

BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO RODRIGO: *La cláusula de reserva de dominio*. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles. Editorial Moneda y Crédito, año 1971; 170 págs.

El planteamiento de esta obra obedece, como muy bien dice su autor, a los imperativos que en la actual sociedad de consumo impone el tráfico de bienes muebles duraderos, todo ello unido, asimismo, a la atención que para el Derecho tiene hoy día la consideración de ciertas cosas muebles, que han pasado a ser de gran valor, utilidad e importancia, en contra del sentido despectivo que a las mismas se les daba en la Edad Media.

Ciertamente, no cabe la menor duda que el Derecho no puede cruzarse de brazos ante este hecho social, sino que, dado que el Derecho es y se justifica en cuanto venga a servir a las relaciones humanas, el panorama legislativo en el Derecho comparado arroja un saldo favorable a la existencia de legislación sobre este punto, aunque, según épocas y momentos, el fiel de la balanza se inclina en la protección del comprador, del vendedor o, en definitiva, de la economía nacional por el favorecimiento de las mismas y la intervención administrativa que vendrán a sanear la política económica de las grandes empresas.

La Ley de Ventas a Plazos de 17 de julio de 1965 enfoca el problema de la garantía del pago del precio aplazado sobre dos instituciones ya viejas en el campo del Derecho: de un lado, la conocida cláusula de reserva de dominio, que es de estipulación voluntaria en las normas que da la Ley, y que afecta a la transmisión de la propiedad, sometiéndola a la condición suspensiva del pago total del precio aplazado. Y de otro, la prohibición de disponer que tiene carácter obligatorio en dichos contratos, y por la que se prohíbe al comprador disponer de la cosa hasta el total pago.

BERCOVITZ, en la presente obra, pretende defender la tesis de que la cláusula de reserva de dominio debe en nuestro Derecho ser equiparada a la constitución de un Derecho que prenda sobre la cosa vendida en estas compraventas a plazos. Entiende que con ello se obviarían los problemas que la misma plantea, dándose con más claridad el carácter bilateral de estos contratos, pues entiende que en los mismos se impone la voluntad del vendedor. Con este fin, recoge en su obra el estudio de la doctrina germánica, para, tras su análisis, llegar a la conclusión que anteriormente hemos expuesto.

En la dogmática alemana, la posición de FLUME arranca de la aplicación a estas ventas de los parágrafos 160 y 161, que entroncan en el juego de la condición, y aun cuando pueda atacarse su argumento con que en la realidad el comprador adquiere de inmediato la posesión de la cosa vendida, lo evita el autor alemán mediante la conocida distinción de posesión inmediata en concepto distinto del de dueño y el de posesión mediata en concepto de dueño.

Otro grupo doctrinal defiende la teoría de que el comprador sometido a reserva de dominio es titular de un derecho de expectativa. Esta posición, defendida por SERICK, tiene no pocos inconvenientes, siendo el más insoslayable su artificiosidad al considerar que el comprador tiene una expectativa de derecho de propiedad, siendo en definitiva el penúltimo peldaño para llegar a la propiedad. También puede alegarse contra esta construcción que hoy día la dogmática es mucho más práctica y menos amiga de hipótesis fantásticas o de interpretaciones *ad libitum* de los juristas. Consecuencia de esta teoría es que, ante cualquier conflicto que pueda plantearse, siempre se resolverá a favor de la propiedad, ya que en definitiva esta expectativa será un derecho personal con notas jurídicorreales.

RAISER, no obstante, aunque admite la teoría del Derecho de expectativa, avanza en la misma, ya que configura esta expectativa como un verdadero Derecho real, y aunque en el Derecho alemán rige el criterio de *numerus clausus*, entiende que lo que se pretende es sustraer a la autonomía privada la creación de nuevos derechos reales, y no el que se pueda crear y admitir nuevas categorías de Derechos reales, por creación jurisprudencial o doctrinal. El segundo obstáculo para la configuración de derecho real, cual es el en Derecho germánico el principio de independencia del Derecho real en relación con los negocios jurídicos obligacionales causales, lo orilla con la mención del Derecho de prenda, que siendo evidentemente Derecho real, su suerte depende de la relación obligacional, porque esta dependencia no le priva de naturaleza real mientras no afecta a su eficacia frente a terceros.

Entonces, ¿cómo cristaliza esta expectativa que tiene naturaleza real en el supuesto de estas ventas? RAISER dice que hay una copropiedad concretada en la dimensión temporal de ese derecho real que es la expectativa y que se prolonga durante todo el período del pago del precio, y cuya consecuencia es que atribuye al comprador la posesión en concepto de dueño y niega la posesión del vendedor. Y dice que el hecho de que el comprador no sea propietario no le impide poseer *como si* fuese propietario de la cosa.

La crítica que se pueda hacer a esta teoría es la de estar toda montada sobre un razonamiento apriorístico cual es atribuir a la expectativa del comprador una naturaleza real, y sobre esta base ir solucionando los problemas que puedan plantearse.

Otro tercer grupo de autores en Alemania se inclina a la asimilación de la reserva de dominio a un derecho de prenda *sui generis* (BLOMEYER, WIEACKER MAYER), posición que BERCOVITZ considera como más coherente y que da lugar a que defienda esta tesis, mostrándola como más aceptable en el Derecho español.

BLOMEYER parte de una interpretación *a sensu contrario* de los párrafos 158 y 159 sobre el negocio condicional, interpretando que no es que se difiera la eficacia al cumplimiento, sino sólo su posibilidad de hacerlos valer. Con ello consigue que pierda su razón de ser propiedad y expectativa, porque tanto se cumpla o no la condición, el comprador habrá adquirido *ab initio*, y la consolidación o no de esta propiedad sólo dependerá de que en su momento se haya o no cumplido la condición. Entonces entiende que la construcción más idónea para garantizar los derechos del vendedor es el derecho de prenda que se desdobra no sólo sobre la cosa vendida, sino también sobre su precio, definiendo la reserva de dominio como un derecho de prenda comisorio sin posesión que se constituye en garantía de un crédito pecuniario que grava la propiedad del deudor.

La crítica de esta teoría es lógica y aceptable: La prenda la constituye el propietario a favor del acreedor y la reserva de dominio la establece el propio acreedor en su propia garantía. La prenda implica desposesión y posesión por titular o tercero, si bien el criterio de la desposesión hoy día no es esencial; pero es que en la reserva de dominio no hay desposesión de ningún tipo, sino reserva de dominio. Todavía podría decirse que la prenda lleva consigo como medio de su realización el *Jus distrahendi* y la reserva de dominio nunca.

Lo único que ha conseguido BLOMEYER es destacar que en la posesión del comprador debe hacer algo más que una mera expectativa, aunque para ello tiene que recurrir a la interpretación personal de los párrafos 160 y 161 del B. G. B., desplazando el centro de gravedad de la condición suspensiva a la resolutoria, en contra del párrafo 455, que sanciona expresamente que si el vendedor de una cosa mueble se ha reservado la propiedad hasta el pago del precio de compra, en la duda ha de entenderse que la transmisión de la propiedad se realiza bajo la condición suspensiva de pago total del precio, y que el vendedor está autorizado a la resolución del contrato si el comprador incurre en mora en el pago.

BERCOVITZ se adhiere y elogia la construcción de BLOMEYER de la asimilación al derecho de prenda, por cuanto ambas figuras tratan de garantizar un crédito y recaer sobre objetos muebles, admitiendo como correcta la tesis del autor alemán de que tecnicójurídicamente es correcto el planteamiento de la prenda como transmisión condicional de la propiedad a favor del comprador que se constituye en deudor prendario con pequeñas matizaciones, y argumentando que las objeciones que se puedan hacer a la teoría alemana no son aplicables en el Derecho español analizando los supuestos para probar su afirmación.

El primer punto es la reserva de dominio y la posesión de la cosa vendida, ya que la prenda exige entrega de la cosa, o cuanto menos el establecimiento de una coposesión especial entre acreedor y deudor sobre la cosa establecida en el párrafo 1.026. Ello coloca la prenda en el último lugar de desenvolvimiento de derechos de garantías, ya que, al analizar su evolución: 1.º, transmisión propiedad; 2.º, transmisión posesión; 3.º, no transmisión, sino afección por publicidad, vemos que, así como los derechos reales de garantía sobre bienes inmuebles se acogen al sistema de publicidad tabular, los muebles no están protegidos por ella, sino que la publicidad de esta garantía radica únicamente en el desplazamiento posesorio. Opina BERCOVITZ que quedar anclados al sistema de la reserva de dominio clásica o de la cesión en garantía conduce a rechazar el progreso histórico de las garantías reales y quedar aprisionado en la primera fase de las mismas, ya que admitir la teoría de la asimilación al derecho de prenda sería evolucionar, quedando en el segundo momento de la evolución histórica, pudiendo darse todavía un paso más hacia su perfectibilidad mediante la mención del derecho en un registro de gravámenes, cosa que, si bien no se prevé en el Derecho alemán, sí que ocurre en el artículo 1.524 del Código italiano de 1942 y también en el Derecho español, en las leyes de H. M. y P. S. D. y Ventas a Plazos (art. 23).

Aun cuando efectivamente la conclusión que saca de que en el Derecho español, por argumentos de sobra conocidos, el desplazamiento posesorio no es necesario para la existencia de un derecho de prenda, personalmente opino que es bastante más que dudoso el admitir que la reserva de dominio sea en nuestro ordenamiento o deba asimilarse en nuestro ordenamiento, como pretende BERCOVITZ, a un derecho de prenda. Porque, si bien es correcto que se exija y se dé una publicidad

registral a la reserva para su eficacia frente a terceros, no hay que olvidar que la reserva de dominio cumple su finalidad, primero, inter partes, y por la tercería de dominio, si el objeto ha salido del ámbito de la relación originaria. Para admitir que sea un derecho de prenda que es un derecho real, habría que admitir, pienso yo, que la reserva de dominio es un derecho real, y sabido es que en nuestra patria la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, admiten que la reserva de dominio no es un derecho real, sino más bien un derecho de garantía no incluíble en la categoría de los reales, pues lo que persigue es someter la tradición a condición suspensiva independientemente del carácter que haya que darle a la posesión de la cosa detentada por el comprador hasta el total pago del precio.

Tampoco entro a discutir si es o no inícuca la consecuencia de admitir en nuestra jurisprudencia el pacto de reserva de dominio y de que se resuelvan ordinariamente los litigios a favor del vendedor. Tampoco diría que la doctrina del pacto de la reserva de dominio «contenga formalmente una infracción de la legalidad, ya que se trata de un fraude legal acuñado por la costumbre», sino que así como recoge BERCOVITZ es válido el argumento de HECK al descansar la fuerza de los hechos en la necesidad de la sociedad, y todavía añadiría personalmente, de las relaciones contractuales. Que la solución no es alentadora, que disminuye la seguridad y fluidez del tráfico, es cosa evidente y que comparto totalmente con el autor. Que, efectivamente, imponer al tercero un deber de diligencia extraordinaria, cerciorándose de la disponibilidad absoluta por el vendedor para evitar la sorpresa de la eficacia de una reserva en contra del principio de apariencia y buena fe, también lo comparto como excesivo, y también que a partir de la Ley de 1965 la eficacia frente a terceros de esta reserva venga condicionada a su constatación registral. Ahora bien: lo que no comparto, como anteriormente he dicho, es la asimilación al derecho de prenda.

El segundo punto abordado para defender la tesis comprende, según BERCOVITZ, la refutación a la crítica que se hizo de la teoría de BLOMEYER respecto a la reserva de dominio y la clase de condición a la que somete la tradición. Crítica dura la que se hace al autor alemán, ya que tiene frente al parágrafo 455 del B. G. B. No obstante, no existe en el Código español precepto correlativo al del alemán, con lo que para el autor de la obra que enjuiciamos basta justificar que, si bien el precepto alemán está en dicho cuerpo legal, no es menos cierto que los orígenes del mismo son contradictorios y que el precepto vino a zanjar por el principio de autoridad de la Ley un punto discutido tanto en la primera como en la segunda comisión de proyectos para el B. G. B.

En el Derecho español, aun cuando no hay precepto correlativo, se llega a iguales soluciones a través de la monografía ya clásica de CANDIL, influida por la dogmática germánica y por la recepción de la jurisprudencia y doctrina alemanas en el trabajo de OERTMAN en la R. D. P., estando el argumento central en que, aun cuando la compraventa obliga a transmitir la propiedad de la cosa, nada obsta a que la perfecta generación venga condicionada en su consumación al pago del precio.

De que la cláusula de reserva de dominio está recogida sólo en interés del vendedor y no del recíproco, al igual que en el Derecho alemán, y que en éste la decisión del criterio se tomó por vía de autoridad, así como el que en otras legislaciones se hace referencia a la reserva de dominio como derecho real de garantía asimilable a la prenda, concluye BERCOVITZ que, si bien cabe el condicionamiento de la tradición, puede también colegirse que cabe que opere no suspensiva, sino resolutoriamente con el fin de defender su tesis.

El tercer punto de defensa abordado en pro de su tesis es la reserva

de dominio y la prohibición de pacto comisorio que el párrafo 1.229 prohíbe y considera nulo. Correlativamente, en Derecho español, en los artículos 1.859 y 1.884, lo sanciona asimismo. Ello comporta, según BERCOVITZ, que, de mantenerse la reserva de dominio, ¿cómo va a ejercitar el embargo para asegurar el pago del precio el ejecutante sobre una cosa propia? Si la asimilásemos a un derecho de prenda, sería más lógico, ya que el *Jus distrahendi* es cosa natural, pues se ejercitaría sobre cosa propia del comprador, pues se le habría transmitido la propiedad bajo condición resolutoria. En Alemania se permite este embargo, ya que se admite la existencia de una renuncia tácita de la propiedad que conserva por la reserva de dominio el vendedor a favor del comprador en el momento de ejercitar el embargo; no obstante, como puede verse, esta posición y solución son demasiado artificiosas.

Como último argumento alega que dicha asimilación puede deducirse de los primeros párrafos del artículo 19 de la Ley de 1965, ya que los efectos especiales que se prevén a la reserva de dominio son los del derecho de prenda, y que, a su vez, con pequeñas variaciones, son el contenido del artículo 10 de la Ley de H. M. y P. S. D., y pues el acreedor, para el cobro de los créditos nacidos de los contratos inscritos en el registro a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Ventas a Plazos, goza de las preferencias establecidas en los artículos 1.922, 2.º, y 1.926, 1.º, del Código Civil. Si tenemos en cuenta que en dicho registro especial sólo cabe reserva de dominio si pactasen y prohibiciones de disponer, y que a estas mismas habría que considerar comprendidas en los beneficios que ofrece el artículo 19, si a estos supuestos el legislador los protege con los derechos de los citados artículos que hacen referencia a la prenda, es indudable que hay asimilación, pues cualquier otro tipo de garantía real sobre la cosa, si bien puede libremente pactarse, no está sometida a régimen de este registro especial, sino a otros registros, como se deduce de la Ordenanza para el Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles de 8 de julio de 1966 en su disposición transitoria tercera.

Pese a lo incuestionable del argumento de BERCOVITZ, todavía puede invertirse, puesto que del hecho de que el legislador atribuya en el supuesto concreto de dicho artículo 19 un efecto de acreedor pignoraticio en cuanto a preferencias y prelación en la ejecución patrimonial universal, puede interpretarse que constituye un beneficio legal aislado que en nada puede afectar la configuración de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio como un derecho de prenda; además de que el artículo 1.922, párrafo segundo, expresamente contempla el supuesto de que la prenda se halle en poder del acreedor pignoraticio, o sea en poder de la persona que vendió el bien mueble, y según la construcción que acepta BERCOVITZ, la cosa, en el supuesto de venta, la posee o se halla en poder del deudor prendario, caso totalmente opuesto al contemplado en el artículo 1.922. Igual argumento se puede emplear respecto al 1.926, 1.º, puesto que la palabra «dada en prenda» parece contemplar que la cosa está sustraída del ámbito del deudor prendario.

Analizados los puntos que el autor considera como cardinales para defender su tesis, se preocupa a continuación de contrastar las ventajas de la misma en la práctica y en casos concretos. Así entiende que en materia de transmisión de riesgos y adquisición de frutos, al mantener la configuración de la reserva de dominio, el principio de que las cosas perecen para su dueño, habría que entender que la cosa perece para el vendedor, ya que la *traditio* condicionada y excluida por acto de voluntad no había operado, y de admitir la doctrina de la prenda, es mucho más fácil justificar la pérdida, puesto que el comprador ya habrá adquirido, aunque bajo condición resolutoria. Semejante argumento aporta en materia de frutos, según los artículos 353 y 1.095 del Código

Civil para atribuir los frutos al comprador. Si se mantiene la reserva de dominio, habría que recurrir a la renuncia a los frutos hecha por el vendedor para poderlos atribuir al comprador. Sin embargo, este argumento no parece muy convincente, puesto que se puede neutralizar claramente dentro de nuestro sistema por la previsión que de ello hace el legislador en el artículo 1.120.

Otros aspectos importantes nacen respecto a la custodia, típica no sólo de este supuesto, sino de otras relaciones jurídicas y garantizada por una serie de beneficios a favor del acreedor que se plasman en unas normas de garantía, que si bien tiene su máximo exponente en la Ley Hipotecaria, también hacen suya la L. H. M. y P. S. D. Opina BERCOVITZ que no se puede admitir la aplicación estricta de dichas normas hipotecarias a la tesis por él preconizada, pues son excesivas; nos estamos refiriendo a la prohibición de disponer sin consentimiento y a la de trasladar la cosa de lugar, ya que dicha finalidad se cumple con que el acreedor sepa en todo caso y momento dónde se halla el objeto de garantía, bastando con imponer la carga de notificar al acreedor siempre que ello fuera posible, el traslado de lugar del bien mueble. Ello es con el fin de poder controlar el buen mantenimiento de la cosa para, en su día, si preciso fuera, hacer efectiva la garantía. Igual criterio se aplica a la enajenación en la que se recoge la prohibición de disponer sin el consentimiento del acreedor, lo cual, según el autor, lleva a inicuas consecuencias, ya que la Ley la prohíbe al comprador y la permite al vendedor. Este problema se podría solucionar permitiendo la venta al comprador, con detracción a favor del vendedor, de lo que falte por pagar todavía y teniendo el comprador la libre disposición del resto del valor, pues aunque en su día compró, al no poder hacer frente al pago de más plazos, debería poder enajenar la cosa a un tercero con subrogación en la relación de origen, lo cual haría que las tres personas que intervienen alcanzasen su objetivo, a saber: consumir la venta, recuperar la parte del precio pagado y adquirir el bien mueble, respectivamente.

