. Civ. II, núm. 15, D. 1980, 281, nota de J. Revel, Rep. Defrenois, 1980, art. 32421, núm. 64, p. 1204, nota de J. Massip.*

El esposo demandante de divorcio por ruptura de la vida común debe, en virtud del artículo 239 del Código civil, soportar todas las cargas del divorcio. Por tanto, no puede ser condenado por daños y perjuicios en base al artículo 266, que prevé que el esposo, por cuya culpa exclusiva el divorcio es pronunciado, puede ser condenado por daños y perjuicios

en relación del perjuicio material o moral que la disolución del matrimonio ocasiona a su cónyuge.

La razón reside en que una semejante sanción supone la culpa del esposo, culpa que no ha lugar a ser constatada en el procedimiento de divorcio por ruptura de la vida común.

2. DERECHO DE BIENES

3.—*Renuncia a una servidumbre non altius tollendi. Creación de un derecho real nuevo. Publicidad fundiaria.* Civ. 3.^a, 6 de mayo de 1980, Bull. civil. III, núm. 90, p. 65, Rep. Defrenois 1981, art. 32608, núm. 25, p. 454, obs. J. L. Aubert.

En su sentencia de 6 de mayo de 1980, la Tercera cámara civil de la Corte de Casación admite que una Corte de apelación puede, con razón, establecer que al renunciar, por derogación consentida por los parceladores a algunos adquirentes de lotes, "a la servidumbre de no construir por encima de la altura fijada en el cuaderno de cargas, estos parceladores les reconocen el derecho real de construir un inmueble de un patrón diferente, y que semejante disposición debe ser obligatoriamente publicada, conforme al artículo 28-1 del Decreto de 4 de enero de 1955".

Por esta decisión, la Corte de casación admite, directamente, que la renuncia a una servidumbre *non altius tollendi* es constitutiva de un derecho real inmobiliario, y como tal sometida a la publicidad obligatoria (v. la misma solución para la renuncia a una servidumbre de paso, Civ. 3.^a, 5 de febrero de 1970, D. 1970, 262, nota de Franck). Al mismo tiempo, la Alta jurisdicción manifiesta el mantenimiento de su muy antigua jurisprudencia que afirma la libertad de creación de derechos reales: los derechos reales enumerados por el Código civil no lo son de manera limitativa (Req. 13 de febrero de 1834, S. 1834, 1, 205).

4.—*Usufructo. Obligaciones del usufructuario. Conservación de la cosa.* Com. 28 dc enero de 1980, Bull. civil. IV, núm. 41, J. C. P. 1980, II, 19414, nota de Atias, Rep. Defrenois 1980, art. 32503, núm. 106, p. 1534, obs. H. Souleau.

El artículo 578 del Código civil impone al usufructuario el conservar la sustancia de la cosa sujeta a su usufructo; el artículo 618 dispone que el usufructuario puede ser privado de su derecho si abusa de su goce, realizando actos que perjudican al bien, o dejándolo perecer por falta de reparaciones.

En su sentencia de 28 de enero de 1980, la Cámara comercial de la Corte de Casación afirma claramente que esta privación supone que el usufructuario ha cometido una falta. No es el caso cuando el usufructuario de un fondo de comercio, que había comenzado a peligrar por la influencia de una evolución del mercado a la que la debilidad del usufructuario le impedía adaptarse, ha cesado su actividad, y en consecuencia, cancela la inscripción del fondo en el registro de comercio. Los jueces admiten, contrariamente a las pretensiones del nudo propietario, que el usufructuario no estaba, en una semejante circunstancia, obligado a renunciar a su usufructo.

5.—*Indivisión. Uso abusivo de los bienes indivisos. Civil. 1.^a, 15 de abril de 1980, Bull. civ. I, núm. 109, Rep. Defrenois 1981, art. 32520, p. 113, nota de A. Bretón.*

Del artículo 815-9 del Código civil, relativo a la indivisión, y según el cual "cada sujeto de la indivisión (*indivisaire*) puede usar y gozar de los bienes indivisos conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho de los demás sujetos de la indivisión (*indivisiaires*), y con el efecto de los actos regularmente celebrados durante la indivisión", la Corte de Casación extrae, muy oportunamente, creemos nosotros, la conclusión de que en el caso de desconocimiento por uno de los sujetos de la indivisión (*coindivisiaires*) de uno o de varios de los límites del derecho de uso reconocido a todo sujeto de la indivisión, puedan los otros actuar inmediatamente para hacer cesar los actos abusivos, y demandar la reparación del perjuicio causado por éstos.

3. DERECHO DE OBLIGACIONES

6.—*Enriquecimiento sin causa. Culpa del empobrecido. Com. 5 de febrero de 1980, Bull. civ. IV, núm. 56, Rep. Defrenois 1981, art. 32599, núm. 17, p. 393, obs. J. L. Aubert.*

En los términos de la Sentencia de 5 de febrero de 1980, una Corte de apelación no puede acoger la acción de enriquecimiento sin causa (acción *in rem verso*), interpuesta por un empobrecido, sin buscar si el perjuicio soportado por éste no es resultado de su propia culpa.

La Cámara comercial parece dar así un paso en la dirección de la jurisprudencia de la Cámara civil, la cual rehusa la acción *in rem verso* al que se empobrece, en beneficio de otro, por su culpa (sobre esta oposición de la jurisprudencia, inherente a la Corte de Casación, v. principalmente, Civ. 1.^a, 3 de abril de 1979, Bull. civ. I, núm. 110, Rep. Defrenois 1979, art. 32077, núm. 54, p. 1182, obs. J. L. Aubert; y Com. 23 de enero de 1978, Bull. civ. IV, núm. 28, Rep. Defrenois 1979, art. 31928, núm. 8, p. 377, obs. J. L. Aubert).

4. DERECHO DE GARANTÍAS Y DE LA PUBLICIDAD FUNDIARIA

7.—*Renuncia a la servidumbre. Constitución de un derecho real inmobiliario. Publicidad obligatoria. Civ. 3, 6 de mayo de 1980, Bull. civ. Rep. Defrenois 1981, art. 32608, núm. 25, p. 454, obs. J. L. Aubert. V. supra, núm. 3*

5. DERECHO DE LOS CONTRATOS

8.—*Ventas no rescindibles. Venta autorizada por el tribunal en el curso del período preparatorio al reglamento judicial (No). Com. 8 de julio de 1980, D. 1981, 24, nota de F. Derrida.*

Las ventas no rescindibles que prevé el artículo 1.684 del Código civil

"son solamente las ventas que sólo pueden ser efectuadas ante la justicia". Este no es el caso de una venta de un inmueble consentida, con la asistencia del síndico y la autorización del tribunal, durante el período preparatorio del reglamento judicial.

La solución que admite así la Cámara comercial parece poder explicarse por el hecho de que la excepción del artículo 1.684 se justifica por la existencia de un procedimiento de venta en subasta pública, la cual, se dice, conduce por su naturaleza a producir el precio justo del bien. Desde el momento en que un semejante procedimiento no es obligatorio, ninguna garantía es adquirida y la lesión, que implica en este caso un auténtico riesgo, debe permanecer sancionada (cfr. Derrida, especialmente p. 26, col. 1).

6. DERECHO DE LOS REGÍMENES MATRIMONIALES

9.—*Comunidad. Presunción de poder del artículo 221 del Código civil (estatuto fundamental). Extinción en la disolución del matrimonio. Com. 5 de febrero de 1980. Bull. Civ. IV, núm. 62, D. 1980, 509, nota D. Martin, J. C. P. 1980, II, 19474, nota F. Boulanger, Rep. Defrenois 1981, art. 32513, p. 61, nota de G. Champenois*

Según el artículo 221 del Código civil, el esposo que ha abierto una cuenta de títulos a su nombre personal sin el consentimiento del otro, se considera, respecto del depositario, que tiene la libre disposición de los títulos en depósito (presunción de poder). A su vez, el artículo 1.402, párrafo 1, del mismo Código, relativo a la comunidad legal, dispone que todo bien del matrimonio es considerado *adquirido* —bien común— mientras que no se pruebe que se trata de un bien propio de uno de los esposos (presunción de comunidad). La primacía de la presunción de poder sobre la presunción de comunidad puede permitir, en la realidad práctica, un exceso de poderes (por ejemplo, el título considerado es en realidad un bien común sometido a la administración exclusiva del otro esposo). En estas condiciones, es evidentemente importante determinar, lo más precisamente posible, el campo de aplicación de esta presunción de poder.

En este orden de ideas, la cuestión ha sido planteada en la Corte de Casación, el saber si esta presunción sobrevive, al menos temporalmente (es decir, hasta el bloqueo de las cuentas), al fallecimiento del cónyuge. En su Sentencia de 5 de febrero de 1980, la Alta jurisdicción contesta negativamente: la presunción de poder cesa de producir sus efectos en el momento de la disolución del matrimonio, momento en que la presunción de comunidad recobra, por contra, su imperio.

10.—*Comunidad. Bienes propios. Arrendamiento rústico. Civ. 1.^a, 21 de julio de 1980. Bull. civ. I, núm. 227, Rep. Defrenois 1980, art. 32503, núm. 117, p. 1551, obs. G. Champenois.*

La Sentencia de 21 de julio de 1980 mantiene, bajo el imperio de los textos que son resultados de la reforma de 1965, la solución admitida por la jurisprudencia anterior, que algunos autores habían podido creer

caduca, y según la cual el arrendamiento rústico, estrictamente personal e intransmisible, no entra en la comunidad.

11.—*Comunidad. Ganancias y salarios. Adquisiciones. Consentimiento del cónyuge necesario para la donación.* Civ. 1.^a, 22 de octubre de 1980, Bull. Civ. I, núm. 267, Rep. Defrenois 1981, art. 32608, núm. 29, p. 461, obs. G. Champenois.

Unos bonos de caja, adquiridos por un marido con la ayuda de su salario y de los productos de sus bienes propios, constituyen adquisiciones de comunidad que, como tales, escapan al artículo 224 del Código civil según el cual cada uno de los esposos tiene la libre disposición de sus ganancias y salarios. En consecuencia, estos bonos no pueden ser dados por el marido a un tercero sin el consentimiento de su mujer, conforme a las exigencias del artículo 1.422.

A esta solución, que nos parece indiscutible, no se limita el interés de la sentencia: la Corte de Casación parece admitir —pero es implícito e incierto (cf. G. Champenois, observaciones precitadas, principalmente p. 464)— que, en cambio, el artículo 1.422 no puede aplicarse a las ganancias y salarios y esto aunque su carácter de bienes comunes no sea discutido hoy día (sobre esta naturaleza jurídica, v. Civ. 1.^a, 8 de febrero de 1978, Bull. civ. I, núm. 58).

7. DERECHO DE LIBERALIDADES Y SUCESIONES

12.—*Donaciones. Revocación por inejecución de cargas. Inejecución imputable al donatario.* Civ. 1.^a, 25 de junio de 1980, Bull. civ. I, número 200, Rep. Defrenois 1981, art. 32608, núm. 32, p. 468, obs. G. Champenois.

La revocación de una donación por inejecución de las cargas no es legalmente posible más que en caso de inobservancia, por el propio donatario, de la carga estipulada. En consecuencia, la inscripción, por el síndico de la liquidación de los bienes del donatario, de una hipoteca legal sobre el inmueble donado, no puede justificar la revocación de la donación por violación de la cláusula de inalienabilidad estipulada por el donante, puesto que esta hipótesis no ha sido consentida por el donatario.

Esta solución, que es contraria a la inembargabilidad que se anuda tradicionalmente a la cláusula de inalienabilidad, parece hoy día admitida por la jurisprudencia (v. en el mismo sentido, Civ. lera, 20 de diciembre de 1976, Bull. Civ. I, núm. 414, Rev. trim. dr. civ. 1977, núm. 5, p. 358, obs. R. Savatier).

Traducción a cargo de

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Profesor de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid

VIDA JURIDICA

En memoria de don José Peré Raluy (†)

Me encarga el director de este ANUARIO que escriba unas palabras en recuerdo de un asiduo colaborador hoy fallecido, don José Peré Raluy. Desde hace ya muchos años ha trabajado para el ANUARIO, en forma casi anónima, en la Sección de Jurisprudencia, principalmente en materia de arrendamientos urbanos. Sus pequeñas y valiosas notas eran testimonio de su modo de vivir el Derecho como una lucha apasionada y constante para conseguir la Justicia. Defendió siempre la interpretación de los preceptos en función de su *ratio* y denunció las interpretaciones ilegales, literalistas o que se prestaban a fraudes. Su fidelidad a la Justicia explicaba su lenguaje agresivo contra las opiniones que él juzgaba torcidas, aunque fueran las seguidas por la Administración en sus escalones más altos, o por el mismo Tribunal Supremo. Constantemente desvelaba lo que en las leyes había de excesivo formalismo, de inercia en soluciones injustas.

Juez Municipal de Barcelona, estaba en la vanguardia intelectual no ya entre los jueces sino entre los juristas españoles. Son muy importantes sus obras sobre arrendamientos urbanos y propiedad horizontal. Pero sobre todo destacan sus libros y trabajos sobre el Registro civil y el estado civil. Y particularmente su obra «Derecho del Registro Civil», dos tomos, Madrid, 1962, que contiene una ejemplar exposición sistemática de la nueva legislación del Registro Civil.

Justamente fue el Registro Civil el motivo de que yo conociera más a Peré Raluy; los dos fuimos nombrados miembros de la Comisión encargada de la redacción de la vigente Ley del Registro Civil y de su Reglamento. Desde entonces pude conocer a un jurista y juez que, contra lo que podía parecer por lo mucho que publicaba, estaba preferentemente volcado a su quehacer diario. Su espíritu de servicio se puso de manifiesto en un momento crucial: cuando aceptó llevar a la práctica, como Juez Encargado único, la unificación del Registro Civil de Barcelona. El éxito fue completo y el Registro Civil de Barcelona se convirtió en el mejor Registro Civil de España.

Uno de los principios de la legislación del Registro Civil es que «el Encargado del Registro velará por la concordancia del Registro y la realidad» (cf. art. 26 LRC) y que, en concreto, es deber del Encargado «instruir a los interesados y excitar o exigir su actuación cuando proceda» (cf. art. 94 RRC). Cumplir con este deber es durísimo. Pero, a la vez, se tiene la satisfacción de ayudar eficazmente a la solución de problemas tan cruciales en la vida jurídica de las personas como los que diariamente se plantean en

materia de estado civil. Sobre todo cuando se da solución práctica a los numerosos problemas personales que plantean personas pobres. En el Registro, de Barcelona, los pobres contaron con el asesoramiento de un destacadísimo especialista que siempre encontraba solución para sus problemas.

Mantuvo constante relación directa con la Dirección General de los Registros y del Notariado a la que exponía la necesidad de cualquier reforma. Fue siempre escuchado. Su competencia destacada determinó que fuera nombrado miembro de la Sección Española de la Comisión Internacional del Estado civil.

De origen aragonés, participó muy activamente en los movimientos reformistas de Cataluña. Empezó a colaborar en el Ministerio de Justicia por el juicio político que de él tenían los tradicionalistas que entonces regentaban el Ministerio, y más en concreto don Ricardo Oreja. Sufrió una evolución política y religiosa, aunque siempre—creo—se mantuvo cristiano. Poco antes de su muerte, oí de él los mejores elogios a don Gregorio López Raimundo, del Partido Socialista Unificado de Cataluña. Me atrevo a asegurar que muchas de las Enmiendas del Partido Comunista a las últimas Leyes de Reforma del Código Civil fueron inspiradas por él. No hubo en él volubilidad, sino apasionada, atormentada búsqueda. Y todos—Oreja, López Raimundo, los pobres que fueron tan eficazmente servidos en su Registro—coincidieron siempre en su hombría de bien.

La entrega a los demás, era en él natural. En un momento de su vida daba como explicación de su intenso trabajo, el que el azar le había enriquecido. Si había recibido—como así fue—un importante premio de la Lotería Nacional, tenía que justificarlo con su dedicación a los demás. Explicación insuficiente porque antes ya trabajaba igual.

Cercano su fin pareció de justicia a la Dirección General de los Registros y del Notariado reclamar para él un testimonio público de su ejemplaridad. El Ministro de Justicia le concedió la Cruz de Honor de San Raimundo. Esta vez la concesión honraba a la Orden de San Raimundo. También esta vez los elogios necrológicos responden a la realidad: dedicó su vida a la Justicia, y no tuvo más señor que los pobres;

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS,
Subdirector de los Registros y del Notariado

Información legislativa^(*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y DE AYMERICH

I. DERECHO CIVIL

1. Parte General

1. DERECHO FORAL DE GALICIA.

Aprobación del Estatuto de Autonomía para Galicia. Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril («B. O. E.» del 28).

A) Exposición.

1. Constitución de la Comunidad Autónoma:

Galicia, nacionalidad histórica, se constituye en Comunidad Autónoma para acceder a su autogobierno, de conformidad con la Constitución y el presente Estatuto, que es su norma institucional básica (art. 1). Los poderes de la Comunidad se ejercen a través del Parlamento, de la Junta y de su Presidente (art. 9).

2. Fuentes del Derecho:

a) En general: en la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil gallego (art. 38 p. 3).

b) Leyes de Galicia: Corresponde al Parlamento de Galicia ejercer la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma (art. 10, p. 1, letra a).

c) Publicación de las leyes: Las leyes de Galicia serán promulgadas, en nombre del Rey, por el Presidente de la Junta y publicadas en el «Diario Oficial de Galicia» y en el «B. O. E.». A efectos de su entrada en vigor regirá la fecha de su publicación en el «D. O. G.» (art. 13 p. 2).

3. Aplicación del Derecho gallego:

a) Derecho gallego: En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Derecho propio de Galicia es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro (art. 38 p. 1).

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas entre el 1 de abril y el 30 de junio de 1981.

- b) Territorio de Galicia: Es el comprendido en las actuales provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra (art. 2).
- c) Condición política de gallegos: Corresponde a los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en los Municipios de Galicia (art. 3).
- d) Derecho supletorio: A falta de Derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado (art. 38 p. 2).
- e) Régimen transitorio: Mientras las Cortes Generales o el Parlamento gallego no dicten las disposiciones previstas en este Estatuto, continuarán en vigor las actuales disposiciones del Estado sobre cada materia, sin perjuicio de su desarrollo o ejecución, cuando proceda, por la Comunidad Autónoma (disp. trans. 3.º).

4. Competencias de la Comunidad Autónoma:

Tiene la competencia exclusiva de las siguientes materias:

- Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego.
- Las normas procesales... que se deriven del específico Derecho gallego.
- El régimen de las funciones de interés gallego.
- Los centros de contratación de mercancías y valores, de conformidad con las normas generales de Derecho mercantil (art. 27, núm. 4, 5, 26 y 28). Por ley de Galicia se podrá reconocer personalidad jurídica a la parroquia rural (art. 40, núm. 3).

5. Administración de Justicia:

- a) Tribunal Superior de Justicia de Galicia: En él se integrará la actual Audiencia Territorial y es el órgano jurisdiccional en que culminará la organización judicial en su ámbito territorial (art. 21).

- b) Competencia de los órganos jurisdiccionales de Galicia: Se extiende, en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho civil gallego; a las cuestiones de competencia entre órganos judiciales en Galicia y a los recursos sobre calificación de documentos referentes al Derecho privativo gallego que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad (art. 22).

- c) Competencia del Tribunal supremo: En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda, recurso de casación, o el que corresponda según las leyes del Estado, y el de revisión.

6. Régimen de Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles:

Serán nombrados por la Comunidad Autónoma de conformidad con las leyes del Estado. Para la provisión de Notarías los candidatos serán admitidos en igualdad de derechos. En estos concursos y oposiciones será mérito preferente la especialización en Derecho gallego y el conocimiento del idioma del país. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o vecindad (art. 26).

B) Observaciones.

1. Este es el tercero de los Estatutos de Autonomía aprobados; los dos anteriores, para el País Vasco y Cataluña, fueron promulgados por sendas Leyes Orgánicas de 18 de diciembre de 1979.

2. En relación con el Derecho civil el Estatuto realiza alguna precisión respecto del artículo 149, p. 1, núm. 8, de la Constitución. La referencia a las «instituciones del Derecho civil gallego supone que las competencias de la Comunidad Autónoma sólo podrán ejercerse en el ámbito de su actual Derecho foral. Por otra parte, la determinación de las fuentes del Derecho es claramente competencia estatal; el respeto a las normas forales expresa la necesidad de tener en cuenta las fuentes características de estos ordenamientos, especialmente la costumbre, pero no en forma distinta a como lo hace el artículo 1.º del Código civil. Debe recordarse que la condición política de gallego, a que se refiere el Estatuto, no determina la aplicación del Derecho foral de Galicia, pues la regulación del Derecho interregional, es decir, de la vecindad civil, es de la exclusiva competencia del Estado, según la Constitución.

4. Es destacable la peculiar refundición de los apartados 6 y 18 del artículo 149 de la Constitución plasmada en el artículo 27, núm. 5, del Estatuto, que da lugar a confusión sobre el alcance de las competencias autonómicas en materia procesal.

2. LEGALIZACION DE DOCUMENTOS.

Convenio núm. 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre su dispensa.

Convenio de Atenas, de 15 de septiembre de 1977, ratificado por Instrumento de 27 de enero de 1981 («B. O. E.» de 11 de mayo).

A) Exposición.**1. Aplicación. Entrada en vigor del Convenio:**

Se produce para España el día 1 de mayo de 1981, siendo parte también de este Convenio los Países Bajos.

2. Contenido. Dispensa de legalización:

a) Concepto: La legalización comprende sólo la formalidad destinada a comprobar la autenticidad de la firma puesta en un documento, la calidad en que ha obrado el firmante y, en su caso, la identidad del sello que lleva (art. 1).

b) Regla general de dispensa: Cada uno de los Estados contratantes aceptará sin legalización, con la condición de que estén fechados, firmados y, en su caso, sellados por la autoridad de otro Estado contratante que los haya expedido, los documentos siguientes:

- Los que se refieran al estado civil, capacidad o situación familiar de las personas físicas, su nacionalidad, residencia o domicilio, cualquiera que sea el uso a que estén destinados.
 - Cualquier otro extendido para la celebración del matrimonio o para la formalización de un acto del estado civil.
- c) Excepciones: Cuando alguno de los documentos no haya sido transmitido por vía diplomática u otra oficial y la autoridad ante la que se presente tenga duda grave sobre la autenticidad de la firma, identidad del sello o competencia del firmante, en cuyo caso podrá procederse a su comprobación.

B) Observaciones.

El Convenio sólo ha sido ratificado, hasta el momento, por España, y Países Bajos. También lo firmaron, en su día, la República Federal Alemana, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suiza y Turquía.

3. EXTRACCION Y TRASPLANTE DE ORGANOS.

Normas especiales sobre globos oculares y trasplantes de córnea.

Orden de 15 de abril de 1981 («B. O. E.» del 19 de mayo).

Se regula la obtención de globos oculares de fallecidos, el funcionamiento de los Bancos de Ojos y la realización de trasplantes de córnea.

Esta normativa especial ya se encontraba prevista por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, reguladora de las extracciones y trasplantes de órganos, y por el Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, que la desarrolla.

Quedan expresamente derogadas las Ordenes de 30 de abril de 1951, 9 de mayo de 1967 y 17 de diciembre de 1968, reguladoras de esta materia.

4. DERECHO FORAL ARAGONES.

Actualización de la Comisión de Juristas. Real Decreto 1.006/1981, de 22 de mayo («B. O. E.» del 30).

A) Exposición.

1. Finalidad de la actualización:

Para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, con arreglo a la Constitución, la Diputación General de Aragón actualizará la Comisión Compiladora de Juristas.

2. Composición de la Comisión:

En principio la integrarán los vocales designados por:

- La Diputación General de Aragón.
- Cada una de las tres Diputaciones Provinciales aragonesas.

- La Audiencia Territorial de Zaragoza.
- Cada uno de los tres Colegios de Abogados de Aragón.
- El Colegio Notarial de Zaragoza.
- La Delegación Regional del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.
- La Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.
- El Consejo de Estudios de Derecho aragonés.

Una vez constituida, sus miembros podrán, por mayoría absoluta, proponer hasta tres vocales más, de entre los juristas de reconocido prestigio en Derecho civil aragonés.

3. Constitución de la Comisión:

Deberá producirse en el plazo máximo de dos meses desde la publicación del presente Real Decreto.

4. Competencia de la Comisión:

Le corresponde, mientras no se apruebe el Estatuto de Autonomía de Aragón, la elaboración de los anteproyectos de interés para el Derecho civil aragonés, que entregarán a la Diputación general para su traslado al Ministerio de Justicia.

5. DERECHO FORAL BALEAR.

Actualización de la Comisión de Juristas. Real Decreto 1.007/1981, de 22 de mayo («B. O. E.» del 30).

Esta disposición coincide casi totalmente con la anterior reseñada, correspondiendo realizar la actualización al Consejo General Interinsular.

La Comisión Compiladora estará integrada por doce juristas propuestos por las siguientes entidades:

- Consejo General Interinsular (1).
- Consejos Insulares (3).
- Audiencia Territorial de Palma de Mallorca (1).
- Colegio de Abogados de Baleares (2).
- Colegio Notarial de Baleares (2).
- Delegación Regional del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad (1).
- Facultad de Derecho de la Universidad con sede en Palma (1).
- Instituto de Estudios Baleáricos (1).

2. Derecho de obligaciones

6. CONTRATO DE JUEGO.

Se aprueba el Reglamento de juego mediante boletos. Real Decreto 1.067/1981, de 24 de abril («B. O. E.» del 9 de junio).

A) Exposición.**1. Autorización:**

Se autoriza el juego mediante boletos regulado por el presente Reglamento.

2. Juego mediante boletos. Concepto:

En este juego, mediante la adquisición de boletos en los establecimientos autorizados, a cambio de un precio cierto, puede obtenerse el premio en metálico indicado en los mismos.

3. Exclusiones:

Las rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias se regularán por sus normas específicas.

4. Elementos de juego:

a) Establecimientos: La venta de boletos requiere la obtención previa de autorización administrativa.

b) Jugadores: No podrán venderse boletos a menores de dieciocho años de edad.

c) Boletos: Habrán de utilizarse los boletos oficiales expedidos por el Ministerio de Hacienda, que tendrán la consideración de efectos estancados. Su precio será de 25 pesetas.

5. Desarrollo del juego:

El boleto comprado que resulte con premio se abonará de modo inmediato por el dueño o empleado del establecimiento al jugador, en la cuantía que se especifique en el mismo boleto.

B) Observaciones.

El Reglamento detalla, además, los requisitos precisos para la obtención de la autorización administrativa y el régimen administrativo (documentación, libro-registro, boletos, costes, infracciones y sanciones) y fiscal (tasa fiscal) de este tipo de juego.

La regulación por la Administración del juego se encuentra autorizada de forma general por el artículo 1, p. 1 del Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero. Sin embargo llama la atención, en el presente Decreto, la prohibición de venta de boletos a los menores de edad (menores de dieciocho años), aunque estén emancipados. Esta limitación, que tiene precedente en el artículo 6 a) del Decreto 444/1977, de 11 de marzo, relativo al acceso a los locales de juego, carece de suficiente respaldo legal. Mientras el citado Decreto de 1977 estableció una medida de policía de los locales de juego, el presente implica una restricción de la capacidad para contratar de los menores emancipados que vulnera el Código civil (arts. 317, 323 después de la reforma operada por la Ley de 19 de mayo de 1981). *

4. Derecho de familia

7. CODIGO CIVIL.

Reforma en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Ley 11/1981, de 13 de mayo («B. O. E.» del 19).

La importancia de esta reforma para el Derecho civil y la necesidad de su estudio profundo y detallado determinan que la presente reseña se limite a destacar sus líneas fundamentales y las innovaciones más llamativas.

A) Exposición.

1. Ambito temporal de aplicación:

a) Aplicación inmediata de la Ley:

— La filiación y los efectos que deba producir a partir de la entrada en vigor de la Ley se regirán por ella, con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que quede legalmente determinada (disp. trans. 1.^a).

— La patria potestad y su ejercicio se regirán por esta Ley a partir de su entrada en vigor, cualquiera que sea la fecha del nacimiento del hijo (disp. trans. 9.^a).

b) Situaciones consolidadas con arreglo a la legislación anterior:

— Los hijos legitimados por concesión tendrán los derechos establecidos en esta Ley para aquellos cuya filiación no sea matrimonial (disp. transitoria 2.^a).

— Los organismos tutelares constituidos no se modificarán por esta Ley, pero sus alteraciones posteriores se ajustarán a ella (disp. trans. 11).

— El reconocimiento de un hijo ilegítimo no natural determinará su filiación con los efectos que le atribuye la presente Ley (disp. trans. 5.^a).

c) Ejercicio de las acciones de filiación:

— Las nacidas conforme a la legislación anterior durarán por el tiempo que ésta señale, salvo que la nueva asigne mayor plazo (disp. trans. 3.^a).

— Cuando el hijo nacido con anterioridad a esta Ley no gozare de posesión de estado, el marido podrá impugnar su paternidad dentro del primer año de vigencia de aquélla (disp. trans. 4.^a).

— Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán el ejercicio de nueva acción con arreglo a la nueva legislación (disp. trans. 6.^a).

— Se aplicará sólo la legislación anterior cuando el progenitor o el hijo hubieren fallecido al entrar en vigor la presente Ley (disp. trans. 7.^a).

d) Procedimientos judiciales: Se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para otorgar autorizaciones judiciales o resolver controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y relaciones entre cónyuges (disp. trans. 10).

2. Reformas generales operadas por la Ley:

a) **Paternidad y filiación:** Los artículos 108 a 141, integrantes del Título V, Libro 1, son objeto de nueva redacción.

Punto de partida es la distinción de las clases de filiación: por naturaleza y por adopción, y, dentro de la primera, matrimonial y no matrimonial. Quedan así suprimidas las antiguas categorías de hijos: legítimos, legitimados, naturales e ilegítimos en sentido estricto.

La prueba y determinación de la filiación matrimonial o no matrimonial son reguladas con detalle; la forma normal de determinar esta última es el reconocimiento.

Las acciones de filiación, tanto la llamada de reclamación como la de impugnación, se regulan sistemáticamente, concretando en cada caso los plazos de caducidad en que deben ejercitarse. Expresamente se admite la investigación de la paternidad o maternidad, pudiendo utilizarse, al efecto, toda clase de pruebas.

b) **Relaciones paterno-familiares:** Se modifica en su totalidad el Título VII del Libro I, artículos 154 a 171, sustituyéndose también su anterior epígrafe «De la patria potestad».

La regulación de la patria potestad toma por base el régimen anterior, pero introduciéndose su ejercicio conjunto por ambos progenitores y, en consecuencia, los criterios para resolver desacuerdos o situaciones de separación.

Especial atención se dedica al funcionamiento de la representación legal de los hijos y la administración de sus bienes, de la que podrá exigirse rendición de cuentas.

Del capítulo dedicado a la extinción de la patria potestad merece destacarse la regulación de su prórroga; situación nueva que se producirá, por ministerio de la Ley, respecto de hijos incapacitados.

c) **Emancipación:** El Título XI del Libro I, ahora denominado «De la mayor edad y de la emancipación», artículos 314 a 324, se reforma en su totalidad, aunque su contenido coincide, casi totalmente con los preceptos vigentes.

Mejorando la sistemática anterior se trae a este título la regulación de la emancipación por concesión judicial, de la situación del hijo mayor de dieciséis años con vida independiente y del casado menor de edad.

Los supuestos en que el emancipado precisa consentimiento de sus padres o tutor para realizar actos dispositivos de bienes son ampliados; por el contrario, se admite, sin limitación, su comparecencia en juicio.

d) **Régimen económico-matrimonial:** La totalidad del Título III, Libro IV, artículos 1.315 a 1.444, es reformado por esta Ley.

En las disposiciones generales sobre la materia (capítulo I) además de mantener criterios tradicionales, como la supletoriedad del régimen de sociedad de gananciales, se regulan «ex novo» aspectos relevantes, así las «litis expensas», los actos dispositivos sobre la vivienda habitual, la atribución del ajuar doméstico al cónyuge sobreviviente, y los efectos de la confesión sobre la pertenencia de los bienes del matrimonio. También aquí se ha perfeccionado la sistemática del Código, al regular el llamado

«poder de las llaves» y la ineeficacia de los actos carentes del necesario consentimiento del otro cónyuge. Un cambio radical frente al régimen anterior se refleja en la autorización para que el marido y la mujer transmitan bienes y celebren entre sí toda clase de contratos.

La regulación de las capitulaciones matrimoniales mantiene los principios vigentes desde la reforma de 1975. Por fin se hace desaparecer la forma especial de otorgamiento prevista en el antiguo artículo 1.324.

Las donaciones por razón de matrimonio reciben una más detallada regulación de sus causas de revocación, desapareciendo la anterior prohibición de donaciones entre cónyuges, constante matrimonio.

La nueva regulación de la sociedad de gananciales resulta mucho más completa y perfecta que la anterior, incorporándose criterios sentados por la jurisprudencia y elaborados por la doctrina.

En la minuciosa enumeración de los bienes privativos y de los gananciales destaca la inclusión entre los primeros del resarcimiento por daños y de las acciones adquiridas en virtud de la suscripción preferente que corresponda a acciones privativas. También se atiende expresamente a la situación creada por adquisiciones mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, configurada como una copropiedad, y a los bienes adquiridos por precio aplazado, cuyo carácter será el que corresponda al primer desembolso. Se mantiene la presunción de ganancialidad, aunque los cónyuges pueden atribuir la condición de ganancial a los bienes adquiridos onerosamente durante el matrimonio. Frente al criterio anterior, las edificaciones, plantaciones o mejoras tendrán el carácter correspondiente a los bienes en que se realicen. Consecuencia del nuevo régimen es la normal existencia de créditos entre los patrimonios privativos y el ganancial, que deberán satisfacerse al tiempo de la liquidación, actualizándose su importe.

Los supuestos de responsabilidad de los bienes gananciales y sus modalidades son clasificados por la Ley de reforma. Se atiende especialmente a los casos de obligaciones extracontractuales de un cónyuge y adquisiciones a plazo en que el bien adquirido responderá siempre. La responsabilidad por deudas propias de un cónyuge podrá dar lugar al embargo de su parte en la sociedad de gananciales y a la disolución de ésta.

La administración y disposición de bienes gananciales pasa a ser conjunta, aunque se establecen algunas excepciones. En especial son válidos los actos de administración de bienes o disposición de dinero o títulos valores cuando los realice el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren. Se contempla expresamente la posible disposición testamentaria de bienes gananciales y la defensa de estos bienes por cualquiera de los cónyuges.

En la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se atribuye a los cónyuges un derecho para la preferente adjudicación de bienes de uso personal, residencia habitual, explotación económica o local profesional. Además se regulan con detalle las operaciones liquidatorias, manteniéndose la supletoriedad de las normas sobre partición y liquidación de la herencia.

Constituye una novedad en el sistema del Código Civil la previsión del

régimen de participación, que puede ser adoptado por los cónyuges. Conforme al contenido y tradicional de este régimen de funcionamiento equivale al régimen de separación, materializándose la participación de las ganancias del otro cónyuge al tiempo de su terminación. La participación podrá pactarse libremente por los cónyuges, aunque deba ser igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y cónyuges.

El régimen de separación de bienes es de aplicación «ex lege» en dos supuestos peculiares: cuando los cónyuges hayan excluido la sociedad de gananciales sin expresar el régimen aplicable y cuando se extinga constante matrimonio la sociedad de gananciales o el régimen de participación. De sus preceptos reguladores cabe destacar la atribución a los cónyuges de los mitad de los bienes cuya pertenencia no conste y la protección de los acreedores en caso de quiebra o concurso de uno de los cónyuges.

Con estas nuevas normas se hacen desaparecer del Código Civil los preceptos especiales sobre la dote y sobre los bienes parafernales, cuyo mantenimiento chocaba con el actual ordenamiento constitucional.

3. Reformas de alcance limitado:

a) Alimentos: Las novedades se limitan a actualizar su contenido, incluyendo los gastos de embarazo y parto, la determinación de las personas obligadas a su prestación y las medidas para su aseguramiento.

b) Adopción: Además de suprimir las menciones de las clases de filiación desaparecidas, se retocan sus efectos, especialmente el régimen sucesorio de la adopción simple y se reduce el plazo para entender producido el abandono a treinta días.

c) Otras modificaciones: Otra serie de preceptos resultan modificados por exigirlo así la sistemática de la reforma. Así, en unos casos son suprimidas las referencias a las clases de filiación anteriores (representación del ausente, revocación de donaciones), o se refleja el principio de igualdad entre los cónyuges (tutela, responsabilidad extracontractual), se suprime la mención de la dote (transacción, forma de los contratos) o de anteriores artículos del Código (usufructo), y, en fin, se autoriza la celebración de contratos entre los cónyuges (compraventa).

B) Observaciones.

1. La presente reforma del Código Civil es la más amplia que ha sufrido desde su promulgación en 1889. Resultan modificados 272 artículos en total, además de varias rúbricas de títulos, capítulos y secciones. Dos materias importantes, la filiación y el régimen económico matrimonial, han sufrido alteraciones sustanciales y se encuentran informadas por criterios totalmente diversos a los vigentes con anterioridad.

Es de lamentar la supresión de ciertos artículos (concretamente los números 160, 836, 952 y 953) que deja vacíos en la numeración del Código civil (artículos en blanco que, hasta ahora, no existían en este cuerpo legal). No hubiera sido difícil dotar de contenido a dichos artículos y evitar esta situación, muestra de descuido en la labor reformadora.

Las disposiciones transitorias de la Ley de Reforma no abordan la tota-

lidad de los problemas de este tipo que pueden plantearse, especialmente respecto al régimen económico-matrimonial. Parece evidente, sin embargo, que las nuevas disposiciones serán de aplicación general a los matrimonios ya contraídos, especialmente en la regulación de la sociedad de gananciales.

2. La reforma del Código Civil era obligada para desarrollar en él los criterios plasmados en la Constitución de 1978; además se ha aprovechado la ocasión para introducir algunas mejoras técnicas en ciertas instituciones.

a) Los criterios de la Constitución: Dos principios básicos constituyen el núcleo de la reforma, la igualdad de derechos de los cónyuges dentro de la familia y la igualdad entre los hijos, cualquiera que sea su filiación.

El principio constitucional de igualdad (art. 14), sin discriminación por razón de sexo, imponía completar la evolución iniciada por la reforma del Código de 1975 y establecer dicha igualdad en las relaciones económicas del matrimonio. En este sentido se orienta el nuevo régimen de la sociedad de gananciales y la supresión de la dote y de los bienes parafernales. A pesar de todo resta aún un supuesto de discriminación en la regulación de la vecindad civil de la mujer casada (art. 14, p. 4, del Código Civil).

En cuanto a los hijos, la Constitución proclama su igualdad, con independencia de su filiación y la admisión de la investigación de la paternidad (art. 39). Consecuentemente la reforma supone la eliminación de las antiguas categorías de hijos, recogidas en el Código, la nueva regulación de las acciones de filiación y la atribución a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales de los mismos derechos respecto a los padres, tanto en vida de éstos como en su sucesión.

b) Criterios técnicos: La Ley de Reforma introduce una serie de mejoras técnicas en relación con las variadas materias a que afecta. La sistematica del Código resulta beneficiada con el encaje, en sede régimen económico, de los actuales artículos 65 y 66 (anulabilidad de actos y poder de las llaves, que pasan a los artículos 1.322 y 1.329), que serán modificados por la próxima Ley de Reforma del título IV del libro I. La sociedad de gananciales recibe una normación más completa, recibiéndose por la Ley criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente registral. Es destacable también la introducción del sistema de participación, novedad en el Derecho común español, con antecedentes en ordenamientos extranjeros (originario de la Europa nórdica) y en el Derecho foral (Navarra).

También era aspiración doctrinal el reconocimiento legal de efectos a la separación de hecho de los cónyuges, realizada en varios aspectos por esta Ley (así los nuevos arts. 116, 118, 156, 159, 184, 220, 320, 945, 1.388 y 1.393).

Ya en el ámbito del Derecho de sucesiones se ha completado la insuficiente regulación de la preterición, ahora contemplada expresamente en su modalidad de errónea. La aplicación de la figura de la representación en la sucesión testada, que se dispone en el mismo artículo 814, con el fin de evitar un supuesto de preterición, viene a constituir realmente una presunción «ex lege» de sustitución vulgar en favor de los descendientes.

La supresión del régimen de los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos ha permitido introducir un sistema completo para posibilitar el pago de las legítimas en metálico, aunque no forme parte de la herencia. Por último, extraña la supresión total del artículo 836, aunque la eliminación

de su párrafo primero carece de justificación. Con ello se deja sin regular la concurrencia de los derechos legitimarios del cónyuge viudo y los de los hijos de algún matrimonio anterior del causante.

5. Derecho de sucesiones

8. CODIGO CIVIL.

Reforma de los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales y del cónyuge viudo. Ley 11/1981, de 13 de mayo («BOE» del 19).

Las reformas operadas en el Derecho de familia, concretamente la supresión de las antiguas clases de filiación, tienen reflejo inmediato en varios aspectos del Derecho de sucesiones, como en la eficacia del reconocimiento testamentario de un hijo, en las precauciones que se adoptan respecto a la viuda encinta o en la regulación de la reserva hereditaria común. Las restantes modificaciones, de mayor entidad, se indican a continuación.

A) Exposición.

1) Ambito de aplicación: Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva (disp. trans. 8.º).

2) Sucesión forzosa: La preterición es objeto de innovaciones importantes regulándose especialmente la preterición no intencional, que surte efectos distintos según sean preteridos todos los hijos o descendientes o sólo algunos. Para evitar los efectos de la preterición se establece el juego de la representación en la sucesión testada.

La legítima de los hijos y descendientes se regula sin distinguir su filiación, matrimonial o no, retocándose también los preceptos relativos a la mejora, especialmente su disposición por el cónyuge viudo.

Al reformarse la legítima del cónyuge viudo se ha suprimido la previsión de su concurrencia con hijos de algún matrimonio anterior, pero resulta novedad la regulación de su concurrencia con hijos extramatrimoniales del causante.

Es importante la admisión de que la legítima pueda pagarse en metálico, incluso no perteneciente a la herencia, aunque deban cumplirse especiales requisitos.

3) Sucesión legítima o intestada: Además de la equiparación de las distintas clases de filiación, importa destacar la alteración de la situación del cónyuge viudo, que es llamado a la herencia antes que los colaterales en general, a no ser que se encuentre separado, por sentencia firme o de hecho.

4) Partición de la herencia: Se introduce en el Código la figura del contador-partidor dativo, designado por el Juez a petición de herederos y legatarios. También se elimina la referencia a los bienes dotales como coacionables.

B) Observaciones.

Véase, en el apartado anterior, la disposición número 7.

II. DERECHO REGISTRAL

9. REGISTRO CIVIL.

Consecuencias registrales del nuevo régimen de la filiación. Circular de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 2 de junio de 1981 («BOE» del 5).

A) Exposición.

I. Inscripción de nacimiento y filiación dentro de plazo: Son aplicables las normas registrales vigentes. No obstante, cuando el hijo haya nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, no se hará constar la filiación paterna si la presunción de paternidad resulta inaplicable.

Respecto a los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges, el encargado del Registro deberá comprobar esta situación antes de hacer constar la correspondiente filiación.

Se recuerda también la posibilidad de inscribir el reconocimiento del padre, aunque esté casado, y expresando la persona de la madre, siempre que el dato de la maternidad coincida con la que consta en el Registro.

2. Inscripción de nacimiento y filiación matrimonial fuera de plazo: No hay variación del sistema anterior.

3. Inscripción de filiación no matrimonial fuera de plazo: Para inscribir el reconocimiento será preciso que concurran los requisitos y no aparezcan los obstáculos determinados por el Código Civil.

Especialmente se hace constar:

a) la irrelevancia de la calificación del reconocimiento bajo la vigencia de la legislación anterior.

b) cuando se trate de madre casada será preciso comprobar que no rige la presunción de paternidad del marido y que el hijo no tiene la posesión de estado de hijo matrimonial.

c) estas comprobaciones deberán hacerse también cuando de un hijo reconocido por el padre se pretenda inscribir después su filiación materna.

4. Libro de Familia: Desaparece el Libro de Filiación, de modo que la filiación matrimonial, adoptiva plena y no matrimonial se harán constar en un solo modelo de Libro de Familia. Los hijos de distintas procedencias figurarán en Libros distintos.

5. Régimen de apellidos: Toda persona mayor de edad podrá obtener, en cualquier momento, por comparecencia ante el encargado del Registro, la inversión de sus dos apellidos.

B) Observaciones.

Esta Circular contiene criterios interpretativos sobre algunas de las cuestiones registrales suscitadas por la Ley de 13 de mayo de 1981, modificadora del Código Civil. Esta Ley es indudable que modifica un buen número de

normas actuales de la Ley del Registro Civil, de 6 de junio de 1957, y su Reglamento, de 14 de noviembre de 1958.

III. DERECHO MERCANTIL

10. INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA.

Adaptación de su régimen a la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Control de Cambios. Real Decreto 622/1981, de 27 de marzo («BOE» del 6 de abril).

A) Exposición.

1. Ambito de aplicación.

a) Temporal: Los expedientes en tramitación a la entrada en vigor de esta disposición se resolverán por el órgano competente según la misma (disp. transit.).

b) Material: El presente Real Decreto no será de aplicación a los sectores regulados por disposiciones específicas sobre inversiones extranjeras (salvo el art. 5) ni a las inversiones afectadas por la legislación dictada por motivos estratégicos o de defensa nacional.

2. Inversiones extranjeras, elementos integrantes del concepto:

— Tienen esta condición las inversiones efectuadas por extranjeros residentes mediante capital exterior.

— No se consideran tales las inversiones realizadas por extranjeros residentes con pesetas ordinarias. Si el inversor cambia de residencia se aplicarán las normas sobre transferencias privadas de emigrantes (art. 1).

3. Autorización administrativa, competencia para otorgarla: Teniendo en cuenta el importe de la inversión, se distribuye la competencia entre la Dirección General de Transacciones Exteriores, el Ministro de Economía y Comercio y el Consejo de Ministros, cuando se trate de inversiones en Sociedades de nueva constitución, adquisición de participaciones o se realicen por Gobiernos y Entidades oficiales extranjeras.

Las sucursales en España de sociedades extranjeras podrán realizar inversiones directas con autorización de la indicada Dirección General.

4. Modificación de autorizaciones administrativas: Tanto la alteración de los supuestos de hecho como de las condiciones impuestas podrán realizarse por la Dirección General de Transacciones Exteriores, salvo que la modificación tenga carácter sustancial.

B) Observaciones.

En ejercicio de la autorización contenida en la disp. final 2.^a de la Ley de Control de Cambios se alteran dos aspectos importantes de la Ley de Inversiones Extranjeras, texto refundido de 31 de octubre de 1974: 1) El

criterio determinante de la aplicación de este régimen pasa a ser la residencia, abandonándose el anterior, que atendía sólo a la nacionalidad extranjera del inversor, cualquiera que fuese su residencia. 2) La competencia para autorizar las inversiones extranjeras queda desconcentrada, reservándose el Consejo de Ministros la intervención sólo cuando exceda de 500 millones de pesetas.

11. INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA.

Autoriza con carácter general determinadas inversiones. Real Decreto 623/1981, de 27 de marzo («BOE» del 6 de abril).

A) Exposición.

1. Ambito de aplicación:

a) Inversiones autorizadas: Son las realizadas por no residentes con aportación dineraria exterior y por sociedades españolas con participación extranjera mediante aportación de pesetas, siempre que no excedan de 25 millones de pesetas y consistan en constitución de sociedad, sucursal o establecimiento españoles o en la adquisición de inmuebles.

También se autoriza la participación en el aumento de capital de una sociedad española con cargo a reservas o consecuencia de su crecimiento normal, cuando no se incremente la participación extranjera.

Finalmente, se autoriza en especial la constitución de sociedad española cuyo objeto exclusivo sea fabricar bienes comprendidos en la lista apéndice del Arancel.

b) Exclusiones: Las inversiones que se realicen en empresas relacionadas con la defensa nacional o prestación de servicios públicos; en inmuebles rústicos que excedan de la superficie establecida con carácter general; en empresas sometidas a disposiciones específicas, o por Estados y Entidades públicas extranjeras.

2. Procedimiento administrativo:

Los proyectos de las inversiones liberalizadas deben presentarse a la Dirección General de Transacciones Exteriores, entendiéndose aceptado si no expresa su conformidad o disconformidad en el plazo de 30 días hábiles.

3. Obligaciones de los fedatarios públicos:

Los fedatarios públicos que intervengan en la formalización de las inversiones liberalizadas exigirán de los interesados la presentación del documento oficial en que conste la verificación del proyecto o resulte su aceptación por silencio positivo. Igualmente comprobarán que la inversión se realiza con los medios de aportación autorizados (art. 3).

B) Observaciones.

Este Real Decreto ha sido desarrollado por la Orden de 24 de abril de 1981 («B. O. E.» del 11 de mayo).

12. CONTRATO DE SEGURO.

Adaptación de las pólizas a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre contrato de seguro. Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de marzo de 1981 («B. O. E.» del 7 de abril).

Ante la próxima entrada en vigor de la Ley del contrato de seguro (el día 17 de abril), la Dirección General ofrece unas condiciones generales que puedan ser utilizadas por las entidades aseguradoras que lo deseen, mientras no elaboren otras propias con arreglo a la legislación vigente.

Estas condiciones generales podrán aplicarse a los seguros que se concierten a partir del próximo 17 de abril. Las pólizas suscritas con anterioridad habrán de adaptarse a la nueva Ley antes del día 17 de abril de 1983, con arreglo a su disposición transitoria.

Las condiciones generales aprobadas por esta Resolución se refieren a los seguros de incendios y daños en general, robo y expoliación, transportes terrestres de mercancías, pérdida de beneficios, caución en garantía de ejecución de contratos de obra o suministro, créditos comerciales, responsabilidad civil general, vida, accidentes y enfermedad.

13. BOLSAS DE COMERCIO.

Se regulan las operaciones de crédito al comprador y al vendedor en operaciones de contado. Orden de 10 de abril de 1981 («B. O. E.» del 13).

A) Exposición.**1. Autorización general:**

Las Bolsas Oficiales de Comercio podrán implantar un sistema de crédito a compradores y vendedores de títulos-valores por el que se les facilite, por los Agentes de Cambio y Bolsa, el diferimiento en el cumplimiento de sus obligaciones, mediante cuentas a cuyo través puedan realizar operaciones de compra y venta de valores, depositando un porcentaje variable de su importe.

2. Requisitos especiales:

La contratación será de contado y sobre los títulos-valores que autoricen las Juntas Sindicales, de entre los de cotización calificada. Las operaciones con crédito tendrán que ser explícita y claramente identificadas, contabilizándose de forma especial y expresa por la Junta Sindical.

3. Plazo de cumplimiento:

a) Regla general: El diferimiento será hasta el fin del mes corriente para las operaciones contratadas en la primera quincena del mismo, y hasta el fin del mes siguiente para las contratadas en la segunda. Vencido el término correspondiente se practicará la cancelación de las posiciones.

b) Prórroga: Los compradores o vendedores podrán solicitar, a través

de Agente que hubiera intervenido, la prórroga por un mes de sus posiciones. Una misma posición no podrá sufrir más de dos prórrogas.

4. Actuaciones de las Juntas Sindicales:

- a) Para la cobertura y garantía del diferimiento podrán obtener los fondos necesarios en el mercado monetario o los títulos-valores precisos que les faciliten sus propietarios.
- b) Los cessionarios de títulos a las Juntas, para la cobertura de estas operaciones, recibirán una comisión, además de los derechos económicos que devenguen sus títulos.
- c) La Junta Sindical establecerá las condiciones, límites y garantías para estas operaciones.

5. Extinción de las operaciones:

a) Compra: La Junta Sindical cargará a los Agentes compradores, para su repercusión a los comitentes, la comisión de apertura de crédito, el recargo por el diferimiento y el importe de los títulos el día en que se perfecione la operación de contado. Acreditará el importe de las garantías y los derechos económicos devengados entre el día de la compra y el de la cancelación.

b) Venta: La Junta Sindical abonará a los Agentes vendedores, para su entrega a los comitentes, el importe de los títulos vendidos el día en que se perfeccionase la operación y las garantías constituidas. Cargará la comisión de apertura el recargo por diferimiento y los derechos económicos devengados mientras tanto por los títulos.

B) Observaciones.

El sistema de las operaciones reguladas se encuentra descrito con claridad en la Exposición de Motivos de la Orden: «... se articula un sistema..., cuya característica esencial es que en él los valores son cotizados en un mercado único de contado, con la sola diferencia, respecto del mercado de contado tradicional, de que el comprador o vendedor podrán llevar a cabo operaciones mediante un nuevo mecanismo de préstamo de dinero o títulos, que reforzan el contado, para aquellos valores que se autorice...».

14. CONTRATO DE SEGURO.

y Adaptación de pólizas a la Ley 50/1980, de 8 de octubre. Resolución de la Dirección General de Seguros de 13 de abril de 1981 («B. O. E.» del 27).

Como continuación de la anterior Resolución de 17 de marzo (reseñada anteriormente con el número 12), se aprueban por ésta los modelos de condiciones generales para los seguros de Asistencia sanitaria y voluntario de automóviles.

15. «FACTORING».

Normas sobre las entidades de financiación especializadas en estas operaciones. Orden de 13 de mayo de 1981 («B. O. E.» del 20).

A) Exposición.**1. Entrada en vigor:**

El día siguiente a la publicación en el «B. O. E.» (art. 7).

