

son objeto de estudio detallado asimismo, y la brevedad de estas notas, impide entrar en un estudio acabado del trabajo.

Dentro del análisis de la consecuencia jurídica, plantea el problema de si el donatario adquiere los bienes desde el momento de la donación o los adquiere por primera vez cuando el donante muere sin haber hecho uso de la facultad de disposición.

En la segunda parte, perfectamente ensamblada con los antecedentes expositivos, pone de relieve, y esta es la tesis del autor, que el donatario sólo adquiere los bienes afectados por la reserva de la disposición, cuando su ejercicio haya dejado de ser posible, es decir, la muerte del donante, que justifica ampliamente, afirmando que es una donación de objeto temporalmente indeterminado, donación de residuo por tanto, y con suspensión no condicional de efectos por tratarse de un coelemento necesario y no accidental.

En aplicación de su tesis, con amplias disposiciones doctrinales concluye que en el primero de los momentos citados quien tiene la facultad de disponer tiene el dominio o al menos algo tan sustancial de ese dominio que impide calificar de dueño a cualquier otro titular.

En la segunda fase distingue dos efectos: el directo, del ejercicio por el donante de su poder dispositivo que consuma la adquisición por parte de la persona a cuyo favor se realiza el acto, y el indirecto, conformado por la extracción o exposición de los bienes objeto eventual de la donación. Y respecto de la tercera fase indicada afirma que es cuando queda definitivamente fijado el residuo o resto de los bienes respecto de los cuales se producen los efectos dispositivos y tradictorios de la donación. Estudia por último muy minuciosamente el supuesto de la muerte del donatario con anterioridad al instante de la fijación del resto, admitiendo que los herederos suyos se colocan y subingresan en la misma posición jurídica de titular de la expectativa y asimismo destinatarios de los efectos jurídicos en suspenso, y que ello no constituye en todo caso una donación *mortis causa*.

JESÚS CARNICERO Y ESPINO  
Magistrado

**LARENZ, Karl:** «Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts». C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1967. XIX, 602 págs.

La introducción ofrece unas nociones generales sobre el BGB. Las fuentes del Derecho privado son dos, con igual valor: la Ley y la Costumbre; ésta, basada en el convencimiento jurídico de la comunidad. Se señala el estilo abstracto-general del BGB, guiado por la desconfianza ante el juez y el afán de seguridad jurídica. De acuerdo con este rigor conceptual, el lenguaje del BGB es excesivamente técnico y carente de vida. Hoy predomina un método de interpretación basado en las valoraciones que son fundamento de la Ley («Wertungsjurisprudenz»). En esta dirección existe el peligro de caer en valoraciones subjetivas e incontrolables si aquéllas no se acompañan con una

sólida metodología. Fuente importante de interpretación y desarrollo del Derecho civil es la Ley Fundamental. Esto no ha de entenderse como la posibilidad de deducir directamente el Derecho privado de las normas constitucionales, ni como una eficacia directa de las mismas sobre el tráfico privado. La Ley Fundamental presupone la existencia del ordenamiento privado e incide sobre el mismo, pero también viene concretada por él.

La dimensión histórica del Derecho privado no agota su contenido. La existencia de una dimensión ideal del Derecho es la que permite que éste salga del ámbito de la casualidad histórica y del arbitrio. A ella va dedicada una parte en la que se estudian los fundamentos filosófico-jurídicos del Derecho privado.

Se suele decir que el Derecho es un ordenamiento normativo que regula la vida del individuo en sociedad. También lo es la ética. La diferencia con ésta radica en que el Derecho contiene normas que se imponen desde fuera al individuo y que, por ello, van acompañadas de una coacción. Y es en este aspecto donde el Derecho se diferencia también de la costumbre y la moral social, al ir acompañado de una coacción directa y regulada, ejercida normalmente por el Estado. Pero es erróneo centrar en ello la esencia del Derecho. En él es esencial la idea de Justicia. El Derecho no se puede explicar sólo por la coacción, ya que existen niveles (como el legislativo y el judicial) en que ésta desaparece. El Derecho se dirige primariamente al entendimiento y ha de contar con un asentimiento ético del mismo para crear obligación. Lo que es necesario porque el Derecho se dirige a seres libres, únicos capaces de obligaciones y que realizan su libertad en el cumplimiento de aquéllas. Finalmente, ¿cómo justificar éticamente la coacción si no existe una previa obligación?

El historicismo viene a destruir la posibilidad de un Derecho natural apartado de la Historia y enfrentado al Derecho positivo. Pero si se puede mantener la idea de un Derecho natural en el sentido de un elemento esencial inmanente a todo ordenamiento positivo, consistente en principios (susceptibles de concreción) y en una estructura jurídica esencial, que, al ser exigencia de la idea de Derecho y de la naturaleza personal y social del individuo, anteceden lógicamente al Derecho positivo. De todas formas, dada la idea tradicional del Derecho natural, parece oportuno abandonar el término. Estos principios y esa estructura informada por los mismos, no pueden exponerse abstractamente, sino en relación con un ordenamiento, ya que ellos son los que lo hacen aparecer como un conjunto con sentido coherente (por ello precisamente son principios fundamentales). Para lo que tienen que estar conectados con una concepción filosófica del individuo. Así, pues, habrá que partir de conceptos acuñados en la Filosofía y contrastarlos con las instituciones jurídico-privadas. Obtendremos un «modelo teórico-jurídico de estructura» del vigente Derecho privado. Este no tiene carácter ahistórico, puesto que la actividad legislativa se ha realizado partiendo de los mismos principios éticos kantianos a los que se acude. El modelo abarca las siguientes instituciones:

1.º *La persona y su esfera jurídica.*—Si existe una norma ética como fundamento del ordenamiento positivo, ésta tiene que hacer referencia a la posibilidad de vida en común del individuo y, consecuentemente, a lo específico

de éste, es decir, a su calidad de persona; concepto concreto-general, cuyos principales elementos de sentido son: la propia conciencia de la propia individualidad, la autodeterminación de la voluntad y de la actividad, la capacidad de sentir propias exigencias y de juzgar la propia actuación con arreglo a las mismas (responsabilidad), y, finalmente, paralelamente al «ser para sí mismo», el «ser para los demás». Esto implica una diferencia cualitativa entre la relación de persona a persona y la relación de persona a cosa, que se plasma en la exigencia de *respeto* que domina en la primera. He aquí la «relación jurídica fundamental»: el respeto al prójimo, el reconocimiento de su dignidad, que impide su instrumentalización.

