

DE CHABÁS, F.: *L'influence de la pluralité de causes sur le Droit a reparation*. París, 1967.

El tema objeto de la obra de FRANÇOIS CHABÁS ha tenido siempre un evidente interés; en nuestros días se multiplica su actualidad, muy especialmente por la proliferación de los accidentes de circulación y de los problemas derivados de la atribución de responsabilidad como consecuencia de los mismos. El estudio de la pluralidad de causas y sus efectos sobre la responsabilidad civil del autor da ocasión para reflexionar sobre estos problemas, al mismo tiempo que muestra el viraje dado por la doctrina jurisprudencial francesa a partir del caso del naufragio del buque denominado *Lamoricière*. Como gráficamente escribe MAZEAUD en el Prólogo a la obra, este naufragio originó también el naufragio de la tesis jurisprudencial clásica. CHABÁS parte de las sentencias del Tribunal Supremo francés de 19 de junio de 1951, ocasionadas por el affaire *Lamoricière*, haciendo un cuidadoso examen de éste y otros fallos posteriores, que revolucionaron los principios tradicionales en la materia, así como también de estos últimos.

El naufragio del navio *Lamoricière* tuvo lugar por dos causas: como consecuencia de una fuerte tempestad y como consecuencia de la defectuosa calidad del carbón utilizado por el navio. La pluralidad de causas, una extraña y otra imputable al que tenía bajo su dirección y vigilancia el cuidado del navio, da lugar a la doctrina de la *Cour de Cassation* que puede resumirse en los siguientes términos: los sucesos naturales o las acciones humanas pueden ser causa simplemente parcial de un perjuicio, y una persona considerada como causante de un perjuicio puede no estar obligada sino a la reparación parcial del mismo. Los términos de esta doctrina niegan, pues, dos principios hasta entonces considerados como fundamentales en el régimen de la responsabilidad civil en Derecho francés: el primero, según el cual todo hecho reconocido como causa de un daño no puede serlo sino de todo el daño; el segundo, que se desprende del anterior, en virtud del cual todas las personas que han intervenido como causa de un daño están obligadas a repararlo en su integridad. Principio de la obligación *in solidum* de cada uno de los coactores del daño. El primer principio es la justificación tradicional de esta obligación.

En el supuesto del affaire *Lamoricière* se estimó que el encargado del cuidado de la nave sólo tenía obligación de reparar en una quinta parte del daño, correspondiendo el resto al hecho natural que provocó el accidente. Señala CHABÁS que las nuevas ideas no preocuparon demasiado en aquel momento, dando lugar a que no se valorasen debidamente las consecuencias de la adopción de los nuevos principios. Ya que lo cierto es que fue base para una jurisprudencia cuyo resultado último es la sentencia de las Salas recurridas de 25 de noviembre de 1964, en la que se afirma que cuando una persona causa un accidente en el que la víctima también participa, como consecuencia de su propia falta, el que da lugar

al accidente no está obligado a reparar el daño originado, sino parcialmente, a los parientes más cercanos de la víctima inicial.

Esto lleva a cuestionar si ha aparecido una nueva concepción de la causalidad y de la obligación de cada partícipe en el accidente. La respuesta tiene todo el interés, tanto filosóficamente como en pura técnica jurídica. Se había venido sosteniendo que cada uno de los coautores de un daño, habiéndolo sido de todo el, respondía también por el todo. Admitido el principio de la causalidad parcial, no cabe una explicación genérica y lógica de la obligación *in solidum*. Se invierte, señala CHABÁS, la dirección del razonamiento. La obligación *in solidum* deviene la adición *a posteriori* de las deudas parciales de reparación, en tanto que era antes la constatación *a priori* de las deudas totales de reparación. Por tanto, nada impone de manera imperativa esta adición sino el deseo de favorecer a la víctima reconociéndole una garantía suplementaria y la posibilidad de simplificar el procedimiento. El mero planteamiento del problema con arreglo a los nuevos términos pone de manifiesto que será la víctima la que en definitiva sufra las consecuencias de los nuevos principios.

En el régimen clásico la técnica y las modalidades de la reparación tienen por objeto favorecer a la víctima, protegerla. La nueva doctrina jurisprudencial lleva a interrogarse si las víctimas tendrán en algún caso un derecho total a reparación. Parece haber un verdadero interés en la jurisprudencia para no favorecer con exceso a las víctimas, y esto porque, para algunos, en los modernos regímenes de la responsabilidad por daños las víctimas aparecen sobradamente protegidas. A este fin, por ejemplo, responden las normas que regulan el Fondo de garantía Automóvil, que imponen, además, el seguro a los vehículos de motor. ¿Han querido, pues, los juristas restablecer ante el nuevo estado de cosas el equilibrio entre las partes del proceso por responsabilidad derivada de daños? En todo caso es de resaltar que la obligación *in solidum* no desaparece, sino que es un principio más. Esto lleva a preguntarse que principios serán superiores.

