

BONET CORREA, JOSÉ: *La constitución de las servidumbres por signo aparente (la destinación del padre de familia)*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Junta de est. económicos, jurídicos y sociales). Madrid, 1970.

BREVE PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Cuando dos fundos pertenecen al mismo propietario, si éste sujeta uno de ellos a la utilidad del otro en un determinado sentido se crea un estado de hecho aparente, que asume en el momento de la separación de dichos fundos, ya por acto *inter vivos* o por disposición *mortis causa*, la figura jurídica de una servidumbre.

He aquí la hipótesis, dice el autor, en la que se concreta el modo constitutivo de servidumbres conocido como «destinación del padre de familia».

Esbozado así el problema, veamos cuándo, cómo y en qué condiciones es recogida esta modalidad por el Derecho histórico y actual y la recepción que le preparan la doctrina y jurisprudencia patrias.

DERECHO ROMANO

Entiende BONET que la situación de destinación adecuada por el mismo propietario de dos fundos no supuso una modalidad de constitución de una servidumbre hasta que así lo concibió BARTOLO.

Afirma—seguido en este punto por autores italianos como PEROZZI, SOLAZZI, SIMONCELLI y BUSSI—que en el Derecho romano, como se deduce del cotejo de los textos, tan sólo se advierten una serie de situaciones y relaciones jurídicas que, conforme van desarrollándose en el tiempo, pueden predisponer a los autores a soluciones que asemejan a la posterior creación medieval de destinación.

Para los juriconsultos clásicos, una vez eliminada la usucapión de las servidumbres en virtud de la Lex Scribonia, no cabía otra forma de constitución de las servidumbres que la declaración explícita (*nomina-tim imponenda servitus est*, o *sinon dicantur* y *nominatim recipi oportet*) por *in iure cessio*, legado, adjudicación, *mancipacio* en caso de servidumbres rústicas sobre fundos itálicos, etc., y también por *deductio*.

El «iter ad sepulcrum»

Desde los comentaristas del Derecho común hasta los pandectistas se ha reconocido en el texto de D. II, 7, 12, por la admisión del paso necesario como una servidumbre o una limitación legal del dominio. El fragmento contempla el supuesto de un sepulcro enclavado al que el titular no tiene acceso. Por un rescripto de los emperadores Septimio Severo y Caracalla se concede el paso para el sepulcro—exigible, según

aclara ULPIANO—mediante una acción especial, de cognición oficial (*extra ordinem interpelletur*), contra el propietario del fundo que no deja pasar al que tiene el sepulcro enclavado en él; la concesión del paso (*iter praestare*) va acompañada del pago del justo precio.

Pues bien: aunque el paso al sepulcro resulta ser una necesidad congénita a su establecimiento por enterramiento, un accesorio implícito para hacer posible su ejercicio; aunque ese *iter* no se extinga por el *non usus*, su aproximación a un verdadero derecho de servidumbre, siquiera sea una servidumbre legal, resultaba inevitable.

Ampliaciones legales del ejercicio de una servidumbre convencional previamente constituida

Existen ciertos supuestos (D. 8, 4, II, I; D. 8, 33, 3; D. 43, 20, 3, 5) en los que se ha querido ver una constitución tácita de la servidumbre. Los tres textos citados resaltan los provechos que implícitamente adquiere el que tiene derecho a conducir agua por un cauce: derecho de reparación, de sacar la piedra, arena, el agua, derecho de pasar, etc. Sin embargo, dice el autor, nos encontramos muy lejos de una constitución tácita por destinación del padre de familia, puesto que no son sino pretensiones derivadas de la forma y disposición de los fundos, basadas en un derecho convencionalmente constituido y del que no son sino simples ampliaciones legales de su ejercicio. Otras veces, como en D. 18, 6, 4, I, la ampliación legal se funda no en el contenido implícito del derecho de servidumbre, sino en una presunta voluntad del mancipante. Tampoco en el D. 33, 44, 9—legado de usufructo—, el paso necesario para que se pueda *uti frui*, puede concebirse como una servidumbre tácita, sino como adminículo o simple facultad inherente al derecho de usufructo. En otros supuestos, D. 33, 3, I—«taberna» inferior que soporta la carga de la superior—, hay que estimar que la constitución es expresa, pero implícita, cuando existe una razón objetiva en base a la disposición de las cosas, hipótesis que se reproduce en cierto modo en D. 8, 5, 20—chozas instaladas en un fundo que se había legado—, y donde vuelve a ser la situación de enclave más que la apariencia de unos signos o la voluntad tácita del testador la que obligue a los herederos a reservar alguna servidumbre a favor de las susodichas chozas, servidumbre que nacería también de una forma expresa.

Sin embargo, son los supuestos de la sucesión hereditaria—de donde partirán más tarde los glosadores y postglosadores para construir la «destinación del padre de familia»—los más favorables para admitir una constitución tácita de las servidumbres en la jurisprudencia romana.

Ahora bien—continúa diciendo el autor—, que el derecho justiniano haya valorado la voluntad del testador en base a recibir la cosa *cum sua conditione*, que mantenga una actitud de respeto al estado de hecho, forma y uso de los campos como lo hacía el padre de familia y se lleguen a conceder acciones para la constitución de verdaderos derechos de servidumbre, no puede llevarnos a concluir que se ha realizado una nueva modalidad tácita o *ipso iure* de la constitución de las servidumbres. Es más: hasta tal punto llega la jurisprudencia romana a no admitir la destinación del padre de familia, que razona el no poder constituir la servidumbre antes de la tradición, por ser una creación de ella en cosa propia, y después de la tradición, por ser cosas ajenas sobre las cuales es imposible tener un derecho de dominio o facultad de disposición (D. 8, 4, 6).

EL DERECHO COMÚN

La alta Edad Media, con la invasión de los pueblos bárbaros y una nueva estructura política, económica y social, especialmente en materia de propiedad—al venir concentrada en una sola mano, o al darse la copropiedad de las tierras—, fue poco propicia a las relaciones particularizadas de servidumbre entre los fundos, y mucho menos hizo posible el desarrollo de la modalidad constitutiva tácita.

Es en el florecimiento de la propiedad individual, ocurrida en la baja Edad Media y en la época renacentista, cuando las necesidades de hecho en las relaciones entre las fincas son más intensas, lo que conduce a las florecientes escuelas jurídicas italianas—que reviven los estudios del Derecho romano—a proporcionar la solución jurídica que demandaban aquellas situaciones de mayor hegemonía personal reflejadas en la propiedad inmobiliaria.

Serán los glosadores y postglosadores los que, valiéndose de las fuentes y textos justinianos, darán los pasos más evolucionados que pueden concebirse en la historia de la jurisprudencia romanista.

Una mente de síntesis como la de BARTOLO se evidencia a propósito de la distinción entre las servidumbres continuas y discontinuas al hacerla apta para otras aplicaciones.

Así nos dice que, puesto que el fundamento de la *quasi-possessio* y de la prescripción de la servidumbre permanece en la *scintia* y en la *patientia* del adversario, puede ocurrir que en la enajenación de un fundo y permanecer un estado material de cosas y de servicio entre el fundo enajenado y el otro del propietario, si las partes veían y callaban, entonces se pudiese concebir que consentían al permanecer las cosas como estaban, imponiéndose la servidumbre.

BARTOLOMÉ DE CAEPOLLA sistematiza la doctrina de BARTOLO, y en capítulo XXXVIII de su *Tratado de servidumbre* expone los supuestos que admiten la presunción tácita de una servidumbre. Niega que esto ocurra cuando se divide la cosa común o cuando se celebra por contrato y no se ha dicho nada expresamente. Doctrina romanista pura. En cambio, cree que ocurre lo contrario para los legados, al afirmar que «cuando se lega una cosa es para que el legatario pueda disfrutar de la cosa como lo hacía el testador».

FRIEDE alega que no sólo en los legados, sino en los convenios, la cosa vendida o donada implica las servidumbres, puesto que quien compra un fundo se supone que lo adquiere de modo que no sea inútil, sino para que pueda disfrutarlo. Para HERT la servidumbre no puede considerarse constituida por los solos hechos, salvo que sin ella el uso de la cosa enajenada venga a resultar nulo o incompleto.

La doctrina de los doctores, comentaristas y demás jurisconsultos es invocada ante los tribunales, y poco a poco se va formando una jurisprudencia, como puede comprobarse en la colección de las decisiones del Sacro Regio Consiglio, recogidas por AFFLITTO en el año 1509, y las de la Rota Romana.

En el antiguo Derecho consuetudinario francés, la destinación del padre de familia comenzó a introducirse con variantes muy diversas en cuanto a sus condiciones de aplicación. Es la «Costumbre de París» la de mayor importancia y la que concluye por formar un Derecho común consuetudinario.

Ahora bien: mientras en su primera redacción (año 1510, art. 91) se establece simplemente que «la disposición o destinación del padre de familia equivale al título», en la segunda, del año 1580 (art. 216), se exigirá la prueba por escrito. Este criterio—el de la expresión por escrito de la voluntad referida a la servidumbre—se mantendrá también

por la «Costumbre de Orleans» en sus artículos 227 y 228, con la sola excepción relativa a las servidumbres necesarias y aparentes, o las que procedían de obras incorporadas al fundo sirviente.

Las «Siete Partidas» operan la recepción del Derecho romano de la forma más pura acogiendo el principio *omne praedium praesumitur liberum*, por lo que servidumbres existentes sobre predios separados se extinguen por «confusión» al pasar a manos de un mismo propietario, y *no renacen* al separarse aquéllos, a menos que se constituyan de nuevo *expresamente*, rigidez esta que no impediría que, andando el tiempo, fuera formándose—sobre la base de interpretaciones *in extenso* o *a contrario sensu*—una jurisprudencia favorable a la adquisición implícita que no dudaremos en calificar de progresista.

EL DERECHO COMPARADO

A) *Derecho civil francés*.—El Código civil de Napoleón recoge la llamada «destinación del padre de familia» en sus artículos 692, 693 y 694, que transcribimos a continuación:

Artículo 692.—«La destinación del padre de familia equivale al título cuando se trate de servidumbres continuas y aparentes.»

La interpretación doctrinal de este artículo da lugar a diversas direcciones que pueden resumirse en tres:

a) ¿Es la causa eficiente de este modo constitutivo de las servidumbres la *voluntad única del propietario* al disponer de sus fundos en el estado en el cual hace la servidumbre? (Posición de HEMARD.)

b) O bien, ¿debe entenderse que ante el silencio observado se produce un *acuerdo* tácito entre las partes que es el verdadero acto generador de la servidumbre, no siendo, por tanto, exacta la frase de que «la destinación equivale al título»? (Tesis de LAURENT, COLIN y CAPITANT.)

c) ¿Nos encontramos ante una *creación legal* que el ordenamiento establece por las conveniencias del tráfico jurídico, a fin de legitimar una situación objetiva? (Dirección mantenida por BAUDRY-LACANTINEIRE y CHAUVÉAU, entre otros.)

Artículo 693.—«No hay destinación del padre de familia más que cuando se prueba que los dos fundos—actualmente divididos—han pertenecido al mismo propietario, y que por él han sido puestas las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre.» La doctrina y jurisprudencia francesa especifica cómo carecen de aptitud para que haya constitución de servidumbre por destinación: a) Los actos de un arrendatario (colono o inquilino). b) Los actos de un usufructuario o poseedor. c) Los actos del marido realizados en la propiedad de su esposa. d) Los actos del propietario que adquiere bajo condición resolutive que se ha cumplido. e) Los actos realizados por los copropietarios durante la invasión.

Artículo 694.—«Si el propietario de dos heredades entre las que existe un signo aparente de servidumbre dispone de una de ellas sin que el contrato contenga convención alguna relativa a la servidumbre, ésta continuará existiendo activa o pasivamente en favor del fundo o fundos enajenados.»

— Es necesario, como se infiere de este precepto y del anterior, que exista un estado de hecho aparente, cuyo mantenimiento pueda ser considerado como acto concluyente de la interpretación de la voluntad de las partes.

— Se precisa, además, que ocurra una división o enajenación de los fundos.

— Finalmente, se requiere una actitud omisiva de las partes en el acto de separación de la propiedad, del cual, por tanto, no deben desprenderse signos contrarios a la existencia de la servidumbre; servidumbre que, según el artículo 692, ha de ser continua y aparente, mientras, conforme al artículo 694, basta con que sea aparente.

COLIN y CAPITANT, siguiendo el pensar de un sector doctrinal importante y el Tribunal de Casación en diferentes sentencias, declaran que es el mismo artículo 694 quien, con la significativa frase de «sin que el contrato contenga convenio alguno relativo a la servidumbre», resuelve el problema. En efecto, cuando no sea posible exhibir el contrato de separación, se está ante elementos de convicción menores, y para que la sola circunstancia del estado de cosas anterior pueda ser considerada como una prueba del asentimiento del propietario sirviente, será necesario que se trate de una servidumbre a la vez aparente y continua. Tal es el sentido excepcional y restringido del artículo 692.

B) *Derecho civil italiano*.—El Código civil italiano de 1865 regulaba esta materia—inspirándose en el modelo francés—en los artículos 626, 632 y 633.