La necesidad de una seguridad frente a los demás en las relaciones individuo-cosa impone la aplicación de la relación jurídica fundamental: existe la obligación de no incidir en el dominio ajeno.

En el ámbito jurídico de la persona se incluyen todos aquellos derechos que le corresponden. El individuo, como persona, tiene necesariamente una propia esfera jurídica; ésta puede variar en su contenido, pero tiene unos elementos mínimos: respeto y propiedad. Se trata de exigencias éticas y político-sociales ajenas al Derecho privado. Este contiene, sin más, el presupuesto que posibilita su consecución: la capacidad jurídica reconocida a toda persona por el hecho de serlo. Así, se puede decir que toda inmisión en la esfera jurídica ajena es indirectamente una violación de la persona.

2.º) *La responsabilidad civil.*—La responsabilidad nace de la identificación del individuo con sus actos, al haberlos planeado y orientado previamente, así como del sentir propias normas éticas, de acuerdo con las cuales se valoran sus actos. La responsabilidad jurídica es, sin duda, distinta de esta ética, pero se tiene que basar en ella y coincidir con ella en su mayor parte.

3.º) *El contrato.*—Una de las facultades del individuo como persona es la de obligarse frente a un tercero. ¿De dónde surge esta posibilidad de que la propia voluntad origine una vinculación? Se ha dicho que ello responde a la justificación de la confianza creada en el tercero. Pero la verdadera explicación se encuentra en el mismo sentido de la promesa como acto de la persona. Esta capacidad forma parte de la libertad ética de la persona. En el terreno jurídico-positivo es preciso un contrato para que una promesa sea jurídicamente vinculante y, para que aquél exista, hay que cumplir una serie de requisitos. Lo que ha dado lugar a que muchos juristas tiendan a ver la causa y razón de vigencia del contrato en el ordenamiento jurídico. Es un error; la causa primaria se encuentra en el sentido propio del acto; la causa secundaria es el reconocimiento y confirmación del ordenamiento jurídico, que aporta sobre todo el factor sanción. Luego el contrato, como acto cuyo sentido radica en el vínculo entre las partes, es un concepto jurídico apriorístico. Corresponde a la autonomía privada, esencial a la persona.

4.º) *Entes asociativos jurídico-privados.*—Tienen también su fundamento en la autonomía privada. No son aceptables ni la teoría de la ficción de Savigny, ni la de la realidad natural de Gierke con respecto a la personalidad de las asociaciones. Por una parte, éstas constituyen una realidad social con su actuar; por otra, carecen de conciencia y de voluntad para poder dirigir su actuación de acuerdo con un deber. Esto sólo es propio de los individuos. Por lo tanto, son entes semejantes a las personas en cuanto unidad de acción

operante en la sociedad. No es, pues, una ficción, sino una analogía, cuyos límites se encuentran en los datos de la realidad.

5.º) *Matrimonio, familia y derecho hereditario.*—Los conceptos fundamentales del derecho de familia derivan primariamente de aspectos del individuo ajenos al Derecho. Por ello, no cabe desconocer en este modelo estructural que la regulación jurídico-positiva se basa aquí directamente en una concepción religiosa y moral. En el matrimonio es preciso distinguir entre su sentido de vínculo personalísimo, en qué consiste, y su sentido institucional, que alude a su regulación jurídica. Lo que no supone menospreciar este último sentido, ya que es un sólido complemento del anterior, además de cumplir una función social importante. La relación paterno-filial es una de las relaciones fundamentales del ser individual, determinada por supuestos naturales, por lo que tiene carácter preestatal y no puede ser negada por el ordenamiento positivo. En cuanto al Derecho hereditario, se caracteriza por la conjugación del principio comunitario, dominante en el Derecho de familia, y del principio individualista, dominante en el resto del Derecho privado.

6.º) *El Derecho subjetivo en el proceso.*—Hasta ahora hemos atendido a las relaciones jurídicas fundamentales del Derecho privado desde el punto de vista de su vigencia normativa. Pero las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos requieren, como el derecho objetivo, una vigencia real o fáctica. Para ello están los órganos judiciales. La sentencia judicial es un acto jurídico que tiene también vigencia: la firmeza material. Con ella se establece la paz jurídica. Entre las teorías material y procesal existentes sobre la cosa juzgada material hay que optar por la primera, ya que no tiene sentido el admitir la subsistencia de una situación jurídica paralela a la reconocida judicialmente cuando no pueda hacerse valer. Así, la sentencia es constitutiva, además de declarativa. Lo que no quiere decir que el derecho subjetivo no existe mientras no sea reconocido judicialmente. Existe, y la prueba es que normalmente tiene vigencia normativa y real sin necesidad de aquello. Pero cuando viene discutido, entonces su vigencia depende de la sentencia. Esta lo eleva a un grado superior de situación jurídica indiscutible.

Terminada esta parte filosófica se comienza el estudio de las instituciones de la parte General del BGB con el de la persona. La capacidad jurídica o capacidad de la persona de ser sujeto de relaciones jurídicas es un concepto apriorístico concedido al ordenamiento positivo, ya que corresponde al individuo por su condición ética de persona. El hecho de tener capacidad jurídica viene expresado por el calificativo de sujeto de Derecho concedido a la persona. Este atributo no se puede dar a los incapaces de obrar, siguiendo la teoría de la voluntad en los derechos subjetivos; pero sí cuando se reconoce como base del derecho subjetivo la atribución de algo a alguien frente a otro sujeto o frente a todos.