También resalta CHABÁS, antes de comenzar el estudio detenido del tema, la conveniencia de preguntarse si preside la misma idea en toda la jurisprudencia posterior al suceso de *Lamorigière*, teniendo en cuenta que en unos casos, como en el de dicho supuesto, el hecho extraño es un hecho natural, la tempestad; en otros, el hecho de un tercero; en otros, la falta de la víctima. Pensada la acción de responsabilidad entre un demandante y un demandado, se puede admitir que todos son circunstancias extrañas, exteriores, cuyo efecto no es hacer incurrir en responsabilidad a aquel que lo está en el origen, sino de suprimir la responsabilidad del demandado. Si se «despersonifica» la causa extraña, si se adopta una concepción relativa de la acción de responsabilidad, queda explicada la negativa, cada vez más frecuente, a las indemnizaciones por el todo. La jurisprudencia no ha tenido conciencia de los dos problemas que se plantean: ¿Ha pretendido, al fragmentar el efecto de las causas, el atribuir a cada una de ellas una porción del daño? ¿Qué consecuencias ha extraído de esta fragmentación de causas cuando se trata de indemnizar a las víctimas?

CHABÁS intenta una respuesta a estas cuestiones a través de las dos partes de la obra: la primera: «Divisibilidad o indivisibilidad en el supuesto de pluralidad de causas»; la segunda: «Consecuencia de la divisibilidad del daño admitido por la jurisprudencia reciente».

En el capítulo primero de la primera parte estudia la justificación histórica y lógica de la obligación de cada autor al resarcimiento del todo. El principio de la indivisibilidad del daño se remonta a la más

remota antigüedad y su efecto práctico es la obligación *in solidum*. Frente a la teoría moderna de la obligación *in solidum* fundamentada como una garantía y no como la consecuencia normal del efecto total de cada causa.

La obligación de cada codeudor al todo viene del Derecho romano, que más tarde adopta el *Droit coutumier* francés y que aparece indiscutible en el momento de la redacción del Código civil francés. Pone de relieve CHABÁS que en Derecho romano, y en cuanto a la naturaleza de la obligación a responder cada deudor por el todo, no puede hablarse de solidaridad ni de correalidad. La idea de solidaridad implica representación, acuerdo o contrato. Y la obligación de los coautores de un delito es bien diferente. Cada uno es individualmente condenado *in solidum*. Cuando la víctima está indemnizada, sus derechos contra los coautores desaparecen. HUVÉLIN decía que el que paga a la víctima se beneficia de una acción de regreso contra sus coautores fundada no en las acciones *pro socio* o *communi dividundo*, propias de los deudores solidarios, sino de las acciones cedidas por el acreedor o las acciones útiles basadas en una cesión tácita. Aquí aparece ya el fundamento subrogatorio del recurso entre coautores. Cada uno de los codeudores estaba aislado completamente de los otros. Y este carácter conserva en el Derecho de la Edad Media, aunque la doctrina oscurezca pronto el problema. En alguna ocasión se distinguió en varias resoluciones entre supuestos de responsabilidad civil y penal. En los primeros se conservaba el principio y a *priori* responde cada uno por el todo. En los segundos, la solidaridad de los autores de una infracción es asimilada a una garantía posterior. Lo cierto es que en el Derecho anterior al Código se considera normal que cada obligado sea totalmente responsable del todo. El acuerdo cesa en cuanto a la naturaleza de esta obligación. Por ejemplo, CUJAS y DONEAU, entre otros muchos, distinguen entre obligación *in solidum* y solidaridad normal. En cambio, POTHIERS asimila las dos nociones. El Código civil francés no trata en ningún texto de la obligación *in solidum* y no tiene ninguna disposición expresa que consagre de un daño en materia delictual la pluralidad de causas. Cabe preguntarse si los redactores del Código no estimaron necesario recoger un principio natural del viejo Derecho o si verdaderamente se trata de un principio más lógico que jurídico.

¿Cuál es la justificación lógica de esta obligación *in solidum*? Se razona en equidad si una persona interviene como una de las causas productoras de un daño debe responder por el todo. Un accidente es producido por varios hechos. ¿Por qué ha de sufrir la víctima que se deba a varias personas, que las causas sean múltiples, si entre ellas figuran sucesos debidos a hechos naturales? El aumento del número de faltas y de responsables ¿va a disminuir la reparación del daño?

Conforme al viejo principio aquiliano, la más pequeña falta puede entrañar la más grave responsabilidad, argumento muy combatido que no convence si no se refuerza por la lógica. Tres argumentos de desigual valor señala CHABÁS, que se han presentado para justificar lógicamente la obligación a la reparación del todo; dos descansan sobre la interdependencia de causas, el tercero se funda en la indivisibilidad del daño. De los primeros, uno es el de la falta común; el otro, el de la fuerza perjudicial mutua.

El de la falta común viene a decir que los coautores son responsables del todo porque han cometido una falta común, única, argumento fácilmente rebatible, ya que el dominio de la obligación por el todo supera la esfera de las causas por culpables y, sobre todo porque la noción de falta común es inexacta, se puede cometer en común una infracción o

un acto dañoso, pero la falta es estrictamente personal. Ha de verse en esta expresión, a juicio de CHABÁS, otro sentido: que se aplica a las faltas concertadas, con lo que resulta insuficiente, o ha de entenderse en el de faltas que tienen resultados comunes, y entonces hace referencia a los razonamientos siguientes. Es decir, al fundamento en la interdependencia de la causas, que a través de un razonamiento diverso llega a la idea de que cada falta supone un resultado idéntico al de las demás. Inconvenientes de la tesis: que sólo mira al supuesto de coautores de un daño, no al de que intervengan en el mismo hechos no humanos. Y sobre todo, que la demostración ofrecida para justificar el fundamento, vuelta al revés, conduciría a excluir de toda responsabilidad a los coautores, ya que ninguno de ellos hubiese ocasionado el daño sin el hecho del otro. Que conduce a la teoría de MARTEAU y SAVATIER de la equivalencia de las condiciones.