El nuevo Código civil de 1942 lo hace en el artículo 1.062 de la siguiente forma: «La destinación del padre de familia tiene lugar cuando consta mediante algún medio de prueba que los dos fundos actualmente divididos han estado poseídos por el mismo propietario y que éste ha puesto o dejado las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre. Si los dos fundos cesan de pertenecer al mismo propietario, sin ninguna disposición relativa a la servidumbre, se entiende establecida activa y pasivamente a favor y sobre alguno de los fundos separados.»

Doctrina y jurisprudencia suelen adoptar una posición de matiz atenuado al enfrentarse ante el problema de la naturaleza jurídica de la destinación del padre de familia. Esta, si bien no resulta de un modo de constitución legal, tiene, sin embargo, su fuerza en el contenido normativo, en su aceptación por el derecho positivo. Nos encontramos en uno de esos puntos mixtos cruciales que se encuentran en Derecho: un punto de equilibrio entre la realidad económica y la construcción jurídica.

C) *Derecho civil portugués*.—En el nuevo Código civil portugués se mantiene la constitución de las servidumbres por «destinação do pai de família» en el artículo 1.541, casi con la misma redacción que en el derogado 2.274, después de su reforma en 1930. El artículo 1.514 manifiesta: «Si en dos predios del mismo dueño o en dos fracciones de un solo predio hubiese señal o signos visibles y permanentes, puestos en uno o en ambos, que revelan servicio de uno para el otro, serán tenidos esos signos como prueba de la servidumbre cuando en relación al dominio los dos predios o las dos fracciones del mismo predio lleguen a separarse, salvo si al tiempo de la separación otra cosa se hubiese declarado en el respectivo documento.»

E) *Derecho civil alemán*.—Lo característico del B. G. B. es la posibilidad que se infiere de sus artículos 890 y 1.009 de una servidumbre de propietario, como excepción, por tanto, al aforismo *nemini res sua servit*.

Si bien la doctrina y la jurisprudencia más antigua se mostraban reacias a su admisión apoyándose, entre otros preceptos, en el artículo 873, apartado 1.º, según el cual para «la constitución de un derecho sobre una finca se exige el acuerdo de dos personas», autores más modernos, como SCHMIDT-RIMPLER, HECK, etc., la admiten para ciertos supuestos en base a la «autónoma adopción de disposiciones» que todo

propietario tiene según el destino de las cosas y que sólo debe tropezar con limitaciones derivadas de principios morales o de equidad o de la ausencia de un interés justificado. También la jurisprudencia posterior ha concluido por dar entrada a la servidumbre de propietario como una modalidad constitutiva y adquisitiva de las servidumbres.

F) *El Derecho civil suizo*.—También el Código civil suizo, en su artículo 733, establece que «el propietario de un inmueble puede establecer una servidumbre sobre un fundo suyo en favor de otro también suyo». Esta postura de admisión de derechos reales limitados en cosa propia, dice BONET CORREA, ha nacido en el tráfico jurídico de la vida moderna como una necesidad y ampliación de la teoría del negocio jurídico que justifica situaciones de hecho o actitudes relevantes de las relaciones unilaterales, capaces de trascender de la esfera de poder del propio derecho de dominio sobre las cosas. El propietario a veces quiere ir más allá de sus propias necesidades con provisiones que pueden beneficiar la explotación racional y funcional de los inmuebles no sólo en provecho propio, sino con alcance para terceros.

G) *El Derecho civil español*.—Nuestro Código soslaya la cuestión de atribuirle su conocida denominación de «destinación del padre de familia» y se conforma con recoger el supuesto en el artículo 541:

«La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.»

Sucinto examen de los problemas de interpretación que plantean los requisitos normativos del artículo 541

1) Existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas.

Aparte de las cuestiones que puedan suscitar los términos «entre» y «dos» fincas cuya obligatoria interpretación amplia es requisito imprescindible si no se quiere desquiciar la institución y salirse de los verdaderos cauces por los que la idea del legislador discurre, la problemática de este apartado—que telegráficamente recogemos—se centra en torno a las titularidades que pueden dar lugar a este tipo de servidumbres.

Titularidad del:

Propietario.—Es indudable, pues así lo expresa el artículo 541, y no sólo en los casos de «creación» del signo aparente de servidumbre por él mismo, sino también en las hipótesis de «conservación» por el propietario de un signo anteriormente establecido por otra persona, como entiende la mayor parte de la doctrina.

Nudo propietario.—También resulta del artículo 595 del Código civil «el que tenga la propiedad de la finca cuyo usufructo pertenezca a otro podrá imponer sobre ella, sin el consentimiento del usufructuario, las servidumbres que no perjudiquen el derecho de usufructo» que los actos del nudo propietario, o su comportamiento, son aptos para dar lugar a la constitución de la servidumbre por destinación del padre de familia.

Copropietarios.—De los artículos 397 y 597 del Código civil se deduce que no adquiere la categoría de servidumbre la relación de hecho enta-

blada si no hubo la aquiescencia de los demás copropietarios, sin perjuicio de que, como indica el segundo de los preceptos citados, «la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido».

Enfiteuta.—Conforme al artículo 596 del Código civil, «cuando pertenezca a una persona el dominio directo de una finca y a otra el dominio útil, no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpetua sin el consentimiento de ambos dueños».

Pues bien: aunque en realidad, y sin traer a colación las diferentes teorías que configuran la naturaleza jurídica de la enfiteusis, el enfiteuta es un propietario, si bien temporal, dicha temporalidad está en contradicción con el carácter perpetuo de un *ius iure aliena*. La constitución de una servidumbre debe completarse, por tanto, con el consentimiento de ambos dueños. Cuando exista un consentimiento (que puede ser tácito, al no decir nada en contra la ley) deducido de los hechos concluyentes llevados a cabo por el dueño directo y el útil, y haya signos aparentes al momento de la separación del dominio, nada obsta a que la servidumbre se constituya por destinación.

Superficiario.—La configuración que el artículo 1.611 del Código civil da a éste permite, dice el autor, aceptar la misma doctrina que para el derecho de enfiteusis.

Fiduciario.—Partiendo de la trascendencia real de la titularidad fiduciaria tan bien argumentada por el profesor DE CASTRO, hay que entender, señala BONET CORREA, que si el fiduciario hubiese establecido signos aparentes en los inmuebles recibidos, y si posteriormente los enajenare, aquéllos pueden dar lugar al nacimiento de una servidumbre, sobre todo para el que adquiere de buena fe. No obstante, si se diese la recuperación del inmueble o inmuebles por parte de su auténtico propietario, éste puede oponerse a los servicios establecidos por el fiduciario, a no ser que en ese momento nada diga o realice en contra de ellos.

Propietario sometido a condición resolutoria.—Entiende BONET que también puede dar lugar al nacimiento de la servidumbre objeto de este estudio, dados los efectos de naturaleza obligacional y no real de la condición resolutoria añadida (para que la propiedad revierta al enajenante no basta el consentimiento, sino que se exige la tradición por parte del adquirente según los 609, 1.095 y 1.473 del Código civil).

Esto hace que el propietario sometido a condición resolutoria sea un propietario en el sentido que requiere el artículo 541 del Código civil.

Igual trato, continúa diciendo, habrá que aplicar para las disposiciones testamentarias condicionales, según expresa el artículo 791, y a la compra con pacto de *retroviendo*, dados los términos del artículo 1.511 del Código civil. «... El comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones.»

A solución igual se llega en los supuestos de revocación de donaciones (645, 647 y 648) y reducción de donaciones inoficiosas (651), ya que el artículo 649 declara que «revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán, sin embargo, subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad; la expresión «enajenaciones e hipotecas» se puede hacer extensiva a los demás *iura in re aliena* y concretamente a las servidumbres. Estas mismas conclusiones deben sacarse también para el supuesto del heredero sujeto a colación por aplicación del artículo 1.045.

Hipoteca de inmuebles del propietario.—Si bien la vinculación hipotecaria no disminuye la plenitud de facultades dominicales y dispositi-

vas, sí repercute en cuanto sus efectos provoquen la disminución del valor de la finca, pudiéndose ejercitar por el acreedor hipotecario las acciones de deterioro o devastación a que se refiere el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. No obstante, como así lo reconoce el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de junio de 1968, si el acreedor hipotecario no ejercita sus acciones ante los servicios aparentes de servidumbre creados por el propietario, y en el momento de la separación del dominio de las fincas se abstiene de oponerse a ellos, tácitamente se constituye la servidumbre de acuerdo con los presupuestos del artículo 541.

Representación y mandato.—Los actos del representante tendrán sólo eficacia cuando el poder comprenda aquellos actos o servicios que den por resultado signos aparentes de servidumbre.

En el caso del mandato *proprio nomine*, dado que el mandatario puede tener hacia el exterior, en ciertos casos, todas las facultades inherentes al dominio, los terceros que con él contraten pueden invocar la eficacia de los actos que el mandatario haya realizado sobre los fundos del mandante, sin perjuicio de su ineficacia en la reacción interna de gestión y dejando siempre a salvo el caso de que, concluido el mandato, no se hagan desaparecer los signos de servidumbre o no se declare el mandante contrario a ellos en el momento de la enajenación, con lo que se confirmaría la situación anterior.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de diciembre de 1954, abor-
dó con carácter permisivo la constitución de su derecho real de servidumbre entre bienes privativos y bienes gananciales, siendo la finca sirviente bien privativo del marido y teniendo la finca ganancial—predio dominante—el carácter de patrimonio común de ambos cónyuges.

Carecen de facultades para dar lugar a la destinación del padre de familia:

— El marido sobre los bienes parafernales y los que integran la dote inestimada de su mujer.

— Los padres y tutores en cuanto representantes y administradores legales de los bienes de las personas que están bajo su potestad.

— Los apoderados o representantes del ausente sin perjuicio de que respecto a las personas que entren en posesión definitiva de los bienes del ausente entre en juego el artículo 197 «... recobrará los bienes en el estado en que se encuentra», y por lo que se refiere a los signos aparentes originados por aquéllos.

— El usufructo, arrendatario o mero detentador.

2) Enajenación de una de las fincas.

En el artículo 541 hay que resaltar dos momentos: el de la «destinación» (un modo de actuar, conservar o imponer) y el de la «enajenación» (un acto de escisión, de separación del dominio) como constitutivos de un acto jurídico complejo llamado «destinación del propietario».

El criterio unánime de nuestra doctrina y jurisprudencia es el de comprender dentro del significado abstracto de «enajenación» todas las modalidades *voluntarias* y *forzosas* de la transmisión del dominio, pues lo que importa es la desintegración de la finca, y tanto las realizadas a título *oneroso* como a título *lucrativo*.

Ciertamente que podría argüirse para los supuestos de embargo, expropiación y usucapión que en ellos es difícil ver un acuerdo tácito de las partes. No obstante, argumenta BONET CORREA, siguiendo a FAUGERE, que para estos casos, si bien no depende del dueño común la desposesión de los bienes, si dependen de él los hechos o el estado de cosas inmediatamente anterior de los cuales resultó luego la servidumbre.

Combate también el autor la tesis de SANCHEZ REBULLIDA, según el cual debe excluirse de este tipo de constitución el caso de sucesión intestada, dado que nunca la *fatalidad* puede ser causa originaria de una servidumbre.

A su juicio, es inaceptable este criterio por llevarlo a un terreno subjetivo de la indagación de la voluntad del propietario que es contradictorio con la base objetiva que aparece real y aparentemente mediante los signos que él mismo ha establecido entre sus fincas y que no han sido hechos desaparecer por los sucesores.

3) La falta de declaración contraria a la existencia del signo en el título de enajenación y su no desaparición antes del otorgamiento de la escritura.

Dice BONET, recogiendo a este respecto diversas Sentencias (3 de marzo de 1942, 5 de enero de 1963 y 20 de diciembre de 1965), que aquellas manifestaciones escritas de las partes que resulten meras cláusulas de estilo, por su tono genérico y vago—tales como libres de todo gravamen o libre de cargas—, no contradicen la apariencia evidente de los signos de una relación de servicio que concretamente estableció el propietario en sus fincas.

La naturaleza jurídica de la «destinación del padre de familia»

Tradicionalmente, esta figura viene a ser considerada un modo de constitución implícita de las servidumbres, para afirmarse luego como modo de constitución tácita.

Cuando el dogma de la autoridad legal se desenvuelve plenamente, la voluntad personal queda restringida a los márgenes que la propia ley le impone, con lo que se llega al reconocimiento de la autonomía de la voluntad legalizada.