Donde también apunta el autor que puede tener consecuencias óptimas la aplicación de la teoría de la asimilación al derecho de prenda es ante el problema de la indemnización por pérdida de la cosa, ya que en dicho supuesto se produce la adquisición de un montante que cubre el valor de la cosa y pagado de una vez. El problema se plantea sobre a quién hay que atribuirle la titularidad. Si se sigue la reserva de dominio será el vendedor quien percibiría la cantidad, no debiendo entregársela al comprador sino cuando satisfaga totalmente los plazos, ya que no estaríamos ante un supuesto de desaparición, sino en una sustitución de la misma, o más bien una transformación de real en dineraria. Como el centro de gravedad está en compaginar los intereses recíprocos de comprador y vendedor, entiende BERCOVITZ que no es satisfactorio el conferirle el precio a ambos, ni mucho menos al vendedor, ya que éste se beneficiaría al cobrar *in actu* lo que debía percibir aplazado, y el vendedor es privado de la parte aplazada, que, según el artículo 1.127, es un derecho que legalmente le pertenece. Por todo ello, dado lo insatisfactorio de las distintas posibilidades, se inclina por la atribución de la indemnización al comprador y garantía a favor del vendedor por la oportuna actuación de control del destino que pueda dar a la citada cantidad.

Como último interesante supuesto de aplicación recoge el de la situación concursal del vendedor, en la que si se sigue el sistema de reserva del dominio clásico, debería formar parte de la masa no solamente el bien vendido, sino las cantidades entregadas, con lo que el crédito del comprador se verá afectado inexcusablemente por la Ley del diviendo. No es preciso seguir el razonamiento, ya que puede colegirse cuál

es el resultado, caso también que se obviaría de seguir la tesis de la asimilación al derecho de prenda.

La última referencia que hace BERCOVITZ se refiere a la reserva de dominio respecto a los bienes inmuebles, y como consecuencia de la tesis que sustenta en toda la obra, cumple con el principio de consecuencia al atribuirle el carácter de asimilable a la hipoteca, aunque esta cláusula en la venta de dichos bienes carece de utilidad práctica, pues está superada por la mayor perfección y desenvolvimiento que ha alcanzado el derecho de hipoteca.

En resumen, podemos decir que se trata de una obra de tesis y, como todas las de este tipo, discutible, como se puede apreciar por lo original e interesante que es la tesis que sustenta: el asimilar la cláusula de reserva de dominio en la venta de bienes muebles a plazos a un derecho de prenda. Ello no obstante, ni empaña ni enturbia el indudable mérito que tiene, pues, aparte de recoger el entronque u origen de la doctrina en el Derecho alemán, logra plenamente el introducir al lector en el discurso de la obra en el dubio de aceptar o rechazar, sobre todo a la luz de la opinión dominante en nuestra patria, las conclusiones que el autor saca, llevándolo por caminos que sin duda marcan la dirección correcta a seguir en la elaboración de la figura jurídica que BERCOVITZ analiza, y desde luego no cabe la menor duda que lo consigue plenamente.

LUIS CASTELLS MARTÍNEZ

BROSETA PONT, MANUEL: *Estudios de derecho bursátil*. Editorial Tecnos. Madrid.

Bajo el título de *Estudios de derecho bursátil*, el profesor BROSETA PONT estudia dos interesantísimos temas de la vida jurídica mercantil: el del depósito y administración de valores y el de las operaciones bursátiles entre plazas.

En el primero de ellos, siguiendo su línea metodológica fiel a la concepción de HECK, de atenta observación de la realidad, constata la complejidad manual que lleva consigo el tráfico de títulos mobiliarios para postular una inmovilización física de la riqueza mobiliaria que no afecte a su movilidad jurídica.

Tras un examen de las soluciones adoptadas por el Derecho extranjero, aboga por la instauración de una sociedad positaria de los títulos valores que, recibiendo éstos directamente de los inversores o ahorradores, o indirectamente a través de los profesionales de la tenencia, administración y contratación mobiliaria (Bancos, Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio, Sociedades de Inversión Mobiliaria), se obligue a restituir en cualquier momento títulos de la misma especie y calidad, aunque no necesariamente los mismos depositados, y a realizar por cuenta y en nombre del depositante las transferencias que se le ordenen utilizando la técnica contable a fin de poder determinar en cualquier instante el saldo de cada depositante, manteniendo la sociedad depositaria siempre en su cartera todos los títulos depositados por sus clientes, de modo que en cualquier momento la cantidad total de los títulos depositados fuera el primer miembro de una ecuación, cuyo segundo sería la cifra total de los saldos acreedores de todos los clientes depositantes.

Sistemáticamente examina, con la claridad que le caracteriza, las diversas cuestiones jurídicas que su ambicioso proyecto plantea, comenzando por la naturaleza y licitud del depósito a realizar. Tras destacar la imposibilidad de concebirlo como un depósito irregular, dado que la sociedad depositaria en ningún momento se convierte en propietaria de los títulos que se le confían, la configura como un depósito regular en el que se dan dos circunstancias específicas: la de la *facultas solutionis* del *tantundem eius generis* y la de una limitada facultad de disposición, y al que se añade un pacto de cuenta corriente que nunca debe confundirse con la «cuenta de efectos o cuenta corriente de valores» que, a consecuencia de practicarse especulativamente por cierto sector de la Banca catalana, fue prohibida por Ley de 23 de febrero de 1940. Trata de la naturaleza fungible o no fungible de los títulos susceptibles del referido depósito, señalando los argumentos doctrinales y legales que permiten afirmar categóricamente que los títulos emitidos al portador pertenecientes a una misma serie son recíprocamente sustituibles, mientras los nominativos son de dudosa fungibilidad, amén de que, aun en el caso de darse, de poco serviría en un sistema inmovilizador, dado que la sustitución de unos títulos nominativos por otros exige las correspondientes anotaciones en el título mismo (o su canje) y en el libro registro de la entidad emisora.

Se plantea la cuestión de si en las transmisiones de títulos ya depositados hay que especificar su numeración, llegando, tras un minucioso análisis de preceptos legales, a la conclusión de que no es ello necesario en las transmisiones internas entre los depositantes y sí en aquellas cuyos adquirentes sean personas sin cuenta abierta en la sociedad depositaria.

Luego se refiere detalladamente a las distintas clases de títulos, a fin de averiguar si su particular régimen jurídico dispositivo es compatible o no con los principios fundamentales de la fórmula propuesta. Las acciones al portador, que, aun obedeciendo en su transmisión a un negocio causal y exigir la intervención del fedatario público, se transmiten con la simple tradición del documento, pueden calificarse de títulos ideales para el sistema propugnado, no así las nominativas, que, por su propia naturaleza, no admiten una restitución del *tantundem*; otro tanto cabe decir respecto de las obligaciones, si bien las nominativas presentan escaso interés práctico y las al portador, en principio viables al régimen postulado, presentan el inconveniente de que no se pueda conocer al titular favorecido por el sorteo de amortización, al no hacerse constar la numeración de los títulos; pero esta dificultad fácilmente se supera si se adscriben por la sociedad distintos números a los depositantes, según sus saldos, antes de cada sorteo, o se lleva a cabo un nuevo sorteo entre los mismos.

Dedica un específico examen a la custodia y transmisión de los títulos depositados por cuenta ajena por profesionales, señalando que, en tal caso, se requiere el consentimiento expreso del *dominus* de los títulos, pues no se puede delegar la custodia sin él (el contrato de depósito es *intuitu personae*). El consentimiento expresamente ha de recaer sobre la posibilidad de restituir títulos singularmente distintos a los entregados, aunque de la misma clase y calidad, sobre la posibilidad de que el depósito se constituya a nombre del profesional y sobre la circunstancia de que la custodia y administración de los títulos se realice por la sociedad depositaria en lugar de hacerse directamente por el profesional.

Se refiere al problema que plantea la legislación bancaria, que prohíbe los contratos de cuenta de efectos y exige la constatación de la numeración correspondiente a los títulos de las cuentas corrientes de valores mobiliarios. Despeja los obstáculos que la referida normativa pre-



senta a la fórmula propugnada por cuanto la *occasio legis* de la prohibición se debió a circunstancias excepcionales acontecidas en cierto sector bancario catalán hace más de veinte años, y la exigencia de la numeración de los títulos depositados obedecía a la necesidad de evitar que se sorprendiera la buena fe de los depositantes, transformando un depósito regular en irregular, con lo que el Banco se convertiría en propietario de los títulos, dándose, además, tan sólo en la legislación relativa a la Banca oficial.

En cuanto a la intervención de fedatario público en las diversas operaciones que ha de efectuar la sociedad depositaria, la considera indispensable en cuanto a la constitución del depósito a efectos de acreditar al cliente la legitimidad de la titularidad sobre los que en definitiva les sean restituidos en su día, lo que tiene gran importancia a efectos de posibles pretensiones reivindicatorias por terceros.

En el supuesto de las transmisiones de títulos entre los mismos clientes de la sociedad depositaria, si bien por la intervención del fedatario en la constitución, resulta indudable que la sociedad únicamente posee títulos legítimamente adquiridos, señala la conveniencia de la intervención también en la transmisión, por tratarse de un requisito impuesto imperativamente por la ley (D. de 19-IX-1936).

En cuanto a la restitución material de los títulos, señala la necesaria intervención del fedatario, que resulta obvia a efectos legitimadores tanto en la restitución por orden de transferencia como por orden de entrega material del titular, cuya distinta formalización matiza.

Respecto del ejercicio de los derechos incorporados a los títulos depositados, advierte que la sociedad depositaria tiene la obligación legal (artículo 308 del C. de C.) de ejercitar los derechos de contenido económico incorporados a los títulos depositados, pudiendo los interesados fijar libremente el procedimiento para la efectividad de los mismos.

El ejercicio de los derechos de carácter político-personal corresponde al propietario de los títulos, bien por el procedimiento de que sean los depositantes quienes exijan la restitución de sus acciones a la entidad depositaria, o que reciban un resguardo o certificado acreditativo de haber constituido el depósito. Aboga por este segundo sistema, más conveniente por su sencillez, y justifica su licitud, ya que ningún precepto de la Ley de Sociedades Anónimas exige la posesión inmediata ni la presentación material de las acciones al portador como requisito esencial insustituible para asistir a las Juntas generales, aparte de la libertad de forma que admite el artículo 59 de dicha Ley en orden al modo de acreditar la pertinente legitimación. Minuciosamente se refiere a las cautelas a adoptar en el caso de que los títulos hayan sido depositados por un Banco, para concluir, tras un agudo análisis, por la necesidad de la sustitución de los cupones relativos a dividendos, intereses, derechos de suscripción preferente por certificados expedidos por la sociedad depositaria.

Se pregunta por la compatibilidad entre el régimen de la sociedad propugnada y las frecuentes operaciones de pignoración de títulos.

Responde afirmativamente, dado que el artículo 1.863 del Código Civil admite la prenda en poder de tercero y el artículo 322 del mismo Código contempla la posibilidad de que, por voluntad de los interesados, pueda sustituirse la numeración de los títulos al portador por un depósito en el establecimiento público que designe el Reglamento de Bolsa, salvando así las dificultades que en un principio parece presentar la dicción literal de los artículos 320 y 321 del Código Civil; pero esta aseveración la condiciona, habida cuenta de que la individualización de la cosa pignorada es esencial en todo contrato de prenda, a un bloqueo total o parcial

de la cuenta del deudor en la sociedad depositaria, resaltando los pormenores del funcionamiento de esta garantía.

Estudia la problemática de la reivindicación de los títulos depositados por persona distinta a su legítimo titular, y, tras una referencia al régimen general de la irreivindicabilidad de los títulos valores, apoyado en la usucapión, la aplicación del artículo 464 del Código Civil y el número 3 del 545 del Código de Comercio, en base a este último funda la invocación del mismo por un depositante de títulos en la sociedad frente a la pretensión reivindicatoria de un tercero basada en el propio artículo, aduciendo las razones que la justifican.

En el improbable caso de quiebra de la sociedad, dado que la propiedad de los títulos la conserva el depositante, puede separar de la masa los títulos, en virtud del artículo 908 del Código de Comercio.

#### OPERACIONES BURSÁTILES ENTRE PLAZAS

En este segundo estudio de la obra, el profesor BROSETA hace gala de su profunda formación económica, imprescindible hoy para todo mercantilista, al revolucionarse no sólo las directrices metodológicas de la ciencia jurídica mercantil, sino también la misma realidad técnica y social que aquélla tiene que ordenar.

Tras una referencia al desarrollo económico y su financiación, entra de lleno en el análisis del mercado mobiliario, cuya eficacia exige limpios cauces en un clima de franca «transparencia» en el que se respete el principio de libre circulación de capitales, realizando los agentes mediadores una auténtica función de asesoramiento, y los mercados «locales», debidamente comunicados entre sí, sirvan a la unidad económica del mercado nacional.

Postulando la libre comunicación entre los mercados «locales» a fin de garantizar la debida elasticidad en el juego de la oferta y la demanda, deja bien patente que no se trata de una política económica particularista, sino todo lo contrario, ya que cada una de las diversas instituciones mediadoras en el mercado nacional (Bolsas, Bolsines, Corredores Colegiados de Comercio) «no deben anteponer los intereses locales o particulares a los superiores intereses del mercado nacional de valores».

Tras fijar los presupuestos básicos para el adecuado funcionamiento del mercado nacional de valores, entra en lo que podemos llamar propiamente argumento de su estudio: la crítica del artículo 58 del Reglamento de Bolsas y la exégesis del artículo 16 del Reglamento de Bolsines Oficiales de Comercio, señalando sus analogías y diferencias, para llegar a la conclusión de la ilegalidad del 58, que literalmente prohíbe el cruce de operaciones, por pugnar su contenido con diversos preceptos del Código de Comercio relativos al mandato mercantil y la Ley de Represión de las prácticas restrictivas de la competencia, sentando que, por su carácter prohibitivo, no puede ser interpretado extensivamente, por lo que es inaplicable a las operaciones bursátiles entre plazas distintas en las que intervengan uno o varios Corredores de Comercio colegiados.

Tras el examen del artículo 16 indicado, concluye que no son cruces de operaciones los envíos por los Agentes mediadores de las órdenes de sus clientes a las Bolsas o Bolsines de otra plaza ajena, siempre que para hacerlo así requieran los servicios de un mediador que ejerza sus funciones en la plaza de destino, señalando que lo que en definitiva se prohíbe es que el mediador opere directa y personalmente en un mercado ajeno a su plaza. Considera lícita toda orden dirigida desde cualquier plaza tanto a los Bolsines como a las Bolsas, siempre que sea di-

rigida a estos mercados a través de agentes mediadores de la Bolsa o Bolsín receptor.

Señala la necesidad de una interpretación conjunta y sistemática de ambos preceptos, de la que resulta la inaplicabilidad del artículo 16 a las relaciones entre Agentes de Cambio y Bolsa, pero sí su aplicación a las operaciones entre Corredores de Comercio y Agentes de Cambio y Bolsa, subrayando que el artículo 58 es inaplicable a las operaciones que no contempla expresamente.

Sumamente exhaustivo, contempla las diversas situaciones en que un mediador colegiado puede, y a veces debe, remitir una orden al mediador colegiado de otra plaza distinta, para concluir con el estudio concreto del régimen jurídico de la remisión de órdenes de compra-venta de valores de una a otra plaza, analizando la forma de la orden y el lugar de su perfección, así como el de la ejecución de la comisión de compra o de venta de valores, exponiendo las obligaciones fundamentales del mediador ordenante y del receptor, conjugando las obligaciones derivadas de su condición de fedatarios públicos con las que impone el secreto profesional.

Tanto en uno como en otro estudio, el catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia sienta unas claras y concisas conclusiones, que coadyuvan a la nítida comprensión de los complejos problemas planteados, cuyo estudio afronta sin separarse un ápice del contorno real en que están insertos.

Si la exposición, como ya el autor nos tiene acostumbrados, es magistral, no lo es menos el análisis y el razonamiento que presiden la investigación; la ciencia juridicomercantil precisa hoy más que nunca de estudios como el que nos acaba de deparar el profesor BROSETA PONT, que sirvan a la agilidad y seguridad que siempre han presidido las operaciones mercantiles. Todo ello la hace sumamente útil no sólo al investigador y al profesional, sino también al que por diversas razones se encuentre implicado dentro de la esfera bursátil.

VICENTE BALDO DEL CASTAÑO

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil español, común y foral* (tomo VI. Derecho de Sucesiones. Vol. III. Los particulares regímenes sucesorios: La sucesión intestada. La sucesión contractual. La sucesión excepcional), séptima edición revisada y ampliada por José Luis de los Mozos. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1971; 379 págs.

Personalmente he experimentado en todo momento una honda satisfacción cada vez que veo aparecer, revisado y puesto al día, algún volumen de la extensa obra *Derecho civil español, común y foral*, de don JOSÉ CASTÁN. Supone una toma de contacto, permanentemente revitalizada, con las instituciones fundamentales del Derecho civil, con la bibliografías y jurisprudencia más moderna y, también, con las inevitables lagunas y depresiones que nos incitan a la constante renovación de nuestra disciplina. Sobre todo, nos hace recordar aquellas horas estudiantiles, por desgracia ya lejanas, en que el «Castán» nos introducía, casi sin darnos cuenta, a veces ingenuamente, por la vastedad sin límites del viejo tronco.