Todavía se aporta un tercer fundamento: cada autor está obligado al todo porque él ha ocasionado todo el perjuicio y porque es inconcebible que pueda haber causado menos que el todo daño. Es la indivisibilidad del resultado común la única que explica la obligación *in solidum*. Así lo piensan la mayoría de los autores. Es decir, o cada causa da lugar a un perjuicio diferente, produciéndose la exclusión de la obligación *in solidum*, o las diferentes causas son necesarias para producir el daño, de donde se impone la obligación *in solidum*. Es, por tanto, de la imposibilidad de determinar la parte de daño producida por cada coautor de donde nace la obligación *in solidum*. La indivisibilidad que se tiene en cuenta es la del daño ocasionado.

La obligación *in solidum* no es una institución jurídica creada ni una modalidad de obligación. Deriva del Derecho común. Tiene lugar con independencia de cualquier disposición legal, por la fuerza misma de las cosas, por imposición de ciertas necesidades. «No significa tampoco—escribe VINCENT—ninguna derogación del derecho común; estamos ante un puro estado de hecho en el que la legislación no ha tenido que intervenir; bastan los principios generales del Derecho para regir los problemas que surgen de dicha situación.»

Todavía se intenta un ensayo de un sistema abstracto de la obligación *in solidum*, cuya característica esencial es ser una institución más lógica que jurídica. Sólo el azar determina que varios sucesos nacidos o no de actividad humana sean calificados como causa de un daño. Esta pluralidad de causas no impide que se pueda calificar a cada una de ellas como causa del total. Sin llegar al extremo de concluir que no hay una obligación *in solidum*, sino varias acciones para realizar el todo del perjuicio, si cabe sostener que la obligación *in solidum* comporta a la vez pluralidad de vínculos y de objetos.

A continuación el autor se detiene en el estudio comparativo de la obligación solidaria y la obligación *in solidum* como consecuencia de esta pluralidad de lazos común a ambas, señalando sus diferencias de origen y de funcionamiento. Los vínculos que unen a los deudores solidarios se representan mutuamente, no están aislados. Contrariamente, en la obligación *in solidum* cada uno de los deudores está aislado en relación a los demás. Los efectos atribuidos a la representación de los deudores solidarios no se dan en ésta. La prescripción interrumpida en cuanto a uno de los codeudores sirve a los demás en la obligación solidaria; en la obligación *in solidum*, no. Las diferencias alcanzan a los efectos de la puesta en mora y a los de cosa juzgada.

Finalmente, la «obligación *in solidum*» reposa sobre la pluralidad de objetos, contrariamente a lo que sostiene la doctrina de que la unidad de objeto, fundamento de la obligación dicha, la asemeja a la obligación

solidaria; los deudores *in solidum* no deben la misma cosa, el *idem*, como si estuviesen obligados solidariamente, sino que deben *totidem*, es decir, cada uno tanto como los demás; cada uno, el todo. «Cada falta dando lugar a una acción corresponde a un vínculo jurídico particular y tiene un objeto propio.» (VINCENT.) Se pregunta CHABÁS si el razonamiento de VINCENT llevará a concluir que hay en la obligación *in solidum* varias deudas, pero que concurren sólo a satisfacer un solo derecho. Identidad de objetos, pero también pluralidad de objetos, principios de los que se extraen importantes consecuencias; así, el primero justifica el que la víctima pueda dirigirse por el todo contra cualquier deudor. Pagando, cada uno paga su deuda; no hay pago de deuda común. Estudia los efectos del principio en cuanto a la remisión de deudas. La identidad de objetos es indiscutible en el dominio de la responsabilidad de los coautores, ya que la base de la obligación de cada uno es la reparación del mismo daño. Cada uno de los deudores podrá ser demandado por el todo. Obtenida la reparación del daño, cesa el derecho de la víctima. Como no cabe fundarlo en una supuesta deuda común, ya que no lo es, la solución hay que buscarla—escribe CHABÁS—en relación con la víctima; es así en virtud de la limitación legal contenida en potencia en el artículo 1.382 del Código civil: no hay derecho nada más que a una indemnización, a una reparación. Permanecerá su derecho teórico contra los demás, pero habrá perdido el interés, y con él, la acción correspondiente. Estudia el problema planteado por la exigencia de una indemnización única: la víctima actuando contra el deudor solvente libera a todos los demás: el principio de pluralidad de objetos impide hablar de una acción del que ha pagado contra los demás deudores. Analiza las soluciones cuidadosamente.

La obligación *in solidum* tiene su justificación en la imposibilidad de evaluar las funciones respectivas de cada agente en la causalidad total. La división de la función causal es imposible «por hipótesis». Analiza el sentido de los términos *rol* causal, gravedad de la falta, intensidad de la causalidad, etc. Concluye que el principio de la obligación *in solidum* en materia de responsabilidad civil es extremadamente racional y rígido de consecuencias a veces tan severas, que la rigidez obliga a rechazar algunas.

A continuación dedica un capítulo al análisis de la aplicación por la jurisprudencia de los principios clásicos hasta las sentencias del *Lamorigière*; intenta comprobar si el Derecho francés ha consagrado realmente la obligación de reparación por el total. Concluye que después del Código civil y hasta la sentencia dada con motivo del asunto *Lamorigière*, el principio de la obligación de cada uno de los coautores a la totalidad de la deuda es innegable que existe tanto en la jurisprudencia como, en cierta medida, en la ley. Que el fundamento descansa en la naturaleza de las cosas, siempre que el daño sea indivisible; la solidaridad tiene su origen en la causalidad; no se la considera como la yuxtaposición de deudas parciales de reparación, sino como la consecuencia de una deuda común por el total. Así se resuelven las dudas en cuanto al término «solidaridad», que no corresponde al concepto a que hace referencia: solidaridad y obligación *in solidum* tienen distinto fundamento.