El autor, tras hacer una extensa referencia a la teoría de SALA CONTARINI de la inherencia real—la servidumbre es una accesión del fundo, y si se transmite permanece con el fundo por necesidad jurídica—, a la doctrina del signo aparente mantenida por CHIRONI, FIORE y JANUZZI, y en nuestra patria por CASTÁN—según los cuales es la ley la que, ante una situación de hechos determinada, legitima su apariencia convirtiéndola en servidumbre sin que sea precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad para que pueda ser invocada por el dueño del predio dominante o para exigir el respeto de los terceros—, y finalmente a la tesis de la destinación como acto unilateral, como consecuencia de una manifestación de voluntad capaz de crear una servidumbre y que derivaría en la llamada «servidumbre de propietario» defendida en nuestra doctrina por VALVERDE, TAMAYO y DÁVILA GARCÍA, expone su propio punto de vista al afirmar que la destinación del padre de familia no se lleva a cabo por un acto negocial específico, sino que es el resultado de una serie de actuaciones unilaterales y bilaterales que confluyen o se integran en un negocio genérico de transferencia del dominio. En este momento operan dos elementos fundamentales: la apariencia de una situación de hecho o de servicio, y el silencio de las partes al momento de la enajenación o adquisición del dominio.

Que estamos ante una modalidad constitutiva de carácter «voluntario»—carácter que se tendrá en cuenta a la hora de determinar su contenido y su contenido y su extinción—no sólo lo confirma la ley, queriéndolo así mediante la equiparación que establece del signo a un título, sino por la misma naturaleza dispositiva de la presunción *iuris tantum* al poder aportar prueba en contrario. La servidumbre por destinación del padre de familia, termina BONET CORREA, no se constituye ni «auto-

máticamente ni por virtud de la ley; la ley es sólo el vehículo en que se contiene la garantía para su validez. La naturaleza y causa de esta figura está en la «actuación volitiva» de las partes, en las sucesivas acciones y abstenciones que llevan a cabo en el momento de la enajenación.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

BRIGUGLIO MARCELLO: *El estado de necesidad en el Derecho civil*. Traducción y notas, Manuel García Amigo. «Revista de Derecho Privado», 1971, 252 págs.

Representa la obra de MARCELLO BRIGUGLIO una notable aportación al tema de la responsabilidad civil. En la Introducción delimita la materia, ya que el estado de necesidad «interesa no solamente a la ciencia jurídica, sino que hunde también sus raíces en el campo metajurídico; y en el primer aspecto abarca todo el ámbito del Derecho, tanto público como privado, destacando que el trabajo se ciñe al campo del Derecho privado, aunque en ocasiones sea difícil con exactitud fijar las fronteras de ambos Derechos.

Una vez delimitado, importa señalar el interés que la obra representa para el jurista español, ya que la materia ha sido escasamente estudiada por nuestra doctrina civil. Monográficamente por LA ORDEN (*El estado de necesidad en el Derecho privado*. Murcia, 1933), y de modo sucinto por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER en sus *Notas a la traducción de Ennecerus: Tratado de Derecho civil*; FUENTES LOJO y PÉREZ RALUY, en su traducción y notas a BONASSI BENNUCCI: *La responsabilidad civil*; PASCUAL MARÍN y ALVAREZ DE MIRANDA en el volumen XXXI de los *Comentarios de Mucius Scaevola*. Los penalistas patrios se han ocupado ampliamente de la materia en los comentarios al artículo 8.º, apartado 7.º y concordantes del Código Penal, como una de las eximentes establecidas de responsabilidad criminal por aquel precepto.

Nuestro Código civil no regula de modo específico la figura del estado de necesidad como forma especial de resarcimiento que se aparte del sistema general de responsabilidad civil basada en la culpa.

El Código Penal, sin embargo, se refiere a ella, tanto desde el punto de vista penal (art. 8.º, ap. 7.º) como en su faceta civil (art. 20).

También el Código de Comercio, en sus artículos 811 y siguientes, al tratar de las averías gruesas, encuadra la figura del estado de necesidad.

Laguna similar en la institución de que se trata existe en la casi generalidad de las legislaciones civiles extranjeras. Pero el legislador apenino de 1942 abrió nuevos cauces a través del artículo 2.045 del Código italiano.

Divide el autor la obra en dos Partes. En la Primera estudia el supuesto de hecho del estado de necesidad (incluyendo una premisa y dos capítulos); en la Segunda (con dos capítulos), su naturaleza y efectos.

Premisa.—El artículo 2.045 del Código italiano dispone: «Cuando el que ha cometido un acto dañoso, lo ha hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro del peligro actual de un daño grave a la persona y el peligro no ha sido causado voluntariamente por él, ni era evitable de otra forma, se debe al perjudicado una indemnización equitativa, la determinación de cuya cuantía es confiada a la apreciación equitativa del juez.»

Esta norma fundamental en la figura que se estudia tiene su base en el precepto general de la responsabilidad civil del artículo 2.043, similar al 1.902 del Código civil patrio.

Dos son los elementos que integran el estado de necesidad: 1) Una situación de necesidad que surge involuntariamente. 2) Un hecho necesario que determina un específico comportamiento dañoso ante aquella situación. Ligados ambos ingredientes por la correspondiente relación de causalidad.

ELEMENTOS: A) *La situación de necesidad*.—En el estado de necesidad entran dos derechos en litigio, dignos, cada uno de ellos, individualmente considerados, de tutela jurídica.

a) El primero de ellos, «derecho amenazado», se caracteriza por un peligro actual de un daño grave a la persona. Se circunscribe, pues, a la esfera de los derechos de la personalidad (vida, integridad, incolumidad física, libertad, honor y pudor, paternidad de creaciones del espíritu), cuya repercusión ante el estado de necesidad estudia cuidadosamente el autor.

La titularidad del derecho amenazado puede pertenecer a cualquiera; claramente el artículo 2.045 habla de «salvarse a sí o a otro» (criterio análogo sigue el Código Penal español al referirse, en su art. 8.º, a mal propio o ajeno). Es decir, como muy gráficamente el traductor señala: «A dicha figura (al estado de necesidad) interesa el bien en sí mismo considerado objetivamente, sin tener en cuenta, a estos efectos, quién pueda ser su titular.»

Un punto dudoso, ampliamente tratado, que el profesor BRIGUGLIO se plantea, es si—circunscribiéndonos al Derecho italiano—la titularidad del derecho en peligro puede corresponder a la colectividad; resolviéndolo, positiva o negativamente, «según sea posible o no encontrar la existencia de derechos (de la personalidad) que perteneciendo a la colectividad no puedan, al mismo tiempo, adscribirse a los que se atribuyen individuos particulares». Siendo indiferente que el titular del derecho carezca o no de capacidad de obrar.

b) El segundo es el «Derecho Sacrificado», o sea aquel derecho de cuyo sacrificio depende la salvación del derecho amenazado. El Código civil italiano únicamente habla de «hecho dañoso». El autor, profundizando en este punto, estima que «el derecho sacrificado 'podrá ser' de la misma categoría de derechos a la cual 'debe pertenecer' el derecho amenazado, es decir, a la categoría de los derechos de la personalidad»; y tal posibilidad se extiende al campo de los derechos patrimoniales, fundamentalmente los derechos reales, y de modo especial la propiedad.

El titular de ese derecho, que se sacrifica, no merece consideración especial; puede ser cualquiera, persona física o jurídica. (Lo que hay que excluir como estado de necesidad, y así lo destaca el traductor, es cuando la titularidad de los derechos, sacrificado y salvado, coincidan en una misma persona.)

c) La razón fundamental de la disciplina propia del estado de necesidad la constituye el «peligro de daño grave a la persona», que debe ser actual, inevitable y no causado voluntariamente.

Actual, ya que si fuere futuro o aun próximo el sujeto amenazado podría, a fin de evitarlo, recurrir a diversos medios de comportamiento; y el autor opina que es actual cuando el intervalo de tiempo que va desde la previsión del evento hasta su realización es de tal brevedad que hace impracticable cualquier tentativa de evitarlo en forma no perjudicial para terceros.

Inevitable, o sea imposible de eliminar si no es mediante la realización de un comportamiento lesivo de intereses ajenos.

No causado voluntariamente, y *a contrario sensu*, citando a RANIERI, «se causa voluntariamente una situación de peligro no solamente cuando el sujeto se propone realizarla, sino también cuando se la representa como conexas, sea necesariamente, sea en forma probable, sea en modo posible con su conducta, con tal de que su consentimiento cubra también aquéllas, aceptando el riesgo de su comportamiento».

Requisitos todos ellos que el autor estudia con minuciosidad y detenimiento, sopesando diversos criterios doctrinales, gramaticales y prácticos.

Finalmente se refiere a la existencia del peligro, diferenciando como opuestos los estados de necesidad objetivo y putativo a las causas de donde el peligro puede proceder, y concluye afirmando (en la misma posición que nuestro Código Penal) que «el titular del derecho amenazado no debe tener la obligación de exponerse al peligro».

Terminando este capítulo I enlazándolo con el siguiente a través del nexo causal directo determinado por el estado psicológico de la persona amenazada.

B) *El hecho necesario*.—El capítulo II trata del segundo elemento que forma el estado de necesidad. En él se delimitan los siguientes particulares:

a) Sujeto agente, el que ejecuta el hecho necesario, pudiendo ser el titular del derecho amenazado o un tercero (supuesto de «ayuda necesaria»); ser realizado por una persona física o jurídica (y entonces surge el problema, profundamente estudiado por el profesor BRIGUGLIO, de determinar quién puede ser el titular de tal actividad, para que resulte atribuido a aquélla; oponiéndose en su solución las teorías orgánica y de la representación necesaria, y entre ellas una teoría intermedia. En resumen, dice el autor que «la persona jurídica puede realizar 'personalmente' actos jurídicos lícitos o ilícitos, y que, a causa de su participación en la vida jurídica, puede nacer a su cargo una responsabilidad directa, sea contractual o extracontractual»). Por otra parte, no es necesario que quien presta la ayuda tenga capacidad de obrar, sino que basta sea capaz de entender y querer; ni que entre éste y el amenazado exista relación alguna, de forma que cualquiera puede actuar en ayuda de quien se encuentra en peligro grave.

b) Sujeto pasivo es el que se ve constreñido a sufrir una interferencia en la esfera jurídica de sus propios derechos, y para el cual nace el derecho a una indemnización equitativa. Pueden ser uno o varios individuos, persona física o jurídica.

c) Contenido es un determinado comportamiento productivo de un hecho-daño apto para eliminar el peligro de daño grave que afecta al sujeto amenazado.

Con amplitud, y fundamentándose en el artículo 2.043, estudia los supuestos de la «responsabilidad aquiliana» sobre el «resarcimiento del daño» en general.

Parte de la base si el precepto citado (semejante al 1.902) constituye o no una norma primaria, una fuente de deber general, ya que de su solución depende si la conducta realizada en estado de necesidad debe entenderse como una acción caracterizada en abstracto por la contrariedad a una norma específica puesta para proteger un determinado derecho subjetivo, o un deber general de abstención de realizar actos perjudiciales frente a terceros.

Se plantea el autor el problema de si el comportamiento necesario puede tener como contenido el incumplimiento de un contrato; y su dificultad radica en la distinción entre «hipótesis de verdadero y propio estado de necesidad o hipótesis de imposibilidad común en la prestación», ya que la primera incide únicamente sobre la persona del deudor

y la segunda recae sobre el deudor y afecta al vínculo jurídico. Estimando, en definitiva, que «el deber del deudor termina donde la actuación comprometa el cumplimiento de otro deber o el ejercicio de un derecho que, según una indicación legislativa o de otros criterios, se consideren incompatibles y prevalentes respecto al mismo».

d) Fin o motivo del comportamiento. Es el evitar un mal propio o ajeno, según nuestro Código Penal. Y lo que importa es el fin objetivo de conseguir o procurar la salvación del derecho amenazado, siendo indiferente que el agente haya sido impulsado por una razón u otra.

e) Relación de proporcionalidad entre el hecho realizado por el sujeto agente y el peligro que se ha evitado (requisito exigido por el Código Penal español: «Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar»). Esta norma es similar a la contenida en el artículo 54 del Código Penal italiano, y aunque la ley civil guarda silencio sobre esta exigencia, opina el autor que tal precepto debe tener relevancia a efectos civilísticos, siquiera sea en vía analógica.

Naturaleza jurídica.—La ausencia de normas que expresamente regulasen la materia motivó la disparidad de opiniones. En España (en notas del traductor, que ampliamente comenta y critica), PASCUAL MARÍN y ALVAREZ DE MIRANDA opinan que el estado de necesidad, «más que un caso de exclusión de la responsabilidad, lo es de modalización de la misma, introduciendo en apreciación del daño el temperamento del arbitrio judicial». Para LA ORDEN, el acto dañino realizado en estado de necesidad es un acto ilícito, pues «desde el momento en que se exige jurídicamente un resarcimiento es que se reconoce jurídicamente un daño».

Cita el autor diversas teorías; así, la «no imputabilidad jurídica» (CHIRONI); la «irrelevancia jurídica del estado de necesidad» (BINDING); admitiendo otros comentaristas la «licitud del comportamiento necesario»; LEHMANN, el recurso de la *negotiorum gestum* a favor del perjudicado; exigiendo GALANTE que el bien salvado fuese de igual o mayor valor que el sacrificado; o diferenciando BRASIENO entre estado de necesidad ofensivo y defensivo. Teorías, en fin, que actualmente tienen un valor puramente histórico, ya que han sido superadas en Italia por el artículo 2.045 en lo relativo a la cuestión de la resarcibilidad del daño y del ámbito de aplicación de la figura.