La protección que algunas normas dan al concebido deben entenderse como concesión de una capacidad jurídica parcial. En cuanto a la posibilidad de que un individuo exija indemnización por los daños sufridos antes de nacer (incluso antes de ser concebido), el autor se pronuncia a su favor, de acuerdo con el T. S. alemán, ya que la posibilidad de dañar a una persona aún no nacida no depende de su capacidad jurídica, sino de su calidad de ser viviente;

naturalmente, la pretensión requiere un titular, por lo que habrá que esperar a que el concebido nazca vivo.

La capacidad negocial —que, junto con la procesal y la delictiva, forma la capacidad de obrar— es la capacidad de la persona, reconocida por el ordenamiento, para realizar actos encaminados a producir efectos con respecto a la misma persona o a terceros. Se señala, en el caso de incapacitación por enfermedad mental, que la doctrina dominante acepta la validez de los actos realizados en intervalos lúcidos. También se acepta, de acuerdo con la jurisprudencia, la posibilidad de una incapacidad total limitada sólo a una esfera de la actividad para los casos de taras que afectan sólo a la misma (manías, ...). El que tiene una capacidad limitada puede negociar eficazmente si cuenta con la autorización de su representante legal; ésta puede ser general, abarcando todo un ámbito negocial, pero no puede ser ilimitada. La doctrina considera que el representante va quedando excluido de las actividades permitidas a su representado.

El nombre, el domicilio y la nacionalidad son figuras jurídicas afectadas por la igualdad constitucionalmente establecida, del hombre y la mujer. En efecto, puede resultar contraria a la misma el que el apellido de la familia sea el del marido, así como el conceder al hijo legítimo el apellido paterno. La forma de salvar el problema sería dejar el apellido de la familia a la elección de los futuros cónyuges. El autor aconseja prudencia. El mismo problema se repite en el domicilio, pudiendo la mujer casada tener ahora domicilio propio. Finalmente, la discriminación del criterio del *ius sanguinis* —para la adquisición de la nacionalidad— a favor del hombre puede resultar anti-constitucional.

Después de las experiencias de la Dictadura y a la vista de los adelantos de la técnica, ante la cual el hombre queda indefenso, ha parecido que la protección de la persona mediante derechos de la personalidad individualizados resulta insuficiente. Por ello, la jurisprudencia, apoyándose en los artículos 1.º y 2.º de la Ley Fundamental, que proclaman la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad como valores supremos, ha creado un «derecho general de la personalidad». Se trata de una especificación y de una ampliación del «derecho fundamental al respecto» de la persona.

La persona jurídica privada es una persona asociativa o una organización creada con carácter permanente por un acto jurídico-privado y que, como unidad, puede tener derechos y obligaciones, así como desarrollar una propia eficacia y participar en el tráfico jurídico, mediante la actuación de sus órganos.

Formas asociativas que merecen especial atención, son las comunidades por fracciones y en mano común. Se rechazan las teorías que niegan la posibilidad de que un solo derecho pertenezca a varios, ya que no es contradictorio si se tiene en cuenta la unidad de los sujetos nacida del acuerdo común. Por otra parte, la idea de la comunidad debe basarse en una división cualitativa y no meramente cuantitativa del contenido del derecho objeto de aquélla.

La asociación es la misma antes y después de la obtención de la personalidad. No varía más que el dato de la atribución de los derechos y obligaciones. Pero al existir esa identidad, la transmisión de los miembros a la nueva persona se produce automáticamente. Lo mismo ocurre con las asociaciones

sin capacidad que deciden pasar a tenerla y hacer lo necesario para ello.

Es erróneo creer que la representación hacia fuera a cargo de la dirección excluye a la propia asamblea de tal competencia. Por ejemplo, ésta podrá concluir negocios directamente con personas presentes a la misma, sin que entonces sea necesaria una declaración de la dirección. Los acuerdos de la dirección se rigen por el principio de mayoría de los miembros presentes; pero la Ley no dice nada sobre los requisitos de sus declaraciones de voluntad frente a terceros. En contra de la opinión dominante, según la cual habrá de ser dada precisamente por tantos miembros como corresponda a la mayoría en cuestión, parece más adecuada la postura de Von Thur, según la cual bastará con que sea realizada por la mayoría de los miembros de la dirección; lo que puede ser comprobado por los terceros a través del Registro, mientras que la anterior solución no puede serlo, dando lugar a la indefensión de aquéllos. En cuanto a la revocación de la dirección, operante automáticamente, hay que distinguir de ella el contrato de empleo concluido entre sus miembros y la asociación, base de la remuneración acordada. Este sólo expirará con el plazo convenido en el mismo o mediante una denuncia adecuada.

Las causas de exclusión de un miembro quedan fijadas en los estatutos; de lo contrario, bastará con la existencia de una «causa importante». Los tribunales podrán controlar si la expulsión ha seguido un procedimiento formalmente correcto, pero no pueden intervenir en el ámbito de apreciación discrecional que corresponde a la asociación.