A continuación CHABÁS intenta la búsqueda de una corriente nueva, la de las deformaciones progresivas de la obligación *in solidum*, que había sido el sistema lógico y coherente hasta el asunto del *Lamorigière*. Intenta justificar que el principio nuevo que supone la decisión jurisprudencial en este caso era simplemente el final de una evolución del sistema.

Las nuevas corrientes se inician como consecuencia de un hecho de-

terminado, la víctima deja de interesar exclusivamente a los juristas, el exceso de favor hacia las mismas se vuelve contra ella. En Derecho, la responsabilidad se considerará, escribe el autor, como un justo equilibrio entre dos intereses contradictorios. En el dominio de la obligación por el todo se sufrirán las consecuencias de los nuevos principios. Se atacará la obligación *in solidum*; sólo que olvidando su justificación clásica, pretenderán hacerlo a través de las teorías de la causalidad, hasta el punto de que describir la corriente de nuevas ideas que aflora a la jurisprudencia y doctrina es plantearse cada vez el interrogante de la consistencia de las teorías causalistas y su resonancia en la esfera de las causas múltiples.

CHABÁS analiza las diversas corrientes doctrinales en las páginas posteriores: la búsqueda de un criterio de la causalidad jurídica, concepción de la causalidad adecuada y concepción de la equivalencia de las condiciones. Teorías de VON BURI, VON KRIES, THON, RUMELIN, TRAEGER, TUNC, RODIÈRE, ESMEIN. En realidad no hay un problema único de la relación de causa a efecto, sino varios; así, importa el planteamiento de la triple hipótesis: un solo hecho culpable para un daño único; varios hechos culpables y un solo resultado dañoso; un solo hecho culpable produciendo varios daños. Estudia las doctrinas y las causas múltiples partiendo de la premisa de que la jurisprudencia no ha seguido un sistema único para la determinación de la relación de causalidad en esta hipótesis. Cuando dos antecedentes, dos condiciones, lo han sido de un daño, se ha de resolver un segundo problema, el de la función causal respectiva de cada uno de los antecedentes. La doctrina moderna concluye que cada antecedente sólo tiene una función parcial en la realización del daño; el daño en su totalidad, escribe CHABÁS, no sería sino la suma del resultado de cada una de esas causas parciales. Los autores combaten el principio tradicional de la obligación por el todo a través de dos aspectos fundamentales: la obligación al todo de cada deudor es un reflejo de la teoría de la condición *sine qua non*; las teorías nuevas de la causalidad se oponen a que cada antecedente del daño sea considerado como causa del todo. Desarrolla estos argumentos aportando las doctrinas más relevantes en torno al tema, que demuestran cómo a través de la relación de causalidad cabe llegar a la divisibilidad del daño, a la responsabilidad parcial por el mismo (ESMEIN). También se sostiene modernamente la indivisibilidad del perjuicio, la divisibilidad de la reparación por equivalente.

Hay a continuación una referencia—capítulo II—a la jurisprudencia posterior a la sentencia del supuesto *Lamorigière* y el principio de la obligación por el total del daño, teniendo en cuenta que no en toda la jurisprudencia posterior al mismo se sigue el cauce abierto por dicha sentencia. De su análisis extrae la conclusión de que dos corrientes antinómicas inspiran la jurisprudencia más reciente francesa: una, tradicional, fundamenta la obligación por el todo de cada coautor en el principio del efecto total de las causas. Pero pone de relieve CHABÁS que entre los partidarios de la teoría se «inicia un cisma»: hay que distinguir entre obligación por el todo y obligación *in solidum*; ésta es una obligación solidaria imperfecta, creada para garantía suplementaria de la víctima. En la segunda corriente de ideas, la más moderna, se pone en primer plano esta idea de garantía. Hay que buscar un fundamento nuevo a la obligación *in solidum*, ésta no tiene sino una razón de ser de protección artificial a la víctima. Esta protección ya no se concibe como un principio inmutable. Conseguida la teoría de la divisibilidad del daño, del efecto parcial de las causas, la jurisprudencia convierte el derecho a la reparación de la víctima en un derecho en todo caso incierto. Cuando

la víctima conservará su derecho a la reparación total del daño, es el objeto de la segunda parte del estudio: «Consecuencias del principio de la divisibilidad del daño admitidas por la jurisprudencia reciente». Estudio que está lleno de interés, ya que muestra las consecuencias y alcance de la nueva doctrina.

La jurisprudencia, escribe CHABÁS, que rechaza la «obligación *in solidum*» tiene como punto de partida una consideración causalista. En estas sentencias cada una de las causas jurídicas no tiene nada más que una función, un efecto parcial en la producción del daño. Si esta actitud refleja cierta concepción de la «obligación *in solidum*», no impone forzosamente un retorno a la misma. Si se concibe la obligación *in solidum* como una garantía, cabe sostener que la divisibilidad de la causa del daño no supone la de la reparación. Por tanto, el efecto de esta garantía respecto a los deudores es el de hacerles soportar las consecuencias de su acción y de aquella de los demás causantes del daño. Son garantes del mismo.