Penetra en los aspectos penalísticos del problema, admitiendo la posibilidad de su aplicación al campo civil; pero falta un criterio unánime con respecto a la figura. Así, el estado de necesidad es para unos autores causa de exclusión de la culpabilidad; para otros, elimina la punibilidad del acto.

En relación con el Resarcimiento, surge una tesis doctrinal, protagonizada por LEHMANN y también por DEMOGUE, que lo considera como una forma de expropiación por causa de necesidad o utilidad privada, que, al lado de la expropiación por utilidad pública, constituiría la figura más amplia y general de la expropiación sin calificativo.

Sobre la posible existencia de una categoría de «derechos de necesidad» que se caracterizarían por ser absolutos, faltos de objeto, irrenunciables e imposibles de hacer valer en juicio, opina el autor que, tanto desde el aspecto procesal como civil, serían inadmisibles.

Centra con gran minuciosidad el profesor BRIGUGLIO su tesis en el ilícito civil, sobre la base del fundamental artículo 2.043; delimita sus requisitos y estudia la injusticia del daño y el daño.

La injusticia del daño es un requisito previsto por el legislador no como un valor estatuido automáticamente, sino un simple criterio de reenvío formal a otras normas. De esta posición se derivan dos co-

rrientes: *a*) La norma violada debe proteger un derecho subjetivo absoluto. *b*) Basta que proteja un interés legítimo. Tesis esta seguida por el autor, respaldada por normas del Derecho italiano (entre otras, las que determinan la responsabilidad del Notario y del encargado de los Registros Inmobiliarios; similares a los contenidos en el art. 22 de nuestra Ley Hipotecaria; arts. 146 y 249 del Reglamento Notarial, y títulos XII de la Ley y Reglamento Hipotecarios).

Estudia el autor ampliamente su postura, tanto con respecto al Derecho italiano, histórico y actual, como con relación a los Derechos francés y alemán.

Con frecuencia se considera que no hay daño si no va acompañado de la transgresión de un vínculo jurídico. Para el autor existe daño, en sentido jurídico, siempre que los efectos del hecho dañoso recaen en una esfera jurídica diversa a la del autor de su conducta. El daño jurídico puede originar un deber de resarcimiento (supuesto de daños causados en el ejercicio de un derecho). Y entonces nos encontramos ante lo que el profesor BRIGUGLIO llama «daño justo», que con gran detenimiento trata, tanto frente a casos particulares de diversas normas como ante el más general del artículo 2.045.

Estudia, por último, la estructura y características del hecho lícito, del que deriva el daño justo, terminando este capítulo III con unas breves conclusiones.

Efectos.—Normalmente, y sin que tenga carácter general, el efecto primordial que se deriva del hecho necesario es el nacimiento de la obligación de pagar una indemnización equitativa a cargo de quien causa el daño. Así lo impone el artículo 2.045 del Código italiano (y también el 101 de nuestro Código Penal); la cuantía de la indemnización la fija la autoridad judicial.

Profundiza el autor, siguiendo a los textos legales, en los diversos sentidos de la palabra «indemnización» (en su función de reembolso, de compensación, o de ambas a la vez), y en el que interesa especialmente en la materia de que se trata «como medida equilibradora en favor de un patrimonio al cual se haya causado una disminución como consecuencia de un hecho lícito dañoso».

Y estudia a fondo la cuestión de la «equidad» en general, y en la particular aplicación de determinar la medida de la indemnización en estado de necesidad.

Para el Código Penal español (art. 20, 2.º) son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio que hubiere reportado. Pero una norma similar no se encuentra en el artículo 2.045 italiano; y el autor, en correspondencia con otros textos legales, concretiza los diversos supuestos de «persona obligada» en los casos generales (el autor del comportamiento necesario es su mismo beneficiario), particulares (es un tercero [hipótesis de ayuda necesaria]) y especiales (daños causados por incapaz, hijo menor, pupilo, alumno, aprendiz, conductor de vehículo ajeno, etc.).

Delimita las diferencias existentes entre estado de necesidad y legítima defensa. Las diversas hipótesis de peligro provocado por las cosas. Del supuesto en que, además del sujeto a quien sea imputable el estado de necesidad, haya un sujeto diverso sobre el que recaería la responsabilidad solidaria en el caso en que el peligro se transformase en daño.

Se refiere a las relaciones entre seguro y hecho ilícito dañoso en general y daño ocasionado en estado de necesidad y, por último, de los efectos de esta figura en materia de prescripción, sucesión *mortis causa* y donación.

Termina con un índice alfabético de autores.

En resumen, una obra interesante, amena, profunda de contenido sobre una materia realmente atractiva. Es de destacar la trascendencia de las notas del traductor, que facilitan la coordinación de los Derechos italiano y español.

JOSÉ ANTONIO FERREÑO VILLAR

CAPELLA, JUAN RAMÓN: *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas (consideraciones oblicuas)*. Editorial Fontanella. Barcelona, 1970; 76 págs.

El autor, profesor de la Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona, realiza un penetrante análisis de la actual situación de los estudios y de la práctica jurídica de una sociedad clasista, típica del mundo capitalista, y expone cuáles son, a su juicio, los remedios que a las contradicciones insolubles de unos y otra se presentan en el contexto de las fuerzas sociales que mueven el proceso histórico.

En su Introducción parte el autor del convencimiento de que todo derecho es un mal, y trata de arrojar leña o fuerza a la hoguera de su consunción, de dar vehículo a este convencimiento. Luego, acaso, las cenizas del Derecho se conserven como piezas de museo, junto a la rueda y el hacha de bronce. El Derecho es necesario para acabar con el Derecho. Tal nuevo Derecho necesita un agente histórico, bloque de fuerzas realizador de lo nuevo.

El Derecho es insatisfactorio por no responder a las necesidades actuales; el Derecho es insatisfactorio por ser ideológico.

Cabría reformar el Derecho y hacerlo adecuado a las necesidades del hombre dominado por la producción material de su existencia, pero no a las del hombre profundo, a las necesidades ideales del hombre.

Ser ideológico es ser significativo de pertenecer a la sobreestructura de la sociedad, pero también de ser parcial, o de ser una falsa figuración de la realidad que cierra el paso a su conocimiento verdadero.

Indagar las tendencias profundas que modifican las funciones de los hombres de leyes; mostrar la inadecuación y el carácter ideológico de la formación tradicional; preguntar por los caracteres de la formación nueva y esbozar unos rasgos del Derecho autonegador—afirmador del hombre—y de las articulaciones que pueden dar vida a todo ello, bien merecen unas páginas de reflexión genérica.

En su capítulo I, «Sobre el Derecho tradicional y la ideología de los juristas», afirma que en la reflexión teórica y en el plan (o planes) de estudios vigente en las Facultades de Derecho, el llamado Derecho privado ocupa un lugar central.

Vale la pena echar una ojeada al trato que dan los Códigos, que constituyen la principal fuente de alimentación de la formación jurídica, a algunos conceptos fundamentales.

La propiedad que contempla el Código civil es pura y simplemente la propiedad de la tierra. Con el Código civil en la mano se pueden resolver los problemas de tal propiedad; nada, en cambio, cuando se habla de una propiedad en un sentido más moderno. La propiedad escapa al Código.

También escapa al Código otra institución jurídica: el arrendamiento, pese a que regula el arrendamiento de servicios y los rústicos y urbanos, la legislación especial, por cierto insuficiente, ha tenido que ocuparse de la problemática de tales contratos. No ha podido prever las grandes aglomeraciones urbanas, las migraciones internas, la industrialización, las transformaciones con que ésta ha incidido sobre la propiedad agraria.

Escapa en los Códigos la hipoteca, que se diversifica por razones no formales, como son los de la cosa hipotecada y la función que representa (se hipotecan buques o bienes no inmuebles).

Han quedado obsoletas muchas instituciones y conceptos jurídicos propios de una producción fundamentalmente agraria, y otros adquieren un desarrollo inusitado (letras de cambio, cheques).

De no escaparle nada al Derecho preindustrial, agrario, ha pasado a escaparle todo. Pues, efectivamente, la legislación se moderniza, pero la reglamentación sigue con retraso y abstracción considerables las posibilidades y las complejidades técnicas del proceso productivo del siglo xx.

El carácter social de la producción se ha acentuado hasta tal punto, que ya no se trata simplemente de un problema de retraso legislativo, sino que el problema real pasa a la naturaleza de la regulación: solamente el control social de los medios productivos puede encontrar una regulación jurídica técnicamente apropiada. Fuera de ello, el proceso queda abandonado a «sus» leyes, que no son las del Derecho.

En el jurista moderno se desplaza su atención principal hacia problemas de mínima relevancia en la producción moderna, y tiene un conocimiento harto escaso e insuficiente de los más directamente vinculados a ella.

La percepción de los aspectos nuevos del Derecho tiende a reducirse en las facultades y en la «teoría», en el mejor de los casos, a la percepción del detalle no conceptualizado del nuevo tejido reglamentario: éste, por lo demás, es de malla demasiado ancha para atrapar lo específicamente propio de un proceso productivo de elevado carácter social, y facilita que las leyes del no Derecho favorezcan el proceso de concentración monopolista.

Rechaza el estudio del Derecho canónico en los planes de las Facultades del Derecho. Excluido el derecho del Estado Vaticano y la reglamentación eclesiástica recogida por la ley del Estado, el Derecho canónico nada tiene de Derecho, sino que es un cuerpo de reglamentación moral.

Rechaza la actual configuración del Derecho natural, que alega la existencia de un conjunto de principios jurídicos de varoninta manera fundamentados, superiores al Derecho positivo y con que éste debe concordar. La no historicidad de esos principios y la consiguiente imposibilidad de enunciación de los mismos suscitan un considerable problema, o su pseudoproblema, si se llama así a las cuestiones mal planteadas, imposibles de resolver. Los Abogados del Derecho natural, en definitiva, hacen una apología en bruto del Derecho positivo. Los manuales de Derecho natural acaban siendo una pobre suma de doxología inorgánica sobre la cuestión, preceptos de la legislación positiva o del Codex Iuris Canonici, proverbios morales y sentencias populares al gusto del autor.

La reflexión filosófica sobre el Derecho—filosofía del Derecho—, a su apropiado nivel, posibilita una dubitativa meditación crítica sobre el objeto que descubre problemas irresueltos. Pero esa interrogación difícilmente puede ser al mismo tiempo fecunda y tener carácter disciplinar; y posiblemente se ganará mucho tiempo en la formación del jurista

dejando que surgiera libremente del diálogo y la reflexión interuniversitaria. Pues no parece que la práctica actual, de conversión de la disciplina en vaga historia del pensamiento jurídico, satisfaga la exigencia que hay que suponer por debajo de su integración como elemento formativo.

La enseñanza de la Historia del Derecho en las Facultades tiende a centrar su atención en la historia institucional por exigencias extrañas al concreto histórico del que las instituciones son un aspecto. Aparece así una falsa lógica de las instituciones, por la cual unas se transforman en otras siguiendo criterios evolutivos esencialmente internos a ellas. Se pierde con ello la dialéctica del proceso histórico, y también la función específica en él de las instituciones del Derecho, insuficientemente explicada por lo primero.

Respecto de la sociología del Derecho, inserta en algunos planes experimentales de estudios facultativos, entiende que su introducción puede resultar bastante poco fecunda. Pues la sociología sigue siendo todavía más un conjunto de métodos y procedimientos técnicos de investigación de la realidad social con intencionalidad científica que una ciencia autónoma, con un punto de vista sustancialmente diferente del propio de la historia.

En definitiva, concluye, las materias que componen la licenciatura en Derecho transparentan en su conjunto una ausencia notable de conocimiento material, de conocimiento genético de la realidad social de que el Derecho es parte. Ello parece constituir un elemento ideológico, falseador, de considerable magnitud.

Algunos de los aspectos ideológicos de la formación jurídica se reflejan también en la elaboración—y la transmisión—de determinados conceptos. La definición, por ejemplo, de la propiedad, como el más amplio dominio que un hombre puede tener sobre una cosa—y las demás definiciones del tipo citado—tienen la particularidad de presentar a la consciencia las relaciones sociales con los mismos caracteres que los hechos naturales. De ese modo, se sustraen a la influencia decisiva, consciente, del hombre.

En el Código civil, institucionalización suprema de la familia burguesa, sus miembros no son otra cosa que la personificación del capital—seguramente agrario y comercial—. Todas las instituciones de la familia tienen por único objeto determinar con exactitud la «voluntad» a la que el Derecho atribuye la representación del capital. Las únicas consecuencias que se atribuyen al matrimonio sin licencia paterna son estrictamente patrimoniales, sin afectar para nada a la relación matrimonial natural.

Cuando el Código emplea la palabra «hijo» no se refiere a una persona que se halla en una relación natural con otra, sino a un concepto jurídico, a una entidad legal, exista o no la relación natural por debajo de ella: por ello se distingue entre hijo legítimo y natural. No se trata en los Códigos del concepto habitual de hijo.

Con la noción de los alimentos legales se pretende reconstruir en la artificialidad exigencias de la relación natural pervertida.