Nos toca ahora enfrentarnos con el último peldaño del *Derecho civil español, común y foral*, correspondiente al tomo VI, volumen III, y que tiene como contenido la sucesión intestada, la sucesión contractual y la sucesión excepcional. El último y, quizá no sea aventurado afirmar, el más complejo y dificultoso por la índole misma de las instituciones que comprende. El profesor DE LOS MOZOS ha sabido llevar a feliz término, con la maestría que es en él habitual, una magnífica «recreación» de esta parte del derecho de sucesiones, tradicionalmente poco estudiada y mal comprendida. No sin razón el profesor DE LOS MOZOS manifiesta en el Prólogo su preocupación por la enorme dificultad que lleva consigo el proseguir y actualizar el *Derecho civil español, común y foral*, de don JOSÉ CASTÁN, sin violar al propio tiempo el estilo personal del llorado maestro y sin descender el nivel científico alcanzado por él. Mas es obligado decir, después de leer serenamente la obra, que no es fácil precisar sin tener delante la sexta edición («Sucesión intestada y contractual») y la quinta («Sucesión excepcional») del viejo tratado de don JOSÉ CASTÁN, lo que en la séptima edición ha permanecido y las adiciones introducidas. El profesor DE LOS MOZOS ha logrado seguir de cerca los pasos del maestro, captar o, mejor aún, reencarnar su inimitable estilo, su llaneza y sencillez a la par que su densidad científica. El estudioso del Derecho civil no podrá repetir en modo alguno, cual otro Eneas ante el fantasma de Héctor, *quantum mutatus ab illo!*, sino que volverá a tener en sus manos el *Derecho civil español, común y foral* de su juventud, enriquecido en su devenir, pero inmutable en su onticidad sustancial. Las viejas 100 páginas de don JOSÉ CASTÁN, sin perder sus cualidades de nitidez y estilo pedagógico, se han modernizado y enriquecido considerablemente: selecta bibliografía, magníficas notas, exposición brillante de las últimas aportaciones doctrinales, recogida comentada de la legislación posterior y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tratamiento exhaustivo de las instituciones del Derecho foral, según la novísima disciplina de las compilaciones y de sus mejores intérpretes, son otras tantas facetas que dan calidad a la obra y que el profesor DE LOS MOZOS ha sabido hacer con una síntesis difícil de lograr entre *vetus* y *novum*, entre lo clásico y perenne cimentado por don JOSÉ CASTÁN y las nuevas técnicas de la ciencia jurídica que el joven catedrático de Salamanca ha sabido introducir sin romper los moldes indelebles del *Derecho civil español, común y foral*.

Trata, pues, este volumen III del tomo VI, según la revisión y ampliación de DE LOS MOZOS, «de los particulares regímenes sucesorios: la sucesión intestada, la sucesión contractual, la sucesión excepcional». Tres partes bien delimitadas y analizadas con exhaustividad de manera que constituirán una obra de consulta obligada para profesionales y estudiosos del Derecho, sin por ello dejar de ser un libro fundamental para la didáctica del Derecho civil en las Facultades de Derecho.

La sección primera comprende 245 páginas dedicadas a la *sucesión intestada*, tanto en el Derecho civil común como en el foral. Se analiza en esta parte el concepto, fundamento y naturaleza de la sucesión intestada; la apertura de la sucesión intestada y el derecho de representación; el orden general de llamamientos en la línea recta descendente, ascendente, colateral y del cónyuge viudo. Se concluye con la sucesión abintestato en favor del Estado y la normativa de la misma en las legislaciones forales.

La falta de espacio nos veda destacar las múltiples facetas tratadas en esta primera sección. Quede constancia, al menos, de algunas de ellas especialmente sugestivas. Se delimita a la luz de la doctrina más moderna y con nítidas aportaciones personales la noción de sucesión intestada, su carácter supletorio frente a la testada y la crítica a la llamada

«sucesión legítima», que no constituye un *tertium genus* añadible a la doble vocación estampada en el artículo 658 del Código Civil, sino «un límite a la libertad de disposición por testamento o donación en beneficio de los legitimarios» (VALLET DE GOYTISOLO, LAGRUZ). Se analizan con sentido crítico las diversas doctrinas que fundamentan la sucesión intestada, y parece adecuado invocar como *ratio* legítimamente una pluri-dimensión de valores que convergen en un denominador común: intereses personales, familiares y comunitarios se unifican en un criterio *racional*, que otorga seguridad y permanente carácter social a la propiedad *ultra mortem* con la indeclinable garantía que ello supone para los terceros.

Es, en verdad, magnífico el estudio histórico que realiza el profesor DE LOS MOZOS de la sucesión intestada, desde el Derecho romano arcaico hasta el análisis de nuestras leyes históricas, sin olvidar las importantes modificaciones introducidas por la Ley de Mostrencos (16 de mayo de 1835). El sistema del Código Civil se expone también con un método histórico-evolutivo: directrices fijadas por la Ley de Bases, modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley de 13 de enero de 1928, que, como es sabido, limitó al cuarto grado los llamamientos en la línea colateral y estableció una nueva distribución de los bienes para cuando hereda el Estado (redacción actual del art. 956 del C. C.). Finalmente, se recogen las últimas alteraciones realizadas por la Ley de 24 de abril de 1958 y, recientemente, por la Ley de adopción de 4 de julio de 1970. Esta última, al señalar que el hijo adoptado plenamente ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos (artículo 179, ap. 1), excluye a los ascendientes y a los restantes órdenes sucesorios de inferior rango. Si bien cuando el hijo adoptivo concurre con hijos naturales reconocidos en la sucesión abintestato del adoptante, la herencia se distribuye entre ellos por igual (art. 179, núm. 2). A su vez, la nueva Ley, corrigiendo la omisión de la Ley de 1958, ha equiparado la relación padre adoptante-adoptado simple a la que se establece entre padre-hijo natural reconocido por lo que respecta a los derechos sucesorios (art. 180, ap. 3 del C. C.). La norma del artículo 939 del Código Civil, que llama a los hijos naturales reconocidos a la sucesión intestada a falta de descendientes y ascendientes, antepuestos a los parientes colaterales, se aplica, por tanto, tras la Reforma de 1970, a los hijos adoptivos en la adopción simple.

Al tratar la apertura de la sucesión intestada, se interpreta con acertada casuística el artículo 912 del Código Civil agrupando los diversos supuestos que generan la sucesión intestada en tres apartados: por razón del testamento (cuando uno muere sin testar, o con testamento nulo, o que haya perdido después su validez); por razón del contenido del testamento (que contiene disposiciones nulas, v. gr., preterición, condición captatoria, falsedad de la causa, etc.), y por premoriencia, o renuncia del heredero o incumplimiento de la condición (supuestos que podrían comprenderse en el grupo anterior). Se invoca constantemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo para ofrecer soluciones ágiles y vitales en apoyo de la exégesis legislativa. Se exponen, asimismo, con claridad las tres normas de distribuir la herencia entre los llamados a la sucesión abintestato: por personas (*in capita*), por representación (*in stirpes*) y la sucesión lineal (*in lineas*). Y aquí es menester evidenciar que el profesor DE LOS MOZOS ha sabido realizar un estudio muy completo de una institución tan compleja y difícil como es el derecho de representación. Muy adecuada su configuración, siguiendo a LAGRUZ, como exponente de la vocación indirecta en cuanto quebranta la regla del artículo 921 del Código Civil: *proximiores excludunt remotiores*; se critica su denominación, en modo alguno encajable dentro de la repre-

sentación como forma de cooperar a la conclusión de los negocios jurídicos en base a esa esfera de competencia (*Zuständigkeit*) que ostenta el *dominus*, o a la autorización legitimante (*Berechtigung*) que emana del representado para que el representante obre en su interés (*domini contemplatio*). Sobre todo, con clara visión de la praxis jurídica, se analiza su procedencia—casos de muerte del ascendiente, desheredación e incapacidad, según se infiere del art. 929 del C. C.—, sus efectos y la siempre discutida cuestión de si es posible su funcionamiento fuera de la sucesión intestada (en la testada y en la adquisición legitimaria).

Dentro de esta primera parte, tan bien ultimada con un examen pormenorizado de la sucesión intestada en las legislaciones forales, destaca el extenso apartado que se destina a exponer la *sucesión abintestato en favor del Estado*. Tema que el profesor DE LOS MOZOS conoce muy bien y al que en su día le dedicó un meritorio trabajo (*ADC*, 18, 1965, páginas 393-433). Dos corrientes historicodoctrinales han pugnado tradicionalmente por explicar el llamamiento del Estado a los bienes del que muere intestado: la romano-pandectista, que, apoyada en la asimilación de la *hereditas* sin sucesores civiles u honorarios a los *bona caducaria*, piensa que el Estado—*Fiscus Caesaris*, *Aerarium populi romano*—sucede *in loco heredis*, es heredero en sentido técnico-jurídico. La otra tesis, gestada en el seno del antiguo Derecho germánico y feudal, considera que el Estado recupera los bienes del que muere intestado y sin parientes en base a su *dominio eminente*. Variante fundamental de esta doctrina es el *droit de déhérence* francés, por el que el Estado realiza una especie de ocupación privilegiada sobre los bienes vacantes. Quizá más exactamente, una adquisición a título singular parecida a la del legatario (*in legatario loco*). El profesor DE LOS MOZOS examina con detenimiento las varias doctrinas que han configurado la naturaleza de la sucesión del Estado, así como su alcance en los ordenamientos comparados y en el Derecho español. No hay duda de que en la regulación del artículo 956 del Código Civil el Estado es sucesor abintestato a título de heredero. Pero ¿qué tipo de heredero? El profesor DE LOS MOZOS critica la tesis tradicional que asimiló la posición del Estado a la del heredero fiduciario, mientras los establecimientos de beneficencia e instrucción—calificados de herederos por el art. 957 del C. C.—tendrían la consideración de herederos fideicomisarios. Su conclusión es clara: el Estado es un heredero tipificado por una especial *función* en la que confluyen, evidentemente, principios del Derecho civil y del Derecho administrativo. Los perfiles de su *función*, y que hacen de aquél un heredero abintestato *sui generis* en cuanto debe destinar los bienes a los fines específicos marcados por el artículo 956 del Código Civil, no impiden su configuración como auténtico sucesor universal: tendrá que pagar los legados y las deudas del causante, si bien presumida siempre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (art. 957 del C. C.). Digamos, en conclusión, que el Estado es un heredero al que la ley llama en defecto de colaterales hasta el cuarto grado, si bien la vocación hereditaria en su favor está predeterminada por la propia ley en orden al destino teleológico del caudal relicto. La misma estructura jurídico-social del Estado y su indeclinable servicio a los fines de la comunidad delimitan con especial fisionomía su cualidad de heredero.

La sección segunda, referida a la *sucesión contractual*, comprende las páginas 246-323. No andamos sobrados de buenos trabajos sobre la materia, capaces de romper con la influencia romanista dominante en nuestro Código Civil opuesta a la delación sucesoria por vía contractual. De ahí el valor de estas páginas, que exponen en toda su vasta perspectiva, tanto en el Derecho civil como en el foral, las auténticas dimensiones de la sucesión pactada. Se hace la distinción obligada entre pacto suce-

sorio y sucesión contractual, esta última referida técnicamente «a la institución de heredero o a la ordenación de legado hecha por medio de contrato». Se exponen las distintas modalidades de pactos sucesorios—*pacta de succedendo*, *pacta de non succedendo* y *pactos dispositivos*—, así como la evolución histórica de la sucesión contractual en el Derecho romano, en el germánico y en el español. Asimismo, el profesor DE LOS MOZOS contrasta el sistema de los Códigos latinos, prohibitivo de la sucesión contractual, con el de los Códigos de tipo germánico, donde los pactos sucesorios se admiten con profusión.

Con razón critica el profesor DE LOS MOZOS, siguiendo a CIMBALI, al igual que en su día don JOSÉ CASTÁN, las fútiles objeciones formuladas tradicionalmente contra la sucesión contractual. Hay razones poderosas de índole sociológica y de economía familiar que justifican *de iure condendo* la admisión del pacto sucesorio en múltiples supuestos: conservación del patrimonio familiar, arraigo de familia, campesinas, promoción de la nupcialidad, etc. Sólo si hacemos girar el derecho de sucesiones en torno a la persona y su autonomía, movidos por el respeto a la vieja idea de la *voluntas ambulatoria*, sería criticable una admisión omnimoda de la institución de heredero por vía contractual.

La prohibición general de la sucesión contractual en nuestro Derecho, inferida del artículo 658 y plasmada positivamente en la norma del artículo 1.271 del Código Civil, no es absoluta. Con anterioridad a la reforma introducida por la Ley de 4 de julio de 1970, un caso de verdadera sucesión contractual regulaba el Código Civil en el artículo 174, 3.º y 4.º (redactado conforme a la Ley de 24 de abril de 1958), por la que el adoptado podía llamarse a la sucesión del adoptante. En la actualidad perviven dos claros exponentes: la donación de bienes futuros hecha por los esposos en capítulos matrimoniales (art. 1.331) y la promesa de mejorar o no mejorar, con o sin entrega de bienes, que será irrevocable siempre que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso con un tercero (arts. 826 y 827 del C. C.). El profesor DE LOS MOZOS corona el estudio de la sucesión contractual con un análisis estructural de los elementos—personales, reales y formales—del pacto sucesorio, así como de los efectos—antes y después de abrirse la sucesión—que el mismo produce.

Por lo demás, y en franco contraste con el sentido prohibitivo del Código Civil, las legislaciones forales han sido campo abonado, tanto históricamente como en el sistema actual de compilaciones, donde han germinado fecundamente los pactos sucesorios. El profesor DE LOS MOZOS analiza con todo detalle el ámbito y contenido de la sucesión pactada en la Compilación de Aragón; el heredamiento catalán como típica institución contractual de heredero (art. 63 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña); la donación universal *propter nuptias* en el Derecho de Navarra, así como las manifestaciones de la sucesión contractual en Vizcaya y Galicia.

La sección tercera y última (págs. 324-355) se destina a tratar la llamada *sucesión excepcional o extraordinaria*, de configuración jurídica *sui generis* al estar regida por normas especiales ajenas a los principios sucesorios recibidos del Derecho romano. Su manifestación tradicional, las *vinculaciones*, bien civiles (mayorazgos) o eclesiásticas (capellanías y patronatos), apenas ofrecen interés. Obedecen a unas concepciones jurídicas pretéritas, hijas del inmovilismo de la riqueza y de las prerrogativas estamentales, hoy día, por fortuna, en franca crisis. Mas como los fenómenos históricos no son círculos herméticos o mónadas absolutas, sino proceso y reversión con su rico contenido dialéctico, sucede que las nuevas funciones economicosociales de la familia tanto rústica como urbana imponen de nuevo la fórmula vinculatoria para el goce y

productividad de ciertos bienes. El profesor DE LOS MOZOS, experto agrarista y buen conocedor del Derecho de urbanización, nos ofrece la antigua sucesión excepcional vinculatoria en su rica y social novedad de sucesión vinculada al Derecho de colonización o arrendaticio. El patrimonio familiar indivisible se transmite *mortis causa* «a una persona física, como único titular del mismo» (art. 2.º Ley 15 julio 1952), perteneciente al círculo de los herederos forzosos del *de cuius*. Porque, en definitiva, no puede olvidarse que el patrimonio familiar es un bien vinculado a la familia campesina y en su ámbito parental debe supervivir. Reclamar heredero único es asegurar la continuidad de explotación y su rendimiento óptimo.

En esta concepción moderna, típicamente socializadora, de la sucesión excepcional vinculatoria hallamos otras manifestaciones, propias del Derecho de colonización, arrendaticio o laboral, v. gr., el fallecimiento del titular de un huerto familiar hace entrar en el disfrute del mismo a la viuda y, en su defecto, a los hijos solteros que continúan viviendo bajo el mismo techo, en último término al hijo cuya familia sea más numerosa (art. 6.º, 3 Decreto 12 mayo 1950); las casas baratas se hallan vinculadas, pues no pueden ser transmitidas por título distinto al de herencia o donación al heredero prefijado por la ley; importantes, al respecto, las disposiciones especiales sobre sucesión *mortis causa* en el arrendamiento urbano (arts. 55 y sigs. L. A. U., texto refundido 24 diciembre 1964) o rústico (art. 18 Reglam. 29 abril 1959); igualmente en el campo laboral, donde una extensa legislación prevé en favor de la viuda el abono de las indemnizaciones por muerte o accidente del causante trabajador, así como el derecho a pensión de orfandad en beneficio de los hijos, bien subsidio de defunción para la viuda y sus hijos (Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 diciembre 1963, texto articulado por Decreto de 21 abril de 1966).

Como colofón a esta magnífica obra se ofrece una reseña exhaustiva de las obras de don JOSÉ CASTÁN, según la relación sistematizada incluida en el tomo I de los *Estudios de Derecho civil en honor* del ilustre maestro editados por la Universidad de Navarra en 1969. También, y a continuación, se detallan los trabajos del profesor DE LOS MOZOS, que dan buena cuenta de la ingente producción que ya tiene en su haber, pese a su juventud, el prestigioso catedrático de la Universidad de Salamanca.

*Exsultabunt ossa humiliata!*, clamó David en memorable Salmo. También las cenizas de don JOSÉ CASTÁN, hombre humilde y sencillo, saltarán de júbilo al ver cómo su obra monumental e imperecedera supervive actualizada por obra de excelentes civilistas que, como el profesor DE LOS MOZOS, saben enriquecerla y presentarla con la vitalidad de siempre.

MARIANO ALONSO PÉREZ  
Profesor de Derecho civil

MASI, ANTONIO: *Studi sulla condizione del Diritto romano*. Milán. Ed. Giuffré, 1966; 286 págs.

#### I) EL CONTENIDO DE LA OBRA

Este nuevo título pertenece a la serie de estudios que, bajo el patrocinio de la Universidad de Roma, publica el Instituto de Derecho Romano y de los Derechos del Oriente Mediterráneo, estudios que en



su inmensa mayoría están dedicados a la investigación de instituciones o puntos concretos del Derecho romano. Esto presupuesto, no cabe desconocer la enorme importancia de una investigación en profundidad acerca de la condición en el Derecho romano, que venía ya notándose a faltar en el acervo jurídico actual.

El autor de esta obra que comentario había venido forjando su personalidad de investigador en una serie de trabajos romanísticos: «Note sulla *transmissio Iustiniana*» (1), «*Stipulatio praepostera*» (2), «Il negozio *utile* o *inutile* in diritto romano» (3), «Deficienza e adempimento fittizio della condizione mista in diritto classico e in diritto giustiniano» (4), «Retroattività della condizione e *donatio mortis causa* fra coniugi» (5).