Cabe preguntarse cuándo uno de los autores de un daño no será garante de sus coautores. Una serie de interesantes cuestiones son estudiadas en este tema: derechos de la víctima cuando el demandado es capaz para incurrir en responsabilidad. Derechos de la víctima cuando el daño es causado por varias personas, todas aptas para ser responsables. Importa especialmente el análisis de los supuestos en que ciertas circunstancias van a exonerar de responsabilidad al demandado, la fuerza mayor y la falta de la víctima. La primera no ofrece duda, no cabe hablar de responsabilidad a cargo de la fuerza mayor. La segunda es más compleja. CHABÁS las estudiará en particular. La primera le conducirá a la previa delimitación de la noción de fuerza mayor, siempre interesante, ya que el derecho positivo no da un criterio suficiente para su determinación. Del derecho positivo francés cabe extraer dos ideas: la fuerza mayor como causa extraña al agente y su aspecto exonerador de responsabilidad. La doctrina se encargará de ir las configurando. La fuerza mayor considerada como causa extraña, autónoma, como agente independiente, frente a su consideración como simple cualidad del acto. Las soluciones al problema de la obligación por el todo serán distintas según la teoría aceptada. En un caso cabrá hablar de responsabilidad parcial por haber dos causas; en otro caso, no. La jurisprudencia suele seguir una vía intermedia, especie de síntesis de estas teorías. Expone la concepción autónoma de la naturaleza de RAPOUANT, fuerza mayor como fuerza independiente que actúa por su cuenta y la tesis relativista de la fuerza mayor, en la que el acento se carga sobre la inejecución de una obligación contractual o sobre una obligación delictual. Concepción puramente causalista que erige a la fuerza mayor en una potencia autónoma que hace nacer el daño y concepción que, dejando a un lado la causa, muestra los lazos entre la ausencia de causa y el caso fortuito. Ensayo una síntesis de ambas teorías, principalmente adoptadas por la doctrina.

Después analiza con igual detenimiento el supuesto tan interesante de que la víctima misma sea una de las causantes del daño.

Estudia distintos casos, cada uno de los cuales plantea su problemática, problemática cuya solución encierra siempre un especial interés. Supuesto en el que sólo la víctima directa y el demandado litigan: exoneración de la víctima del daño causado por sí misma, que no añade responsabilidad a la que parcialmente le corresponde al coautor del mismo, según la nueva teoría de la responsabilidad *in solidum*. Problema de la oponibilidad de la falta de la víctima a los causahabientes de la misma, que cambia el aspecto de la cuestión. Asimilación de la situación

del demandante a la de la víctima fallecida, dependencia de la acción de los parientes y de la de la víctima inicial. Hace una referencia a los transportes gratuitos y la responsabilidad del porteador, bien interesante en cuanto que recoge el sentir de una jurisprudencia que es ya numerosa en Derecho francés. Vuelve a poner de relieve la idea de que el derecho a la responsabilidad civil tiene un carácter predominantemente contencioso y relativo, precisamente porque es en el dominio de la oponibilidad de la falta del *de cuius* donde mejor se manifiesta. La oponibilidad de las faltas de la víctima merece especial atención en cuanto a las nuevas reglas de la causalidad.

Analiza también el supuesto en que el daño es causado por varias personas aptas para ser responsables, cuál serán en este caso los derechos de la víctima, qué fundamento tendrá la reposición de la obligación *in solidum*, cuándo los coautores no son irresponsables y tantas otras cuestiones que en la práctica se plantean. La obligación *in solidum* deviene derecho común; la doctrina moderna la presenta como una garantía, como una posibilidad dejada a la víctima para demandar a un autor el pago por todos. Se cuestiona cuándo cesa esta garantía, en qué supuestos. Las respuestas son varias, la doctrina no es unánime. Merece especial atención el criterio extraído de la imposibilidad de una acción de seguro para el que paga por el todo respecto a los demás coautores. Fundamento que se utiliza para rechazar la obligación *in solidum*.

Una crítica de las soluciones doctrinales y jurisprudenciales a toda esta suerte de problemas finaliza estos capítulos. Finalmente, una breve conclusión: la interrogante planteada en la obra de cuál sean las repercusiones que el hecho de que el daño tenga varias causas tenga en el derecho a reparación de la víctima, lleva a constatar la existencia de dos corrientes dentro del Derecho positivo francés; cada una está fundamentada lógicamente y su diversidad es consecuencia de que cada una parte de diferentes postulados en materia de causalidad. Una tradicional, sensata y equitativa atribuye a cada causa un efecto total en la producción del daño. Otra, defendida en la jurisprudencia más reciente, reconoce el efecto fraccionado de cada causa en el resultado del daño. La obligación *in solidum* descansa sobre el postulado del efecto total de las causas en el primer caso: cada coautor indemnizará totalmente a la víctima; en el segundo, el fundamento de la obligación *in solidum* descansa en una idea de garantía acordada en favor de la víctima. Cabe, pues, que se demande a uno de los autores del daño por el todo. Pero la garantía no es automática y no se da en todo caso. En la obra CHABÁS ha estudiado las razones por las cuales se descarta en determinados casos. Lo será cuando una de las causas del daño no sea susceptible de entrañar la responsabilidad de su autor.

TERESA PUENTE MUÑOZ,

Profesor Adjunto de Derecho civil¹

DORAL, José Antonio: *La noción de orden público en el Derecho civil español*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1967, 138 págs.