La Ley remite las asociaciones sin personalidad al régimen de las sociedades civiles, lo que resulta inadecuado, puesto que su estructura responde a la de una asociación con personalidad. La explicación es histórica y radica en el interés del legislador por inducir a la forma de asociación con capacidad para ejercer un control. Doctrina y jurisprudencia se han esforzado por someterlas lo más posible, dentro de los límites legales, a la regulación de las asociaciones con personalidad. Labor facilitada por el carácter dispositivo de la mayor parte de las normas sobre la sociedad civil. Se presumen tácitamente rechazadas todas las que no concuerdan con la naturaleza de la asociación y tácitamente pactadas en su lugar las correspondientes de la asociación con personalidad. Con todo, hay problemas que se han salvado por vías de carácter dudoso. Así, en el terreno procesal, la Ley les reconoce capacidad procesal pasiva, pero no activa. Pero recientemente el T. S. ha reconocido esta última a un sindicato, apoyándose precisamente en la tendencia señalada. Esto será también importante para facilitar a este tipo de asociaciones la defensa de su derecho al nombre. Problema análogo se plantea en la inscripción registral de bienes, al ser titulares de los mismos todos los miembros de la asociación en el momento en que se realiza aquélla. La única solución posible que ve el autor es el recurrir a un fiduciario o a una sociedad de capital fundada a tal efecto. También habrá que negar la ilimitación de la responsabilidad de los socios (en las asociaciones sin fines económicos), puesto que ello no es indispensable para la garantía de los acreedores, ni concuerda con las aspiraciones de los que ingresan en estas asociaciones.

En las fundaciones, se señala, por analogía con los contratos a favor de tercero, que el negocio fundacional puede originar directamente pretensiones

a favor de los beneficiarios contra la fundación, siempre que éstos aparezcan determinados en aquél.

La relación jurídica es el segundo concepto fundamental del derecho privado, después del de persona, como sujeto de Derecho. Es el vínculo que pone en relación a unos sujetos con otros. Su estructura es análoga a la de la relación jurídica fundamental (derecho-deber), aunque suele ser mucho más compleja, ya que puede contener derechos, facultades, posibilidades de adquisición, deberes, sujeciones, cargas, competencias. Hay relaciones que afectan sólo a personas determinadas, mientras que otras afectan a todos en su lado pasivo. Existe entonces un deber latente por carecer de un objeto concreto que proteger; pero ese deber general se concreta en cuanto se presenta la posibilidad de irrumpir en la esfera jurídicamente protegida de un tercero. El ver la propiedad como una relación persona-cosa presupone que dicha atribución sea frente a todos los demás.

Se rechazan las teorías de la voluntad y del interés de los derechos subjetivos. Lo esencial en éstos es la atribución de un bien a una persona. La naturaleza de ese bien determina los diversos tipos de derechos subjetivos. La determinación del objeto y del sujeto titular es esencial al concepto.

Los tipos de derechos subjetivos son: 1.º Los de la personalidad. 2.º Los personales de familia: se encuentran muy cerca de los anteriores, pero se diferencian en que hacen referencia a la relación con otras personas. 3.º Los de soberanía sobre las cosas: también cabe incluir aquí, aunque no sean «derechos reales», los derechos de posesión y uso nacidos de relaciones obligacionales; son derechos de «soberanía relativa», puesto que sólo son eficaces frente al obligado contractualmente. 4.º Sobre bienes inmateriales. 5.º De crédito: no da un poder directo sobre la persona del deudor, ni sobre la actividad del mismo, ni sobre el objeto de la prestación, sino que concede sólo la perspectiva asegurada de la prestación. 6.º De colaboración: de los miembros de las personas jurídicas en la dirección de las mismas. 7.º De formación jurídica: en ellos se incluyen las acciones encaminadas a transformar una situación jurídica. 8.º De apropiación: hace referencia fundamentalmente al derecho, excluyente de los demás, de apropiarse de algo, y no al derecho genérico de apropiarse de lo que no tenga dueño. 9.º De sucesión y de expectativa: el primero es aquel por el que alguien adquirirá un derecho, sin necesidad de ninguna actuación por su parte. El segundo atiende a la perspectiva más o menos asegurada de una adquisición, basada en que ya se ha producido una parte del supuesto de hecho necesario para la misma y lo normal será que se complete. Se discute mucho sobre la construcción de tales derechos, debido, entre otras dificultades, a que abarcan supuestos muy diversos. Sólo puede decirse con seguridad que, en general, se someterán a las mismas reglas de transmisión que los plenos derechos hacia los que tienden. 10.º Sobre derechos: debe concebirse como una división del derecho sobre el que recae, de forma que sus facultades corresponderán al titular de éste y al de aquél; por ello tendrá la misma estructura que el derecho objeto del mismo. 11.º Contraderechos: su contenido corresponde a la neutralización total o parcial del derecho de un tercero sobre la propia esfera. 12.º Pretensiones: tienen la misma estructura que el derecho de crédito.

La clasificación presentada responde a tipos abiertos, que se distinguen

por su estructura total y no por simples caracteres individuales. Ello da pie a figuras mixtas. No todos los tipos tienen una misma importancia; se extienden desde los que corresponden a la estructura fundamental del Derecho privado hasta los que tienen un carácter puramente funcional.

Un derecho subjetivo ilimitado resulta inconcebible. Pero, además de las limitaciones legales y negociales, existen otras nacidas de la legítima defensa, del estado de necesidad y del principio de buena fe. Entre estas últimas se enumeran el abuso del derecho, elaborado por la jurisprudencia mediante la ampliación del contenido estricto de los §§ 226, 826 y 242 del BGB, y la caducidad del derecho. Esta se produce cuando el legitimado demora tanto el ejercicio de su derecho que el obligado puede suponer justamente que aquél ha renunciado al mismo. No se puede fijar un plazo, puesto que lo más importante no es el transcurso del tiempo. Supone la extinción del derecho, a considerar de oficio por los tribunales, y no meramente una base para el ejercicio de un contraderecho. Aquí el autor cambia de opinión con respecto a su Tratado de Obligaciones, donde estimaba que la caducidad del derecho daba pie solamente a una excepción.

El concepto de pretensión hace referencia a la posibilidad del ejercicio e imposición, mediante acción, de una petición. Esta propiedad común a todos los derechos permite aplicar las normas sobre incumplimiento, moras y excepciones, que el BGB dedica a los créditos, a todas las demás pretensiones (puesto que los créditos son el grupo más importante de las mismas). Hay pretensiones autónomas y dependientes. Estas sirven a un derecho absoluto, reforzándolo en el momento de su violación con su nacimiento. Es importante recordar que no son los derechos absolutos los que prescriben, sino las pretensiones nacidas de los mismos.