En la obra, MASI agrupa una serie de estudios—de ahí el título—dedicados a la condición en Derecho romano, que vienen a condensar los resultados por él habidos en sus investigaciones. Conviene no perder de vista este factor, primordial a la hora de enjuiciar su labor y que enmarca el desarrollo del contenido del tema dentro de la idea original de su autor.

La obra se desarrolla en una Introducción sobre las distintas posiciones doctrinales acerca del problema de la condición, y dos partes. En la Parte Primera trata de «la pendencia de la condición y efectos del cumplimiento», subdividida en una serie de capítulos que, respectivamente, tratan de la *stipulatio* y el legado condicionales, de la retroactividad del cumplimiento de la condición, de la relevancia de la relación condicional en Derecho clásico y en la Compilación *justiniana*, y consideraciones concluyentes. En la Parte Segunda se trata del «cumplimiento ficticio de la condición», con dos capítulos que tratan, respectivamente, de los principios *condicio pro impleta habetur, si per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quominus impleatur* y *condicio pro impleta habetur, si per eum non stat, quominus impleatur*. Concluye la obra con un Índice de las fuentes utilizadas.

En este comentario seguiremos el orden del autor en su exposición. En la Introducción estudia las posiciones doctrinales sobre el problema de la condición y la cuestión de las ficciones de cumplimiento de la condición. El punto que sirve al autor de partida es el derivado del consenso mayoritario doctrinal acerca de los resultados habidos por VASSALLI (6), quien constata que, respecto a los efectos de la condición suspensiva, en la fase de pendencia, las fuentes presentan una duplicidad de soluciones y de concepciones, ya que, según algunos textos, se niega al negocio condicional todo efecto jurídico hasta el cumplimiento de la condición, y, según otros, el negocio crea ya durante la pendencia un derecho capaz de varias manifestaciones; las concepciones de los compiladores *justinianos* habrían sido sustancialmente *diversas* de las de los juristas clásicos, y en la Compilación cabe ver el resultado de un movimiento tendente a aproximar el régimen de las relaciones condicionales al de las relaciones constituidas con término inicial.

Este planteamiento postulado por VASSALLI de la existencia de una diversidad de soluciones entre los clásicos y de la superación de tales dificultades por los bizantinos es el cuestionado por MASI en su obra, tratando de reconstruir históricamente la doctrina romana de la condición, bien respecto al problema de la relevancia de las relaciones con-

(1) ARANGIO-RUIZ, *Synthese*, II, págs. 1026 ss.

(2) BIDR., 63, 1960, págs. 194 ss.

(3) RISG., 93, 1959-62, págs. 79 ss.

(4) *Studi Cagliari*, 43, 1962-63, págs. 101 ss.

(5) *Ann. di Storia del diritto*, 7, 1963, págs. 41 ss.

(6) «*Dies vel condicio*. Lineamenti della dottrina romana della condizione», en BIDR., 27 1914, págs. 192 ss. (= en *Studi*, I, 1960, págs. 223 ss.).

dicionales, bien respecto a la cuestión de los efectos del cumplimiento de la condición misma.

De otra parte, en orden a las hipótesis en que ha habido «cumplimiento ficticio» de la condición, estudia las relaciones existentes entre los tres conocidos principios y las modificaciones que hayan podido introducir en ellos los compiladores *justinianeos*.

La Parte Primera—«Pendencia de la condición y efectos del cumplimiento»—comienza con un primer capítulo que, dedicado a *Stipulatio* y legado condicionales, ocupa él sólo casi una mitad de la obra. Parte en su estudio de la antítesis del régimen entre *stipulatio* y legado condicionales: para algunos, en el Derecho clásico, la eficacia retroactiva de la condición se habría «admitido limitadamente» en las hipótesis en que la condición accediere a una *stipulatio*, en tanto que habría sido «excluida» en aquellas en que fuere opuesta a un legado de crédito; para MASI hay que distinguir el momento en que se cumple la condición (decisivo para el legado condicional) y el momento de conclusión del negocio (relevante para la *stipulatio* condicional). Analiza una numerosa serie de textos, comenzando por uno relativo a adquisiciones por siervo e hijos de familia (D. 45.3.40, Pomp. 33 ad Quintum Mucium) y otro relativo a la contraposición del régimen propio del legado y de la *stipulatio* (D. 50.17.18, Pomp. 6 ad Sabinum), de los que parece deducirse que en los legados se hacía referencia al *dies cedens*, viniendo a ser la solución casi la misma que si el legado hubiese sido puro y no condicional.

Estudia la transmisibilidad de las relaciones condicionales inter vivos y la intransmisibilidad del legado *pendente condicione*, diversidad de soluciones que viene reafirmada en las fuentes en una serie de textos, y cuya ascendencia clásica se ha puesto en duda por BONFANTE—ya que la transmisibilidad de las relaciones condicionales inter vivos se concilia mal con el conocido principio *obligatio ab heredis persona incipere non potest*—, pese a lo cual MASI refuta a BONFANTE y aduce textos concluyentes al respecto: D. 36.2.19. 3 y 4; D. 18.4.19; D. 46.2.24 y D. 36.3.10; D. 31.82. pr.; D. 36.1.46.1 y D. 36.1.28.7; D. 35.2.73.1; D. 23.4.23; D. 24.3.45; D. 18.6.8. pr.; 17.1.34.1; D. 40.9.8. pr.; D. 44.7.42. pr.; Gai. 4.53 b) e Inst. 4. 6.33 b); D. 45.1.99.1 y D. 45.1.27.1; D. 21.1.43.9 y D. 46.3.36, D. 5.1.35 y D. 45. 3.26; D. 17.2.27 y D. 45.1.98. pr., y D. 30.41.1-2. A lo largo de esta serie de casos, el autor va estudiando los problemas planteados por cada uno de ellos, las distintas interpretaciones de los romanistas y su especial incidencia respecto de las relaciones condicionales y su transmisibilidad, del lado activo y del lado pasivo. Especial interés tiene el detallado análisis del D. 36.2.19.3 y 4, sobre un legado de liberación a favor de un deudor condicional del testador, del que se deduce la posibilidad de transmisión de la obligación condicional tanto desde el lado activo como desde el pasivo. La confirmación de esto es la variedad de supuestos en las fuentes, citados antes, en especial en tema de *legatum debiti* dispuesto en la forma *per damnationem* (así, D. 31.82. pr. Paul. 10 quaest.) y en lo concerniente al problema del cómputo de los créditos y deudas hereditarias sujetos a condición a los fines de la aplicación de la *lex Falcidia*, además de los casos de constitución de dote en forma de *stipulatio* condicional, de la *cautio legatorum servandorum causa*, de la compraventa y mandato condicionales, de la *stipulatio poenae* y de la aplicación de la *lex Aelia Sentia* a las manumisiones en fraude de acreedores. Detenido es el estudio de la relación entre la *litiscontestatio* y la relación condicional o, de otro modo, el problema de la consunción o no de la acción intentada antes del cumplimiento de la condición; considera bajo el perfil del *agere ante condicionem* el pasaje contenido en D. 46.3.36. La exégesis del D. 45.3.26 (= Vat. fr. 55) es fundamental para

quien quiera intentar dibujar el desenvolvimiento en la construcción del negocio condicionado, destacando el autor la significación de la expresión *vires accipere* usada en relación a *statuta libertas*. Finalmente, tras analizar el D. 30.41.1-2, sobre un legado de materiales incorporados a un edificio y un legado de cosa del legatario, combate la supuesta divergencia de opiniones entre Sabinianos y Proculeianos respecto a la «intensidad de efectos» de la relación condicional y expone la famosa «regula catoniana». La exposición de este primer capítulo de la obra finaliza de pronto, sin elaborar unas mínimas conclusiones de toda la larga y pormenorizada dedicación a la antítesis de régimen entre *stipulatio* y legado condicionales.

En el capítulo segundo de esta Primera Parte se estudia «La retroactividad del cumplimiento de la condición». Tras analizar el D. 18.6. 8. pr., sobre una compraventa condicional, confirmado por otro texto (D. 20.4.11.1) sobre la eficacia de una hipoteca en garantía de una obligación condicional, pasa a analizar la pretendida retroactividad de la condición en el legado *justiniano*. Estudia casi exhaustivamente el punto de la retroactividad de la condición y la *donatio mortis causa* entre cónyuges, en especial al tratar de determinar qué estructura y efectos debía tener el tipo de donación calificado como *omnis mortis causa donatio*. Pasa después a analizar los problemas de la retroactividad del cumplimiento de la condición en la *traditio* condicional, en la *manumissio* condicional, en la revocación real, en el caso límite del Gai. 3.146, a caballo entre la *emptio venditio* y la *locatio conductio* y en la *stipulatio praeposter*. Concluye este capítulo segundo con un resumen sobre la esfera de aplicación y alcance de la retroactividad de la condición en la Compilación Justiniana.

En el capítulo tercero, dedicado a «La relevancia de la relación condicional en el Derecho clásico y en la Compilación Justiniana», en primer lugar estudia la pretendida tendencia justiniana a asimilar la relación condicional a la *a término*, solamente para los negocios inter vivos, en especial la *stipulatio*, pero no para los legados, ya que la doctrina del *dies cedens* impedía tal aproximación; con las indudables *repercusiones de tipo práctico*, cuales las de ligar la admisión del acreedor condicional a la *separatio bonorum* y a la *missio in possessionem*. En segundo lugar estudia la pretendida tendencia compilatoria a admitir para el legado una transmisión del dominio *pendente condicione*. Pasa, en tercer lugar, a dedicar un detenido análisis a la novación condicional y especialmente trata de la conversión de la *prior obligatio* de pura en condicional y de la relación de la novación condicional con la *purgación* de la mora. Finaliza, en cuarto lugar, con el estudio de la *acceptilatio* de un débito bajo condición.

En el capítulo cuarto de esta Primera Parte se dan por MASI una serie de «consideraciones conclusivas» de todo lo expuesto, pero que en realidad se limitan de manera *exclusiva* al problema de la antítesis del régimen entre *stipulatio* y legado y a la cuestión de la intransmisibilidad del legado *pendente condicione*—temas estudiados en el capítulo primero de esta Primera Parte—: en primer lugar, dicha antítesis no cabe observarla en el criterio de la retroactividad de la condición, que viene a ser a modo de conceptualización de la situación jurídica creada, respectivamente, por una *stipulatio* o una *emptio venditio* condicionales y se pone como un *posterius* respecto a ésta; la antítesis tiene su fundamento en la diversidad de *estructura* de tales institutos; el problema verdadero es el del fundamento de la *intransmisibilidad* del legado condicional, cuyas diversas conjeturas doctrinales parecen al autor insuficientes, proponiendo que el régimen del legado debió ser *antiguamente* análogo al de la *heredis institutio*, caracterizado por el criterio

de la intransmisibilidad de la delación. *En segundo lugar*, la citada antítesis de régimen ha sido acentuada por la jurisprudencia, que ha tenido ocasión de desarrollarla en la solución de problemas concretos, según se expone por el autor en el capítulo primero de esta Parte. *En tercer lugar*, parece al autor seguro no cabe hablar de divergencia de opiniones entre diversos juristas clásicos y que las excepciones a tal antítesis de régimen se centran en puntos concretos cuales los del *pignus* y la novación; debe, pues, excluirse la posibilidad de un tratamiento *unitario* del problema de la pendencia de la condición. *En cuarto y último lugar*, estudia tal antítesis en la Compilación Justiniana, observando cómo los justinianos han acentuado tal antítesis, con su *tendencia* a aproximar el régimen de las relaciones condicionales inter vivos al de las relaciones constituidas «con término inicial», de cuya tendencia aproximativa *ha derivado* la extensión al acreedor condicional de la posibilidad de valerse de la *separatio bonorum* y de obtener la *missio in possessionem*; paralelamente, se da *otra tendencia* a admitir el criterio de la *retroactividad* para el solo campo de los *contractus*, aunque desde un punto de vista práctico tal aplicación ha sido muy circunscrita (D. 20.4.11.1, en tema de hipoteca) y en sustancia se reduce a una conceptualización de la relevancia de los *contractus* bajo condición durante la pendencia de ésta.

La Parte Segunda está toda ella dedicada al análisis del tema «El cumplimiento ficticio de la condición». En el capítulo primero se estudia el conocido principio *condicio pro impleta habetur, si per eum, cuius interest condicionem non impleri, fit, quo minus impleatur*: recoge de DONATUTI (7) los tres *presupuestos* de tal principio—tal cual aparece en el Derecho Justiniano—, o sea un comportamiento tal que el incumplimiento no pueda serle imputado al interesado, la coexistencia de todos los elementos necesarios para el cumplimiento de la condición y el intento de impedir los efectos del cumplimiento de la condición. Este tercer requisito podría haber aparecido debido a alteraciones ocasionales hechas por los justinianos, notando el autor cómo aflora indiscutiblemente en las fuentes tal requisito, cuya *función* cree sería la de precisar los límites de aplicabilidad del principio bajo otro perfil, y cuyo *origen* sería debido únicamente a la particularidad del hecho *in condicione*. Finaliza este capítulo estudiando la esfera de aplicación de tal principio, que en principio debió ser formulado por la jurisprudencia respecto a las manumisiones y con el tiempo fue extendido a *otros* actos *mortis causa* y, además, a la *stipulatio* y a la *emptio venditio*.

En el capítulo segundo de esta Parte Segunda se estudia el principio *condicio pro impleta habetur, si per eum non stat, quominus impleatur*: para algunos, este principio habría sido fruto de una generalización justiniana y su punto de arranque sería algunas decisiones concretas cuya clasificación radica en el *favor libertatis*; para MASI el examen de las fuentes—Ulp. 2.4.6; D. 40.7.20.3 y D. 35.1.94. pr.; D. 30.54.2. y D. 9.2.23.2; D. 40.7.39.4 y D. 40.7.3.12; D. 40.7.28. pr.; D. 40.7.3.10 y D. 36.2.5.5; C. 6.46.6; D. 40.7.35 pr.; D. 40.4.55; D. 40.5.33.1; C. 6.46.3; D. 35.46.6) es muy importante a los fines de la *creación* del principio cuestionado por parte de los compiladores justinianos, ya que la enunciación categórica del principio contrasta con el hecho de que tal principio no está enunciado en el *Digesto*; estudia diversos textos en tema de legados o de fideicomisos de *annua* o de *alimenta*. Tras examinar el supuesto de la *denegación* de colaboración por el tercero respecto de quien se debía cumplir la condición (D. 35.1.31), concluye este capítulo, y con

(7) "Sull'adempimento fittizio delle condizioni", en SDHI., 3, 1937, pág. 64.

él la obra, con unas *conclusiones* sobre la esfera de aplicación del principio y el concreto punto de su aplicabilidad a los actos de última voluntad *diversos* de la *manumissio*.

## II) CONSIDERACIONES CRITICAS

La casi exhaustiva enumeración de hipótesis extraídas de las fuentes, en que diversos aspectos del instituto de la *condición* vienen directamente regulados o aludidos, haría casi inacabable unos comentarios sobre obra tan compleja. Aquí me limitaré a resaltar aquellos puntos o afirmaciones del autor que me han parecido más interesantes, con la inevitable secuela de los perfiles de forma y de fondo bajo los que cabe enjuiciar esta obra.

A) ASPECTOS A RESALTAR DE LA OBRA.—La alusión del autor a la opinión de ARCHI (8) sobre el triunfo definitivo en el ambiente bizantino del principio según el cual en la actividad contractual—en sentido lato—es la *voluntas*, el *consensus* de las partes o la parte, en su origen, el que señala el *momento* perfeccionador del negocio, con lo que se llegaría a la consecuencia de que la *condición* actuaría desde *el interior* del negocio y no desde fuera, como en la concepción *clásica*. Otra alusión, la referida a VASSALLI, quien invitaba al legislador moderno a superar «aquellas columnas de Hércules que demasiado frecuentemente ha constituido la legislación de Justiniano», y en especial le invita a eliminar la diversidad de tratamiento respecto a las condiciones resultante del antiguo artículo 853 del Código Civil de 1865, ya abolido en el de 1942 (9). La referencia a la inconsistencia de los argumentos de BONFANTE sobre el principio *obligatio ad heredis persona incipere non potest*. El estudio profundo del *legatum optionis*, en relación con la Constitución del año 531 (C. 6.46.3). La especial forma de enfocar el estudio de las donaciones *mortis causa* entre cónyuges y la búsqueda de aquel otro tipo de ellas denominado *omnis mortis causa donatio*. El análisis del término *cum moriar*. La evidencia de que la formulación del criterio de la retroactividad de la condición por obra de los compiladores justinianeos se hizo limitadamente, y aun en casos en que se podían crear dificultades, como en la *emptio rei speratae* (D. 18.1.8. pr.); asimismo, la evidencia de que tal eficacia retroactiva debe ligarse a la voluntad de las partes y, por ello, está *excluida*, en vía de principio, en aquellos casos en que las partes no la han previsto. La especial mención de que la asimilación de la relación condicional *inter vivos* a la constituida *a término*, hecha por los bizantinos, fue efectuada teniendo muy presente la noción de *accreedor condicional* que los mismos justinianeos tenían, a modo de *genus*, caracterizado por la circunstancia de que el acreedor se encuentra en un estado de pendencia, de expectativa. La mención de las dos *leges geminatae*, ambas sacadas de dos pasajes de Javoleno (D. 23.3.80 y D. 23.3.83), relativos a la hipótesis de una *promissio dotis* por parte de un deudor de la mujer. La referencia a que en los legados condicionales —aun en el régimen más antiguo del Derecho *clásico*—el *cédere diem* debía, además, presuponer el cumplimiento de la condición. La refutación de la hipótesis corriente de que entre los juristas *clásicos* debió existir una divergencia de opiniones respecto a la transmisibilidad del negocio condicional. La conclusión que sienta en orden a que las afirmaciones de los justinianeos respecto a la estructura de las relaciones

(8) "Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano", en *Studi Betti*, II, págs. 31 ss.