La obra que deseamos comentar responde, a nuestro juicio, a un modo nuevo de trabajar el Derecho. No se trata aquí de recoger la doctrina o la jurisprudencia sobre el orden público con el objeto de sacar unas conclusiones o de intentar un avance sistemático sobre datos obtenidos por el autor. El método para la investigación jurídica, cuando no era el exegético o el histórico, ha venido siguiendo una de las directrices antes indicadas. En el caso que nos ocupa, la obra de investigación jurídica parte de otro supuesto, cual es—y creemos que no nos apartamos del pensamiento del autor cuando así nos expresamos—, lo que podríamos llamar el sentimiento de la sociedad en que el Derecho se inserta, sus conquistas y aspiraciones, algo así como su sensibilidad. Estos son los elementos de la realidad social que influyen dejando luego su impronta en el Ordenamiento jurídico según lo van moldeando las nuevas leyes que se promulgan, según la jurisprudencia, que, en el condicionamiento presente, los va acogiendo y cristallizando al interpretar y aplicar las antiguas leyes; de no ser así, éstas resultarían pronto anquilosadas, desplazadas de las exigencias de justicia de la sociedad en evolución.

Por esto, trabajo como el que aquí comentamos, no prescinde de la legislación vigente ni de la jurisprudencia, sino que se sirve de las dos, con el objeto de descubrir en ellas qué es lo que entiende la actual sociedad del fenómeno jurídico estudiado—en este caso, el orden público—, cómo lo enfoca y siente, para terminar por señalar la muerte de las viejas concepciones, a la vez que el conocimiento de la realidad del actual momento histórico le permite avistar la noción que privará en el futuro. De aquí la importancia de este trabajo, que, como tal, se apoya en elementos clásicos de investigación, pero que los rebasa en una vigorosa síntesis constructiva que refleja con fidelidad los movimientos legislativos más recientes y los atisbos doctrinales y jurisprudenciales en donde primero pueden ser observados los nuevos fenómenos y que de algún modo permiten ver las originarias cristalizaciones de las nociones y conceptos jurídicos del futuro.

No resulta extraño, pues, con lo antes indicado, que JOSÉ ANTONIO DORAL nos presente un concepto tan clásico como el de orden público, tal como se ha venido entendiendo hasta ahora, como enteramente rebasado. Y no es que para el autor el concepto unitario de orden público esté hoy en crisis, como algunos creen. Lo que para él está en crisis es la concepción clásica del orden público. Ni puede agotarse en una formulación legal, pues se opondría a su carácter dinámico, ni puede entenderse hoy el orden público como «una noción límite, sustitutiva o paralizante de la iniciativa privada» (pág. 15). «No puede reducirse—añade—su misión a secundar la hegemonía del poder público como una cuña estatista hundida en el seno de la sociedad» (pág. 78). Y son las siguientes frases del autor las que van delineando su postura: «El reconocimiento de la dignidad de la persona, la normal convivencia de las personas honestas y la garantía de la libertad son signos característicos del mundo actual.» Un mundo en el que, «al afirmarse la libertad, se afirma también la responsabilidad», y con ella, una tarea que incumbe a todos los ciudadanos y no sólo a los tutelares de la potestad civil. De este modo, el orden público ha dejado ya de ser un arma con que cuenta

en exclusiva la Administración, sino que en el mundo contemporáneo «no puede admitirse, en consecuencia, una noción de orden público opuesta a la participación activa, libre y responsable, de todos los ciudadanos en la tarea de la comunidad» (págs. 70 y 71)

En efecto, según JOSÉ ANTONIO DORAL, el principio de igualdad ante la Ley, del que hace notar su honda raigambre en las fuentes históricas españolas, propende a la generalidad, a una aplicación indiscriminada. Por otra parte, la libertad individual tiene valor constituyente, la autonomía de la voluntad exige rango normativo. Cada vez que la ley trata de proteger un sector socialmente más débil o tutelar específicos intereses más dignos de especial protección, se crean normas que implican excepciones al principio de igualdad. Si la Ley se interesa especialmente por materias objeto de leyes permisivas de suyo, se convierte en freno y excepción a la libertad creadora reconocida a la persona en Derecho privado. Con ello, el orden público se convierte en «excepción de dos principios que componen el eje del sistema jurídico en que juega, basado precisamente en esos dos grandes principios de la igualdad jurídica y de la libertad generadora de normas en el ámbito privado (autonomía de la voluntad)». Es preciso, por tanto, que tales principios conjuguen armónicamente con el de orden público, por lo que esta noción «debe situarse más allá de la Ley, y cuando sea necesario, por encima de ella» (página 21).

La configuración del orden público la hace el autor sirviéndose de otros conceptos afines. Uno de éstos es el bien común, al que coopera en su prosecución «como una fuerza más del conjunto, como resorte, como medio». Pero esa colaboración es, ante todo, afirmativa, positiva, pues constituye «su principio operativo» (pág. 38). El orden público es parte integrante del bien común y de naturaleza dinámica. Otro concepto afín es el de orden jurídico, para el cual, siguiendo a FROSINI, el orden público «constituye el principio estructural... la *chiave di volta* de todo un sistema jurídico... el punto de conjunción de los elementos que componen el Ordenamiento jurídico» (nota a la pág. 44). De aquí que no pueda quedar petrificado. Así van resultando lo que podríamos llamar notas características del orden público: *primero, su dinamicidad; luego, su elasticidad; su flexibilidad también.*

El autor, en el desarrollo progresivo de su pensamiento, haciéndonos ver que la autonomía de la persona no cabe entenderla fuera del contexto social, destaca cómo el derecho se apoya en «el ejercicio responsable de la libertad personal y en la participación activa de los miembros en las tareas de la comunidad» (págs. 44 y 45). De aquí su *operatividad*, otra nota característica, cuya influencia se aprecia fundamentalmente, evitando la interpretación rígida de las normas imperativas, en el reflejo que ejerce en la jurisprudencia, permitiendo, a su vez, que el bien común se logre con la certeza y la eficacia del orden jurídico, pero impidiendo que se abran las puertas de la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. Y es lógico que sea así, porque «la jurisprudencia se ajusta mejor a la realidad cambiante».