La exigencia del capital, su tendencia a la acumulación y a evitar la desmembración son tan fuertes, que en pleno siglo xx pueden privar a la mujer, en el Derecho privado, de conquistas casi afianzadas en el Derecho público.

El aparato manufacturador de juristas tradicionales puede proveer con notoria eficacia a su propia reproducción. A partir de determinado momento se pierde la capacidad de enjuiciar el Derecho positivo y la realidad social y técnica de que nace. Acaso se pierde también el carácter revolucionario que la agudeza técnica lleva siempre en embrión.

El sedimento de debate jurídico estéril depositado en los tratados acaba de complicar la situación por interponer un complicado tejido categorial entre el fondo de la vida social de que es parte el Derecho, y este último. El estudiante de Derecho ha de detenerse a averiguar la raíz de la distinción entre «relación jurídica» y «situación jurídica» en cualquier pandectista alemán, entretenimiento capaz de sorber el seso como la lectura de los libros de caballerías, con la peligrosa diferencia de que tal investigación viene exigida por el aprendizaje de la materia. Desde el punto de vista de la pseudociencia aprendida será verdad la afirmación de KIRCHMANN: «Tres palabras rectificadoras del legislador convierten en basura bibliotecas enteras.»

¿Por qué obliga una norma que no es moral? El jurista responde aquí atribuyendo la norma al estado, el cual, sin embargo, es identificado con el derecho—identificado con la suma de estas normas—en empecinado *quid pro quo*. El enigma del derecho lo desvanecen unos cuantos enunciados sencillos sobre éste: que el estado no ha existido siempre, sino que es un ente histórico cuya génesis arranca de la escisión de la sociedad en clases antagónicas; que el esqueleto del estado moderno lo componen, no «poder, territorio y pueblo», la encubridora cháchara triádica de los ideólogos fascistas, cháchara que de paso convierte al pueblo en elemento del Estado, sino: 1.º, un ejército permanente; 2.º, un segundo ejército de funcionarios; 3.º, la policía; que esta inmensa máquina de fuerza sirve invariablemente la función de preservar la variable estructura del sistema de apropiación privada. El Estado, además, segrega ideología y ordena la sociedad de forma que distancia lo que los sociólogos expresan como «conflicto» del centro de gravedad del sistema.

En su capítulo II, «Las funciones del jurista y la transformación social», afirma que el jurista ha sido en el pasado el intelectual orgánico privilegiado de las clases dominantes en la sociedad escindida.

Una de las cuestiones relevantes, si los juristas han de perdurar en dicho papel privilegiado, o, en otras palabras, si el derecho liquidador del derecho ha de hacerse, en general, contra los graduados de las escuelas de leyes o siquiera sin ellos, exige considerar las funciones desempeñadas por los juristas tradicionales.

La formación jurídica tradicional habilitaba para entrar a formar parte de los equipos políticos de las diversas fracciones de la burguesía a través de sus partidos; por otra, las Escuelas de leyes daban personal especializado en el ejercicio público o privado del Derecho.

Respecto del jurista funcionario público tradicional—jueces, fiscales, miembros de los principales Cuerpos del Estado, como Abogacía del Estado, Diplomacia—, debe decirse que algunos de sus rasgos lo asimilan muy de cerca al propietario, sea privado o feudal. El cargo o la plaza del gran funcionario tradicional se representa en los grandes Cuerpos de funcionarios una acentuada solidaridad de grupo.

El ejercicio privado del Derecho asignaba al jurista un papel empresarial, tanto por la pequeña empresa que solía ser el bufete de abogado como por el estatuto social de que gozaba por su relación con el grupo que contrataba sus servicios, exclusivamente el de los detentadores de los medios de producción.

En ningún caso precisaba el abogado un saber extraño al saber de leyes, y que respecto de éste bastaba un conocimiento tradicional. En el Derecho Penal se trataba de un ejercicio profesional mal visto, reservado a principiantes, no interesante económica o socialmente, y, por tanto, tampoco interesante teóricamente.

Sin embargo, el cambio social provoca profundas transformaciones en la noción tradicional del jurista. Se llega a un importante grado de concentración monopolista y de concentración industrial. El Estado pasa de

ser mero gendarme a Estado administrador. La empresa monopolista y la gran empresa capitalista pasan al sector de los servicios, que en la fase anterior era terreno privilegiado del pequeño empresario. Se introduce la ciencia en el proceso productivo y se convierte en un factor económico, lo que se ha llamado revolución científico-técnica, cuyo alcance será previsiblemente mayor que el de la revolución industrial. Se extiende la relación de trabajo asalariado a una categoría masiva de trabajadores de nueva creación, los científicos, los cuales, como grupo profesional, son también cualitativamente diferentes de los del pasado. Al lado de este grupo de asalariados se deja sentir más lentamente un proceso de «tecnificación» de las antiguas categorías profesionales.

Tales tendencias se presentan más o menos embrionariamente en nuestra geografía.

No debe esperarse, a la larga, una «desvalorización» de las enseñanzas «de Derecho» (salvo que, naturalmente, estas enseñanzas mantuvieran su indiferencia actual frente a las necesidades sociales): las transformaciones que suscita la revolución científico-técnica son causa de una aceleración del paso del trabajo humano al sector de los servicios, y de que cobren nuevo auge las tareas organizativas y de administración.

Como consecuencia de la concepción del Estado como administrador, los Cuerpos tradicionales pierden algunas de sus características elitistas al ampliarse su número; aumenta de modo masivo el número de funcionarios, personal contratado, etc.; surgen centros especiales de formación, como la Escuela de Administración, proveedores de conocimientos especializados.

Hay una tendencia general a que los juristas adscritos a la manipulación de la maquinaria estatal se conviertan en asalariados sin características especiales que los distingan de los juristas dedicados al ejercicio privado. La tendencia a la pura y simple relación de trabajo asalariado va acompañada de otra paralela de especialización funcional, que exige una preparación extraña a la dada por el saber jurídico formal.

No cabe duda que las clases dominantes pueden hacer objeto de su atención preferente de una minoría de los juristas, como especiales cuadros suyos. En el pasado, la atención se prestaba indiscriminadamente a todos los funcionarios.

Tiende a formarse un nuevo grupo de juristas, los integrados en calidad de asalariados, en las grandes empresas, para desempeñar funciones propias de su especialidad, y no como en el pasado, funciones empresariales directivas.

Cabe también que el jurista «venda», de hecho, toda su producción a una empresa, aun no siendo un asalariado.

Las especializaciones son ahora muy concretas: Derecho fiscal, Derecho laboral, crédito, legislación sobre sociedades, capital extranjero, administración pública, etc.

Hay una situación presente, si se quiere, todavía en gran parte tradicional; pero está muerta, es ya, definitivamente, pasado.

Esta situación descansaba sobre el momento clásico («progresivo») de expansión de la burguesía. El jurista era el sucesor laico del intelectual medieval, del clérigo. Hoy esa inserción privilegiada entre los intelectuales orgánicos de las clases dominantes pierde razón de ser. Para la gran mayoría de los graduados de las Facultades, su interés no ha de coincidir en lo futuro con el de los estratos superiores de la sociedad capitalista tardía.

Para destruir la cómplice neutralidad de los juristas es preciso encontrar caminos de articulación profesional extraños a lo sancionado por lo existente: articulaciones sociales en que el jurista se encuentra como pro-

fesional y como ser humano interesado en la consecución de la riqueza colectiva.

En el capítulo III, «La exigencia y la formación de un nuevo tipo de especialistas», sienta la drástica afirmación de que... «acaso ya no sea necesario decir que el barco de la tradicional Facultad de Derecho hace más aguas de las que puede achicar toda la tripulación formada impecablemente en la cubierta». También las hace el barco de la teoría. Aquí, más que nunca, es preciso inventar.

Está claro que hoy las enseñanzas impartidas en las Escuelas de leyes son insuficientes para iniciarse en la vida profesional. Quienes aspiran a encontrar un puesto de trabajo en la Administración pública deben pasar por las diversas escuelas paralelas institucionalizadas al efecto. Con la especialización profesional, el tradicional pasante ha dejado de ser un estudiante de leyes para convertirse en un abogado que no sabe lo que necesita saber para ser un profesional especializado.

Dos criterios pueden servir de orientación para una transformación fundamental de la enseñanza de las ciencias sociales: la empresa práctica de resolver los problemas planteados por la producción y la vida social modernas, y la invención social, colectiva, de las formas de organización científica que muestren responder a ello.

El Derecho y las ciencias sociales sólo pueden cobrar sentido pleno en el cuadro de transformaciones muy profundas. Por aludir solamente a dos de ellas: un aparato de poder político sometido directamente al control del poder social, y la eliminación de las principales barreras clasistas interpuestas al acceso de la enseñanza superior.

El encuadramiento del Derecho en la organización de la educación superior no puede quedar encerrado en las «Facultades» tradicionales. Acaso haya que pensar en un verdadero «politécnico» de ciencias sociales: un tipo de centro nuevo, o un conjunto de centros interrelacionados, en cuyos primeros cursos de estudio se proporcionen fundamentos de ciencias sociales amplios que posibiliten opciones múltiples posteriores, con cursos intermedios en los que haya acceso todavía a materias y métodos de trabajo pluridisciplinarios, y con cursos superiores que acentúen rigurosamente la especialización iniciada en los intermedios. La propuesta no significa el abandono del punto de vista jurídico; significa complementarlo, en la formación del jurista, con la posibilidad de saber genético sobre el Derecho.

Se plantea, además, la necesidad de concentrar en la Universidad nueva las instituciones de investigación, en nuestro país separadas de las instituciones educativas.

Los nuevos métodos de trabajo han de conducir a comunidades académicas de profesores y estudiantes capaces de gobernarse a sí mismas incluso en el terreno de las opciones científicas.

El conjunto de materias que constituyen hoy el Derecho privado, foco principal de la atención del jurista, y cuyo objeto son las relaciones de la producción agrícola, deberá dar paso a una sistemática centrada en las relaciones de la producción industrial: la empresa—pública o privada—, el trabajo asalariado, el aparato financiero que ha de sustituir a los temas arcaicos utilizados hoy para sistematizar las normas jurídicas y el aprendizaje de los problemas técnicos del Derecho.

En defensa de la dogmática jurídica cabe aducir que si tiene su propia autonomía interna, si posee una estructura y unos caracteres propios, el estudio de la especificidad del Derecho puede pasar a través de los romanos, los glosadores o SAVIGNY, pese a que materialmente se refirieran a las instituciones de una sociedad esclavista, feudal o capitalista. Pero tal razonamiento es incompleto mientras no se encuentre un medio satisfactorio de impedir la sacralización por el punto de vista estrictamente juri-

de las normas dadas. Hay que aceptar el Derecho, pero para no convertir la aceptación en su misión eterna es preciso aceptar algo que tire de la normatividad jurídico-positiva hacia y desde la esfera de la idealidad histórica pura. Esta fuerza de arrastre ha de situarse fuera de la esfera del Derecho, en la esfera de la sociedad civil, de su organicidad.

Su capítulo IV lleva la rúbrica de «Un nuevo tipo de Derecho». El objetivo, se ha dicho, no es la mera consecución de una sociedad nueva, con su Estado; el objetivo es la conquista de una comunidad. En la comunidad, ideales tan profundamente arraigados como los de justicia, democracia y libertad política perderán su sentido. Pero democracia, libertad política y justicia son necesarias para la construcción de la comunidad, para hacer posible la tarea de edificar fuentes de verdadera riqueza colectiva. También lo es determinado tipo de Derecho: un Derecho capaz de contribuir a su propia liquidación. Este Derecho será desigual, como todo Derecho, pues el aparato de fuerza sancionará una distribución proporcional—desigual, por tanto— del producto social.

Pero ese Derecho ha de ser más justo, porque el criterio a tenor del cual mide, distribuye, el Derecho socialista es el del trabajo, el de la aportación al producto social, y no el de la magnitud de los medios de producción de algunos, limitando a los demás a subsistir.

El Derecho nuevo ha de cambiar necesariamente, no para ajustarse a unas relaciones de producción que en cierto modo le preceden, sino para crearlas.

El sistema político del socialismo ha de servir a la vez a los dos aspectos de una función fecundamente contradictoria: ha de ser un instrumento que asegure la satisfacción de las necesidades objetivas del capital social, y, al mismo tiempo, establecer las condiciones para que el desarrollo del capital cree, a su vez, las de su propia negación o superación, representando las exigencias de la plena liberación humana.

Cita el autor la solución salomónica, mucho más avanzada que la que narra la Biblia, que presenta el círculo de tiza caucasiense de BERTHOLT BRECHT. La verdadera sabiduría humana del juez decide el caso; al hacerlo no sólo pone en cuestión los procedimientos probatorios del Derecho, sino incluso el Derecho mismo, las relaciones sociales establecidas, pues entrega el niño a la persona que ha mostrado quererle y no a la que guarda con él una mera relación biológica. La decisión judicial sanciona aquí, por medio de un Derecho revolucionario, relaciones sociales más justas.