(9) Es la antinomia entre el régimen del artículo 759 del Código Civil español y el distinto régimen para las relaciones condicionales *inter vivos* (art. 1.112 del Código Civil).

condicionales *no* han necesitado una radical modificación de las soluciones *clásicas* por ellos utilizadas. La brillante interpretación de un pasaje de Javoleno (D. 40.7.39.4. Iav. 4 ex post. Lab.) relativo a la condición apuesta a una manumisión expresiva de *si Attiae mille nummos dederit*, cuando Atia hubiere muerto *vivo testatore*, y su conexión con otro texto de Ulpiano (D. 40.7.3.12) en que la condición de la manumisión era *cum decem dare poterit*. La decidida intervención en el problema cuestionado sobre el fundamento de la regla de que *la condición se tiene por cumplida cuando el tercero cuya cooperación hubiera sido necesaria para el cumplimiento de la condición hubiere rehusado el prestarla*, siendo evidente para MASI que Africano, recogiendo la idea de Juliano (D. 35.1.31), había hecho referencia al principio *condicio pro impleta habetur, si per eum non stat...* Principio éste al que ya se había referido Trebacio, pero que parece fue Sabino quien sacó de él el máximo de posibilidades al aplicarlo no sólo a los casos de falta de colaboración del tercero respecto de quien se debía cumplir la condición, o de la muerte de dicho tercero, o de impedimento al cumplimiento de la condición por circunstancias extrañas a la voluntad del gravado, o incluso en los legados. Tal principio, para DONATUTI debía ser, respecto de los actos *mortis causa*, diversos de la manumisión, aplicado por los bizantinos como una regla de interpretación: tesis rechazada por MASI, al entender que ello no se deduce de los textos examinados, ya que los compiladores no sólo *no* han resuelto, sino que *no* han afrontado el problema de la aplicabilidad de dicho principio a otros actos *mortis causa* distintos de la manumisión, cuando la condición a ellos apuesta hubiere faltado por circunstancias extrañas a la voluntad del gravado.

B) CRÍTICA BAJO EL PERFIL FORMAL.—Bajo dicho perfil cabe hacer algunas observaciones que creo dignas de atención. La *primera*, ya derivada del propio título («estudios»), consiste en la que cabría llamar falta de conexión entre los distintos apartados de la obra, que parecen no obedecer a ninguna idea directriz común. La *segunda* radica en la manera de redactar o estilo propio del autor, consistente en frases con duplicidad de negaciones, incisos, segundones, además de remisiones a otros lugares, anteriores o posteriores de la obra, lo que no contribuye a la claridad precisamente. La *tercera* obedece al enfoque de cada cuestión, presentando opiniones de otros autores con gran argumentación, para despachar el tema a renglón seguido, sin más, en sentido totalmente contrario: Parece *como si* se hubiera desarrollado el tema objeto de la obra a partir de las opiniones de VASSALLI, GROSSO y DONUTATI, para decir todo lo contrario. La *cuarta* es la ausencia de unas claras conclusiones, claras al fin del capítulo primero de la Parte Primera, que se ofrecen en el capítulo cuarto de dicha Parte; lo mismo cabe decir respecto del capítulo tercero de esta Parte, que acaba sin pena ni gloria, y respecto de cada fin de capítulo en la Parte Segunda, y aun en el final de la obra.

C) CRÍTICA BAJO EL PERFIL DE FONDO.—Una *primera* advertencia es la antes apuntada respecto al aspecto formal, de la desconexión entre los apartados de la obra, es decir, el enfoque cuando menos fraccionado del tema, cuya complejidad y riqueza de matices impondría un rigor conceptual y un método sistemático en la exposición. La *segunda*, ligada a la precedente, es la aparente falta de dogmática moderna con la que cada autor se acerca al Derecho romano—en la feliz frase de BETTI—, lo que deja al lector con la duda de cuál sea la noción que el autor tiene de la *condición*, de su modo de funcionar, de las ficciones de cumplimiento, de la eficacia retroactiva, etc. La *tercera* advertencia es que, dada la ósmosis que hoy tenemos entre las distintas investigaciones en

el actual Derecho privado, en el que cabe incluir los estudios romanísticos, ni siquiera aparece un *concepto* de condición en toda la obra, que se da por sobreentendido; ¿cómo desconocer hoy la aportación fundamental de la obra de FALZEA? (10). Sin embargo, no aparece citado ni una sola vez, ni ningún otro civilista. Este hecho tan revelador no puede menos de suscitar perplejidad y debe cargarse en el *debe* del autor: es palmaria hoy en día la necesidad de acudir a los moldes de la dogmática moderna ante las imprecisiones en la investigación romanista. La *cuarta* observación es que, en tema de negocios «inútiles», la interpretación de DI PAOLA (11) me parece preferible a la utilizada por el autor, y lo mismo cabe decir acerca de las llamadas *leges perfectae* y en tema de donaciones entre cónyuges. La *quinta* advertencia es que en la exposición se relacionan un supuesto tras otro, sacados de las fuentes, sin la menor sistematización ni encuadre dentro de cada institución o de cada rama del Derecho privado: todo ello dificulta enormemente al intérprete la labor de síntesis al terminar la lectura de la obra. La *sexta* observación es que hay una gran profusión de datos y argumentaciones ajenas, luego desechadas, que en buena lógica y con una mínima ayuda de un correcto enfoque dogmático del tema no habrían sido necesarios. La *séptima* observación y última, que se deriva de las precedentes, es que nos quedamos sin saber *cómo era* el fenómeno condicional en Derecho romano, ni sus caracteres, ni su funcionamiento, ni sus límites.

### III) RESUMEN

Cabe sentar algunas conclusiones, tras lo expuesto: 1) Que los defectos formales y de fondo de la obra vienen impuestos a MASI por agrupar varios «estudios», en vez de obtener una doctrina unitaria y con enfoque metodológico actual. 2) Que la brillantez de argumentaciones no va pareja con unas claras ideas a modo de conclusión. 3) Que la obra puede servir muy bien para una *reelaboración* del tema, en base a un enfoque dogmático actual, que permite un método más riguroso. 4) Que las *sugerencias* son numerosas, tanto como son todavía los problemas dignos de estudio sobre la condición aún sin solución: entre ellas, la secuela a la idea justiniana sobre la intransmisibilidad de los legados condicionales, las cuestiones planteadas por las ficciones de cumplimiento de la condición, los problemas que origina la eficacia retroactiva de la condición cumplida, entre otros varios. 5) Que el tema de la condición en Derecho romano, objeto de este libro que comentamos, es importante y trascendente, y no tenemos más que comprobarlo con una ojeada panorámica de lo que se escribe por nuestros civilistas acerca de la condición—o de las relaciones obligatorias condicionales, o bien de las instituciones hereditarias condicionales—, en las que no aparecen las más mínimas referencias a lo que debiera ser el *sustratum* de la doctrina actual, o sea las nociones romanas sobre el particular. 6) Que son indudables las dificultades para llegar a elaborar toda una *teoría unitaria* acerca de la condición en Derecho romano, ya que ello presupone una depurada técnica en la concepción del negocio jurídico romano; quizá sería más útil el intento de profundizar en el estudio de determinadas instituciones o sectores del Derecho. 7) Que, habida cuenta de todo lo dicho, parece que la obra de MASI es en verdad aprove-

(10) *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, Giuffré, 1941.

(11) Véase en esta Revista mi recensión a su obra *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in Diritto romano*, núm. 477, págs. 596 ss.

chable, dadas la utilidad de los resultados obtenidos y la experiencia acumulada a favor de los estudiosos futuros del tema, entre los que creo debieran incluirse a los privatistas, que hasta la fecha no fueron muy locuaces en este punto (12).

JOSÉ CERDÁ GIMENO,  
Notario

METRO, ANTONINO: *L'obbligazione di custodire nel Diritto romano*. Milán. Ed. Giuffré, 1966; 226 págs.

#### I) EL TEMA OBJETO DE ESTA OBRA

En otro lugar he dicho (1) que no suele ser usual el encontrarnos frente a una obra de un romanista en la que se estudie en profundidad un instituto o se induzcan de él conceptos de carácter general válidos para la doctrina privatística, pero que gracias a la labor del Instituto de Ciencias Jurídicas, Económicas, Políticas y Sociales, de la Universidad de Messina, estos hechos se vienen produciendo con agradable frecuencia. Esta nueva obra publicada por el citado Instituto prueba claramente mi precedente afirmación.

Antes de entrar en el análisis de la obra a comentar, parece conveniente aludir a la orfandad en que se encontraba la ciencia del Derecho respecto a la denominada «obligación de custodiar», con alguna excepción (2). Es, pues, un gran mérito del autor el haber afrontado decididamente su trabajo y, con ello, haber posibilitado profundizar en este punto a los futuros estudiosos de la cuestión.

El tratamiento dado por el autor al tema objeto de su investigación es realmente moderno y con un inevitable enfoque dogmático, como el propio METRO reconoce y trata de justificar (3). Divide la obra en dos grandes partes: en la primera trata de la «custodia» en las fuentes, y en la segunda estudia la obligación de custodiar en los diferentes textos romanos. La pormenorización de este análisis nos lleva a distinguir ambas partes en el mismo orden de su exposición:

La Parte Primera comienza con el examen de las distintas acepciones del término «custodia»; sigue con el estudio del significado etimológico y del vulgar y aplicaciones jurídicas de éste (*custodia ventris* y *custodia partus*). Pasa luego a estudiar el significado de la custodia como *potestas rei* y las relaciones entre custodia y posesión, el elemento del *corpore possidere* y la conservación de la posesión, los supuestos de adquisición de la posesión y los casos de *missiones in possessionem*. Finaliza esta Parte Primera con las conclusiones acerca de las acepciones de «custodia» en las fuentes y su confrontación con una serie de conceptos afines (*observatio*, *administratio*, *vigilantia*, *cura*).

La Parte Segunda principia con el planteamiento del problema de si realmente el Derecho romano conoció o no una «obligación de custo-

(12) Véase por todos: VALLET, "Donación, condición y conversión jurídica material", ADC., 1952, pág. 1237; Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, págs. 530 y ss.

(1) Recensión a DI PAOLA (*Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in Diritto romano*) en esta Revista, núm. 477, pág. 596.

(2) Así: KRÜCKMANN, "Custodia", en ZSS, 64, 1944, pág. 1; BALBI, *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1940. Entre nosotros, RIERA AISA, voz "Custodia", en NEJ., Seix, Barcelona, 1954, pág. 176.

(3) A ello aludo en el apartado III de esta recensión.



diar». Continúa con el estudio del significado de «custodia-responsabilidad» y de su homónima actividad y las relaciones entre ambos conceptos. Pasa después a examinar los casos particulares de la llamada «actividad custodiente» y su aparición en algunas relaciones contractuales, cuales las de depósito, *comodato*, *locatio-conductio*, prenda y compraventa. Tras hacer un breve resumen de los resultados obtenidos en orden al «Derecho clásico», finaliza la obra con el examen del «Derecho justiniano» en sus textos, y en especial sobre la *diligentia* y el depósito.

## II) EL CONTENIDO DE LA OBRA Y SU DESENVOLVIMIENTO

Si algún lector pudiera pensar que el tema carece de interés actual, un repaso detenido de los puntos tocados por el autor y que he detallado en el apartado precedente le sacará rápidamente de tal error. Estas aportaciones romanísticas evidencian cuánto de rutina y moldes prefijados hay en nuestro Derecho privado actual, y muestran claramente la necesidad de acudir a las fuentes con una mente ágil y que actúe con ideas modernas sobre los orígenes del Derecho. Es obvio que en esta panorámica de la obra a comentar no puedo entrar a un estudio en profundidad del tema y de los puntos con él en conexión, y que la exposición que hago es muy personal y dependiente de cuanto para un jurista práctico ha supuesto su lectura meditada. Los puntos dignos de estudio y atención son los siguientes:

En la Parte Primera, es la precisa determinación del término «custodia» la que circunscribe exactamente la extensión de la obligación de custodiar; el término «custodia» aparece en las fuentes con significado plurívoco; son inoperantes los sentidos metafórico, metonímico, etimológico y vulgar, pese a las diferentes aplicaciones jurídicas de este último.

Un detenido análisis del significado de la custodia como *potestas rei* le permitirá fijar la relación entre custodia y posesión, y ver si aquella es o no una fracción o componente de la posesión, fijar el rol de la custodia en la problemática de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, y fijar, finalmente, la relación conceptual entre custodia y detentación, estableciendo si la custodia puede configurarse de manera diversa, ya de la posesión, ya de la detentación, ya de un tercer grado distinto a ellas dos.

En tema de *conservación* de la posesión analiza el elemento del *corpore possidere*, cuya cesación plantea el problema de cuál debe ser la relación material entre la cosa y el poseedor que quiera conservar la posesión de ella; cabe entender tal elemento en manera atenuada, y en tal sentido viene a identificarse con la «custodia». Examina el texto fundamental, D. 41.2.3.13, en orden a la conservación de la posesión de cosas muebles, excepto esclavos, el cual no exige la materia detentación de la cosa, sino que basta la potencialidad de ella llamada «custodia». De ello deduce que cabría hablar del *corpore possidere* en dos sentidos, uno estricto (*de facto*) y otro lato (*de iure*), y en este segundo sentido también la «custodia» es *corpore possidere*. Encuentra una confirmación a su tesis en otros textos (D. 41.2.47; Gai. 2.67; D. 41.1.5.4; D. 41.1.3.2 y 5 pr.) relativos a la pérdida de la posesión y a la posesión de las abejas y de animales amaestrados, en que el principio es siempre el mismo: la cesación de la custodia determina la cesación de la posesión; la regla dictada *favore possessionis* de que dichas animales se entienden poseídos aun habiendo salido temporalmente de la custodia, sobre la base de la *consuetudo revertendi*, no es una excepción, sino confirmación al principio general citado. Tras lo cual intenta definir la «custodia», a los efectos de conservación de la posesión, diciendo que es «la

posibilidad objetiva de aprehensión física de la cosa, o sea, sustancialmente, la presencia de la misma cosa en la esfera de disponibilidad material del sujeto». Esta disponibilidad, en cuanto a los animales, está sujeta a una doble condición: que estén *in conspectu* del sujeto y, al mismo tiempo, que no sea difícil su *persecutio*; para las cosas muebles, es suficiente—exigencia mínima—que la cosa *permanezca* al alcance de la percepción sensorial del poseedor. Las dos excepciones de las fuentes, respecto a los animales y a los esclavos, no son más que confirmaciones a la regla general.

En orden a la *adquisición* de la posesión, parte del hallazgo obtenido anteriormente diciendo que la custodia—en su acepción de *potestas rei*—se entiende como «la más amplia relación entre el sujeto y la cosa, que es, no obstante, suficiente para representar el elemento material de la posesión y, por tanto, para consentir la continuación de la situación posesoria». Esta idea es aplicable a la adquisición de la posesión, ya que los juristas romanos admitieron en numerosos supuestos la adquisición de la posesión *prescindiendo* de una aprehensión material. Es la misma *ratio* antes vista: se considera suficiente una situación más genérica que la aprehensión material, situación representada por el ingreso de la cosa *sub custodia* del adquirente. Examina el autor los más significativos casos de adquisición de posesión en las fuentes, aunque en dichos textos no se hable expresamente de «custodia»; la traslación de la cosa al domicilio del adquirente ausente (D. 41.2.18.2), la *traditio clavium* (D. 41.2.1.21; D. 41.1.9.6; C. 4.48.2.1; D. 18.1.74), la colocación de la cosa a presencia del adquirente (D. 41.2.1.21; D. 46.3.79; D. 41.2.51), la adquisición de la posesión del tesoro (D. 41.2.3.3), la *signatio* de mercaderías (D. 18.6.1.2; D. 18.6.15.1), la adquisición de la posesión de animales (D. 41.1.55; D. 41.1.5.1; Inst. 2.1.13) y de inmuebles (D. 41.2.3.1, D. 41.2.41; D. 46.3.79).

Insiste METRO en que el rol que juega la custodia en cuanto a la *conservación* y a la *adquisición* de la posesión había sido totalmente olvidado por la doctrina. En los textos examinados por el autor las fuentes aclaran el concepto de custodia en la particular acepción de «poder sobre la cosa»: esta «custodia» no puede ser configurada como un tercer elemento constitutivo de la posesión, ya que como *potestas rei* entra en el elemento material, ni tampoco es genéricamente fundamento de la posesión mobiliaria. Para poder determinar, pues, el verdadero rol de la «custodia» en la posesión habría que partir del estudio realizado por el autor sobre la *conservación* de la situación posesoria: considerada suficiente una disponibilidad de hecho que pudiese transformarse en aprehensión material, esta situación es llamada precisamente «custodia» y encuentra posibilidades de aplicación para la conservación de la posesión de todas las cosas muebles, excepto esclavos. Estas mismas ideas son aplicables a la *adquisición* de la posesión, en la que se considera suficiente el ingreso de la cosa en la esfera de disponibilidad del sujeto. Todos estos textos relativos a la *posesión* en que la «custodia» es configurada como *potestas rei* constituyen el fondo común en que encuentran lugar y se explican en visión unitaria todas las decisiones de los juristas clásicos sobre posesión faltando el *corpore possidere*.

El examen de los textos sobre la *missio in possessionem* permite al autor aclarar el significado de la *detentación* y fijar las relaciones recíprocas entre los tres conceptos: posesión, detentación y custodia.

Concluye METRO esta primera parte de su investigación resumiendo los resultados obtenidos en orden a las *acepciones* de custodia: la vulgar (como cuidado o vigilancia, o como detentación), la de poder sobre la cosa (con vasta aplicación en la posesión) y la de responsabilidad. La coordinación de estos tres significados habría sido un notable éxito y le

habría dado unidad al concepto de custodia, pero ello no es posible. Parece probable que el significado *originario* de la palabra fuera el sentido vulgar, y de él, por traslación, se pasase al sentido de «custodia-poder» o al significado fundamental de «custodia-responsabilidad».