Por último, habla de la *relatividad* de la noción de orden público. ésta es una noción acomodaticia, susceptible de adaptación a los criterios que en cada momento rigen en la sociedad. Pero esa relatividad de la noción «no debe confundirse con un arbitrario oportunismo político o económico, ni parificarse con un agnóstico situacionismo». Es la realidad siempre viva la que es variable. Se trata, pues, al decir de ASCARELLI, de una realidad siempre en movimiento. El dinamismo de la sociedad es el que permite innovaciones «dentro de una línea que es permanente y cuyo núcleo descansa en la libertad responsable y en el respeto

a la personalidad» (pág. 50). Aquí entiende el autor ver dónde «el positivismo legalista sufre un rudo golpe. Es la sociedad quien articula la coordinación de los intereses públicos y privados». Por ello, quien tiene la potestad «ha de cobrar conciencia de que sólo si desempeña un papel de servicio está legitimada su autoridad y que, junto con un Derecho estatal, debe contar con otros ámbitos normativos... La comunidad nacional y la comunidad supranacional son, en definitiva, círculos concéntricos de la solidaridad humana» (págs. 51 y 52).

Creemos haber expuesto las líneas maestras del pensamiento de JOSÉ ANTONIO DORAL, que ha hecho un trabajo, a nuestro parecer, de valía excepcional, interesante, ambicioso, rico en sugerencias. Terminar de exponer las ideas del autor sobrepasa las medidas de una recensión. Aquí, con lo apuntado, pretendemos dar una noticia de la importancia de la materia tratada y del trabajo realizado.

Pero quizá no hemos acabado la información si no destacamos algunos otros aspectos del trabajo: «Tres grandes postulados—señala—caracterizan la sociedad moderna: los principios de respeto a la libertad, indiscriminación ante la Ley y representatividad.» De aquí que, ante la aporía que pueden presentar la libertad y la igualdad jurídica, haya que entender modernamente ligado el orden público «a la socialización, a la planificación, secundando la eficacia organizadora de la Ley». El autor se enfrenta con el problema tratando de dar soluciones válidas, sin olvidar cómo la convivencia reclama de la participación social en la gestión de sus intereses a través de los planos representativos. La vertiente pública del orden público no ha de permitir el cercenamiento de la autonomía privada: resulta «insuficiente la concepción de orden público como arma de que disponen los intereses generales frente a los intereses privados» (pág. 58).

Interasantísimas resultan sus observaciones en torno a lo que se ha venido llamando, especialmente por la moderna doctrina francesa, «orden público económico», así como cuando trata del tema de la libertad en su triple aspecto de libertad religiosa, libertad nupcial y libertad de asociación.

Admirable resulta, en su capítulo sobre la nueva configuración jurídica del orden público, contemplar cómo el autor descubre la influencia de esta noción nueva en la Ley escrita española y en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo más reciente: «Las nuevas corrientes sociales, que imprimen su dinamismo al orden público..., penetra e irrumpe como una fuerza impulsora en la legislación y en la jurisprudencia». De aquí su afirmación de que «la sensibilidad para detectar el ímpetu de las sociedades... es algo que debe caracterizar al jurista de nuestra época». En nuestra jurisprudencia, observa el autor, el orden público actualmente no responde a la directriz legalista, como tampoco se adhiere a la corriente que ve en él la exclusiva defensa de los intereses generales, puesto que el orden público defiende también otros intereses particulares. «El orden público está encarnado en un conjunto de principios impulsores por los que, incluso aunque no haya ley, puede hacerse valer» (pág. 103).

Resulta también de gran interés el capítulo consagrado al estudio de las nuevas orientaciones del concepto de orden público en el Derecho internacional privado.

En fin, la obra comentada merece una atenta consideración; es importante, nueva en su enfoque, sugestiva. Trae consigo la aportación de un nuevo estilo de investigar. Su edición resulta tan cuidada como las de los restantes ejemplares publicados por la Colección Jurídica de esta

Universidad, que ya cuenta un abultado número de publicaciones y a cuyo conjunto el nuevo trabajo de DORAL GARCÍA viene a sumarse y a enriquecer.

CARMELO DE DIEGO LORA.

GIORDANO-MONDELLO, ALFONSO: *il testamento per relazione. Contributo alla teoria del negozio «per relationem»*. (Pubblicazioni a cura della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Palermo, número 19). Milano, Giuffrè. 1966. (Rústica, VIII + 184 págs.).

La obra se divide en tres grandes capítulos, incluyendo además un índice analítico y otro por autores. El capítulo I se ocupa de la «Individuación del fenómeno racional», en un total de dieciséis apartados. Origen de la cuestión lo encuentra el autor en las obras de su compatriota ALLARA, que abordó el problema de la *relatio* desde varios puntos de vista—en 1936, 1950, 1957 y 1958—. Ultimamente se ha hecho precisa una revisión del tema.