2. Empresa de «factoring», ámbito del concepto:

Podrán utilizar esta denominación o incluir estos términos en su razón social las Entidades de Financiación en cuyos Estatutos conste como objeto principal la realización de las operaciones de cobro de créditos y de anticipo de fondos sobre los mismos. La gestión de cobro de créditos se podrá realizar en comisión de cobranza o como cesionario de los créditos, con asunción de los riesgos de insolvencia (art. 1 p. 1).

3. Actividades directamente derivadas de las operaciones de «factoring»:

Tendrán esta consideración las de investigación y clasificación de la clientela, contabilización de deudores, establecimiento de relaciones con otras empresas de «factoring» y operaciones similares que tiendan a favorecer la seguridad y financiación de los créditos.

4. Requisitos especiales impuestos a las Empresas de «factoring»:

Se establecen los siguientes: a) Realizar efectivamente como actividad principal las operaciones de «factoring» (art. 4 p. 3).

b) Tener, como mínimo, un capital desembolsado de cien millones de pesetas (art. 1 p. 1).

c) Mantener con una sola persona natural o jurídica o con un grupo de Empresas vinculadas un riesgo que no podrá exceder del 7,5 por 100 de sus recursos totales, salvo autorización del Ministerio de Economía y Comercio (art. 3 p. 1).

d) Solicitar y obtener la inscripción de la Entidad en el apartado especial que se crea en el Registro Especial de Entidades de Financiación (artículo 2).

5. Respecto de los derechos adquiridos:

La limitación para el uso del término «factoring» no afectará a las Entidades de Financiación que lo tengan incluido en su denominación con anterioridad a esta Orden (art. 6).

B) Observaciones.

La presente Orden constituye la primera regulación específica y exclusiva de las empresas de «factoring». Con anterioridad su régimen era el general de las Entidades de Financiación, entre las cuales se incluían las que tuviesen por objeto el anticipo de fondos a cuenta de créditos cuya gestión de cobro se asuma, conforme al artículo 1, núm. 4, del Decreto 896/1977, de 28 de marzo. De modo más completo y preciso la Orden de 19 de junio de 1979

se refiere a estas empresas como las dedicadas a «la gestión de cobro de créditos en comisión de cobranza, o en su propio nombre como cesionario de tales créditos, así como el anticipo de fondos sobre los créditos de que resulte cesionario, cualquiera que sea el documento en que se instrumente» (art. 1 p. 1, núm. 5).

16. CONTRATOS BANCARIOS.

Cuentas de ahorro-vivienda.

Orden de 19 de junio de 1981 («B. O. E.» del 27).

Se regulan las cuentas de ahorro-vivienda, que pueden abrir las Cajas de Ahorros y Bancos privados, estableciéndose sus requisitos y funcionamiento.

También son objeto de esta Orden los préstamos que pueden solicitarse por los titulares de las cuentas para la adquisición de viviendas, que se someten a condiciones especiales.

IV. DERECHO PROCESAL

17.—ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

Creación de este Servicio por el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Real Decreto 1.094/1981, de 22 de mayo («B. O. E.» del 12 de junio).

A) Exposición.

1. Arbitraje comercial internacional. Alcance:

Comprende los acuerdos o compromisos de arbitraje concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual, domicilio o sede social en diferentes Estados.

2. Normas aplicables:

Se aplicarán los Convenios y Tratados de Arbitraje Comercial Internacional suscritos y ratificados por España y las resoluciones adoptadas por Organismo internacional, siempre que sean de aplicación en España por formar parte del ordenamiento interno.

3. Creación del Servicio especial:

El Consejo Superior de Cámaras podrá realizar arbitraje en derecho y equidad a través de un Servicio de Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio del que, en la misma materia, pueda ser efectuado por otras personas, jurídicas o naturales.

4. Entrada en vigor:

La presente disposición entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «B. O. E.».

B) Observaciones.

La Exposición de Motivos justifica la promulgación del Real Decreto en el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, con utilización del arbitraje como medio para la solución de conflictos y en la falta, en España, de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional. Expresamente se hace referencia al nuevo régimen que establezca la futura Ley de Arbitraje, en elaboración.

18. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

Se regula el Servicio de Inspección. Acuerdo de 27 de mayo de 1981 («Boletín O. E.» del 27 de junio).

Se reglamenta el Servicio de Inspección, como órgano del Consejo encargado de las funciones de comprobación y control del funcionamiento de los servicios de la Administración de Justicia. Estas funciones serán desarrolladas mediante visitas ordinarias y extraordinarias a los Tribunales y Juzgados, estudio de estadísticas y examen de memorias.

El Reglamento se refiere, además, con detalle a la organización de este Servicio y el régimen de las visitas de inspección.

V. OTRAS DISPOSICIONES**19. ACTIVIDADES COMERCIALES E INDUSTRIALES.**

Aprueba la Instrucción y las nuevas Tarifas para la Licencia Fiscal de estas actividades. Real Decreto 791/1981, de 27 de marzo («B. O. E.» de 6 a 9 de mayo).

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1981 (74/1980, de 29 de diciembre; art. 46) ordenó al Gobierno la elaboración de unas nuevas Tarifas de la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial, actualmente impuesto de producto de carácter local. En cumplimiento de este mandato se aprueban las Tarifas, que surtirán efecto a partir de 1 de enero del presente año, modificándose, al tiempo, algunos aspectos, relacionados con ellas, de las normas reguladoras del Impuesto Municipal sobre la Radicación.

Por Real Decreto 1.274/1981, de 19 de junio («B. O. E.» del 29) se ha modificado la disposición reseñada, en cuanto a los plazos para la declaración de alta en la Licencia Fiscal de ciertos sujetos pasivos del tributo.

20. DEFENSOR DEL PUEBLO.

Normas reguladoras. Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril («B. O. E.» del 7 de mayo).

A) Exposición.**1. Condición del Defensor del Pueblo:**

Es el alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución (arts. 10 a 55; «De los Derechos y Deberes fundamentales»), a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración (art. 1).

2. Elección y requisitos:

El Defensor del Pueblo será elegido por las Cortes Generales, para un período de cinco años. Podrá ser elegido cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos (artículos 2 y 3).

3. Ambito de sus competencias:

a) En general: El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes en relación con los ciudadanos (art. 9).

b) Formulación de quejas: Podrá dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna (art. 10).

Las quejas habrán de formularse por escrito razonado, en papel común y en el plazo de un año desde el conocimiento de los hechos a que se refieran. Las actuaciones del Defensor del Pueblo serán gratuitas para el interesado, que no precisará de la asistencia de Abogado ni Procurador (art. 15).

c) Litispendencia: El Defensor del Pueblo no entrará en el examen de quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá si se interpusiese, por persona interesada, demanda o recurso ante los Tribunales ordinarios o el Constitucional (art. 17).

d) Resoluciones: El Defensor del Pueblo no es competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, limitándose a sugerir la modificación de los criterios utilizados para su producción o de las disposiciones vigentes. Podrá también ejercitar acciones de responsabilidad contra funcionarios o agentes públicos e interponer recursos ante el Tribunal Constitucional (arts. 27 a 30).

B) Observaciones.

Esta Ley Orgánica cumple la previsión del artículo 54 de la Constitución. Tal como resulta de su contenido la actuación del Defensor del Pueblo ha de incidir siempre sobre la Administración Pública, sin extenderse a la defensa de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares.

21. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES.

Tributación de las Entidades Eclesiásticas. Acuerdo de 10 de octubre de 1980 («B. O. E.» de 9 de mayo de 1981).

Contiene las normas interpretativas elaboradas por la Comisión técnica Iglesia-Estado español, que aclaran la forma en que se aplicará a las Entidades Eclesiásticas la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

Las principales disposiciones que afectan a este régimen especial son la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto de Sociedades, y el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español, sobre asuntos económicos, de 3 de enero de 1979, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre («Boletín O. E.» del 15), cuyo artículo IV, p. 1, letra B) establece una exención total y permanente de los impuestos sobre la renta, pero condicionada.

El presente Acuerdo se refiere a los distintos elementos del tributo, especialmente a los sujetos pasivos, ámbito de la exención, cálculo de la base imponible, obligaciones formales y retenciones. La entrada en vigor del Acuerdo se produjo el día de su fecha, fijándose los plazos para presentar declaraciones referentes a los años 1979 y 1980 por la Orden de 23 de abril de 1981 («B. O. E.» de 9 de mayo).

22. ACTIVIDADES PROFESIONALES Y DE ARTISTAS.

Se aprueban las Instrucciones y Tarifas de la Licencia Fiscal. Real Decreto 830/1981, de 27 de marzo («B. O. E.» de 13 de mayo).

Se aprueban las Tarifas de este tributo local y las Instrucciones para su aplicación, al tiempo que se modifica limitadamente el régimen del Impuesto Municipal sobre la Radicación.

La Licencia Fiscal grava el mero ejercicio de la actividad profesional y de artistas, siendo su devengo anual y exigiéndose por semestres.

En las Tarifas, los «profesionales del Derecho» son objeto del grupo 0/1, subgrupo 12, epígrafes 121 a 129, dedicándose a los Abogados, Procuradores, Notarios y Registradores de la Propiedad las tres primeras de las Normas para su aplicación.

Las nuevas Tarifas son aplicables gradualmente, durante los años 1981 (se exigirá el 60 por 100), 1982 (80 por 100) y 1983 (100 por 100).

23. IMPUESTO SOBRE EL LUJO.

Aprueba su Texto refundido regulador. Real Decreto legislativo 875/1981, de 27 de marzo («B. O. E.» de 19 de mayo).

El nuevo Texto refundido sustituye al anterior, aprobado en 22 de diciembre de 1966, y ha sido elaborado en cumplimiento de la disposición final primera de la Ley 47/1980, de 1 de octubre, de medidas económico-fiscales complementarias de la elevación del precio de los productos petrolíferos.

24. VIGILANCIA Y SEGURIDAD.

Prestación privada de estos servicios y actividades. Real Decreto 880/1981, de 8 de mayo («B. O. E.» del 20).

Sin perjuicio de las competencias propias de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, se regula la prestación privada de los servicios de vigilancia y protección de bienes y acontecimientos, desarrollo de sistemas de seguridad, manipulación de caudales y objetos valiosos y realización de instalaciones de seguridad.

Se establecen los requisitos que deben reunir las empresas de seguridad, especialmente la nacionalidad española de sus titulares, así como de los medios e instrumentos que utilicen. Las operaciones de transporte de fondos y valores son objeto de regulación especial, con detalle de los medios de protección que, según los casos, deben aplicarse.

La infracción de las normas vigentes en esta materia dará lugar a responsabilidad administrativa, con el alcance previsto en este Real Decreto.

25. PARO OBRERO.

Reglamento de prestaciones por desempleo. Real Decreto 920/1981, de 24 de abril («B. O. E.» de 23 de mayo).

Desarrolla el Título II de la Ley Básica de Empleo, de 8 de octubre de 1980, detallando las prestaciones por desempleo, su régimen administrativo y las obligaciones de empresas y trabajadores relativas a la contingencia de desempleo.

26. PAÍS VASCO.

Se aprueba el Concierto económico con el Estado. Ley 12/1981, de 13 de mayo («B. O. E.» del 28).

El Concierto económico se encontraba previsto por el artículo 41 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979).

El texto del Concierto establece las competencias de las Instituciones de los Territorios Históricos en relación con los diversos tributos, los principios generales del sistema fiscal del territorio, las competencias exclusivas del Estado y los puntos de conexión para la exacción de los tributos.

Se constituyen una Junta Arbitral y una Comisión Coordinadora como órganos paritarios destinados a canalizar las relaciones entre el Estado y el País Vasco en la aplicación del Concierto.

Finalmente, se regula el cupo que deberá aportar el País Vasco al Estado como contribución a las cargas del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma. El cupo se actualizará cada año por una Comisión Mixta, aplicando las fórmulas de revisión que aprueben quíquenalmente las Cortes Generales.

**27. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES
Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS.**

Establece el sistema de autoliquidación. Real Decreto 1.008/1981, de 5 de febrero («B. O. E.» de 30 de mayo).

A) Exposición.**1. Entrada en vigor:**

Se producirá desde la vigencia del Reglamento del Impuesto, siendo aplicable a los efectos y operaciones realizados con posterioridad (disp. final).

2. Regla general:

Este Impuesto será objeto de autoliquidación por el sujeto pasivo, con arreglo a la presente disposición, sin perjuicio de los supuestos especiales establecidos por su Ley reguladora, de 21 de junio de 1980.

3. Régimen especial para las transmisiones empresariales de bienes inmuebles:

a) Autoliquidación: Cuando las transmisiones estén sujetas al Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas, la autoliquidación sólo será de aplicación al gravamen sobre Actos Jurídicos Documentados.

b) Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas: En estos casos la autoliquidación del Impuesto de Transmisiones no eximirá a los sujetos pasivos del impuesto sobre el Tráfico de las Empresas de sus obligaciones tributarias, sin perjuicio de la posible devolución del importe del primero.

4. Requisitos de las autoliquidaciones:

a) Plazo para practicarlas: Treinta días siguientes al otorgamiento del documento comprensivo del hecho imponible.

b) Sujeto obligado: El sujeto pasivo tributario.

c) Forma: Se utilizará el impreso especialmente habilitado al efecto, acompañando copia simple del documento.

d) Lugar: El importe autoliquidado se ingresará en la Caja de las Delegaciones o Administraciones de Hacienda o en las Oficinas liquidadoras del Distrito Hipotecario correspondiente.

e) Control: Las Dependencias de Relaciones con los Contribuyentes y las Oficinas liquidadoras de Distrito Hipotecario realizarán el examen y rectificación o práctica de liquidaciones complementarias de las autoliquidaciones que sean procedentes.

f) Gestión en general: Correspondrá a las Dependencias de Relaciones con los Contribuyentes y a las Dependencias de Inspección.

5. Garantías del pago del Impuesto:

a) Inadmisión de documentos: Los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial no admitirán, para su inscripción, ningún do-

cumento que contenga un acto sujeto al Impuesto sin que se justifique su pago, exención o no sujeción.

b) Impuesto autoliquidado: Se considerará acreditado el pago del Impuesto cuando el documento se acompañe de la autoliquidación sellada y constando en ella su pago o la alegación de no sujeción o exención. Una copia de la autoliquidación se archivará en el Registro, haciéndose constar, por nota marginal, la afectación del bien transmitido al pago de la liquidación complementaria que proceda. Esta nota se cancelará cuando se presente la oportuna carta de pago o transcurran dos años desde su fecha.

B) Observaciones.

El establecimiento general en este Impuesto del régimen de autoliquidación fue autorizado por el texto refundido de 30 de diciembre de 1980. Este sistema, para el cálculo de la deuda tributaria y su posterior ingreso, se encuentra actualmente generalizado en el ordenamiento tributario español y se utilizaba ya en este Impuesto para las transmisiones de automóviles y ciertas letras de cambio.

Las normas para la autoliquidación en caso de transmisiones empresariales de bienes inmuebles determinan que éstas tributen siempre por el Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas. Con ello queda corregido el confuso sistema recogido en el art. 18 del citado Texto refundido y la irregular opción que encerraba en cuanto al tributo aplicable a dichas operaciones.

La competencia administrativa para la gestión del Impuesto ha sido alterada, dejando de corresponder a las Abogacías del Estado en las Delegaciones de Hacienda para pasar a las Dependencias de Relaciones con los Contribuyentes, que reúne así las competencias gestoras de todos los impuestos estatales (excepto los que integran la Renta de Aduanas). Los Registros de la Propiedad (Oficinas Liquidadoras del Distrito Hipotecario) conservan sus funciones gestoras, aunque acomodadas al nuevo sistema.

28. ESTADOS DE ALARMA, EXCEPCION Y SITIO.

Se regulan sus declaraciones y efectos respectivos. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio («BOE» del 5).

A) Exposición.

1. Reglas generales:

a) Entrada en vigor de la Ley: El día siguiente al de su publicación en el «BOE».

b) Efecto derogatorio: Se derogan los arts. 25 al 51 y las disposiciones finales y transitorias de la Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959, así como cuantas disposiciones se opongan a esta Ley Orgánica.

c) Declaración de los estados de alarma, excepción y sitio: Procederá cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento

de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes. Las medidas a adoptar serán las estrictamente indispensables para el restablecimiento de la normalidad.

2. Reglas especiales:

a) Estado de alarma: Podrá declararlo el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan calamidades o desgracias públicas, crisis sanitarias o desabastecimiento de productos de primera necesidad, especialmente si se causan por la paralización de servicios públicos esenciales.

b) Estado de excepción: Podrá acordarse por el Gobierno mediante Decreto y previa autorización del Congreso de los Diputados, cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterado que el ejercicio de las potestades ordinarias fuere insuficiente para restablecerlo y mantenerlo.

c) Estado de sitio: Procede declararse por el Congreso de los Diputados, a propuesta del Gobierno, cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios.

B) Observaciones.

Esta Ley Orgánica cumple las previsiones y desarrolla lo dispuesto por el art. 116 de la Constitución.

29. CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO.

Regulación de su registro y depósito. Real Decreto 1.040/1981, de 22 de mayo («B. O. E.» de 6 de junio).

Se crea un Registro Central de Convenios en la Dirección General de Trabajo, del Ministerio correspondiente. Igualmente se prevén registros de convenios en las Delegaciones de Trabajo y en las Comunidades Autónomas.

En estos Registros se inscribirán los convenios colectivos y sus alteraciones, los acuerdos interprofesionales, los acuerdos y sentencias que interpreten convenios y otras incidencias que afecten a éstos.

30. INDUSTRIAS.

Se adoptan medidas para la reconversión industrial. Real Decreto-Ley 9/1981, de 5 de junio («BOE» del 10).

La reconversión industrial tiene por objeto lograr la racionalización de los procesos productivos y su adecuación a las exigencias del desarrollo económico y tecnológico y a las condiciones específicas del mercado.

La reconversión de los sectores industriales de interés general en crisis requerirá su declaración genérica mediante Real Decreto, previa elaboración

de un Plan de reconversión. Las empresas de cada sector podrán acogerse a la reconversión, con la realización del correspondiente programa que deberá ser aprobado por la Administración.

El Real Decreto de reconversión señalará las medidas, de las contenidas en el presente Real Decreto-Ley, aplicables en cada caso. Tales son:

1. Fiscales:

Constitutivas de bonificaciones tributarias para las sociedades constituidas a los fines de la reconversión y para las empresas que se acojan a la misma.

2. Financieras:

Con la previsión de un sistema de avales y crédito oficial.

3. Laborales:

Admitiéndose que las empresas establezcan medidas de modificación, suspensión o extinción, de las relaciones laborales o movilidad geográfica de trabajadores, y estableciendo un sistema de ayudas y de aplazamiento del pago de indemnizaciones.

El presente Real Decreto-Ley, que es aplicable a los sectores ya declarados en reconversión, entró en vigor el día siguiente a su publicación, encontrándose su vigencia limitada al 31 de diciembre de 1982, sin perjuicio de la duración de las medidas que, a su amparo, se adopten.

31. SEGURIDAD SOCIAL.

Regula el sistema recaudatorio de las cuotas. Real Decreto-Ley 10/1981, de 19 de junio («BOE» del 20).

La gestión recaudatoria, voluntaria y ejecutiva del Sistema Nacional de Seguridad Social corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social, que podrá concertar los servicios con otras entidades, especialmente con el Ministerio de Hacienda. En especial el procedimiento ejecutivo se promoverá por las Tesorerías Territoriales, que expedirán los certificados de descubierto.

El ingreso de cuotas fuera de plazo pero antes de su reclamación, llevará consigo un recargo de mora del 10 por 100. Si media reclamación el recargo será del 20 por 100, incrementándose con otro 20 por 100 del principal por cada año transcurrido.

Se deroga parcialmente la Ley de 5 de julio de 1980, reguladora de la Inspección y recaudación en la Seguridad Social.

32. DELEGADOS INSULARES DEL GOBIERNO.

Regulación. Real Decreto 1.256/1981, de 5 de junio («B.O.E.» del 25).

Se establece el régimen de los Delegados Insulares del Gobierno que, bajo la dependencia del Gobierno Civil, existen en cada una de las Islas

donde no radica la capital de la provincia. Esta regulación se acomoda al nuevo Estatuto de los Gobernadores Civiles, de 22 de diciembre de 1980.

33. DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Declaración formulada por España sobre el art. 25 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Declaración de 11 de junio de 1981 («BOE» del 30).

Se reconoce la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, a partir del 1 de julio de 1981 y por un período de dos años, para conocer de las demandas, dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa con posterioridad al 1 de julio de 1981, por personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos particulares que, con motivo de actos, decisiones, hechos o acontecimientos posteriores a dicha fecha se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio.

Debe recordarse que España se adhirió al Consejo de Europa mediante Instrumento de 22 de noviembre de 1977 y posteriormente al Convenio Europeo de 1950, mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979.

NOTAS CRITICAS

LIPARI (y otros): «Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza», con prólogo de Verdera y Tuells; *Studia Albornotiana*, XXXVIII, Publicaciones del Real Colegio de España; Bolonia, 1980, 738 págs.

El libro que constituye el objeto de esta nota crítica (y que ha sido ya objeto de recensión en este Anuario, tomo XXXIV, I, págs. 164 y ss.) es la versión española de la obra titulada *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, editada por la Biblioteca di Cultura Moderna Laterza (Roma-Bari), en su colección «Critica giuridica e analisi sociale». La primera edición —exceptuando una restringida de 1972— es de 1974 y la segunda de 1976. No es obra de un solo autor, sino de varios, siendo todos ellos coautores de todos y cada uno de los capítulos del volumen, si bien la redacción de cada capítulo o sección se debe preferentemente a un ponente: «En este sentido —escribe Lipari en el prólogo a la traducción española, repitiendo lo que dice en el texto original— los componentes del equipo deben considerarse a todos los efectos como coautores del todo y de su propia parte, pese a que su nombre sólo figure junto a ésta» (pág. 25). La versión española se debe, como advierte el profesor Verdera en la presentación (pág. 15), a Colegiales del Real Colegio de España en Bolonia, civilistas y mercantilistas, que se han distribuido las tareas de traducción según sus particulares preferencias y especializaciones, dando una vez más a la iniciativa un marcado carácter colectivo, de «grupo de trabajo». Se trata de jóvenes, pero ya prestigiosos investigadores, que muestran, con su gesto, su inquietud por el problema de la metodología en la enseñanza y en la meditación del Derecho privado.

Valga como primera parte de esta nota una escuetísima referencia al contenido del volumen. Dicha referencia es, en sí, casi ociosa, dada la antes citada recensión, publicada en el ADC, firmada por R. E. D.; la hago en cuanto que sirve para explicar el comentario crítico que la sigue y con el que forma una verdadera unidad. En la segunda parte de la nota, a modo de botón de muestra de lo que este libro es e implica, comentaré algunos puntos que han suscitado en mí mayor interés.

Comienza el volumen con la antecitada presentación a cargo de Evelio Verdera, director de los *Studia Albornotiana*. Con el fin de hacer encajar la obra presentada en su contexto, alude el profesor Verdera a las experiencias de los «manuales» de Derecho privado en las Universidades italianas y a ciertas experiencias educativas españolas; en líneas generales, frente al estudio dogmático y acrítico del Derecho, surgen iniciativas encaminadas a problematizarlo y a interpretarlo como fenómeno enmarcado por la historia, por la economía y por las ideologías; si bien el manual tradicional parece difícilmente sustituible, comienza a ser aconsejable la pluralidad de los medios didácticos, debiendo las Facultades de Derecho provocar

en el alumno una actitud crítica y valorativa frente al Derecho positivo: a esta necesidad subviene el esfuerzo del grupo dirigido por Lipari. Y es éste, en su prólogo a la edición española (en el que insiste en las ideas expuestas en su *presentazione* a la versión original) quien desarrolla, aún más detenidamente, esas ideas. Alude Lipari (en la versión española, obra de Pablo Salvador Coderch) a la noción de un «nuevo Derecho común», que presenta más como respuesta o reacción ante una problemática común que, obviamente, como resultado de una unificación de fuentes; critica los métodos tradicionales de enseñanza del Derecho advirtiendo que «... el saber jurídico, al igual que cualquier otra forma de conocimiento, no se transmitemisión de toda escuela «... sólo proporcionar los instrumentos para este a título derivativo, sino que se adquiere a título originario...», siendo la aprendizaje personal» (pág. 19). Espíritu que, como nos relata Lipari, informó la labor del equipo de colaboradores que se gestó en torno a él: Lipari, director y coordinador, los nombra uno por uno en el prólogo, y describe el método de trabajo que se adoptó: se distribuyó la materia por partes y cada miembro del grupo redactaba un texto que luego se discutía en una reunión general, se reelaboraba y volvía a redactarse... Siempre tratando de desdogmatizar al máximo, y de entender los fenómenos jurídicos dentro de su contexto histórico, sin ocultar sus connotaciones económicas e ideológicas. Surgió de este modo un conjunto de textos más sugestivo que armónico, más renovador que homogéneo, incompleto, pero más veraz que los manuales «completos». Lipari describe a grandes trazos las distintas partes del libro, sugiriéndonos —más que señalándonos— qué vamos a encontrar en él y cómo vamos a encontrarlo. Es un libro «abierto», deliberadamente inacabado, tendente a suscitar la reflexión, pues «... también de la reflexión crítica sobre el Derecho —escribe Lipari para los lectores de habla española (pág. 35)— *oritur ius*».

En el capítulo I («las vicisitudes de la codificación») (ponente A. M. Princigalli; traductor, P. Salvador) se observa la codificación no solo como un fenómeno técnico-jurídico, sino principalmente como un hecho histórico, afirmando la ponente que «... el propio concepto de Código... no se explica sólo en función de una exigencia de racionalización de leyes..., sino que expresa... el resultado de una elección ideológica dependiente de situaciones históricas bien precisas» (pág. 39). Pasa revista, pues, el texto a la historia de la codificación, ligada en sus comienzos a la lucha contra el *ancien régime*; se describe el ambiente ideológico que prepara el terreno al *Code Napoléon*, así como las aportaciones jurídico-doctrinales que anteceden a dicho código (Domat, Pothier), aludiéndose al «garantismo» y al «statalismo» como aspectos de la organización social burguesa que constituyen características de la época. Particularmente interesante es la exposición de la recepción de la idea codificadora en la Italia del XIX y, sobre todo, la de la etapa fascista. Refiriéndose al futuro inmediato, sugiere la ponente la posibilidad de cuestionar la conveniencia de la existencia de códigos y, desde luego, piensa que «... ya no es posible hoy que el civilista asuma al Código como el exclusivo punto de referencia de sus reflexiones habituales» (pág. 92).

En el capítulo II («El problema de la interpretación jurídica») (ponente,

N. Lipari; traductor, P. Salvador), expone Lipari su concepto de interpretación del Derecho positivo, cuestión que implícitamente vincula a la relativa al quehacer del jurista en la sociedad actual: frente a concepciones positivistas o formalistas, que reputan a la norma escrita como exclusivo o principal objeto de la atención del jurista, consistiendo la interpretación en la labor consistente en captar el sentido de dicha norma, formula Lipari la tesis de que la realidad social debe ser el objeto principal de la indagación del jurista, reduciendo la norma escrita a «mero enunciado legal», cuyo significado intrínseco parece carecer de verdadera relevancia: «interpretar» no será, pues, captar la voluntad de la ley o del legislador, sino *decidir* qué significado debemos dar a un determinado enunciado legal ateniéndonos a las necesidades y a los requerimientos de la sociedad. Por ello, la interpretación es siempre creadora y la actividad de los juristas (teóricos y prácticos), fuente de Derecho.

En el capítulo III («Individuo y grupos sociales») (ponentes, G. Cotturri, A. Sodo y G. Piepoli; traductores, R. Yllescas, A. López y P. C. Lasarte) los ponentes abordan diversas cuestiones relativas al Derecho de la persona y al de familia, revelando, preferentemente a propósito de las personas jurídicas, del matrimonio y de la filiación, la importancia de la relativización y de la superación de determinados esquemas mentales tradicionales, a la vista de la necesidad de entender el Derecho privado a la luz de importantes principios constitucionales, como el de la igualdad real o el del desarrollo de la personalidad individual, principios cuya efectividad reclama la actividad del jurista. Especial interés ofrece la oposición que se da entre el modelo de familia propuesto por el fascismo (tipo de familia cerrado, organizado jerárquicamente, concebido como unidad de producción, con discriminación entre familia legítima y natural, etc.), y el que los autores de esta obra consideran deseable: «... modelo de comunidad familiar fundado sobre la solidaridad y el consentimiento, capacitado para desarrollar una tarea educativa, además de la de sustento, que sea susceptible de permitir a sus miembros ejercitar concretamente aquella esfera de actividad que se les reconoce por su propia existencia (ámbito de la personalidad)» (pág. 205). Se difumina la tutela específica de la familia legítima y se amparan jurídicamente las relaciones de hecho. Se protege la familia —o cualquier otro grupo social— en la medida en que sirva para desarrollar la personalidad de cada uno de sus miembros: los artículos 29 y 30 de la Constitución son interpretados en función de los principios —plenamente operativos— contenidos en los artículos 2 y 3 de dicho texto legal.

En el capítulo IV («Propietarios y sujetos interesados en el uso «social» de los bienes») (Ponente, M. Costantino; traductor, V. L. Montés) se parte de que la llamada «función social» de la propiedad privada no es un elemento «externo» al concepto técnico-jurídico de propiedad, sino que contribuye a integrarlo: frente al hábito mental consistente en reputar a la propiedad «derecho fundamental», escribe Costantino que ello no se infiere ni de la Constitución ni siquiera del Código civil vigente: por el contrario, el Ordenamiento protege la propiedad en tanto en cuanto cumpla una función social: como no es un «derecho fundamental» —y no lo es porque hoy no constituye una proyección de la libertad individual—, debe recibir la

legitimación de algo extrínseco a ella misma, siendo ese algo la citada función social, que deviene así parte del concepto de propiedad. Refiere el ponente más adelante que, por ello, el Ordenamiento debe atender no sólo al problema de la atribución de la propiedad, sino también al de cómo se ejercite. Se completa el capítulo con algunas interesantes reflexiones sobre la circulación de la propiedad, sobre el abuso del derecho y sobre las relaciones de vecindad, para terminar con unas consideraciones sobre la necesidad de protección de ciertas propiedades urbanas, protección paródicamente conveniente para alcanzar un mayor grado de socialización.

En el capítulo V («Utilización del contrato y disciplina de los negocios») (PONENTES, D. CONSERVA, G. MINUNNO Y G. PANZA; traductores, P. SALVADOR Y M. GARCÍA AMIGO), tras describirse breve pero densamente los orígenes históricos de la figura del contrato, se alude al denominado «principio consensualista» (entendido aquí en el sentido de encontrar en la voluntad la esencia del contrato), principio cuya vigencia se sitúa históricamente en la etapa precodificadora francesa y que permitirá reputar al contrato *convention* o *accordo*; principio que, tras importantes vicisitudes económicas y sociales posteriores, comenzará a entrar en crisis, demostrando el ponente cómo el vigente Código civil italiano, a pesar de llamar *accordo* al contrato en el momento de definirlo, no siempre establece una correspondencia estricta entre validez del contrato y concurrencia efectiva de consentimientos: de la contemplación de la voluntad el centro de gravedad se desplaza a la atenta observación de los conflictos de intereses, lo que permite al investigador desproveer el estudio del contrato de esa irreal «neutralidad ideológica» que le afectaba. Se trata seguidamente de la causa, de las buenas costumbres y del orden público como técnicas de control de la ilicitud del contenido contractual, sobre todo a la luz de la Constitución, lo que desemboca en unas casi siempre atinadas consideraciones sobre el importísimo fenómeno de la contratación «estandardizada» (condiciones generales, contratos por adhesión), insistiendo el ponente en la necesidad de protección específica del contratante más débil. El capítulo termina con unas reflexiones sobre la relación entre autonomía contractual e iniciativa económica, cuya conclusión más importante parece ser la de que el logro de una mayor equitatividad en las relaciones sociales será alcanzado, más que a través de una regulación acertada del contrato (que no es sino un acto aislado), mediante una valoración global de toda la compleja actividad económica consistente en la formación, la distribución y la circulación de la riqueza.

En el capítulo VI («Circulación de los derechos y adquisición de los bienes») (PONENTE, G. TATARANO; traductor, G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ) se alude a la necesidad de revisar los dogmas jurídico-privados relativos a la libre circulación de la propiedad y a la seguridad del tráfico a la luz de determinados preceptos constitucionales (artículos 3, 42 y. 43 de la Constitución) tendentes a instaurar una igualdad efectiva entre los ciudadanos; tales «dogmas» son operativos sólo en cuanto sirvan a fines socialmente estimables. Se expresa, en esta dirección, en el texto, la posibilidad de separar la utilizable del bien de la titularidad sobre éste y se revisa el llamado «principio del consensualismo» (pref. artículo 1.376 del Código civil), en cuya

virtud basta el acuerdo para la transmisión del Derecho real, mostrando que el mismo Derecho positivo italiano contiene preceptos que lo contradicen (artículos 1.155, 1.265 y 2.644 del Código civil), y enlazando, a través del artículo 1.380 del Código civil, con el tema de la aplicabilidad de los antes citados preceptos constitucionales, que nos moverían, a pesar de los criterios de preferencia fijados en el Código (en la hipótesis de doble transmisión es antepuesto quien primero posee o quien primero otorga un documento, etc.), en caso de conflicto entre necesidad e interés, a preferir la satisfacción de aquélla posponiendo la de éste.

El capítulo VII («Responsabilidad civil y daños injustos») (PONENTE, G. Tucci; traductor, J. M. González Porras) contiene sustancialmente una exposición del proceso que lleva de una responsabilidad (aquiliana) plenamente subjetiva a una responsabilidad socializada: en efecto, la responsabilidad por culpa que configuran los Códigos civiles de los siglos XIX y XX comienza a ser rebasada por las necesidades surgidas al compás de los cambios económicos y tecnológicos; paulatinamente va imponiéndose la objetivización de la responsabilidad (responde quien produce el riesgo y se aprovecha de él, aun sin ser culpable) hasta llegar a la distribución y socialización de la responsabilidad: una compañía de seguros asume el pago de las indemnizaciones; el ponente indica que la doctrina del riesgo actúa no sólo como fundamento de la obligación indemnizatoria prescindiendo de la existencia de culpa (en aras del principio de justicia *cuius commoda eius incommoda*), sino también como técnica que sirve a las necesidades de una moderna economía de mercado que requiere fijación previa de costes, así como su posible traslación: en efecto —parece sugerir Tucci, pretendiendo interpretar las motivaciones de los detentadores del poder político y económico—, es conveniente hacer formalmente responsable a quien más fácilmente puede asegurarse y prever las cuantías (el empresario, asistido por la entidad aseguradora); así el riesgo del trabajador es cubierto, beneficiando su bienestar al «sistema». Dicha superprotección puede, no obstante, acarrear consecuencias muy negativas, pues, como advierte el ponente, a veces conducirá paradójicamente a un desinterés por evitar los daños («monetización del riesgo»): por ello, junto a esta sofisticada responsabilidad objetiva y socializada, es indispensable, con el fin de evitar y prevenir daños —lesivos de las personas y del interés social—, una normativa penal eficiente, así como un conjunto de medidas preventivas en diversos campos concretos (salud, condiciones de trabajo, contaminación del medio ambiente, etc.). Merecen destacarse también las consideraciones del ponente acerca de la distinción entre responsabilidad extracontractual y contractual (aludiéndose a la ampliación del ámbito de ésta), y acerca de la posibilidad de concebir el daño injusto como alteración de cualquier bien jurídico (*Rechtsgut*) (no necesariamente de un derecho subjetivo), manteniendo Tucci la imposibilidad de tipificación de esos daños.

En el capítulo VIII («La actividad empresarial y los particulares en el proceso económico») (PONENTES, N. Scannicchio, A. Iannarelli y R. Pardolesi; traductores, A. Pérez de la Cruz, A. Rojo y J. Blanco) los ponentes, tras enfrentarse a la interpretación del fenómeno que se ha llamado «comercia-

lización del Derecho privado», se refieren a la influencia que sobre éste ejerce el fenómeno de la empresa, lo que les lleva a una interesante tesis metodológica: los esfuerzos no deben dirigirse a explicar la empresa acudiendo a los conceptos jurídico-privados tradicionales, sino más bien a captar el impacto que la realidad económico-social «empresa» produce en esos conceptos (propiedad, familia, contrato, responsabilidad, etc.); realidad —advierten— que es necesario conocer en sí misma, «en su organización interna», siendo imprescindible valorar las complejas manifestaciones del régimen jurídico de la actividad de producción, lo que no suelen hacer los juristas, preocupados por estudiar relaciones aisladas o «externas» a la empresa (preferentemente se estudia el mercado, el momento puramente comercial del intercambio). Por otra parte, la intervención de la Administración pública obliga asimismo a replantear la vigencia de los conceptos jurídico-privados, que deben ser relativizados.

En el capítulo IX («Cambios sociales y reflexión jurídica») (Ponente, E. Resta; traductor, I. Arroyo) se plantea la apasionante cuestión de cuál debía ser la tarea a desempeñar por el jurista de hoy: frente a la concepción formalista del Derecho (entendido como sistema de leyes y costumbres), surge la convicción de que el Derecho es algo más que la norma, identificándose con la sociedad, con su historia y con sus contradicciones, lo que obviamente incide sobre el planteamiento de la cuestión del cometido del jurista en la sociedad actual: la crisis del positivismo jurídico implica «... la crisis de la figura del jurista positivo..., crisis de las tareas que la sociedad ha atribuido tradicionalmente al jurista» (pág. 686). Para el formalismo, el jurista práctico será un mero técnico que aplica acríticamente las normas, y el teórico será un simple sistematizador de preceptos. Cree, por el contrario, el ponente (representando seguramente el parecer de todos los miembros del grupo) que el jurista práctico debe realizar una función valorativa, no únicamente mediadora, sin eludir la adopción de posiciones políticas: el juez crea Derecho, no encontrando en dicha creación otro límite que una legislación conformada por principios (pág. 689, con ref. a Rodotà); en cuanto al jurista teórico, le asigna Resta, en perfecta coherencia con las tesis expuestas por Lipari en el capítulo II, un papel crucial en el proceso de formación cultural de la sociedad, ya que, por encima (o tal vez al margen) de tareas meramente descriptivas o sistematizadoras, debe erigirse en una especie de «... termómetro de las disfunciones que se crean entre las estructuras y las exigencias sociales realmente operantes» (pág. 690), desempeñando una función «típicamente profética en el sentido etimológico de la palabra» (págs. 690-691). Actitud metodológica que inspira al ponente en su breve recorrido a través de algunas figuras «fundamentales» del Derecho privado (propiedad, contrato, responsabilidad, etc.), resaltando Resta, a propósito de ellas, las desigualdades reales que subyacen a una igualdad formal y la indefensión de unas personas frente a otras: el jurista debe adoptar una postura crítica frente a obstáculos que, de hecho, limiten la personalidad del individuo (pág. 709).

En el Apéndice («Análisis de la jurisprudencia») (Ponente, V. M. Cafferra; traductor, J. M. González Porras) se defiende la necesidad de estudiar científicamente la jurisprudencia para conocer con profundidad un

determinado sistema jurídico, pues es imposible para el jurista realizar las tareas que debe reputar propias sin conocer el Ordenamiento en la fase de su aplicación práctica. Pero conocer la jurisprudencia significa algo más que haber leído las máximas doctrinales—frecuentemente desconectadas del caso sobre el que se falló—que suelen recoger las colecciones al uso en Italia: insiste el ponente en la necesidad de investigar la verdadera *ratio decidendi* de cada sentencia, así como de indagar las motivaciones y el trasfondo ideológico de las resoluciones judiciales, viéndose obligado a decir—con cierta ironía—que ello exige su lectura íntegra. Critica con dureza Caferra el modo de aludir a la jurisprudencia de manuales, monografías y repertorios, aconsejando el empleo del método casuístico-problemático en el estudio del Derecho; insinúa que son precisamente los jueces quienes deben dar el primer paso en tal sentido, siendo lamentable que éstos sean víctimas del conceptualismo y de la tendencia a las formulaciones abstractas llenando sus sentencias de afirmaciones *obiter dicta* y ocultando hechos decisivos en el fallo. El estudio del Derecho, en síntesis, es inseparable de la reflexión sobre el caso.

Cuando, hace pocos años, leí la edición italiana de 1976 de esta obra (llamémosle así), quedé gratamente sorprendido. Advertí que se abría—incurramos en el tópico—un camino nuevo; es cierto que ya había análisis marxistas del Derecho privado occidental y que la experiencia de estudios realizados por un grupo de investigadores no era, ni mucho menos, nueva; pero, tal vez, por primera vez se daban diversas coincidencias que hacían pensar en que nos hallábamos ante algo muy significativo en la historia de la enseñanza y de la investigación del Derecho: se había intentado un análisis que, sin dejar de ser técnico-jurídico, iba más allá de eso, se había pasado revista a los puntos fundamentales del Derecho privado y se había acometido tal empresa en un volumen que, sin perder rigor, iba destinado a alumnos de licenciatura. Es indudable que no todo lo que se afirma en el libro es importante o nuevo; debo reconocer que se trata de una «obra» irregular, en la que se contienen estudios o pasajes muy valiosos y otros que no lo son tanto. Pero lo que sí es claro es que tras esta «obra» se percibe más nítidamente el anacronismo de las obras didácticas sistemáticas tradicionales: el volumen que comento no es exactamente «bueno» ni «malo», pero sirve para mostrarnos el alto grado de inutilidad de muchos volúmenes que reputábamos «buenos». Es un libro *intelectual* en el más puro sentido del término, pues cuestiona lo que se reputó incuestionable, incluso en lo relativo al *modus operandi* y a la manera de presentarse a los lectores: no se trata de una obra unitaria, no es una monografía, ni un conjunto de estudios propios de revista jurídica, ni siquiera un manual universitario: jugando con el texto de Brecht que los autores utilizaron para encabezar el volumen, éste nos indica que hemos vivido en un valle y ahora resulta que el valle no existe, que lo que hay es agua, que no disponemos de barca y que la barca somos nosotros: estábamos, en efecto, plácidamente dormidos en las fábulas del contrato como acuerdo de voluntades y de la propiedad como derecho subjetivo absoluto (aun sabiendo que eran fábulas) y se nos despierta con un timrazo no siempre armonioso, pero sí lo suficiente-

mente ruidoso para que toquemos el mundo real: si ustedes, los juristas, quieren reconciliarse (en el sentido más profundo del término) con la comunidad que les mantiene (con toda ella, y no sólo con los detentadores del poder), dirijan su mirada a los conflictos y a las necesidades reales, sírvanse de sus códigos para atender a la sociedad y no al revés: éste es el mensaje que nos envían los autores del libro, explícitamente a través de las plumas de Lipari y Resta, implícitamente a través de las de los demás. Y como la sociedad se halla compuesta por todos, se empieza por conferir dimensión comunitaria al modo de elaboración de los textos: todos son autores de todo, lo que también contribuye a desdogmatizar lo que de dogmático quede en cada uno de los redactores por separado. En síntesis, la experiencia de este grupo debe estimularnos en la tarea de replantearnos nuestras ideas sobre el Derecho e incluso sobre las características de nuestra labor frente a la sociedad; y, por supuesto, frente al alumnado en las aulas (aulas?) universitarias.

Pero intentemos brevísimamente ser, ante Lipari y sus colaboradores, tan críticos como ellos lo son ante los demás, lo que, por otra parte, es el mejor modo de seguirles.

Entiende, por ejemplo, Lipari (en el capítulo II) que el jurista debe interpretar y que *interpretar* es *decidir* qué significado concreto damos a un determinado enunciado legal a la vista de las necesidades sociales; el texto legal es, pues, un mero marco de referencia, pero el *Derecho*, la verdadera *norma*, surge del juez, orientado por el jurista: Ulpiano sustituye a Montesquieu, pero debemos preguntarnos qué pretende Ulpiano; creo que esto es claro: pretende transformar la sociedad partiendo formalmente de Montesquieu, pero sin contar realmente con él, pues no lo acepta. En otras palabras, Lipari y su grupo pretenden (y esto puede ser aceptable o no éticamente, depende de la ideología bajo cuya perspectiva se juzgue) que los intelectuales marxistas —señaladamente los juristas— incidan sobre la comunidad social suplantando los cauces del poder popular propuestos por la democracia burguesa, que no aceptan como tal democracia, pues envuelve unas relaciones de producción alienantes. El Derecho es innegablemente cultura y la cultura es —Gramsci está detrás del equipo de Bari— una formidable palanca revolucionaria. A mí dicha actitud me parece correcta desde una perspectiva marxista, pero pienso que tales actividades transformadoras realizadas en el seno de la misma tarea técnico-jurídica (*interpretativa, aplicativa*) debe ser explicitada por sus autores, evitándose de este modo que la sociedad confunda lo que el legislador (no necesariamente socialista) desea (frecuentemente quiere algo más que aprobar meros «enunciados legales») con lo que el intérprete (marxista, en el caso) decide: la ley es ciertamente un marco, pero un marco que delimita y vincula; y, a veces, muy estrechamente. Por supuesto que cabe, a través de interpretaciones correctoras y de principios generales, independizarse de las fuentes positivas escritas. Pero es imprescindible que el jurista exteriorice su *modus operandi*: ni la mentira ni la reticencia a la larga pueden ser revolucionarias (la verdad sí lo es), sobre todo si se pretende llegar —utilizo la expresión de Resta— nada menos que a profeta. Quede claro que no sugiero que el equipo de Bari actúe deslealmente (exactamente sucede lo contrario), sino que propone un camino

(espléndido) que implica ese peligro, siendo muy conveniente, a mi juicio, resaltar este punto; una cosa es negar que el juez sea mera *mouche de la loi* y otra negar esta última. Y no se me diga que me alejo del tema del libro: muy al contrario, creo que estas digresiones afectan a la entraña misma de la experiencia de Lipari y sus colaboradores. O, para ser más exacto, que no se trata de verdaderas digresiones.

Por último, algunas observaciones críticas complementarias.

En primer lugar, el volumen contiene partes muy dignas de elogio: los textos de Lipari y Resta son —si bien no totalmente novedosos— francamente espléndidos, formando una unidad. Interesante asimismo el texto de Tucci sobre la responsabilidad (muy agudas las referencias al trasfondo ideológico-económico de la objetivización de la responsabilidad civil extracontractual); también, el de Constantino sobre la propiedad (si bien con ideas más manidas hoy), sin olvidar las agudas consideraciones acerca de la empresa que hacen los ponentes del capítulo VIII, o la casi obsesiva, pero encomiable, defensa llevada a cabo por Piepoli (última parte del capítulo III), de la necesidad de protección de la personalidad de cada uno de los miembros de la familia, tesis que comparto sin reservas. Echo de menos, por el contrario, un tratamiento más pormenorizado de la protección de la apariencia jurídica en el, por otra parte aceptable, capítulo VI, redactado por Tatarano.

Es encomiable la iniciativa de los autores de añadir a los textos unas notas bibliográficas (y a veces no sólo estrictamente bibliográficas), tan útiles para cualquier lector.

Como lo es la de los traductores españoles consistente en completar dichas notas con citas de las pertinentes versiones españolas. En cuanto a la traducción española, hay que decir de ella lo mejor que cabe decir de una traducción: que no se nota o que se nota poco: sucede con las traducciones algo similar a lo que sucede con los árbitros de las competiciones deportivas: es buen indicio que se hable poco de ellos. En este caso, la versión española, muy fiel a la original (a veces, incluso demasiado) *traduce* adecuadamente al lector español la experiencia italiana. La presentación del volumen es excelente, como lo es la breve, pero expresiva presentación que hace Verdera y Tuells, director de los *Studia Albornitana*, a este original *corpus* de ideas innovadoras.

En síntesis, se trata de una buena noticia para juristas y aprendices de juristas. ¿No valdría la pena tomar el relevo en alguna Facultad española?

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

FERNANDEZ FERNANDEZ, Antonio: «El filiusfamilias independiente en Roma y en el Derecho español». Madrid, 1981. Departamento de Derecho romano de la Universidad de Madrid. Un volumen de 85 págs.

El profesor Dr. Antonio Fernández es un joven romanista que, con sus primeras publicaciones sobre la «pecunia numerata» en función del precio en la **emptio-venditio** y, ahora, al abordar este aspecto del **filiusfamilias** independiente, ha demostrado ya su excelente preparación y dotes para los estudios históricos, así como su perspicacia investigadora, además de un sentido vivo y real del Derecho positivo, dado el interés que muestra por las instituciones en su proyección actual. A este cultivador integral del *ius civile* hay que presentarlo con alborozo y darle la enhorabuena, puesto que añade a una pura metodología filológica e histórica la exégesis dogmática de las instituciones hasta el ordenamiento positivo contemporáneo.

De este modo, la presente monografía abarca tres etapas históricas y la actual: la romana, la visigótica, la de la Reconquista y la del ordenamiento civil español.

Para el Derecho romano nos muestra el enclave que tuvo el hijo dentro de la familia, sobre todo por su posición de dependencia absoluta ante el **paterfamilias**, con la excepción que suponía para el aspecto patrimonial cuando el padre entregaba al hijo un **peculium**, que en la época primitiva consistía en una cantidad de dinero o pequeño patrimonio (**pusilla pecunia**). Con la progresiva industrialización que comporta el tránsito de una economía agraria a otra industrial y comercial, afianzándose más y más el uso del dinero y el progresivo afinamiento cultural del influjo helenístico, así como la autonomía de la vida militar a lo largo del Imperio, el peculio viene a independizar económica y socialmente al **filius** que lo recibe, al menos desde el plano de su administración. De aquí que, después de dos primeros apartados dedicados al peculio y a la familia romana, así como la **administratio peculii**, se aborde la génesis y el significado de los diversos tipos de peculio (el **peculium profecticum**, el **castrense** y el **adventicium**).

La segunda parte de esta monografía se dedica al estudio de este aspecto en el Derecho histórico español, especialmente el **peculium** en el ordenamiento visigodo, el constituido por los bienes ganados por el hijo **in expeditionibus** y los donados al hijo por el Rey o por el patrono. En la Reconquista, el hijo tendrá por el peculio adventicio lo que adquiere *et non ex paterna substantia*, así como el **quasi castrense** de las Partidas o de pegujar de alvergada.

La tercera parte, se inicia con la «Ley de Matrimonio Civil» española de 1870, que supone una importante etapa en lo relativo al aspecto patrimonial

de la patria potestad, donde desaparecen las referencias a las adquisiciones que constituyan los peculiares castrense y quasi castrense, fácilmente incluibles entre los bienes adventicios y en la que el padre sólo tendrá la administración y el usufructo de los bienes del hijo, adquiridos por cualquier título, ya sea de su trabajo o industria; sin embargo, el hijo que no viviere en la compañía del padre o de la madre adquiere la propiedad, administración y usufructo de los bienes adquiridos por su trabajo o industria (art. 66), así como los donados o mandados (art. 68), reputándose como emancipado para su administración y usufructo (art. 67).

En cuanto al Derecho vigente es objeto de análisis el artículo 160 del Código civil (hoy suprimido por la reciente Ley 11, de 13 de mayo de 1981 y sustituido por el capítulo III «De los bienes de los hijos y de su administración», artículos 164 a 168, que comprensiblemente no pudo ser tomado en cuenta). Se hace un examen sobre la capacidad del menor no emancipado de vida independiente para celebrar contrato de trabajo, distinguiéndose tres supuestos: el de los menores totalmente incapacitados para contratar su trabajo, el de los menores con capacidad limitada y el de los menores con plena capacidad para contratar su trabajo. Por último, se aborda el interesante aspecto de la vida independiente del menor como hipótesis de defraudación fiscal.

Esta completa monografía se concluye con una densa bibliografía que muestra su profundo alcance y lo exhaustivo de las fuentes consultadas.

JOSÉ BONET CORREA

GIMENO SENDRA, J. V.: «El proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas». Ed. Civitas, Madrid, 1981, 150 páginas.

El libro de cuya reciente publicación damos cuenta constituye ante todo una magnífica introducción al estudio del proceso especial de impugnación de acuerdos sociales; una buena introducción por la claridad con que aparecen planteadas las cuestiones y la precisión y recto sentido con que son resueltas. Una buena introducción, sobre todo, por el esfuerzo de síntesis que preside todas y cada una de sus páginas. En atención precisamente a estas características de la obra, me limitaré en esta recensión a subrayar los puntos medulares que resultan tratados, siguiendo en mi breve reseña el orden —impecable— que el profesor Gimeno ha dado a su exposición.

Se parte, como era de esperar, de una toma de postura sobre la naturaleza jurídica del derecho de impugnación; y al respecto, superando las tesis «instrumentalistas» (a cuyo tenor el derecho de impugnación no sería sino un derecho **accesorio** al derecho de voto), se inclina el autor por una caracterización que ponga el énfasis en su carácter **complementario** (autónomo, por tanto) del derecho de voto, suscribiendo con ello la opinión del profesor Duque. El argumento positivo aducido en defensa de este planteamiento es en principio claro: la legitimación procesal activa no está exclusivamente concedida a los accionistas con derecho de voto (que sería lo coherente con las tesis instrumentalistas en virtud del principio de que lo accesorio proviene de lo principal), sino que —como se verá— se extiende a otros sujetos.