La excepción es un contraderecho que ofrece la posibilidad de invalidar la eficacia de una pretensión. Aunque, como ésta, es un concepto de derecho material, su eficacia se desarrolla en el proceso. Buena parte de la doctrina ve en ella un derecho de formación, pero se diferencia del mismo porque puede producir efectos previos a su ejercicio y porque una vez ejercida no se agota, como aquél, hasta el momento mismo del juicio.

A veces un supuesto de hecho puede subsumirse bajo diversas normas que originan pretensiones de contenido similar. La doctrina dominante habla de «concurencia de pretensiones», que se diferencia de la «acumulación de pretensiones» en que la prestación a la que se dirige sólo puede ser exigida una vez, por lo que con la realización de una pretensión se extinguen las demás en la medida en que coincidan. Además, considera que hasta su satisfacción estas pretensiones son independientes y se pueden transmitir y ejercer separadamente. Pero lo primero resulta muy dudoso y complicado, mientras que lo segundo es contrario a los principios procesales dominantes, según los cuales el demandante alega los hechos y pide lo que pretende conseguir, mientras que es competencia de los tribunales la fundamentación jurídica. Por lo que el autor propone hablar en este caso de una sola pretensión, pero con varios fundamentos, tratándola, por consiguiente, unitariamente. Sólo será aceptable la tesis dominante en aquellos casos en que, a pesar de la identidad de las prestaciones, la identificación de las pretensiones queda excluida por la diversidad de sus funciones.

En la legítima defensa sólo se requiere para su ejercicio que lo actuado fuese necesario para apartar el ataque sufrido. El autor critica que el BGB no haya matizado este límite con la consideración de la proporción de los daños, sobre todo en aquellos casos en que el atacante sólo es responsable por culpa leve. En cuanto al estado de necesidad, se hace notar que el penal excluye la penalidad, pero no necesariamente la ilegalidad. Constituye excepción el estado de necesidad suprallegal, lo que es importante porque es el único que permite dañar a bienes otros que la propiedad.

El tercer capítulo estudia los objetos jurídicos y el patrimonio.

Es objeto todo aquello que se encuentra frente al sujeto, que es dado a su conciencia. De esta idea fundamental participan también los objetos jurídicos, como «algo» distinto de la persona y sometido a su voluntad. Se distingue entre objetos jurídicos de primer orden (las cosas y los objetos incorporales) y los de segundo orden (los derechos y las relaciones jurídicas). Los primeros, objetos jurídicos *strictu sensu*, son los que corresponden a los derechos de soberanía o de uso; los segundos corresponden a los actos dispositivos. Se diferencian de los de primer grado en que no tienen existencia más que en el Derecho, mientras que aquellos gozan de existencia prejurídica como objetos.

Se incluyen entre las partes integrantes esenciales de las cosas los derechos unidos a la titularidad de un inmueble (derecho de tanteo, servidumbres, cargas reales), aunque sean objetos jurídicos de segundo grado.

El BGB no define el patrimonio, aunque utiliza mucho el término. Es un conjunto de derechos y relaciones jurídicas (a los que se añade la empresa, aunque no sea derecho ni objeto primario) con valor pecuniario. Se atiende sólo al patrimonio bruto y no al neto porque el patrimonio de una persona en el terreno civil y de la responsabilidad aparece como aquella reserva en la que los acreedores se pueden satisfacer mientras contenga algo. Se excluyen de él las cualidades y capacidades personales, la mera posesión de hecho, las perspectivas o posibilidades de adquisición (no los derechos de expectativa o de sucesión), aunque estas últimas pueden ser relevantes, en cuanto pueden originar una indemnización por daño patrimonial. Y es que el patrimonio tiene un ámbito más amplio en el campo del daño jurídico que en el de la responsabilidad, que es al que el autor atiende fundamentalmente. En el ordenamiento alemán el patrimonio no constituye una unidad de disposición, es decir, un objeto jurídico de tercer grado, cuyo contenido fuesen los derechos y relaciones jurídicas. Ello se debe en buena parte al respeto de los principios registrales.

Por negocio jurídico entiende el BGB un acto encaminado a producir una consecuencia o efecto jurídico-privado. El acto es una declaración de voluntad que puede consistir en un hacer público o en una ejecución. Pueden ser necesarios actos de ejecución para completar el supuesto de hecho negocial. De los que se distinguen los presupuestos de eficacia, que pueden tener carácter legal o proceder de la voluntad individual. Se acepta la clasificación de negocios declarativos y de actuación. Al decir que la voluntad está encaminada a unas consecuencias jurídicas, se entiende que basta con que se persiga en primer lugar un resultado económico y que se sepa que éste se encuentra jurídicamente reconocido y protegido.

Puesto que la declaración de voluntad es un acto, se eliminan de tal valoración las actuaciones no controladas por la voluntad. El problema se plantea en torno a la necesidad de una conciencia de la declaración o de una voluntad encaminada a los efectos jurídicos en cuestión. Aquí el autor rechaza la distinción de las doctrinas voluntaristas entre voluntad y declaración, como simple publicación de esa. La voluntad se desarrolla en la declaración y se hace una voluntad real por ella; el sentido del acto de la declaración es ser el fundamento inmediato de las consecuencias o eficacia jurídica. Ahora bien, ello supone rechazar la necesidad de una conciencia de la voluntad en cuanto al acto negocial y acogerse a su valoración objetiva; pero no implica adoptar la tesis de las doctrinas declaracionistas, ya que aquéllas prescinden del elemento psicológico para proteger el tráfico, mientras que el autor estima que su tesis corresponde precisamente a la valoración de la voluntad libre, en cuanto que ésta implica responsabilidad. Por ello, no considera declaración de voluntad aquella cuyo sentido desconoce el autor cuando ello no le es imputable. Defina, pues, la declaración de voluntad como una conducta cuyo sentido objetivo e imputable al declarante es el de poner en vigor unos efectos jurídicos.