La Parte Segunda, dedicada a la «obligación de custodiar», la comienza el autor planteándose el *problema central* de su estudio: el de si el Derecho romano conoció o no una «obligación de custodiar» o, cuando menos, si presenta o no situaciones jurídicas que los modernos podamos calificar recurriendo a tal concepto. Parece seguro decir que «obligación de custodiar» quiere decir *obligación que tiene por objeto la custodia*: con lo que las varias acepciones vistas en las fuentes no son todas utilizables, por lo que cabe ya excluir todos los textos sobre conservación de la posesión. El actual concepto de «obligación de custodiar» se debe a la doctrina privatística, y sólo en términos modernos cabe entenderla. Quiere decir, sustancialmente, «obligación de desenvolver una actividad cautelar tendente a la conservación de una cosa. Además, de otro lado, el problema no se plantea genéricamente, sino tan sólo en aquellos contratos en que hay una detentación de una cosa ajena y, por tanto, una obligación de restitución: ello le permite excluir los textos sobre la actividad vigilante (*custodia ventris*, etc.); a su vez, dentro del ámbito de tales contratos no se habla en las fuentes de custodia en el sentido de «actividad», sino más bien en el de «responsabilidad» a la que la custodia da el nombre. Lo cual hace necesario el estudio de la responsabilidad por custodia y su homónima actividad.

El tema de la *responsabilidad por custodia* es uno de los pilares de la investigación. En su detenido estudio cabe diferenciar *tres aspectos*: el del nexo entre responsabilidad y actividad, el de su planteamiento abstracto y el de la configuración de dicha responsabilidad. Veámoslos:

a) *El punto relativo al posible nexo entre responsabilidad y actividad*.—Se trata de si la responsabilidad brota o no de la falta de actividad custodiente, es decir, que nacería del incumplimiento de una «obligación de custodia». La idea vendría corroborada por consideraciones de tipo semántico (el darle ese nombre de «custodia» y no otro a tal forma de responsabilidad) y por la dicción de una serie de textos (D. 13.6.19; D. 19.2.41; D. 19.1.31 pr. y D. 13.6.5.6) en que con la expresión *custodiam praestare*, parece aludirse a una actividad de vigilancia; pero, de otro lado, tal idea puede rechazarse en base a otra serie de textos distintos relativos al depósito (D. 16.3.1 pr.; D. 16.3.6; D. 16.3.1.35) y otros (cuales D. 13.6.5.10 y D. 13.6.10.1) en los que la responsabilidad por custodia está desligada de una subyacente actividad de vigilancia. Todo este despliegue de textos permite al autor afirmar que «los juristas clásicos admitieron la responsabilidad por custodia sobre la base de una valoración concreta de cada supuesto, inspirada en un criterio general utilitario (la llamada *utilitas contrahentium*), lo que explica que se aplicase o no, según los casos, en un determinado contrato, y confirma se trata de un problema de riesgo, independiente de la actividad desenvuelta por las partes en la ejecución del contrato mismo». Para el autor cabe determinar así *dos puntos* esenciales: uno, que las leyes de la semántica hacen necesario subsista un nexo entre «custodia-vigilancia» y «custodia-responsabilidad» que justifique la denominación de esta última, y otro, que hay que excluir que tal nexo se halle en una relación de causalidad.

b) *Planteamiento abstracto de la relación entre «custodia-actividad» y «custodia-responsabilidad»*.—La cuestión reside en que si la responsabilidad por custodia está sustancialmente *fundada* sobre un reparto de riesgos que aparentemente nada tiene que ver con la concreta actividad de vigilancia, ¿cómo explicar la *denominación* dada a esta forma de

responsabilidad? La doctrina dice que si el sujeto responde por custodia *no es porque no ha custodiado* materialmente la cosa, ya que no cabe ligar la actividad y la responsabilidad entre sí bajo el perfil de la aplicación concreta a un caso. Por lo cual la *relación* entre ambos conceptos debe situarse en un plano de abstracta verosimilitud. El autor se apoya en algunos textos muy debatidos acerca de su genuinidad (D. 13.6.19 y D. 19.2.41), partiendo de la posición de JULIANO e indagando la posible motivación de que *negase* la responsabilidad del comodatario por daño causado por tercero en la cosa custodiada. El autor, dada esta base de partida, limita la responsabilidad por custodia a los eventos que verosímilmente logra evitar una diligente custodia, y, por tanto, *excluye* el daño en la cosa: porque el argumento dado por JULIANO refleja perfectamente la mentalidad de su tiempo. Ahora bien: esta solución negativa sufre una *evolución* posterior, al tratar MARCELO de extender la responsabilidad por custodia al daño y a la *rapiña* y *lo hace no* en base a la inevitabilidad o no de tales eventos, *sino con un artificio técnico*: advierte que si la responsabilidad por custodia está fundada en el *perecimiento* de la cosa, indudablemente se extiende al daño y a la rapiña, ya que estos eventos determinan tal perecimiento. La consecuencia principal de este ensanchamiento de la concepción *clásica* está en la extensión al responsable por custodia de la legitimación activa de las acciones que brotan de los eventos de que debe responder.

c) *Configuración de tal responsabilidad por custodia*.—En el Derecho *clásico* aparece la llamada responsabilidad por custodia en una serie de supuestos teniendo siempre una naturaleza *objetiva*, o sea, se trata de una responsabilidad *sin culpa*, caracterizada por el *hecho* de que al deudor vienen imputados determinados eventos—típico, el hurto de la cosa—sin ninguna investigación acerca de su diligencia al custodiar la cosa a él confiada. La sola alternativa a tal responsabilidad es la responsabilidad por dolo. De esta configuración tradicional disiente BETTI (4), que cree que «la actividad de custodia constituye—en la configuración de la homónima responsabilidad—un punto de referencia, pero entendida típica y abstractamente, sin ninguna referencia a cada uno de los supuestos de hecho..., la responsabilidad objetiva es una cualificación equivocada..., aquí la culpa no es completamente irrelevante, sino que viene valorada típicamente, sobre la base de la situación objetiva...». Ello no obstante, METRO prefiere seguir y conservar la denominación tradicional de responsabilidad objetiva, rechazando la tesis de BETTI, pues en sustancia viene a proponer de nuevo—aplicándola al Derecho romano—la vieja teoría de la «presunción absoluta de culpa», teoría que se resuelve en un mero artificio, pues en aquellos casos en que se habla de «responsabilidad objetiva» nos hallamos frente a una atribución de riesgos y no frente a una presunción de culpa.

Después de estudiar con esta profundidad el tema de la «responsabilidad por custodia», pasa a examinar la *actividad* custodiante en algunas relaciones contractuales, con el propósito de darles una calificación jurídica adecuada. Trata de determinar si viene a ser la manifestación de un poder sobre la cosa, o bien del contenido de una carga, o bien, directamente, de una verdadera y propia obligación.

Estudia los contratos de depósito, *comodato*, arrendamiento, prenda y compraventa. Seguimos su orden, pero no con el detalle del análisis:

1) *Depósito*.—En el Derecho romano es un contrato de posición muy especial: de un lado, en la mayoría de los casos, *no* comporta una responsabilidad por custodia, pero, de otro lado, en él es donde más intere-

(4) Véase *Istituzioni di Diritto romano*, 2, 1, Padova, 1962, pág. 353.

sa la custodia entendida como vigilancia, que directamente constituye la causa del mismo. Para el autor, hay base para afirmar que el depositario tiene la «obligación de custodiar» la cosa depositada en algunos textos (D. 16.3.6 y D. 16.3.1 pr. y P. Sent. 2.12.3), en contra de la tesis de algún romanista (BONIFACIO), que cree que tan sólo tiene la obligación de restituir la cosa y no es tenido a ninguna actividad. Examina el D. 16.3.1.38 y el D. 16.3.1.25: recuerda cómo al lado de la fórmula *in factum* hay otra de buena fe o *in ius concepta*, y entre las varias actividades del deudor relevantes a la luz de la segunda de tales acciones también entra una cierta actividad custodiente; en cuanto al supuesto de que el depositario haya vendido la cosa, luego la readquiera y a continuación ésta perece (en el segundo texto citado); ULPIANO sanciona la responsabilidad del depositario, lo que para el autor prueba que es tenido a observar determinados comportamientos según la buena fe.

Es en tema de depósito que METRO hace un inciso para aludir al interesante punto de *la dogmática moderna ante el Derecho romano* (5), recogiendo la cita de BETTI (6) de que «es inevitable que el jurista moderno se acerque al Derecho romano con la propia preparación y la propia *forma mentis*, forjada sobre la base de problemas planteados según una cierta dogmática, de la que, por tanto, no le es posible... prescindir». Entiende METRO que ello necesita de cierta cautela para evitar que, dada una discordancia entre la sustancia a definir y la forma usada para la definición, se pierda de vista la real esencia de los institutos del Derecho romano cual resultan del panorama de las fuentes a nuestra disposición. Por todo lo cual, añade, si se quiere hablar de «obligación de custodia» del depositario, hay que *partir* de la definición de ella dada por la dogmática moderna, para luego confrontarla con la realidad emergente de los testimonios de las fuentes; solamente si el concepto moderno se prestase exactamente a definir tal realidad sería útil mantener la terminología corriente, y, caso contrario, habría que abandonar la terminología tradicional. Ahora bien: la doctrina moderna, BALBI (7), aun observando que el contenido concreto del «comportamiento custodiente» no puede ser preventivamente definido de manera absoluta, ya que está condicionado al lugar en que se expresa, a la naturaleza de la cosa, etc., considera imprescindiblemente *comprendidas* en él las siguientes *actividades*: una, la conservación y protección de la cosa, para evitar la sustracción y alteraciones de la misma, y otra, el mantenimiento del estado de uso, es decir, de la aptitud de la cosa para ser usada.

Desde este punto de vista, y a la luz del famoso pasaje de GAIUS (3.207), cabe *excluir* que en Derecho romano sea configurable una «obligación de custodia» del depositario teniendo la misma extensión que le atribuyen los modernos. Siendo irrelevante la actividad de tutela de la cosa respecto de terceros—que es el contenido *típico* de la «custodia» modernamente entendida—, parece al autor que es *inoportuno* seguir hablando de «obligación de custodia», cuyo concepto moderno es de una extensión tal, que desnaturaliza la realidad del instituto delineada en las fuentes.

2) *Comodato*.—Si en el depósito la causa del contrato es precisamente la «custodia» de la cosa, en el *comodato* la cosa es transmitida para ser usada. Aquí es diverso el planteamiento: el problema está en ver si, al mismo tiempo, el comodatario está obligado a custodiarla. Ninguna solución nos ofrecen las fuentes. De ahí que al autor le parezca

(5) Una intuición del problema puede verse en mi *recensión* a la obra de DI PAOLA, citada en la nota 1.

(6) Véase "Diritto romano e dogmatica odierna", en AG., 99, 1928, pág. 148.

(7) Véase *op. cit.* en nota 2, págs. 15 y ss.

preferible opinar que el problema sólo cabe afrontarlo *dentro* del cuadro de los principios generales reguladores del contrato en examen; la solución no es difícil y resulta implícitamente de lo dicho respecto a las relaciones entre «custodia-vigilancia» y «custodia-responsabilidad»: el comodatario *no* está sujeto a ninguna obligación en orden a la custodia de la cosa a él confiada. Excluido que sea admisible una «obligación de custodia» entendida en el sentido moderno, cabe con todo preguntarse si—como en el depósito—la «custodia» entra dentro de los comportamientos a que el deudor es tenido *ex fide bona*: lo que también niega. El comodatario solamente soporta el riesgo de la verificación de algunos eventos, que pueden ser facilitados indudablemente por la omisión de la vigilancia de la cosa.

En este lugar alude METRO a una conocida figura de la dogmática moderna, que cree utilizable a los fines de su trabajo: la de *carga* (*oneris*). Habla de ella la doctrina actual (8), no sólo en el caso en que un sujeto tenga interés en tener un determinado comportamiento con finalidad de llegar a un cierto resultado útil, sino también cuando tenga el mismo interés con finalidad de evitar una consecuencia perjudicial. Por ello entiende METRO que dicho concepto tiene un campo más vasto de actuación en el Derecho romano que en el Derecho moderno, como correspondiente a una más restringida aplicabilidad en aquél del concepto de «obligación». Encuentra que las características diferenciadoras de la «carga» respecto de la «obligación» radican en que la «carga» comporta una actividad desenvuelta en interés propio y que, caso de violación de la norma, ello no se considera como un acto ilícito.

Es precisamente en el *comodato* donde se revela aprovechable la aplicación de la idea moderna de «carga» a la situación del comodatario romano.

3) *Locatio-conductio*.—Respecto a la *locatio operis*, la asimilación al comodato es casi perfecta, lo que comporta idéntica solución.

Respecto de la *locatio operarum*, que no comporta transferencia de la detentación de una cosa, al cesar la exigencia de la custodia, no tiene razón de ser el problema cuestionado: con la salvedad de la extraña figura del *depósito retribuido* (D. 16.3.1.8 y D. 19.2.40), al que cabe aplicar la solución del comodato y de la *locatio operis*.

Respecto de la *locatio-conductio rei*, la cuestión prejudicial, es la de si cabe aplicar al *conductor rei* la responsabilidad por custodia: la doctrina dominante así lo hace, aunque el autor diferencia según se trate de cosas *muebles* (reconducida al *comodato*) o de *inmuebles* (negativa), y en el segundo supuesto cree idónea también la figura de «carga» para definir la posición del deudor respecto a la custodia de la cosa.

4) *Prenda*.—La dificultad aquí es prejudicial sobre si es o no aplicable a este contrato la responsabilidad objetiva por custodia, dada la existencia de textos antitéticos en las fuentes. Observa METRO dos períodos en la historia del derecho de prenda: en el *primero*, tutelado bajo una fórmula *in factum concepta*, sólo se considera la falta de restitución, y no cabe hablar de obligación de custodiar la cosa (aplica la idea de «carga»); en el *segundo*, tutelado bajo una fórmula *iudicium bonae fidei*, se coloca en primer término la relación acreedor-deudor (en lugar de la relación directa acreedor-cosa), encuadrada entre las figuras con-

(8) Así, MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, pág. 52; PUGLIATTI, voz "Auto-responsabilità", en *Enc. d. Dir.*, 4, pág. 455; PALERMO, voz "Onere", en *NNDI.*, 11, pág. 915; GIORGIANNI, *La obligación*, trad. de Evelio Verdera, Bosch, 1958, pág. 28; BETTI, en *Ist. Dir. rom.*, cit., 1, pág. 36; *Dir. rom e dogmatica odierna*, cit., pág. 33; *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Ed. RDP., 1959, págs. 85 y ss., y *Teoría general de las obligaciones*, traducción española, RDP., 1969 (pero de 1953), pág. 290.

tractuales que admiten la responsabilidad por custodia, y hay un interés del acreedor en evitar quedar sujeto a la responsabilidad por custodia (aplicable la idea de «carga»).

5) *Compraventa*.—Aquí el problema se plantea bajo una perspectiva nueva: respecto del vendedor, para el período de tiempo anterior a la tradición de la cosa, en cuanto a una «res» que todavía es de su propiedad, pero que debe ser transmitida a la otra parte en base al contrato. Trata el autor de los dos problemas de la responsabilidad por custodia del vendedor y del encuadre histórico de la máxima *periculum est emptoris*. Sigue la opinión dominante, que cree que el reparto de riesgos se haría así: hasta la *traditio* el vendedor es responsable por custodia, pero el riesgo inherente a los casos fortuitos recae sobre el comprador en base al principio *periculum est emptoris*. Por tanto, el problema de la «obligación por custodia» del vendedor *ante traditionem* viene resuelto en los mismos términos dichos para los otros contratos: *no existe* una actividad custodiente constitutiva de una «obligación».

Hace METRO un resumen del Derecho clásico en el sentido de que: 1) El problema de la «obligación de custodia», sea como obligación fundamental (depósito), sea como obligación accesoria (*comodato*, locación), *es postulable en abstracto* en Derecho romano para todos aquellos contratos caracterizados por la detentación de una cosa ajena en vista de su restitución, además del caso visto de la compraventa *ante traditionem*. 2) En concreto, el problema *no cabe* resolverlo en sentido afirmativo, pues el Derecho romano conoce y aplica una especie de responsabilidad *objetiva* denominada «custodia», teniendo por objeto eventos (hurto y daño de la cosa) evitables en abstracto mediante una actividad de vigilancia, pero que son a cargo de quien detenta una cosa ajena en base a determinados contratos *prescindiendo* absolutamente de toda actividad custodiente. Cabe sólo recurrir al concepto de «carga» de custodia, en cuanto que la vigilancia es confiada en sustancia al interés mismo del deudor.

Finaliza su investigación con un estudio del Derecho *justiniano*, en el que cambia completamente este cuadro, al subvertir este Derecho directamente las concepciones clásicas en orden a la *responsabilidad*: se crea un complejo sistema fundado sobre diversos grados de responsabilidad *subjetiva* (*diligentia*), los cuales encuentran alternativamente aplicación en varios contratos. Este cambio origina consecuencias de diversa naturaleza sobre los textos clásicos, los cuales, unas veces, son interpolados, y otras, vienen redactados con ligeros añadidos o correcciones. La «custodia» así entendida no deviene otra cosa que una aplicación de la *diligentia*, precisamente una *diligentia in custodiendo*, que no constituye un particular grado de diligencia, pero que entra en las usuales figuras de la Compilación justiniana. La *diligentia*, en sí y por sí considerada, *no* constituye una obligación, sino solamente un *criterio de valoración* de una determinada actividad; ello es exacto para la diligencia *genéricamente considerada*, pero no vale para la especial diligencia del deudor *en un contrato*, ya que aquí es la *relación obligatoria* la que da un contenido a la forma *diligentia*, especificándola respecto a las actividades exigidas al deudor en el concreto supuesto de hecho. Ahora bien: en determinadas relaciones la *custodia* es propiamente la más importante de estas actividades exigidas al deudor (conservación en vista a la restitución de cosa ajena detentada), operándose una *conexión* entre «custodia» y «responsabilidad» que legitima el recurso al concepto moderno dogmático de «obligación de custodia» (aplicable aun para el particular supuesto del depósito).

## III) CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Con esta apretada exposición del contenido de la obra comentada cabe darse cuenta del interés de la investigación, incluso para los privatistas. Parece acostumbrado ofrecer algunas observaciones críticas o valoración que para el comentarista tiene esta obra. En tal sentido, y siguiendo un orden personal, distingo aquí varios aspectos: el formal, el de fondo y el del contenido:

— En el orden *formal*, la obra aparece escrita con gran claridad y precisión, siendo asequible e inteligible. La sobriedad en los conceptos viene acompañada del corolario del despliegue de textos, crítica de ellos, problemática de si hay o no interpolaciones, citas numerosas, aparato bibliográfico, etc. En tal sentido, es muy cuidada la investigación.