En realidad, se considera que todos los derechos sociales más que ser instrumentales entre sí, lo son respecto del derecho principal: el «reparto de beneficios» (cosa que, sin embargo, me parece criticable en razón del mismo argumento aducido anteriormente por el autor, pues hay personas que, no teniendo derecho al reparto, gozan empero de legitimación activa). Acto seguido procede el autor a caracterizar el derecho de impugnación. Lo califica en primer término como un verdadero **derecho subjetivo** y no—según se sugirió—de simple potestad jurídica; y más concretamente, resulta caracterizado como un derecho subjetivo de naturaleza **potestativa**. La segunda característica que se le atribuye radica en su carácter **personal**—frente al derecho de voto que, incorporado a la acción, es naturalmente transmisible—; derecho personal que, por consiguiente, se ve sometido a ciertas restricciones en punto a la circulación. Por último, se distinguiría el derecho de impugnación por la **indisponibilidad** de su objeto—esta es la postura de la doctrina tradicional, que se apoya en la naturaleza indisponible del objeto procesal en esta clase de litigios (con la consiguiente exclusión de la posibilidad de transacción o compromiso). El autor, sin embargo, introduce algunas correcciones de interés en la interpretación tradicional. Para ello parte de la constatación de la paradoja que entraña el hecho de que la doctrina, al tiempo que excluye el arbitraje y la transacción—en base, como decíamos, a la indisponibilidad del objeto procesal—, confiera validez a la renuncia y al allanamiento; sostiene el autor—a mi juicio muy certamente—que para llegar a una solución correcta del problema es menester distinguir las **pretensiones de declaración de nulidad** y las **pretensiones constitutivas de la invalidez**. Las primeras serían absolutamente indisponibles, ya que sustancian situaciones de nulidad absoluta por violación de normas imperativas; aquí prevalece el interés del Estado en que la persona individual o colectiva no trasgreda el ordenamiento, por lo que el objeto se deja fuera de la autonomía de la voluntad de las partes. Por el contrario, cuando el único interés en juego es el de las partes—y eso es justamente lo que ocurre cuando el acuerdo ha infringido una norma estatutaria o ha lesionado el interés social—, la cuestión debe estimarse disponible (solución que se confirma por el hecho de que la Ley de Sociedades Anónimas faculta al socio disidente en los supuestos de impugnación de acuerdos anulables para renunciar a su derecho de impugnación).

Seguidamente, aborda Gimeno el estudio del objeto litigioso, del que es fundamento el mencionado derecho subjetivo (cfr., arts. 67, 1.^o, de la LSA y 27, 1.^o y 2.^o de la LGC). El objeto litigioso es el **acuerdo social**. Y, más concretamente, según es doctrina jurisprudencial que el autor sigue y confirma con ulteriores argumentos, los acuerdos de la **Junta General** (o de la Asamblea en las cooperativas), sean éstas ordinarias o extraordinarias; con lo cual quedan excluidos del proceso especial los acuerdos de otros órganos (tales como el Consejo de Administración o la Asamblea de Obligacionistas). El único punto que el autor critica de la doctrina del Tribunal Supremo es que tan sólo quepa impugnar los acuerdos que «no scan confirmatorios de otros adoptados o consentidos por la Junta General». Por otra parte, precisa el autor—como ya adelantábamos—que no todas las pretensiones pueden ser medidas por un mismo rasero; y aunque entiende que no puede

trasladarse a esta materia la doctrina de la invalidez del negocio jurídico, sí estima totalmente necesario distinguir entre los acuerdos nulos *ipso iure* y aquellos meramente anulables, que generarán, respectivamente, pretensiones declarativas de nulidad y pretensiones constitutivas de anulación; entre las primeras se estudian los supuestos de acuerdos contrarios a la ley y contrarios a los estatutos de las sociedades cooperativas; entre las segundas, los acuerdos contrarios a las normas estatutarias de la sociedad anónima y los que contravengan el interés social.

Siguiendo el orden de la exposición de Gimeno, se estudian a continuación los efectos (diversos) que producen cada uno de los tipos señalados de pretensiones. En esta materia, la primera diferencia que salta a la vista es la relativa al plazo para el ejercicio de la acción de impugnación. En las declarativas de la nulidad —habida cuenta precisamente de que la nulidad es perpetua, insubsanable y no susceptible de confirmación y prescripción—, la acción correspondiente no está sometida a ningún plazo de caducidad (cfr. art. 68, 2.^o LSA); de ello se exceptuarían los acuerdos adoptados con algún vicio de voluntad, para los que debería operar el plazo de cuatro años que estipula el artículo 1.301 del Código civil (aunque entiendo que tales supuestos no son casos de nulidad absoluta, sino de anulabilidad). De modo distinto, las acciones constitutivas de la invalidez si se encuentran sometidas a un plazo de caducidad —y no de prescripción como en las acciones de condena—; plazo que será en todo caso de cuarenta días (pues el silencio de la legislación de cooperativas debe integrarse con la norma de la LSA). Mas en este plazo de caducidad —en materia de sociedades anónimas— tiene algún efecto de cara a las acciones declarativas, pues conforme a lo que prescribe el artículo 68, 2 LSA, sólo podrán ejercitarse, una vez transcurrido el plazo de caducidad, a través de un juicio declarativo ordinario.

En materia de legitimación activa y procedimiento aplicable, se inclina el autor por la tesis de Fairen, según la cual las normas de legitimación activa son totalmente indiferentes para la determinación del procedimiento; y ello contra la tesis tradicional de Uriá y del Tribunal Supremo, para quienes sólo pueden acudir al procedimiento especial de impugnación de acuerdos sean nulos o anulables— los legitimados ex artículo 69 LSA. Consecuentemente con esta toma de posición, se sostiene que al proceso especial se puede acudir tanto para deducir pretensiones declarativas como constitutivas, siendo, sin embargo, diferente la legitimación necesaria en cada caso; para las primeras —pretensiones declarativas— sólo están legitimadas las personas que nombra el primer apartado del artículo 69 y para las segundas, tanto las que refiere el primer apartado como las que incluye el segundo, así como también los obligacionistas e incluso los terceros a quienes pudieran afectar los efectos ulteriores de la cosa juzgada. Esta interpretación de la LSA vendría avalada por el criterio que posteriormente habría de suscribir la legislación cooperativa.

Aclarado este punto, se procede al análisis detallado de la legitimación activa, tanto en las pretensiones declarativas de nulidad —accionistas y asociados cooperativos, administradores y terceros— como en las constitutivas de la anulación (que exige en la persona legitimada un doble requisito: la

cualidad de socio y hallarse en una de estas tres situaciones: haberse hecho constar su oposición al acuerdo en acta, haber estado ausente o haber sido ilegítimamente privado de su derecho al voto. Y también se estudian, por supuestos, los legitimados pasivos: la sociedad y los socios que votaron a favor del acuerdo, aunque los conceptos por los cuales vienen legitimados estos sujetos son distintos; la sociedad lo está como parte demandada (es ella quien posee la capacidad para ser parte); los socios, como intervenientes (inclinándose el autor por considerar su intervención, no como un supuesto de intervención adhesiva, sino como un caso característico de intervención litisconsorcial).

El temario relativo a la competencia no parece plantear mayores dudas. La competencia objetiva está atribuida al juez de instancia, aunque el valor del asunto litigioso no llegue a las 50.000 ptas.; la territorial al juez del lugar de la celebración de la junta o asamblea (que en realidad coincide con el **forum domicilii** habida cuenta de la necesidad legal—excepto en el caso de la junta universal—de celebrar la junta en el domicilio social). La competencia funcional es compartida por el juez de instancia (al que corresponde dirigir la fase de alegaciones y prueba de los hechos) y por la sala de lo civil de la Audiencia Territorial (a quien incumbe dictar sentencia). Y por lo que respecta al procedimiento, únicamente señalar que sus características más salientes vienen dadas por ser un proceso de instancia única en el que predomina el principio de escritura; su especialidad—según dice la *Exp. de Mot. de la LSA*—proviene de la necesidad de proteger los derechos de las minorías disidentes, que serían difícilmente realizables si los litigios debiesen tramitarse a través de un declarativo ordinario. Su especialidad remite, pues, a la necesidad de una tramitación abreviada, que puede perseguirse en varios puntos—que resultan lucidamente destacados por el autor—; la supresión de la doble instancia, la concentración del procedimiento y la preclusión. La realidad, sin embargo, se ha encargado de desmentir el buen deseo del legislador: un estudio empírico sobre la materia ha demostrado cómo un procedimiento que debería tramitarse en escasos meses, tiene una duración media de dos años y nueve meses.

Finalmente, se estudian los efectos de las sentencias, tanto de las estimatorias como de las desestimatorias; los medios de impugnación (el remedio de reposición, el recurso ordinario de apelación contra el auto del juez de instancia acordando la suspensión del acuerdo impugnado y el recurso ordinario de apelación contra el auto del juez de instancia acordando la suspensión del acuerdo impugnado y el recurso extraordinario de casación). En estos temas, el único punto que merece ser destacado es el relativo a la expresa autorización que efectúa la ley para proceder a la ejecución provisional de la sentencia; aunque en realidad—como demuestra el autor—la norma 10 del artículo 70 de LSA resulta superflua, pues con base en el artículo 1.786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hubiera podido decretarse también la ejecución provisional de la sentencia. El entero trabajo finaliza con un examen de las medidas cautelares y, en concreto, de la anotación preventiva de la demanda y de la suspensión de la ejecución del acuerdo.

GIOVANOLI, Mario, "Le crédit-bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique", París, 1980, Librairies Techniques. Prólogo de J. Hémard.

En esta monografía, Giovanoli lleva a cabo una exposición detallada de la configuración del *leasing* financiero en Alemania Federal, Francia, Bélgica, Suiza e Italia. Suministra, de forma ordenada y rigurosa, una extraordinaria documentación, de difícil acceso, y se adentra en el examen de la copiosa literatura jurídica que sobre el tema existe en los países referidos.

En relación con el *leasing* financiero, no tenemos conocimiento de que se haya realizado un estudio de Derecho comparado semejante al de Giovanoli. No realiza un examen comparativo breve y superficial, sino que expone con amplitud la problemática jurídica del *leasing* financiero en cada uno de los países citados. El análisis comparativo comprende las dos terceras partes de la monografía (aproximadamente 350 páginas).

En la última parte de la monografía (páginas 351-441), Giovanoli procede a un nuevo examen del *leasing* financiero. Expone los defectos que presentan todos los intentos de calificarlo como arrendamiento o compraventa. Estima que estos intentos conducen a un divorcio entre la realidad económica y su forma jurídica. Llega a la conclusión de que el *leasing* financiero implica un préstamo de dinero que hace la sociedad de *leasing* (*crédit-bailleur*) al usuario (*preneur*). En virtud de un mandato conferido por el usuario a la sociedad de *leasing*, ésta entrega la suma prestada al suministrador de los bienes, que es un tercero designado por el usuario. La propiedad de los bienes es adquirida por el usuario (mandante) en un "instante lógico", porque vende simultáneamente los bienes a la sociedad de *leasing* (venta en garantía). La sociedad de *leasing* va a ser la propietaria fiduciaria de los bienes durante el período fijado para la devolución del dinero prestado, de los gastos e intereses y del margen de beneficios. A lo largo de este período, el usuario conserva el goce de los bienes. Una vez que ha abonado a la sociedad de *leasing* la referida suma de dinero, el usuario adquiere el pleno dominio de los bienes. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el usuario no abone el último plazo (el denominado impropriamente "precio de opción de compra"), en cuyo caso no adquiere la propiedad de los bienes.

Las relaciones externas de la sociedad de *leasing* y el usuario con los terceros presentan una problemática peculiar. Giovanoli (p. 404) piensa que el suministrador de los bienes es un tercero.

El problema de las relaciones entre el suministrador de los bienes y el usuario es muy polémico. Después de exponer las diferentes teorías formuladas en la doctrina, afirma este autor que la sociedad de *leasing* actúa como mandatario del usuario cuando compra los bienes al suministrador. Existe un mandato de interés común (p. 408).

Frente a los restantes terceros, la protección de la sociedad de *leasing* está asegurada por la conservación de la propiedad de los bienes, que es oponible a los terceros en los supuestos de quiebra del usuario, enajenación de los bienes y constitución de prenda o hipoteca por el usuario. La oponibilidad está, además, asegurada por la publicidad registral

en el *leasing* de inmuebles. En el marco de *leasing* de muebles, sería conveniente la creación de un sistema organizado de publicidad; sin embargo, sólo en Francia se ha constituido el mismo.

La protección del usuario debe ser asegurada en los casos de quiebra de la sociedad de *leasing* y de venta de los bienes. La publicidad responde a esta necesidad en el *leasing* de inmuebles. En el *leasing* de bienes muebles, el usuario dispondrá de las acciones correspondientes para dirigirse contra la sociedad de *leasing*, y obtener la reparación del daño que ésta le ha causado. Según Giovanoli (p. 425), la protección del usuario es más eficaz en los países que vinculan la transmisión de la propiedad a la tradición, que en los otros. Nótese que el usuario es el poseedor de los bienes.

Finalmente, queremos destacar la extraordinaria riqueza de la monografía. Los anexos (pp. 443-530) evidencian la importante investigación que ha realizado Giovanoli; en ellos ofrece una documentación completa de los distintos textos legales, modelos de contratos, jurisprudencia y bibliografía existentes en los países señalados. Por este motivo estamos ante una obra de necesaria consulta, pues facilita extraordinariamente cualquier trabajo de investigación que se realice sobre el *leasing* financiero y suscita el planteamiento de numerosos problemas jurídicos. El orden en la exposición y el rigor en las citas, que hemos tenido ocasión de comprobar aumentan su valor.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Profesor de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid

MENENDEZ, J. A., IGLESIAS, J. L.: «Código de las Leyes Marítimas». Ed. «B. O. E.», Madrid, 1980, 2920 págs.

Cuando incluso la producción de normas se efectúa en masa—y son la complejidad del sistema social moderno y la creciente actividad del Estado quienes así lo demandan—la **racionalidad** constitutiva del ordenamiento (que como aporía sigue siendo válida) parece descolorirse ante los ojos de los operadores; éstos, en efecto, de frente a la siempre incansante marea de material normativo, con frecuencia sucumben a la confusión y al desistimiento. El derecho marítimo ciertamente no se sustrae a esta tendencia general; antes al contrario, la sufre de manera agravada, a causa de la creciente extensión que su objeto ha experimentado en el correr de los últimos años; de su muy estrecha conexión—en consonancia con el fenómeno anterior—with la cada vez más innovadora actividad organizativa de la Administración; y en fin, de la naturaleza compleja de sus instituciones en cuanto que integradas por normas de muy diverso signo (públicas y privadas; nacionales e internacionales; legales, consuetudinarias y uniformes, etc.). En el Derecho español la situación había llegado a ser verdaderamente preocupante y, sobre todo, disfuncional en la perspectiva de esa labor **disuasoria** que todo Derecho está llamado a cumplir. El Derecho debe ser **público** para

ser eficaz; o, lo que es lo mismo, correctamente conocido; y a nadie puede ocultársele que cuando las líneas maestras de un ordenamiento se desdibujan, sus normas no pueden ser rectamente «conocidas». Aquí compete al profesor explicar de nuevo la racionalidad, la *ratio profunda* del sistema; redescubrir, en una palabra, la estructura básica que da soporte y sentido a un conjunto determinado de disposiciones. Cabalmente, ese ha sido el propósito que ha guiado la labor de los profesores Aurelio Menéndez y Juan Luis Iglesias en la reconstrucción del sistema positivo del Derecho marítimo español; y el propósito ha sido cumplido con creces; el resultado difícilmente podría ser más satisfactorio. La obra —y me importa insistir en el hecho—, más allá de una colección o **compilación** de textos (un sistema de unidades diversas), re-conduce la infinidad de disposiciones que atiende al orden específico del **código** (una verdadera unidad de sistema), al que el calificativo de **privado** no resta en absoluto eficacia. Un código por lo demás moderno, pues ofrece (tanto al investigador como al profesional del Derecho —que a todos habrá de ser de enorme utilidad—) la estructura básica del Derecho marítimo de nuestro tiempo, cuyo centro de gravedad no es ya el **derecho del transporte autárquico**, como la tradición quería, sino la sugestiva idea de un **derecho general del mar**, más en consonancia con una inteligencia contemporánea de la disciplina, que pretenda superar las estrechas fronteras fijadas por el «comercio marítimo» y dar ingreso en su sistema a todo el Derecho público y privado de la navegación, así como a los logros paulatinos de la unificación internacional. Por lo demás, haciendo patente a través de la ordenación de los textos legales la racionalidad característica del ordenamiento autónomo del mar, se consigue certeza, unidad y orden y la consiguiente posibilidad de ahorrar mucho trabajo de información en la actividad del maritimista. A partir de la presente obra, en efecto, ya no resultará difícil conocer cuál sea la norma aplicable (y, con ello, el cumplimiento de su mandato); ni la interpretación lógica de las diversas disposiciones, que cobrarán un sentido suplementario insertas en su específico contexto normativo; ni siquiera, por último, la derivación de verdaderos principios generales del ordenamiento marítimo.

Por otra parte, al hilo de estas consideraciones, quisiera anotar también, como características destacada de la obra, ese equilibrio constante entre la actividad material (acumular la normativa dispersa y heterogénea, establecer vigencias, anotar concordancias, etc.) y la más ambiciosa tarea de proyectar un nuevo sistema del Derecho marítimo; y aquí, entre líneas, es dable observar la sugestiva propuesta que hacen los autores de cara a una reforma de la legislación relativa.

Por último, una breve referencia al contenido. La entera obra se articula en diez libros, los cuales, respectivamente, ordenan las materias relativas al (I) comercio marítimo; (II) la administración y organización del mar; (III) las personas que intervienen en el tráfico marítimo; (IV) el trabajo marítimo; (V) el buque y el crédito marítimo; (VI) el armamento y la explotación del buque; (VII) los riesgos marítimos; (VIII) la seguridad en la navegación; (IX) Derecho penal y procesal del mar, y (C') la navegación deportiva y las actividades subacuáticas. Tras ellos, un apéndice —como prueba de la sensibilidad de los autores frente al fenómeno de la **desnacionalización** del tráfico

por mar— que incluye aquellas reglas y usos uniformes que revisten interés para el maritimista. Se cierran los casi tres millares de páginas de la obra, con más de doscientas dedicadas a la sistematización cronológica de las disposiciones y a la elaboración de un detalladísimo índice analítico, que, por si lo demás no fuera ya testimonio palmario del esfuerzo derrochado, viene a darnos cuenta, por vía de síntesis, de la magnitud de la obra.

CÁNDIDO PAZ-ARES

MENGHINI, Luigi: «Il lavoro a termine (Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni ottanta)». Milano, 1980. Editorial Giuffrè. Un volumen de XVI + 493 págs.

Estamos ante una obra de gran interés, tanto para el laboralista como para el civilista español, debido a su tratamiento doctrinal, legal y jurisprudencial, como por la actualidad social, económica y política que implica esta relación del llamado «trabajo a término», «a tiempo determinado» o «por un tiempo determinado». Ante situaciones muy análogas y paralelas a las italianas en el ámbito laboral español, este estudio nos adelanta y prepara para hacernos meditar sobre el análisis de su problemática, de su desarrollo y de sus soluciones.

El autor, que parte del texto legal italiano dado en 1962 para regular el contrato por tiempo determinado, hace ver cómo, entonces, su finalidad fundamental era combatir el fraude del despido y evitar una utilización injustificada del trabajo temporal. Ante un cambio radical de la situación que presenta la década de los años setenta, al agravarse progresivamente la crisis económica e introducirse una tutela más garante de los puestos de trabajo con un nuevo clima social ayudado por las fuerzas políticas y sindicales y, sobre todo, para favorecer la ocupación juvenil, así como para lograr una modalidad entre un sistema de «rigidez-flexibilidad» en el empleo de los trabajadores, la relación de trabajo por tiempo determinado va a ir adquiriendo nuevas posibilidades y una interpretación jurisprudencial que la harán más apta para desempeñar una función nueva en el control del uso de la fuerza laboral; sobre todo, ante la crisis de trabajo que la década de los años ochenta nos depara, el autor cree que con esta modalidad laboral a término se podrá hacer frente a la situación anterior de desempleo con nuevas contribuciones para las exigencias empresariales actuales y las sindicales, alcanzando un empleo más flexible de la mano de obra, garantizando un uso correcto del trabajo por temporada de modo que se puedan conseguir relaciones más estables y se aumente la productividad de la empresa, así como el frenar el último recurso a un mercado secundario de trabajo. Con esta relación laboral a término se pueden ver satisfechas ciertas necesidades especiales de unas fases de trabajo, como ocurre para la ocupación juvenil o para evitar otras relaciones irregulares de trabajo.

La obra, dividida en seis capítulos, aborda una sistemática completa del trabajo a término, comenzando por las disposiciones normativas dadas en

la década de los años sesenta, especialmente a partir de la Ley núm. 230. Se continúa con un desarrollo de esta Ley de 1960 y de las disposiciones normativas posteriores donde se estructura y concreta la forma de este contrato a término y como viene condicionado ante la crisis ocupacional y las nuevas actitudes de las fuerzas sociales y políticas. Especial atención le dedica el cuarto capítulo a las ventajas que aporta este tipo contractual para la ocupación juvenil, bien en su fase preparatoria como de iniciación laboral. El quinto capítulo nos muestra las recientes innovaciones legislativas que se introducen en la disciplina del contrato a término, para concluir en el sexto con una serie de pronósticos de esta modalidad ante la década de los años ochenta, sus perspectivas de reforma y sus nuevas líneas interpretativas.

La obra no entra en el análisis del contrato a término para los ámbitos de la agricultura o de los funcionarios del Estado, ni tampoco en cuanto a las relaciones laborales temporales que puedan contraer los directivos de empresa. En cambio, sí se ha dedicado a estudiar otros problemas desde un punto de vista más teórico, como las cuestiones relativas a las consecuencias derivadas de la declaración de ilegitimidad del término, o bien de la unidad en cuanto a la relación de trabajo, así como las referentes a la regulación del despido hecho antes de tiempo.

JOSÉ BONET CORREA

MOLINA GARCIA, Antonio: "La resolución de la compraventa de inmuebles", Madrid, Editorial Montecorvo, 494 págs.

Antonio Molina García en estas páginas ha realizado un estudio fundamentalmente jurisprudencial del artículo 1.504 del Código civil, estudio que divide en diez capítulos.

Comienza haciendo algunas consideraciones acerca de la condición en las obligaciones, su configuración histórica y el estado de la cuestión en la doctrina, para pasar después a realizar un estudio comparativo entre los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil. Ante estos preceptos se pregunta si son de aplicación conjunta, si más bien se complementan o si por el contrario se excluyen.

Tras abordar esta cuestión pasa a examinar el sentido y la finalidad del artículo 1.504 del Código civil, poniendo de relieve cómo éste constituye un derecho de carácter personal para el vendedor. En estas consideraciones analiza la relación existente entre dicho artículo y el 1.255. Luego se ocupa de los requisitos necesarios para la aplicación del precepto; entre otros: que el vendedor haya cumplido, que la falta de pago sea la única obligación, que el contrato esté consumado, que la obligación tenga un plazo de vencimiento, que éste no sea imposible de cumplir, que se practique el requerimiento..., etc.

Este requisito es el que va a tratar posteriormente con más detalle, dedicándole tres capítulos del libro. En este empeño examina el concepto de requerimiento, sujeto que lo practica, momento y forma en que ha de realizarse.

En el capítulo octavo se detiene en el estudio del precio del que se habla en el artículo 1.504 del Código civil, dedicando algunas páginas al análisis de su efectividad. Sigue luego el examen del plazo para el pago, su cómputo y la situación de mora, para concluir con unas breves puntualizaciones acerca del aspecto registral. En concreto, analiza los preceptos hipotecarios que están en una más íntima conexión con las cuestiones suscitadas (art. 2 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento).

MARÍA DÍAZ DE ENTRE-SOTOS Y FORNS

MOSSET ITURRASPE (J.) y MOISSET DE EPANES (L.): «Contratación inmobiliaria». I. Intermediación en los negocios inmobiliarios. II. Vicios de la contratación. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1980.

El estudio que traemos a recensión consta de tres partes y no de dos, como señala la portada, pues a los dos temas de intermediación y vicios de la contratación se le añaden el del uso de paredes y azoteas de un edificio para la publicidad. Esto lo explica magistralmente uno de los autores, Luis Moisset de Espanes, en el prefacio del libro. Los trabajos son producto de un ciclo de conferencias que se dictaron en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y el expuesto por el Dr. Orelle, que versaba sobre el tema del fideicomiso, no pudo concluir su colaboración. En sustitución del mismo el tercer capítulo del libro lo integra el trabajo sobre la publicidad en paredes y azoteas de un edificio.

Voy a seguir en esta recensión el orden de los trabajos, aunque si me dejase guiar por el sentimiento y no por la aplicación del principio «prior tempore...», destacaría en primer lugar los dos últimos, cuyo autor es mi buen amigo Luis Moisset de Espanes, que, en mi visita a su Córdoba natal, en tierras argentinas, puso tal cúmulo de atenciones y tal calidad de sentimientos que todo ello se ha convertido para mí en un recuerdo imborrable. Ver su Seminario de Derecho en la Universidad, oírle cómo explicaba las maravillosas bellezas del salón de grados y la valiosa biblioteca, aparte de conocer su cuarto de trabajo, son cosas que vinculan mucho para salvar la distancia que nos separa.

Mosset Iturraspe aborda el tema de la intermediación en los negocios inmobiliarios que, según se afirma en el prefacio, apenas tiene estudios anteriores en la doctrina jurídica argentina. Cosa que también puede predicarse de la nuestra, ya que, al filo de pronunciar una conferencia sobre «El tráfico inmobiliario en la Ley del Suelo» ante el Cuerpo de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, me vi y me deseé para llenar de naturaleza jurídica el «contrato de corretaje». El Profesor Mosset allana el trabajo y con su investigación nos brinda ciertas soluciones para muchos de los problemas. Me ha llamado mucho la atención los términos de «martillero o rematador» que se utilizan para distanciar la figura del intermediario de otras, y lo curioso del caso es que las acepciones utilizadas no pueden ser más propias para señalar lo que nosotros llamamos corrientemente «subastador». El estudio tiene tres

partes, que responde a una exposición de antecedentes, una explicación de lo que el autor llama relación externa y una última referida a la relación interna.

En la parte referida a los antecedentes, aparte de señalar la carencia de estudios, apunta la figura romana del gestor de negocios ajenos sin mandato en sus diferentes modalidades para enfrentarla con la multiplicidad de variantes que se dan en los momentos actuales. Por relación externa entiende el autor la que se establece entre las partes en el negocio principal o definitivo; ello le permite incluir en el estudio los diferentes negocios en los cuales se ejerce la intermediación, según sean de disposición o administración. Fundamentalmente se enfocan los problemas en torno a la compraventa, localización de inmuebles y construcción de edificios. En lo que el autor llama relación interna o la que se crea entre una de las partes y el intermediario, como resultas del precontrato o contrato preliminar, destinado a posibilitar el definitivo, estudia las diferencias conceptuales de la figura del intermediario con otras y los cuatro puntos fundamentales del negocio: los encargos y las ofertas, las facultades del intermediario, la retribución y la duración de la intermediación. Termina su trabajo señalando dos lagunas normativas que a su juicio son importantes: la intermediación fiduciaria y el «pacto de reserva» en la contratación inmobiliaria.

Moisset de Espanes titula su primer estudio con el genérico de «Vicios de la contratación», para volcar sobre su contenido tres temas que él domina y ha desarrollado con singular maestría: la teoría de la imprevisión, la lesión y el abuso del derecho. Temas todos ellos de singular importancia y que sólo pueden ser expuestos por quien maneja con fluidez la Ciencia del Derecho. En la teoría de la imprevisión, nacida curiosamente para frenar el impacto del fenómeno inflacionista, hace una aplicación del problema de la moral, de la inflación estructural e inflación coyuntural, para llegar a un último punto donde, comparando la palabra dinero del Código Vélez con su actual concepción, estima inaplicables las soluciones previstas en el Código.

El enfoque de la problemática de la lesión lo hace distinguiendo la teoría de la imprevisión del fenómeno de la lesión. Mientras allí hay un contrato perfecto, en la lesión existe un vicio inicial que afecta al acto jurídico. En el estudio se abordan los problemas de los elementos subjetivo y objetivo de la misma, con sus posibles implicaciones e incidencias. Por lo que se refiere al abuso del derecho el trabajo cobra relevancia cuando, después de exponer magistralmente su estructura conceptual, la aplica a la propiedad horizontal.

La tercera parte de la obra, que versa sobre el derecho de usar paredes y azoteas de un edificio para la publicidad, es estudiada por Moisset de Espanes en su tremenda disyuntiva —que pone en serios aprietos nuestra calificación registral— de si estamos ante un derecho real o personal. Ante el problema abre un conjunto de soluciones, según la configuración, pero lo alarmante es el caso de que el constructor se «reserve» el uso publicitario. Particularmente creo que eso no sería inscribible cuando la inscripción se pretenda hacer a favor del constructor, pues reservarse un uso en algo que es suyo, implica un contrasentido. El problema surge cuando existe un adquirente del piso.

RAMOS MENDEZ (F.): «La anotación preventiva de demanda». Librería Bosch. Barcelona, 1980.

No siempre el legislador ha comprendido que el ordenamiento jurídico es un todo que exige una debida armonización dentro de cada una de las disposiciones que lo componen, pues de nada servirían, por ejemplo, el principio de publicidad registral si desde el campo administrativo se regula una materia abiertamente contraria a dicho principio. En nuestra patria esto ha sido frecuente, sin querer ver que la finalidad de las instituciones deben ser aprovechadas al máximo, tratando de aplicarlas a las nuevas figuras u ordenaciones que surjan en la vida social. Esto no ha sucedido, sin embargo, con la anotación preventiva de demanda que en su estudio RAMÓN MÉNDEZ califica como la solución óptima para adecuar el Derecho procesal y el registral. El acierto de la monografía que reseñamos es el de haber sabido destacar este punto clave, que se deja ver en esta frase del autor: «Se arbitra la fórmula para incorporar el proceso al Registro, para dar publicidad al proceso mediante el propio Registro. De esta manera al lado de cada situación registrada pueden hacerse constar las diversas vicisitudes de su litigiosidad. El medio técnico empleado es la anotación preventiva.»

Dentro de los estudios que se dedican al Derecho hipotecario, Derecho inmobiliario registral o solamente registral, siempre ha tenido fama de oscuro el concepto de la «anotación preventiva». Hay que esperar a que históricamente CAPÓ BONAFUS abriera el abanico de su clasificación para que la técnica hipotecaria llegase a una plena precisión del concepto. El estudio que ahora comentamos no hace más que aportar nuevos matices a una de las muchas modalidades que se recogen en nuestro ordenamiento sobre anotaciones preventivas.

El estudio monográfico abre su primera parte a unas concepciones generales sobre la publicidad registral y los sistemas que frente a las demandas judiciales se adoptan en las diversas legislaciones. De nada serviría el entablar una demanda judicial con base en una acción real si por el juego de la publicidad registral la finca perseguida o en litigio hubiese pasado a un tercero protegido por el principio de fe pública registral. Para hacer efectiva la realidad de una demanda triunfante sobre un inmueble inscrito en el Registro es preciso que conste por algún medio idóneo la existencia frente a todos de la demanda. Este simple juego es el que no ha podido asimilar el legislador administrativo al tratar de regular el difícil problema del urbanismo.

A cuatro notas reduce el autor las características de las anotaciones preventivas de demanda: ser un asiento registral, vigencia limitada temporalmente, publica la dependencia de un proceso y recae sobre una situación registrada o registrable. Sobre estas notas, y partiendo de la publicidad en su sentido de mera noticia, de cristalización en el principio de fe pública y como medida cautelar, distingue dos grupos de anotaciones preventivas de demanda, según lo sean de mera publicidad o de carácter cautelar.

Dentro de las primeras estudia las que llama anotaciones de procedimiento que recogen tanto la Ley como el Reglamento del Registro Civil, la anotación preventiva de solicitud de quiebra y la de suspensión de pagos.

Entre las anotaciones preventivas de carácter cautelar estudia las que tienen por base una demanda en la que se ejercita una acción real; la discusión doctrinal, jurisprudencial y práctica de las anotaciones de demanda en la que se ejercitan acciones de carácter personal, las anotaciones preventivas de contenido puramente registral (de declaración de validez de título, de ineffectuacía sobre alguna cancelación, rectificación de Registro y preferencia sobre dos títulos contradictorios presentados al mismo tiempo) y la anotación preventiva de demanda de incapacidad.

Estas clasificaciones, precisiones de conceptos y aspectos generales los trata el autor en los seis primeros capítulos de su trabajo, para luego dedicar los siguientes, hasta el once, a precisar la eficacia de las anotaciones preventivas frente a los asientos anteriores o posteriores, los presupuestos que toda anotación debe tener para poder ser exigida (interposición de demanda, que afecte a situaciones registrables, «periculum in mora», principio de prueba y fianza), procedimiento para su solicitud y práctica, duración y modificación, así como el tema de su extinción.

Confieso que a mí la obra me ha servido de mucho, pues ando en esa deportiva tarea de estructurar en unos estudios unas contestaciones a los programas de oposiciones a Registros y Notarías, pero debo concretar que la obra vale como elemento de consulta y trabajo, pues aparte el esquema que ofrezco de su contenido lleva unas cuidadas referencias a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y Audiencias Territoriales, aparte de las Resoluciones de la Dirección General que se manejan. Tablas de todo ello, así como un índice bibliográfico de obras utilizadas completan el estudio de la singular figura de la anotación preventiva de demanda.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

STAUDER, Bernd: «La vente à tempérament et son financement dans le Marché Commun. III. Le Droit allemand». Namur y Bruxelles, 1977. Société d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques y Maison Fd. Larcier. Un volumen de 435 págs.

Las ventas a plazos tienen ya una intensa historia desde que el mundo industrial y financiero contemporáneo fue concediendo mayores márgenes al crédito, según nos pone de relieve de manera penetrante esta serie monográfica dedicada a la venta a plazos en la normativa de los diversos países que integran el Mercado Común.

Para el Derecho alemán, el estudio del ilustre privativista y mercantilista, profesor Stauder, es una buena muestra del saber dar a conocer y profundizar en un tema cuya vertiente financiera y fiduciaria necesita de una particular regulación jurídica. Para su estudio, el profesor Stauder sistematiza su obra en cinco grandes apartados o capítulos. El primero, que lleva por título, «la operación a plazos y su financiación», nos concreta el concepto de operación a plazos, su evolución histórica hasta la actualidad para concluir destacando la importancia económica de la operación a plazos y su financiación.

En el segundo apartado se comprenden «los aspectos jurídicos de la operación a plazos autofinanciada», donde se desarrollan los principios y el campo de aplicación de la Ley sobre la venta a plazos, la formación del contrato, su formalismo, los derechos y obligaciones del adquirente y los defectos de ejecución del vendedor y del adquirente. Mención especial se dedica a la reserva de propiedad como garantía del vendedor en los casos de embargo y quiebra del adquirente y al aspecto de la competencia a propósito del artículo 6 de la especial «Ley de los negocios a plazo» (AbzG).

En el tercer apartado de esta obra, se continúa el estudio de «los aspectos jurídicos de la operación a plazos con financiamiento por terceros», sus problemas y posibles soluciones, la formación del contrato, los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de venta, en el contrato de préstamo y en llamado «contrato-marco»; además, se analizan los defectos de ejecución, la transferencia fiduciaria de la propiedad como garantía de la institución de financiamiento en caso de ejecución forzosa sobre la cosa vendida y a la quiebra del adquirente, la aplicación del artículo 6 de la Ley especial, así como la operación cambiaria y sus particularidades.

El cuarto apartado está dedicado a la venta financiada por los terceros concretamente sus aspectos referentes a la aplicabilidad de la Ley de la venta a plazos, el préstamo para instalación, el pequeño crédito personal y el crédito a fondo descubierto.

El capítulo o apartado quinto abarca los aspectos del Derecho público de las operaciones a plazo y las formas de su financiación, especialmente su tratamiento en el Derecho penal (sus normas en la Ley especial y en el Código general), el Derecho sobre control bancario (los estatutos y reglamentos bancarios y sus condiciones generales de contratación en cuanto a los préstamos a plazos), así como la importancia de los aspectos de Derecho público en cuanto a la concesión de créditos de consumo.

Esta amplia monografía sobre la venta a plazos se concluye con el resumen de las perspectivas que presenta en su futuro desarrollo. A ella, se han añadido una serie de anejos con los cuales el lector podrá apreciar el carácter documental de la práctica alemana, además de la legislación especial sobre la venta a plazos, los documentos de la práctica bancaria, así como la documentación bibliográfica, la jurisprudencia y un índice de materias.

JOSÉ BONET CORREA

TOMMASO ALIBRANDI-PIER GIORGIO FERRI: «I beni culturali e ambientali». Giuffre, Editores, Milano, 1978.

Este libro, nueva aportación entre las muchas que la doctrina italiana viene haciendo a la temática medioambiental desde los diversos sectores del ordenamiento jurídico, se encara con el problema que presenta la construcción de un concepto o categoría jurídica unitaria de los «bienes culturales y ambientales». La denominación para este tipo de bienes no se escoge arbitrariamente, sino que se adopta el término empleado para la creación de un nuevo Ministerio en Italia para los «bienes culturales y ambientales». La perspectiva del

análisis se hace siempre desde el ángulo del Derecho público y entre las diversas construcciones intentadas por la doctrina, se escoge la de «bienes de interés público» y de «división de la propiedad», con el fin de superar la distinción entre propiedad privada y propiedad pública o demanio, intentando satisfacer así la idea de un régimen jurídico unitario.

Para realizar esta labor, los autores llevan a cabo un estudio serio y profundo de los regímenes jurídicos existentes sobre el patrimonio histórico artístico y las bellezas naturales, regulados en sus aspectos fundamentales, por las Leyes de 1 de junio de 1939 (núm. 1.089) y 21 de junio de 1939 (núm. 1.497), respectivamente. De los mismos, se tratan de extraer las líneas básicas para la construcción de la categoría unitaria de los bienes culturales, por un lado (patrimonio histórico artístico) y de los bienes ambientales por otro (bellezas naturales; paisaje; naturaleza). Se pone de manifiesto la dificultad del empeño como consecuencia, casi fundamentalmente, de la diferencia de trato, que de «lege data» tienen los distintos bienes, ya sean culturales o ambientales, según aparezcan atribuidos al Estado o a los particulares, y de la distinta naturaleza y composición de los elementos a proteger.

A lo largo de la obra, y a mi entender, punto fundamental de la misma, se analiza la posición de los particulares, tanto frente a las diversas regulaciones de los bienes a proteger, que normalmente imponen todo tipo de límites, obligaciones y deberes en general de diversa naturaleza, como frente a los actos de la Administración y demás particulares, que vulneran lo legal o reglamentariamente estatuido. Se sienta el principio «general» de que la vinculación de los derechos de los particulares, a las diversas reglamentaciones, no origina indemnización, pues se trata de un límite al goce del particular sobre la cosa que nace de la propia esencia de la misma y no de ninguna consideración extraña a ella. Se sienta también como «principio», el que dado que la tutela de los diversos bienes analizados se monta sobre la base de un interés colectivo sin tener para nada en cuenta los intereses particulares, los terceros ajenos a la cosa (que no sean propietarios; usufructuarios o cualesquiera otros que ostenten un poder sobre la misma), ni tienen derecho a configuración ni un derecho a obtener indemnización, ni siquiera un interés legítimo para recurrir frente a los actos de la Administración si el bien se deteriora o desaparece. Tal regla que aparece como general, parece haber sufrido alguna alteración por parte de los Tribunales que han llegado a admitir la existencia de un interés legítimo para accionar frente a la Administración a aquellas personas portadoras de un interés distinto al goce general «uticives» respecto a los bienes en cuestión, así como también a aquellas asociaciones (ITALIA NOSTRA) que al haber recibido el reconocimiento gubernativo respecto a sus fines, derivan de ello una posición diferente respecto al ciudadano común, que no ostenta título alguno, salvo el pertenecer a la comunidad nacional, para accionar un «interés público difuso».

Junto a los dos puntos expuestos, que considero esenciales en el análisis (construcción unitaria de los bienes culturales y ambientales; posición de los particulares respecto a la tutela y goce de los mismos), la presente obra se ocupa de otras muchas cuestiones, como organización administrativa, procedimientos para establecer la vinculación de los distintos bienes ya sean propiedad particular o pública y procedimiento sancionador, que la convierten

en un instrumento de gran utilidad, no sólo desde el punto de vista del Derecho comparado, sino también desde el punto de vista de un ensayo de Derecho público sobre la construcción de una categoría de bienes de tanta importancia para la comunidad.

CÉSAR SEMPERE RODRÍGUEZ

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «*Estudios de Derecho sucesorio. II. Interpretación de testamentos. Lo literal, lo tácito y lo conjectural en las mejoras y fideicomisos. Cláusulas cautelares expresas y tácitas*». Madrid, 1981. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 536 págs.

La abundante obra monográfica del profundo y laborioso civilista Vallet de Goytisolo, sobre los diversos aspectos del Derecho sucesorio español, publicada en diversos lugares y ocasiones, es ahora agrupada sistemáticamente por el propio autor y ofrecida en estos espléndidos tomos, donde se puede seguir su infatigable y gran labor interpretativa y desveladora de nuestro ordenamiento positivo, así como de la doctrina científica y jurisprudencial.

Este segundo tomo está distribuido en dos amplias partes: una, sobre las «disposiciones de última voluntad: su interpretación» y, otra, sobre «lo literal, lo tácito y lo conjectural en la interpretación de los testamentos».

En la primera parte se ofrecen dos aspectos de gran interés: el que se refiere al valor de las notas autógrafas sin fecha y sin firma y el que trata sobre la designación del comisario, la facultad de mejorar y la facultad de determinar la cosa objeto de la mejora. A continuación, se aborda lo enunciativo y lo dispositivo en los testamentos y lo referente a la sustancia de la disposición o a su ejecución, prestación o restitución, así como a las circunstancias extrínsecas e interpretación de los testamentos. Además, lo propiamente dispositivo y lo ejecutivo o particional ordenado por el testador y su posible discrepancia. En el siguiente estudio abre la interrogante: ¿Cabe atribuir funciones interpretativas del testamento a los contadores partidores?; después de establecer los límites, añade unas notas para la interpretación del artículo 863 del Código civil en relación con la intención del testador.

En la segunda parte se encuadra, bajo el título de la interpretación de los testamentos, sus aspectos literal, tácito y conjectural. Fundamentalmente, se estudia la mejora tácita, a la que dedica un amplio análisis; le sigue una consulta escrita hecha a propósito de una pregunta sobre si los hijos puestos en condición en una sustitución recíproca «*si sine liberis desesserit*», ¿están llamados como sustitutos vulgares «*in fidelcommisso*»? A continuación, este ilustre autor añade unas penetrantes notas sobre la interpretación del artículo 783, párrafo 1 y 785, núm. 1 del Código civil, así como un dictamen sobre la determinación de sustitutos *si sine liberis decesserit*: una interpretación del artículo 769 del Código civil, para concluir con una consulta a propósito de la determinación del fideicomiso condicional: enajenación de bienes fideicomitidos «*pendentem conditionem*».

Por último, sobre las cláusulas testamentarias cautelares, expresas y tá-

citas, Vallet estudiará la perspectiva histórica de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima para concluir con el amplio análisis de la llamada «cautela socini» tácita o legal, de su perspectiva histórica y de Derecho comparado (francés e italiano).

Tres índices muy completos de autores, de conceptos y el general, cuidan el manejo y búsqueda de la abundancia de datos y fuentes para este volumen.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTA DE REVISTAS

A cargo de José Ramón ANTON RIESCO

ARECHEDERRA, Luis: «El retracto arrendaticio rústico y la aportación a sociedad de una finca rústica». R.D.N. núm. CV-CVI, julio-diciembre 1979, páginas 7 y ss.

El retracto arrendaticio urbano y el rústico presentan, a no dudarlo, diferencias esenciales de orden técnico. En efecto, la inspiración social común es evidente; sin embargo, el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, prevé el retracto «en todo caso de transmisión a título oneroso»; el artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos contempla de forma más específica los supuestos de venta o cesión solutoria como presupuestos sobre los que opera el retracto arrendaticio urbano.

El autor, después de esta introducción donde se condensa toda la trama del trabajo examina la naturaleza jurídica de la aportación a sociedad y en el epígrafe siguiente del mismo estudia la figura a través del Código civil, el Derecho foral, las leyes especiales y sienta la conclusión de que el supuesto clave es la enajenación donde se cuenta el título de la misma enajenación, se especifica el tipo negocial con manifiesta intención restrictiva, a veces se establece el procedimiento para determinar el valor real de la finca y el artículo 1.521 establece el término subrogación como efecto del ejercicio del retracto.

La naturaleza jurídica de la aportación a sociedad es objeto de examen con posterioridad y efectivamente se recogen las posturas de los autores que han escrito sobre la materia, desde Martínez Almeida hasta López Jaicoste, Cámara, Bérgamo y Hernández Gil, no sin resumir las de autores extranjeros como Ferri y Simonetto. A renglón seguido se enumeran los negocios jurídicos que dan origen al derecho de retracto, para después de estudiar el retracto y la subrogación manifestar el interés público y privado y la técnica del retracto para realizar una pequeña recapitulación antes de entrar en el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General, examinando un supuesto de la Audiencia Territorial de Pamplona.

La cuestión de la personalidad jurídica de las sociedades es investigada seguidamente para pasar a estudiar y examinar la cuestión a la luz del proyecto de ley de arrendamientos rústicos, hoy texto legal que el autor cita en el proyecto como artículo 88 y hoy 89, donde se establece que en este

caso el arrendatario podrá ejercitar el tanteo y retracto en los mismos términos que en otros supuestos, mejor dicho la ley habla de derecho de adquisición preferente en los mismos términos que para el tanteo y retracto, en los casos de donación, aportación a sociedad, permuta, adjudicación en pago o cualesquiera otros distintos de la compraventa. Con ello señala además un caso especial de fijación del precio «deberá el arrendatario pagar el precio justo de la finca, determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de expropiación forzosa.

CAMARA ALVAREZ, Manuel: «Contribución al estudio del 464 del Código civil». R.D.N. núm. CIV, abril-junio 1979, págs. 7 y ss.

Con una especial y cariñosa dedicatoria a don Rafael Núñez Lagos da comienzo este trabajo, claro como todos los de su autor, dedicados a examinar toda la problemática de esta materia que tiene por objeto el tan traído y llevado artículo 44 del Código civil.

Tres grandes apartados son los que el autor examina en su estudio: alcance y problemática implícita en el artículo 464 del Código civil, la interpretación del precepto y la recapitulación final y conclusiones.

Por lo que atañe al primero, plantea la eterna cuestión de los casos a que se aplica, pero aquí en este caso Cámara, va más allá al examinar los porqués de la justicia distributiva al amparo del Derecho Natural. Todo ello se plantea, dice el autor, a la luz de la justicia distributiva, sin olvidar los intereses del tráfico jurídico, consideración que ha dotado de instrumentos de publicidad a los medios del Derecho, entre los que tiene especial importancia el Registro de la Propiedad.

La parte segunda se dedica a examinar la interpretación del artículo 464 del Código civil, si bien en este apartado, se estudian el estado actual de la cuestión, la razón de la dificultad, con especial referencia a los antecedentes del artículo 464 del Código, haciendo especial mención del libro de José María Miquel que aporta un nuevo campo a la luz del Derecho histórico, se sigue con la interpretación sistemática del propio precepto, deteniéndose especialmente en una aclaración previa consistente en centrar el examen sólo en el artículo 464, si bien sin olvidar otras apoyaturas que pueden venir en favorecimiento de estos argumentos.

La interpretación sistemática del artículo 464 continúa con el examen del artículo 976, el 1.160 y los artículos 1.295 y 1.540, pasando por preceptos como el 1.765, 1.778, 1.897 y terminando con el 1.962.

La interpretación del propio artículo 464, como una entidad considerada en sí misma es objeto de examen a continuación, a través del planteamiento, el examen de la primera proposición del propio precepto, haciendo especial refutación de tesis mantenidas a su amparo.

El examen del verdadero sentido del artículo 464 en lo tocante a privación ilegal según el autor es la sección siguiente antes de entrar en el tema del desarrollo legislativo posterior del precepto, con especial detenimiento en los derechos reales mobiliarios de garantía y la venta con pacto de reserva de dominio.

Se añade al examen del precepto un nuevo enfoque a través del estudio teleológico, para entrar a continuación en la recapitulación final, señalando una serie de requisitos para la protección del poseedor de buena fe frente a la reivindicación directa y frente a la reivindicación indirecta.

GARRIDO PALMA, Víctor Manuel: «Oportunidad de un derecho sucesorio agrario». R.D.N. núm. XIV, abril-junio 1979, págs. 211 y ss.

El tema del campo se plantea para el jurista con unas notas y condicionamientos especiales, y para el notario con una especialidad típica: la de sufrir con los que sufren sus propias miserias y calamidades si es tal notario y confidente.

Es curioso que en todas las regiones españolas como señala el autor ya antes señalara Menéndez-Valdés Golpe, no hay hijos ni interesados en continuar la casa, porque las condiciones de vida cada vez son más peyorativas y la vida rural menos humana y más incómoda.

El jurista español tropieza además con varias legislaciones civiles, dificultades de precisión sobre lo que se entiende por explotación agrícola, la diferente configuración que dentro del Código civil tiene cada uno de los bienes según su naturaleza, la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales y los problemas de orden sucesorio sobre la posibilidad de conservar intacta la explotación.

El autor se muestra partidario de evitar alguna de estas dificultades a través de una mayor aplicación del artículo 831 del Código civil. Hacemos especial advertencia de que en este caso se ha de tener en cuenta la modificación de la Ley de 13 de mayo de 1981, en cuanto al tema.

El carácter privativo del bien es objeto de análisis por el autor empeñado en que en este caso el problema tiene más solución, lo cual es cierto; pero ello no vendrá a solucionar los problemas del campo, sino únicamente a darles una versión jurídica, carente la mayoría de las veces de contenido económico o socio-económico.

El régimen sucesorio a través de la cautela socini es objeto de examen con posterioridad, pero ¿basta con ello?, creemos que no, puede ser solución, pero la solución total no tiene que venir del campo del Derecho, ni el usufructo universal, ni el 831, ni el heredamiento en cualquier forma que ello ocurra es la solución o panacea del campo. Por otro lado, como el autor admite, dentro del código civil topamos con el sistema de legítimas que retrae y perjudica gravemente interfiriendo la cuestión, si bien en Derecho agrario encuentra alguna atemperación como el artículo 42 de la Ley de Reforma y desarrollo agrario.

Pueden ser medios para tratar el problema, entre otros, la partición por el testador del 1.056 del Código civil, la mejora en cosa determinada, o bien la solución del propio Código en el 1.062.

Finaliza este estudio con el examen o recapitulación final, no sin antes hacer una breve referencia a la materia de arrendamientos rústicos, opinando que es necesaria una reforma del Código civil con algo de los principios informadores del Derecho foral, en orden al mantenimiento de la casa o explotación agrícola.

LUCAS FERNANDEZ, Francisco: «La instrumentación jurídica de los préstamos sindicados internacionales. R.D.N. núm. CIV, abril-junio 1979, páginas 235 y ss.

El presente estudio es la ponencia presentada por su autor al Seminario de Préstamos sindicados internacionales organizado por el Consejo Superior. Bancario el mes de junio de 1979.

El trabajo, que es eminentemente práctico, se refiere especialmente a cuestiones positivas y pragmáticas de evidente interés empírico.

En primer término, se centra en el examen del requisito de la autorización administrativa, para lo cual es competente si se trata de préstamos en pesetas, la Dirección General de Transacciones exteriores; si se trata de préstamos en divisas, el Banco de España.

No obstante, el autor trata de aclarar toda la maraña de disposiciones de esta materia, en la que él es un destacado especialista, deteniéndose especialmente en las normas constituidas por el Decreto de 24 de julio de 1970 y la orden de 9 de julio de 1971.

Es digno de hacerse constar la presentación de la documentación a los efectos de obtener un préstamo de esta naturaleza, para lo cual se refiere a la obra de Alvarez Pastor y Eguidazu, donde se sientan las bases o premisas de la misma, en torno al sentido práctico de la eficacia.

La forma del contrato es la segunda de las partes de este estudio, pues el mismo se considera una modalidad de inversión extranjera en España. Recoge la opinión de Escardó Gandarillas sobre la necesidad de la escritura pública notarial y como forma más ventajosa para los interesados.

La posibilidad de que se hagan documento privado es examinada igualmente por el autor, al igual que a veces la elevación a pública del documento privado.

Finalmente, se detiene de forma especial en señalar los requisitos mínimos que debe tener una escritura de préstamo de este tipo y las menciones principales de la misma, a todos los efectos.

Así, la comparecencia, la intervención, el carácter de la representación, tanto si es orgánica como en otro caso, de representación legal o voluntaria, traducción de los documentos que se incorporen a la escritura matriz por persona que tenga capacidad para ello, y en especial el contenido del negocio jurídico, dentro de él, cláusula de sumisión al Derecho extranjero, sumisión a Tribunales de este tipo, las prestaciones de las partes interesadas, cláusulas de «pari passu» o de «negative ledge».

El autor afirma como conclusión que en esta materia se ha avanzado, pero que se dista mucho aún de poder permanecer parado a la vista de la realidad cambiante de cada día y de las especialidades del tráfico mercantil internacional.

LUCAS FERNANDEZ, Francisco: «Aumentos y reducciones de capital en sociedades españolas con capital extranjero». R.D.N. núm. CIX-CX, julio-diciembre 1980, páginas 7 y ss.

Dos grandes apartados constituyen el objetivo básico y principal: de un

lado, los aumentos de capital, de otro, las reducciones del mismo en las sociedades que dan origen al contenido del título.

Por lo que se refiere a las primeras, partiendo del análisis del artículo 5.^º de la Ley y del 5.^º del Reglamento, el autor sienta las bases principales en torno a los siguientes temas.