El nuevo proceso legal puede ser un instrumento nuevo de realización social. La decisión judicial socialista no tiene por qué limitarse a las pretensiones de las partes, sino que la decisión puede buscar en el caso concreto la solución concreta óptima para el interés colectivo al que las partes están subordinadas también, y no la solución óptima para alguna de las partes. La administración de justicia asume en la nueva sociedad una función nueva y positiva: puede ser un agente que interviene progresivamente en las tareas de construcción económica. Sus juicios habrán de ser, por sistema, salomónicos.

Rechazada la noción de estado burgués liberal de derecho, puesto que se trata de construir un aparato manipulable por el poder social, es cuestión de retomar la idea del referéndum permanente: el referéndum del poder social extendido a todas las funciones de poder político.

Nada impide pensar que las ideas de «delito» y de «criminal» tengan una historia que con el paso a la comunidad esté tocando a su fin. «Quitar» perderá sentido con la abundancia social. Y las nuevas categorías penales que hoy se desprenden casi solas de la estadística criminal, una vez depuradas por juristas «nuevos»—por equipos capaces de utilizar las técnicas de la sociología, la psicología, la educación, etc.—darán de sí una

«disciplina» y unas funciones que no serán ya el Derecho penal y el penalista, sino ciencia de la patología social y eficaces terapeutas de una comunidad capaz de reconocerse a sí misma sin cinismo.

Tales esbozos «utopistas» dan una idea de lo que es la reabsorción del Derecho por la sociedad. Podrá objetarse que se trata de esbozos más que primitivos, balbucientes e inciertos. Y así es realmente; pero no es menos cierta la («estratégica») imposibilidad de lo viejo. La alternativa no se da, pues, entre lo nuevo y lo viejo, sino entre lo nuevo, por difícil que su parto sea, y la decadencia («la muerte»). Ambas alternativas son posibles.

El nuevo tipo de Derecho, dice a modo de conclusión el autor, no puede apoyarse simplemente «en la sociedad». Exige una sociedad civil organizada, articulada en torno a los centros de la relación social—y, sobre todo, productiva—misma: organización de la fábrica, de la empresa, de la comunidad campesina, de los trabajadores científicos, de los centros de estudios, del barrio, de la juventud... Una sociedad que supere con el trabajo de la voluntariedad de sus fuerzas progresivas las disgregadoras tendencias de una realidad atomizada.

El *homo faber* no puede prescindir del momento especulativo, pues ese hombre, para convertirse finalmente en *homo ludens*, no separa el ojo de la mano. El *homo ludens* habrá dejado atrás, muy atrás, a los juristas; el *homo faber* tiene que desplegar nuevamente su vieja astucia, astucia muy concreta en lo que se refiere a los problemas del Derecho. Pero la artificialidad es aquí relativamente sencilla, pues consiste en poner los dos aparatos, el de la producción y el del poder, en idénticas manos operarias. Acaso esto deje planteadas demasiadas preguntas; su planteamiento significa que tiene respuesta.

La lectura de la obra que hemos extractado deja en el ánimo una impresión contradictoria: de admiración y de cautela. De admiración, ante la lógica férrea del autor, su agudo análisis de la realidad socioeconómica y de la superestructura jurídica, la denuncia de errores, de rutinas disciplinarias, la clara preocupación por un Derecho justo, adecuado a una sociedad más flexible y humana que la presente. De cautela, porque, si rechaza el Derecho natural, como ideológico, no menos ideológico es el Derecho que propugna: Derecho para liquidar el Derecho; Derecho que trasciende la juridicidad positiva, que ha de contener «algo que tire de la normatividad jurídica positiva hacia y desde la esfera de la idealidad histórica pura». ¡Eso es un nuevo Derecho natural, siquiera esté acorde con la dialéctica histórica, nuevo dogma, nueva utopía—si no creemos en ella—como puede serlo, a los ojos del dialéctico histórico, la visión del Nuevo Cielo y la Nueva Tierra de Juan en Patmos. En cualquier caso, algo que está más cerca de la fe que de la ciencia.

Cierto que el Derecho natural de la *philosophia perennis* necesita una reelaboración. Son ciertas muchas de las críticas que a su misma noción se han expresado desde distintos puntos de vista. Pero creemos que la noción de Derecho natural sigue siendo válida, siquiera debe ser repensada a la luz de los nuevos tiempos y las nuevas ideas.

La liquidación del Derecho por obra del Derecho mismo parece un ideal inalcanzable, ni siquiera en los casos en que el poder popular pone en común los medios de la producción, como la experiencia histórica enseña. Si en ningún país socialista ni siquiera se ha llegado a la fase de la liquidación del Derecho, ¿cómo llegar a la fase de la comunidad sin Derecho? Se mueve el futuro previsible—hov por hoy las prospecciones de futuro difícilmente prevén más de los próximos treinta años— en el sentido de la dialéctica histórica, o mejor, hacia una sociedad de rasgos muy diversos, que apenas somos capaces de entrever.

Son puntos de meditación que no deben hacernos olvidar lo que como juristas y ciudadanos es nuestro deber: la lucha por un Derecho y una sociedad más justos que los presentes.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH
(Notario de Huelva)

SILLERY LÓPEZ DE CEBALLOS, RICARDO: *El carácter accesorio del derecho de hipoteca*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1968; 259 págs.

El autor dedica 15 páginas introductorias al estudio de la garantía hipotecaria. En ellas pasa revisión a las principales doctrinas, para construir, sobre ellas, la media aritmética de su propio sistema. La más antigua es la «teoría clásica», consagrada de la garantía como un auténtico derecho real, oponible *erga omnes* y dotado de dos privilegios: el de preferencia y el de persecución, este último de claro matiz realista. Sus partidarios defienden que el carácter real es permanente en la hipoteca (*vid. MESSINEO*).

El antípoda científico de esta construcción viene representado por la llamada teoría procesalista, iniciada por CARNELUTTI, que niega carácter de derecho real a la hipoteca, a la que sólo concibe como una figura perteneciente al derecho procesal. La responsabilidad se sitúa dentro del campo del derecho procesal, consistiendo en una sujeción de los bienes del deudor incumpliente al poder del Estado, impulsado por el acreedor al iniciar el correspondiente proceso ejecutivo.

ROCA SASTRE repudia este enfoque procesalista de la responsabilidad del deudor. Y abre nuevas fronteras al entendimiento de la sustancia de los derechos reales. CARNELUTTI y sus seguidores adscribían la calificación real de un derecho a la circunstancia de que atribuyese un señorio de goce, exteriorizable con actos tangibles. Al decir de ROCA, los procesalistas olvidaron que otra de las utilidades del derecho real es contar con su valor económico de cambio de realización. Y en la hipoteca se da la utilidad, consistente en que el valor económico de realización se destina al pago de un crédito, quedando, en consecuencia, gravado el bien hipotecado. Lo que trae como consecuencia el provocar la exclusión de todo tercero, sea un adquirente de la finca hipotecada o un acreedor del constituyente.

Partiendo de estos antecedentes, RICARDO SILLERY elabora su propio punto de vista, caracterizado por un enfoque bimembre muy original. Considera a la hipoteca como un derecho real de reserva del valor económico de la cosa gravada en beneficio del titular de una obligación y para la eventualidad de que ésta sea incumplida. Pero la hipoteca, como tal, no da ningún derecho para la ejecución de la garantía. El derecho a extraer el valor de la cosa hipotecada sólo lo otorga el crédito hipotecario.

Fijadas así las dimensiones dentro de las cuales va a encuadrarse la monografía, el autor dedica la primera parte de la misma a analizar el carácter de derecho accesorio de la hipoteca. Para operar con fluidez, casi silogísticamente, hay que partir de concretar la premisa mayor de una definición de los derechos accesorios: «Son aquellos que están en relación de dependencia y presuponen existente otro derecho.»

Ha suscitado polémicas la forma de evaluar esta relación de depen-

dencia. Una tesis interesante es la de VON THUR, según el cual la dependencia del derecho accesorio con respecto al principal se da en cuanto al fin, nacimiento y transferencia, quien sostiene también la indisolubilidad del derecho accesorio respecto al principal.

Puesto en la necesidad de trazar el verdadero perfil de los derechos accesorios, afirma el autor—con teoría en parte prestada—que los tales derechos suponen un cierto margen de independencia. COVIELLE refrenda este testimonio con frase esquemática: «El derecho, aun siendo accesorio de otro derecho, tiene una vida propia y está regulado por normas propias y diversas de las que gobiernan el otro derecho, en tanto que las facultades no tienen más vida que la del derecho de que forman parte sin que la tengan por sí mismas.»

El concepto de la accesoriedad se apoya en unas tierras movedizas de las que es difícil extraer cimientos unívocos. Lo reconoció hace tiempo VON THUR: «El concepto de dependencia no tiene gran valor dogmático, puesto que los modos y las causas de la dependencia pueden variar mucho; aunque bajo cierto aspecto un derecho se presente como accesorio, de esto no deriva necesariamente igual calidad para otros aspectos.»

El salto de la teorización genérica a la problemática de la hipoteca se exhibe en el capítulo II de la primera parte, donde se recogen las teorías sobre el carácter accesorio de la hipoteca. En la doctrina menos progresiva hay que situar aquellos autores para los cuales la hipoteca no es derecho autónomo, sino una simple cualidad del crédito principal, por cuanto no puede existir ni nacer sin un crédito válido y perfecto a garantizar.

La teoría clásica reconoce como auténtico derecho a la hipoteca. El crédito, en cuanto derecho personal, no es oponible a los terceros, extraños a la relación obligacional. Por el contrario, la hipoteca afecta directamente a la cosa gravada, y por esta idiosincrasia real del vínculo hipotecario es por lo que el acreedor puede perseguir el bien hipotecado y dirigirse inmediatamente contra él, consiguiendo una posición oponible *erga omnes*.

La naturaleza inmobiliaria de la hipoteca repudia el que pueda considerársela como mera cualidad del crédito, investido de raíz mobiliaria.

Que no constituyen una figura unitaria lo demuestra la posibilidad de que la hipoteca esté separada del crédito, como en el caso de la hipoteca constituida para garantizar una obligación futura o eventual.

Como contrapunto de su afirmación de la hipoteca como derecho independiente, la teoría clásica se preocupa de dejar bien sentado que la misma constituye un derecho accesorio de una obligación determinada; como dice BELEGAND, la hipoteca acompaña al crédito, vive por él y para él y no se concibe sin la coexistencia del mismo. Consecuentemente, los autores insertos en esta dirección doctrinal sostienen que la hipoteca no puede suscitar efectos sin un crédito presente al cual sirva. Los derechos de preferencia y persecución no se producen sin que exista un crédito determinado. No puede haber preferencia en el cobro sin que exista un crédito susceptible de ser reclamado. Ni se podría perseguir un bien hipotecado hasta las manos de un poseedor tercero para pedir un pago sobre su precio de realización sin que previamente existiese una obligación cuya ejecución fuese exigida por el acreedor.

Por exigencias del aforismo, según el cual lo accesorio sigue a lo principal, resulta que la hipoteca se transmite simultáneamente con el crédito, siendo una consecuencia de la cesión de éste.

En la fase final del ciclo vital del crédito se advierten también las implicaciones de la accesoriedad hipotecaria por cuanto la extinción de la obligación garantizada provoca la desaparición del derecho de hipoteca.

SILLERY desmenuza los méritos y fallos de la teoría clásica en un análisis muy subjetivo y muy válido. Afirma el jurista venezolano que en la

configuración de la garantía ofrecida por los autores clásicos se olvida la fase anterior a la ejecución y se confunden en este momento procesal efectos del crédito y de la hipoteca.

La hipoteca de propietario puede representar el intento más progresista de independización de la garantía. Por eso, SILLERY la estudia con detenimiento bajo la denominación de «hipoteca independiente», destacando el hecho de que los títulos de crédito puestos en circulación por el propietario no se ven afectados por los vicios y causas de extinción que sean imputables a los créditos que motivaron su entrega. Esta hipoteca se denomina autónoma con razón, porque las cédulas sólo dependen de la inscripción de que han sido objeto en el momento de su emisión. Con lo que se consigue movilizar el crédito territorial desde el momento en que el endosatario no está expuesto a las excepciones que hubiesen sido procedentes contra un cesionario o portador precedente.

Y aun cuando la finca continúe en poder del propietario, el acreedor no puede dirigirse, en la fase ejecutiva, más que contra el inmueble gravado, careciendo de acción contra el patrimonio restante del dueño.

SILLERY toma una posición personal frente a la hipoteca de propietario y llega al convencimiento de que la garantía es dependiente del crédito abstracto que figura incorporado a los títulos de crédito porque la hipoteca continúa desplegando su función de garantía accesoria de un crédito.

En el capítulo III de esta primera parte, el autor nos ofrece su peculiar visión de la hipoteca, caracterizándola como un derecho con entidad propia, accesorio tan sólo en cuanto a su finalidad.

Como corolario expone algunas manifestaciones de la autonomía de la hipoteca. Está, en primer lugar, el punto referente a la constitución del gravamen. Siendo necesaria la inscripción también en el Derecho venezolano, se visibiliza el carácter formal y solemne de este Derecho, contrastando con el crédito asegurado, que, por ser un derecho personal, no requiere de ninguna formalidad especial para su nacimiento.