La interpretación ha de ofrecer el sentido normativo de la declaración: será el que ha de entender quien lo recibe, de acuerdo con la diligencia exigible y las circunstancias cognoscibles, siempre que sea imputable al declarante su comportamiento como declaración de voluntad. El objeto de la interpretación es la declaración como portadora de un significado. La interpretación no es la determinación de un fenómeno psicológico, sino la valoración jurídica de la declaración. De ésta hay que distinguir todas las circunstancias que la rodean y que ayudan a la interpretación, pero que no están contenidas en ella. De las reglas que indican el método a seguir en la interpretación (reglas formales), se separan las que imponen ya un resultado interpretativo en caso de duda (reglas materiales), y de éstas, las normas dispositivas que integran la declaración. La última distinción resulta a veces difícil, ya que el paso resulta gradual y en muchas ocasiones la Ley podría acudir tanto a un sistema como al otro. Sin embargo, es importante, puesto que en el primer supuesto nos encontramos aún en el ámbito de la autonomía privada, por lo que, en última instancia, el afectado podrá acudir al error en la declaración; no así en el segundo caso. La determinación de las circunstancias relevantes para la interpretación corresponde a las cuestiones de hecho; pero la interpretación en sí misma es una cuestión de derecho, porque se trata del sentido de lo declarado bajo un punto de vista jurídico.

Al iniciar el estudio de los efectos de la voluntad, se critica la regulación que el BGB (§ 116) da a la reserva mental, puesto que el declarante no merece ninguna protección. El error en la declaración (§ 119, I) comprende el simple trabucarse en la misma y el equivocarse sobre su contenido, es decir, sobre su sentido. En él se incluyen el error de identidad y el error sobre las consecuencias jurídicas, cuando éstas sean aquellas a las que se dirige directamente la declaración y no las impuestas por el ordenamiento. En el error sobre las cualidades de las cosas (§ 119, II) no se incluye el precio, aunque es evidentemente una característica relevante en el tráfico, porque se considera que es un dato resultante de todas las transacciones del mercado, de las que forma parte el negocio en cuestión.

Frente a la impugnación del negocio por error, se acepta, de acuerdo con la buena fe, que la otra parte pueda evitar su efecto amoldándose a lo que el impugnante quiso verdaderamente declarar.

El legislador ha atendido sólo a los negocios de cambio, en los que la retroacción de efectos resulta fácil, al regular la eficacia de la impugnación por error. Pero se ha olvidado de los negocios en los que esto resulta imposible o difícil (relaciones de trabajo, contratos de sociedad). En ellos hay que convertir el derecho a impugnar en un derecho a denunciar, eficaz sólo para el futuro de la relación negocial.

El error bilateral sobre la base subjetiva del negocio constituye una laguna legal, ya que es injusto regularlo como un error normal. El punto de apoyo para colmar esta laguna es el principio de buena fe. Se define la base subjetiva del negocio como una determinada suposición o esperanza firme de ambas partes, por la que ambas se han dejado guiar al concluir el negocio, de manera que ninguna de ellas lo habría perfeccionado, al menos con el mismo contenido, si hubiese conocido la inexactitud, o, al menos, ninguna hubiese podido exigirselo honestamente a la otra. La tendencia jurisprudencial a adaptar en estos casos el negocio a las circunstancias reales debe quedar matizada por la voluntad de las partes.

Para impugnar el negocio por engaño malicioso, no es preciso que el afectado haya sufrido un daño material, ni que el autor del engaño pretendiese conseguir una ventaja patrimonial, puesto que esta figura defiende la libertad de la voluntad y no el patrimonio del engañado. En la intimidación anti-jurídica, no basta con que la declaración del intimidado sea motivada por aquélla, sino que además es preciso que esté orientada en el sentido que pretendía el intimidante.

La emisión de una declaración se produce cuando su autor ha hecho todo lo que le compete para exteriorizar su voluntad negocial de manera que no puedan existir dudas sobre su carácter definitivo. Para fijar el momento de recepción de la declaración entre ausentes, se abandona la tesis que atiende al hecho de que aquélla (carta, telegrama...) haya llegado a la esfera de posesión del destinatario; tampoco se atiende a que éste se haya enterado realmente de la declaración. Basta con que, en circunstancias normales, el destinatario pueda tener conocimiento de ésta y ello pueda esperarse de acuerdo con las medidas adoptadas por él mismo o con los usos del tráfico. Cuando la declaración es hablada y se comunica directamente, la apariencia de que el destinatario la ha recogido equivale a su auténtica recepción, cuando no hay motivo para dudar de ello.

El § 138 del BGB declara nulos los negocios contrarios a las «buenas costumbres». Con esta expresión se alude, según su autor, a los «valores y principios éticos inmanentes al propio ordenamiento», así como a la «moral dominante». No se debe olvidar que los tribunales están sujetos a la Ley y al Derecho» (art. 20 de la Ley Fundamental). Por ello, los principios merecen prioridad sobre la moral dominante, que se interpreta conforme a aquéllos. El § 138 constituye, pues, uno de los preceptos mediante los que acceden al Derecho privado las medidas éticas constitucionales.

La nulidad parcial del negocio se acepta cuando se supone que las par-

tes lo hubiesen querido. No se trata de una interpretación del contrato, ni de la fijación de un hecho psíquico, sino de una ponderación de intereses, para la que habrá que partir de las medidas de valor de las partes; si éstas no se conocen, el juez acudirá a una ponderación objetiva. Lo mismo cabe decir en el supuesto de la conversión negocial.