1.^º Especial consideración del ejercicio del Derecho de suscripción preferente acciones por el extranjero. El ejercicio de los derechos debe realizarse de tal suerte que él mismo no vulnere las normas imperativas. Si se trata de sociedades en que la participación se halla limitada a un determinado porcentaje, el ejercicio del Derecho no vulnerará las normas que establecen dicho porcentaje. En síntesis se trata de una nueva inversión.

2.^º Examen de diversos supuestos de aumento de capital liberalizado. No es necesaria la autorización administrativa: a) cuando se trate de sociedades en que el porcentaje de capital extranjero no supere los límites del 50 por 100 o del que le sea aplicable según su legislación específica, b) sociedades regidas por el Decreto de 31 de octubre de 1974, c), aumentos de capital regulados por el Decreto de 26 de noviembre de 1976, d) otras inversiones en forma de aumento de capital con los siguientes tipos: 1, sociedades españolas que tengan participación extranjera en su capital en virtud de autorización administrativa individual, 2, sociedades españolas acogidas a lo dispuesto a los artículos 1, 2 y 3 del Real Decreto de 3.099/1976, y 3, sociedades acogidas al Decreto de 18 de abril de 1963.

Nos preguntamos nosotros si toda esta materia no se verá afectada por los recientes Decretos de 27 de mayo de 1980, dato que preguntamos a tan digno especialista. Las formalidades previas exigidas por el Decreto van desde el escrito pidiendo la autorización o incluso según el autor mediante el silencio administrativo. La cuestión es de vital importancia sobre todo para los fedatarios antes de realizar el acto correspondiente, al exigirles que pidan la presentación de la certificación prevista o en su caso, el documento oficial que permita constatar el hecho de haberse cumplido o no el plazo indicado.

La reducción del capital en esta clase de sociedades extranjeras o con estas modalidades en especial, es el objeto del final de estudio, donde se incluyen igualmente reducción por devolución de aportaciones, reducción por pérdidas, reducción-aumento y reducción para evitar la disolución de la sociedad o reducción de capital en caso de pérdidas.

MANRIQUE ROMERO, Francisco, y RODRIGUEZ-POYO GUERRERO, José

Manuel: «La Cooperativa: garantías formales para su eficacia en el tráfico». R.D.N. CIX-CX, julio-diciembre 1980, págs. 29 y ss.

Tres grandes apartados dedicados al estudio de uno de los temas de mayor importancia práctica y que origina uno de los mayores volúmenes de la contratación, realizado con una visión práctica, pero no exenta en ningún momento de una gran formación profesional como corresponde a estos dos grandes juristas.

La primera parte o apartado dedicado a examinar la cooperativa en su

sentido conceptual y caracteres, así como la naturaleza jurídica de las mismas, y a través de ellos, lo que los autores llaman el principio de puerta abierta, con la libre adhesión, las bajas de los socios o miembros, el capital social en su concepto y función, su composición, las aportaciones obligatorias de los socios, la revalorización de las aportaciones y lo que no es capital.

Al lado de estos temas el examen del voto plural, la educación cooperativa y la colaboración de los miembros de la institución.

Capítulo interesante es el dedicado a la transmisibilidad de las participaciones sociales, así como la responsabilidad del socio y la cooperativa, tanto por las deudas sociales como por su responsabilidad personal y acción subrogatoria.

Los órganos de la empresa son examinados a continuación estudiando la asamblea, el consejo rector y los interventores, así como la posibilidad de actuación y existencia de otros órganos como la comisión de recursos.

En cuanto a la Asamblea, se expone la forma de la convocatoria, la obligación de asistencia, las asambleas preparatorias y parciales y el derecho de información. La destitución de los consejeros, la responsabilidad de los mismos y la delegación de facultades en la persona del director.

Las causas de disolución terminan el apartado 1º.

El apartado II se dedica a la clasificación de las cooperativas con una consideración especial dedicada a las cooperativas de viviendas y la adquisición de los pisos por los propios socios.

El último apartado se dedica a las garantías formales para la eficacia de las cooperativas en el tráfico, la intervención estatal, las razones fundadas para la exigencia de la escritura pública, el contenido de la misma, con los estatutos, la modificación de los mismos la disolución, la fusión, o escisión en los casos que está permitido, y la inscripción de las cooperativas en el Registro Mercantil y en el Registro de Cooperativas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como finalmente un somero estudio en torno al nuevo Proyecto del Gobierno, a la vista de las experiencias brindadas por la legislación de 19 de diciembre de 1974 y el reglamento correspondiente de 16 de noviembre de 1978.

NAGORE YARNOZ, Javier: «La función notarial y el Derecho foral». R.D.N. número CIV, abril-junio 1979, págs. 258 y ss.

Cuatro grandes apartados que preceden a las conclusiones del autor son examinados por el autor en este trabajo.

Una parte primera dedicada a la introducción, donde se afirma que no hay diferencia de función entre el Código civil y los Derechos forales, señalando que además en lo foral se unen afición y oficio. Esboza las teorías que en torno a la función notarial se han sostenido, haciendo especial mención de la obra de don José Castán, con lo que pasa a estudiar el valor de la forma, de donde deriva la importancia de la actuación del notario en los actos y negocios jurídicos.

La segunda parte de este interesante estudio lleva por título el rigor formal y el principio espiritualista, juntamente con la libertad dispositiva.

Después de examinar las teorías de D'Ors, González Palomino y Núñez-Lagos, afirma que el principio formal del Código civil tiene casi más excepciones que otra cosa, nota que es igualmente típica de los derechos forales, si bien donde se mantienen más vivas las especialidades es en materia de sucesiones y especialmente en la testamentaría, sin que ello quiera decir que exista menor rigor formal.

Posteriormente, el autor, estudia la evolución histórica de los Derechos forales para detenerse especialmente en el Derecho foral navarro actual donde se «equilibra la libertad dispositiva con la perfección formal».

Este apartado concluye con el examen de la cuestión actual a la luz de las compilaciones forales, afirmando el predominio de la libertad dispositiva, donde el binomio persona-familia puede determinar, según su autonomía el uso de su libertad.

El grupo tercero de este estudio está integrado y compuesto por el examen del quehacer notarial ante las obligaciones y contratos adentrándose en el estudio y análisis de cada una de las compilaciones con énfasis especial en la de Navarra. En ésta especialmente se examina la Ley 491 de la vigente normativa foral de esta región, la doctrina de las circunstancias sobrevenidas, los efectos del reconocimiento del pago de deuda, rescisión por lesión enorme y enormísima, su renuncia, hoy ya cláusula de estilo, etc., etc.

Las conclusiones del autor con el epílogo de este atrayente trabajo, la forma es cauce de muchos negocios jurídicos, el notario abre el cauce formal para determinar el carácter jurídico de las declaraciones de voluntad y hacer posible la prevalencia de la voluntad en el tráfico jurídico, siendo jurista en la creación e interpretación de los Derechos forales como Derechos peculiares del Derecho español.

Concluimos la recensión señalando que este trabajo es la conferencia dada por el autor en la inauguración del Curso de Derecho foral en la Universidad de San Sebastián, en 1977.

PUENTE MUÑOZ, Teresa: «Reflexiones de una jurista en torno a la reforma del derecho de familia en España». R.D.N., núm. CIV, abril-junio 1979, página 281.

La autora, jurista que manifiesta ser una mujer completamente liberada y realizada, como ahora se dice nos hace a lo largo de este ejercicio una serie de consideraciones muy oportunas en torno a una materia que se ha politizado innecesariamente.

En efecto, afirma que en todas las reuniones relativas a esta materia se observa siempre una gran inquietud entre los reunidos, señalando igualmente desde su punto de vista personal y subjetivo que el pasado pesa sobremanera sobre la humanidad, más aún, «cuando menos sobre la humanidad que piensa».

Quiere dejar constancia de su personal preocupación, tanto sobre la reforma del Derecho de familia de 1975, como sobre las que se avecinan, algunas de las cuales ya están promulgadas y otras aún por hacer.

No es este breve análisis una crítica de la Constitución, señala la autora, sino de lo que se pretende que sea el nuevo Derecho de familia.

Es incuestionable que en la esfera del Derecho de familia se tiene que reflejar la crisis de la familia, que aunque no tiene la gravedad que algunos pretenden darle, sí que impone la necesidad de tenerla en cuenta.

Cuando uno piensa que estos «avances» van a tener acogida en nuestro Derecho de familia que van a quebrantar una línea de protección tradicional de respeto a la institución matrimonial y a la propia familia, o que dígase lo que se quiera ha sido la base de una sociedad sana, no puede por menos de sentirse la amargura, porque lo que se busca no es el bien de la comunidad, sino el hacer triunfar las oscuras intenciones de pequeños, pero poderosos grupos de dispuestos a romper y desestabilizar la familia y la sociedad.

Es grave error pensar que la idea de progreso está necesariamente ligada a la idea de abandono del pasado.

Sin embargo, los españoles vamos a acoger lo que pudiéramos llamar la legislación del Derecho de familia del fracaso.

Se habla, dice la autora de liberación de la mujer entendida como ruptura con el hombre e incluso como ruptura con la función de la maternidad.

Es curioso, afirma igualmente, que grupos de mujeres manipuladas por fuerzas ocultas están pretendiendo un derecho que esencialmente va en contra de la propia mujer. Es indudable que uno de los pecados más graves de este tiempo nuestro es el snobismo que hace que muchos crean que una igualdad o liberación de la mujer en este sentido, es sinónimo de una actitud social y política de progreso.

La mujer reclama para sí el derecho de matar a su propio hijo. Es todo ello consecuencia de la desmoralización de la sociedad contemporánea. Uno de estos efectos que de ello se derivan es tomar con tanta frivolidad instituciones tan serias como la familia y el matrimonio.

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: «Sobre la consecuencia de una funcionalización de los notarios». R.D.N., núm. CIV, abril-junio 1979, pág. 303.

Es el presente la mejor monografía, puesto que no se trata de un estudio, sino de algo pleno, completo y perfecto de uno de los más modestos en su persona, pero de los más grandes juristas que en estos momentos tiene España a todos los niveles.

No es sólo este trabajo el que nos lleva a hacer esta afirmación, sino una vida dedicada al estudio del Derecho civil, notarial e hipotecario.

Baste decir que al terminar de leer este trabajo se siente uno orgulloso de poder contarse entre los amigos y compañeros del autor del mismo.

No sabríamos decir qué es lo que más nos cautiva y subyuga del autor, si la claridad de ideas y de exposición, la amplia bibliografía de que el mismo hace gala, el dominio del lenguaje, la hondura, profundidad y belleza de sus argumentos y a la vez la sencillez y maestría de la exposición.

El dominio de los autores españoles y extranjeros, todo en una palabra que nos hace que el examen y estudio se haga así, como su lectura, de un solo tirón y cada vez con más fruición y por supuesto sin hacer el más mínimo esfuerzo, sintiendo incluso que la monografía se acabe y llegue a su fin.

Podemos decir que esta materia que corresponde al título, a lo largo de ciento tres páginas y noventa y ocho notas deja sentada de una vez para siempre que el notario es una profesión especial, a la vez sobre el Derecho privado y también con ribetes de funcionario, si bien especial de una naturaleza «*sui generis*», que implica el deber de asesoramiento el adaptar voluntades, el adecuarlas a las formalidades necesarias para su eficacia, en ahondar de forma especial la voluntad e interés de los interesados, en prever la actuación y los efectos del acto realizado, adecuarlo a la norma más conveniente, desarrollar el «iter» negocial desde su iniciativa hasta su finalización y por último en otorgarlo y autorizarlo.

Esta es la grandeza de la función notarial. Esto es lo que hace que el trabajo se lea de un solo esfuerzo y se dirá que sin él también. En efecto es una monografía que habrá que tener siempre a la vista en estos tiempos de oscuridad e ineffectividad.

Por el contrario en este estudio es todo claro y efectivo. Se desentraña la naturaleza auténtica de la función notarial en todos sus aspectos, no queda nada sin que haya sido objeto de estudio. Esa y no otra es la grandeza del mismo.

Redactado el documento es preciso proceder a su otorgamiento y autorización, y aquí al fin nos encontramos con la función pública del notario: control de la legalidad del documento, autenticación, conservación de las matrices u originales y expedición de copias.

El notario, pues, desempeña una función que es la función notarial y es a la vez función privada.

URIBE SORRIBES, Antonio: «El aprovechamiento medio». R.D.N., número CV-CVI, 1979, julio-diciembre, pág. 321.

Tres grandes apartados constituyen el tema del aprovechamiento en el presente trabajo: una introducción el concepto del aprovechamiento medio en sí mismo considerado y la conclusión pertinente y personal del autor.

La primera parte o introducción abarca los textos legales, entre los que se citan especialmente, la Ley del Suelo, el reglamento de planteamiento, el de disciplina urbanística, y el reglamento de gestión urbanística, matizando especialmente los aspectos que la nueva Ley del Suelo ha venido a desarrollar, tales como, intensificar y ampliar los deberes y cargas, hacer abstracción de los deberes de los propietarios con relación al mismo plan, y desarrollar el régimen distributivo de los beneficios, y finalmente introduciendo el concepto del aprovechamiento medio en el suelo más afectado específicamente por el plan: el suelo urbanizables.

A renglón seguido, se examinan los preceptos especiales de las normas que más directamente atañen al tema del aprovechamiento medio para pasar a continuación a estudiar las clases de suelo que distingue la propia ley, distinguiendo los términos que la propia ley establece, es decir, urbanizable, programado y no programado, urbano y no urbanizable.

El concepto de aprovechamiento medio sólo se aplica, pues, al suelo urbanizable programado.

La segunda parte, relativa al concepto de aprovechamiento medio, se dedica especialmente a examinar la finalidad del mismo, la definición conceptual, la forma de determinar el mismo en los planes generales o en los planes parciales, determinar los conceptos de sector, polígono o zona, fijar el cálculo para el propio aprovechamiento medio, da una serie de ejemplos matemáticos y establece el concepto de aplicación del aprovechamiento medio.

Dentro de este mismo apartado relata el significado y entidad de la figura, la influencia que la misma tiene en la configuración del derecho de propiedad, así como el poder realizar actos de disposición con cargo al aprovechamiento medio, proponiendo en este caso una reforma o adición al artículo 396 del Código civil, e igualmente se examinan las posibilidades de que estas notas o características del aprovechamiento medio de una finca consten en el folio registral de la misma con todas sus consecuencias, si bien con carácter voluntario, según el tenor literal del artículo 52 del reglamento de gestión.

A tales efectos, propone se recojan las notas del aprovechamiento de las fincas mediante una reforma del Reglamento Hipotecario. Deliberadamente, el autor ha huido de tratar el tema relativo a la cesión del 10 por 100 del aprovechamiento medio al Ayuntamiento, así como los derechos de los arrendatarios y titulares de cargas reales.

UTRERA RAVASSA, Cayetano: «La Junta de Compensación: naturaleza jurídica. El negocio jurídico de constitución». R.D.N. núm. CIX-CX, julio-diciembre 1980, págs. 157 y ss.

Tres apartados son objeto de examen en el presente trabajo que debe su origen según su autor a las discusiones y diálogos mantenidos dentro de la sección de urbanismo de la Academia Granadina del Notariado.

La primera parte de esta especie de monografía, atiende a los sistemas de actuación que la Ley del Suelo ha previsto, a saber: la expropiación, la cooperación y la compensación, que es el objeto del presente trabajo.

La segunda parte del estudio se dedica a examinar la naturaleza jurídica de la Junta de Compensación, desde la vertiente propia de la persona jurídica, con unas breves consideraciones sobre la misma, así como una especie de resumen de la doctrina civil y administrativa sobre la materia, para más adelante examinar la figura a la luz de la persona jurídica administrativa, haciendo especial mención de la tramitación lógica para lograr esta personalidad, desde la figura de uno o varios propietarios, como se constituyen, con la escritura pública en su caso, y la inscripción en el Registro de Entidades después de su aprobación definitiva.

Esta segunda parte concluye con la capacidad jurídica de estas especiales figuras antes de sentar las conclusiones personales del autor en la materia.

El negocio jurídico de la constitución es objeto del apartado III, a través del examen de los sujetos intervenientes, el objeto y la forma. Por lo que respecta a los primeros se investiga sobre la titularidad en casos especiales, como herencia yacente, sustitución fideicomisaria y el caso de las empresas

urbanizadoras que si lo prevén los Estatutos se pueden incorporar a la Junta. La capacidad en todos estos casos concluye el epígrafe relativo a los titulares.

El objeto es examinado a continuación a través de las fincas, tanto normales como especiales, incluyendo igualmente las de bienes que pertenezcan a Entidades públicas. Se incluyen igualmente los derechos tanto reales como personales en el estudio que comentamos.

Una nota típica del autor, es que él denomina el aprovechamiento medio volante, extraído del artículo 48 del reglamento de gestión urbanística.

En cuanto a la forma, estudia el valor de la escritura pública, así como las menciones necesarias y las que a veces son innecesarias y las menciones necesarias que no son exigidas por el texto legal y el contenido de las Bases y Estatutos, como son las circunstancias relativas a las fincas de origen, a la dinámica de la urbanización, a los resultados de la compensación, y las relativas a la edificación; por otro lado, las circunstancias relativas a la entidad en sí, a los asociados, condiciones para incorporarse, propietarios no promotores, etc., y termina el examen e investigación presentes con el estudio del artículo 129 de la Ley del Suelo, que es una especialidad dentro de la transmisión de los bienes inmuebles que se aportan a la Junta de Compensación.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: «*El notario y la contratación de las sociedades en masa*». R.D.N., núm. CIX-CX, julio-diciembre 1980, págs. 213 y siguientes.

El trabajo, que es una conferencia dada por su autor en la Academia Granadina del Notariado, curso 1978-79, se compone de tres epígrafes o apartados perfectamente diferenciados. El notariado latino y su función, el derecho ante el fenómeno de la masa y la contratación en masa y la función notarial.

Dentro de una analogía con la medicina, el autor señala que los dos ajustamientos que se tratan de cubrir en la materia son el ajustamiento a derecho de las disposiciones de voluntad y los contratos y la certeza de que lo convenido logre una permanencia que alcance fielmente más allá de la más dilatada y exacta memoria humana.

Los medios arbitrados han tendido necesariamente a combinar la intervención necesaria de un tercero imparcial y la escritura para utilizar la perpetuación fiel de lo dispuesto y concertado. Nacen así, la escritura o documento y el autor del mismo.

La función social nace así en el notariado latino como algo de naturaleza conformadora y autenticadora. Ambas funciones integran las siguientes tareas: consejo y asesoramiento acerca de las normas de derecho, interpretar la voluntad empírica o práctica de los interesados, traducir esa voluntad adaptándola a las necesidades y formalidades jurídicas necesarias para que surta eficacia y redactar el documento conforme a las leyes, calificar el documento y autenticar.

La palabra masa evoca dos realidades: la de las turmas ocasionales y la propiamente dicha de la sociedad de masas. Recuerda las palabras de Pío XII sobre la diferencia entre masa y pueblo y afirma que son notas de la masa, su uniformidad, su carencia de estructura, su manipulación y su falta de responsabilidad.

Dos connotaciones más ayudan a comprender este significado: la intercambiabilidad y la falta de individualidad.

Hace notar que todo esto requiere protección y el Estado trata de darla más o menos bien, a través de la seguridad social, democratización de la enseñanza, la llamada redistribución de la renta nacional, política de pleno empleo, vivienda de protección estatal y en suma con la dirección y planificación de la economía.

Ante este fenómeno, la actividad notarial queda bastante mediatisada por lo convenido previamente en el documento privado, que ofrece un riesgo para el notario, la condescendencia ante determinadas cláusulas duras en contra del comprador por la entidad vendedora, casi siempre una sociedad acostumbrada al tráfico y con asesorías jurídicas. La postura del notario debe ser siempre la del tercero imparcial, con un tratamiento individualizado a cada otorgante o comprador, lo cual está perfectamente a nuestro alcance y es nuestro deber no descuidarla. Para el notario en el ejercicio de la función nunca debe existir la masa, sino personas con su propia identidad y con sus peculiares problemas.

C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BCD = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).)

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

- CLJ = The Cambridge Law Journal.
- CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
- DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
- EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Rech. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F = El Foro (Méjico).
- EG = Foro Gallego (La Coruña).
- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Journal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCD = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciales e del Diritto Generales Delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).

- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciael (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZRV = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO MERCANTIL

Es reiterada jurisprudencia de este centro directivo que el cese de administrador no se produce automáticamente al cumplirse el plazo para el que fue nombrado, con el fin de evitar que la sociedad quede sin representación legal y sin la posibilidad de convocatoria de Junta general.

La anterior doctrina, de carácter excepcional, no puede hacerse extensiva a supuestos distintos que no sean vitales para la existencia y funcionamiento de la sociedad. (Resolución de 12 de mayo de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 20 de junio.)

Hechos.—Por escritura otorgada el 18 de mayo de 1967 ante el Notario de San Martín de Valdeiglesias, don Alfonso Quereda de la Bárcena, se constituyó la Sociedad «Costa de Madrid, S. A.», modificándose por otra autorizada por el mismo Notario el 17 de septiembre de 1970, inscritas ambas en el Registro Mercantil; que el artículo 19 de los Estatutos dispone que el Consejo de Administración estará constituido por diez Consejeros, cinco de los cuales representarán el capital privado y los otros cinco el capital municipal, siendo la duración del cargo de tres años, con renovación anual por terceras partes y posible reelección, indefinidamente, por iguales períodos de tiempo; que según la inscripción 8.^a de dicha Sociedad, en la Junta general de 19 de junio de 1974 fueron nombrados Consejeros don Angel Parras Simón, don Luis Sánchez Martín, don Ezequiel Alejandro de Francisco Bravo, don Felipe Blandín Fernández y don Tomás Salas Castellanos, y se ratificaron los nombramientos como Consejeros de don José González Borrego —Presidente—, don Enrique Sarasola Lerchundi, don Francisco Mola Esteban, don Luis Arregui Lucea y don José Ribera García; que según la inscripción décima consta el acuerdo de la Junta general universal de 17 de julio de 1975, por el que se daba el cese a los señores Salas Castellanos y Salas Martín, que son sustituidos por don José Alvarez Lastres y don Fernando Urquiza Santos; que mediante escritura autorizada por el ya citado Notario de 24 de septiembre de 1977 se protocolizan y elevan a públicos los acuerdos contenidos en las dos siguientes certificaciones:

A) Una, referente al Consejo de Administración, sesión de 9 de julio de 1977, por la que, de conformidad con la propuesta acordada por el Ayuntamiento de San Martín de Valdeiglesias en sesión de 7 de junio de 1977,

se nombraron, previo conocimiento de la dimisión presentada por el Presidente, don José González Borrego, como Consejeros de la parte pública, a los señores Parras Simón, Blandín Fernández, Clastre Calvet, Goicoechea Echaide y De Francisco Bravo, y a éste además como Presidente; que los representantes de la parte privada aprueban la propuesta municipal a excepción de la designación del señor De Francisco Bravo, en razón a tener la Sociedad una querella contra dicho señor, argumento no aceptado por la parte pública, que, en consecuencia, considera integrado el Consejo por diez señores, los cinco antes citados y los señores Sarasola Lerchundi, Arregui Lucea, Rivera García, don Fernando Mola Pascual y doña Josefina Juaristi Martínez, y como Secretario, el que ya lo era, don Manuel Acosta Bautista; que igualmente designan a don Ángel Parras Simón y a don Joaquín Clastre Calvet para sustituir al Presidente y al Secretario, respectivamente, en caso de vacante, ausencia o enfermedad.

B) Que la otra certificación se refiere a la Junta general extraordinaria celebrada, en primera convocatoria, el 22 de septiembre de 1977, convocada por anuncios publicados en el «Boletín Oficial del Estado» y periódico «*Ya*» los días 12 y 23 de agosto de 1977, respectivamente, convocatoria que aparece firmada por el Secretario, don Manuel Acosta, con el visto bueno del Presidente, don Ezequiel de Francisco, cuyo punto 4º del orden del día es «la reconsideración de todos los puntos tratados en la Junta general de 16 de marzo de 1977; que la Junta se celebró con asistencia de la representación de la mitad del capital social, correspondiente a las acciones de la serie A, o sea, de la parte pública, acordándose: a) la dimisión y cese de los Consejeros don José Álvarez Lastres, don Fernando Urquiza Santos, don Fernando Mola Esteban y don José González Borrego, éste además como Presidente; b) ratificación de los nombramientos acordados en el Consejo de Administración de 9 de julio de 1977 de la parte privada, con la excepción de don Enrique Sarasola Lerchundi, al que se separa de Consejero, por considerarle presunto responsable de las irregularidades que cita; c) de conformidad con la propuesta municipal, se designan Consejeros de la parte pública a don Ezequiel de Francisco Bravo, don Ángel Parras Simón, don Ángel Blandín Fernández, don Joaquín Clastre Calvet y don Rafael Goicoechea Echaide, y como Presidente, al citado por Ezequiel, al que se le confieren, en tanto se nombra nuevo Gerente, los poderes y facultades que los Estatutos establecen para el Gerente, certificándose al final que han sido tratados todos los puntos del orden del día.

Presentada en el Registro la primera copia de la anterior escritura, a la que se une la hoja del periódico «*Ya*» de 23 de agosto de 1977, convocando la referida Junta general, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos:

Primer.-Falta de inscripción en el Registro del nombramiento de los Consejeros que, presentes o representados, intervinieron en la reunión del Consejo de 9 de julio de 1977, ya que seis tienen su nombramiento caducado y los otros cuatro nunca han figurado como Administradores.

Segundo.-Incumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas para el nombramiento de Consejeros in-

terinos hecho en referida reunión, que son: cubrir vacantes causadas durante el plazo para el que fueron nombrados.

Tercero.—La convocatoria para la Junta General de 22 de septiembre de 1977 está firmada por quien, según el Registro, no sólo no es Presidente, sino ni siquiera Administrador, por figurar su nombramiento caducado.

Cuarto.—Falta el «quórum» de asistencia que exige el artículo 58 de la Ley en la citada Junta General, ya que el punto cuarto del orden del día comprende una modificación de Estatutos, según se desprende de la escritura que se califica y de la autorizada por el mismo Notario el 30 de septiembre último, presentada en este Registro de 10 de octubre, asiento 1.011 del diario 380 que se tiene a la vista.

La naturaleza de los defectos segundo y cuarto impide tomar anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado».

El nombrado Procurador en la representación que ostentaba interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo y alegó que en cuanto al primer defecto ha de señalarse que el plazo de duración del cargo de Administrador no debe computarse por períodos de años completos, sino por el tiempo que media entre una y otra Junta General; que los seis Administradores cuyo cargo se califica caducado fueron elegidos en la Junta General de 19 de junio de 1974, por lo que su cargo dura hasta la Junta del año 1977, que se celebró el 22 de septiembre, por lo que, de conformidad con la doctrina tenían sus cargos vigentes, interpretación acorde con el principio de evitar que la Sociedad quede huérfana de representación; que por otra parte el Consejo estaría facultado (artículo 73,2 de la Ley de Sociedades Anónimas) para reelegir interinamente a los Consejeros por vencimiento del plazo en una fecha intermedia entre las Juntas; que los cuatro Consejeros que nunca han figurado como Administradores cubren vacantes por dimisiones y ceses, según consta en la certificación de la Junta de 22 de septiembre de 1977, habiéndose acordado su nombramiento provisional por el Consejo de Administración de 16 de abril del mismo año; que en apoyo de esta tesis han de citarse las Resoluciones de 24 de junio de 1968 y 30 de mayo de 1974, de las que se deduce que se trata de un caso de mandato prorrogado de hecho de unos cargos de Administradores, y la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que declara válida la convocatoria de una Junta realizada por Administradores con mandato caducado; que en cuanto al segundo defecto hay que alegar que el artículo 74 de la Ley no establece ninguna limitación para el nombramiento de Consejeros interinos, salvo la de que los nombrados que hayan de sustituir a los consejeros cesados sean accionistas de la Sociedad, requisito que se estima cumplido, citando en su apoyo la Resolución de 5 de noviembre de 1956; que en cuanto al defecto señalado en tercer lugar no es sino una consecuencia del primero, y que estando vigente el nombramiento del Presidente del señor de Francisco no puede dudarse de la legalidad de la convocatoria, que sería igualmente válida firmándola como simple Administrador (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1953 y 15 de octubre de 1966); que en cuanto al cuarto defecto del artículo 58 de la Ley refuerza el «quórum» de concurrencia para tomar determinados acuerdos, pero no exige el «quórum» reforzado en los demás asuntos del orden del día que por su na-

turaleza no lo requieran; que la Ley obliga a la Junta a resolver todos los asuntos de su competencia, no pudiendo posponerlos a la segunda convocatoria, ya que está establecida por la Ley para evitar el absentismo de los accionistas, que no se dio en nuestro caso, citando en apoyo de su tesis las Resoluciones de 26 de febrero de 1953, 19 de octubre de 1955 y 1 de febrero de 1957.

El Registrador, de conformidad con los cotitulares de la oficina, dictó acuerdo reformando, en parte la nota calificadora, dejando sin efecto el defecto señalado en su apartado 1.^º y manteniéndola en cuanto a los tres restantes, por los siguientes fundamentos: que cabe admitir como válida la actuación de los Administradores con cargo caducado por expiración del plazo para el que fueron nombrados, bien como admite la Resolución de 24 de junio de 1968, por su asimilación al supuesto de funcionario de hecho o por imperativo de la doctrina de los actos propios del principio de buena fe, o bien conforme a la Resolución de 30 de mayo de 1974, por considerar el caso como mandato prorrogado de hecho, así como también por estimar, de acuerdo con parte de la doctrina y con la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1974, que el transcurso del plazo no determina el cese automático de los Consejeros, sino que éstos continúan su actuación hasta que se verifique el nombramiento de los nuevos por la primera Junta General convocada al efecto; que en cuanto al segundo defecto, la facultad conferida al Consejo de Administración por el artículo 73, párrafo 2.^º, de la Ley de Sociedades Anónimas, para el nombramiento de Consejeros internos hasta que se reúna la Junta General, exige, además de la cualidad de accionista en el designado, el que la vacante se produzca durante el plazo para el que fueron designados los Administradores (muerte, incapacidad, dimisión, etc.), quedando en consecuencia fuera de su campo de actuación todas aquellas vacantes originadas por el simple transcurso del tiempo por el que fueron nombrados; que de conformidad con lo expuesto, cabe admitir la legal constitución del Consejo de Administración de 9 de julio de 1977, pues aunque los Consejeros asistentes tenían el mandato caducado, pueden estimarse como Administradores de hecho, pero lo que no puede aceptarse es su nombramiento como Consejeros provisionales, pues tenían caducado su mandato por expiración del plazo, aunque pudieran actuar como Administradores de hecho hasta la primera Junta General; que tampoco cabe admitir el nombramiento como Presidente del Consejo del señor De Francisco, pues sólo fue aprobado por tres Consejeros de la parte pública, pero no por los Consejeros de hecho de la parte privada, por lo que no existió el «quórum» necesario al caso; que por ello, al no tener el señor De Francisco la cualidad de Presidente, la convocatoria hecha por él de la Junta de 22 de septiembre de 1977 no fue válida, al no estar legitimado para ello; que en cuanto al punto 4.^º de la nota ha de señalarse que cuando en el orden del día figure algún asunto que exija el «quórum» de asistencia del artículo 50 de la Ley junto a otros asuntos para los que basta el «quórum» ordinario, la junta no debe celebrarse en primera convocatoria, sino que debe reclógarse a la segunda el conocimiento de todos los asuntos, pues de no seguirse este criterio y celebrarse la Junta sólo para aquellos asuntos de «quórum» ordinario, sería imposible la celebración de la segunda convocato-

ria (artículo 54 de la Ley de Sociedades Anónimas); que por ello, al referirse el orden del día en su punto 4.^º a la modificación de los Estatutos, y no habiendo concurrido a la Junta más que la mitad del capital social, se origina la invalidez de la misma aparte de que ya lo era por falta de legitimación del señor De Francisco para convocarla debido a haberse constituido sin el «quórum» de asistencia necesario, y la Dirección General confirma el acuerdo y la nota del Registrador en base a la siguiente doctrina.

Doctrina.—«Al haber desistido el funcionario calificador del primero de los defectos señalados en la nota, procede examinar los restantes empezando por el segundo, que plantea la cuestión de si una vez cumplido el plazo de tres años para el que fueron designados como Administradores, pueden éstos integrados en Consejo de Administración ejercitar la facultad de cooperación establecida en el artículo 73, 2.^º, de la Ley y proveer las vacantes que hasta entonces se habrán producido debido al fallecimiento de uno de ellos y a la dimisión de otros tres, y, en consecuencia, nombrar hasta que se celebre la primera Junta General cuatro Administradores interinos, a uno de los cuales se designa Presidente del Consejo, según la certificación librada, sin haber obtenido la mayoría exigida por el artículo 78 de la Ley.»

«Es reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, desde la Resolución de 24 de junio de 1968, la de que el cese de Registrador no se produce automáticamente al cumplirse el plazo para el que fue nombrado, sino que se encuentra todavía legitimado para ejercitar una serie de facultades totalmente necesarias, pues de no ser así, y si se aplicara tajantemente otro criterio, podría quedarse la Sociedad sin representación legal y sin la posibilidad de convocatoria de Junta General, al no existir quien ostentara el cargo de Registrador.»

«La anterior doctrina, de carácter excepcional, no puede hacerse extensiva a supuestos distintos que no son vitales para la existencia y funcionamiento de la Sociedad, pues no hay que olvidar que el mandato legal contenido, como regla general, en el artículo 72 de la Ley establece un plazo fatal, que sólo puede entenderse todavía en vigor a los limitados efectos de impedir la paralización de la Sociedad, pues no cabe ampliarlo a supuestos no imperativos, como es el comprendido en el artículo 72, 2.^º, de la Ley, que confiere una facultad al Consejo para completar, dentro del plazo legal, las vacantes que en el mismo se hubieran producido, por lo que reunidos, una vez vencido aquel plazo, seis de los diez Administradores que integran el Consejo de la Sociedad, no cabe designar interinamente de entre los accionistas a los cuatro que faltaban, y menos todavía estimar elegido como Presidente a quien no habrá obtenido mayoría, dado el empate de votos que se produjo y dio lugar a la falta de «quórum» necesaria.»

«No puede aceptarse la alegación del recurrente de que las vacantes del Consejo fueron cubiertas en sesión celebrada con anterioridad al vencimiento del plazo de duración del cargo de Registrador, pues la reunión posterior —y una vez vencido éste— no hizo más que ratificar un nombramiento que ya había tenido lugar, lo que no consta fehacientemente que hubiese sucedido así, aparte de que no ofrece duda que la propuesta hecha por uno de los socios —el Ayuntamiento— fue inevitablemente posterior a la fecha en que se dice se celebró la primitiva reunión según resulta del acuerdo de

dicha Corporación, por lo que los Consejeros que este Organismo designó no pudieron entonces ser nombrados.»

«De lo anteriormente expuesto se deduce que procede confirmar igualmente el tercero de los defectos de la nota de calificación, ya que la convocatoria de la Junta General se hizo por persona que no estaba legitimada para ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21, a), de los Estatutos sociales, que confiere esta facultad al Presidente del Consejo de Administración.»

«Aunque no sería necesario entrar en el examen del cuarto defecto al no haberse admitido el recurso respecto de los otros dos, no obstante, se procede a su estudio a fin de completar todas las cuestiones debatidas, y en consecuencia hay que determinar si queda legalmente constituida la Junta con la asistencia de socios que cubren solamente el «quórum» ordinario, cuando en el orden del día figuran además de los asuntos que exigen este «quórum» otros para los que se requiere el cualificado establecido en el artículo 58 de la Ley.»

«Procede acoger la argumentación expuesta en el acuerdo del funcionario calificador que aparece fundamentada en el artículo 53 de la Ley, del que se deduce que han de tratarse todos los asuntos del orden del día en la Junta que se convoca, por lo que habrá de requerirse el «quórum» de asistencia reforzado cuando haya asuntos de esta índole, ya que además si no se siguiese este criterio y se celebrara la Junta sólo para los asuntos ordinarios, no podría tener lugar la segunda convocatoria, puesto que al artículo 54 de la misma Ley condiciona su celebración a que no se hubiera podido reunir en primera por falta de «quórum.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

Cuatro son los defectos que el Registrador de la Propiedad Mercantil detecta al calificar la escritura que se le presenta a inscripción y cuatro han de ser nuestros comentarios, aun y a pesar de que en base de ese mecanismo diferencial que el recurso gubernativo ofrece en el campo del Derecho registral mercantil, esto es, el recurso de «reforma» como previo al gubernativo, el Registrador rectifica el primero de los defectos en base de las alegaciones formuladas por la parte que entabla el recurso. Esta especie de recurso de reposición que a veces tiene la gran sorpresa de surtir efecto —pues administrativamente es el desconocimiento del proceder ibérico de todo funcionario poseído por el poder de decisión— y limitar la discusión a unos puntos que puedan ofrecerla sustrayéndola a otros que parecen claros a la luz de una interpretación lógica para casos similares. Vamos con los cuatro puntos que ofrece la calificación:

a) *Caducidad del cargo de administrador*

Toda la temática del problema que se plantea gira en torno a la posible caducidad del cargo de Administrador, más que al superior principio de si el cargo de Administrador es o puede ser de carácter indefinido. Enfrento

intencionadamente estos dos problemas, ya que Cámara Alvarez, al tocar su incidencia viene a plantear el tema del primer defecto que el Registrador atribuye al título.

Frente a la opinión general que estima que el cargo de Administrador debe ser temporal, Cámara Alvarez entiende que esta doctrina es perturbadora y no ajustada a lo dispuesto en la Ley. Aunque la doctrina en general opine que si conforme al artículo 11 de la Ley de S. A. se debe indicar en los estatutos el modo de proveer las vacantes y ello guarda relación con el artículo 73 de la misma Ley que aparece exigir la necesidad de una renovación parcial de los miembros del Consejo, lo cierto es que dicha renovación solamente parece obligada cuando la duración del cargo de consejero está limitada por la propia ley (supuesto previsto por el artículo 72, ya que, según el mismo, los Administradores designados en el acto constitutivo no podrán ejercer el cargo por un plazo mayor de cinco años) o por los estatutos. La renovación parcial, en estos casos, evita que el cese automático y simultáneo de todos los miembros del Consejo de Administración deje a la sociedad sin órgano gestor.

A juicio de Cámara Alvarez la interpretación que se propone del artículo 73 es que lo que el mismo trata de evitar con la renovación parcial es que el automatismo de los plazos a que (eventualmente) está sujeta la duración del cargo de Administrador determine una situación anómala que, en lo posible, debe evitarse. De ahí que, para dicho autor, la limitación temporal es improcedente, ya que ningún precepto la establece y que sólo juega en el caso de que los administradores sean designados en el acto constitutivo, los cuales deben cesar después de transcurridos el plazo de cinco años. Cita en apoyo de su tesis y de la posibilidad de cargo indefinido la Sentencia de 3 de mayo de 1956 (que en principio denegó la posibilidad y en la que se basó la Resolución de 18 de abril de 1958), aunque dicha doctrina se superó con la de 8 de junio de 1972, en la que se admite la designación del cargo sin sujeción a plazo.

Entre los argumentos que este autor da para defender esta postura quiero resaltar uno de ellos que nos va a dar la clave para solucionar el problema que la Resolución trata de resolver. Dice dicho autor que: «Por otra parte, someter a plazo la vigencia del cargo de administrador resulta perturbador en la práctica, como lo demuestra la ineludible aplicación del artículo 72 de la LSA. ¿Qué acontece si transcurre el plazo de cinco años a que se refiere el precepto, o el que los estatutos hayan establecido con carácter general—sin que los administradores hayan sido reelegidos o sustituidos por otros? La cuestión reviste suma gravedad porque en la práctica, es sumamente frecuente que se omita, por descuido, la renovación. Cuando esto acontezca y dado el automatismo de los plazos, la solución que impone la lógica es que la sociedad queda privada automáticamente de órgano administrativo. El tema que se complica más por cuanto que, de hecho y no obstante haber caducado sus nombramientos, los administradores siguen desempeñando sus funciones, con lo cual queda en entredicho la validez de todos los actos que hayan llevado a efecto en estas condiciones».

Como vemos en esta última parte de la argumentación el autor citado pone el tema del recurso al descubierto y apunta las posibles consecuencias

de la designación temporal y de la llegada del tiempo en que fatalmente la caducidad se ha producido. El supuesto de hecho prevé que los cargos de administrador sólo pueden tener de duración TRES años y el tema del recurso residía en ver si ya habían transcurrido esos tres años y de si la forma de computarlos era correcta a dichos efectos.

La postura del funcionario calificador es la de rechazar el documento por entender que los cargos de Administrador que se alegan como vigentes habían caducado. El recurrente, agarrándose a la interpretación que da Garrigues sobre la forma de cómputo de los plazos, entiende que el plazo debe contarse de Junta a Junta: desde la Junta que ratificó el nombramiento hasta la Junta correspondiente al año en que se cumplan los establecidos, aunque la fecha sea posterior. Al reformar el criterio el Registrador da más ideas y apoya su decisión en más sólidas razones: la que se deriva del argumento de la Resolución de la Dirección General de 24 de junio de 1968, que asimila el supuesto al del funcionario de hecho; la que puede derivarse de la doctrina de los actos propios o del principio de buena fe y la que se desprende de la Resolución de 30 de mayo de 1974, que estima que el transcurso del plazo no determina el cese automático de los Consejeros, sino que existe una prórroga de hecho del mandato o una actuación continuada (como dice la Sentencia de 22 de octubre de 1974) hasta los nuevos nombramientos.

La Dirección General parece eludir el problema, aunque tanto en su primer considerando, como en el segundo, se refiere al mismo, invocando en favor de la solución que en el recurso de reforma da el Registrador y que coincide con las pretensiones del recurrente que la doctrina correcta es la que se desprende de la Resolución de 24 de Junio de 1968, en la que se dispone que el cese del cargo de administrador no se produce automáticamente, sino que se encuentra aún facultado o legitimado para ejercer una serie de facultades totalmente necesarias, aunque en este caso limita las mismas, como veremos, a las que son vitales para la existencia y funcionamiento de la Sociedad.

La cita que se hace de la Resolución de 24 de junio de 1968 sólo en forma indirecta puede referirse al caso planteado, ya que en la misma de lo que se trataba es de si unos administradores con cargo caducado podían realizar una convocatoria de Junta General y aquí la cosa resulta ser, como veremos, más complicada. Al comentar la Resolución de 24 de mayo de 1974 hacíamos alusión a esa otra Resolución y al criterio de la Dirección General que se apoyaba en la tesis sostenida por Cámara Alvarez que, a su vez, tenía antecedentes en la teoría de Núñez Lagos (*«Escritura de Apoderamiento»*, R.D.N 1954) del poder por apariencia y del principio de continuidad de la Empresa, pero también destacábamos cómo todos esos razonamientos tenían un contrapunto que rozaba la literalidad de la norma, pues no había que olvidar que el artículo 60 del C. de c., al hablar del cómputo de los plazos los años los reputa (no de Junta a Junta), sino de «trescientos sesenta y cinco días», criterio que ahora tampoco se ha tenido en cuenta, no ya por la Dirección General, que alude el tema, sino por el Registrador que reforma su inicial calificación.

b) Nombramiento de consejeros interinos

Conforme a lo que dispone el artículo 73 y núm. 2 de la Ley de Sociedades Anónimas se autoriza al Consejo de Administración para cubrir las «vacantes» que se produjeran durante el plazo para el que fueran nombrados los administradores, siempre y cuando se hagan a favor de «accionistas» y provisionalmente hasta la primera Junta General.

Al amparo de la doctrina sentada por la Resolución de 24 de junio de 1968 y 24 de junio de 1974 con su criterio de prolongación del cargo en base de la continuidad de la empresa, poder por apariencia, cómputo de Junta a Junta o la razón que sea, en los hechos se produce en ese plazo de «pró-rroga tácita, de concesión graciosa, de legitimación imprescindible, de razones de vitalidad para la existencia y funcionamiento de la Sociedad» un nombramiento de nuevos Administradores y elección de Presidente. Le di la mano y se tomó los pies. La concesión de un plazo equitativo se convierte en un plazo para el abuso de un derecho. Ahí es donde la Dirección aprieta y precisa.

El recurrente aprovecha todo el criterio de prolongación tácita de cargos para incluir entre las legitimaciones de esos administradores sostenidos para la eficaz vida de una Sociedad la designación de cargos que han de ocupar las vacantes que en la realidad se han producido, pero que por el criterio del cómputo no se han producido todavía. ¿Hay vacantes o no hay vacantes? ¿Son administradores de hecho o de derecho? Yo creo que ahí es donde el informe del Registrador recobra toda su fuerza y aceptando esa discutida doctrina del cómputo precisa que el artículo 73, 2º de la LSA, tiene un ámbito circunscrito a los casos de muerte, incapacidad, dimisión, etc., pero nunca a las vacantes originadas por el transcurso del tiempo por el que fueron nombrados, ya que aceptando el criterio jurisprudencial no puede procederse de otro modo. Es la traducción del refrán de las duras y las maduras.

La alegre interpretación del cómputo de plazos de vigencia de los cargos del Consejo de Administración nos ha llevado inevitablemente al exceso. Era preciso retroceder y así se ha hecho. No aplicamos el Código de comercio, pero limitamos la prolongación de la legitimación para solamente aquellos casos excepcionales o vitales para la existencia y funcionamiento de la sociedad. La formulación es genérica y podrá tener profundas repercusiones en la vida práctica de la sociedad, pero hay que aceptarla en base de evitación de abusos. En el caso concreto que examinamos no puede ajustarse más a la equidad, pues la fuerza municipal arrolla esos grandes principios democráticos de las mayorías haciendo feliz la frase del «feudalismo financiero».

c) Convocatoria de Junta General

El tema de las formalidades que debe reunir la convocatoria para la Junta General es otro de los puntos en los que incide la calificación registral y a los que responde la Dirección General de los Registros con una solución muy

pareja a la sostenida por el Registrador. Aunque la solución que se adopta me parece correcta, quiero hacer una lejisima incursión en el problema de la «legitimación» para convocar Junta General, que en el caso presente se confiere al Presidente del Consejo de Administración por los estatutos (artículo 21, a), aunque ello puede implicar una desviación de la normativa legal. El hecho de que los estatutos sean las normas que rigen la vida social no admite el criterio de que ellas puedan ir contra lo que dispone la Ley. Pero aquí no solamente se ha admitido, sino que constan inscritos los estatutos y uno de los argumentos que esgrime el Registrador en su calificación es que la convocatoria no viene firmada por el Presidente, sino que tampoco lo es como Administrador, por figurar su nombramiento caducado.

Conforme a la vigente Ley de Sociedades Anónimas la convocatoria para las Juntas Generales ordinarias o extraordinarias habrán de ser convocadas por los administradores de la Sociedad; claro que también conforme a los artículos 55, 56 y 57 cabe que la convocatoria la realice el Juez en los casos que se citan. De ello resulta claro que sólo queda legitimado—salvo los casos excepcionales que se citan—el administrador de la sociedad para convocar la Junta. Aunque el artículo que apoya esta doctrina es interpretado en forma restrictiva, entendiendo que la facultad de convocar no puede encumbrarse en los estatutos a persona distinta de los administradores (en este sentido, Cámara Alvarez), no debe tener aplicación a este caso, pues el que el artículo 21, a) de los estatutos confiera esta facultad al Presidente del Consejo de Administración que es uno de los Administradores) no hace más que centrar en su persona la «exclusiva» facultad de la convocatoria. ¿Es esto posible? Garrigues y Uría en sus conocidos comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas entendían que en el supuesto de administrador único corresponderá a éste hacer la convocatoria de la Junta General, y cuando la administración se confíe conjuntamente a varias personas, habiendo éstas de constituirse en consejo de administración por mandato imperativo del artículo 73, corresponderá a éste y no a los administradores separadamente (ni siquiera al presidente del Consejo) la facultad de convocar. La convocatoria por el Consejo de Administración exige sencillamente un acuerdo regular de éste; en otro caso, la convocatoria sería también irregular. Sin embargo, las faltas o irregularidades del acuerdo del Consejo convocando la Junta deben reputarse subsanadas cuando en la reunión de ésta no se suscite oposición a la constitución de la misma.

Es decir, que con arreglo a esta doctrina la legitimación para firmar la convocatoria, corresponde al Presidente (según los estatutos), pero previa deliberación y acuerdo del Consejo de Administración. ¿Será exigible ese acuerdo cuando «necesariamente» debe convocarse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, según el artículo 50 de la LSA? Es difícil contestar a esta pregunta, pero lo que sí puede descartarse es que la convocatoria no podría ser válida si se firma por la persona que lo hace, pero no en su calidad de Presidente, sino en la de administrador, como apunta el recurrente aduciendo en su defensa las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1953 y 15 de octubre de 1966. En este punto hay que dar la razón al Registrador que esgrime el argumento de que al no existir «quórum» para el nombramiento de Presidente, la convocatoria que firma

la persona que lo hace no está legitimada para ello y en consecuencia la convocatoria no es válida. Este criterio es el que igualmente resplandece en la Resolución comentada.

d) *Exigencia de «quórum» para ciertos acuerdos*

En la Ley de Sociedades Anónimas hay dos exigencias en torno a los «quórum» de asistencia a las Juntas Generales: una, la del artículo 51, que determina las concurrencias en primera y segunda convocatoria y otra, la del artículo 58, que refuerza dichas asistencias cuando deban resolverse determinados asuntos que envuelvan una modificación de los estatutos. El tema que plantea el recurso viene a ser claro y se resume en la siguiente pregunta: ¿cabe solamente el «quórum» ordinario cuando en la convocatoria de la Junta se han de tratar asuntos que entran dentro de las exigencias de un «quórum» especial o reforzado?

La argumentación del recurrente es pobre, pues a pesar de que reconoce la existencia de un «quórum» reforzado para ciertos asuntos, entiende que no es preciso para los demás que comprende el orden del día y como la Ley obliga a resolver todos, no pudiendo posponerlos a segunda convocatoria, debe reputarse válido el acuerdo. El criterio del Registrador es más lógico, pues entiende que exigiéndose un «quórum» especial o reforzado la Junta no puede acordar en primera convocatoria todos los asuntos del orden del día, sino que debe aplazarlos para una segunda convocatoria, que de seguir el criterio del recurrente no podría celebrarse nunca, pues si en primera convocatoria se solucionan los asuntos ordinarios se impide con ello cumplir el requisito legal que condiciona la segunda convocatoria «a que no se hubiera podido reunir la primera por falta de «quórum». Este criterio acepta la Dirección General de los Registros y del Notariado como no podía menos, pues lo contrario supondría el gran fraude legal de aceptar la solución de una Junta ordinaria que soluciona asuntos ordinarios y que impide la celebración de otra con «quórum» reforzado para provocar una posible modificación de los estatutos.

El artículo 59 LSA establece la legitimación del socio para concurrir a la Junta General, que en el caso de titulares de acciones al portador viene determinada por el depósito previo de las acciones en la forma prevista en los estatutos o en la convocatoria, con cinco días de antelación a aquel en que deba celebrarse la Junta. (Resolución de 28 de septiembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 18 de octubre.)

Hechos.—La Sociedad «Harinas Conquistadores, S. A.», celebró Junta General, de la cual se excluyó al apoderado de un socio y a otra persona que afirmaba también ser socio y exhibía el justificante de la adquisición de acciones de dicha Sociedad; en cuanto al primero se le excluía por afirmarse ser incompatible moralmente para asistir, al ser hijo del poderdante, y en cuanto al segundo, por negársele la calidad de socio, pues, a pesar de haber adquirido unas acciones, por dicha adquisición existía también un sumario;

que en dicha Junta se nombraron Administradores de la Entidad, no existiendo Secretario de la Junta, al hallarse presente, por haber sido requerido para ello, el Notario de Miajas don Siro Cadaval Franqueza, que levantó la correspondiente acta de presencia.

Presentada primera copia de dicha acta en el Registro Mercantil de Cáceres fue calificada de la forma siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos: Primero, celebrarse la Junta General con exclusión de un socio y del representante de otro, que pretendieron tomar parte en ella, lo que supone infracción del artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas; segundo, aun cuando no se hubiera excluido a las personas dichas, no hay constancia de que a tal Junta concurriesen suficientes socios para cumplir el «quórum» exigido por el artículo 51 de la citada Ley; tercero, no ser el testimonio del acta notarial de presencia el documento adecuado para inscribir el nombramiento de Administradores, conforme al artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil; cuarto, no serlo tampoco para inscribir el nombramiento de Consejeros-Delegados, conforme al artículo 110 del referido Reglamento; quinto, no constar las circunstancias personales de los Administradores nombrados; sexto, no haber determinado la Junta el tiempo por el que son designados los nuevos Consejeros, conforme al artículo 17 de los Estatutos sociales. Siendo insubsanables los defectos apuntados como primero, tercero, cuarto y sexto, no procede tomarse anotación preventiva».

El nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación sólo en cuanto al primer defecto, y que alegó: que del acta presentada no se desprendía que el pretendido socio hubiera depositado los documentos acreditativos de tal cualidad; que la misma no le fue reconocida por el Presidente y la mayoría de los asistentes a la Junta y que del documento presentado no se derivaba la calidad de socio del excluido, razón por la cual era infundada la redacción de la nota por el Registrador, la cual debía rectificarse, suplicando se reconociese que no cabía sostenerse la afirmación de que don Benito Sierra Cadenas tenía el carácter de socio.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes argumentos: que no se comprendía el perjuicio que podía causar la redacción de una nota cuando sólo se impugnaba un defecto, y sólo en parte, existiendo otras insubsanables que, por no haber recurrido, quedaban firmes; que, como resulta del artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas y de las sentencias de 11 de octubre de 1973, 14 de marzo de 1974 y 2 de abril de 1976 y la Resolución de 26 de febrero de 1953, no se constituye válidamente la Junta cuando se impide la intervención en ella del titular de unas acciones; que la legitimación de un socio para acudir a las Juntas viene dada por la tenencia de las acciones y su depósito previo, sin que el Presidente pueda exigir mayores requisitos ni negarse a la asistencia de quienes la hayan cumplido, por muy importantes que sean las razones en que se apoye; que si bien es cierto que de una manera expresa no se afirma que don Benito Sierra Cadenas cumpliera los requisitos necesarios para asistir a la Junta, parece que tácitamente se le está reconociendo tal cumplimiento, ya que: a) no se hace tal reconocimiento en relación con ninguno de los

otros accionistas; b) al ser interrogado el Presidente por uno de los socios sobre si los títulos de las acciones están depositadas en la Caja Social, aquél contesta que no hay lugar a la pregunta, ya que la Junta se ha convocado con todos los requisitos legales; c) el Presidente llama «socio» al señor Sierra, y d) la única razón que aquél aduce para excluir a éste es la falta de legitimidad del documento adquisitivo de las acciones para poder admitir como socio al señor Sierra, en virtud del sumario que se sigue por esta transacción, siendo así que si el señor Sierra no había depositado las acciones en la forma establecida, bastaba con haberlo hecho constar así.

Doctrina.—«Considerando que al haberse impugnado solamente parte del primer defecto de la nota del Registrador del recurso interpuesto carece de utilidad, ya que cualquiera que sea la solución al punto controvertido, la constancia en dicha nota de otros defectos calificados de insubsanables impedirá que el título pueda inscribirse.»

«Considerando que planteado en estos términos, el recurso se centra exclusivamente en determinar si se ha constituido válidamente la Junta General, de la que previamente se ha excluido al titular de unas acciones por haber alegado la Presidencia que existe un sumario contra el mismo por apropiación indebida de los fondos sociales.»

«Considerando que el artículo 59 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la legitimación del socio para concurrir a la Junta General, que en el caso de titulares de acciones al portador viene determinada por el depósito previo de las acciones, en forma prevista en los Estatutos o en la convocatoria, con cinco días de antelación a aquel en que deba celebrarse la Junta, y sin que el mencionado precepto señale ninguna otra causa de exclusión, salvo ésta de no haber realizado el depósito.»

«Considerando que al no haberse basado la negativa en la anterior circunstancias, pues del documento calificado resulta que no se afirma ni se niega que la persona que pretendía asistir hubiera hecho el depósito previo, sino únicamente que en la convocatoria de la Junta se habían observado todos los requisitos legales, lo que lógicamente no incluye el depósito al ser un acto posterior, hay que concluir que el motivo alegado no es suficiente para demostrar la legitimidad del acuerdo de exclusión, y sin que pueda ser atendida la alegación hecha después por el recurrente en su escrito de interposición de que no se había realizado tal depósito por parte del excluido, ya que el recurso gubernativo, de conformidad con el artículo 54 del Reglamento del Registro Mercantil, habrá de circunscribirse a los documentos presentados en tiempo y forma y que estén relacionados con la nota del Registrador.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar en el punto recurrido el acuerdo del Registrador.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

El recurso que se resuelve en la Resolución que comentamos acumula en la nota que lo provoca hasta seis defectos en el acta notarial de presencia que pretende inscribirse en el Registro Mercantil. La entidad de los defectos es tan patente que el recurrente solamente se ciñe en su recurso al primero

que es el que viene a resolverse en definitiva. El tema está basado en un problema de legitimación del socio para asistir a la Junta General, pues tratándose de acciones al portador se exige el previo depósito de dichas acciones con cinco días de antelación a aquel en que deba celebrarse la Junta.

Por ello en el comentario de esta Resolución sólo haremos una exposición de la materia objeto del recurso, señalando en forma muy sumaria los otros defectos que la nota registral señalaba a la referida copia notarial del acta de presencia.

a) *Legitimación del socio para asistir a la Junta General.*

La doctrina normalmente no recoge al enumerar los derechos inherentes al accionista el de «asistir a las Juntas Generales» y si los de votar en las mismas e impugnar los acuerdos sociales. Sin embargo, GARRIGUES Y URÍA en sus conocidos comentarios diseccionan y relacionan el derecho de voto y el de asistencia. Dicen que a diferencia del derecho de voto que en mayor o menor medida en ningún caso puede faltar al accionista, los estatutos pueden privar al socio del derecho de asistencia. El contenido de ambos derechos es, por tanto, distinto e independiente. No hay derecho de asistencia en el accionista sin derecho de voto. Todo accionista facultado para asistir a las Juntas estará facultado también para intervenir en el debate y emitir su sufragio en el sentido que tenga por conveniente. Pero en cambio, puede haber derecho de voto sin derecho de asistencia; los accionistas que no posean el número de acciones que los estatutos exigen para asistir a la Junta podrán votar, si no personalmente, agrupando sus acciones.

El derecho de asistencia, sin embargo, se condiciona según la clase de acciones, pues si son nominativas habrán de ser inscritas con cinco días de antelación en el libro de socios y si son al portador deberán depositarse con la misma antelación en la forma que prevean los estatutos o la convocatoria, conforme dispone el artículo 59 de la LSA. En caso de silencio de los estatutos y de la convocatoria la Junta debe reputarse mal convocada, produciéndose las consecuencias inherentes al defecto de convocatoria, pues el accionista que por mandato imperativo de la Ley deba depositar sus títulos con cinco días de antelación a la celebración de la Junta necesita conocer previamente el día en que empieza a contar ese plazo el lugar en que deben ser depositadas las acciones. Esta última opinión de GARRIGUES Y URÍA que transcribo literalmente podría tener una aplicación al presente caso, pues lo que inicialmente se discutía es si la convocatoria estaba correctamente formulada por haber sido previamente excluido un socio al que se negaba esta condición por existir un sumario en torno a la adquisición de las acciones.

Luego, sin embargo, el recurso toma otros caminos y lo que pasa a discutirse es si el socio había o no hecho el depósito para estar legitimado en cuanto a la asistencia de la Junta. El depósito es previo a la celebración de la Junta, pero necesariamente posterior a la convocatoria cuando en ella se prevea el mismo, por lo que afirmándose la validez de la convocatoria, el problema era el de la realización de dicho depósito, cosa que no puede

ser discutida por no haber sido planteada en tiempo y forma, según dispone el artículo 54 del reglamento del Registro Mercantil.

Es claro que la solución que ofrece la Dirección General está en la línea correcta de la interpretación lógica de los preceptos, máxime en el presente caso en el que la exclusión de un socio para asistir a la Junta no tenía una clara justificación. De todas formas me inclino más a pensar que el caso era de falta de validez de convocatoria, ya que en la misma se impide la asistencia de un socio sin que las causas que se aleguen sean las del artículo 59 de la LSA. Esta parece ser también la idea que guía al Registrador al señalar en apoyo de su acuerdo las Sentencias de 11 de octubre de 1973, 14 de marzo de 1974 y 2 de abril de 1976 y Resolución de 26 de febrero de 1953.

b) *Los demás defectos.*

En las consideraciones previas que hace el Registrador en su acuerdo y el Considerando primero de la Resolución se pone de manifiesto la ineficaz utilidad del recurso, pues aunque la Dirección General hubiera decidido que la convocatoria estaba correcta y que la exclusión del socio no provocaba ninguna consecuencia, es evidente que quedaban cinco defectos de carácter insubsanables que impedían que el acto pudiera llegar a inscribirse. Al renunciar el recurrente a discutir los mismos los hace firmes y cierra las puertas de Registro al acto en su conjunto. ¿Era una pureza doctrinal lo que se trataba de defender? No hay una razón justificativa para ello.

Claro está que los defectos que se alegaban por el Registrador eran de tales dimensiones que el acto se venía abajo por sí solo. No había constancia del «quórum» necesario que fija el artículo 51 de la LSA. De otra parte, los artículos 108 y 110 del Reglamento del Registro Mercantil al señalar los documentos mediante los cuales se pueden inscribir el nombramiento de Administradores y el de Consejeros Delegados excluyen el testimonio notarial del acta de presencia. Igualmente la falta de circunstancias personales de los Administradores nombrados no figuran para su debida constancia registral y, por último, no haberse fijado el plazo de duración de los nombramientos, cosa que exige el artículo 17 de los Estatutos Sociales.

Al ser calificados como insubsanables los referentes al documento inscribible y el último de los citados, aparte el genérico de la exclusión del socio, se cierra el Registro incluso para la toma de la correspondiente anotación preventiva.

El nombramiento de liquidador sólo puede tener acceso al Registro Mercantil cuando conste inscrito el acuerdo de disolución de la Sociedad.
(Resolución de 15 de diciembre de 1978; «Boletín Oficial del Estado» de 30 de enero de 1979.)

Hechos.—Por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Manuel Sainz López-Negrete, el 2 de febrero de 1977, don José Jaime Núñez Meléndez, en nombre y representación de la Sociedad «Inmobiliaria San Gumerindo, S. A.», en liquidación, confirió poder especial y sin limitación de

tiempo al recurrente para que ejercitare todas y cada una de las facultades que como liquidador se le habían atribuido en la Junta general extraordinaria celebrada el 30 de diciembre de 1976, que eran las previstas en los artículos 153, 158, 160, 162, 164, 165, 166, 167, 168 y 170 y demás concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas y cuantas por demás precise para llevar a feliz término las operaciones liquidatorias que se le encomendaron; que en la escritura se dice que dicha Sociedad fue disuelta por otra escritura anterior autorizada por el mismo Notario el 27 de enero de 1977.

Presentada en el Registro la referida escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento por no aparecer inscrita en este Registro Mercantil, conforme exige el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, la escritura de disolución que se expresa en el mismo. No procede tomar anotación preventiva por no haber sido solicitada».

Don Emilio Manrique Martín interpuso recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la inscripción del poder otorgado a su nombre no requiere la previa inscripción de la escritura de disolución, puesto que dicho poder no se encuentra comprendido entre los documentos numerados taxativamente por el artículo 4.^º del Reglamento del Registro Mercantil, que precisan para su inscripción cumplir el principio de trato sucesivo; que de no inscribirse el referido poder no se podrían llevar a cabo los actos necesarios para este periodo de liquidación, puesto que el citado artículo 4.^º en su párrafo 2.^º considera necesaria «la previa inscripción de las facultades de los Gerentes o Administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos»; que la escritura de poder que nos ocupa no contiene ninguna de las faltas o defectos que el artículo 44 del mismo Reglamento determina como contenido y alcance de la calificación registral, y que el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es inaplicable al caso, ya que en la propia escritura calificada se hace constar que el acuerdo ha sido tomado con todos los requisitos que exige dicho artículo.

El Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación por los siguientes fundamentos: Que aunque de los términos empleados en la escritura calificada pudiera deducirse lo contrario, en el presente caso se trata no de un simple apoderamiento conferido al recurrente, sino de la elevación a instrumento público del acuerdo de su nombramiento como liquidador, para cuya inscripción en el Registro Mercantil se requiere la previa o simultánea inscripción de la disolución social de la que es consecuencia; que la nota calificadora no se basa en la infracción del principio del trato sucesivo, lo que hace improcedente las alegaciones del recurrente, referidas a los artículos 4 y 44 del Reglamento, en cuanto al cumplimiento o no de tal principio; que la calificación se basa en la necesidad de exigir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas y demás concordantes; que dicho artículo exige para que el acuerdo de disolución social sea válido que conste en escritura pública y que sea inscrito en el Registro Mercantil, teniendo este último requisito carácter constitutivo, así se ha considerado siempre en la práctica jurídica y registral en base a varias razones, como la de que según la expresión «para llevar a cabo» que em-

plea dicho precepto, ha de entenderse que mientras no concurran todos los requisitos que exige no quedarán jurídicamente ultimados ni completos ninguno de los actos a que se refiere, y de faltar cualquiera de los requisitos el acto sería nulo, como se deduce de la expresión «bajo pena de nulidad», que afecta sin excepción a todos los requisitos; que, por otra parte, al poner el apartado 2º del repetido precepto a continuación del requisito del «quórum» para el acuerdo, que «en todo caso» éste «constará» en escritura pública que se «inscribirá» en el Registro Mercantil, es porque en ningún supuesto sería válido con su simple constancia en el acta de la Junta y sin inscribir; que esta obligatoriedad de inscripción del acuerdo de disolución social se confirma por lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige que en la hoja abierta a cada Sociedad se inscriban obligatoriamente, entre otros actos, la disolución y liquidación de la Sociedad, con lo que se trata de proteger a los acreedores y terceros interesados; que en el artículo 142 del Reglamento del Registro Mercantil se determina que en la escritura de disolución de las Sociedades Anónimas se contenga el nombramiento de liquidadores, lo cual implica el deseo del legislador de que se inscriban ambos actos al mismo tiempo y no el último antes que el primero; que el artículo 155 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que el período de liquidación no se abre mientras la Sociedad no se disuelva, lo que exige su inscripción en el Registro Mercantil.

Doctrina.—«Considerando que acordada la disolución de una Sociedad y designado, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley, el liquidador correspondiente, la cuestión que plantea este recurso versa sobre si puede tener acceso al Registro Mercantil el nombramiento del mencionado liquidador sin necesidad de que conste inscrito el acuerdo de disolución de la referida Sociedad.»

«Considerando que, normalmente, el período de liquidación no se abre, según resulta del artículo 155 de la Ley, hasta que la Sociedad se encuentre en fase de disolución, por lo que resulta evidente que será condición habilitante para la actuación del liquidador designado que la disolución de la Sociedad haya reunido los requisitos establecidos en las disposiciones legales, lo que supone una previa calificación por parte del Registrador Mercantil del acto principal —disolución— con su correspondiente inscripción, para que simultáneamente o con posterioridad pueda examinarse y proceder a inscribir el nombramiento del liquidador.»

«Considerando que de no hacerse así, y admitirse una inscripción previa de nombramiento de liquidador, a la escritura que contenga el acuerdo de disolución podría resultar que si esta escritura adoleciera de algún defecto que impidiera su acceso al Registro se produjese el contrasentido de una publicidad registral que por ser inexacta o incompleta pudiera confundir a interesados y terceros, que confiados en los asientos registrales presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales.»

«Considerando que no se trata de un supuesto de aplicación de los contados casos que en materia de trámite sucesivo recoge el Reglamento del Registro Mercantil, principalmente en su artículo 4, sino que es —como ya se ha indicado— una consecuencia natural derivada del carácter obligatorio

de la inscripción en el Registro de la disolución de una Sociedad —artículo 86 del mismo Reglamento—, que exige conste inscrito o se inscriba a la vez esta disolución, para que pueda a su vez inscribirse, que no es más que una de las consecuencias de este acuerdo, como es el nombramiento de liquidador.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el acuerdo y la nota del Registrador.»

CONSIDERACIONES CRITICAS

El problema que plantea la Resolución transcrita más que de lógica jurídica es de afirmación de un principio registral importante como es el de la publicidad registral que recoge el artículo 2 del Reglamento del Registro Mercantil y que arranca de una presunción de conocimiento de todos para el contenido registral, quedando marginados aquellos documentos que sujetos a inscripción no lo hubieran sido. Es decir, el contenido del Registro se presume exacto e íntegro, mientras no se rectifique. El conocimiento y la publicidad operan única y exclusivamente sobre lo que figura en el Registro, no sobre lo que «conjeturalmente» pueda deducirse ni por lo que pueda conocerse extraregistralmente. Así como el Registrador en su calificación debe circunscribirse al título y al contenido del Registro, sin poder «por conjetas» añadir datos o sacar conclusiones, así tampoco la publicidad puede tener más campo de actuación que el contenido del mismo Registro. De ahí que no pueda argumentarse que inscrito el nombramiento de un liquidador debe presumirse por conjetas que la sociedad está disuelta. Para que la sociedad se presuma disuelta hace falta que se publique.

En el fondo éste es el tema que se resuelve en la presente Resolución y en el que para su exposición vamos a distinguir entre las razones que da la Dirección y aquellas otras que es preciso rechazar por no ser aplicables, tales como la del principio de trato sucesivo, principio de inscripción constitutiva, etc.

a) *Razones válidas.*

El criterio del Registrador para solucionar el caso es el de aplicar el número 2 del artículo 84 de la LSA y entender que tanto la escritura pública como la inscripción son inexcusables para que la disolución de la sociedad se produzca, añadiendo que, en todo caso, la inscripción se convierte en constitutiva. Igualmente, aduce el artículo 142 del reglamento del Registro Mercantil del que parece desprenderse el deseo del legislador de que los actos de disolución y nombramiento de liquidadores se inscriban al mismo tiempo y no el último antes que el primero. Por último, el artículo 155 de la LSA establece que el periodo de liquidación no se abre mientras la sociedad no se disuelva y ésta no se disuelve hasta que se inscriba.

La Dirección General no lleva por esos cauces el recurso y creo que apunta acertadamente manejando el tema de la publicidad a que antes me refería y el inevitable juego del principio de legitimación, con lo que sin entrar en la necesidad o no de la inscripción de disolución y de su carácter

constitutivo, desplaza el criterio y razona con lógica ante los dos principios de publicidad y calificación. Admitir antes de la inscripción de disolución el nombramiento de liquidadores, aunque esto sea una consecuencia de aquello, es ofrecer un confusionismo «a interesados y terceros, que confiados en los asientos registrales presumieran que la disolución de la Sociedad habría ya tenido lugar correctamente y con el cumplimiento de todos los requisitos legales». Con ello elimina el pensar «conjetural» de que hablábamos antes. Si el efecto está inscrito, la causa hay que presuponerla. Si hay liquidador es que ha tenido que haber disolución.

Pero hay más finura jurídica todavía en la solución doctrinal de la Dirección enlazando el posible confusionismo que puede provocar la publicidad registral de la situación que se pretende inscribir, ya que hace entrar el principio de calificación y plantea seriamente la posible situación que se crea en el caso de que el Registrador, al recibir en su día la escritura de disolución, observe que no reúnen los requisitos legales para su validez y, por lo tanto deniegue o suspenda la inscripción. ¿Qué pasará entonces con esa inscripción *anticipada* de un nombramiento de liquidador que no tiene por base un previo acto de disolución válido?

Resulta sumamente difícil traer a colación criterios de semejanza, pero se me ocurre pensar en esos casos de suspensiones, concursos y quiebras en los que según he defendido caben la anotación de la petición de los estados y la resolución que declare los mismos tanto en el libro de incapacitados, como en el de inscripciones. Pretender que con el mandamiento en el que se solicita la declaración se practiquen no la anotación preventiva que se ordena, sino las inscripciones de incapacidad en el libro especial y en los de inscripciones as algo semejante a lo que se pide en el presente supuesto.

Entiendo, por tanto, irreprochable la doctrina mantenida por la Dirección que ha sabido salvar con auténticas armas jurídicas un supuesto en el que parecía que la balanza podía caer de un lado o del otro, si, en vez de la aplicación de los criterios mantenidos, se hubiera hecho caso de otros que es preciso rechazar.

b) *Razones insuficientes*

Creemos que son dos las razones que tanto la parte recurrente, como el Registrador en su acuerdo, mantienen y que no son atendidas por la Dirección en uno de sus considerados y otro es el criterio de dar carácter constitutivo a la inscripción de disolución sobre la base del artículo 84 de la LSA y que es eludido por la Dirección. A uno y a otro nos vamos a referir.

a. *Tracto sucesivo*.—El recurrente dice que la nota de denegación del Registrador se basa en el necesario cumplimiento del principio del tracto sucesivo que exige la previa inscripción de las facultades de gerentes o administradores para poder inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos. Pero este principio de tracto sucesivo, según el criterio del recurrente, no es aplicable al siguiente caso, ya que el poder otorgado a nombre del liquidador no se encuentra comprendido entre los documentos enumerados taxativamente por el artículo 4.^º del Reglamento del Registro.

El Registrador en su acuerdo se limita a decir que su calificación no se

basa en el principio del trácto sucesivo y que al presente caso no debe aplicarse ni el artículo 4, ni el 44 del Reglamento del Registro Mercantil. Igualmente, la Dirección niega que se trate de una aplicación del principio de trácto sucesivo, sin dar más explicaciones aclaratorias.

No se comprende muy bien el juego del principio del trácto en este caso, pues si bien disolución y nombramiento de liquidador suponen una causa y un efecto, no tienen entronque alguno con el trácto. La inscripción del nombramiento de liquidador tiene un antecedente causal en el hecho de la disolución de la sociedad, pero no es un acto que deba emanar de quienes en el Registro figuran con facultad para realizarlo. El principio del trácto entra en juego posteriormente, cuando para poder inscribir los actos realizados por el liquidador es precisa su inscripción para su enlace registral que justifica la validez del acto realizado.

b. *Inscripción constitutiva*.—Para el Registrador Mercantil la inscripción del acto de disolución es «constitutivo» sobre la base de una interpretación del artículo 84 de la LSA. La Dirección General entiende que no pasa de ser un acto obligatorio.

La doctrina, en este singular caso, se encuentra dividida, pues Garrigues y Uría en sus «Comentarios» entiende que no es admisible que una sociedad que habiendo tomado el acuerdo de disolverse no se haya inscrito en el Registro, aparezca, sin embargo, al exterior, a través de su denominación, como sociedad «en liquidación» (según exige el artículo 154 LSA). El artículo 84 dice claramente que para llevar a cabo la disolución de la sociedad se requiere bajo pena de nulidad que el acuerdo se haga constar en escritura pública y que ésta se inscriba en el Registro. Es, pues, evidente la necesidad de cumplir ambos requisitos para que la sociedad se repute disuelta.

De la Cámara Alvarez (Estudios de Derecho Mercantil, 1977) mantiene que la nulidad que predica el artículo 84 sólo actúa si no se cumplen los requisitos referentes a convocatoria y el acuerdo que el propio precepto establece, pero no cabe extenderla a la omisión de la escritura o de inscripción. Ni escritura, ni inscripción tienen aquí valor constitutivo. Habría que distinguir entre una disolución no inscrita y entre relaciones internas y externas. En el orden interno deben considerarse decaídas las facultades de los administradores, y, en consecuencia, si continuaran ejercitándolas haciendo caso omiso de la disolución válidamente acordada por la Junta o decretada por la autoridad judicial, incurrirán en responsabilidad. En el orden de las relaciones externas, los terceros de buena fe pueden ignorar la disolución no inscrita. Por consiguiente, podrán defender la validez de los actos que los administradores hayan realizado como tales administradores, y sin perjuicio, de la responsabilidad de éstos frente a la sociedad. A la inversa, quienes hayan tratado con los liquidadores podrán fundarse en la disolución no inscrita, en tanto les favorece, para sostener igualmente la validez de tales actos.

Creo que de esta última opinión puede concluirse que tampoco es preciso dar carácter constitutivo a la inscripción de disolución para justificar su necesidad de inscripción antes de la de los liquidadores, pues en esa doble esfera con que nos ilustra De la Cámara hay base para defender que en la esfera externa se hace precisa la inscripción en favor de los terceros,

salvo el caso que cita de que la sociedad se disuelva por el transcurso del término, pues en este caso, figurando el mismo en el Registro, no sería precisa esa inscripción de disolución anterior, previa o simultánea a la del nombramiento de liquidador.

En todo caso, tiene que reconocer dicho autor, que la inscripción de disolución es necesaria para que, en su momento, pueda practicarse la cancelación de la hoja registral abierta a la sociedad, y en virtud de la cual aquélla se exige definitivamente como persona jurídica.

I. JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Por GABRIEL GARCIA CANTERO

SENTENCIA DE 5 JULIO 1980

Acceso a la propiedad del arrendatario rústico especialmente protegido.—Derecho de abolorio o de la saca en Aragón.—Adquisición de la propiedad en virtud del derecho de acceso: título y modo: «Traditio facta»: interverción posesoria.—Ejercicio del derecho de abolorio: requisitos: falta de ejercicio en tiempo y forma.

SUMARIO: I. Hechos. II. La Sentencia del Tribunal Supremo. III. La colisión entre derechos de adquisición preferente. IV. Adquisición de la propiedad de la finca en virtud del ejercicio judicial del derecho de acceso. V. Algunas indicaciones sobre el derecho de abolorio.

I. HECHOS

Se trataba de un arrendamiento rústico especialmente protegido cuyo origen se remonta a 1942, en el que el arrendatario había ejercitado el derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, habiendo declarado el T. S., en S. de 8 octubre 1971, que tal derecho había sido bien ejercitado en tiempo y forma y bien hecha la consignación del precio, por lo que condenaba a los arrendadores a consentirlo y a otorgar la correspondiente escritura. Más de seis meses después de la sentencia los arrendadores ofrecen a un primo carnal la venta de la finca, haciéndole saber su derecho preferente, aceptando el notificado el requerimiento y haciendo el depósito del precio y de la indemnización; el arrendatario, requerido por el Notario, rehúsa hacerse cargo de la suma, por lo que los arrendadores promueven expediente de consignación que se hace contencioso al personarse aquel y oponerse al mismo. En 9 febrero 1973 los arrendadores otorgan escritura de venta al pariente tronquero en la que se manifiesta que ha quedado enervado el derecho de acceso, y se inscribe en el Registro. En abril del mismo año, el arrendatario, que había seguido en posesión de la finca, insta la ejecución de la sentencia firme en su favor dictada por el T. S., en cuyo procedimiento los arrendadores interponen incidente de previo y especial pronunciamiento que resulta desestimado. Por ello, el pariente tronquero ejerce acción declarativa de haberse ejercitado en forma el derecho de abolorio, oponiéndose el arrendatario en el mismo proceso mediante reconvención y en juicio aparte para que se declare bien ejercitado el derecho de acceso; ambos procesos se acumulan, declarándose por el Juzgado de 1.^a Instancia haber lugar a la acción del pariente tronquero, mientras que en apelación y en casación se dio la razón al arrendatario.

En el primer considerando de la sentencia del T. S. se recogen los siguientes hechos relevantes:

«Son aspectos de hecho reconocidos en la sentencia recurrida, esenciales para la decisión del recurso de que se trata, no desvirtuados por la parte recurrente, los siguientes: A) Que este Tribunal, en S. de 8 octubre 1971, declaró bien ejercitado, en tiempo y forma, por el entonces demandado don Julio E. C., en su calidad de arrendatario, el derecho al acceso de la propiedad rústica de la finca litigiosa, y bien hecha la consignación del precio realizadas por aquél, por lo que se condenó a los entonces demandados don Joaquín, doña María Presentación, doña Rosa y doña Victoria de V. A., a consentir tal derecho ejercitado y al otorgamiento de la escritura pública de venta; B) Que dichos entonces demandados notificaron, mediante acta notarial de 23 marzo 1972, a don José María S. A., demandante de la litis de que dimana el recurso ahora examinado, la sentencia aludida, al tiempo que le ofrecían la venta de la finca litigiosa, como presunto titular de un derecho de abolorio, por el precio pagado por el referido colono en el pleito en que recayó la mencionada S. de 8 octubre 1971; C) Que el aludido don José María S. A. aceptó aquel ofrecimiento y entregó al Notario autorizante la suma de 91.300 ptas., de cuyo importe 60.866,70 ptas. correspondían al pago del precio y las restantes 33.433,40 ptas. (sic) en concepto de indemnización para el arrendatario, suma que le fue ofrecida a éste mediante acta notarial en la que no se le hizo anuncio de que si no aceptaba la cantidad ofrecida se procedería a su consignación; D) Que el meritado arrendatario no aceptó el ofrecimiento retirando los oferentes de la Notaría la cantidad ofrecida y, sin previo anuncio, procedieron a consignarla en expediente de jurisdicción voluntaria, que fue declarado contencioso por oposición, sin que posteriormente haya recaído resolución judicial alguna declarando bien hecha la consignación; E) Que el 9 febrero 1973 los señores V. A. otorgaron escritura de venta a favor de don José María S. A., en la que se hizo constar que éste ejercitaba un derecho preferente de abolorio y que había quedado enervado el derecho de acceso a la propiedad reconocido por este Tribunal, por el ofrecimiento de la cantidad expresada y subsiguiente consignación en el indicado expediente de jurisdicción voluntaria, y cuya escritura pública de venta fue inscrita registralmente a nombre del actor, y F) Que instado por el precitado arrendatario, don Julio E. C., la ejecución de la tan aludida sentencia del T. S., por la que se reconoció el derecho al acceso de la propiedad, se opusieron a ello los relacionados señores V. A. en base de que el actor había ejercitado su derecho preferente de abolorio y le habían vendido la finca en escritura pública inscrita, dando lugar a incidente en el que recayó la S. de 3 abril 1976, por la que este Tribunal desestimó la pretensión de los oponentes y se mantiene plenamente su resolución de 8 de octubre 1971, sin perjuicio de que quien pudiera tener interés ejercitara las acciones de que se creyera asistido en el proceso adecuado a la naturaleza de las mismas».

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La S. en la que por tercera vez se da la razón al arrendatario, y de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. Don Antonio Fernández Rodríguez, contiene los siguientes Considerandos cuya doctrina es objeto de este comentario:

CDO. 2.º: «Si ciertamente el ordenamiento jurídico español, recogiendo el sentido de la doctrina clásica de la necesidad del título y el modo como elementos que han de concurrir, conjunta o consecutivamente, para la adquisición de los derechos reales, construida por los romanistas sobre la base de los textos del «Corpus Iuris Justinianeo», determinantes de que *traditionibus et usucaptionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferentur* (Código Libro II, Título III, Ley 20) y *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iuxta causa praecesserit proptem quam traditio sequeretur* (Digesto, Libro XLI, Título I, Fragmento 31), y reflejada concretamente en el párr. 1.º del artículo 609 C. c., y párrafo 2.º del artículo 1.095 del mismo Cuerpo Legal), establece la distinción entre el título y el modo, en el sentido de disponer que no se adquiere derecho real sobre la cosa hasta que ésta haya sido entregada al acreedor, al no regir el principio de la tradición *solo consensu*, sin embargo, tal teoría, de una parte, ha de entenderse referida a las adquisiciones por contrato, quedando fuera de su ámbito otros modos de adquirir distintos de la enajenación voluntaria por medio del contrato, pues hay casos como el de la hipoteca, en el que se exige solamente la inscripción (art. 1.875 C. c.), el de las servidumbres negativas (en las que por su propia naturaleza, no cabe acto alguno de transmisión) y el de acceso a la propiedad (que sanciona el artículo 96 R. A. R., aprobado por D. de 29 abril 1959), que quedan fuera del principio general de necesidad de la tradición, pues que ésta se produce automáticamente a causa del derecho constituido, al reflejar una tradición *ficta*, generada por el fenómeno jurídico denominado «intervención posesoria», reflejo de transmisión *brevi manu* que confiere al poseedor por un determinado vínculo jurídico—en este caso por el arrendatario—una posterior causa de poseer—en el supuesto actual por titularidad atributiva de dominio por causa de acceso a la propiedad judicialmente reconocida y declarada—, aunque con proyección real y concretamente con relación a terceros, requiera el complemento del otorgamiento de escritura pública; y de otra parte, ésta en cuanto es mera consecuencia de una situación de hecho y jurídica de acceso legal a la propiedad, equiparable en sus consecuencias y efectos a una venta forzosa, aunque se entendiere, como pretende el recurrente, carente de alcance real mientras dicha escritura no se otorgue, en manera alguna puede impedir el efecto estrictamente obligacional que produce dicho derecho de acceso a la propiedad reconocido por sentencia firme en favor del arrendatario don Julio E. C., y ahora recurrido, en la indicada naturaleza que tiene equiparable a forzosa compraventa, porque reconocida la obligación de entrega por el arrendador al arrendatario, en título de transmisión dominical, de la finca afectada por el mencionado reconocido derecho de acceso a la propiedad, con asignación e incluso consignación por el accedente de la correspondiente cantidad a entregar, indudablemente crea un acto obligacional con prevalencia en tal aspecto».

CDO. 3.: «Que sentado lo anterior conduce a la inconsistencia del primero de los motivos en que se soporta el recurso de que se trata, fundamentado, al amparo del núm. 1.^º del art. 1.692 L. E. C., en pretendida violación, por no aplicación, de los arts. 609 pár. 2.^º y 1.095 pár. 2.^º C. c., y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan, en relación con los arts. 149.1. y 152 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, y 39 y 40 L. H., tanto porque al evidenciarse tradición, en el indicado carácter ficta, por interversión posesoria, según queda precedentemente expuesto, en favor del recurrente don Julio E. C., sobre la finca en cuestión, por consecuencia del derecho de acceso a la propiedad a él reconocido por sentencia firme, ninguna violación, por inaplicación, ha cometido la Sala sentenciadora de instancia de la normativa sancionada en los indicados artículos 609 pár. 2.^º y 1.095 pár. 2.^º C. c., y sentencias citadas en su relación, sino, por el contrario, se ha acomodado a ella; cuanto porque producida la expresada tradición, y en su virtud reconocido por el órgano jurisdiccional *a quo* el derecho obligacional de dominio en favor del arrendatario recurrente, tampoco se evidencia violación de los arts. 149.1. y 152 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, y arts. 39 y 40 L. H. en relación con dichos artículos del C. c., puesto que la sentencia recurrida, de una parte, no niega las circunstancias que para el derecho de abolorio establecen dichos preceptos de la expresada Compilación, sino el no haber cumplido el recurrente en forma las condiciones exigidas para su ejercicio, y, de otra parte, la aplicación por dicha resolución impugnada de lo regulado en los meritados preceptos hipotecarios tiene causa en la inviabilidad reconocida también en ella de la transmisión efectuada en favor de dicho recurrente y que motivó el acceso a su nombre de la finca en cuestión en el Registro de la Propiedad, lo que es de mantener en tanto no se desvirtúe eficazmente tal inviabilidad.»

CDO. 4.: «Que tampoco es de acoger el motivo segundo, que, con amparo también en el número 1.^º del art. 1.692 de la L. E. C., fundamenta el recurrente en interpretación errónea del art. 150.1. de la Compilación de Derecho civil de Aragón y del art. 96.8. del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 abril 1959, porque al reconocerse en la tan mencionada sentencia recurrida, sin desvirtuación por el cauce adecuado, que el ejercitante del derecho de abolorio don José M.^º, S. A., ahora recurrente, no entregó directamente al arrendatario que accedió a la propiedad de la finca cuestionada las 60.666,70 pesetas, más las 30.433,40 pesetas (*sic*) de la indemnización dentro del término de los treinta días siguientes a contar de la notificación, determina que la Sala sentenciadora de instancia, estableciendo ese aspecto fáctico no desvirtuado, sino incluso por el recurrente como base de su argumentación, al rechazar el derecho de abolorio planteado por el precitado recurrente no interpretó erróneamente tales preceptos de la Compilación aludida y del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, sino que los aplicó correctamente, si se tiene en cuenta que al prevenir el art. 150.1. de la expresada Compilación de Derecho civil de Aragón, que el ejercicio del derecho de abolorio se efectuará «entregando o consignando el precio en el término de treinta días a contar de la notificación fechante, bien del propósito de enajenar y ofrecimiento de venta, con expresión,

en todo caso, del precio y demás condiciones esenciales del contrato» y establecer el art. 96.8. del referido Reglamento regulador de la materia de arrendamientos rústicos, que el pariente que ejercite el retracto gentilicio —en este caso en su especialidad de abolorio— «deberá abonar al arrendatario, además de las cantidades que señala el art. 1.518 del C. c. el importe de la indemnización que el arrendador hubiere tenido que abonar al colono por haber enervado el derecho de acceso a la propiedad», es claramente significativo que tal exigencia de entrega o consignación de precio y demás conceptos a que dichos preceptos legales aluden hay que entenderlo referido con relación al arrendatario, y no con el arrendador, tanto porque éste, al producirse el reconocimiento judicial firme del derecho del primero al acceso de la propiedad de la finca afectada, y haberse consignado la cantidad correspondiente al respecto por el accedente —como en este caso ha ocurrido—, ya quedó legalmente desvinculado de la titularidad dominical en la que no tiene más intervención que la de formalizar la escritura de transmisión que aquel derecho de acceso implica, cuanto porque, a todo evento, el derecho de abolorio al ser en realidad y, en definitiva, una modalidad de retracto, en especialidad foral, produce estrictamente entre el retrayente —el titular del citado derecho de abolorio don José M.^a, S. A.— y el retraído —el titular del derecho al acceso de la propiedad reconocido por sentencia firme don Julio E. C.— las relaciones económicas derivadas del ejercicio del correspondiente derecho de recobro inherente a tan singular derecho de retracto legal de abolorio, dado que así lo pone específicamente de manifiesto el precitado art. 96.8 del merítado Reglamento de Arrendamiento Rústicos, en concordancia con el art. 150.1. de la repetida Compilación Aragonesa, como genéricamente los arts. 1.521 y 1.525, éste en conexión con los 1.511 y 1.518 del C. c., en lo aplicable al caso, al sancionar que «el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago», de tal modo que «en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos 1.511 y 1.518», previsores, respectivamente, de que «el comprador substituye al vendedor en todos sus derechos y acciones y de que «el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además: 1.^º Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. 2.^º Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida», consecuencia lógica de los principios de equivalencia y contraprestación jurídica, puesto que lo contrario llevaría a la posibilidad de que se privase de un bien al retraído sin poner a su disposición la compensación legal económica correspondiente, y lo que no puede ser suplido con la puesta a disposición de un tercero —en este caso del arrendador que quedó privado del derecho dominical por efectividad del derecho de acceso a la propiedad—, dado que en caso de insolvencia quedaría frustrada la protección económica del retraído.»

CDO. 5.: «Que, por lo expuesto, es de desestimar el recurso de casación ejercitado por don José M.^a, S. A., con condena a éste de todas las costas y sin pronunciamiento sobre depósito al no haber sido constituido por no ser conformes, de toda conformidad, las sentencias de primera y segunda instancia; todo ello a tenor de lo prevenido en el art. 1.748 de la L. E. C.».

III. LA COLISION ENTRE DERECHOS DE ADQUISICION PREFERENTE

El tema de la colisión entre derechos reales de adquisición preferente (1) tiene fama de intrincado, debido a la pluralidad de figuras y diversidad de finalidades que con ellas persigue el legislador, y de mal resuelto legalmente al faltar una norma que contemple *in complexu* la casuística, tanto legal como voluntaria, así de derecho común como foral (2). En el caso decidido por esta sentencia —que ha obligado al arrendatario, finalmente vencedor, a llegar tres veces ante el T. S.— se trataba, por un lado, de un derecho más bien atípico de preferente adquisición —el de acceso a la propiedad de la finca arrendada—, sobre cuya naturaleza dista de haber acuerdo en la doctrina (3), introducido en nuestro ordenamiento por la Ley de 15 julio 1954, cuyos preceptos han sido incorporados a los artículos 96 ss. del R. A. R. de 1959, dotado de indudable matiz social y una finalidad de reforma agraria; por otro, de una institución típicamente aragonesa, remodelada en los arts. 149 ss. de la Compilación de 1967 (4). Y aunque pudiera pensarse, de seguirse determinada dirección doctrinal, que al ser el Derecho Foral un derecho eminentemente agrario, en principio no debiera colisionar fácilmente con otras normas que persiguen idéntica finalidad, en la práctica, sin embargo, ambas figuras de derechos de preferente adquisición resultan difícilmente homologables en su *ratio legis*, estructura y funcionamiento. Por otro lado, este conflicto o colisión de derechos reales limitados cuenta con una regla de solución aparentemente clara en su formulación, contenida en el art. 152 de la Compilación aragonesa, a cuyo tenor «el derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente» (5); regla que también en una inicial exégesis aparece confirmada por el art. 96.8. R. A. R., según el cual «contra el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario no prevalecerá ningún retracto legal o convencional, salvo el gentilicio, en aquellos territorios donde se halle establecido por precepto foral», si bien plantea problemas de calificación a que ulteriormente me referiré.

Con todo, el comentario a esta sentencia no va a incidir en la aludida pro-

(1) Estado actual de la doctrina en GARCÍA CANTERO, *Comentario a los artículos 1.445 a 1.541 del C. c.* (t. XIX de los Comentarios dirigidos por ALBALADEJO) (Madrid, 1980), págs. 499 y s.

(2) Por CANO, *Colisión entre derechos de adquisición preferente* (Barcelona, 1978), págs. 15 y 167 y ss., se postula como decisiva la aptitud de cada derecho de adquisición preferente en orden al bien común (función social) para determinar su nivel de prelación entre los demás, debiendo, a su juicio, mantenerse un orden único, en cualquier caso, independiente de la norma aplicable, ya que todas ellas conforman un Sistema Jurídico unitario, del cual deben desecharse las incongruencias.

(3) Las diversas opiniones doctrinales se recogen en GARCÍA CANTERO, loc. cit., págs. 489 y s. et *ivi bibliografía*.

(4) Sobre el tema *vide* el penetrante estudio monográfico de MERINO Y HERNÁNDEZ, *El derecho de abolorio aragonés* (Zaragoza, 1980).

(5) En el Derecho anterior a la Compilación no existía una norma legal de prelación, lo que originaba grandes disparidades en la doctrina. Sobre las diversas interpretaciones doctrinales y sobre la génesis del precepto, cfr. MERINO Y HERNÁNDEZ, op. cit., págs. 275 y ss.

blemática, dado que en realidad el T. S. viene a resolver que no hay colisión, puesto que uno de los derechos en presencia, el de abolorio, no ha sido ejercitado en debida forma, sino que voy a detenerme en glosar ciertas afirmaciones de la sentencia que afectan a la teoría general de los derechos reales de adquisición preferente y al modo de actuar el mismo derecho de abolorio.

IV. ADQUISICION DE LA PROPIEDAD DE LA FINCA EN VIRTUD DEL EJERCICIO JUDICIAL DEL DERECHO DE ACCESO

Pienso que la calificación jurídica más adecuada para este derecho, legal por su origen, es de adquisición del tipo opción, con dos alternativas de fijación del precio, a saber, la capitalización de la renta abonada por el arrendatario (arts. 96 y 97 R. A. R.) y la tasación contradictoria (art. 101 R. A. R.). El derecho de acceso pueda ejercitarse tanto extrajudicialmente (así en el art. 98.1 R. A. R. se contempla el caso de existir acuerdo entre las partes) mediante declaración unilateral de voluntad del arrendatario revestida de los requisitos establecidos en el art. 96.1. y 5, como judicialmente al no existir conformidad, en cuyo caso el colono debe sujetarse a plazos estrictos y al cumplimiento de requisitos del mismo carácter (art. 98.2. R. A. R.). Ahora bien, y en cualquiera de ambas hipótesis, cabe preguntar sobre el momento en que se produce la adquisición de la propiedad por el arrendatario. En mi opinión, pertenece a la esencia de los derechos reales de adquisición preferente el que se produzca el cambio real en virtud del ejercicio por el activamente legitimado de la facultad adquisitiva, ya sea judicial como extrajudicialmente; en el primer caso, la sentencia será declarativa de que en un momento anterior se produjo en tiempo y forma el ejercicio por su titular de la facultad adquisitiva.

Se trata de un caso de adquisición *ex lege* de la titularidad dominical, excluido de la exigencia de mozo del art. 609 (6). En tal sentido el segundo considerando de la sentencia resulta un tanto vacilante en su argumentación, pues, de una parte, declara exceptuada de tradición la adquisición realizada en virtud del derecho de acceso, y, de otra, introduce una distinción, a todas luces innecesaria, entre los efectos obligacionales y la proyección real con relación a terceros de la propiedad adquirida. Me parece que debe huirse de toda ambigüedad y declarar que la adquisición del dominio por el arrendatario, sin necesidad de tradición, es plena y perfecta, tanto en sus efectos *inter partes* como *erga omnes*, sin que el otorgamiento de escritura pública sea un requisito complementario del *iter* adquisitivo al que pueda darse valor constitutivo.

Problema distinto será el del momento en que el accedente a la propiedad se considere haber tomado posesión de la finca, para lo cual resulta razonable la explicación de la sentencia comentada al aludir a un fenómeno de interversión posesoria, dado que inicialmente poseía como arrendatario

(6) Así, por todos, ALBALADEJO, *Derecho civil*, III-1.^o (Barcelona, 1974), página 116.

y después de ejercitar la facultad adquisitiva —y, con mayor razón, después de que una sentencia firme declara con valor de cosa juzgada que aquélla ha sido bien ejercitada— lo hace como propietario. Pero obsérvese que esta forma de *traditio ficta* no afecta para nada a la teoría del título y del modo, por la elemental razón de que ésta resulta inaplicable en el caso concreto.

En pura teoría no sería siquiera necesario que el arrendador otorgase escritura de venta en favor del arrendatario accedente. Así se hace en nuestra praxis judicial quizás por la falta de desarrollo de las adquisiciones *ex lege*, dándose origen a que el acto se equipare a una compraventa forzosa, y ello dé pie a la apuntada confusión de que el otorgamiento de escritura pública sea necesario para adquirir la propiedad. Si no se cuida su redacción, la aludida escritura pública puede tergiversarse, al menos, enmascarar la realidad jurídica. En el derecho de acceso el arrendatario provoca por su unilateral declaración de voluntad, adornada de los requisitos y presupuestos estrictamente exigidos por la ley, el cambio real, sin que el arrendador pueda influir con su voluntad en el fenómeno transmisor, ni consintiéndolo de modo que el acto tenga la apariencia de contrato, ni menos oponiéndose cuando se dan los requisitos legales. Si a la forma de adquisición *ex lege* se atribuyera toda su virtualidad, bastaría con que el arrendador compareciera y declarara que la facultad adquisitiva está ejercitada en tiempo y forma y que nada tiene que oponer a ella.

V. ALGUNAS INDICACIONES SOBRE EL DERECHO DE ABOLORIO

Antes aludí a los problemas de calificación que plantea el art. 86.8. R. A. R. al anteponer exclusivamente al derecho de acceso a la propiedad el retracto gentilicio en aquellos territorios donde se halle establecido por precepto foral. En el 4.^º Considerando de la sentencia comentada se declara expresamente que el derecho de abolorio es una especialidad del retracto gentilicio. Ocurre, sin embargo, con esta figura algo realmente singular, pues habiendo existido en el Derecho histórico castellano (7), no fue recogida en el Código civil, mientras que en los distintos Derecho forales se contienen manifestaciones diversas que, con mayor o menor exactitud, se califican de formas de retracto gentilicio (8), las cuales, al no existir ya un tronco o modelo común, corren grave riesgo de diferenciarse progresivamente hasta perder su propia identidad; nada extraña que por algún autor se haya propugnado últimamente «la supresión del vetusto retracto gentilicio en aras del interés colectivo» (9). Respecto al derecho aragonés de abolorio, saliendo al paso de una terminología bastante extendida, se ha puesto en duda la exactitud de calificarlo como retracto gentilicio (10), aunque el vocablo pueda tener

(7) Una exposición de la *communis opinio* antes de la vigencia del C. c. puede verse en GARCÍA CANTERO, op. cit., págs. 471 y s.

(8) Vide últimamente la enumeración que hace CANO, op. cit., págs. 102 y siguientes.

(9) Así, CANO, op. cit., págs. 136 y s., aunque sólo como argumento de *lege ferenda*.

(10) Vide MERINO Y HERNÁNDEZ, op. cit., págs. 15 y s.

una aplicación literal (pues el Diccionario de la Lengua define lo gentilicio como «perteneciente al linaje o familia»); sin embargo, ni en los antiguos Fueros y Observancias aragonesas, ni en la vigente Compilación se emplea por el legislador dicho término, que corresponde propiamente a cierto retracto legal familiar gestado y desarrollado en el ámbito del Derecho castellano, el cual, aunque configurado con cierta semejanza con el Derecho aragonés, ha mantenido con él notables diferencias. Por mi parte me parece razonable concluir que el derecho de abolorio es un derecho real de adquisición preferente regulado por el Derecho civil especial de Aragón, típico del mismo y que, pese a su parentesco con el retracto gentilicio castellano, ha de considerarse institución autónoma, precisamente en atención a su causa (11). En tal sentido me parece correcta la redacción del artículo 152 de la Compilación aragonesa, según el cual «el derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente», mientras que el art. 96.8. R. A. R. exige una interpretación correctora.

Otra observación en relación con las fases de ejercicio del derecho de abolorio. Si decimos, sin más aclaraciones, como hace el 4º Considerando de la sentencia comentada, que el derecho de abolorio es «en realidad, y en definitiva, una modalidad de retracto, en especialidad foral», tendríamos que concluir que sólo podrá ejercitarse una vez consumada la venta en favor del pasivamente legitimado. No es ésta, sin embargo, la concepción que inspira el art. 149.1. de la Compilación de Aragón, del que resulta la posibilidad de ejercicio en dos fases, una a partir del ofrecimiento en venta (también reglamentado en el art. 150.1) y otra a partir de la enajenación realizada sin previo ofrecimiento. No habría inconveniente en denominar fase de tanteo a la primera, y de retracto (como hace el propio artículo 149.1) a la segunda, aunque hay algún autor que por rigor terminológico prefiera prescindir de tales denominaciones (12). Ahora bien, en el supuesto de hecho aquí contemplado resulta que por error inicial de planteamiento de la litis, los arrendadores van a pretender que el derecho de abolorio se encuentra en su primera fase y, en consecuencia, que los arrendadores siguen siendo dueños de la finca arrendada, con plena legitimación para intervenir en la fase de ejercicio de la preferencia adquisitiva, mientras que, en realidad, como acertadamente dice la sentencia comentada, quedaron desvinculados de la titularidad dominical por haber ejercitado judicialmente el arrendatario su derecho de acceso. Consumada la adquisición por éste, quedaba únicamente abierta la vía del retracto o la segunda fase del derecho de abolorio. Esta última circunstancia nos pone en la pista de una nueva singularidad que el caso ofrece.

El nacimiento del derecho de abolorio o, para ser más exacto, su puesta en marcha viene determinado por una adquisición *ex lege* a título oneroso. El caso no acostumbra a tratarlo la doctrina, pero una interpretación fina-

(11) Para Merino y Hernández, el elemento causal viene representado por la finalidad propia del derecho de la saca, debiendo integrarse entre los demás elementos de éste, y aunque la Compilación no lo mencione de manera expresa, de su propio espíritu y contexto se deduce su existencia, como la propia jurisprudencia pone de manifiesto (op. cit., pág. 218).

(12) Así, MERINO Y HERNÁNDEZ, op. cit., pág. 16.

lista del artículo 149.1. de la Compilación permite entenderlo incluido en su supuesto de hecho, sin necesidad de acudir a la figura analógica de la venta forzosa, como hace la S. comentada. Precisamente la colisión de derechos de adquisición se da aquí porque el activamente legitimado para acceder a la propiedad de la finca arrendada, ejercita su derecho judicialmente, produciendo una transmisión que pone en marcha simultáneamente el mecanismo de actuación del derecho de abolorio. La norma de preferencia del artículo 152 de la Compilación no admite dudas interpretativas, si bien aquí no ha lugar a aplicarla dado que el derecho de abolorio no se ejercita en debida forma.

Como ya se ha indicado, procede aquí el derecho de saca en su segunda fase, dado que la adquisición se consumó en favor del arrendatario. Y en este punto la S. comentada viene a completar el texto del artículo 150.1. de la Compilación, declarando que la exigencia de entrega o consignación de precio hay que entenderla referida en relación al arrendatario, y no con el arrendador, lo que se justifica como «consecuencia lógica de los principios de equivalencia y contraprestación jurídica, puesto que lo contrario llevaría a la posibilidad de que se privase de un bien al retraído sin poner a su disposición la compensación legal económica correspondiente, y lo que no puede ser suplido con la puesta a disposición de un tercero...», dado que en caso de insolvencia quedaría frustrada la protección económica del retraído». Interpretación plenamente de aprobar, ya que, como he escrito en otro lugar (13), todo derecho de adquisición preferente, al ser ejercitado produce en favor de su titular una adquisición onerosa de una cosa, lo que justifica la imposición de rigurosos *onera* sobre el titular de la facultad adquisitiva.

(13) GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 495.

II. SENTENCIAS

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Juan CADARSO PALAU, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Gabriel GARCIA CANTERO y José Cándido PAZ ARES.

I. DERECHO CIVIL

2. Derecho de la persona

1. *Título nobiliario. Mejor Derecho. Necesidad de instar la nulidad previa de la cesión que produjo desviación del orden sucesorio.*—Según doctrina establecida en Sentencias de 29 mayo 1909, 30 junio 1968, 6 julio 1971, 24 mayo 1961, 9 julio 1965 y 30 junio 1978, cuando como consecuencia de la cesión de un título nobiliario se produce una desviación en el orden sucesorio fundacional o legal, el tercero que pretenda la declaración de su preferente derecho genealógico ha de ejercitarse, previa o simultáneamente, la acción de nulidad de tal cesión, porque mientras ésta no sea invalidada, el cesionario y sus causahabientes obtentan *prima facie* una situación de hecho y de derecho merecedora de protección jurídica, que hace inviable la pretensión de preferencia que pueda ejercitarse cualquier persona que se crea con mejor derecho; nulidad que resulta imprescindible para impugnar la cesión y que no puede aplicarse de oficio, sin que existan motivos legales para distinguir entre la cesión *inter vivos* y la *mortis causa* a estos efectos, como se deduce de una interpretación finalista de tal doctrina legal que establece la necesidad de impugnar de modo expreso el acto irregular sucesorio, cuya nulidad permita la declaración de mejor derecho, sea cualquiera el vehículo instrumental, ya lo sea la cesión, ya la disposición testamentaria.