— En el aspecto *sustantivo*, *primeramente* habría que aludir al punto de la dogmática moderna ante el Derecho romano, ya que la *clave* de toda la investigación—como el propio METRO reconoce—es qué cabe entender por «obligación de custodia» actualmente, y si cabe darle una configuración unitaria, y entonces tratar de ver su aplicabilidad al Derecho romano; *en segundo lugar*, dado que el autor reconoce la necesidad y utilidad de acudir al Derecho romano con tal bagaje dogmático actual, cabría argüirle que sus consideraciones acerca de esta cuestión deberían figurar en cabeza de la obra y no como inciso en un lugar inadecuado al tratar del depósito (9), lo que implícitamente evidencia un enfoque metodológico impreciso cuando menos; *en tercer lugar*, se notan en falta unas cuidadas *conclusiones* al final de cada parte de la obra y como remate de ella, teniendo que ir las recogiendo de aquí y allá; y, finalmente, *en último lugar*, dado el presupuesto metodológico utilizado, no habría estado de más el aludir aun brevemente a la posible aplicabilidad al Derecho privado actual de los resultados obtenidos en la investigación.

— En orden al *contenido*, sería innumerable la serie de *cuestiones interesantes apuntadas* por METRO a lo largo de la obra, bien en el desarrollo principal del tema, bien en notas complementarias o aclaratorias; haciendo una síntesis de ellas, aludo aquí a las siguientes: la feliz intuición de que la *consuetudo revertendi* da lugar sustancialmente a una *fictio custodiae* por el período de alejamiento de los animales (10); la alternativa propuesta para la posesión inmobiliaria de que, o bien el sujeto detenta materialmente, por sí o a través de otro, el fundo, o bien no lo detenta, lo que hace innecesario el concepto de «custodia»; la insistencia con que afirma que «el ingreso de la cosa en la esfera de disponibilidad material del sujeto equivale a la *adprehensio* y su corolario de que «los dos conceptos de 'disponibilidad material' y 'aprehensión física' no constituyen sino dos círculos concéntricos, aunque vengan a coincidir, ya que la primera no puede brotar más que de la segunda»; la importancia dada a la «custodia» en la esfera de la conservación y adquisición de la posesión; la *definición* dada a la «obligación de custodia» cual punto de partida para su investigación; la acertada crítica a la posición de BETTI en tema de responsabilidad por custodia y su encuadre como «objetiva», negado por el ilustre maestro (11); la síntesis

(9) Véanse págs. 143 y ss. de la obra comentada.

(10) Véase, en este sentido similar, DUALDE, *La posesión civilísima*, 1959.

(11) Sin embargo, el mismo BETTI en *Teoría general de las obligaciones*, trad. de DE LOS MOZOS, RDP., 1969, I, pág. 130 (pág. 116 del vol. I de la ed. italiana, fechada en 1953), nos dice que «en su origen la responsabilidad por custodia nació de una responsabilidad objetiva, dependiente del hecho de haber recibido la cosa...» No obstante, la cita de METRO a que aludo en mi nota 4 pertenece a la obra de 1962. ¿Cambió o no de parecer el ilustre maestro? Eso parece.



de las posiciones modernas ante el depósito y la relación entre las obligaciones de conservación y de restitución; el reconocimiento de la necesidad de acudir a los moldes de la moderna dogmática ante las imprecisiones en la investigación romanista, con las citas de BETTI y CAPOGRASSI; el planteamiento evidente de que hay que *encuadrar* la actividad «custodiente», o entre las propias obligaciones, o como contenido de una «carga», o cual manifestación de un poder sobre la cosa; la feliz intuición de que cabe explicar la situación jurídica de custodia de cosa semejante refiriéndola al concepto moderno de «carga»; el brillante análisis de cada contrato a la luz de las ideas orientadoras de la dogmática moderna, etc.

— Como *resumen* de estos comentarios críticos, de *negativo*, un probable desenfoque, a mi juicio, metodológico, fácil de subsanar, y la carencia de unas conclusiones claras de los resultados obtenidos; de *positivo*, el haber desentrañado los significados de «custodia» como *potestas rei*, como responsabilidad y como actividad custodiente, la relevancia de la custodia en tema de posesión, la conclusión derivada de la dificultad de hallar un concepto unitario de «custodia», el correcto enfoque de los contratos examinados desde un punto de vista actual, y el hallazgo de la idea de «carga» como panacea para solucionar la problemática planteada.

#### IV) SUGERENCIAS DERIVADAS DE ESTA OBRA ROMANISTA (LA OBLIGACIÓN DE CUSTODIA ANTE NUESTRO ACTUAL DERECHO CIVIL)

La *primera* podría ser la más eficaz, refiriéndome a la necesidad de acometer un estudio profundo de este instituto, cuyo primer paso fuera la meditación serena de la obra de METRO y su contraste con nuestro Derecho. Es obvio la carencia de estudios sobre el particular, como antes dije, fuera de algunos temas de oposiciones entre Notarios al parecer inéditos. Por otro lado, el citado de RIERA AISA (en nota 2) es muy sucinto y adolece de ciertas imprecisiones.

La *segunda* es que, antes que proceder a una definición previa de lo que cabe entender por «obligación de custodia», parece preferible recorrer en extensión todos y cada uno de los distintos supuestos en que cupiera hablar de *actividad custodiente*. Resulta curioso que las alusiones de algunos autores al tema se hagan sin dar el concepto y sí haciendo una panorámica descriptiva de los distintos supuestos (12). Sin ánimo de agotar la materia, y como mero apunte de datos, creo cabe citar los siguientes casos en que existe una actividad de custodia sobre *personas y cosas*: a) *En el Derecho de Cosas*: respecto del propietario, en general, y en el caso especial del artículo 1.905 del Código Civil; en la copropiedad o condominio (¿será la custodia un acto de *administración*?); en la Propiedad Horizontal, artículo 9.º2 de la Ley de 1960; en los casos de posesión, usufructo, prenda y censos; en tema de hipoteca, en conexión con el punto relativo a la acción de devastación. b) *En el Derecho de Obligaciones*: respecto a la compraventa con tradición posterior a la perfección del contrato; en orden a contratos traslativos del dominio precedidos de un «período precontractual», como dice RIERA AISA; en contratos de cesión del uso de la cosa (arrendamientos, *comodato*, arrendamientos complejos, suministro...); en los contratos de obra, bien con confección, bien con reparación de la cosa entregada al res-

(12) Así, en RIERA AISA, *op. cit.*, pág. 177; PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.º, 1956, pág. 441.

pecto; en los contratos de prestación de servicios, en que la cosa se entrega (a un Abogado para un pleito, a un Notario para preparar la escritura, al Registrador para la práctica de la inscripción, etc.) no con fin de depósito, sino para realizar la misión a que el respectivo oficio obliga a quien la recibe; en los contratos en que la custodia aparece como prestación principal (depósito), y en los que figura como subordinada (transporte, edición, exposición, etc.), o independiente de la voluntad de las partes (depósito necesario u hospedaje, arts. 1.783-1.784, y su aplicación a otros supuestos no recogidos en el texto legal como son los albergues de sociedades deportivas, de colegios en régimen de internado, servicios de coche-cama o transporte marítimo, etc.); en el caso de gestión de negocios ajenos sin mandato; y en otra serie de casos en que, aun no existiendo relaciones contractuales (13), cabe hablar bien de «relaciones contractuales de hecho» (LARENZ), cuales son los llamados contratos de benevolencia o los casos en que la prestación de una parte es proporcionar simplemente a la otra un lugar donde poder dejar una cosa sin por ello adquirir la obligación de custodiarla. c) *En el Derecho de Familia*: en tema de dote inestimada y de parafernales entregados al marido; en orden a la patria potestad, en los bienes de los hijos administrados por los padres, artículos 159 y 160 del Código Civil, así como en el «poder» de guarda de los hijos; en tema de tutela; en el depósito de mujer casada, y en las precauciones adoptadas caso de viuda encinta. d) *En el Derecho de Sucesiones*: en tema de reservas; en la guarda y conservación de las distintas clases de testamentos; en tema de fideicomisos y legados; en el albaceazgo, etc.

La tercera observación o sugerencia es que, a la vista de la amplitud del fenómeno que comprende la llamada «actividad custodiente», el contenido de esta actividad es difícil de precisar y habrá que atender en cada caso concreto a la causa y circunstancias que originaron la obligación, sin poder fijar reglas concretas. Parece oportuno sentar un *principio general*, que podría ser el de que «el guardador debe emplear la diligencia normal según su profesión, oficio o posición, respecto de la cosa (o persona) custodiada, y en todo caso, la que emplearía un buen padre de familia» (14).

La cuarta observación es que las consecuencias del cumplimiento o no de la denominada «obligación de custodia» no dependerán de que se conceptúe como verdadera y propia «obligación» previa y dogmática, sino de cada supuesto, de cuál sea el origen de la actividad custodiente: en unos casos, habrá responsabilidad civil, contractual o extracontractual, con o sin la correspondiente obligación de indemnizar daños y perjuicios; en otros, habrá responsabilidad criminal; en otros, prestaciones subsidiarias o derivadas de la principal, etc. Sin dejar de tener en cuenta la posible aplicación de las ideas de caso fortuito, fuerza mayor, cláusulas de exoneración o disminución de responsabilidad, etc.

La quinta observación es la evidencia de la dificultad de configurar lo que hasta ahora llamábamos «obligación de custodia» y la conveniencia de sustituir el término por otro más adecuado (15). Porque, tras un somero repaso a los supuestos enumerados no taxativamente, cabe observar: en unos casos, es una *potestas rei*, en otros existe una verdadera y propia «obligación» en sentido técnico; en otros cabe ver una «carga», y en otros cabe hablar de un «poder» derivado de una posición familiar, oficio o cargo. Y en orden a lo que es el contenido de una tal obligación, si en unos casos es de carácter principal, en otros es sub-

(13) No me parece correcta la denominación de «extrajurídicas» que hace RIERA AISA, *op. cit.*

(14) RIERA AISA, *op. cit.*

(15) PUIG BRUTAU, *op. et loc. cit.*, habla de «obligaciones de custodia», sin mayores detalles y sin profundizar en este punto.

ordinada o secundaria. Quizá pudiera darnos una luz la sutil distinción de Díez PICAZO (16), quien, al hablar de la obligación de conservación aneja a la obligación de dar, distingue entre un *dare traslativo* y un *dare restitutorio*: en el *primero*, la obligación de custodia (al transmitirse la propiedad con la entrega) significa que el deudor de la cosa no se libera si ésta se pierde o deteriora (art. 1.182 del C. C.) y que la obligación se perpetúa y transforma en la obligación de pago del equivalente pecuniario y, además, en la de indemnizar daños y perjuicios; en el *segundo*, la obligación de custodia viene absorbida por las relaciones jurídicas anteriores entre deudor y acreedor. Siguiendo esta posición de Díez PICAZO, tan sólo en los supuestos de un *dare traslativo* cabría hablar de verdadera y propia obligación de custodia. En consecuencia, habrá que estar a los términos de la ley—C. C.—o del negocio jurídico de que se trate, para determinar lo que subyace a la actividad custodiente.

La *sexta* observación es que el acento en la noción de una tal «obligación» de custodia debería ponerse más en la *actividad* que en el contenido de ella o prestación en sí misma, o, de otro modo, preguntarnos si no sería preferible hablar de «prestaciones de custodia» como término más adecuado para reflejar el contenido y configuración antes señalados. Parece, finalmente, conveniente rechazar la pretendida distinción entre «custodia» y «conservación» que hace RIERA AISA (17) siguiendo a OSTI (18), dado que no pasa de ser sino un innecesario conceptualismo. Así, pues, se conserva esta denominación tradicional, cuya base romana, clásica, hemos visto en la obra comentada.

Finalmente, la *séptima* sugerencia, obtenida por inducción de lo ya expuesto anteriormente, es que cabría intentar dar una *noción genérica* de las *prestaciones de custodia* diciendo que son «aquellas consistentes en el comportamiento a desenvolver por una persona respecto de otra persona o cosa, comprensivo de las actividades cautelares tendentes a la conservación y protección de la cosa (o persona) y al mantenimiento de su estado de uso».

## V) CONCLUSIONES FINALES

Esta exposición precedente, aunque algo extensa, nos ha permitido comprobar: *primero*, la notable *importancia* de la obra comentada de A. METRO, reveladora de la innegable repercusión de los hallazgos romanistas en el actual Derecho privado; *segundo*, el enorme *contraste* observado entre las nociones del Derecho romano y el Derecho moderno sobre la custodia y su aplicación a ciertos contratos; *tercero*, que si para el Derecho romano cabe hallar un *principio general* válido en la noción moderna de «carga», para el Derecho privado actual *no* cabe reconducir el instituto estudiado a una idea única, ni aun en tema de contratos; *cuarto*, que la amplitud del contenido subyacente a las actividades custodientes hace aconsejable crear un nuevo término que podría ser el de «prestaciones de custodia», ampliamente comprensivo de innumerables situaciones custodientes, y *quinto*, que el «comportamiento custodiente» necesariamente debe desenvolver una actividad cautelar tendente, cuando menos, a la conservación de la cosa, lo que denota la característica «genérica» del mismo.

JOSÉ CERDÁ GIMENO,  
Notario

(16) Véase *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, 1970, pág. 440.

(17) Véase *op. y coc. cit.*

(18) Véase "Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione", en RDCiv., 10, 1918, pág. 348.

SOTO NIETO, FRANCISCO: *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, volumen I. Edita: Revista de Derecho Judicial. Madrid, 1970.

La presente obra de SOTO NIETO consta de 32 capítulos o apartados, en los que vienen a recogerse materias propias de Derecho civil, mercantil, procesal, penal e hipotecario. El volumen es de 718 páginas, insertándose al final índices que facilitan el manejo de la obra y la búsqueda de conceptos.

Dentro de un primer epígrafe dedicado a la interrupción de la prescripción extintiva por actuación judicial, estudia dos causas fundamentales: 1.º, el ejercicio de la acción ante los tribunales; 2.º el acto de conciliación.

En cuanto a la primera de dichas causas de interrupción, se destaca la necesidad o indispensabilidad de que se haya ejercitado dicha acción y no otra que con ella pudiese tener mayor o menor analogía; no bastando para la originación de los efectos interruptores perseguidos con la simple presentación de la demanda, sino que, además, es preciso que ésta se halle revestida de una serie de requisitos formales que condicionan su admisibilidad y, por lo mismo, desprovista de aquéllos, deviene inoperante a los fines antedichos, quedando indemne el proceso prescriptivo en marcha; siendo, además, necesario que en el frente activo y pasivo de la declaración aparezcan aquellas personas a quienes afecta fundamentalmente el Derecho cuya prescripción está en juego, pues de lo contrario, según afirma el autor, aquella iniciativa de trascendencia judicial devendrá inoperante para segar el significado del tiempo transcurrido. Habla también de ciertas iniciativas procesales que en sus efectos se equiparan al ejercicio de la acción judicial, cuyo supuesto más frecuente viene representado por la interposición de la demanda de pobreza, naturalmente en aquellas hipótesis en que la misma precede a la demanda principal, pues cuando secunda a ésta, la fuerza interruptora viene atribuida a aquel escrito iniciador del proceso.

La segunda causa genérica de interrupción de la prescripción que nos ofrece es la que tiene lugar merced al acto de conciliación, para lo cual se precisa que la promoción del correspondiente juicio tenga lugar dentro de los dos meses siguientes a su celebración; refiriéndose igualmente al momento de la conciliación en que se produce la interrupción.

La propiedad horizontal ha llamado también la atención del autor al ofrecernos un detenido comenarío de la Sentencia de 21 de noviembre de 1968, respecto a la cual viene a destacar su importancia en cuanto roza un tema de acuciante actualidad en la temática de la propiedad horizontal, como es el relativo a la obligación de los propietarios de locales comerciales de contribuir a los gastos generales correspondientes a elementos o servicios en los que apenas o nada participan y abordar frontalmente otro tema engarzado de forma subordinada al precedente: la posibilidad de exclusión o minoración paccionada de tales contribuciones, consecuente a un clausulado estatutario previsor al respecto.

Aborda también otros puntos importantes dentro de la temática de esta propiedad especial; son los concernientes al señalamiento y significado de la cuota de participación asignable a cada piso o local; fijación de cuotas específicas de contribución y pactos especiales al respecto, llegando, por último, después de haber sentado conclusiones sobre los puntos indicados, al tema núcleo o base de la referida sentencia, en concreto, si los propietarios de locales comerciales vienen o no obligados a participar en los gastos generales derivados del sostenimiento del

servicio de portería, o sea si la portería constituye un servicio general del que se benefician incluso los locales comerciales. Sobre este tema, sienta la conclusión de que si nada se hubiese previsto sobre el particular, los locales comerciales contribuirán a esos gastos en la proporcionalidad derivada de su cuota de participación, pero con posibilidad de llegar al acuerdo, traducido en cláusula de los estatutos, conforme al cual los propietarios de locales o tiendas comerciales sitos en la planta baja quedan fuera de toda participación en los gastos de portería.

Un problema de gran envergadura jurídica es el que, comentando la Sentencia de 2 de julio de 1965, se nos ofrece en otro apartado: se trata simplemente de la «valoración de la sentencia penal en el juicio en el que se ejercite la acción civil dimanante del delito», o sea de que la sentencia absolutoria recaída en un juicio penal no prejuzga la valoración que de los hechos pueda hacerse en vía civil, pudiendo, por tanto, los tribunales de este orden apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven. Para la debida claridad expositiva, distingue los siguientes supuestos: *a)* declaración por sentencia firme de inexistencia del hecho; *b)* sentencia absolutoria del tribunal penal por causa distinta de la inexistencia del hecho; *c)* sobreseimiento libre o provisional de la causa criminal; *d)* sentencia condenatoria del tribunal penal, existiendo reserva expresa de la acción civil para su ejercicio independiente.