La impugnación es un negocio unilateral de formación jurídica. Se trata de una declaración recepticia, no condicionable ni sometible a reservas. Se discute si se habrá de acompañar de la causa de impugnación. El autor estima que la otra parte tiene derecho a conocer la razón jurídica (ya que los plazos y las consecuencias varían con ella), siendo libre la nueva aportación de datos por el impugnante. Tanto la renuncia a la impugnación como la confirmación del negocio requieren su recepción por la otra parte para ser eficaces.

El consentimiento, la ratificación y su denegación son también negocios unilaterales de formación jurídica. Su consecuencia es la eficacia o ineficacia de un negocio futuro o suspensivamente ineficaz. Adquieren su sentido con el negocio que aprueban o desaprueban. Lo que no quiere decir que comparten su naturaleza; pero pueden quedar sometidos a algunas de las normas que recaen sobre aquél.

Se rechaza la condición que se refiere a un suceso presente o pasado, aunque desconocido, porque no se da en ella el aplazamiento propio de los negocios sometidos a condición suspensiva: el efecto surge inmediatamente o ya no se produce nunca. Se acepta la condición potestativa, pero no aquella que recae sobre la confirmación de una parte para la validez del negocio; en estos supuestos aún no hay consentimiento. Los efectos surgen inmediatamente al producirse la condición, sin eficacia retroactiva. Pero una vez perfeccionado el negocio, las partes quedan obligadas a no obstaculizar su posible eficacia. Esto supone una limitación del poder de disposición en los negocios dispositivos, que, a efectos prácticos, queda muy cerca de un reconocimiento de eficacia retroactiva.

El § 163 del BGB asimila la regulación del negocio aplazado a la del condicional. Ello no ofrece dificultades en los negocios dispositivos; pero en los obligacionales es preciso distinguir entre aquellos en los que el crédito nace sólo al cumplirse el plazo y aquellos que en los que el crédito nace de inmediato y sólo queda aplazado su vencimiento.

En los actos jurídicos en sentido estricto se distingue entre «actos reales» y «actos parecidos a los negociales». Los primeros son los actos jurídico-privados que sólo tienden a producir un efecto material, sin atender a relaciones o efectos jurídicos, pero a los que el ordenamiento atribuye una determinada eficacia. Permanecen ajenos a la regulación del negocio. Los segundos comprenden los requerimientos, comunicaciones, peticiones, notificaciones, ... que se refieren a pretensiones o relaciones jurídicas, pero que no se dirigen directamente a los efectos que la Ley les atribuye (aunque su autor puede tener conciencia de ellos). Se trata siempre de declaraciones y se realizan con conciencia de que tienen alguna relevancia jurídica. Hay que exigir, pues, para su eficacia la capacidad necesaria para tener esa conciencia sobre su sentido. Al ser declaraciones recepticias, quedan también sometidas a las normas correspondientes del negocio. En todo caso, la aplicación de

los preceptos que regulan el negocio no se realiza automáticamente, sino que dependerá de la analogía existente con éste.

El autor dedica la segunda parte de este capítulo cuarto, sobre el negocio, al contrato.

El anuncio, el envío de catálogos, la exposición en un escaparate no son ofertas, ya que su autor quiere reservarse normalmente la decisión sobre la conclusión del contrato. Cuando muere el oferente, el mantenimiento de la oferta habrá de deducirse de su voluntad o, en su defecto, de lo presumible. Si muere la persona a quien va dirigida la oferta, su mantenimiento y posible aceptación por los herederos depende de su sentido. La sujeción del oferente a su oferta no es elemento esencial de ésta, aunque es conveniente y por ello la Ley lo ordena así con carácter dispositivo. Frente a esta sujeción el destinatario de la oferta adquiere el poder de concluir el contrato. Este no alcanza la categoría de un derecho de formación jurídica, es decir, de un derecho de opción.

Tanto el acuerdo como el disenso en el contrato no dependen del acuerdo de voluntades, sino de las declaraciones y de su sentido normativo (mediante interpretación). Hay que distinguir, pues, entre disenso de las declaraciones (inexistencia del contrato) y el error (desacuerdo entre voluntad y declaración).

El § 151 del BGB regula la aceptación directamente realizada mediante actos de cumplimiento o de uso de la cosa ofrecida. Ambos son casos de «actuación» de la voluntad y reciben un trato algo distinto que el de las declaraciones; al no estar dirigidas a informar, admiten su impugnación con más amplitud, pudiendo ser fuente entonces de responsabilidad extracontractual.

El nacimiento de una relación contractual con motivo de la utilización directa de un servicio es algo que nadie niega, pero cuyo fundamento resulta controvertido. El autor encuentra éste en el § 151 del BGB, reconociendo (en lo que varía la postura anteriormente mantenida) que una «actuación» de la voluntad valdrá como aceptación del contrato siempre que exista una voluntad de aceptar *latente*, aunque en el momento de aceptar ésta no sea *realmente consciente*. Luego se trata de un caso a encuadrar en el § 151, con la peculiaridad, marcada por exigencias del tráfico en masa, de una tipificación de la conducta social; lo que lleva a una valoración abstracta de la misma, sin que interese si corresponde en cada caso a una voluntad real. Por ello estas «acentaciones» no pueden impugnarse por error. Tampoco debe ser relevante la capacidad negocial y basta con que el sujeto tenga capacidad para entender el sentido del acto; lo contrario perjudicaría al incapaz, puesto que le excluiría de los posibles beneficios derivados de la responsabilidad contractual. Argumento *a fortiori* es que aquí se atiende a la voluntad del acto y no a la de aceptar una oferta.