Poder del testador para alterar orden sucesorio. Derecho transitorio.—No puede afirmarse que el primer titular de la merced hubiera violado en sus dos testamentos el derecho vigente en 1764, al establecer la vinculación del título al mayorazgo y estatuir el orden de suceder posponiendo la hermana mayor a la menor, a partir de la cual se hizo regular el mayorazgo, y ello con anuencia de la primera, pues así lo autorizaba el derecho entonces vigente, la realidad histórica de aquel momento y la costumbre en vigor, que otorgaba cierta permisibilidad en la transmisión de los títulos, como lo demuestra la cortapisa que a ello opuso la Real Cédula de Carlos IV de 29 abril 1804, según de ello se hizo eco la Sentencia de 29 mayo 1909, sin perjuicio de añadir que con ello no se conculcaba ni la Ley XL de Toro, que habla de estar a lo dispuesto «por el que primeramente constituyó» el

Mayorazgo, ni la Real Cédula citada, que respetaba la concesión de los títulos a ella anteriores, ni la Ley XL de Toro, que atribuye la posesión civilísima al poseedor según la sucesión prevista en el Mayorazgo, ni la Ley desvinculadora de 1820, que respetó la vinculación de los títulos y mercedes, ni, por último, el art. 12 del R. D. de 27 mayo 1912, que exceptúa del perjuicio de tercero en el supuesto de su aprobación o aceptación.

Prueba indirecta del matrimonio.—Según las Sentencias de 17 noviembre 1973 y 22 marzo 1978, rige en materia nobiliaria un tradicional rigor probatorio, por lo cual obró rectamente el juzgador que no dio fehaciencia a la prueba indirecta relativa a un matrimonio que se dice contraído antes de 1786, basada en un contrato de compraventa y un acta de defunción en los que por modo ocasional se alude a dicho matrimonio. (Sentencia de 24 de febrero de 1981; no ha lugar.)

3. Obligaciones y contratos

2. Defecto formal en la interposición del recurso de casación.—La vía del número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la única adecuada al efecto de sustituir las afirmaciones de la resolución impugnada por aquellas otras que, según las alegaciones de la recurrente, servirían de apoyo para estimar que la obligación primitiva no fue modificada.

Novación extintiva y novación modificativa. Distinción.—Como apunta la sentencia de esta Sala de 16 de noviembre de 1971, la exigencia del artículo 1.204 del Código civil de que para que la novación se produzca se requiere una declaración terminante de las partes, tal exigencia se refiere a la novación considerada en sentido estricto —novación extintiva—, no a la meramente modificativa que el Código civil también admite, habiendo de atenerse para poder realizar con acierto el deslinde de una y otra clase de novación a la voluntad expresa o tácita que hayan exteriorizado las partes y a la significación económica que se introduzca en las obligaciones preexistentes.

Cláusula penal.—La eficacia de la cláusula penal está subordinada al hecho de que exista incumplimiento de aquella precisa obligación a cuya garantía hubiese sido estipulada la pena. (Sentencia de 27 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Una cooperativa y una promotora celebran un contrato para la construcción de un edificio. Iniciada la obra, se introducen variaciones en el proyecto inicial que determinan un importante aumento del costo de la obra. La Audiencia Territorial afirma que esto procede, ya que el contrato se ha novado y la cooperativa ha aceptado la revisión del precio de la obra. El Tribunal Supremo confirma este fallo.

NOTA.—En la anotación a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1980 (en este ANUARIO, 1981, fasc. 3, p. 198), hemos aludido al problema que se plantea en la sentencia que reseñamos. En esta sentencia y en otras muchas (sentencias de 30 de diciembre de 1935, 29 de abril de 1947, 22 de abril de 1957, 24 de abril de 1959, 26 de enero de 1961, 20 de diciembre de 1960, 5 de marzo de 1965, 6 de noviembre de 1971 y 23 de mayo

de 1980) nuestro Tribunal Supremo, de acuerdo con la opinión dominante en nuestra doctrina (*cfr.*, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1979, pp. 291-292; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I-2, Barcelona, 1976, pp. 458 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, Madrid, 1980, p. 317; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1977, pp. 137-138, etc.), ha consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa al lado de la extintiva. Como apunta ALBALADEJO (*Loc. cit.*), el alcance práctico de la distinción es muy grande, en cuanto que la obligación será la misma u otra.

Con claridad, la sentencia de 29 de abril de 1947 pone de relieve que es lógico que el Código civil también admita la novación modificativa, porque sólo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior cuando así lo quieran las partes o se manifieste desde el punto de vista económico esta relación posterior como completamente distinta de la anterior, criterio el indicado que viene a corroborarse con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de diciembre de 1935, en cuanto declara que en los casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación.

Nuestro Tribunal Supremo se basa, también en el texto del artículo 1.207, que da a entender que el Código civil no conoce exclusivamente a la novación extintiva, pues entonces sobraría el «cuándo» con que comienza el precepto, lo que indica la existencia de otra novación que no produce efecto extintivo (sentencias de 29 de abril de 1947, 21 de abril de 1951 y 20 de diciembre de 1960).

A nuestro juicio, tiene razón el Tribunal Supremo. Para saber cuándo existe novación extintiva hay que tener presente lo dispuesto en el artículo 1.204, que dice: «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles.» Por tanto, cualquier cambio en la relación obligatoria (no sólo los contenidos en el artículo 1.203) no se opera necesariamente a través del instituto de la novación extintiva. Cuando no se cumplen las condiciones establecidas en el citado precepto, el cambio en la relación obligatoria tendrá lugar a través de una novación meramente modificativa. Surge este tipo de novación, porque las partes no han manifestado su carácter extintivo o porque no existe una incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación que lo sea de todo punto. Esta incompatibilidad existirá, como ha apuntado DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1972), basándose en el artículo 1.221 del Anteproyecto de 1888, precedente inmediato del actual artículo 1.204, que hablaba de que las obligaciones habían de ser de todo punto incompatibles por su naturaleza, cuando la nueva obligación pertenece a un tipo distinto de la antigua.

A. C. S.

3. *Resolución de los contratos por incumplimiento. Efectos de la resolución extrajudicial. Alcance retroactivo.*—Si ciertamente es reiterada la doctrina jurisprudencial de que la resolución de las obligaciones sólo puede lograrse, cuando la parte a la que va dirigida no la acepta, mediante su planteamiento ante los Tribunales, ello no quiere decir que planteada ante ellos y reconocida la situación de incumplimiento alegada, no pueda producir su normal efecto al tiempo en que se ejercitó y llevó a cabo extrajudicialmente por el cumplidor, y en consecuencia para que a partir de entonces y con alcance retroactivo cesen sus efectos, sin posibilidad por tanto de formular reclamaciones que vienen determinadas al tiempo posterior o cuando las causas de incumplimiento se produjeron, pues lo contrario significaría dar vida a lo que se reconoce no la tenía jurídicamente,

conducido al absurdo de que se mantuviesen efectos y consecuencias a lo que se reconoce no los tiene por haber cesado por la voluntad del contratante cumplidor, ya que el incumplimiento libra al cumplidor de sus compromisos, de tal manera que la extinción de la relación contractual, sobrevenida como consecuencia de la aplicación del artículo 1.124 del C. c., produce sus efectos no sólo para el tiempo venidero, sino con alcance retroactivo, por virtud del cual se ha de volver al estado jurídico preexistente, lo que implica que tal resultado no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto; y mayormente, bajo un aspecto, habida cuenta de que la indemnización de daños y perjuicios del artículo 1.101 del C. c. en manera alguna puede reclamarse del que vino cumpliendo adecuadamente sus obligaciones contractuales; y, bajo otro aspecto, por la circunstancia de que una cosa es el reconocimiento judicial de existencia de incumplimiento contractual, ante la discrepancia al particular de las partes, y otra los efectos y alcance retroactivo de ese reconocimiento. (Sentencia de 20 de junio de 1980; ha lugar.)

NOTA.—Mediante contrato de fecha 1 de diciembre de 1973, el Gran Hospital de la Beneficencia General del Estado concedió a los actores, hoy recurrentes, la explotación del servicio de cafetería en el interior de las dependencias hospitalarias. Como consecuencia de graves deficiencias en el servicio que se reputaron incumplimiento contractual, el director administrativo del Gran Hospital comunicó a los actores, mediante carta de fecha 30 de enero de 1975, la resolución del contrato con efectos de 1 de marzo, fecha a partir de la cual deberían desalojar los locales. Los concesionarios demandaron a la Administración Institucional de la Sanidad Nacional, en reclamación de los daños y perjuicios causados por esta improcedencia —a su juicio— resolución unilateral. La demanda fue estimada en lo sustancial en Primera Instancia. En apelación, con sólo reducción de la cifra indemnizatoria, la sentencia de primer grado fue confirmada en lo demás. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la entidad demandada.

Un tanto compleja y amalgamada resulta la respuesta que se da a la cuestión central enjuiciada, que no es otra que la de la eficacia de la resolución extrajudicial por incumplimiento de contrato bilateral. La decisión se teje con diferentes hilos argumentales, comprendiendo alusiones a la retroactividad, al juego de la *exceptio inadimpieti*, al enriquecimiento injusto, y concluyendo con la constatación de una diferencia por vía de petición de principio, al advertir que «una cosa es el reconocimiento judicial de existencia de incumplimiento contractual, ante la discrepancia de las partes, y otra los efectos y alcance retroactivo de ese reconocimiento».

Que la resolución ex artículo 1.124 del C. c. opera retroactivamente es algo que cabe considerar pacífico, pero en el caso que se contempla poco ayuda a resolver la cuestión planteada, pues tanto cabe predicar tal efecto del ejercicio judicial de la facultad resolutoria como de su ejercicio extra-judicial (y se trata de saber, precisamente si éste es posible, aunque la otra parte no se allane). Se razona, además, que el incumplimiento libera al cumplidor de sus compromisos, y aun se añade que la indemnización del artículo 1.101 no puede reclamarse del que vino cumpliendo adecuadamente sus obligaciones contractuales, con lo que, prescindiendo de la obviedad que esto último implica, hay una evocación bastante clara del juego de la *exceptio inadimpieti*; tampoco aquí se aborda de frente la cuestión suscitada, pues mientras esta excepción presupone la paralización de la exigibilidad

de obligaciones derivadas de un contrato que está vigente, la pregunta por la eficacia de la resolución extrajudicial atañe precisamente a la eficacia *extintiva*. Situados en esta perspectiva, la Sentencia que se anota ha dejado en la penumbra ciertos elementos decisivos de la relación fáctica. Un Resultando demasiado sintético impide conocer con claridad en qué fundaron los actores su pretensión indemnizatoria. No parece haber sido la mera declaración resolutoria: les habría bastado desconocerla y continuar en la explotación objeto del contrato (otra cosa implicaría propiamente un allanamiento, y entonces no habría cuestión). Cabe conjeturar que hubo un desalojo de algún modo «coactivo» de los locales objeto del contrato, supuesto que reviste singular complejidad, dado que el carácter público del ente concedente evoca una suerte de desahucio administrativo, por otra parte de muy dudosa procedencia si se atiende a la naturaleza jurídico-privada de la relación litigiosa. Pero si se prescinde de esta hipótesis, que en la Sentencia no aparece en absoluto suscitada, el fondo del problema se ofrece nítido: un efecto de ese tipo en modo alguno podría ir aparejado a la mera resolución extrajudicial. Si ésta es eficaz (y lo ha de ser, lógicamente, si la posterior decisión judicial se limita a declarar que estuvo bien hecha), ello significa que la relación contractual queda por su virtud extinguida, y esta extinción comporta, desde luego, la liberalización (y no mera suspensión o inexigibilidad, para lo que bastaría la *exceptio inadimplenti*) de las obligaciones del cumplidor. Para los efectos restitutorios, por el contrario, será menester acudir a la vía judicial: cualquier otra será, en rigor, una vía de hecho. ¿La hubo en el caso de la litis?

El tema tratado aún se complica más si se tiene en cuenta que, en el caso, mediaba una condición resolutoria expresa, aunque en términos tales que, cual se transcribe en el segundo motivo del recurso y en el tercer Considerando de la sentencia, resulta de muy dudosa inteligencia: «el incumplimiento de cualquiera de las condiciones señaladas en este contrato, aparejará la aplicación (sic) del contrato incumplido». Supuesto que por aplicación entendamos «resolución», no puede dejar de anotarse la curiosa fundamentación jurídica invocada por la entidad recurrente en los dos motivos que merecieron resolución estimatoria. Según el motivo segundo, la sentencia de instancia, desconociendo la eficacia de la resolución extrajudicial, incurría en violación del artículo 1.281, párrafo 1.^o, del C. c., y de la doctrina legal que consagra el principio jurídico «*pacta sunt servanda*»; la misma violación de los indicados artículos y párrafo se vuelve a denunciar, yuxtapuesta a la interpretación errónea del párrafo 2.^o del artículo 1.124 del C. c., en el motivo tercero. Curiosa resulta la fundamentación esgrimida, pues mal encaja la invocación de un precepto, como problema de interpretación. Prescindiendo de ello, y en cuanto al fondo de la cuestión suscitada, no parece que la solución sobre la eficacia de la declaración resolutoria extrajudicial hubiera de variar por el hecho de que se funde en lo convenido o bien en la norma legal específicamente aplicable al caso, que es la del artículo 1.124.

J. C. P.

4. *Mora del deudor. No procede si hay «plus petitio».*—La mora se hubiera producido si el vendedor se hubiera negado a entregar lo realmente pactado, pero no incurre en ella si se le ha pedido más de lo debido.

Mora en las obligaciones reciprocas. Cláusula penal.—El muto incumplimiento de obligaciones reciprocas impide que el demandante pueda acusar la mora de su contradictor y pretender la aplicación de una cláusula penal devenida inoperante e ineficaz atendida su propia conducta incumplidora, conforme proclaman las SS. de 31 de octubre de 1922, 9 de febrero de 1934 y 5 de noviembre de 1956, y cuando, a mayor abundamiento, su exigibilidad viene condicionada por el 1.152, párrafo 2.^o, C. c., a que fuera

exigible conforme a las disposiciones del Código. (Sentencia de 11 de diciembre de 1980; *ha lugar*).

5. *Facultad moderadora del juez.*—Con todo lo cual se da cumplimiento no sólo al espíritu que informa la facultad moderadora que el artículo 1.103 del Código civil concede al juez, facultad que al no ser relegada o imperativa supone el uso de un justo arbitrio judicial, difícilmente revisable y en todo caso no sustituible por el criterio más interesado de la parte, sino que también se obedece a la doctrina jurisprudencial que autoriza tanto la valoración de las culpas concurrentes como su reflejo económico cuantitativo, y si bien esa citada jurisprudencia autoriza a esta Sala a revisar en casación los aspectos cualitativo y cuantitativo de esas culpas, ello sólo será procedente en el supuesto, que aquí no se da, de una incorrecta valoración de la sentencia de instancia.

Inaplicación del artículo 1.903 del Código civil.—La Sala de instancia no tiene por qué aplicar el susodicho precepto legal, relativo a la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, en tanto que la exigida en el pleito y declarada en la sentencia es la responsabilidad directa y en primer grado exigible a la corporación recurrente por su actuar culposo, independientemente de la actuación mediata de sus funcionarios y empleados y de su interna repercusión, según doctrina que con más pormenor se estableció en la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1980. (Sentencia de 29 de noviembre de 1980; *no ha lugar*.)

Hechos.—Como consecuencia de una descarga eléctrica se produjo la muerte de un peón especializado en la construcción. En la demanda, los herederos del fallecido alegan la responsabilidad solidaria del contratista de las obras, de la empresa distribuidora de electricidad y del ayuntamiento. El Juzgado condenó solidariamente a los demandados a pagar un millón de pesetas. La Audiencia Territorial confirmó este fallo, pero rebajó la cuantía de la indemnización. En el primer motivo del recurso de casación, el Ayuntamiento alegó que la muerte se produjo exclusivamente por la conducta negligente del peón. También señaló que había cumplido todas las normas legales cuando concedió la licencia de obras. No prosperó este recurso.

NOTA.—En esta sentencia se explica brevemente el significado del inciso final del artículo 1.103 del Código civil. Se destaca que estamos en presencia de una facultad moderadora del juez; no de un deber. No cabe duda—pensamos nosotros—de que el juez puede actuar de oficio en el ejercicio de esta facultad. Su ejercicio supone un justo arbitrio judicial. Por tanto, la equidad es el criterio que debe guiar al juez en cada caso concreto. Esto implica que habrá de valorar las circunstancias que concurren en el mismo. El artículo 1.726 del Código civil responde claramente a este fundamento, al establecer que la culpa del mandatario puede ser estimada con mayor o menor rigor teniendo en cuenta el carácter gratuito o retribuido del mandato. Naturalmente, como apunta la sentencia anotada, una incorrecta valoración por el juez justifica el correspondiente recurso.

A. C. S.

6. *Interpretación de los contratos. Actos coetáneos y posteriores. Interpretación y prueba.*—Lo que no puede hacer el recurrente es, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., en que denuncia inaplicación del artículo 1.282 del C. c., combatir la prueba, aduciendo actos coetáneos y posteriores que el juzgador valoró oportunamente, por lo que no dejó de tener en cuenta el precepto que se cita como infringido.

Defectos del recurso. Contenido extraño al motivo.—Un motivo en el que se denuncia inaplicación del artículo 1.282 del C. c., no puede fundamentarse, además, en la ausencia de los requisitos necesarios para la existencia de la simulación, tema que es ajeno o extraño al contenido de aquél. (Sentencia de 31 de mayo de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Resulta equívoca la razón que se aduce en la primera parte para rechazar el motivo, pues el recurrente no combatía en él propiamente la prueba, sino la interpretación misma, a base de dos cartas cuyo significado tendría—en tesis del recurrente—mayor trascendencia que la que el juzgador les atribuyó. Fijación de los hechos e interpretación aparecen, una vez más, como zonas tangentes no suficientemente discernidas. Cosa distinta es que, ya por una desafortunada elección del concepto de infracción, ya en aras de la preferencia que reiteradamente se reconoce a toda interpretación sentada en la instancia, mientras no resulte ilógica o absurda, el motivo mereciera ser rechazado.

En el caso, se trataba de un *arrendamiento simulado como opción de compra*, simulación que fue impugnada con éxito. De especial interés, al respecto, resulta el Considerando 4.º de la Sentencia anotada, en el que se recogen los principales indicios simulatorios, pero que por ser mera base fáctica establecida en la instancia y no impugnada adecuadamente, no se recoge arriba como doctrina: «Qué el Juzgador de Instancia parte principalmente del propio contrato examinado y trata de descifrar la intención de los contratantes de las propias cláusulas del mismo, y así (...), para convenir una opción de compra se formalizan una serie de estipulaciones detalladas en unos puntos como el pago mensual, la fianza del importe de una mensualidad, el uso concedido y ocupación efectiva, los pagos de luz, etc., que realmente no son propios, lógicos ni normales de un simple contrato de opción de compra, siendo más bien de los que se estipulan en un contrato de arrendamiento; (...) en el portal de la casa había puesto un anuncio de alquiler del piso que permaneció hasta que lo ocupó el demandado, que igualmente se publicó en el diario «ABC» un anuncio de alquiler del piso (...); siendo el propietario el que pagaba todos los gastos de la comunidad de propietarios, mientras el demandado abonaba sólo los que implicaba el uso de la vivienda (...).

J. C. P.

7. *Compraventa. Determinación del objeto.*—Aunque no se determinó el número de plantas, el objeto de la compraventa fue la totalidad de aquellas existentes en el vivero de procedencia, cantidad que fue posible determinar sin necesidad de nuevo convenio, cumpliendo así el requisito exigido por el artículo 1.273 del C. c.

Requisito del contrato. Apreciación de su existencia.—Es cuestión de hecho de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia.

Letra de cambio y acción causal ordinaria. Prescripción.—No es aplicable el plazo de tres años del artículo 950 del C. c. cuando se ejerce la acción declarativa ordinaria, derivada de un contrato de Compraventa, y no la cambiaria dimanante del contrato cambiario.

Calificación de los contratos.—Es facultad privativa del Tribunal de instancia la calificación y determinación de la naturaleza de los contratos, conforme a la realidad de los hechos y a los términos de lo convenido (Sentencias de 13 de octubre de 1962 y 26 de octubre de 1978, entre otras), y su criterio ha de prevalecer en casación, siendo rechazable solamente cuando, formalmente impugnada, resultare ilógica por su evidente infracción de las reglas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del C. c.

Compraventa mercantil. Acción de reclamación del precio. Prescripción.—Como el comprador adquirió las plantas para revenderlas con ánimo de lucrarse en la reventa, y tratándose, por tanto, de un contrato mercantil, conforme al artículo 325 del C. c., el plazo de prescripción de las acciones derivadas del mismo, como lo es la ejercitada en la demanda (reclamación del precio), según el artículo 943, en relación con el 50 de dicho Código mercantil, al no tener señalado un plazo de prescripción determinado, ha de regirse por las disposiciones del Derecho común, y tratándose de una acción personal sin plazo de prescripción, le corresponde el plazo prescriptivo de quince años, según dispone el 1.964 del C. c. (Sentencia de 30 de mayo de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—La delicadísima relación entre los temas de hecho y de derecho en la casación aparece aquí de nuevo planteada. La afirmación de que la concurrencia de los requisitos del contrato (en el caso de la Sentencia anotada, el objeto y la causa) es cuestión de puro hecho, de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, simplifica en exceso la cuestión, pues ésta no envuelve sólo—o no siempre—datos puramente fácticos, sino también aspectos inequívocamente jurídicos cuyo deslinde no por delicado deja de ser necesario. Al razonar la propia Sentencia que en el contrato litigioso concurría la causa típica de la compraventa, «por cuanto el recurrente adquirió las plantas y se obligó a satisfacer por ellas el precio convenido» considerando 5.º), es claro que se está pronunciando sobre unos hechos, ya fijados previamente, que califica y confronta con la norma positiva: esto es un juicio de derecho. Por lo demás, la distinción de que se trata está presente en la declaración, mucho más correcta y precisa, de la Sentencia de 15 de mayo de 1970 que la aquí cita expresamente), según la cual lo privativo de la instancia es meramente «la estimación de los elementos de hecho sobre los que han de basarse la deducción y declaraciones relativas a la existencia de causa». También en decisiones anteriores aparece paladino el doble aspecto, fáctico y jurídico, de la cuestión examinada: aunque «la estimación de los elementos de hecho sobre que ha de basarse la deducción y declaraciones relativas a la existencia de la causa», sin embargo «la conceptuación jurídica de la causa puede ser revisada en casación» (Sentencia de 29 de octubre de 1960, reproduciendo lo dicho por la de 2 de abril de 1941, y otras anteriores).

Merece asimismo comentario la equiparación que la Sentencia hace de los conceptos de *interpretación* y *calificación* de los contratos, cuya distinción aparece clara, por el contrario, en las Sentencias de 30 de abril de 1964, 23 de noviembre de 1965 y 27 de octubre de 1966 (las recoge y explica DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 76). En cambio, las Sentencias citadas por la que se anota no tienen el sentido que ésta les atribuye: la de 26 de octubre de 1978 se refiere exclusivamente a la interpretación (no a la calificación), y la de 13 de octubre de 1962, al decir que «los contratos son los que son, pese al nombre que las partes les asignen, correspondiendo a los Tribunales el calificarlos y el determinar su naturaleza y consecuencias, conforme a la realidad de los hechos y a los tér-

minos de lo estipulado», no entra precisamente en la cuestión de la revisabilidad en casación de la calificación establecida en la instancia, sino sólo en el carácter no vinculante del «nomen» dado por las partes. Más aún, en esta decisión el Tribunal Supremo entra a fondo en el problema de calificación suscitado por el recurrente (quien, por otra parte, denunció correctamente la infracción, no de las normas legales sobre interpretación, sino de las reguladoras del tipo pretendido), razonando en pro de la calificación combatida con argumentos específicos, entre los que no se encuentra el invocado por la Sentencia que aquí se anota.

J. C. P.

8. *Compraventa. Limitaciones urbanísticas de la finca en virtud de un Plan parcial de urbanización aprobado con posterioridad a la venta. No es aplicable el art. 1.485 del C. c.*—El párrafo segundo del artículo 1.485 del C. c. libera de toda obligación de saneamiento por vicios ocultos, en el supuesto de que se trate de tales vicios, que no existían en el momento de la contratación, sino que sobrevinieron con posterioridad.

Error de hecho y de derecho. Defectos del recurso.—Carece de la necesaria claridad y precisión el motivo que, planteándose como «error de hecho», lo que en realidad denuncia es un error de derecho en la valoración de las pruebas, sin precisar tampoco el concepto en que han sido infringidos los artículos que al efecto cita. (Sentencia de 28 de junio de 1979; no ha lugar.)

9. *Compraventa única con entrega fraccionada. Calificación del contrato.*—No se trata de un contrato atípico de suministro, o de compraventa por suministro, con prestaciones repetidas y autónomas, aunque conexas entre sí, sino de un ordinario contrato de compraventa con prestación única por parte del vendedor, con la modalidad en cuanto a la entrega de que ésta se ha realizado de manera fraccionada o repartida, a lo largo de un período de tiempo, sin embargo de esa unicidad del objeto y en principio del precio, lo que no es obstáculo a que los sujetos puedan libremente elevarse éste en cierto momento de la ejecución.

Aumento de Precio. Consentimiento del comprador. Presunciones. Entra en los límites de la prudente ponderación de las circunstancias, según una estimación usual, entender que, mostrada conformidad, una vez surgida la discrepancia entre los contratantes, al incremento del precio para una determinada partida, la misma elevación rige respecto de las siguientes, recibidas por el comprador sin protesta, no obstante la persistencia en el cambio de precio facturado.

Declaración tácita.—No se trata de un supuesto en que el estricto silencio se admite como medio de manifestación de la voluntad negocial, sino de una declaración tácita dimanante de actos positivos concluyentes, de los que fluye implícita la aquiescencia, atendida la práctica comercial en el comercio y la concreta situación precedente.

Novación modificativa tácita.—Si aun en las hipótesis de novación extintiva, o novación propiamente dicha, no está sometido el acto novatorio a especiales exigencias de forma, sino que rige el principio general de libertad, por lo que es operante la novación tácita cuando pueda ser presumida por actos de inequívoca significación (SS. de 24 enero 1962 y 3 mar-

zo 1966), con mayor fundamento ha de ser aplicada tal tesis a la expresión de la voluntad dirigida a una novación simplemente modificativa, como en el presente caso en que el Tribunal ponderó la conducta de ambos contratantes, y en particular la del comprador, para deducir razonablemente de sus actos la prestación de conformidad al incremento de precio por lo que atañe a las remesas pendientes de entrega. (Sentencia de 27 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

10. Artículo 1.124 del C. c. Resolución pretendida por contratante incumplidor, con base en incumplimiento anterior del otro. Aspectos de hecho no combatidos por la vía adecuada.—Si ciertamente, como tiene reconocido esta Sala en Sentencia de 22 de marzo de 1950, puede pedir la resolución contractual el contratante que ha incumplido por causa del incumplimiento anterior del otro, sin embargo, en este caso no se ha acreditado ese incumplimiento anterior, aspecto de hecho inalterable en casación al no haber sido desvirtuado por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Artículo 1.484 del C. c. Saneamiento. Prueba de los defectos.—Para que la obligación de saneamiento pueda tener lugar se precisa la justificación de defectos atribuibles a aquél contra quien la pretensión es dirigida.

Artículo 1.101 del C. c. Indemnización de daños y prueba de la culpa.—La indemnización de daños y perjuicios derivada del artículo 1.101 del C. c. precisa la justificación de un comportamiento culposo o negligente imputable al demandado.

Casación. Defectos del recurso.—Falta a la claridad y precisión exigidas por el artículo 1.720 de la L. E. C. el motivo que cita dos conceptos de infracción de índole incompatible, como son la referencia a interpretación y aplicación.

Error de derecho. No puede fundarse en el artículo 1.124 del C. c.—Pues este precepto, al no establecer un medio de prueba tasada, es extraño a esa finalidad.

Cuestiones nuevas.—No son susceptibles de examen y decisión en casación las cuestiones que no fueron oportunamente propuestas en el pleito. (Sentencias de 11 de mayo de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Versó el litigio sobre los defectos de una cisterna para camión construida por encargo del demandado. El fabricante vendedor reclamó a éste la parte de precio impagada, y el demandado reconviño pidiendo la resolución del contrato más la indemnización de los daños y perjuicios. En Primera instancia fracasó la demanda y prosperó parcialmente la reconvenCIÓN. La Audiencia estima la apelación, condenando al demandado y absolviendo al actor reconvenido. Recurrió en casación el demandado. El supuesto se sitúa en esa conflictiva zona de fronteras entre el contrato de compraventa y el de obra. Si el objeto de la venta es una «res nova» a fabricar por el vendedor, no es fácil la subsunción pura y simple en uno de los dos tipos. En todo caso, se puede afirmar que, junto al «dare» típico de la compraventa, concurre una prestación de hacer a cargo del vendedor fabricante. Pero la cuestión más espinosa estriba en decidir el régimen de responsabilidad, lo que es especialmente grave dada la deficiencia normativa que—en el concreto aspecto de la garantía por vicios—presenta el contrato de obra en nuestro Derecho. Son conocidas, sobre

todo, las dificultades suscitadas en torno a la aplicación de los límites temporales que rigen para el saneamiento en la compraventa, aunque este tema no se planteó concretamente en la Sentencia que se anota. Si son llamativas, en otro aspecto, las declaraciones que de ésta arriba se extractan. Exigir, para el saneamiento, «la justificación de defectos atribuibles» al fabricante vendedor denota un «plus» que parece sobreñadirse al régimen legal, pues en éste basta la aparición de defectos originarios (anteriores a la venta) dentro del plazo legal, sin prueba especial de la culpa de aquél. Ahí se encuentra la equivocidad de la expresión utilizada por el juez, pues la exigencia de que los defectos sean «atribuibles» al vendedor puede tanto aludir a ese carácter originario como evocar—lo que ya no sería correcto—un criterio de especifica culpabilidad. Acaso la ambivalencia terminológica viene justificada por aquella dualidad («dare», «facere») que ofrece la prestación del fabricante vendedor en este singular supuesto. De cualquier manera, aun en la perspectiva del contrato de obra (a que remite ese «facere») sucede que tampoco se precisa positivamente la constatación de un proceder culpable del deudor, dado el carácter de resultado de la obligación que a éste incumbe, lo que propicia cuando menos un régimen presuntivo siempre y cuando el carácter originario de los defectos (y éste es tema de pura causalidad) esté establecido. Ahora bien, en este último punto—constatación del carácter originario—es donde el régimen del contrato de obra acusa su específica deficiencia, por faltar la fijación de un plazo legal que facilite presuntivamente el establecimiento de la causalidad. Que la «ratio decidendi» de la resolución comentada apunta, en definitiva, al tema de la causalidad, parece claro si se tiene en cuenta la base fáctica fijada por el Tribunal «a quo», en el sentido de que no constaba «si el origen de los daños corresponde al proceso de fabricación de las cisternas o al mal uso de ellas».

También merece observación la declaración que, en un plano más general, se hace sobre la exigencia de demostración de la culpa para la aplicación del artículo 1.101. Baste señalar su contraste con la doctrina que en ese ámbito debe tenerse por correcta: si una culpa se exige, ésta se prueba en virtud de presunción legal (vid., en jurisprudencia, la sentencia de 30 de abril de 1959).

Caben, finalmente, algunas consideraciones en el orden procesal. En el motivo que por las razones de esta índole se rechazó, el recurrente había denunciado—por la vía del número 7º del artículo 1.692 de la L. E. C.—un error de Derecho en la apreciación de las pruebas, citando al efecto como infringido—por «errónea interpretación o aplicación»—el artículo 1.124 del C. c. La desestimación es inobjetable, desde luego, en cuanto este artículo no contiene precepto alguno valorativo de prueba. Mas no se puede decir lo mismo de la otra razón, que considera confusa la referencia a la «interpretación y aplicación». En primer término, habría de cuestionar si la cita del precepto valorativo de prueba, que la jurisprudencia exige para la denuncia del error de derecho, se halla sujeta cabalmente al rigor formal con que el artículo 1.720 exige la precisión del concepto de infracción, pues esto último no parece que concierne a otra cosa que a la denuncia que por el cauce del número 1º del artículo 1.692 se articule como infracción de ley o de doctrina legal. En cualquier caso, y aun admitiendo semejante extensión de la exigencia formal, no puede por menos de parecer una exageración tachar de confusa la yuxtaposición de los conceptos de interpretación y aplicación he aquí una de tantas «complejidades» de la casación civil española. Como ha señalado TABOADA ROCA, la interpretación errónea de la norma no puede constituir, por sí sola, un modo o «concepto» autónomo de infracción, ya que para que lo fuera, sería preciso que tal interpretación errónea se reflejase o trascendiese al fallo, en cuyo supuesto ya se originaría otro modo de infracción denunciable, a saber: o aplicación indebida de tal norma (...) o falta de aplicación (*La casación civil española en algunas de sus complejidades*, Madrid, 1977, pág. 69). Y en su contestación al discurso del ilustre Magistrado citado, advierte HER-

NÁNDEZ GIL (pág. 168): «en el proceso de aplicación del Derecho el jurista o el juez no encuentra la norma sino a partir de la interpretación (...) la interpretación errónea (...) constituye el presupuesto determinante de la aplicación indebida y de la violación». En el mismo sentido, cfr. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Madrid, 1973, pág. 225, y más recientemente CONDOMINES VALLS, *El recurso de casación en materia civil*, Barcelona, 1978, pág. 49.

J. C. P.

11. *Compraventa de inmueble. Resolución. El artículo 1.504 del C. c., manifestación específica del 1.124.*—El artículo 1.504 del C. c. es una manifestación específica del 1.124, o sea, una especie concreta para el supuesto de venta de bienes inmuebles de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas previene el último de tales artículos (Sentencias de 31 de octubre de 1968 y 3 de junio de 1970, entre otras).

Resolución por incumplimiento. Su improcedencia cuando el incumplimiento se debe a quien la insta, o cuando sus reclamaciones excesivas justifican la resistencia del demandado, o cuando entre ambas partes medió convenio admitiendo cierta dilación en el pago.—No puede generarse causa resolutoria por incumplimiento cuando éste sea debido precisamente al comportamiento de quien pretende la resolución, que es lo sucedido si la vendedora transmió el inmueble libre de cargas y en cambio mantiene éstas registralmente al no haber procedido a su cancelación, con las consiguientes trabas que ello produce tanto para el comprador como con relación a terceros; ni tampoco procede la resolución si la resistencia del demandado comprador está justificada, como lo estaba ante las reclamaciones excesivas de la vendedora, quien exigía no sólo la parte de precio pendiente, sino también las rentas percibidas por el comprador; aparte de que la existencia de un convenio entre las partes, admitiendo el pago del precio pendiente en una determinada fecha «o unos meses después», siempre sería generadora de la invocada falta de resistencia injustificada al pago. (Sentencia de 5 de junio de 1979; ha lugar.)

NOTA.—El Considerando primero sintetiza los antecedentes de hecho: 1.^º El 8 de junio de 1974 la actora vende al demandado, por documento privado, una casa como libre de cargas, gravámenes e hipotecas, por un precio de 700.000 pesetas, a pagar en tres plazos, el último de los cuales habría de ser satisfecho antes del 31 de diciembre de 1975. 2.^º El 14 de mayo de 1975, vendedora y comprador, acordaron que el último plazo habría de hacerse efectivo antes de la fecha indicada «o algún mes después». 3.^º La finca vendida aparece en el Registro de la Propiedad gravada con una hipoteca en garantía de un préstamo que se había terminado de pagar el 20 de agosto de 1957, estando aún sin cancelar el asiento. 4.^º El 29 de julio de 1976, por acto de conciliación, la vendedora requirió el pago del último plazo, además de 73.294 pesetas de las rentas percibidas por el comprador procedentes del inmueble en cuestión.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de la vendedora. Estimando el recurso de apelación, la Audiencia Territorial declaró resuelto el contrato, condenando al comprador a la entrega del inmueble y a la vendedora a la devolución del precio percibido, desestimando el resto de las peticiones. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el comprador.

De las razones en que la decisión se funda, llama la atención la relativa al convenio que medió entre las partes sobre el pago de la última parte aplazada del precio. Estimar que «siempre» dicho convenio justificaría la resistencia del comprador parece ciertamente excesivo, pues siete meses transcurrieron entre el 31 de diciembre de 1975 y la fecha en que se interpuso la demanda de conciliación: ¿llegaba razonablemente a tanto la previsión del convenio en que se admitía el pago «unos meses después» de diciembre de 1975? En todo caso, parece que, en rigor, la cuestión era en este aspecto una cuestión de vencimiento de obligación a término, que habría exigido llevar el análisis al terreno de la interpretación de semejante expresión contractual, y al del posible juego del artículo 1.128.

J. C. P.

12. Compraventa de inmuebles. Resolución por falta de pago del precio. Artículos 1.124 y 1.504 del C. c.—Ambos preceptos, general el primero y especial el segundo, se complementan entre sí, exigiendo para la aplicación del primero una voluntad rebelde por parte del comprador, y para la aplicación del segundo una previa declaración de voluntad del vendedor, expresa en forma auténtica, judicial o notarial, recepticia para el comprador, de tener resuelto el vínculo por tal causa, pues sin este último requisito, aunque se hubiese convenido lo contrario, podrá efectuarse válidamente el pago fuera del plazo señalado (Sentencias de 23 de septiembre de 1959, 15 de febrero de 1967, 24 de junio y 31 de octubre de 1968, 3 de junio de 1970, 23 de abril de 1975, etc.).

Eficacia del requerimiento resolutorio. Declaración judicial.—Al hacerse tal requerimiento y no allanarse el requerido al mismo, sino oponerse categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada la misma por los Tribunales, ya que tal requerimiento es requisito previo a la demanda, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad entre las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria.

Requisitos del requerimiento resolutorio. Precisión y especificación de motivos.—Adolece de imprecisión el requerimiento en que no constan los plazos o cantidades impagadas, sino que se limita a decir, como causa de la resolución, que los requeridos «ni pagaban las cantidades que deben en virtud del contrato cuando fueron requeridos para ello, ni las han pagado en las fechas que manifestaron tener que hacerlo», por lo que falta la precisión y especificación de motivos necesarias para operar la resolución.

No existe la facultad resolutoria a quien por su parte ha incumplido.—No sería lícito al vendedor resolver el contrato cuando él no ha cumplido otras obligaciones que le incumbían, pues, según constante jurisprudencia, la facultad de resolver las obligaciones contraídas sólo puede ejercitárla el perjudicado, pero no quien dejó de cumplir lo estipulado.

Confesión. Valor probatorio.—No es superior al de los demás medios de prueba, y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con las otras pruebas.

Error de derecho en la apreciación de las pruebas.—No puede fundarse en el artículo 1.281 del C. c., que no contiene ningún precepto valorativo de prueba.

Error de hecho. Documento auténtico.—No tienen el carácter de documentos auténticos a estos efectos los que no hacen prueba directa de su contenido. (Sentencia de 16 de noviembre de 1979; no ha lugar.)

NOTA.—Suscita perplejidad la exigencia relativa a la especificación de los motivos del requerimiento resolutorio, tanto porque los términos literales que del mismo la propia Sentencia reproduce resultan absolutamente elocuentes en ese sentido, cuanto porque, en cualquier caso, semejante exigencia—seguramente *obiter dicta*—carece de conexión con el específico mandato legal, sin que consten, tampoco, precedentes jurisprudenciales ni opiniones doctrinales que la hayan suscitado siquiera. Vid., sobre el tema, MULLERAT BALMAÑA, *El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles*, ADC. 1971, II, págs. 481 y sigs., especialmente págs. 504 a 508, y más recientemente MOLINA GARCÍA, *La resolución de la compraventa de inmuebles*, Madrid, 1981, págs. 325 y sigs.

J. C. P.

13. *Arrendamiento de local. Calificación del contrato.*—Según Sentencias de 29 marzo 1951 y 7 abril 1952, no constituye traspaso, aunque así lo califiquen las partes, el contrato que suscriben el dueño del local de negocio y de la industria o negocio en él establecido y un tercero, a quien se cede el negocio o el activo y pasivo del mismo, adquiriendo éste al propio tiempo el carácter de arrendatario de local; supuesto que es el de autos, donde la voz traspaso empleada no puede tener otro sentido que el de cesión por precio o venta, y no el técnico de la ley especial, sólo aplicable a la cesión hecha por el arrendatario, sin que pueda atribuirse el sentido de «prima» o premio cuando es el dueño el que cede sin contraprestación de renta o merced periódica y tiempo determinado.

Incongruencia.—El principio de congruencia, derivado del de rogación, que sanciona el art. 359 LEC, obliga a la armonía y correspondencia entre la parte dispositiva y la pretensión o pretensiones deducidas por las partes, mediante el sustancial —no literal— acatamiento a lo solicitado y a los hechos en que la pretensión se funde, pero sin ampliar la decisión a extremos no controvertidos, sin otorgar más de lo pedido o sin omitir la pertinente declaración solicitada, incurriendo en incongruencia tanto cuando se otorgue cosa distinta a la instada como si se hacen declaraciones no pedidas. La doctrina general relativa a que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruente quiebra cuando el fallo tuviera por base un fundamento de hecho o una excepción autónoma que no se hubiera alegado o discutido en el pleito.

Abuso de derecho en materia arrendaticia.—No pertenece a la doctrina de los actos contrarios a las normas, sino al ejercicio de los derechos, en armonía con sus límites y el principio de la buena fe, por la cual es materia dispositiva que procesalmente ha de actuarse, bien como acción, bien como excepción y remedio al perjuicio que se cause en materias no reguladas por otras normas destinadas normalmente a la solución de conflictos o colisión de derechos, por lo que debe ser actuada por la parte y manifestarse y revelarse de modo patente y claro, según el principio de contradicción y *audiatur et altera pars*; la interpretación que la sentencia recurrida hace no puede calificarse sino de incorrecta y excesiva ante la enorme dificultad

que en sana lógica entraña deducir del texto del contrato la existencia de una «prima por traspaso y la de un contrato preliminar, para fundar en esa «prima» la existencia de un abuso de derecho, lo que pugna con el tenor literal del contrato y el silencio de la parte afectada. (Sentencia de 31 de marzo de 1981; ha lugar.)

14. *Arrendamiento urbano. Locales alquilados a la antigua Organización Sindical. Prórroga forzosa. Doctrina general.*—El beneficio de la prórroga actualmente acogido por el art. 57, en relación con el 114 de la LAU vigente, aparece configurado como norma de derecho cogente o necesario, siendo irrenunciable en los términos del art. 6.^º, y ello desde la Ley de Bases de 31 diciembre 1946, que lo concibió como «punto crucial», «mantenido a ultranza, tanto por los graves problemas a que daría lugar el criterio contrario como por ser necesaria esta continuidad con la situación jurídica que pervive desde el Decreto de 21 junio 1920», de suerte que se asienta en el núcleo o razón de ser del ordenamiento especial, siendo todavía más esencial que otras singularidades del régimen de la locación urbana, como la limitación de las rentas, estando por ello preservada en términos apodícticos o absolutos por el citado precepto, al que cabría relacionar con el 4.^º del C. c., anterior a la actual redacción de su título preliminar, y con el vigente 6.3, de tal suerte que a la relación arrendaticia no ha de ponérsele fin contra la voluntad del arrendatario o inquilino, como no sea por la concurrencia dè alguna de las causas de la tabla cerrada del art. 114 LAU.

Doctrina jurisprudencial sobre prórroga forzosa.—La jurisprudencia de esta Sala, invariablemente y sin vacilación, ha pronunciado no sólo la nulidad de la renuncia al derecho de prórroga dentro del propio arrendamiento, sino también la de cualquier estipulación contractual que trate de regir la duración del mismo de forma distinta a la establecida por la Ley (Sentencia 21 febrero 1964), y declarando que todo pacto sobre la prórroga obligatoria implica limitación al dispositivo legal que sobre la voluntad del arrendador establece la continuación del vínculo arrendaticio (Sentencia 25 abril 1969), y que una obligación condicionalmente asumida por la entidad arrendataria mediante la cual ésta se obligaba a dejar a la libre disposición del propietario los locales arrendados si trasladaba su industria a otro local, estaba abarcada por la prohibición legal (Sentencia 11 marzo 1964).

Nulidad de la condición resolutoria pactada.—Es nula la cláusula contractual en cuya virtud se da por resuelto el contrato una vez estén terminadas determinadas obras de la propia Institución Sindical, y hayan transcurrido tres meses desde su inauguración o puesta en servicio, pues en ella se contiene, no por desdibujada, una no menos nula renuncia al beneficio de la prórroga forzosa, coetánea a la conclusión o perfeccionamiento del contrato. (Sentencia de 10 de marzo de 1981; ha lugar.)

15. *Arrendamientos urbanos. Daños y perjuicios inferidos al arrendatario por hundimiento del edificio ruinoso. Responsabilidad del arrendador por omisión de las reparaciones necesarias.*—En caso de incumplimiento por no ejecución o retraso en la efectividad de las reparaciones necesarias exigibles

a tenor del artículo 1.554, núm. 2.^o, del C. c., del que es trasunto el artículo 107 de la LAU, el arrendador resultará responsable de los daños ocasionados por su culposo proceder, evidenciado en este aspecto subjetivo por la conciencia de la necesidad de las reparaciones y la negativa o el retraso en la realización a pesar de haber sido constituido en mora por requerimiento del arrendatario u otro acto equivalente, como dispone el artículo 1.556 del citado Código, en relación con el párrafo segundo del 1.559, y si bien el concepto de reparación hay que limitarlo a la mera corrección de los deterioros sufridos por la cosa sin que la obligación del arrendador pueda extenderse a lo que signifique reconstrucción o reedificación (Sentencias de 26 de diciembre de 1942, 3 de febrero de 1962, 17 de junio de 1972, 12 de noviembre de 1974, 20 y 28 de febrero de 1975), es manifiesto igualmente que la exigibilidad de tal conducta encaminada a la nueva creación de elementos desaparecidos o que se hallen en trance de desaparición, no constituye óbice a la viabilidad de la acción que asiste al arrendatario para alcanzar el condigno resarcimiento por el quebranto derivado del incumplimiento de sus obligaciones contractuales por la otra parte negocial (Sentencias citadas de 20 y 28 de febrero de 1975), cual acontecerá en el evento de los daños y perjuicios inferidos al arrendatario mediante el hundimiento de un edificio en el que el dueño no ejecutó las obras indispensables para contener la ruina y remediar el peligro que se advertía (Sentencia de 12 de marzo de 1956).

Fundamento de la responsabilidad. Obligaciones del arrendador y culpa extracontractual.—No hay aplicación indebida del artículo 107 de la LAU y del 1.554, núm. 2.^o, del C. c., pues si el Juez de Primera Instancia y el Tribunal *a quo* mencionan esos preceptos, lo hacen como premisa mediata de la cuestión planteada y debatida en cuanto que establecen una capital obligación del arrendador, para relatar luego con toda minuciosidad los antecedentes demostrativos de su palmario incumplimiento, del que se sigue la procedencia de la indemnización del agravio económico ocasionado por esa conducta antijurídica y culpable, que ambos juzgadores basan en diversos preceptos del Código sustantivo y en la jurisprudencia concretamente citada, referentes al quebrantamiento de las obligaciones del arrendador y al resarcimiento en materia de culpa extracontractual.

Procedimiento adecuado.—No lo es el incidental, pues no se trata de resolver sobre pretensiones basadas en la legislación específica de inquilinato, sino de actuar derechos que, aunque referidos a una relación arrendaticia urbana, se asientan en los preceptos del Código civil sobre el arrendamiento de cosas y la sanción del incumplimiento de las obligaciones que atañen al arrendador cuando ha provocado un resultado harto dañoso, tema que forzosamente ha de ser sustanciado conforme a lo dispuesto en las leyes procesales comunes, según categóricamente previene el artículo 156 de la LAU.

Estado ruinoso del inmueble y obligación de reparar. Subsistencia de ésta mientras esté vigente el contrato de arrendamiento. Omisión de medidas de prevención como conducta culposa del arrendador que acelera y facilita el estado ruinoso.—Además de que la obligación de que se trata subsiste en tanto esté vigente el contrato de arrendamiento y el arrendador

no haya obtenido su resolución fundada en el artículo 118, en relación con el 114, causa décima, de la LAU (Sentencia de 27 de diciembre de 1974), no cabe desconocer la rotunda afirmación del Tribunal de Instancia, incólume por no impugnada, respecto a que ese estado ruinoso fue acelerado y facilitado por la conducta culposa del arrendador recurrente, absteniéndose durante años de la ejecución de toda labor para evitar o contener el deterioro del edificio e incluso negándose a la adopción de las medidas urgentes requeridas para prevenir graves e inminentes peligros. (Sentencia de 20 de junio de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Una generalización del criterio, ya formulado por la Sentencia de 12 de marzo de 1956, y que la aquí anotada reproduce, ha suscitado ciertas reservas en la doctrina: «No se puede generalizar esta solución —advierte LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil*, XX, Madrid, 1980, página 282— y habrá que tener en cuenta a estos efectos, tratándose de inmuebles de antigua edificación con renta insignificante, insuficiente a todas luces para costear con su importe los mínimos trabajos de entretenimiento, que la posible ruina no debe ser considerada en todo caso como una consecuencia de conducta negligente del arrendador y que la vejez o antigüedad del inmueble en sí misma puede ser considerada como causa fortuita de ruina, o de destrucción que, distinta a la estricta reparación, no obligaría al arrendador a reconstruir.»

J. C. P.

16. *Arrendamiento rústico. Deshaucio por proceder desleal y antijurídico.* Los actos realizados por los arrendatarios, lesivos para los intereses patrimoniales de los arrendadores, han consistido en la demolición de las instalaciones de distribución interior de un edificio perteneciente a las fincas arrendadas, la destrucción de los «poyos» o lindes altas entre dos parcelas, uniéndolas en su cultivo por propia comodidad, la tala de cerezos y la variación de un camino de servidumbre en su beneficio, arrogándose facultades dominicales e incurriendo en un proceder desleal y antijurídico (artículo 13, números 2.^º, 4.^º y 6.^º del R. A. R. de 1959), lo que integra un supuesto subsumible en la 5.^a de las causas resolutorias del contrato contempladas en el artículo 28.

Dolo o culpa del arrendatario.—Ambos conceptos equivalen en su expresión a la concurrencia de una actividad del colono reñida con la diligencia media exigible al cultivador (art. 1.104 C. c.), y determinante de agravio económico para el propietario, bien porque aquél tuviera directa intención de causarlo (evento en el cual el ilícito civil desaparecerá de ordinario para dejar paso a la infracción punitiva), ora porque aun sin desear verdaderamente el resultado dañoso, la actividad ha sido desarrollada y querida, sin olvidar que la causación antijurídica de un daño lleva ínsita la presunción de culpabilidad, sólo destruible mediante la prueba de la irreprochabilidad de la conducta. (Sentencia de 30 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

17. *Arrendamiento rústico. Aprovechamientos secundarios. Cláusula de resolución en caso de venta de la finca.*—Siendo objeto del contrato los aprovechamientos secundarios de pastos y rastrojeras, es de aplicación lo dispuesto en el número 3.^º, apartado letra b) del artículo 9.^º del Reglamento, a cuya virtud la duración de los arrendamientos de este tipo será fijada

libremente por las partes contratantes; en consecuencia, debe aplicarse la cláusula resolutoria prevista para el caso de venta de la finca arrendada. (Sentencia de 3 de febrero de 1981; ha lugar.)

18. *Arrendamiento rústico. Aprovechamiento principal ganadero. Explotación personal y directa por arrendatario a efectos de la prórroga concedida por R.R.D.D. Leyes de 1978 y 1979.*—La interpretación finalista recomendada por el artículo 3.1 C. c. de los Reales Decretos-Leyes de 30 de junio de 1978 y 16 de junio de 1979 es conferir el privilegio de la prórroga legal a todas las explotaciones de fincas rústicas en que el arrendatario desenvuelva una actividad personal que sea la causa principal determinante de la producción, derivado no sólo del designio expreso en las propias disposiciones de no prejuzgar las nuevas normas que aprueben las Cortes, sino también del artículo 10, apartado 5, del Reglamento A. R. de 1959, que entiende por explotación directa aquélla en que se asumen los riesgos totales de la empresa agrícola sin distinguir entre aprovechamiento propiamente agrícola, ganadero o forestal en la finca a que afecte, así como de la Sentencia de 14 marzo 1978, en la que, aun marginalmente, se utilizan indistintamente los términos «explotación directa» y «cultivo directo», conclusión acomodada a la Sentencia de 13 junio 1980, que resalta que la indicada normativa ha sido dictada con la idea de evitar el problema social que se plantearía en tiempos de crisis económica, como la presente, con el despido de arrendatarios que personal y directamente cultivan las tierras arrendadas. (Sentencia de 26 de enero de 1981; no ha lugar.)

19. *Interpretación. No cabe respecto de un contrato inexistente.*—Declarada la inexistencia del pretendido nuevo contrato, en base a la apreciación probatoria no combatida en forma, no hay posibilidad de invocar la infracción del artículo 1.282 del C. c., porque la inexistencia del mencionado contrato determina la imposibilidad de su interpretación y la evidente inaplicación de dicho precepto legal (Sentencias de 5 de noviembre de 1956 y 16 de abril de 1965).

Arrendamiento rústico. Novación. Requisitos: obligación preexistente.—Si el contrato de arrendamiento, al no cabrer una segunda subrogación, se extinguío por ministerio de la Ley (artículo 24, núm. 9.º, del Reglamento de 29 de abril de 1959), en modo alguno podía operar la figura jurídica de la novación, ya que por hipótesis el efecto de ésta es extinguir una obligación preexistente, y en el caso de autos esta obligación se había ya extinguido.