El jurista venezolano califica a la hipoteca de derecho coherente, porque desde el momento de su constitución hasta el de su extinción el gravamen opera invariablemente la vinculación y reserva del valor económico en favor del crédito garantizado. Pero esta instalación conceptual no nos permite desconocer—sigue opinando SILLERY—la importancia trascendental que tiene el crédito y los incidentes de su vida en lo referente a algo tan básico como es la prosecución de la vida misma del derecho de hipoteca.

Porque no se puede desconocer que la hipoteca tiene una dimensión de accesoriedad, que se visibiliza si tenemos en cuenta que la hipoteca no tiene una utilidad económica propia a diferencia de los derechos reales de goce. Porque esta carga inmobiliaria no facilita ningún provecho inmediato a su titular, en cuanto está ausente de ella todo atributo que encarne un disfrutar de una cosa, aun en el sentido más reducio que imaginarse pueda.

Pero no se pueden enfrentar todos los derechos con la piedra de toque de la inmediatividad de su aprovechamiento. Sería un baremo parcial y miope. Por eso SILLERY nos aclara que la utilidad de la hipoteca se produce en relación al crédito, sin el cual no se concibe. Y consiste en la seguridad que confiere al acreedor de que el crédito será íntegramente satisfecho a pesar de que el deudor o un tercero no le hubiese dado espontáneo cumplimiento.

La segunda parte de la obra, que constituye el núcleo de la aportación original de SILLERY, está consagrado al estudio de los aspectos justificativos de la autonomía del derecho de hipoteca. La autonomía existencial de este gravamen puede auscultarse jurídicamente a través de varios momentos de la biología de este derecho. Hay un primer momento

que podríamos denominar de anticipación de parto, porque lo normal es que el crédito y la hipoteca sean gemelos, pese a su diferente rango. Esta prioridad natalicia es detectada por el tratadista venezolano, que dedica sus primeros pasos del *iter* autonómico a demostrarnos que la hipoteca existe plenamente aun en la fase de su vida que se produce cuando se la constituye antes de que nazca el crédito por garantizar. Lo testifica la circunstancia de la serie de facultades del solo titular de la hipoteca en esta fase (v. gr.: los poderes del mismo para impedir que el constituyente o un tercero efectúen sobre el bien actos materiales que reduzcan el valor económico vinculado por la hipoteca).

Pero es que hay más. Los mismos resultados que se producen en la fase de realización (la vinculación con preferencia y el derecho de percusión a los fines del cobro de su crédito) no se explican satisfactoriamente sino admitiendo la existencia plena de la hipoteca en la fase que precede al crédito.

Y todo esto es así porque—tesis de SILLERY—la hipoteca existe en esta fase que precede al nacimiento del crédito idénticamente a como lo hace cuando coexiste con la obligación.

El segundo momento contemplado por el autor es aquel en que coinciden biología creditual y la biología hipotecaria. Y aunque este paralelismo—o, mejor, coincidencia—temporal acarree una indudable supeditación de la garantía, porque la vida de la hipoteca está mediatizada por su función justificadora de poder servir a un crédito, es lo cierto que aun en estos casos en que coexiste con el crédito que asegura, la hipoteca tiene sustancialidad existencial propia.

En capítulo aparte estudia el autor la autonomía de efectos del derecho de hipoteca. No el *jus distrahendi*, porque tal derecho es más bien secuela del crédito garantizado. Propiamente hay que mencionar la preferencia y la persecución como mecanismos defensivos de la vinculación, que se producen desde la constitución del derecho y prescindiendo del crédito. SILLERY cimenta sus ideas en un basamento dual: la vinculación es el efecto esencial interno del derecho de hipoteca y la preferencia y la persecución configuran el aspecto externo.

¿Por qué los derechos de preferencia y persecución, presentes también en otras figuras jurídicas, cobran tan especial relieve en materia del derecho de hipoteca? Nuestro autor encuentra una explicación satisfactoria. En primer término, por lo abstracto de la noción de vinculación, la cual no confiere al titular de la hipoteca ningún poder que se concrete en actos materiales. La segunda razón se asienta en la consideración de que la hipoteca es un derecho real cuya función de garantía se realiza primordialmente a través de un procedimiento de exclusión.

El capítulo final estudia la autonomía de transmisión del derecho de hipoteca. Para centrar las implicaciones del tema, SILLERY trae al ruedo del análisis doctrinal las diferentes posturas teóricas, desde los que niegan categóricamente que la hipoteca pueda ser objeto de transmisión separada del crédito principal hasta los que admiten la disponibilidad aislada del gravamen, pero sin divorciarlo totalmente de la obligación principal.

SILLERY no es un ecléctico recopilador de ajenas teorías. Tiene la virtud viril y netamente intelectual de adoptar posiciones personales. También lo hace en esta sazón, inclinándose abiertamente hacia la enajenabilidad autónoma de la hipoteca. Porque es fácilmente concebible que el valor de un bien deje de estar sujeto en beneficio de un cierto titular para garantizar a otro, que es también acreedor del mismo deudor y que, en el futuro, podrá ejercitar todos los poderes tendentes a la conservación del valor económico del inmueble gravado.

Pero esta enajenación divorciada comporta una serie de exigencias con objeto de conseguir que la transmisión aislada de la hipoteca no produzca perjuicios al poseedor del bien gravado o a otros titulares de derechos reales sobre el mismo (v. gr.: a otros acreedores hipotecarios).

Hemos juzgado un libro serio, digno, acreedor de los mejores place-
res valorativos. Es un espectáculo cultural y racionalmente reconfortante contemplar cómo los hombres criollos de Hispanoamérica alcanzan la madurez literaria y científica, rodeada de muy estimables valencias espirituales. SILLERY, desde su parcela hipotecaria, forma línea con esos valores americanos, cuyo empuje nos es tan grato testimoniar.

JOSÉ MENÉNDEZ

SOTO NIETO, FRANCISCO: *Seguro Obligatorio de Viajeros*. (Comentarios al Reglamento de 6 de marzo de 1969.) «Revista de Derecho Judicial». Madrid, 1970; 326 págs.

El Seguro Obligatorio de Viajeros (S. O. V.) se implanta en España en 1928 por Real Decreto de 13 de octubre, con la aspiración de «mejorar a los necesitados de protección cuando, por accidentes ajenos a la voluntad del hombre, se perturbe el equilibrio económico de la familia».

En su nacimiento tiene un ámbito delimitado: el transporte por ferrocarril. A partir de entonces, a medida que las necesidades lo van exigiendo, se modifica y amplía notablemente el campo de actuación del Seguro. En 1941 se extiende al transporte por carretera y aéreo. Dos años después, al marítimo. El régimen de primas, reservas, indemnizaciones y asignaciones es retocado en 1950, 1952, 1962, 1965, 1966, 1967, etc.

Dice el Preámbulo del nuevo Reglamento que «el tiempo transcurrido ... y la profusión de normas que desde entonces ha sido preciso dictar para regular su funcionamiento y mantener la actualidad de sus preceptos ..., hace necesario recopilar tales normas en un texto único ...».

Esta finalidad se consigue con el vigente Reglamento, promulgado el 6 de marzo de 1969.

La obra que comentamos sigue la misma estructura del Reglamento.

Se inicia con el texto del Decreto 486/1969, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del S. O. V.

Consta de dos partes. La primera dedicada al «Ámbito del Seguro Obligatorio de Viajeros». La segunda, a la «Comisaría del Seguro Obligatorio de Viajeros». Cada una de ellas, a su vez, dividida en títulos y capítulos. Comprende 144 artículos y seis disposiciones finales. El autor, a continuación de cada artículo, integra el comentario correspondiente.

La parte primera comprende cuatro títulos, en los que se trata del régimen del seguro, contenido, procedimiento para la obtención de las prestaciones garantizadas y relaciones de la Comisaría con los transportistas.

El título primero, con profundos comentarios, numerosas citas doctrinales y abundante jurisprudencia emanada del Tribunal Arbitral de Seguros, se delimita el Seguro, se estudian los riesgos garantizados, distinguiendo los accidentes comprendidos y los no comprendidos en el ámbito de protección del Seguro, las personas aseguradas y la extensión del Seguro, especificando en el artículo 14 los medios de locomoción incluidos en el S. O. V.

El título segundo regula el contenido del Seguro. Se especifican los accidentes que dan lugar a las prestaciones pecuniarias (muerte, incapacidad permanente o temporal) y las cuantías de las mismas; las prestaciones de la asistencia sanitaria; los beneficiarios del Seguro, estableciéndose la correspondiente prelación para el percibo de indemnización en caso de muerte, así como la tarifa de las primas.

El título tercero se refiere al procedimiento para hacer efectivas las prestaciones garantizadas. Se inicia con unas normas generales sobre la «protesta» del accidente, su prueba, la obligación del transportista, la dación de cuenta a la Comisaría, el plazo de la protesta y la caducidad de su formulación. Trata seguidamente de la iniciación del procedimiento sobre prestaciones pecuniarias; de la determinación de los daños corporales; la terminación de aquel procedimiento; la forma de hacer efectiva la prestación asistencial, y la actuación de los centros asistenciales. Terminando con los recursos, de alzada ante el Consejo y ante el Tribunal Arbitral de Seguros, y la extinción del derecho a la prestación pecuniaria.

El último título de esta primera parte estudia las relaciones de la Comisaría con los transportistas, imponiendo a éstos una obligación general de colaboración, detallando aquellas que tienen carácter permanente, estableciendo las sanciones al incumplimiento, y, a continuación, la recaudación de la prima del S. O. V.

La parte segunda, que comprende dos títulos, está dedicada a la Comisaría del S. O. V., órgano al que se encomienda la gestión y administración del Seguro. Constituye una entidad de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente del que posea el Estado, adscrita al Ministerio de Hacienda y dependiente de la Dirección General de Tesoros y Presupuestos. La integran los órganos unipersonales (ministro de Hacienda, presidente, director, secretario general y dos vicesecretarios) y colegiados (el Consejo, su Comisión delegada y la Junta facultativa). Se especifica la competencia y funciones de cada uno de ellos; el funcionamiento de la Comisaría; su régimen financiero, su control y fiscalización. Terminando esta parte con los servicios, personal y asesoría jurídica que la integran.

Se añaden las disposiciones finales y a continuación un anexo al Reglamento, que contienen las disposiciones derogadas y la Orden ministerial de 27 de octubre de 1962, sobre la forma de pago de las indemnizaciones en los accidentes que estén al cargo de la Renfe, disposición que queda vigente.

Termina la obra de SOTO NIETO con un índice sistemático.

JOSÉ ANTONIO FERREÑO VILLAR

VOLUMEN COLECTIVO: *La Empresa Pública*. Edición y prólogo de EVELIO VERDERA y TUELLS. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1970; 1912 págs.

El creciente fenómeno de especialización que ha invadido por doquier el complejo mundo del Derecho ha conducido a consecuencias jurídicamente cuando se han analizado, desde posiciones singulares y con pretensiones de validez general, fenómenos cuya complejidad trasciende, con mucho, el específico objeto de una disciplina. Por el contrario, en aquellos supuestos en los que el conocimiento especializado se ha puesto al servi-

cio de un trabajo conjunto, la visión que del problema analizado se ha obtenido no ha podido sino ser armoniosa y coherente. Este es el caso del doble volumen que en torno al actualísimo y complejo fenómeno de la empresa pública (en adelante e. p.) ha sido publicado por el Real Colegio de España en Bolonia, bajo la directa supervisión y coordinación del profesor VERDERA, insertándose en la línea de las magníficas publicaciones a que nos tiene acostumbrados tan prestigiosa institución.

Encabeza esta serie de trabajos—de los que forzosamente nos tendremos que limitar a dar simple noticia—un artículo del profesor PAPI, en el que establece las coordinadas dentro de las que debe actuar la e. p. en el ordenamiento jurídico occidental, atribuyéndose una función netamente subsidiaria, dada su concepción de la actividad privada como *primum mobile* de todo desarrollo, conclusión a la que llega tras del análisis de los resultados de la planificación francesa. En la misma línea, y especialmente sugestivos para el jurista, se presentan los artículos firmados por STAMMATI y GARCÍA TREVIJANO, en los que, partiendo del análisis de los factores que propiciaron la tipificación de la e. p. como sujeto agente en el sector económico—movimientos obreros en busca de una más justa distribución de la riqueza tan sólo actuable por la directa intervención del Estado en el campo económico, posguerras, comprobación de la falacia del pretendido mecanismo espontáneo de reequilibrio en la economía capitalista—, el primero concibe el intervencionismo estatal como la única alternativa válida frente al modelo colectivista, estableciendo las líneas esenciales que deben presidir tal intervención; mientras el segundo de los citados autores, tras el estudio de los elementos que integran el sector público económico, constata cómo la actividad de la e. p., si jurídicamente se adscribe al ámbito jurídico-privado, económicamente se inserta dentro del sector público económico.