La discutida resarcibilidad de los daños morales es otro de los temas abordados por el autor, quien, partiendo de la distinción de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, habla, dentro de éstos, de los de rango moral puro y de los daños morales con repercusiones patrimoniales, llegando a precisar la estimación jurisprudencial de los daños morales y señalando al mismo tiempo los pronunciamientos jurisprudenciales más destacados estimativos de los daños de índole moral, concebidos en régimen de *numerus apertus*. Nos ofrece diversas sentencias, en las cuales parece que se tiende a favorecer el resarcimiento del daño moral en tanto que el mismo muestre una repercusión influenciante, más o menos inmediata, sobre la esfera económica, sobre la capacidad funcional del ofendido, e incluso resoluciones que son explícitas en proclamar la procedencia de la indemnización sin más base que el perjuicio moral mismo, en apreciación separada. Ahora bien: dadas las frecuentes pretensiones irrazonables por su infundabilidad o falta de comedimiento, es lógico que se impongan ciertas limitaciones al derecho de indemnización de los daños morales; por ello, SOTO NIETO habla también de las personas comprendidas en el ámbito de afección y del supuesto de que sobrevenga la muerte del afectado; completando todo ello con la exposición de la doctrina jurisprudencial al respecto.

En torno a la prescripción de la acción indemnizatoria, y comentando la Sentencia de 8 de mayo de 1965, además del fundamento de la prescripción extintiva, nos pone en contacto con los siguientes puntos de relevante trascendencia en el orden jurídico, teórico y práctico: 1.º, cómputo del plazo de prescripción, con su secuela de supuestos de impedimentos, suspensión e interrupción de aquélla; 2.º, legal interferencia que para el desenvolvimiento y eficacia de la prescripción extintiva viene a suponer la pendency de un proceso de índole penal; 3.º, especialidad que representa a estos efectos la tramitación de un expediente ante el Tribunal Tutelar de Menores cuando, en el ejercicio de la facultad reformadora, entienda de acciones u omisiones atribuidas a los menores, y realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código Penal o leyes especiales califiquen como delitos o faltas.

En otro apartado, dedicado a las «tendencias objetivas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», nos encontramos con el minucioso examen de ese hilo de resoluciones de nuestro Alto Tribunal, que va

jalonando el camino que conduce desde la más estricta concepción subjetiva de la responsabilidad a aquellas posiciones más dúctiles y realistas que, sin perder su conexión con la idea de culpa, abren sus ojos al soplo influenciante de las teorías objetivas, pero sin rendirse incondicionalmente a las últimas consecuencias de la mera causalidad externa.

En contacto íntimo con las nuevas consideraciones sobre el sistema de responsabilidad objetiva en la jurisprudencia y en la ley, complementando lo anterior, SOTO NIETO nos ofrece una síntesis del criterio objetivizador mostrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; estudia el génesis de la responsabilidad objetiva, explicando las razones justificativas de su aceptación, y expone, por último, los supuestos de responsabilidad comprendidos en el artículo 39 de la Ley sobre Uso y Circulación de vehículos de Motor, con el sentido de responsabilidad objetiva atenuada que incorpora.

Por otra parte, tras la promulgación por Decreto de 21 de abril de 1966 del texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, conteniendo preceptos de nuevo cuño desplazadores de la normación contenida en el artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, y 189 de su Reglamento, convenía llevar a efecto un somero examen de los preceptos más relevantes de esta importante disposición adscrita a la esfera laboral, pero íntimamente entroncada al proceder de la jurisdicción ordinaria en su doble versión civil y criminal; esto es lo que en suma viene a ofrecernos el autor en otro apartado encuadrado bajo el epígrafe de «las entidades y corporaciones de la Seguridad Social ante el accidente automovilístico».

De gran interés desulsa también el estudio que nos encontramos sobre la conjunción de responsabilidad contractual y aquiliana incorporado a la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, en el que después de hacer unas consideraciones de tipo general, aborda el entronque unitario de las culpas contractual y extracontractual; ofrece las mismas notas diferenciadoras en lo conveniente a efectos jurídicos de una y otra modalidad culposa; trata de la indicada conjunción con la consiguiente numeración de supuestos excluidos de esa posible conjunción de responsabilidad, y termina con el transporte de personas, llegando dentro de ello a un punto neurálgico del problema que le ocupa: el del siniestro automovilístico originador de daños personales o materiales.

El delicado y tan discutido problema del valor jurídico de las abstenciones, o sea del silencio, su significación reducido a un problema de interpretación y sus relaciones con las diversas formas de manifestación de voluntad, completado todo ello con la exposición de la doctrina jurisprudencial española al respecto, es el tema que ocupa otro apartado.

Los caracteres de la novación modificativa de las obligaciones y su distinción de la novación propia o extintiva han merecido también un centrado estudio por parte del autor, quien nos ofrece un adecuado comentario sobre la importante Sentencia de 9 de mayo de 1963, concerniente a la citada cuestión.

La vieja materia de la «simulación contractual», y dentro de ello, «donación encubierta bajo la forma de compraventa», rica, como dice SOTO NIETO, en floración jurisprudencial y preponderante atención doctrinal, instrumento de bastante arraigo entre los interesados para pretender ocultar sus verdaderos propósitos creando una especie de tipo simulación, compraventa encubierta de donación, que tanto quehacer motiva en los Juzgados, es otro de los puntos concretos de que trata, con una amplia gama de sentencias aboradoras de esta problemática.

Continúa posteriormente con una exposición comparativa de los dos tipos de simulación absoluta y relativa, en torno a cada una de las cuales

viene a poner de manifiesto quién está legitimado para poner en juego la acción impugnadora del contrato simulado, recogiendo diversas sentencias del Tribunal Supremo concernientes a la referida legitimación activa, sobre la base de separar ambos tipos de simulación.

Con el arrendamiento de solares entramos ya en una de las materias de más copiosa jurisprudencia en los tiempos actuales. Da comienzo a este tema con el concepto de solar a efectos arrendaticios y su distinción del predio rústico; trata igualmente de la presencia conjunta de solar y elementos urbanos, partiendo de unas advertencias generales, para pasar después examen al arriendo simultáneo de solar y elementos urbanos, dentro de lo cual encuadra los dos siguientes epígrafes: a) solar y edificaciones habitables; b) solar y edificaciones no habitables. Otro tema de interés que aquí aborda es el de arriendo de solar y construcción ulterior de edificaciones en el mismo, a base de distinguir según que las construcciones sean realizadas por voluntad unilateral del arrendatario, o bien por acuerdo entre el arrendador y arrendatario.

En cuanto a las «interferencias» de la legislación urbanística en la ordenación arrendaticia urbana, partiendo de unas consideraciones generales sobre el significado y naturaleza de la ordenación urbanística, examina las más caracterizadas de esas interferencias, bien sea por aprobación de los planes de ordenación urbana, bien por inscripción de la finca en el Registro Municipal de Solares: desahucio administrativo; o bien, finalmente, por costeamiento de las obras de urbanización.

A continuación, y bajo el epígrafe de «locales destinados al ejercicio de una actividad profesional», ofrece un comentario de la importante Sentencia de 27 de septiembre de 1967, no tanto por ser portadora de nuevos pronunciamientos de la doctrina legal, como por constituir una síntesis compendiosa de tres temas que se engarzan o complementan entre sí y que, de conjunto, vienen a perfilar la naturaleza y normación de un tipo de arrendamiento relativamente frecuente y de acusada relevancia: el de los locales destinados al ejercicio de una actividad profesional, dentro de lo cual hace referencia: 1.º, a los locales destinados a escritorios u oficinas; 2.º, a la vivienda destinada conjuntamente a habitación familiar y a ejercicio de actividad profesional; 3.º, a los locales destinados con exclusividad al ejercicio de una actividad profesional, y, por último, a la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento.

En otro apartado dedicado al «arrendamiento otorgado por el usufructuario o el propietario hipotecante», estudia el problema por el que con tanta insistencia se pregunta la doctrina, sobre si el régimen que la Ley de Arrendamientos Urbanos viene consagrando a partir de su texto articulado de 22 de diciembre de 1965, al supuesto de extinción del derecho de usufructo—subsistencia, en general, del arrendamiento otorgado por el usufructuario arrendador y, excepcionalmente, facultad de resolución de aquél ante un condicionamiento paccionado notoriamente gravoso para la propiedad—cabe distenderlo, a otras hipótesis de locaciones conferidas por titulares de derechos limitados y, en especial, al arrendamiento otorgado por el deudor hipotecante con posterioridad a la constitución del gravamen inmobiliario, y para el supuesto de ejecución forzosa a instancia del acreedor hipotecario y subsiguiente enajenación judicial de la finca. Los tribunales, dice SOTO NIETO, en este aspecto parecen bascular entre un haz de consideraciones de incontestable gravedad, suficientes para fundamentar una respuesta positiva, y el temor de desbordar la autorización del imperio de la analogía consentida—siempre restrictivamente— por el artículo 8.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El deseo de resguardarse de las nocivas consecuencias de una infla-

ción monetaria o simplemente el deseo de las partes contratantes de que el montante de sus prestaciones siga el ritmo general de los precios que rijan en cada momento determinado, eliminando el riesgo de una desnivelación de aquélla, máxime cuando alguna de las mismas, en vez de agotarse con su realización inmediata o próxima a su compromiso formal, ha de espaciarse fraccionadamente en el tiempo, o, como sucede en las relaciones arrendaticias, ha de repetirse, con una periodicidad preconstituida, a lo largo de una serie indefinida de años, en tracto sucesivo, en virtud de una prórroga impuesta por la voluntad del legislador, conduce al uso de las llamadas cláusulas de estabilización, cuya admisibilidad y eficacia en el Derecho especial arrendaticio lleva a SOTO NIETO a sentar unas conclusiones al mismo tiempo que enumera las diversas resoluciones emanadas del Tribunal Supremo sobre este particular, subrayando su inicial postura un tanto dubitativa y oscilante y, al parecer, su decidido y definitivo reconocimiento de la admisión y efectos de las cláusulas que nos ocupan, en el estado actual que ofrece la legislación vigente.

Continuando con la materia arrendaticia, nos encontramos otro apartado referente a «las reparaciones necesarias en relación con las causas de resolución del arrendamiento por destrucción de la vivienda o local de negocio o declaración de ruina de la finca». En este apartado, partiendo del concepto de reparaciones necesarias que el arrendador está obligado a realizar a fin de conservar la cosa arrendada en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, destaca la existencia de una limitación cuantitativa en el alcance de dichas reparaciones necesarias, de modo que una vez traspasado el tope cuantitativo en el coste que esas obras reparadoras representan, el conjunto de las mismas viene a configurarse como propio de una empresa de reconstrucción, dejando, por ende, de ponerse a cargo del arrendador de manera necesaria con facultad de exigencia por el locatario y trocándose en causa de resolución del arrendamiento, a tenor del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Esto nos pone en comunicación con la resolución del arrendamiento por pérdida o destrucción de la cosa y con la inexistencia de la obligación de verificar las reparaciones necesarias, si las obras exceden del 50 por 100 del valor real de la vivienda o local de negocio; pasando después de la declaración del arrendamiento. Finalmente, ofrece un examen comparativo de ambas causas de resolución, perfilando sus analogías y diferencias.

Terminada la materia arrendaticia, entra dentro del campo del Derecho de familia con un tema de trascendental importancia: el reconocimiento forzoso de la paternidad natural. En efecto, el alcance legal de la llamada «investigación de paternidad» es otra de las cuestiones de indudable dimensión social que ha llamado la atención del autor al reflejarnos un cúmulo de sentencias notables en torno al tan debatido párrafo 1.º del artículo 135 del Código Civil.

Por otra parte, partiendo de si el reconocimiento ha de ser considerado como un medio probatorio (reconocimiento-confesión) o como medio determinante de la filiación (reconocimiento-admisión), y acentuando también su carácter mixto, examina los supuestos de intervención del Ministerio Fiscal en el trámite de reconocimiento de hijo natural.

En contacto íntimo con este tema, termina la materia civil tratada en su Derecho vivo o jurisprudencia comentada con un tema de acentuado interés y tan viva polémica como es el de reconocimiento hecho en testamento carente de disposición testamentaria.

La parte dedicada a Derecho mercantil la inicia el autor con la llamada «letra de favor o complacencia», que por hacer acto de presencia frecuentemente en las lides judiciales, es otro de los temas que han me-



recido su estudio y comentario. El concepto, causa, confianza y riesgo del favorecedor, significado de la aceptación como declaración de voluntad cambiaria, responsabilidad del firmante ante reclamación de terceros y acción reclamatoria del favorecido: *exceptio doli*, son los puntos concretos que en torno a estas llamadas letras de favor o complacencia pueden leerse en otro de los apartados de la obra.

Al referirse a la sociedad mercantil irregular, muestra cómo la problemática de las sociedades irregulares sigue presidida por el signo de la incertidumbre, por la presencia de decisiones jurisprudenciales que difícilmente casan entre sí y que, en principio, vienen a infundir un leve desconcierto al interprete, acarreándole serias dudas sobre si en nuestro Derecho es el criterio objetivista el que campea como último canon discriminador, cual se viene pregonando o, por el contrario, son los criterios objetivos y formalista los que, en abrazada mixtura y estratégica prevalencia, vienen a dar la postrer pauta orientadora.

Con una introducción como punto de partida, y dentro ya del campo procesal, hace diversas reflexiones sobre los distintos aspectos que ofrece la comparecencia en juicio de la mujer casada, tratando de dar solución a alguno de los problemas que con este motivo se suscitan. Pero antes de comenzar el estudio específico de las posibilidades y requisitos que la mujer casada tiene y necesita para comparecer en el proceso, esboza y recuerda brevemente algunas ideas sobre la capacidad procesal en general, ya que sólo captando éstas ha de comprenderse bien aquella regulación y exigencias. La capacidad procesal de la mujer casada y la necesaria integración de su capacidad, bien sea a través de la representación, licencia, asistencia del marido, o bien, a falta, por negativa del marido, u otras causas, a través de la habilitación o licencia judicial, son los temas objeto de otro epígrafe.

También con una introducción previa, el autor entra de lleno en otro tema de interés: la cuestión de competencia declinatoria. Distingue dos modalidades posibles en el planteamiento de la declinatoria: a) Planteamiento como excepción dilatoria. b) Planteamiento como incidente especial. Hecho esto, se centra en el contenido esencial de la declinatoria, terminando este apartado con una especial referencia al juicio ejecutivo, a base de distinguir a estos efectos entre juicio ejecutivo no cambiario y el ejecutivo cambiario.

Cuando el autor nos pone en contacto con la excepción de falta de reclamación previa en la vía gubernativa aborda cuestiones tales como: naturaleza de la citada excepción; disposiciones legales que prescriben y regulan la reclamación previa administrativa, finalidad de la misma, analogías y diferencias entre la exigencia de reclamación gubernativa previa y la del acto de conciliación, concluyendo con la imposibilidad de recurso de casación por infracción de ley fundado en la desestimación de la excepción.

En otro apartado, encuadrado bajo la rúbrica de «principio de la prohibición de la *reformatio in peius*», tres son los puntos concretos de los que el autor trata: 1.º, razones que le justifican; 2.º, estrategia en el ejercicio de la adhesión a la apelación, y 3.º, facultades cognoscitivas y resolutorias del Tribunal *ad quem*, aun sin apelación adhesiva.

Siguiendo el recorrido sistemático de la obra, nos encontramos con el intrincado y difícil tema de las nulidades procesales, huérfano de un tratamiento sistemático en los Códigos de procedimiento y abandonado, puede decirse, a la reflexión y análisis de la doctrina, que suele enfocarlo de muy diversas maneras. Recoge los diversos supuestos de ineficacia de los actos procesales: inexistencia, nulidad, anulabilidad e irregularidad, refiriéndose a continuación a la evidente necesidad de agotar

los recursos ordinarios y a la imposibilidad de planteamiento en juicio declaratorio posterior.

Las «anotaciones preventivas de embargo» son también un tema de especial interés que el autor comenta en relación con la Sentencia de 27 de septiembre de 1967, de suma importancia en la trascendente materia de las afecciones inmobiliarias que una traba procesal comporta y de los efectos hacia terceros en que ha de traducirse a tenor de la mecánica que la regulación registral ofrece. El problema crucial que se plantea la sentencia comentada estriba en determinar los efectos que la orden judicial de embargo—por supuesto seguida de la práctica del mismo—es susceptible de desplegar hacia los terceros que puedan interferirse en la efectividad del derecho merced a actos dispositivos del deudor titular del inmueble; en concreto, si la traba judicial, *per se*, tiene vigor suficiente para anteponerse jurídicamente a cualquier transmisión ulterior del bien embargado, o si esa prevalencia, en su proyección hacia terceros, sólo puede venirle de la publicidad que dimana de la práctica de la oportuna anotación preventiva.

Como punto final de su obra, dedica SOTO NIETO el último apartado de los 32 que la integran al estudio de una de las manifestaciones de las llamadas «crisis procesales», la suspensión del proceso, es decir, aquel fenómeno que repercute sobre su actividad, produciendo una paralización que impide y obstaculiza su avance normal hacia la meta propuesta y concebida. En íntima unión con ello se encuentra la previa consideración de los principios de impulsión oficial o de completa rogación que pueden inspirar el proceso en su conjunto, ya que de ello dependerán los requisitos y características que la suspensión ha de presuponer y arrastrar consigo.

Los 32 apartados sintéticamente reflejados a través de esta recensión los complementa el autor con una serie de índices que hacen fácil el manejo de la obra, permitiendo la búsqueda rápida de lo que interesa. Contiene: 1.º Índice cronológico de jurisprudencia civil, penal, contencioso-administrativa, resoluciones de la Dirección General de los Registros, jurisprudencia social, jurisprudencia de las Audiencias territoriales. 2.º Índice de autores que se citan a lo largo de la obra. 3.º Índice de disposiciones legales. 4.º Índice analítico de materias y, por último, índice sistemático.

En suma, una obra completa, práctica, de vigente actualidad, adornada de numerosas citas referentes a disposiciones legales, autores, jurisprudencia, de evidente utilidad para el profesional del Derecho y digna de figurar en cualquier biblioteca jurídica.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