Real Decreto-Ley de 30 de junio de 1978. Ámbito de aplicación.—Resulta evidente su inaplicación a un arrendamiento que carece de la condición de protegido que dicha disposición legal expresamente requiere, como así lo expresa el tenor literal de la Disposición Transitoria cuya violación se denuncia, sin que, por otra parte, y abstracción hecha de la cuantía de la renta, se haya probado que los recurrentes cultivasen directa y personalmente las fincas objeto del arrendamiento. (Sentencia de 14 de abril de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Como es evidente, la declaración inicial sobre interpretación e inexistencia en el fondo envuelve, una vez más, la espinosísima cuestión de la distinción entre hechos y Derecho a efectos de la adecuada elección del concepto de denuncia en casación.

Por lo que se refiere a la declaración final sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley de 1978, hay que advertir que la condición de arrendatario protegido la exige el artículo único del citado Real Decreto-Ley, pero no su disposición transitoria, la cual requiere solamente, en el arrendatario, la condición de cultivador directo y personal. Contra lo que la redacción de la Sentencia sugiere, es en la falta de esta última condición donde se encuentra la precisa «ratio decidendi».

J. C. P.

20. *Aparcería rústica. Retracto. Recurso de revisión. Doctrina general.*— El recurso de revisión de la legislación especial de arrendamientos rústicos, guarda, en lo referente a las causas que le pueden servir de fundamento, indudable analogía con el de casación; analogía que resalta en la neta distinción entre el recurso que se articule «por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio cuando hubiere producido indefensión» (causa 2.^a), o aquel otro que lo sea en base «de injusticia notoria por infracción de precepto legal» (causa 3.^a), ya que la primera de las mencionadas causas significa la censura de la Sentencia por motivos de forma o vicios *in procedendo*, y la segunda, la denuncia de la vulneración de normas legales de carácter sustantivo o vicios *in iudicando*.

Quebrantamiento de formalidades del juicio.—No pueden servir de base al recurso de injusticia notoria por infracción de precepto legal las normas de carácter procesal, como el artículo 535 LEC que, al referirse a que el demandado no tenga el carácter o representación con que se le demanda, no puede confundirse con la falta de derecho o de acción que, por dar vida a excepciones perentorias, constituyen el fondo del pleito.

Incongruencia.—Pretendiéndose por el actor que se declare su derecho a retraer la finca rústica objeto del litigio «condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración con todas las consecuencias que de la misma se desprendan», es la propia naturaleza del retracto legal ejercitado la que impone como una de las consecuencias el otorgamiento por el comprador demandado de la correspondiente escritura pública e favor del retrayente, por ser el instrumento hábil que hace efectivo el derecho de subrogarse éste en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de transmisión, mediante los desembolsos determinados en el artículo 1.518 C. c., conforme previene el artículo 16.1 R. A. R., razón por la cual la sentencia impugnada no incurrió en incongruencia, y ello máxime cuando el actor interesaba en el suplico que se hiciera constar con trascendencia en el Registro la prohibición a que se refiere el artículo 17.1 de dicho R. A. R.

Precio de la venta. Error de hecho.—No prueban la realidad del precio, ni oficios de entidades bancarias, ni el precio señalado en la escritura de resolución de la venta. Sentencia de 29 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia que destaca por la cuidadosa precisión de conceptos con evidente finalidad pedagógica y adoctrinadora. Interesa destacar que las partes intervenientes en la c. v. base la deshicieron por *contrarius consensus* (¿para apuntalar la prueba sobre el precio real?), planteando en el juicio

la falta de legitimación pasiva del demandado; esta cuestión se rechaza en la Sentencia del T. S. por inadecuado planteamiento de forma, pero también es rechazable por razones de fondo (cfr. GARCÍA CANTERO, *Comentario a los artículos 1.445 a 1.541*, Madrid, 1980, p. 585). En la misma obra he señalado que hay cierta impropiedad a la hora de describir el funcionamiento de los derechos reales de adquisición, pues se ejercitan mediante declaración unilateral de voluntad del titular —en este caso del aparcero retrayente—, sin que el otorgamiento de escritura pública a que suele condonar la sentencia estimatoria sea requisito esencial. En el recurso se denuncia la incongruencia, porque la Audiencia condena al otorgamiento de la escritura, que no se solicitó expresamente por el demandante. Me parece bien argumentada por el T. S. la no existencia de incongruencia, pero queda siempre pendiente de aclaración por nuestro más alto Tribunal la forma de actuarse los derechos reales de adquisición.

G. G. C.

21. *Prueba de confesión.*—Es patente la improcedencia de acudir a la prueba de confesión como un documento auténtico más, cuando según reiterada jurisprudencia carecen de tal condición las manifestaciones de los litigantes vertidas en el proceso, ora en la fase expositiva, bien al ab-solver posiciones.

Deducción del Tribunal de Instancia.—Sólo puede prosperar el recurso en la hipótesis de que la deducción operada no se haya sujetado a las reglas indeterminadas del recto criterio humano, apareciendo ilógica o inverosímil, o contraviniere alguna norma legal.

Modificación del plano de la obra. Autorización del propietario.—No cabe desconocer que el artículo 1.593, aplicable a las dos modalidades de novación, tanto la extintiva (Sentencias de 3 de marzo de 1976 y 7 de diciembre de 1959), como a la modificativa, que será el supuesto más frecuente (Sentencia de 2 de marzo de 1973), no exige que las alteraciones en el plano, determinantes del aumento de obra, sean autorizadas por escrito y median-do un precio convenido con el comitente, pues la norma nada indica al res-pecto (Sentencia de 13 de marzo de 1971), por lo que será válido el con-sentimiento verbal (Sentencia de 31 de enero de 1967) e incluso la anuencia tá-cita derivada de la conducta concluyente (Sentencias de 25 de noviembre de 1976, 28 de febrero y 20 de junio de 1975 y 3 de marzo de 1976), siempre que se acrede su existencia.

Responsabilidad decenal. Artículo 1.591 del Código civil.—Es un funda-mental presupuesto para que el arquitecto esté sujeto a la denominada «respon-sabilidad decenal», la efectiva realización de su actividad directiva como técnico superior.

Ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria. Reparación del daño.—Como ha resuelto esta Sala en Sentencia de 3 de octubre de 1979, en caso de ejecu-ción defectuosa de la obra por no ajustada a la pericia profesional exigible, asistirá al comitente la oportuna acción frente al contratista para exigirle la reparación *in natura* o prestación específica, realizando las obras de corrección indispensable, por sí mismo o a su costa, tal como previenen los artícu-los 1.091 y 1.098 del Código civil y 924 de la Ley Procesal, o bien instando el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario (Sentencia de 12 de noviembre de 1976), que como tal ha de cubrir todo el quebranto o desequili-brio imputable al constructor (Sentencia de 14 de noviembre de 1978), se-

gún lo impone el concepto mismo del resarcimiento (art. 1.106 del Código civil y 924, párrafo 1º, *in fine*, de la Ley de Enjuiciamiento). (Sentencia de 31 de octubre de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Se convino la construcción de un chalet por un determinado precio, pero se prescindió totalmente del proyecto, ya que lo que tenía que ser un modesto chalet se fue convirtiendo en una torre. El contratista y el arquitecto pidieron, por ello, un precio muy superior al convenido inicialmente. El propietario comitente se limitó a pagar la suma inicialmente establecida; no, en cambio, la adicional. Alegó, además, que la torre presentaba importantes defectos de construcción.

El Juzgado condenó al propietario comitente a pagar al contratista la suma adicional. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación, por no haberse aplicado correctamente por el Tribunal *a quo* el artículo 1.106 del Código civil.

NOTA.—1) Es interesante recalcar que nuestro Tribunal Supremo señala que el artículo 1.593 es aplicable tanto a la novación extintiva como a la modificativa. Cuándo ocurre una u otra, dependerá de lo dispuesto en el artículo 1.204 del Código civil, como hemos señalado en nuestra anotación a la Sentencia de 27 de diciembre de 1980, que aparece en este fascículo del ANUARIO. 2) El problema fundamental que se plantea en esta sentencia ha de resolverse en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.593. En el mismo se establece que el contratista puede pedir aumento del precio cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de la obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario. De la lectura de esta norma se deduce que han de concurrir tres requisitos para que el contratista pueda pedir aumento del precio establecido en el contrato de obra por virtud de trabajos adicionales: cambio en el plano, aumento de obra y autorización del propietario. En la sentencia anotada no se plantea ningún problema en relación con los dos primeros requisitos; la discusión surge en relación con el tercero. El Tribunal Supremo resuelve el problema afirmando que la autorización del propietario no es necesario que conste por escrito; puede ser verbal, e incluso tácita, es decir, derivada de una conducta concluyente. Esta solución es afirmada de forma constante por nuestro Tribunal Supremo, como prueban las diversas sentencias citadas en la sentencia que anotamos, y además en la reciente Setencia de 26 de diciembre de 1979, que reseñamos en este ANUARIO (1980, fasc. IV, pp. 1000-1001), en la que se deduce la autorización de la presencia del propietario y de su esposa en la obra y del argumento de que movido el contratista por un lícito afán de ganancia profesional, resultaría ilógico que encareciese la ejecución en su perjuicio. La doctrina del Tribunal Supremo tiene un importante apoyo en el texto del art. 1.593, que difiere en este punto de sus antecedentes próximos, el art. 1.534 del Proyecto de 1851 y el artículo 1.793 del Código civil francés, que exigían que la autorización del propietario constase por escrito y por un precio convenido. GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, p. 485) justificó la exigencia de la autorización por escrito en que han sido muy graves y frecuentes los abusos de los arquitectos en esta materia, sobre pretexto de... cambios y aumentos hechos en el plano por haberlos estimado útiles o necesarios: alegábaise más de una vez que el propietario había aprobado los segundos, expresa o tácitamente, aunque no por escrito. El artículo (1.534 del Proyecto de 1851) previene estos abusos con la prueba escrita que exige el consentimiento del propietario. Un razonamiento semejante fue expuesto en los trabajos preparatorios del Código civil francés de 1804. TRONCHET señala que se trata de evitar sorpresas al propietario (*Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, reimpresión de la edición de 1827, Osnabrück, 1968, p. 265). Hoy días estas consideraciones siguen siendo tenidas en cuenta por la doctrina francesa

(cfr., H. L. y J. MAZEAUD y JUGLART, *Leçons de Droit civil*, III-2, *Principaux contrats*, París, 1974, p. 643). La jurisprudencia francesa ha afirmado reiteradamente el carácter imperativo de la autorización por escrito de la modificación del plano (Cass civ., 27 de octubre de 1972, en Recueil Dalloz Sirey, 1973, p. 495, con nota de J. MAZEAUD). Las razones alegadas por GARCÍA GOYENA y los que elaboraron el Código, cuyo artículo 1.593 no hace ninguna referencia a la necesidad de constancia escrita de la autorización del propietario. Nuestra doctrina (cfr., SCAEVOLA, Código civil, XXIV, Madrid, 1951, página 706, DE LA CÁMARA MINGO, *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, IV, Madrid, 1964, p. 624, etc.) y jurisprudencia, con buen criterio, tienen en cuenta esta circunstancia y, por ello, de manera unánime, afirman que la autorización del propietario puede constar de forma expresa o tácita. Como dice MÁRRESA (*Loc. cit.*), el único problema será el de la prueba de la autorización. Las Sentencias de 18 de febrero de 1960 y 6 de marzo de 1964 establecen que la carga de la prueba recaerá sobre el contratista. Esta prueba puede realizarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho (Sentencia de 13 de marzo de 1971). 3) En relación con el importante problema de la reparación del daño derivado de la ejecución defectuosa de la obra inmobiliaria, nuestro Tribunal Supremo reproduce la doctrina de las importantísimas Sentencias de 14 de noviembre de 1978 y 3 de octubre de 1979, que hemos tenido ocasión de comentar en este ANUARIO (1979, IV, pp. 949-953; 1980, I, pp. 194-223). En especial, téngase en cuenta lo que afirmamos en las páginas 213 a 215 del fascículo I de este ANUARIO, 1980, donde exponemos las pretensiones que corresponden al propietario, cuando la obra construida presenta vicios o defectos. Citamos diversas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que han abordado este problema fundamental.

A. C. S.

22. Modificación del plano de la obra. Autorización del propietario.—Si bien es cierto que, como dijo la Sentencia de 28 de octubre de 1974, el artículo 1.593 del Código civil exige la autorización del propietario para reclamar las elevaciones de precio que procedan del cambio del plano de la obra, no lo es menos que tal consentimiento no exige para su prestación una forma predeterminada, bastando su demostración por cualquiera de los medios probatorios que nuestro ordenamiento legal admite como hábiles al efecto. (Sentencia de 17 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—El dueño de la obra pide la aplicación del artículo 1.593 del Código civil, porque las modificaciones realizadas por el contratista de la obra, que supusieron un aumento del precio de la misma, no fueron autorizadas. No prospera la argumentación del dueño de la obra en el Juzgado, la Audiencia y ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—Es reproducible todo cuanto hemos afirmado en la anotación a la Sentencia de 31 de octubre de 1980. Sobre este problema es interesante consultar también el trabajo de MULLERAT BALMAÑA, *El pago de las obras adicionales en el contrato de construcción de inmuebles*, en la Revista Jurídica de Cataluña, 1978, jul-sept., pp. 195 ss.; en especial, pp. 746-750.

A. C. S.

23. Los créditos derivados del contrato de obra. Requisitos de aplicación del artículo 1.597 del Código civil.—El citado precepto legal exige para su aplicación como requisitos objetivos: que se trate de una obra ajustada alzadamente por el contratista, y además que la acción verse sobre la cantidad que el dueño de la obra adeuda al contratista al hacerse la reclamación,

sin que en principio se excluyan las cantidades debidas a los subcontratistas. (Sentencia de 24 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—La actora alega el carácter refaccionario del crédito y la aplicación del artículo 1.597. El Juzgado, la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo niegan ambas circunstancias. Concretamente, el Tribunal Supremo no considera aplicable el citado precepto, porque no se probó en la instancia que se cumplían los requisitos necesarios para su aplicación.

NOTA.—Se deduce de la sentencia anotada que no basta con que el crédito del contratista contra el dueño de la obra tenga su origen en el contrato de obra, pues es necesario, además, para que proceda la acción directa, que el contrato haya sido ajustado alzadamente. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1928 ha justificado este requisito, exigido claramente por el artículo 1.597, diciendo que «si se exige el precio alzado de la contrata, como requisito previo y esencial de la acción debatida, es para fijar un punto de partida en las responsabilidades del propietario y un fondo de disponibilidades y derechos del contratista, susceptible de ser aprovechado por los acreedores de éste, en tanto se verifique el suministro, no se reciba su importe y no se pague tal precio alzado». Por consiguiente, el referido precepto no se aplicará a los contratos de obra que se han concluido por el sistema de administración o por unidad de medida.

La exigencia de que la acción directa quede limitada a la cantidad que el comitente adeude al contratista cuando se hace la reclamación tiene una sencilla explicación: si el comitente ha cumplido su obligación total o parcialmente, queda liberado frente a todos en todo o en parte, y no puede ser obligado a pagar dos veces. Nuestro Tribunal Supremo ha tenido siempre en cuenta este límite, como prueban las Sentencias de 17 de diciembre de 1912, 30 de junio de 1920, 13 de abril de 1926, 13 de octubre de 1930 y 7 de febrero de 1968.

En la Sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo destaca que la acción directa corresponde también al subcontratista. Se acoge de esta manera la solución mantenida por nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 26 de junio de 1936 y 30 de enero de 1974, y que admite también nuestra doctrina (*cfr.*, DE ANGEL, *Los créditos derivados del contrato de obra*, Madrid, 56-58, DÍEZ-PICAZO y GUILÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 1979, página 451, ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, Madrid, 1980, p. 321, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, II-3, Barcelona, 1979, p. 198, etc.). La Sentencia de 29 de junio de 1936 establece con lujo de razonamientos, como dice ALBALADEJO, las razones que aconsejan adoptar esta solución. A nuestro juicio, una interpretación teleológica aconseja la aplicación del artículo 1.597 a los subcontratistas, pues ellos ponen también trabajo e industria. Consultese la citada monografía de DE ANGEL (*Loc. cit. ant.*), que expone las razones señaladas por la Sentencia de 29 de junio de 1936 y otras razones muy convincentes.

A. C. S.

24. *Interpretación del contrato.*—Es reiteradísima y uniforme doctrina jurisprudencial que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aunque alguna duda pudiera caber sobre su absoluta exactitud, salvo que no sea racional y lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual.

Requisitos esenciales del contrato.—Las cuestiones sobre concurrencia de los requisitos esenciales del contrato son de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, por ello hay que estar a la apreciación del Tribunal «a quo».

Cuestión nueva.—La cuestión se plantea por primera vez en el recurso constituyendo, por tanto, un problema nuevo de casación al no haber sido discutido ni planteado a la instancia, lo que le hace incurrir en la causa de inadmisión del número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Obra a tanto alzado. Modificación del precio establecido.—El contratar una obra a tanto alzado no es impedimento para introducir alteraciones o aumento de precios, y por ello el señalamiento del coste de la obra de forma unitaria no impide la posibilidad de una modificación ulterior que la altere o aumente, y así lo tiene declarado esta Sala en Sentencia de 23 de junio de 1964 y reiterado en la de 30 de abril de 1980. (Sentencia d 7 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—Se celebra un contrato de obra para la edificación de un inmueble. El contratista pide que el comitente le abone una determinada cantidad adicional a la inicialmente establecida, por haber tenido que hacer determinadas obras complementarias (en virtud de una disposición y que son exigidas por la compañía suministradora de fluido eléctrico). El comitente se niega a pagarla, alegando el carácter inamovible y único del precio establecido.

El Juzgado condena al comitente a pagar al contratista la cantidad adicional. La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo confirman este fallo.

NOTA.—A pesar de la dicción del artículo 1.593 del Código civil, nuestro Tribunal Supremo precisa que el contratar una obra a tanto alzado no es impedimento para introducir alteraciones o aumento de precio. En esta sentencia, a diferencia de las Sentencias de 31 de octubre y 17 de diciembre de 1980, que también anotamos en este fascículo del ANUARIO, no se trata de determinar si el propietario comitente ha autorizado o no el aumento del precio de la obra. Nuestro Tribunal Supremo admite la posibilidad del aumento del precio ajustado, sin que exista autorización expresa o tácita del propietario comitente. ¿Cómo puede explicarse este criterio? Nuestro Tribunal Supremo se limita a reconocer que el precio ajustado puede ser revisado. Esto es lo que hace nuestro Tribunal Supremo en la mayor parte de las sentencias que contemplan este problema (Sentencias de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 13 de junio de 1944, 5 de junio de 1945 y otras muchas). Cabe exceptuar a las Sentencias de 23 de noviembre de 1962 y 28 de enero de 1970, que admiten la revisión del precio ajustado en el contrato por alteración de la base del negocio (la citada en primer lugar) y por la concurrencia de todos los requisitos de la cláusula *rebus sic stantibus* (la citada en segundo lugar). A nivel doctrinal, se considera que la norma contenida en el párrafo 1º del artículo 1.593 no debe ser considerada absoluta e inflexible. Hay que entender que si el alza de los costos es de tal magnitud que altere el equilibrio de las prestaciones del contrato, perturbe su economía natural, la rígida norma del artículo 1.593 ha de ceder ante otras doctrinas más equitativas y en consonancia con la buena fe: teoría de la alteración de la base o fundamento del negocio por destrucción de la equivalencia, teoría del riesgo imprevisible, etc. Además, como apunta LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, II-3, 1979, Barcelona, p. 191), el precepto no excluye la aplicación, en las circunstancias extraordinarias en las que procede, de la teoría de la base del negocio, y por tanto, en ellas, la revisión del contrato (*cfr.*, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1979, p. 446, DE LA CÁMARA MINGO, *Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura*, IV, Madrid, 1964, pp. 628-829); F. J. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, páginas 230-231, etc.). Conviene destacar que el requisito fundamental para

que pueda el contratista demandar la revisión del precio ajustado es el de la *imprevisibilidad* del aumento de los costes. La imprevisibilidad habrá que referirla al momento de la celebración del contrato de obra y valorarla según un criterio medio de diligencia y pericia. En el contrato de obra habrá que tener en cuenta la pericia y diligencia de un profesional con conocimientos técnicos suficientes (el contratista).

A. C. S.

25. *Préstamo anterior y contrato de fijación jurídica*.—No puede prospesar la inaplicación que se denuncia del artículo 1.276 Código civil, ya que la sentencia entiende no que el contrato carezca de causa o que ésta sea falsa, ni que en este contrato haya faltado la entrega de numerario exigida por el carácter real del mutuo, sino que se trató de un contrato de «fijación jurídica», encaminado a dar claridad y constancia a una situación anterior, revisando de forma documental al préstamo ya efectuado a fin de obtener una garantía, figura indudablemente válida la de ese negocio de segundo grado a la que aclara y fija, a la manera de «especificatio», como ha declarado la Sentencia de 6 de junio de 1969, que cita a su vez la de 28 de octubre de 1944. (Sentencia de 5 de febrero de 1981; no ha lugar.)

26. *Seguro de automóviles. Diferencias de régimen entre el obligatorio y el voluntario*.—Es improcedente asimilar o confundir las respectivas normativas de los seguros obligatorio y voluntario en la esfera automovilística, pues mientras que el primero viene sometido a un régimen de derecho necesario en cuanto surge de la obligación legal impuesta a todo propietario de un vehículo de motor como requisito indispensable para circular por el territorio nacional (artículo 2º del T. R. de 21 de marzo de 1968, de la Ley de 24 de diciembre de 1962) y responde a la proclamada finalidad social de lograr protección inmediata a las víctimas del accidente de circulación, resarcimiento que «se busca a ultranza» en frase del preámbulo de la Ley citada, el segundo o voluntario, por lo mismo que guarda sustantividad, aunque sea compatible con el obligatorio, habrá de ser concertado y documentado con independencia de éste, según previene el artículo 1º del Reglamento de 19 de noviembre de 1964, y se regirá por sus específicos pactos por virtud de lo dispuesto en el artículo 385 del C. de c., lo que explica la reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que por responder aquél a una responsabilidad de carácter predominantemente objetivo, amén de la limitación actual del objeto del seguro y de la cobertura, es inconscuso que aunque el seguro voluntario de automóviles sea concertado como complemento del obligatorio—en cuya hipótesis guardará con éste la reducida conexión señalada en el artículo 11 de la Orden de 26 de mayo de 1965—, conserva su genuina naturaleza y no puede identificarse con el otro ni sujetarse a su disciplina (Sentencias de 26 de abril de 1975 y 9 de marzo de 1978).

Principio de libertad de pactos que informa el seguro voluntario.—El principio de libertad de pactos que informa la materia de seguro voluntario, salvo en los aspectos de la actividad aseguradora sometidos a la intervención administrativa, exige resolver los conflictos entre las partes atendiendo a lo estipulado en la correspondiente póliza, tal como preceptúan los artículos 383, núm. 9º, y 385 del C. de c., y así lo tiene declarado la jurisprudencia, que invoca, además, la fuerza obligatoria de lo convenido por la eficacia de

los artículos 1.091, 1.258 y 1.278 del C. c. (Sentencias de 16 de marzo de 1962 y 7 de enero de 1977).

La proposición de seguro no vincula al asegurador.—El unánime criterio de la doctrina científica en cuanto a que el asegurador no queda en manera alguna ligado por la proposición del seguro, sino que es libre para aceptarla o rechazarla, tiene expresión legislativa en el artículo 7.^º del Reglamento de Seguros de 2 de febrero de 1912, con arreglo al cual el proponente y el asegurador no están obligados por la proposición, sino que el vínculo contractual se genera con la firma de la póliza y, claro es, conforme a los términos pactados, de donde se sigue que será de todo punto inadmisible oponer al clausulado del fundamental documento del negocio sinalagmático la anterior y unilateral sugerencia del proponente.

Suspensión de las obligaciones del asegurador en caso de impago de la prima. Licitud de la cláusula que la establece.—La declaración que como cláusula de estilo, recogen las pólizas sobre la suspensión de las obligaciones del asegurador, mientras la prima no esté pagada, no se aparta de la posición que, con diversos matices, adopta el derecho comparado (así, por ejemplo, el artículo 1.901 del C. c. italiano), y desde luego es lícita en nuestro ordenamiento, pues si ya en principio las consecuencias del incumplimiento se originan por el hecho de la falta de pago de la prima en el lugar y tiempo convenidos, sin que sea necesaria la interpellación por el asegurador a los efectos de la puesta en mora del tomador del seguro, como resulta de aplicar la norma general que para todas las obligaciones mercantiles dispone el artículo 63, núm. 1.^º, del C. de c.; por su parte el apartado h) del artículo 24 del Reglamento de 2 de febrero de 1912 no sólo autoriza, sino que impone «que se consigne (en la póliza) de una manera clara y terminante cuáles serán las circunstancias por las que cesó la responsabilidad de la Empresa aseguradora», añadiendo el apartado i) la exigencia de «que se especifiquen taxativamente previstos los casos en que cesa la responsabilidad de la Empresa aseguradora por incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratante», y, a su vez la Orden de 28 de junio de 1935, apartado f), según la redacción dispuesta por la de 13 de enero de 1955, establece que «las pólizas de seguros de riesgos eventuales deberán conceder al asegurado para el pago de la segunda y sucesivas primas un plazo de gracia de treinta días naturales contados desde el día del vencimiento de la respectiva prima, expirado el cual quedará en suspenso la responsabilidad del asegurador y el asegurado no tendrá derecho, caso de siniestro, a la indemnización correspondiente».

La suspensión de la cobertura por impago de la prima es independiente de las acciones derivadas del artículo 1.124 del C. c.—Constituye norma de inadecuada mención por la Sala de instancia el artículo 1.124 del C. c., porque si ciertamente, la aseguradora «contaba con las acciones del artículo» referido, «que no ejercitó», nada empece ese precepto ni su contenido importa en trance de resolver sobre la trascendencia de la pactada suspensión de la cobertura cuando el asegurado ha desatendido su obligación de pagar las primas.

Régimen de inoponibilidad de excepciones en el seguro obligatorio. No es trasladable al voluntario. Inaplicabilidad de doctrina sentada por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo.—Es de todo punto inadmisible re-

chazar el efecto suspensivo de la obligación de cobertura por impago de la prima en el seguro voluntario trayendo a colación las declaraciones de las Sentencias de 10 de abril de 1968, 13 de junio de 1969 y 15 de junio de 1972, ya que han sido pronunciadas por la Sala Segunda en materia penal y a propósito del seguro obligatorio, como tampoco es posible acudir para tal declaración al artículo 43 de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre la inoponibilidad por el asegurador frente a las reclamaciones del perjudicado las excepciones que le asistan contra el asegurado, pues evidente es que tal precepto, como el artículo 5.^º del Texto Refundido, contemplan de modo exclusivo la modalidad de seguro obligatorio, según además proclama paladianamente la rúbrica del capítulo en que este precepto se halla inserto.

«Uberima bona fides» que ha de presidir el desarrollo del contrato de seguro. Asegurado que cambia de domicilio sin comunicarlo a la Compañía. Aun en el infundado supuesto de que se tuviera por lugar de pago de la prima el domicilio del tomador del seguro, debería ser reprochado a este contratante un comportamiento desleal y en abierta disonancia con la *uberima bona fides* que ha de presidir el desarrollo del contrato de seguro e inspirar los actos de ambos sujetos del negocio bilateral, y por ello mal podría pretender la efectividad de la cobertura un asegurado que no puso en conocimiento de la aseguradora extremo de tanta relevancia como el cambio de domicilio y no se preocupa de pagar la prima, de manera que sólo se decide a realizarlo—con justificada repulsa de la Compañía—a los siete meses del vencimiento y después de acaecido el suceso determinante de responsabilidad del conductor del automóvil.

Recurso de casación. El Reglamento del Seguro Obligatorio de vehículos de motor es norma reglamentaria que carece del rango de Ley a estos efectos. Mero reglamento ejecutivo.—La jurisprudencia tiene declarado que dicha disposición reglamentaria carece del valor de «ley» a los efectos del recurso de casación (Sentencias de 16 de octubre de 1974 y 22 de mayo de 1978), a pesar de la disposición final quinta de la Ley de 24 de diciembre de 1962, «autorizando» al Gobierno para establecer la regulación de dicho Seguro, pues la remisión normativa a que responde no le dota de autosuficiencia ni le hace perder la condición de reglamento ejecutivo, sino que en criterio de la más prestigiosa doctrina, del desarrollo del reenvío legal a un reglamento surge «una norma estrictamente reglamentaria», salvo en el supuesto de la delegación legislativa operada con sujeción al artículo 82 del texto constitucional y consiguiente asunción anticipada que el legislador hace de la norma elaborada por el Gobierno en virtud de la delegación preséndole su propio rango («delegación recepticia»).

Error de hecho en la apreciación de las pruebas.—A todas luces ha de tenerse por cometido al prescindir la Sala de un extremo tan categórico como es el consignado en el artículo doce, apartado a), de la póliza, no discutida en sus pactos, con arreglo al cual feneceido el plazo de gracia para el pago de la segunda y sucesivas primas, «quedará en suspenso la responsabilidad de la Compañía y el Asegurado no tendrá derecho, caso de siniestro, a la indemnización correspondiente» (Sentencia de 8 de mayo de 1980; ha lugar).

NOTA.—En varios aspectos merece ser destacada esta Sentencia (ponente, Excmo. Sr. D. Jaime Castro García). Ha de observarse, en primer lugar, que de los seis motivos del recurso prosperaron cinco. No se limitó el juzgador a examinar y admitir uno de ellos, excusándose—como con tanta frecuencia ocurre—de entrar en los demás. No ha sido eludida ninguna de las cuestiones suscitadas. Resulta también sobresaliente que fuera estimado el motivo en que se denunciaba error de hecho en la apreciación de las pruebas, cauce que la jurisprudencia ha venido haciendo prácticamente inoperante. Igualmente singular es que, a tales efectos, se considerase documento auténtico la póliza de seguro, en torno a la cual precisamente giró buena parte de la «litis» (así, el tema de las divergencias entre la proposición y la póliza sobre el lugar de pago de la prima): claro contraste de esta decisión, por tanto, con la acostumbrada doctrina que niega la condición de auténticos a los documentos básicos del pleito (por ejemplo, Sentencias de 4 de mayo de 1978 y 29 de mayo de 1978), o a los que han sido estudiados por el Juzgador de instancia (por ejemplo, Sentencias de 30 de septiembre de 1978, 23 de marzo de 1979, 11 de junio de 1979).

En cuanto al fondo, la cuestión suscitada por la divergencia entre la proposición y la póliza de seguro ha sido conducida por cauces de indudable ortodoxia. Es intuitivo, sin embargo, que la condición formularia de la póliza constituye un dato que empaña, en cierto modo, la claridad de la decisión que se extracta. Interesa destacar, en todo caso, la óptica radicalmente diversa desde la que habrá de ser enjuiciado este tema a partir del nuevo dato normativo de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, a tenor de cuyo artículo 8.º, párrafo último: «Si el contenido de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la Entidad aseguradora en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza. Lo establecido en este párrafo se insertará en toda póliza del contrato de seguro».

J. C. P.

27. Prórroga de arrendamiento de local de negocio y aval respecto del pago del alquiler.—En el supuesto de prórroga legal de contrato de arrendamiento, no es de aplicación el art. 1.851 del C. c. —*La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza.* Y no lo es porque el art. 1.851 se limita a la prórroga que el acreedor voluntariamente concede, y no a la que al tiempo del concierto de la correspondiente obligación viene impuesta por disposición legal, con independencia —y aún contra— la oposición del acreedor, con la sola manifestación de voluntad del deudor al respecto, que es justamente lo que ocurre en los supuestos de prórroga forzosa del contrato de arrendamiento. (Sentencia de 27 de febrero de 1981; no ha lugar.)

28. Responsabilidad civil derivada de accidente de automóvil. Ejercicio de la acción del artículo 1.902 del C. c., apartándose el actor de la vía ejecutiva de la Ley de 24 de diciembre de 1962. Prescripción.—El ejercicio de la acción de responsabilidad aquiliana acarrea todas sus consecuencias, entre ellas la de la prescripción que regulan los artículos 1.968 y 1.969 del C. c., puesto que el cómputo del plazo de prescripción de dicha acción se inició desde el momento en que pudo ser ejercitada, esto es, desde que se dio la sanidad del actor, sin afectarle el que en vía penal, una vez dictado el auto de sobreseimiento, se siguieran las actuaciones reguladas en el Texto Refundido de la Ley de 24 de diciembre de 1962, procedimiento del que el

actor voluntariamente se apartó, acudiendo al juicio declarativo ordinario en que ejercitó la acción derivada del artículo 1.902 del C. c.

Error de hecho.—No es cauce apto para la denuncia de cuestiones jurídicas, como son las concernientes a las consecuencias jurídicas del auto dictado en las diligencias preparatorias de la ejecución, tanto respecto a la acción que de dicho auto deriva en relación con la ejercitada, como la posible interrupción por el mismo del plazo de prescripción de esta última. (Sentencia de 9 de mayo de 1979; no ha lugar.)

29. *Responsabilidad civil y procedimiento penal. Indulto. Prescripción.*—Terminado el procedimiento penal sin haber recaído condena del culpable, por concesión del indulto establecido por el Decreto de 23 de septiembre de 1971, dando por extinguida la responsabilidad penal y reservando a las partes el derecho a reclamar la responsabilidad civil por el procedimiento que correspondiese, la acción que por esta vía tenía que ser ejercitada es indudable lo había de ser la del artículo 1.902 del C. c. y dentro del plazo especialmente señalado para su ejercicio en el artículo 1.968, núm. 2º, del Código civil. (Sentencia de 27 de marzo de 1979; ha lugar.)

30. *Responsabilidad por daños. Accidente mortal producido tras la reparación de una máquina paleadora. Irresponsabilidad de la empresa encargada de la reparación.*—No es responsable la empresa que asumió la reparación de una máquina paleadora por un accidente que se produjo, una vez finalizada la reparación, a causa de la torpe manipulación de aquélla por un empleado del propietario, por lo que resulta la absoluta inaplicación del artículo 1.588 del C. c.

Omisión de la precaución y cautela exigibles. Culpa «in operando» e «in vigilando». Responsabilidad en el orden civil con independencia de normas laborales y de seguridad social.—Establecida la inobservancia de elementales normas de precaución y cautela exigibles en la realización del acto llevado a efecto por quien no reunía las condiciones idóneas para ello, con la autorización y beneplácito de su patrón, que conocía esa falta de aptitud profesional, resultan inoperantes las normas de la Ley de Seguridad Social y Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, pues aparte de que no han sido objeto de exégesis ni aplicación por el Tribunal de Instancia, la causa del evento dañoso no deviene de un mero accidente laboral surgido del normal desarrollo del trabajo que el interfecto había de prestar, sino de la culpa «in operando» e «in vigilando» de los recurrentes, dándose, por consiguiente, los requisitos necesarios para el éxito de la acción ejercitada al amparo de los artículos 1.902 y 1.903 del C. c.

Compatibilidad de la indemnización impuesta en vía civil con la declarada por la jurisdicción laboral.—Ambas son perfectamente compatibles, conforme tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, recientemente reiterada en Sentencias de 13 de abril de 1977 y 23 de mayo de 1978.

Incongruencia. Indemnización cuya cuantía deja el actor a discreción del juzgador. Condena de dos demandados y absolución de otros tres.—Al absolver a tres demandados y condenar solamente a los dos recurrentes, no incurre la Sentencia en el denunciado vicio de incongruencia ni tampoco otorga más de lo pedido, toda vez que habiendo dejado la parte actora a

la discreción del juzgador la fijación de la cuantía de la indemnización no cabe hablar de exceso en la condena que han de soportar los recurrentes, satisfaciendo dicha cantidad en la forma que la resolución recurrida establece, por alcanzar solamente a ellos la responsabilidad del acto determinante del daño.

Casación. Defectos del recurso.—La inclusión en un solo motivo, de manera confusa y sin la debida separación, del imputado error de hecho y de derecho, vulnera la exigencia del párrafo 2.^º del artículo 1.720 de la LEC.

Documento auténtico.—No lo son los dictámenes periciales.

Error de derecho. Normas valorativas de prueba y dictámenes periciales. Los artículos 628 y 632 de la LEC, citados como infringidos, no contienen norma alguna de valoración de prueba de obligado cumplimiento, antes al contrario, el artículo 632 claramente dice que el Tribunal no está obligado a sujetarse al dictamen de los peritos, ya que esta clase de prueba está sometida a la discrecional apreciación del juzgador de instancia y las reglas de la sana crítica no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación.

Legitimación «ad processum» y legitimación «ad causam». Excepción dilatoria del artículo 533-4.^º de la LEC.—Tal excepción dilatoria sólo puede utilizarse con base en la falta de personalidad en el demandado, que afecta al Derecho formal o legitimación «ad processum», y no puede fundarse en otra causa, propia del Derecho sustutivo, como lo es la legitimación «ad causam», la que, por otra parte, concurre en el patrono a cuyas órdenes trabajaba, en el momento de producirse el accidente, el causante material del mismo. (Sentencia de 29 de abril de 1980; no ha lugar.)

31. *Culpa extracontractual. Daños ecológicos. Inmisiones de gases tóxicos procedentes de central térmica que quema carbón de mala calidad. Doctrina general.*—El problema de las inmisiones por humos, gases o emanaciones tóxicas, y el resarcimiento de los daños causados por la *inmissio in alienum*, concreto aspecto de las relaciones de vecindad, son resueltos en el Derecho comparado (arts. 848 C. c. italiano, de 1.942 y 1.346 C. c. portugués, de 1.966, entre otros) acudiendo a los criterios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias, atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles, criterios a los que también responde la Ley 367 pár. 1.^º de la Compilación de Navarra, y si bien el C. c. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjuicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual del art. 1.902, y de las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1.908, pues es regla fundamental que «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina» (Sentencia 17 febrero 1968), a lo que cabe añadir el Reglamento de 30 noviembre 1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y el art. 5.^º núm. 2 de la Ley de 19 noviembre 1975 sobre desechos y residuos sólidos.

Industrias de interés nacional. Responsabilidad objetiva.—El ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse en su funcionamiento guardando el debido respeto a la propiedad

ajena, ya que el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excuse la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota de objetiva.

Medidas de prevención del daño.—El perjudicado puede reaccionar contra la causación del deterioro, instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo, pues la necesidad de poner término a la producción dañosa ha de ser calificada como efecto jurídico del agravio, y en tal sentido, si ya añejas resoluciones de este Tribunal (Sentencias de 28 junio 1913 y 24 febrero 1928) han dado viabilidad a la acción de condena a la adopción de las medidas necesarias para evitar la continuación de las inmisiones ilícitas, otras posteriores (Sentencias de 23 diciembre 1952, 5 abril 1960 y 14 mayo 1963) declaran que la protección de los derechos no se contrae exclusivamente a la reparación de los perjuicios ya originados, sino que también ha de extenderse a las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales.

Prescripción extintiva. «Dies a quo. Daños continuados y daños permanentes. Interpretación restrictiva.—Debe rechazar la excepción de prescripción extintiva alegada por las siguientes consideraciones: 1.^a En los casos de comportamiento ilícito continuado o permanente, no ha dejado de sostener la doctrina científica el criterio de que el día inicial de la prescripción será no el del comienzo del hecho, sino el de su verificación total, ya que si *prima facie* parece justo iniciar el cómputo del tiempo en el de su plena efectividad e incluso el de su cesación, la solución opuesta limitando con rigor el derecho al resarcimiento, fraccionaría de manera artificiosa la prescripción, creando tantos términos iniciales cuantos fuesen los días en que se realizase, a través del tiempo, la acción lesiva para la esfera jurídica ajena. 2.^a Si bien la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el comienzo de la prescripción en el evento de daños continuados hay que referirlo a la fecha de iniciación de la actividad perjudicial, lo hizo a la vista de actos dañinos presentados en su realización con la sustantividad necesaria para iniciar el cómputo (Sentencias de 23 junio 1913, 8 julio 1947 y 25 junio 1966), y que conste inequívocamente el tiempo de comienzo de la acción lesiva (Sentencia de 31 enero 1968), teniendo presente además que la prescripción extintiva o liberatoria, como institución no basada en fundamentos de intrínseca justicia, merece en su aplicación un tratamiento restrictivo (Sentencia de 17 diciembre 1979). 3.^a No pueden ser identificados los supuestos de daños continuados y de daños permanentes con aquellas situaciones en que una serie de actos sucesivos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios (Sentencia 26 octubre 1971), y en el presente

caso el Tribunal de Instancia, partiendo de la material imposibilidad de señalar un *quantum* en la causación anual de los daños, obtiene una cantidad total en la que cobra relieve el perjuicio sufrido por los castaños, traducido en la minoración de su desarrollo y rendimiento, y también otras especies por el efecto de los gases y las cenizas o polvo a lo largo de todo el tiempo, con una consecuencia final cuya significación económica se presenta con destacado valor.

Exceso de jurisdicción. Competencia de la ordinaria.—En esta zona de tangencia entre la jurisdicción común y la contencioso-administrativa hay que distinguir entre lo que es materia que atañe a la propiedad privada y a su protección, de incuestionable carácter civil, y lo que afecta a los intereses generales o públicos, de inequívoca naturaleza administrativa, aspectos que es preciso separar, debiendo tenerse en cuenta que tanto el artículo 15 de la Ley de 22 diciembre 1972, de protección del ambiente atmosférico, al atribuir a la Administración la exclusiva competencia en orden a «la determinación de las medidas correctoras que se hayan de imponer a cualquiera de los focos emisores», como los arts. 1.^º, 2.^º y 3.^º del D. de 6 febrero 1975, que reiteran esa competencia administrativa, aluden en locuciones de gran amplitud a la «defensa contra la contaminación atmosférica», atendiendo, en palabras del preámbulo de dicha Ley, a los «estados generales de perturbación del medio ambiente» con «graves situaciones de incomodidad y morbilidad en la población localizada en determinadas zonas de alta concentración demográfica, industrial y de tráfico» y «perturbación irresistible del equilibrio ecológico general», problemas que por su generalidad y explícita referencia a los intereses públicos no puedan equipararse a la lesión patrimonial y al resarcimiento a causa de inmisiones dañinas en fundos determinados.

Daños ocasionados por inmisiones. Vis atractiva de la jurisdicción ordinaria.—Según reiterada jurisprudencia, no invaden los Tribunales el campo de la Administración al imponer la ejecución de medidas correctoras contra los daños ocasionados por *inmissio*, precisando la Sentencia de 19 febrero 1971 que una cosa es el permiso de instalación de una industria y la indicación de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros, cometido propia de la Administración, y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produce un daño en la propiedad de tercero y se sigue un conflicto, su conocimiento compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, debiendo añadirse que, según doctrina de esta Sala (Sentencias de 1.^º febrero 1966, 8 julio 1968 y 5 junio 1976, entre otras), la jurisdicción ordinaria es fuente o raíz de todas las demás y por ello tiene *vis atractiva* en los casos dudosos.

Medidas correctoras sobrevenidas.—La circunstancia de que la parte demandada realizase medidas correctoras en el equipo de depuración, con mucha posterioridad a la fase expositiva del debate e incluso a toda la tramitación de la alzada, es un hecho sobrevenido no susceptible de decisión en la Sentencia, pero que no es óbice a que en período de ejecución pueda cobrar la debida eficacia. (Sentencia de 12 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

Notable y meditada Sentencia (Pte. Jaime de Castro García) sobre un problema de extraordinaria actualidad, proclive a actuaciones públicas de tipo demagógico. Con nitidez se deslindan los respectivos campos de actuación entre la Administración y la jurisdicción ordinaria, así como se señala el matiz objetivo de esta responsabilidad —presente ya en alguna de las hipótesis contempladas en el viejo art. 1.908—, al par que se resuelve un interesante problema relacionado con la prescripción extintiva en la cuestión del *dies a quo*. En la reforma del título preliminar se dio entrada en el art. 7.^º, 2, a la adopción de medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso del derecho, lo que con carácter general, a mi juicio, legitima la adopción de medidas preventivas de un resultado dañoso.

G. G. C.

32. *Culpa extracontractual. Daños por inmisiones de polvo de fábrica de cemento a plantación de naranjos. Antijuridicidad.*—Aunque nuestro C. c., siguiendo al francés, no menciona expresamente la nota de antijuridicidad en el art. 1.902, no cabe duda que ha de verse la misma no sólo en la actuación ilícita caracterizada por la falta de diligencia contraria a una disposición legal, sino también en las consecuencias de actos lícitos no realizados con la prudencia que las circunstancias del caso requerían; por ello no puede estimarse lícito el hecho de expeler y dispersar la demandada abundante cantidad de polvo perjudicial cuando hay medios técnicos para evitarlo (Sentencias de 23 diciembre 1925 y 14 mayo 1963).

Daños normalmente derivados de explotación permitida. Obligación de resarcimiento.—Aun en casos de funcionamiento de una industria previas las precauciones señaladas en los Reglamentos, su ejercicio ha de guardar el debido respeto a la propiedad ajena, de modo que debe indemnizar a los perjudicados por los daños normalmente derivados de esa explotación permitida, radicando entonces el deber de indemnizar, más que en la antijuridicidad del acto, que hasta cierto punto no sería contrario a derecho, en la exigencia de justicia comutativa de que aquél que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque autorizado, ha de resarcir a quien hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho de propiedad, verificando las instalaciones precisas para evitar los daños y acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones.

Medidas preventivas contra inmisiones.—La Sentencia de 12 diciembre 1980 declaró que el perjudicado puede reaccionar contra la causación del daño instando la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo y para que se adopten medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales. (Sentencia de 17 de marzo de 1981; no ha lugar.)

El daño consistió en la emisión de gran cantidad de polvo residual, que se depositó en la superficie de los árboles, que con el tiempo y la acción de agentes atmosféricos formaron una corteza de cemento que afectó sustancialmente al proceso vegetativo del árbol, dañándole y disminuyendo inmediatamente su producción. El supuesto de hecho es muy similar al de la Sentencia de 12 diciembre 1980 que aquí se cita (v. su comentario en este número del ANUARIO, n. 32), en que se trataba del óxido de azufre, polvo y ceniza emanados de una central termoeléctrica, que se depositaban en plantaciones vecinas de árboles frutales. La doctrina de la responsabilidad civil por daño lícito, tan difundida en la doctrina italiana, comienza a ser acep-

tada por nuestra Sala 1.^a. Es ya jurisprudencia consolidada que el perjudicado puede pedir medidas de prevención contra el daño.

G. G. C.

33. Culpa extracontractual. Daños por explotación de canteras en fincas próximas. Cumplimiento de disposiciones reglamentarias.—La circunstancia de que la explotación de la cantera haya venido verificándose con estricta sujeción a las disposiciones reglamentarias en materia de minas, y bajo la correspondiente Inspección, no es determinante de exención de culpa, dado que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños no han ofrecido resultado positivo, se revela la insuficiencia de las mismas y que algo falta por prevenir, no hallándose completa la diligencia (Sentencias de 7 enero 1960, 5 abril 1963 y 29 mayo 1972, entre otras).

Prescripción extintiva. Interrupción.—La Sentencia reconoce que los demandantes vinieron formulando reclamaciones a la entidad recurrente demandada, denuncias al Gobierno Civil de la provincia y a la Delegación Provincial del Ministerio de Industria, con resultado infructuoso, lo que significa que mantenían en vigencia sus derechos con relación a las consecuencias dañosas generadas y productoras de los daños reclamados, y por tanto no se comportaban con la inacción o dejación de derechos que es base vitalizante de toda situación en prescripción.

Daños continuados. «Dies a quo».—Se trata de una sola actividad surgida de la explotación de la cantera, consecuencia de la realización continuada de explosiones, que se integra en relación de con causa en la conducta dañosa resultante, y sin posibilidad de cómputo de inicio de prescripción hasta la producción del resultado, que en caso de autos lo fue sin transcurso del año prevenido en el art. 1.968-2.^º; de admitirse la interpretación contraria, según Sentencia de 22 octubre 1932, se llegaría al absurdo de que quien hubiese dejado pasar el plazo de inicio de una de las circunstancias concadenantes y cooperantes, y en manifestación de con causa del resultado dañoso, tendría que resignarse a padecer indefinidamente los males del negligente obrar ajeno, lo que pugna con los más elementales principios de justicia y equidad. (Sentencia de 12 de febrero de 1981; no ha lugar.)

Los daños reclamados no fueron producidos por una única explosión o voladura en la cantera de la entidad demandada, sino por un número indeterminado de voladuras que se verificaban cada tres o cuatro días, o con cierta periodicidad, y que iban ocasionando daños en los inmuebles. Se trata de caso típico de daños continuados, caracterizados, quizás, por la circunstancia que en caso análogo puso de relieve la Sentencia de 12 diciembre 1980, de que el resultado final no es mera suma de las voladuras parciales, sino algo distinto y superior. No se prueba en autos que los perjudicados tuvieran conocimiento anterior en varios años de los daños, sino que la Sentencia declara que desde el comienzo de las voladuras no había transcurrido el plazo de prescripción. La doctrina es de aprobar plenamente.

G. G. C.

34. Responsabilidad extracontractual. Carácter directo de la responsabilidad por hechos ajenos.—Ciento es que, según la doctrina de esta Sala, la responsabilidad sancionada por el artículo 1.903 del Código civil no tiene

carácter subsidiario, sino directo, indicándose con ello que no hay necesidad de reclamar previamente al causante real del daño.

Necesidad de la conducta culpable del dependiente.—Esta doctrina hay que entenderla y seguirla junto a su complementaria, contenida en las Sentencias de 3 de octubre de 1961, 16 abril de 1963, 23 de febrero de 1966, 25 de octubre de 1966 y 6 y 3 de mayo de 1967, expresivas de que el matiz subjetivista aplicable al artículo 1.903, en el sentido de exigir una rigurosa prueba de la diligencia empleada «in vigilando» o «in eligendo», no puede llevar a construir dicha responsabilidad sobre el mero hecho de la dependencia, ya que se precisa que se haya atribuido al dependiente un acto u omisión culposo o negligente, y ello porque la acción directa del artículo 1.903 opera en función y efectividad de la prevista en el artículo 1.902, de cuyos términos se infiere que los artículos 1.903 y 1.904 presuponen la evidencia de un daño causado por culpa o negligencia por persona que compromete en su responsabilidad civil a un tercero, y es esa declaración o admisión de culpa en el causante material del daño —dependiente— la constitutiva del soporte de hecho y legal necesario para dar lugar, en segundo grado, también extracontractual, a la responsabilidad de aquellas personas obligadas a responder por la primera; doctrina, por otra parte, compartida por la jurisprudencia foránea, tal la de la casación italiana, al exigir, entre otros requisitos, para establecer la responsabilidad del dueño, la existencia de culpa del dependiente.

La responsabilidad de primer grado del empresario.—La responsabilidad del dueño o empresario no siempre es de segundo grado (artículo 1.903) y directa (doctrina legal), con la posibilidad de serle exigida con la del otro autor corresponsable en el ámbito y consecuencias de su acción, como le será exigible al dueño y empresario dentro de la suya, supuesto que es evidentemente el de autos. (Sentencia de 25 de octubre de 1980; ha lugar.)

Hechos.—Recogiendo grava en una cantera, no respondieron los frenos de una máquina pala, lo que motivó la muerte de una persona. Los herederos de ésta demandaron al conductor de la máquina pala y al empresario del mismo. El Juzgado absolvió al conductor y condenó al empresario. La Audiencia Territorial absolió también al empresario. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación interpuesto, confirmando la sentencia del Juzgado.

NOTA.—1) Como señala la sentencia anotada, nuestra jurisprudencia afirma de manera reiterada que el empresario sólo responde cuando el dependiente ha incurrido en culpa. Este punto de vista es dominante en la doctrina científica, que afirma que es requisito necesario para la aplicación del párrafo 4 del artículo 1.903, que el hecho dañoso sea consecuencia de una acción culposa del dependiente (*cfr.*, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1979, p. 664; ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, p. 148, etc.). Frente a esta tesis, dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, algún autor (RUBIO, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971, pp. 59-60) ha puntualizado que en el caso de la actividad de la empresa no juega ningún papel el carácter, culposo o no, de la conducta del agente; no puede tener importancia en lo que respecta al empresario en sí, ajeno sociológicamente al evento dañoso, ni en el auxiliar, que no esté obligado a una diligencia de empresario. Basta que el daño se refiera a la actividad de la organización en sí misma, que proceda de hechos acontecidos en el ámbito del funciona-

miento de la empresa. Por nuestra parte pensamos que ciertamente la dicción literal del párrafo 4.^o del artículo 1.903 no exige como requisito de aplicación la culpabilidad del dependiente, pero pensamos que este párrafo no puede interpretarse desconectado del párrafo 1.^o del citado artículo. Del mismo se infiere que debe concurrir un acto u omisión culposa del dependiente.

2) El carácter directo y no subsidiario de la responsabilidad derivada del artículo 1.903 es afirmado por nuestra jurisprudencia en base a que la misma se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (Sentencias de 16 de abril de 1963 y 15 de febrero de 1975).

Es interesante señalar que el artículo 1.903, a diferencia de los artículos 21 y 22 del Código penal, no menciona ni regula una responsabilidad civil subsidiaria. Las expresiones «en defecto» o «subsidiariamente» que aparecen en los citados preceptos del Código penal no existen en el artículo 1.903. Tal vez por ello, y por el deseo de proteger adecuadamente al tercero perjudicado, doctrina y jurisprudencia (*cfr.*, ROGEL, *Op. cit.*, p. 159, y DE ANGEL, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 62-63) estiman unánimemente que la responsabilidad ex artículo 1.903 es directa. Sin embargo, GARCÍA GOYENA llegó a una solución diferente, teniendo en cuenta el Código penal, que establecía el carácter subsidiario de la responsabilidad de los amos, maestros y personas dedicadas a cualquier género de industrias por delitos o faltas de sus criados, discípulos, oficiales, aprendices o dependientes en el desempeño de sus funciones. Apunta el citado autor, al comentar el artículo 1.901 del Proyecto de 1851, que «subsidiaria, pues, debe ser también la responsabilidad civil en los casos de los párrafos 4.^o y 5.^o de este artículo, porque no debe ni puede ser más fuerte e intensa la responsabilidad por simple culpa o negligencia que la procedente de falta o delito».