Con su habitual agudeza, GIANNINI subraya el tránsito operado desde el momento en que la empresa es directamente gestionada por el ente público—«ente público-empresa»—al momento actual, en que la e. p. adquiere propia autonomía operativa, con las consecuencias que tal transición comporta en punto a responsabilidades derivadas de la actuación de la e. p., al tiempo que pone de manifiesto los esfuerzos doctrinales en pro de la reconstrucción de un derecho común como medio de obviar las dificultades surgidas al tipificar institutos, cual el de la e. p., cuya sistematización dentro del puro ámbito privado o público no puede ser sino forzada.

ARENA construye su ensayo en torno a una afirmación fundamental: «El ente público necesario, por sus fines sociales y su estructura de ente distribuidor de riqueza, no puede ejercer profesionalmente una actividad económica y, por tanto, es inapto para llegar a ser empresario..., puesto que no puede existir empresa sin empresario, no puede a tales entes reconocérseles la titularidad directa de una empresa.» Ahora bien: no le lleva tal afirmación a negar la intervención del Estado en el sector económico, sino a la conclusión de que la misma se verifica mediante órganos diversos o a través de otras personas jurídicas. Finaliza su exposición constatando la necesidad de una directa aplicación del estatuto del empresario mercantil a las e. p., si bien tal aplicación se encuentra en ocasiones con obstáculos insuperables.

El carácter esencialmente polémico del tema se manifiesta nítidamente cuando, unas páginas más adelante, el profesor LESSONA, concibiendo la «profesionalidad» como «continuidad en el ejercicio de la actividad», concluye afirmando que la calificación de empresario puede corresponder también al Estado en aquellos casos en que la actividad económica sea ejercitada por una organización directamente suya.

A través del contenido de estos trabajos iniciales se tiene la impresión de que el jurista tiene que enfrentarse con un instituto cuyo encuadramiento en la dogmática jurídica vigente no puede hacerse sino forzando el pristino sentido de la misma. El Derecho, una vez más, se ve forzado a regular realidades sociales no previstas, y al hacerlo no creemos sirvan, como algunos obcecadamente pretenden, los esquemas ya existentes, por cuanto la nueva realidad se encuentra en esa zona limítrofe entre Derecho público y privado, si bien son notorios los intentos de privatizar cada vez más la actividad de las e. p., lo que, con palabras más autorizadas que las nuestras, ALESSI ha conceptualizado como «fenómeno de privatización», y que GALGANO, en su estudio sobre *La estructura técnico-jurídica del concepto de empresario público*—inserto en la obra que comentamos—, subraya, al poner de manifiesto cómo el Derecho privado se atribuye la regulación de actividades que en principio se encontraban regidas por el principio de supremacía de la Administración y, por ende, sujetas al Derecho público, aun cuando, observa el autor, «quizá no deba hablarse de un derecho privado, sino de un derecho común».

En este intento de configurar jurídicamente la e. p., SILVA MUÑOZ, siguiendo las huellas de ZANOBINI, afirma en su estudio que el derecho del ente público titular de la empresa es un derecho de propiedad sustancialmente análogo al derecho de propiedad privada, netamente diferenciado del denominado régimen de dominio público.

MINERVINI, GALGANO y OTTAVIANO, previo análisis del estatuto del empresario mercantil, concluyen, en sus respectivos artículos, en la posibilidad lógica de que el empresario público se encuentre vinculado por tal normativa, aun con las desviaciones—no siempre justificadas—propias de su carácter publicista, carácter que, como sostiene COTTINO, marca una impronta sobre estas relaciones entabladas por el ente en el desarrollo de su actividad, dado que «el Estado empresario es un Estado que interviene con el peso de sus fines, de sus motivos, de sus orientaciones, en la gestión de la empresa».

MENEGAZZI, NAHARRO MORA y SARACENO, desde el punto de vista del análisis económico, y STEFANI y GOLA, dentro del marco de la política financiera, complementan esta primera aproximación al tema de la e. p.

La e. p., dentro del ordenamiento jurídico español, es objeto de sistematización en sendos comentarios de GARRIDO FALLA, MARTÍN RETORTILLO, DUQUE, FERNÁNDEZ ROJAS y MELIÁN GIL. Si el trabajo de cada uno de los citados autores, aisladamente considerado, constituye una inestimable aportación al tema, su valor estriba, a nuestro juicio, en la unidad temática que les aglutina. El hilo conductor está constituido por el intento de analizar sistemáticamente—intento plenamente logrado dentro de las naturales limitaciones impuestas por la no siempre clara normativa existente—la regulación jurídica de la e. p. en España. Poniendo de manifiesto la normativa sobre la que tal regulación se asienta—Ley fundacional del I. N. I. de 1941, Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 1958, Ley aprobatoria del primer Plan de Desarrollo de 1963, Ley de Patrimonio del Estado, cuyo Texto articulado fue aprobado por Decreto de 15-IV-1964—, subrayando en concreto las lagunas y las duplicidades normativas a que, especialmente en orden a control de tales entes, ha conducido la total ausencia de una visión legislativa de conjunto, se establecen las directivas a seguir por el legislador en el momento de abordar la reforma del vigente régimen jurídico. El profesor MELIÁN, tras constatar cómo el «principio de subsidiariedad» ha sido el quicio sobre el que se ha estructurado la que él denomina «filosofía de la e. p.», reafirma

la necesidad de que, completamente superada la visión autárquica que en sus momentos iniciales presidió la elaboración normativa al respecto, tal filosofía se construya sobre las bases de los principios de «racionalidad» y «ejemplaridad social», al tiempo que la e. p. se convierte en garante de la ejecución de los planes de desarrollo, haciendo especial hincapié en la, a todas luces necesaria, revisión del I. N. I., especialmente en lo que respecta a sus fines y campos de actividad.

Problemas específicos planteados en relación a la e. p. son abordados por PÉREZ BOTIJA, GARRALDA, ALBIÑANA, BRIGOLA, MARTÍNEZ CARO y BALLARÍN. El primero de ellos constata la formación en el seno de los entes públicos económicos de un «funcionarismo debilitado», en cuanto el contrato colectivo regulador es una especie de «contrato social» peculiar, no sólo por su contenido económico, sino también porque, en cierto modo, es una especie de contrato administrativo, al tiempo que pone de manifiesto cómo el personal en cuestión no puede tener la estabilidad del funcionario, ni jurídica ni funcionalmente, desde el momento en que la dirección puede utilizar el *ius variandi* y el derecho de novación de los contratos individuales. GARRALDA estudia el problema de la participación del personal en la gestión de la empresa, con especial referencia a los ordenamientos alemán, francés y español. ALBIÑANA estudia sugestivamente un tema que, personalmente, consideramos de la mayor trascendencia, cual es el del control contable de estos entes a la luz del vigente ordenamiento jurídico español. El Derecho Penal de la e. p., tanto en los regímenes occidentales como en los de ideología socialista, es objeto del documento y fino análisis realizado por BRICOLA. MARTÍNEZ CARO estudia la problemática surgida en relación al operar de la e. p. en el ámbito del Derecho internacional, mientras BALLARÍN, completando esta variopinta construcción, tras analizar las causas que han motivado el nacimiento de la e. p. en el sector industrial, concluye que «no se prevé, por ahora, la necesidad o conveniencia de extender a la agricultura la e. p. agraria, salvo en zonas fronterizas de industrialización agraria».

Una amplia visión de Derecho comparado nos ofrecen los trabajos de VOGEL, FLAMME, WEBER, VENEZIA, POLAK, SPILIOPOULOS, MAYER y CASANOVA, con referencia a la regulación dada a la e. p. en la República Federal Alemana, Bélgica, Austria, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Países Bajos e Italia, respectivamente.

Problema conexo con el de la e. p., aun con peculiares caracteres, cual es el de las «participaciones estatales», con especial referencia al vigente ordenamiento italiano, es el objeto de los artículos de CASSESE y Bo.

Ordenamientos americanos, concretamente los de México, Argentina, istmos americanos y Estados Unidos, son descritos por BRISEÑO, VARANGOT, JIMÉNEZ CASTRO y HAZARD, respectivamente.

Esta amplia visión de Derecho comparado se complementa con el estudio de la regulación dada a la e. p. en alguno de los países que integran el denominado bloque socialista. La empresa del Estado en Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, es objeto de estudio en otros tantos trabajos de LUDWIK, CAPEK y BLAROJEVIC, concluyendo esta serie tres documentados artículos de BERAUX-FRANGOTTE, CRESPI y LAVIRNE, en los que se analiza la solución dada al problema en el marco del ordenamiento soviético.

Tras esta visión de conjunto, magníficamente ofrecida por los artículos de los que hasta el momento hemos dado noticia, merece ser tenido en cuenta el análisis que de la ordenación jurídica de alguna de las más importantes e. p. se hace en la obra. La empresa Iberia, el Banco Exterior de España y el Banco de España constituyen los supuestos estudiados por ARCENEGUI-COSCOLLUELA, ZELADA y RAVENTOS, respectivamente. También ob-

jeto específico y concreto tiene el trabajo del profesor PEREGRÍN PUGA, en el que nos ofrece un documentado estudio de lo que puede presentársenos como ejemplo de e. p. en el siglo XVIII: las fábricas de la Real Hacienda.

Con referencia singular a la e. p. de seguros, el profesor SÁNCHEZ CALERO, previo análisis de los requisitos imprescindibles para poder hablar de «empresario público de seguros»—existencia del titular de una e. p. y desarrollo de actividad netamente aseguradora—, pone de manifiesto cómo en España el concepto de e. p. es más amplio que el de «empresa nacional», no sólo por la posible creación de e. p. por parte de las corporaciones locales, sino por el hecho evidente de que determinados «organismos autónomos»—Renfe, bancos oficiales, ciertos entes de aseguración, etc.—pueden ser jurídicamente tipificados como e. p. En tal sentido, y dentro del marco de la actividad aseguradora, tipifica como e. p. el Consorcio de Compensación de Seguros, Sociedad de Crédito y Caución, Comisaría del S. O. V. y Fondo Nacional de Garantía, este último en cuanto desarrolle actividad netamente aseguradora, excluidas por ello las actividades de control y asistenciales que también le están encomendadas.

El trabajo del profesor VERDERA sobre la empresa nacional Simex, Sociedad Anónima—verdadero alarde de documentación—, partiendo de la constatación acerca del influjo de las doctrinas keynesianas en orden a la necesidad de actuar el pleno empleo de los recursos productivos nacionales en el campo de la inversión mobiliaria, se centra en el estudio exhaustivo del régimen jurídico de la citada sociedad, empresa nacional creada a través de un organismo autónomo—I. N. I.—, en la que concurren caracteres muy peculiares, «en cuanto reúne no sólo las peculiaridades de una empresa nacional, sino también los rasgos y beneficios propios de una entidad de inversión colectiva».

Al igual que se ha dado una visión armónica del ordenamiento español, existe una serie de trabajos encaminados a ofrecer una panorámica de conjunto del ordenamiento italiano. ROVERSI MÓNACO, VIGNOCCHI, FERRI, MERUSI, SOTGIA, MOLLE, TEDESCHI y BUONOCORE cumplen esta tarea. El primero de ellos pone de manifiesto cómo, tal cual ya señaló MIELE en un trabajo hoy clásico—*Attualità ed aspetti della distinzione fra persona giuridica pubblica e privata*—, la «publicidad» de los entes de gestión se reduce al aspecto meramente pasivo y se traduce en la sujeción a controles varios, obligatoriedad de seguir las directivas que les son impartidas, etc., sin que tal publicidad se manifieste activamente mediante la extrinsecación de un poder de supremacía actuable en sus relaciones con terceros. Especialmente significativo es el trabajo, realizado por VIGNOCCHI, acerca de *Los controles sobre las haciendas autónomas y sobre las empresas con participaciones estatales*, tanto más en cuanto que los juristas, evidentemente desconcertados en un primer momento por la complejidad del fenómeno, se han detenido frecuentemente en el umbral del problema—tipificación jurídica de estos entes agentes en el sector económico—, soslayando, cuando no rehuyendo abiertamente, el problema, importantísimo por las consecuencias prácticas que entraña, del control a que su actividad debe estar sometida.

Evidentemente son muchos los méritos que concurren en la obra comentada. A nuestro juicio, su mayor valor estriba, aparte de la prodigiosa documentación ofrecida y de la acertada conjunción de la elaboración teórico-doctrinal con el ágil manejo del derecho positivo, en la plena consecución de la doble meta perseguida con estos trabajos: por una parte, la tipificación jurídica de la e. p. y consiguiente atribución de un determinado régimen normativo, y, por otra, la sistematización de los controles a que se encuentra sometida en cuanto resultado de su concepción como ente público.

Obra importante y que responde a las más exigentes directrices del método jurídico, facilita notoriamente la labor de emitir un juicio sobre la misma. Puede afirmarse, a la luz de las anteriores consideraciones, que nos encontramos ante un texto que, si hoy es de indudable importancia, con el paso del tiempo se convertirá en un «clásico» de la materia, con el que indefectiblemente se tendrá que contar a la hora de construir cualquier elaboración doctrinal en torno a la empresa pública.

JUAN MARTÍN QUERALT