La perfección de un contrato pone en vigor para ambas parte una regulación con valor objetivo, que puede superar a la propia voluntad de las partes, en cuanto abarque consecuencias imprevistas. En efecto las lagunas de aquélla han de rellenarse con una interpretación integrativa. Esta se asemeja a la de las leyes, puesto que es búsqueda y desarrollo del sentido de una regulación objetiva o normal. Evidentemente, el juez no puede incidir en la autonomía privada; debe atender al modo en que las partes quisieron acor-

dar sus intereses. Pero no es una investigación de su voluntad presunta. Habrá que decidir según lo que hubiesen acordado personas razonables y honradas, en consonancia con el sentido mismo del contrato. Precisamente porque parte de éste, se impone esta interpretación a las partes. Por lo que, al no ser contenido de la declaración de voluntad, no podrá impugnarse el contrato por error sobre su contenido, según resulte de la interpretación integrativa. La concurrencia entre ésta y el Derecho dispositivo se decide a favor del último; de lo contrario, las normas dispositivas no podrían desempeñar su papel (homogeneizar las relaciones y, consecuentemente, elevar la seguridad del tráfico), ya que siempre se podrían posponer basándose en la peculiaridad del contrato. Esto sólo podrá ser cuando el contrato difiera notablemente de la tipificación legal.

Tercera y última parte de este capítulo es la representación.

Aún en los casos en los que el representante no tiene ningún margen de discrecionalidad sobre el negocio, se diferencia del mensajero porque realiza la declaración de voluntad y, por lo tanto, completa el proceso de perfeccionamiento de la voluntad negocial. El mensajero no realiza ninguna declaración negocial; ésta ya ha sido emitida y él se limita a transmitirla.

El poder de representación no es un derecho subjetivo, puesto que no sirve a la voluntad del representante, ni una capacidad personal, puesto que el poder actuar jurídicamente no es ningún tipo especial de la capacidad general; es simplemente una ampliación del poder jurídico con relación a un determinado negocio o determinada esfera negocial del representado.

No existe una limitación general del poder de representación que atienda a su buen uso. Pero doctrina y jurisprudencia han establecido que falta el poder cuando el representante lo utiliza conscientemente en perjuicio del representado o cuando actúa en contra del poder recibido, conociendo ésto el tercero.

La jurisprudencia y la doctrina han amortiguado mucho la exigencia de que el apoderado actúe en nombre del poderdante, autorizando el «negocio a favor del interesado». El autor se pronuncia en contra del «negocio oculto a favor del interesado», ya que viene a romper injustificadamente la distinción entre representación directa e indirecta. En cuanto al «negocio celebrado bajo nombre ajeno», será decisivo, para saber con respecto a quien surte efecto, si el tercero tiene en cuenta en la individualización de la otra parte su nombre o su presencia de hecho.

Junto a la responsabilidad negocial del representado la Ley prevé en algunos casos excepcionales la subsidiaria del representante. Pero el problema surge en torno a la «culpa in contrahendo». Contra la tesis según la cual ésta recae en la persona sobre quien la otra parte haya depositado fundamentalmente su confianza, el autor opina que el representante actúa en todo momento en el puesto del representado, por lo que éste responderá de tal actuación. Sólo cabe una corresponsabilidad del representante cuando actúe como profesional, así como una responsabilidad independiente del mismo cuando hace un mal uso de la confianza que la otra parte ha depositado en él.

El poder se distingue de la relación interna que lo motiva, ya que requiere un acto especial de apoderamiento; por lo que su nacimiento no depende

de la eficacia de la relación interna y, en este sentido, tiene carácter abstracto. Por el contrario, la relación interna puede incidir en su extinción. El ámbito del poder es también independiente de la relación interna, aunque ésta será relevante para su interpretación. Se da, pues, una situación mixta de independencia y vinculación a un tiempo.

Al estudiar el subpoder, se recuerda que su titular se transforma en representante del representado originario, actuando directamente en su nombre y para él.

La concesión del poder se realiza normalmente mediante una declaración recepticia del poderdante: un negocio unilateral de formación jurídica. Pero el autor no ve obstáculo para que el poder se otorgue mediante contrato. Cuando el poder sigue siendo eficaz frente a terceros para la protección de su confianza, es erróneo hablar de extinción del mismo, aunque su subsistencia no corresponda ya a la voluntad del poderdante. En este caso la notificación de la extinción al tercero tiene el mismo efecto que la revocación realizada directamente frente a tercero, por lo que ha de considerarse también como un negocio unilateral de formación jurídica.

Un poder puede nacer, aunque no haya apoderamiento, si las apariencias lo hacen suponer y el tercero confía en ellas. La Ley prevé dos casos: cuando así se comunica a terceros por el interesado y cuando éste entrega un documento de poder al supuesto apoderado y éste hace uso de él. Flume ve en tales supuestos la existencia de un apoderamiento externo. Ello no parece abonado por el texto legal; pero es importante señalar que la eficacia jurídica es la misma. Doctrina y jurisprudencia han ensanchado estos supuestos, creando la figura del «poder de tolerancia». El interesado responde de la apariencia creada por su inactividad. Esta idea se ha extendido a las situaciones en que el afectado desconoce la actividad del supuesto representante, pero debería conocerla e impedirla si hubiese ejercido la diligencia exigible. El autor cree que esto sólo será aplicable, en todo caso, a los comerciantes, a quienes se puede exigir una organización adecuada al tráfico.

Si el supuesto representante actúa ignorando su falta de poder, queda obligado a resarcir el interés negativo de la otra parte. Lo que se basa en el daño causado por la confianza provocada y no en una posible culpa. Esta consecuencia es muy dura cuando el representante virtual no podía conocer la verdadera situación aunque hubiese empleado la mayor diligencia. Si el representante virtual conocía su carencia de poder, resulta lógica la imposición de que indemnice el interés positivo del tercero. Pero el que pueda ser obligado a cumplir el contrato (así lo autoriza la Ley) es algo absolutamente excepcional. Por lo pronto, sólo se podrá aplicar a los contratos susceptibles de cumplimiento, es decir, los obligacionales; y, por otra parte, aún en éstos, el cumplimiento puede resultar imposible por razones personales del afectado.

Un breve capítulo, dedicado a las normas de la Parte General del BGB que regulan plazos, términos y prestación de garantía, concluye la obra del profesor Larenz.