A. C. S.

35. *Culpa extracontractual.—Daños por accidente de circulación. Eficacia civil de las sentencias penales.*—Entre los pronunciamientos contenidos en las sentencias que ponen fin a los procesos penales absolviendo a los reos, y los que con posterioridad y a requerimiento de los interesados puede emitir esta jurisdicción civil, no existe otra vinculación que la establecida en el art. 116 LEC, pár. 1.^o, prohibitivo de que se vuelva sobre hechos que la sentencia penal hubiera declarado que no existieron, disfrutando, por lo demás, los tribunales civiles de plena libertad para fijar la *quaestio facti* y para el juicio axiológico o valorativo.

Prescripción extintiva mediante telegramas adverados en autos.—Según Sentencia de 27 junio 1969, ha pasado a ser apotegma jurídico el que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción, o no, del plazo de la prescripción, es de la exclusiva soberanía de la Sala sentenciadora.

Interés social de las indemnizaciones por accidente. Tratamiento restrictivo de la prescripción extintiva.—La Sentencia de 17 diciembre 1979, contemplando a la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, advierte que está llena de sentido e interés social y obliga a tener en cuenta la finalidad de este último carácter que late en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor y a examinar todos los aspectos implícitos en la noción de seguridad jurídica de un lado y otro, es decir, acreedor y deudor, atendiendo

al preferente interés social subyacente en favor del perjudicado a quien se quiere proporcionar un efectivo y seguro resarcimiento, de cuyo propósito resulta la conclusión de que no debe perjudicar a la víctima una aplicación técnicamente desmedida del derecho, fundada en una aplicación rigorista de la prescripción que, como instituto no fundado en la intrínseca justicia, debe merecer un tratamiento restrictivo.

Fuerza mayor extraña a la conducción.—No lo constituye el accidente ocurrido por una colisión entre dos vehículos al evitar la colisión entre otros dos no identificados que habían efectuado, al parecer, un adelantamiento indebido, lo que debe conceptuarse como «hecho de la circulación». (Sentencia de 16 de marzo de 1981; no ha lugar.)

36. *Concurrencia de culpas contractual y extracontractual. Doctrina general.*—Es cierto que nuestro C. c., al igual que otros extranjeros, distingue entre daños derivados del incumplimiento de contrato (art. 1.101 ss.) y de culpa extracontractual (art. 1.902 ss.), pudiendo modernamente situarse al lado de esas dos fuentes de responsabilidad, la derivada del riesgo creado por ciertas actividades peligrosas, pero no obstante esa separación de campos de resarcimiento de daños se ha declarado por la jurisprudencia (Sentencia de 24 marzo 1952, entre otras) que los arts. 1.101 y 1.902 responden a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora, siendo aplicable el art. 1.104 a todo género de obligaciones (Sentencia de 23 diciembre 1952); pudiendo optar el perjudicado entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea, al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, siempre que el perjudicado por la doble infracción sea la misma persona, y que la doble infracción haya sido cometida por la misma persona, por sí o por medio de sus dependientes, y que si bien el principio general es la aplicación preferente de la responsabilidad contractual (Sentencia de 3 mayo 1924), ello tiene excepciones derivadas de la doctrina de la unidad de la culpa civil, pues como declaró la Sentencia de 3 octubre 1967, cualquiera que sea la calificación de la culpa, la responsabilidad alcanza a los actos propios y a los de aquellas personas de quienes se debe responder por hechos de intervención en el cumplimiento material del contrato, y estas excepciones se acentúan cuando el principio de unidad de culpa civil ha de compaginarse con los principios procesales de instancia de parte y el de congruencia de las sentencias.

Culpa extracontractual. Daños causados por vuelco de grúa. Culpa del dependiente. Responsabilidad del empresario.—El causante material de los daños, conductor de la grúa propiedad de los demandados, dependía laboralmente de éstos, y en el manejo de la máquina actuó con evidente negligencia, siendo ello requisito indispensable para exigir la responsabilidad al empresario, de naturaleza directa, que se funda, según Sentencia de 16 abril 1963, en el incumplimiento de deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo su dependencia, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, no siendo necesario que se demande también al dependiente, sin perjuicio de que la empresa pueda repetir contra éste.

Responsabilidad de los socios de sociedad colectiva.—El suceso dañoso

ocurrió antes de nacer a la vida jurídica la sociedad mercantil de responsabilidad limitada en que se transformó la preexistente sociedad colectiva por lo cual la constitución de aquélla no perjudica a los terceros, como es la entidad actora perjudicada; por otro lado, los socios de una sociedad colectiva estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, por los daños debidos a actos ilícitos de sus dependientes, cuando se hagan a nombre y por cuenta de la compañía (arts. 127 C. com. y 1.904, núm. 4.º, Código civil), y dicha responsabilidad, al ser ilimitada, es compatible con la aplicación del art. 1.911 C. c., a cuya responsabilidad el art. 127 C. comercio añade la nota de solidaridad. (Sentencia de 30 de diciembre de 1980; no ha lugar.)

37. *El artículo 1.903 no establece una enumeración taxativa.*—Se olvida que el art. 1.903 contiene un párrafo primero, donde, de una forma general, declara la responsabilidad no por los actos propios, a que se refiere el artículo 1.902, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder; refiriéndose los cinco párrafos siguientes a casos particulares de responsabilidad por hechos ajenos, y sin impedir que en el principio general contenido en el párrafo primero se incluyan supuestos como el recogido por la sentencia recurrida, relativo a la responsabilidad del recurrente por los actos de empresas o técnicos a quienes encargó la realización material de la obra, respecto de los cuales no se probó haber empleado toda la diligencia que para prevenir el daño le exige para quedar exento de responsabilidad el párrafo último del tan citado artículo 1.903.

Responsabilidad por hechos ajenos.—La responsabilidad derivada del artículo 1.903 es una responsabilidad directa, que es consecuencia de no haber empleado la debida cautela en la elección de quienes trabajaron por su cuenta; todo ello consecuencia de la moderna tendencia doctrinal y jurisprudencial que se encamina a imponer a quienes deben responder de los actos de otro más que presunciones de culpa, nunca desvirtuadas, declaraciones de responsabilidad, si no plenamente objetiva, sí al menos atenuada, en atención sobre todo a deberes de conciencia social y de prevenir los riesgos que determinadas actividades traen consigo para otras personas y bienes jurídicamente protegidos.

Inaplicación del artículo 1.909 del Código civil.—Es de tener en cuenta que el artículo citado como inaplicado (el artículo 1.909) contempla un supuesto de hecho referido a los dos artículos anteriores, 1.907 y 1.908, pero de la interpretación sistemática precisa resulta que el artículo 1.907, y por remisión el artículo 1.909, se refieren a los «daños que resulten de la ruina de todo o parte» de un edificio sobrevenidos a causa de falta de las reparaciones necesarias o, en el caso del 1.909, a causa de defectos de construcción, y este supuesto es distinto del que deriva de los hechos probados en la instancia, donde el documento privado alude de forma inequívoca a «desperfectos que con motivo de las obras se ocasionen», concepto ajeno y mucho más amplio que el de daños derivados de ruina total o parcial por defectos de construcción. (Sentencia de 24 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

Hechos.—El propietario de una casa contrató a diversos profesionales para que procediesen a su demolición y a la construcción de una nueva.

A consecuencia de esta obra, en la casa colindante se produjeron grandes desperfectos. Los propietarios de ésta ejercitaron una acción basada en la culpa extracontractual, con apoyo en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil. Esta acción se dirigió exclusivamente contra el propietario. El Juzgado condenó al demandado a indemnizar a los demandantes. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—1) En esta sentencia nuestro Tribunal Supremo hace responsable al propietario, que ha encargado a diversos profesionales la demolición de un edificio antiguo y la construcción de uno nuevo, de los daños causados a terceros (los propietarios de los edificios colindantes) por las citadas obras. El fallo se fundamenta en el párrafo 1.^º del artículo 1.903 del Código civil: «La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.» Por consiguiente, el propietario es responsable frente a terceros de los actos u omisiones de los profesionales que ha contratado para la realización de las obras. Tan sólo se exonera de esta responsabilidad, si prueba que empleó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (párrafo último del artículo 1.903). El hecho de que este artículo establezca una serie de supuestos concretos de responsabilidad por hechos ajenos, no es un argumento en contra de la solución propuesta, porque el párrafo primero del artículo 1.903 establece una regla general, donde pueden incluirse supuestos como el planteado en la sentencia. La responsabilidad del propietario, en tal caso, es directa, si bien, según nuestro Tribunal Supremo, no excluye que el tercero pueda dirigirse contra la persona de quien debe responder éste. Conviene recalcar que nuestro Tribunal Supremo excluye todo intento de encajar el caso en el párrafo 4.^º del artículo 1.903. Trata de solucionar el problema en base al párrafo 1.^º de este artículo. Hay que tener en cuenta que en el caso planteado el propietario no es una empresario, y que la relación que lo vinculaba con el contratista no era de dependencia. Estos estaban vinculados por un contrato de obra, que, en sí mismo, no genera una relación de dependencia, debido a la autonomía que conserva el contratista en la ejecución de su prestación.

2) La tesis del Tribunal Supremo, en la sentencia anotada, es diferente de la defendida por nuestra doctrina científica (*cfr.*, DE ANGEL, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 61), con excepción de SANTOS BRIZ (*La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, p. 331). Además es absolutamente dominante en el Derecho francés, en relación con el artículo 1.384, y de tenor muy semejante al del artículo 1.903 (*cfr.*, CARBONNIER, *Droit Civil*, IV, París, 1976, p. 369; MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, II-1, *Obligations*, París, 1980, p. 474). Se afirma el carácter taxativo del artículo 1.903 del Código civil español, con argumentos muy convincentes: a) El artículo 1.903 constituye una excepción a la regla primordial del artículo 1.902, en virtud del cual sólo se responde de los hechos propios que hayan causado daños a otros mediando culpa o negligencia, por lo que no parece admisible su extensión a hechos diferentes de los mencionados en el mismo; b) No puede extenderse por analogía un precepto que impone responsabilidades; c) En el comercio al artículo 1.901 del Proyecto de 1851, que es el precedente inmediato del artículo 1.903, GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, IV, Madrid, 1852, p. 256) puntualiza que la ley presume que el hecho acaeció por culpa o negligencia de las personas enumeradas en este artículo.

En alguna sentencia nuestro Tribunal Supremo ha afirmado el carácter exhaustivo de los supuestos enumerados en el artículo 1.903. Destaca en este sentido la Sentencia de 30 de abril de 1969. Sin embargo, a partir de la Sentencia de 22 de febrero de 1976, nuestro Tribunal Supremo parece orientarse por la dirección contraria, como prueba la sentencia que anotamos.

3) Al entender, de acuerdo con los argumentos expuestos, que el artículo 1.903 establece una enumeración taxativa de los supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, no podemos aplicarlo para solucionar el problema, porque el caso planteado no encaja en ninguno de los supuestos mencionados en el citado precepto. Tampoco podemos aplicar el artículo 1.907, porque el caso planteado no es contemplado por el mismo. Pensamos, por tanto, que el propietario sólo responderá frente a los terceros perjudicados por los daños derivados de la obra de demolición encargada al contratista si se cumplen las condiciones del artículo 1.902. Esta solución se infiere de numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 22 de junio de 1974, 13 de marzo de 1976 y 26 de diciembre de 1978), que, en aplicación del artículo 1.902, condenan al propietario a indemnizar a los propietarios de los edificios colindantes y, en general, a los terceros por los daños que éstos sufren a consecuencia de las obras de demolición o excavación de terrenos. Esta solución es correcta. Si los daños que sufren los edificios colindantes no sólo se deben a la conducta negligente del arquitecto o del contratista que han realizado las obras de demolición o excavación, sino también a la propia negligencia del propietario comitente, éste responde igualmente frente a los terceros perjudicados. De igual manera, si el propietario comitente no incurre en responsabilidad ex artículo 1.902, los terceros perjudicados sólo tienen acción contra el arquitecto o el contratista que ha actuado negligentemente, en virtud de los artículos 1.902 y 1.909. En este sentido, el texto del artículo 1.909 es sumamente significativo: «Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal.» Su sentido, que se infiere claramente de su texto, es señalado con notable claridad por GARCÍA GOYENA (*Concordancias...*, IV, p. 257), al comentar el artículo 1.903 del Proyecto de 1851: «Nuestro artículo es en su segundo párrafo más justo y humano que el francés y demás extranjeros. ¿Por qué se ha de añadir más aflicción al afligido? ¿No basta que el propietario *inculpable* pierda su casa por la impericia del arquitecto? ¿No responde éste de la solidez de la obra durante diez años, según el artículo 1.532? Acuda el vecino dañado contra el solo culpable; si resultare insolvente, no perderá en ello menos el otro propietario: siempre he buscado, y siempre en vano, una razón, o socomor de ella, para excusar la dureza e inconsecuencia de los artículos franceses, 1.792 y 1.836.»

A. C. S.

4. Derechos reales

38. Accesión invertida. Se contrae al caso de construcción extralimitada. Por accesión invertida hemos de entender, conforme la ha configurado la doctrina de esta Sala, llenando un vacío legal al no poderse encuadrar en la accesión del artículo 361 del C. c., toda edificación en suelo que en parte pertenece al constructor y en parte al propietario del fundo colindante, determinando que lo principal sea lo edificado y lo accesorio la porción de terreno invadido, dando con ello lugar a que el suelo ceda al edificio y de ahí aquella denominación.

Edificaciones provisionales y esbozo de algún camino, realizados en su totalidad en el fundo ajeno.—En modo alguno pueden ser constitutivos de supuestos que encajen en lo que se entiende por accesión invertida.

Accesión normal. Opción que asiste al dueño del terreno al amparo del artículo 361 del C. c., y que se deja para ejecución de sentencia.—Dejando el fallo para ejecución de sentencia la opción que asiste a los actores establecida en el artículo 361 del C. c., «en cuyo periodo se harán, en su caso,

las declaraciones accidentales y complementarias que fueren precisas», no puede decirse que el juzgador incurra en interpretación errónea del mencionado artículo, por la simple reflexión del recurrente sobre la presunción de que ello dará lugar a nuevos litigios o estime problemática la forma de llevarse «los cientos de camiones de tierra acarreados a la finca». (Sentencia de 28 de abril de 1980; no ha lugar.)

39. *Propiedad horizontal: determinación de si un patio es elemento común o parte integrante de los pisos bajos.*—Ha de prosperar la inaplicación denunciada de los artículos 1.281, 1.285 y 1.286 Código civil, ya que de los términos claros de la escritura de constitución, de la interpretación sistemática, de sus cláusulas y de su sentido lógico, se desprende obligadamente que la reducida franja de terreno que a manera de pequeño patio se halla al fondo de la finca urbana constituye elemento común y no privativo de los titulares de la planta baja.

Interpretación de la escritura de constitución de la propiedad horizontal. Para que un elemento pueda ser considerado como anexo o accesorio de los pisos bajos sería menester que el título contuviese la indispensable referencia sobre ese extremo, según previene el artículo 5.^º de la Ley, pues todo lo que pertenece a la entidad registral y no figura singularmente atribuido a pisos o departamentos determinados, se entenderá integrado en los elementos comunes, solución acogida por alguna decisión de esta Sala (Sentencia 11 octubre 1967) y de la Dirección General de los Registros (Resolución 28 de febrero de 1968).

Principio de legitimación registral.—Se han violado también los artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, pues se ha desconocido la titularidad común de ese patio en contra de lo proclamado por el Registro de la Propiedad.

Utilización de la cosa común.—Según imponen los artículos 5.^º, párrafo 4.^º, y 11 de la Ley y el artículo 397 Código civil, la atribución del uso o aprovechamiento a uno solo de los condueños, excluyendo a los restantes, requiere el consentimiento de todos los propietarios, aparte de que entraña modificación del título constitutivo, necesitada de unanimidad con arreglo al artículo 16 de la Ley especial. (Sentencia de 3 de marzo de 1981; ha lugar.)

40. *Arrendamiento de local de negocio. Retracto. Interpretación extensiva.*—La doctrina contenida en Sentencias de 18 diciembre 1954, 26 marzo 1960 y 25 abril 1963, si ciertamente proclama la finalidad social de los derechos de tanteo y retracto concedidos por la legislación arrendaticia urbana e incluso propugna la procedencia de una interpretación extensiva en los casos dudosos, no admite —ni podría hacerlo— la viabilidad de esa preferencia adquisitiva cuando el local ocupado por el arrendatario no constituye una finca con real independencia, sino que es parte de un conjunto unitario.

Objeto del retracto de local de negocio. Agrupación de locales arrendados. «Fraus legis. Inexistencia de fraude en la venta de un edificio completo como finca única.—El derecho de adquisición preferente concedido al arrendatario de local de negocio, cuya finalidad estriba en facilitarle el acceso a la propiedad de la sede física de su establecimiento, evitando posibles

deshaucios y cumpliendo una función social de indudable relevancia, requiere como presupuesto básico que el objeto de la transmisión venga constituido por un local o espacio independiente, dotado de sustantividad, o de una finca en la que haya un solo arrendatario, pero no cabe su ampliación a casos distintos, según Sentencia de 27 junio 1969; la hipótesis de «agrupación» a que se refiere el artículo 47 LAU, previniendo confabulaciones impeditivas del retracto mediante la arbitraria suma o acumulación de locales arrendados, pretende atajar una actitud dolosa del arrendador tendente a burlar esa preferencia adquisitiva; pero según repetida doctrina jurisprudencial no cabe apreciar tal proceder reprobable cuando la enajenación abarca la totalidad de una finca que constituye una unidad patrimonial, aunque ocupada por varios arrendatarios, ya que sería conclusión absurda y, como tal, inadmisible entender que los pisos o locales han sido agrupados en tal supuesto a los solos fines del contrato, por lo cual, si se trata de la venta de un edificio completo, integrante de una sola unidad jurídica, con linderos para el conjunto e inscrito como finca única en el Registro de la Propiedad, está excluido el retracto, de no concurrir las notas definidoras de la situación contemplada en el artículo 47, párrafo 2º.

Improcedencia del retracto ejercitado por el arrendatario de uno de los módulos del complejo inmobiliario.—En el presente caso lo enajenado constituye una sola finca, con evidente unidad física y jurídica, a pesar de hallarse compuesta por cinco grandes cuerpos o naves; unidad material que es también la base de la inscripción practicada en un solo folio del Registro, y esta entidad objetiva registral única guarda la debida acomodación a la verdad extratabular como resulta de la prueba pericial practicada así como del informe municipal, según el cual la licencia de obras fue concedida para un conjunto unitario urbanístico indivisible; frente a ello el objeto del retracto no reúne las condiciones urbanísticas mínimas para constituir una parcela singular, aun admitiendo que goce de salida directa a la vía pública y carezca de acceso por los pasajes particulares, y tenga contratado suministro de gas y de agua prescindiendo de los servicios del conjunto inmobiliario, por todo lo cual no procede otorgar el retracto sobre uno de los módulos arrendados integrantes del complejo urbanístico unitario. (Sentencia de 5 de enero de 1981; no ha lugar.)

Sentencia llamada probablemente a tener gran resonancia por referirse a un supuesto de hecho que las leyes arrendatarias apenas pudieron contemplar, a saber, la construcción de grandes complejos comerciales divididos por módulos que se arriendan independientemente. No cabe una regla general, sino que los datos de hecho serán decisivos para la calificación jurídica del objeto de la locación y, eventualmente, del derecho real adquisitivo. No pocas veces la intención del constructor, o del promotor inmobiliario, es crear locales independientes a todos los efectos, constituyendo incluso el régimen de la propiedad horizontal. No ha sido así en el presente caso localizado en San Adrián de Besós (Barcelona), y las razones profusamente alegada por el T. S. son convincentes. Hay que partir que si bien la individualización de lo arrendado corresponde, en principio, a los contratantes, la ley se reserva imperativamente la facultad de determinar el objeto del derecho real de adquisición cuando del retracto urbano se trata. Tal individualización imperativa se sobrepone a los acuerdos *inter partes*. Para el retracto rústico la Sentencia de 7 noviembre 1980 adoptó solución distinta, dando preferencia a la individualización arrendaticia.

G. G. C.

6. Derecho de sucesiones

41. *Testamento ológrafo. Error de hecho en la apreciación de la prueba.*
Defecto del recurso.—La crítica de la apreciación de la prueba hecha por el juzgador de instancia debiera haberse encaminado por la vía del número 7.^º del artículo 1.692 Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto que la vía elegida ha sido la del número 1.^º de dicho artículo 1.692.

Documento auténtico. Defecto del recurso.—El recurrente no indica con la exigible precisión que ordena el artículo 1.720 Ley Enjuiciamiento Civil cuál sea el documento o documentos privados a los que el juzgador niega la eficacia que el artículo 1.225 Código civil otorga.

Valor del testamento ológrafo como documento.—Si el recurrente está denunciando la infravaloración del testamento como documento público o privado, hay que recordar que tal escrito no opera en el juicio sólo como medio de prueba, sino como título y fundamento de la «causa petendi» y, consiguientemente, darle o no valor de autenticidad no vendrá determinado por el artículo 1.225 Código civil, sino por la concurrencia de los presupuestos señalados en los artículos 688 y siguientes y, naturalmente, por las normas generales de los testamentos previstas en los artículos 662 y siguientes del Código civil.

Prueba pericial.—El artículo 1.242 Código civil no contiene norma valorativa de la prueba, sino que es norma genérica relativa a la utilización de la prueba pericial, aparte de que, conforme al artículo 632 Ley Enjuiciamiento civil, la calificación y apreciación de la pericia es prerrogativa discrecional del juzgador.

Inautenticidad del documento. Prueba de presunciones.—La Sala de Instancia no funda su fallo sólo en la prueba pericial, sino en otros datos y poderosos indicios, no atacados en el recurso, como la fecha del testamento; la promoción por los herederos legítimos de expediente de declaración de herederos abintestato; la falta de protesta por la viuda y su sobrino —instituido en ese testamento— a la apertura de la sucesión intestada; la diligencia de inventario en el juicio de testamentaría a la que concurrieron ambos sin protesta alguna, y la aceptación por la viuda, asesorada por el sobrino, de la administración de los bienes hereditarios.

Capacidad del testador.—Ante la terminante conclusión de que no existe testamento, huelga consideración alguna sobre la capacidad testamentaria que, de otro lado, la Sala de Instancia hace «ex abundatia» y ante la hipótesis de la autenticidad que niega en principio. (Sentencia de 14 de febrero de 1981; no ha lugar.)

42. *Desheredación y anticipo de legítima.*—La desheredación tiene lugar cuando por disposición testamentaria se priva a un heredero forzoso del derecho a la legítima, la cual no aparece en la cláusula del testamento que afirma que «nada deja a su hijo T. por haberle dado ya la testadora mucho más de lo que por legítima acreditaría».

Complemento de legítima.—No existiendo desheredación ni preterición, y estando probado que el demandado recibió en vida por donación bienes de su madre, que han de imputarse a su legítima (artículo 819 Código civil), y que éstos fueron de cuantía inferior a lo que por tal concepto le correspondía, el único derecho que le queda es el de reclamar que se complete su legítima al amparo del artículo 815 Código civil, pero no a que se le considere desheredado ni preterido. (Sentencia de 20 de febrero de 1981; no ha lugar.)

43. *Capitulaciones matrimoniales en Cataluña. Interpretaciones.*—Ha quedado establecido que en la escritura se hacen dos clases de donaciones perfectamente diferenciadas: por un lado, una donación «mortis causa», referida a los bienes dejados por los donantes al tiempo de su fallecimiento, con la limitación para el denotario que, de momento, sólo se le transmite la nuda propiedad mientras viva uno de los donantes; por otro lado, una donación «inter vivos» que surte sus efectos desde la fecha del otorgamiento, aunque en el presente caso con la reserva de usufructo en favor de los donantes.

Efectos de la donación «mortis causa».—Ni en las capitulaciones se estipuló, ni la Compilación de Cataluña sanciona al donante, que ha hecho donación «mortis causa» de sus bienes, con la privación del derecho de libre disposición, bien a título gratuito entre vivos o ya a título oneroso, de los bienes integrantes de su patrimonio.

Incongruencia.—Las sentencias que absuelven sobre todas las cuestiones propuestas y debatidas no pueden ser tildadas de incongruentes, según reiterada doctrina de esta Sala, ya haya precedido al fallo el examen jurídico de todas las pretensiones formuladas, si son independientes entre sí, ya haya precedido solamente el examen de la cuestión principal, si las demás están ligadas a ella por vínculos de dependencia, como ocurre precisamente en este caso.

Facultades del heredante como usufructuario universal.—La inaplicación que se denuncia del artículo 65 de la Compilación, por estimarse que el heredante se excedió de las facultades que le concede este artículo al donar una finca a otra hija distinta del heredatario, no puede prosperar porque se trata de una cuestión nueva no debatida en la instancia, porque con ello el heredante, que tenía plena disposición de la finca, hizo uso de la facultad contenida en las capitulaciones de aumentar la dote de la hija dentro de los límites pactados y porque no rebasa lo donado, habida cuenta del valor del patrimonio, la legítima que a la hija corresponde según la Compilación catalana. (Sentencia de 4 de marzo de 1981; no ha lugar.)

44. *Adición de herencia.*—El artículo 1.079 Código civil sólo posibilita completar o adicionar la herencia con los bienes omitidos que sean del causante, pero no con los que mucho antes de morir no le pertenecían por haber vendido las parcelas disputadas a personas distintas, algunas ni siquiera oídas en este pleito, lo que ha de impedir que estas parcelas se las repartan ahora los cuatro hijos y herederos de la causante.

Usucapión. Posesión en concepto de dueño.—Con arreglo a los artículos 1.941 y 447 Código civil, lo mismo que en Cataluña por el artículo 42 de su Compilación, la posesión base para la usucapión ha de ser precisamente en concepto de dueño, lo que niega la sentencia recurrida y no ha sido desvirtuado por la vía adecuada.

Gestión de negocios ajenos.—La obligación de indemnizar al gestor los gastos necesarios y útiles por aplicación del artículo 1.893 Código civil, lo único que podría imponer en el presente caso es que el constructor del muro, que separa la finca que se atribuye por partes iguales a los hijos y herederos de la causante, reclamase de éstos el importe de su costo en cuanto signifique ventajas aceptadas por ellos, pero no puede impedir el reconocimiento a los herederos del contravalor en metálico de la porción de solar vendida por la causante.

Imprescriptibilidad de la acción de nulidad absoluta.—El plazo de cuatro años del artículo 1.301 Código civil se refiere a contratos existentes, pero anulables, y no a los que sean nulos de pleno derecho, por atribuirse aquí el vendedor el carácter de propietario que no tenía, en ortodoxa aplicación del principio «nemo dat quod non habet», de modo que «quod ab initio vitiosum est non potest tractu tempore convalescere». (Sentencia de 20 de noviembre de 1980; no ha lugar.)

45. *Partición hereditaria. Principio de conservación.*—Es básico postulado el *favor partitionis* o principio de conservación de la partición, evitando en cuanto sea posible que ésta se anule o rescinda, según tiene declarado la jurisprudencia (Sentencias de 30 de abril de 1958, 13 de octubre de 1960 y 25 de febrero de 1969, entre otras), ajustándose a las disposiciones del Código civil (artículos 815, 1.056, 1.074 y 1.077) y a las enseñanzas de la doctrina tradicional, criterio que aparece ya plasmado en el artículo 926 del Proyecto de 1851.

Régimen aplicable a la nulidad de la partición. Supuestos de nulidad.—Carente el C. c. de una regulación sobre nulidad de la partición, fuera del precepto singular del artículo 1.081, habrá que entender aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios inter vivos y principalmente de los inter vivos contractuales, teniendo muy presente que sólo se originará esa nulidad si existe carencia o vicio sustancial de los requisitos esenciales del acto (Sentencias de 17 de abril de 1943, 13 de octubre de 1960, 25 de febrero de 1966 y 7 de enero de 1975), como acontece a juicio de la doctrina científica, entre otros supuestos, cuando falta algún elemento esencial o presupuesto del negocio (certeza de la muerte del causante, validez y vigencia del testamento), o si la partición ha sido hecha contra lo preceptuado en la ley (partición realizada por causante no testador en contra del artículo 1.056, comisario coheredero vulnerando la prohibición del artículo 1.057, etc.), y por su parte la jurisprudencia ha calificado como casos de nulidad, amén del contemplado por el artículo 1.081, la falta de consentimiento de la persona designada para practicar la división (Sentencias de 8 de marzo de 1956, 13 de octubre de 1960), la inclusión en la masa partible de bienes no pertenecientes al causante (30 de enero de 1951), como acontecerá si se extiende a los gananciales y parafernales teniéndolos como pri-

vativos del *de cuius* (15 de mayo de 1974), la ilicitud de causa por deliberada ocultación de componentes del caudal (22 de junio de 1948, 25 de febrero de 1966), la invalidez del testamento (11 de marzo de 1952), el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes (26 de noviembre de 1974), o al haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles objeto de donación (7 de enero de 1975), el haber liquidado el comisario la sociedad de gananciales sin intervención del cónyuge superértite o de los herederos del premuerto (20 de febrero de 1952), así como la infracción de prescripciones legales imperativas, cual es la necesidad de nombrar defensor judicial al menor con intereses opuestos al de su padre o madre (14 de diciembre de 1957 y 28 de mayo de 1974).

Partición con lesión de derechos legitimarios. Rescisión, en lugar de nulidad, y aunque el perjuicio sea inferior a la cuarta parte.—Teniendo presente la línea directriz que procura evitar la nulidad de las particiones cuando se trata de lesión subsanable mediante la pertinente y justa rectificación (Sentencia de 30 de abril de 1958), o procediendo a la indemnización del perjuicio, es obligado concluir que el agravio al contenido económico de la legítima deberá ser combatido como inefficacia por razón de su rescindibilidad, procediendo la rescisión, aunque la lesión de la legítima no exceda de la cuarta parte, en atención al respeto que en todo caso merece esa cuota como institución que es de derecho necesario y por tanto de rigurosa inviolabilidad (artículos 813, 815, 816 y 1.056, 1.^o, del C. c.) y a la obvia consideración de que el Comisario viene facultado por el causante para dividir los bienes de la herencia, pero en modo alguno para alterar los actos dispositivos contenidos en el testamento. (Sentencia de 31 de mayo de 1980; no ha lugar.)

NOTA.—Merece ser destacada la riqueza doctrinal de las Sentencias en que —como aquí— es ponente el excelentísimo señor don Jaime Castro García. La plausible generosidad en la motivación permite, comprensiblemente, que fluyan a veces declaraciones *obiter*, cual sucede en esta sentencia con el interesante elenco de casos de nulidad, y con la afirmación final sobre la medida del perjuicio (que en el caso de la litis resultaba evidentemente superior al cuarto, siendo de 150.000 pesetas el valor de los bienes adjudicados, frente a 274.884 pesetas de la porción a cubrir).

J. C. P.

II. DERECHO MERCANTIL

46. *Error de derecho en la valoración de la prueba.*—Para que pueda prosperar este motivo de casación es requisito indispensable citar el precepto sobre apreciación de la prueba infringido, según es doctrina reiterada del T. S. en aplicación del artículo 1.720 de la LEC.

Recurso de casación.—El recurso de casación procede contra el fallo y no contra los considerandos en la sentencia impugnada, ni contra los que ésta admitió de la sentencia recaída en primera instancia. Por ende, en los casos en que el fallo recurrido sea absolutorio en la instancia, no es admisible basar el recurso en cuestiones de fondo, que resulten haber sido intranscendentales en el fallo.

Capacidad procesal de sociedad anónima no inscrita en el Registro Mercantil.—La falta de inscripción de una sociedad anónima —sin perjuicio ello de que vincule a los socios y sea válida ante ellos—, implica, conforme al artículo 6 de la Ley de S. A., la inexistencia de la sociedad frente a terceros y, por tanto, ante éstos carecerá de nacionalidad, domicilio y no puede demandar ni ser demandada en juicio. (Sentencia de 9 de marzo de 1981; no ha lugar.)

47. *Principio de congruencia de la sentencia y la pretensión.*—El principio de congruencia, al prohibir cualquier resolución *extra petita*, no impone al Juez más deber que el de una racional adecuación del *dictum* a las peticiones hechas por las partes y a los hechos en que se basan. Por ello —prestando el debido respecto al componente jurídico de la acción y a los sucesos narrados por los contendientes—, queda permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda más apropiada, incluso aplicando normas no invocadas por los litigantes conforme al principio *iura novit curia* que consagra la libertad en las motivaciones jurídicas. Ello, por supuesto, mientras que el cambio de la fundamentación no signifique una paralela transformación de la pretensión.

Sociedad anónima irregular.—Teniendo la inscripción registral carácter constitutivo de la sociedad anónima, la falta de la misma determinará que el ente no exista como tal y que no se produzcan relaciones vinculantes en los contratos que a su nombre se hubiesen celebrado, cuya validez quedó subordinada —ex artículo 6 de la Ley de 1951— a la aceptación por parte de la sociedad de lo pactado en el plazo de los tres meses siguientes a su inscripción. Mas esta *imposibilidad legal* de hablar de una «sociedad anónima irregular» no significa (ni de lejos) que la falta de inscripción conlleve la nulidad de la escritura que contiene el negocio plurilateral, aunque mientras el ente se encuentra en esa situación interina —sin perjuicio de que se produzcan algunos efectos—, lo que sí es cierto es que el «complejo jurídico obligacional *inter partes*» no puede ser calificado propiamente de social, en el sentido de afirmar la existencia de una «sociedad anónima imperfecta».

Conversión de sociedad anónima no inscrita en sociedad civil.—En el curso de su fundación, la sociedad anónima en constitución no puede convertirse en sociedad civil con personalidad propia; ante la falta de inscripción registral, no puede brotar una figura societaria regular o irregular de otra clase distinta a la sociedad por acciones, pues ello pugnaría directamente con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas. (Sentencia de 6 de marzo de 1981; no ha lugar.)

48. *Libre revocabilidad de los administradores de la S. A.*—El artículo 75 de la Ley de Sociedades Anónimas —estima el T. S.— confiere a la Junta General («sin ninguna limitación») la facultad discrecional de separar a los administradores; el precepto, pues, sanciona la plena libertad de revocar de la Junta, que podrá hacerlo «aún sin motivo alguno». (Sentencia de 18 de marzo de 1981; ha lugar.)

NOTA.—Sin perjuicio de la coherencia de la referida doctrina del T. S. con la solución razonable del caso concreto con que se enfrentaba, me parece

necesario matizar algunas de las afirmaciones vertidas, pues es evidente que una admisión generalizada, absoluta e incontrastada de las mismas podría en ocasiones conducir a ciertos excesos. La doctrina que sienta en esta resolución el T. S. —coincidente por lo demás con toda la jurisprudencia anterior en materia (v., entre otras, las Sentencias de 3 de mayo de 1956, 20 de noviembre de 1967, 30 de abril de 1971, etc.)— supone, en síntesis, la negación, (I) de la necesidad de motivar la revocación; (II) del deber de respetar el tiempo por el que el administrador hubiera sido nombrado, y (III) del deber de indemnizar y otorgar acción de reclamación de daños y perjuicios al revocado (cfr. MAZA-DOMINGO, en *Rev. Jur. Cat.*, 1976, p. 718). Por otra parte, esta doctrina se ajusta a unos presupuestos que van quedando —dogmáticamente y de *iure condendo*, que no legislativamente— obsoletos; pues remite a la teoría del *mandato* para calificar la relación jurídica que media entre administrador y sociedad. Hoy parece ser doctrina dominante aquella que postula un nexo *orgánico* entre ambos; y para ella, el administrador sólo debería ser revocado por motivos justos y bajo el control de la justicia. En cualquier caso el artículo 75 está ahí y su tenor literal —coincidente con la doctrina del Supremo— no puede ser superado. El sistema jurídico, sin embargo, no carece de mecanismos de control que puedan atender el impacto del precepto. En este sentido me parece que en cualquier caso el ejercicio del derecho de revocación que asiste a la Junta podrá —y deberá— ser supeditado a las exigencias de la *buena fe* (art. 7.1 del C. c.). Lo cual se concretaría —como ha puesto de manifiesto la doctrina alemana en materia de rescisión de contratos de duración indefinidos (*revocables ad nutum*)— en la necesidad de justificar su carácter no arbitrario (*willkürlich*). En otros casos podrá utilizarse el expediente del *abuso del derecho* (núm. 2 del mismo precepto del C. c.); así, por ejemplo, cuando exista una clara intención de perjudicar. Y muy concretamente en los supuestos de separación de administradores elegidos por las minorías (de acuerdo con la facultad que concede el artículo 71 de la Ley de S. A.) y habida cuenta de la necesidad de armonizar la *ratio* de ambas disposiciones —protección de las minorías en el artículo 71 y soberanía de la mayoría en el artículo 75—, en esos casos, entiendo —como, por lo demás, ya ha puesto de manifiesto autorizada doctrina— que debe concurrir *justa causa* para la destitución; de no mediar ésta, el acuerdo relativo debería reputarse nulo —pudiendo acaso basarse la pretensión de invalidez en el apartado 4º del artículo 6 del C. c. (fraude de ley), a través, por supuesto, del artículo 67 de la Ley de 1951.

C. P. A.

49. Error de hecho en la apreciación de la prueba.—La certificación del Registro Mercantil invocada no tiene la condición de documento auténtico a efectos de casación, ya que fue tenida en cuenta y examinada por la Sala.

Servidumbre de paso pactada por el Administrador y no ratificada por la Sociedad Anónima después de su inscripción en el Registro Mercantil.—No ha existido violación del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque una cosa es la simple aprobación de la gestión del Administrador y otra muy distinta la ratificación del consentimiento otorgado para la celebración de un contrato suscrito meses antes de la inscripción registral.

Nulidad absoluta. Plazo de impugnación.—La falta de consentimiento origina una nulidad absoluta a la que no es aplicable el artículo 1.301 Código civil. (Sentencia de 6 de marzo de 1981; no ha lugar.)

50. «Interpretación errónea de Orden Ministerial».—Alegar como motivo de casación la *interpretación errónea de las Ordenes Ministeriales* de 29 de noviembre de 1944 y de 31 de agosto de 1960, de tan genérico modo, sin ulterior especificación de concretos preceptos infringidos es causa de inad-

misión del motivo por falta de precisión, conforme a lo que prescribe el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Interpretación de póliza de seguro.—La sentencia recurrida infringe el artículo 1.281 C. c. —que, como se sabe, impone en materia de interpretación estar al tenor literal del contrato—, al entender que la póliza de un seguro de responsabilidad civil de «las personas transportadas» no cubre a los «familiares», deduciéndose esta exclusión del *condicionado general* de la misma póliza. La tesis de la Audiencia Territorial parece inadmisible al Tribunal Supremo a la vista de la clara literalidad del contrato, que en su *condicionado particular*, bajo la rúbrica de «garantías a cubrir» declara que están «incluidas» las *personas transportadas*. Una dicción literal, cuyo sentido gramatical y lógico se aviene mal con la salvedad que, respecto de los «familiares», *igualmente transportados*, establece la sentencia recurrida. La interpretación de la Audiencia, por tanto —por pugnar con los términos literales del contrato— se reputa contraria al mandato del artículo 1.281 ya aludido y, en el caso más desfavorable, al 1.288 del C. c., a cuyo tenor «(L)a interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad». (Sentencia de 1 de abril de 1981; ha lugar.)

51. *Ejercicio de acción cambiaria en vía ordinaria.*—Frente a la argumentación del recurrente («excepción de ilegitimación activa» o carencia de acción, por deducirse la acción cambiaria en un juicio declarativo), el Tribunal Supremo declara: «Superada la antigua confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa», se hace necesario admitir que si acción cambiaria es la que ejerce el acreedor de una letra acudiendo a la vía ejecutiva, igualmente lo ha de ser cuando se acude al juicio declarativo correspondiente. (Sentencia de 9 de febrero de 1981; no ha lugar.)

NOTA.—Esta sentencia no introduce ninguna variación de interés en la jurisprudencia del T. S. sobre la materia (v. las Sentencias de 9 de febrero de 1948, 17 de octubre de 1955, 26 de octubre de 1961, 4 de abril de 1973, etcétera) únicamente viene a reafirmar la posibilidad de deducir en juicio declarativo ordinario una acción cambiaria. Es cierto, por otra parte, que este tema de la admisibilidad de la susodicha acción ordinaria no plantea, a nivel doctrinal y hoy por hoy, ninguna duda; la discusión únicamente afecta a los *presupuestos materiales* de la misma (v. OLIVENCIA, *La acción cambiaria declarativa en el Derecho español*, en *Estudios en homenaje a Garrigues*, vol. I, Madrid, 1971, pp. 271 y ss., y GARRIGUES, *Acción ejecutiva y acción ordinaria en la letra de cambio*, en *Estudios en homenaje a Gómez Orbaneja*, Madrid, 1977, pp. 243 y ss.). El «problema» sobre el que la sentencia viene a pronunciarse tiene su origen en una lectura incorrecta del artículo 521 del C. de c., a cuyo tenor «(L)a acción que nace de la letra de cambio (...) será ejecutiva...». Mas de él no puede ir más inferirse una identificación entre acción cambiaria y acción ejecutiva, ni tampoco una contraposición entre acción cambiaria y acción ordinaria. *Toda acción fundada en una letra de cambio es una acción ordinaria. Toda acción fundada en una letra de cambio es una acción cambiaria, sea o no, además, una acción ejecutiva* (GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, vol. II, Madrid, 1955, p. 553). Es evidente, por lo demás, que normalmente se deducirá la pretensión en vía ejecutiva, debido a la rapidez y eficacia que son carac-

terísticas a este procedimiento. En ocasiones, sin embargo, se podrá acudir al procedimiento declarativo ordinario (para lograr, por ejemplo, una sentencia que produzca excepción de cosa juzgada y que precluya la eventualidad de ulteriores pleitos sobre la validez de la obligación, que podrían incoarse después del juicio ejecutivo (cfr. art. 1.479 LEC); o se *deberá* necesariamente interponer la acción ordinaria (por ejemplo, en los supuestos en que el importe de la cambial no alcance la cuantía mínima exigida por el artículo 1.435 de la LEC; o cuando se haya extendido el documento en efecto timbrado de cuantía inferior a la que le corresponde, pues entonces quedará privado de eficacia ejecutiva, por prescripción del artículo 37 del texto refundido de la Ley de Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Real Decreto legislativo de 30 de diciembre de 1980, «BOE» de 3 de febrero de 1981 (cfr. MARTÍNEZ LAFUENTE, *Manual del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Madrid, 1977, p. 235); o en aquellos otros casos en que la vía ejecutiva queda cerrada por no haberse obtenido el reconocimiento judicial de la firma del obligado cambiario en regreso —como es el caso de la sentencia—. (Sobre estos aspectos, la doctrina se muestra unánime: cfr. GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 552-555; RUBIO, *Derecho cambiario*, Madrid, 1973, p. 173; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1976, p. 766; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1973, p. 340; BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1971, pp. 542-543, etc.).

C. P. A.

52. *Suspensión de pagos. Expedición de facturas por la entidad suspensa con posterioridad a la providencia que decretó la intervención de sus operaciones.*—La providencia que tuvo por solicitada la suspensión de pagos y nombró interventores al suspenso no produce la ineficacia de facturas que éste expida con relación a suministros precedentes realizados a terceros y pendientes de abono, dado que tal facultad no le viene vedada por las normas de la suspensión de pagos, y concretamente las específicamente previstas en el artículo 6.^º de la Ley de 26 de julio de 1922 en lo aplicable a la materia, habida cuenta de que lo que veda tal precepto es simplemente la posibilidad de verificar cobros, cualquiera que fuese su cuantía y procedencia, sin el concurso de los interventores, pero no el formular reclamaciones extrajudiciales o judiciales, por parte del suspenso, como en el presente caso ocurre, encaminados al reconocimiento de un crédito que estima preexistente a su favor; además de que la realización de actos por el suspenso sin el concurso o acuerdo de los interventores lo único que determinaría sería la posibilidad de que éstos o en su caso los acreedores ejercitasen las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si les resultasen perjudiciales, con base en el párrafo penúltimo del mencionado artículo 6.^º

Actos propios. Reconocimiento de un crédito que no excluye la existencia de otro.—Si el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos exige, como esencial presupuesto para su aplicación, que se trate de actos que definan inalterablemente una determinada situación con proyección definitiva indubitable en su alcance y efectos, tal requisito no se da en el supuesto examinado, porque el hecho de que se aprecie un determinado crédito (mediante carta dirigida por los interventores al deudor, en cantidad coincidente con la que aparece en la relación de clientes y deudores del suspenso), no excluye que exista otro, cual el objeto de la litis, susceptible también de ser reconocido.

Casación. Cuestión nueva.—No pueden debatirse en casación las cuestiones que no fueron oportunamente planteadas en el pleito.

Error de hecho. Documento auténtico.—Carecen de autenticidad las actuaciones judiciales en general (Sentencias de 7 y 21 de octubre de 1915). (Sentencia de 22 de abril de 1980; no ha lugar.)

III. DERECHO PROCESAL

53. *Honorarios de Letrado. Partida indebida: photocopias.*—Es partida indebida la de suplidos por cualquiera clase de copias, pues lo comprensible en la minuta de honorarios es simplemente el abono del trabajo intelectual, y su desarrollo, realizado por el Letrado, pero no los trabajos materiales, que si aquél los ha asumido personalmente, ya quedan insertos en su reclamación genérica de honorarios profesionales. (Sentencia de 28 de mayo de 1980.)

54. *Honorarios de Letrado. Exigencia de minuta detallada.*—La exigencia del artículo 423, párrafo segundo, de la LEC, significa, según constante y uniforme jurisprudencia (Sentencias de 21 de octubre de 1977, 17 de marzo de 1976 y 11 de junio de 1974, entre otras), que deberá expresar por separado y detalladamente cada uno de los conceptos objeto de minutación, circunstancia que no concurre en el caso en que, bajo la rúbrica «estudio de antecedentes, diligencias varias realizadas, preparación para la vista, asistencia a la misma e informe», se señala un importe total y conjunto de 42.000 pesetas, estimación global de trabajos profesionales de distinta índole que imposibilita, en su caso, a los Tribunales detraer las cantidades que correspondan a las partidas que estimen de improcedente abono. (Sentencia de 30 de junio de 1980.)

55. *Condena en costas. No por tener beneficio de pobreza se exime de ellas una Caja de Ahorros.*—Si bien las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad gozan del beneficio de pobreza por declaración legal a tenor de lo establecido en el artículo 17 de la Ley de 20 de junio de 1849, en el 6.^º de la Instrucción de 27 de abril de 1875 y en el 9.^º del Real Decreto de 14 de enero de 1899, tal circunstancia no le releva de la obligación de pagar las costas cuando recaiga la correspondiente condena, como proclama el artículo 36 de la LEC, sin perjuicio de las especialidades que puedan darse en cada caso en punto a la exacción.

Honorarios de Letrado. Impugnación de minuta. Incluso indebida de los causados en el trámite de admisión del recurso de casación.—Ha de tenerse por indebida la inclusión de la partida que atañe a la instrucción, preparación y asistencia a la vista en las actuaciones sobre admisión del recurso, que presentan régimen específico en cuanto a las costas, según se desprende de la declaración primera del artículo 1.728 de la LEC. (Sentencia de 21 de mayo de 1980.)

56. *Atribución de la condición de profesional.*—Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala, la titularidad fiscal no concede por sí sólo la condición

de profesional, ni tampoco la propiedad de una empresa, ni la niega a quien realmente la ejerce con respecto a una determinada persona.

Informes periciales emitidos en la sustanciación del pleito.—No tienen el carácter de documento auténtico para fundamentar un recurso de casación, debido a que por sí mismos son inidóneos, a fin de demostrar una realidad contraria a la afirmada por la Sala sentenciadora de instancia, dado que dicho medio probatorio está sometido a su discrecional apreciación, ya que si bien es cierto que los Jueces y Tribunales habrán de atenerse, al hacerlo, a las reglas de la sana crítica, no lo es menos que las mencionadas reglas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación. (Sentencia de 25 de octubre de 1980; no ha lugar.)

57. Documentos auténticos.—Tales comunicaciones epistolares, ya ponderadas por los organismos jurisdiccionales de una y otra instancia, carecen del valor intrínseco y de la significación de autenticidad para mostrar el desacuerdo que se reprocha al juicio lógico del Tribunal «a quo».

Obligación contraída por escrito.—Para la eficacia de una obligación contraída por escrito es esencial la firma de la persona obligada o de otra en su nombre. (Sentencia de 2 de octubre de 1980; ha lugar.)

58. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Documento auténtico.—Según reiterada doctrina de esta Sala, la facultad impugnatoria de las afirmaciones de hecho llevabas a cabo en la instancia puede ser alterada, al amparo del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando tales afirmaciones se hagan como resultado de la apreciación de la prueba, que tengan influencia notoria en el fallo del pleito, de modo que sin ellas habrían de quedar sin efecto o resultarían alterados, que se acredeite el error denunciado por acto o documento auténtico, entendiéndose por este último aquél, legítimamente adverado, que se autorice por quien corresponda y sea apto para acreditar, por sí mismo, el hecho de que se trate, sin pretensión de acudir a ninguna operación complementaria, es decir, sin tener que acudir a deducciones o interpretaciones más o menos lógicas, originando aseveraciones ciertas y consentidas por quienes los autorizaron que sean absolutamente contrarias a las que haya apreciado la Sala sentenciadora de instancia. (Sentencia de 27 de noviembre de 1980; ha lugar.)

59. Embargo de muebles anteriormente hipotecados. Utilaje incorporado a instalación industrial. Nulidad de actuaciones.—La doctrina establecida en Sentencias de 10 abril 1901, 1º julio 1904, 8 marzo 1929, 30 abril 1930 y 22 diciembre 1967, apreciada no en la singularidad de los casos a que afecta, sino en la orientación unitaria a que conduce, claramente pone de manifiesto la procedencia de declarar la nulidad de actuaciones de un procedimiento judicial —en este caso el ejecutivo—, en un juicio declarativo posterior —el de mayor cuantía del que dimana este recurso—, instado por quien no fue parte en aquél, en cuanto se dan los requisitos siguientes:
1º Lesión o perjuicio derivado de un resultado desfavorable a quien soli-

cita la nulidad. 2.º Perjuicio injusto derivado al ser embargados como muebles bienes anteriormente considerados como inmuebles a efectos hipotecarios, y 3.º Medio necesario para asegurar la integridad de los derechos lesionados del tercero, pues en otro caso se produciría un irreparable perjuicio para el actor con la posible venta a terceros de tales muebles en concepto de libres de cargas, en condiciones aptas para el adquirente de invocar el art. 464 C. c.

Oposición de tercero a las consecuencias perjudiciales de un proceso en el que no fue parte.—Es necesario arbitrar el adecuado marco procesal para que un tercero que no fue parte en determinado proceso, pueda actuar en defensa de los atentados que a su derecho pudieran derivarse, dando vida a lo que ya existe en el art. 404 del Código italiano de Procedimiento civil, y de lo que hay manifestaciones en el art. 132 pár. 10, L. H., que permite a terceros interesados plantear en juicio declarativo la nulidad del título o de las actuaciones de un procedimiento judicial sumario, y en igual sentido se manifiestan los arts. 85-7.º y 93-7.º de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

Principio general de derecho «nadie puede ser privado de sus derechos sin audiencia ni defensa».—Este principio se recoge, entre otras, en Sentencias de 6 julio 1893, 15 enero 1912, 12 noviembre 1958, 18 febrero 1960 y 16 abril 1973, y actualmente tiene raíz constitucional en el art. 24.1 de la vigente Constitución, y ha sido conculado en el presente caso, porque: 1.º El actor no pudo defenderse objetando el embargo anterior por impedirlo el art. 743 LEC. 2.º Al no ser parte en el juicio ejecutivo no pudo utilizar los recursos. 3.º No pudo utilizarse la tercería de mejor derecho.

Inmuebles por incorporación. Utillaje incorporado a industria hipotecado por pacto.—No pueden ser objeto jurídicamente de apremio y venta separada como muebles y libres de gravámenes las máquinas destinadas por su propietario a la explotación industrial que en la finca se realizaba, sirviendo directamente a las necesidades de la explotación, que adquirieron la consideración de inmuebles por destino, y que anteriormente habían sido hipotecados figurando tal cualidad en el Registro de la Propiedad. (Sentencia de 4 de diciembre de 1980; ha lugar.)

Sentencia plenamente de aprobar y que resuelve el problema procesal de la doble cualidad con que un determinado bien mueble puede funcionar en el tráfico, ya como tal, ya como pertenencia de un inmueble, dando origen a acciones y procesos de distinta naturaleza. Únicamente se suscita la cuestión del significado que debe atribuirse a la fórmula utilizada por la sentencia para referirse a la doctrina legal sobre nulidad de actuaciones. ¿Habrá que entender que se trata de un nuevo concepto de esta última, más amplio y menos exigente que el actual —no se trataría de «identidad de resolución», sino de una «orientación unitaria»? Es aventurado pronunciarse por la afirmativa antes de comprobar si se reitera en la propia jurisprudencia.

G. G. C.

**Suscripción anual: España, 3.600 pesetas
Extranjero, 4.200 pesetas**
**Número suelto: España, 1.200 pesetas
Extranjero, 1.500 pesetas**