Comienza el autor hablando del significado del término *relatio* en el lenguaje ordinario y en su sentido lógico, para pasar después a su acepción jurídica. Se llega tras ello al núcleo del trabajo, que es la estructura y carácter del negocio *per relationem*, caracterizado por sus efectos ciertos, aunque todavía no enteramente configurados en todos sus detalles, y por su compleja tipología. Cabe distinguirse entre una *relatio* sustancial y otra formal, y también es de interés distinguir entre el mecanismo relacional y el de la condición. Otras posibles semejanzas, pero que no resisten un examen detenido, lo son con el acto colegial y con el colectivo. Lo que sí cabe afirmar es que la *relatio* tiene siempre un carácter formal. Otra afirmación importante del autor es que las únicas distinciones de que cabe hablar en la *relatio* son las que hacen referencia a su carácter explicativo o determinativo, perfecto o imperfecto; todas las demás son poco convincentes y sin utilidad.

El capítulo II es muy interesante por la diversidad de fenómenos jurídicos que contempla. Su título es «Naturaleza y estructura del mecanismo relacional determinativo». Los doce primeros de sus veintidós apartados vienen destinados a un problema tan importante y a la vez tan complejo en Derecho italiano cual es la distinción entre arbitrio de tercero («*arbitrium boni viris*») o *arbitraggio* y arbitraje («*arbitrato*») en sus dos modalidades de *rituale* o propio e *irrituale* o impropio dado el aspecto rigurosamente formal que el arbitraje tiene para la ley italiana. (De estas cuestiones nos hemos ocupado en algunas de nuestras anteriores recensiones.) Tras un estudio detenido de los preceptos de los Códigos civil y de procedimiento, el autor se inclina por no conceptuar el *irrituale* como verdadero arbitraje, y ello es interesante, por la gran diversidad de opiniones doctrinales. Quizá su condición de Magistrado haya hecho al autor inclinarse por las teorías que propugnan la naturaleza exclusivamente jurisdiccional del arbitraje.

Evidente es el carácter de *relatio* determinativa que la actividad del tercero tiene al ejercer su arbitrio, singularmente en materia de compraventa. Y una labor semejante para el autor es la que desarrolla el árbi-

tro impropio. En uno y otro caso, la declaración del tercero—dice—no constituirá un negocio jurídico.

Precisamente para solucionar el problema del arbitraje impropio es para lo que puede resultar de utilidad acudir a la figura del negocio *per relationem*. (En este caso, un negocio de «*accertamento*».) La explicación que lo configura en función de una transacción resulta insatisfactoria.

En esta parte aparecen examinadas otras interesantes figuras jurídicas, como los contratos por persona a designar y de mediación, y asimismo se recuerdan los criterios dogmáticos distintivos entre hechos, actos y negocios jurídicos. Terminase afirmando que el negocio *per relationem* constituye un fenómeno de determinación del supuesto del caso en cuestión.

Con el tercer capítulo llegamos a la parte especial de la obra, estudiándose la disposición testamentaria *per relationem*. Se comienza por sus antecedentes en el Derecho romano a raíz de la importancia cobrada por los codicilos; pero frente a la opinión de BARTOLO, favorable al testamento relacional, se alzaron diversas disposiciones legislativas medievales.

Ante todo, debe apreciarse el especial carácter de la figura por su condición de negocio relacional y de negocio sucesorio, *mortis causa*.

Realmente, la expresión «testamento *per relationem*», al menos en la acepción usualmente empleada por la doctrina, no resulta del todo satisfactoria, por no dar cabida al entero fenómeno relacional en el campo testamentario. Se precisa un examen cuidadoso del Derecho positivo, cosa hecha por el autor examinando los supuestos de disposiciones que se dejan al arbitrio de tercero, en especial el problema del artículo 631 del Código civil italiano, prohibitivo en general de remisiones en aplicación del principio de personalidad del testamento. Dichas prohibiciones tienden a impedir la designación por un tercero del heredero (en cuanto continuador de la personalidad del difunto) o de la cuota de la herencia. En cambio, puede la remisión operar en supuestos de legado alternativo o legado de género, y también en el del artículo 628 del Código civil, de disposición en favor de persona que pueda ser determinada con posterioridad. Otro supuesto interesante es el del *legatus per relationem ad locum*. Con todo, el caso para nosotros más importante es el abordado en el epígrafe 10, «Testamento secreto», por ocuparse del testamento ológrafo y el testamento epistolar, en que con frecuencia puede haber casos de *relatio*.

Otras cuestiones estudiadas aquí cuidadosamente lo son las relativas a revocación testamentaria y al problema de reenvío entre diversos documentos. Aparecen analizados los artículos 919, 681 y 196 del Código civil.

Conclusiones del autor son que el principio de certidumbre de las disposiciones testamentarias debe prevalecer, evitando toda posible controversia, y que todas las formas de testamento *per relationem* aparecen contenidas en supuestos normativos de interpretación estricta, no pudiendo constituir un indicio de admisibilidad general del fenómeno en el campo testamentario.

Esta última parte comprende quince apartados.

La doctrina citada es en una gran proporción exclusivamente italiana, pudiéndose citar con satisfacción entre las excepciones algunos nombres españoles, como DÍAZ CRUZ y PUIG BRUTAU.

LALINDE ABADÍA, Jesús: *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán*. Edición patrocinada por la cátedra «Durán y Bas» de Derecho civil catalán. Barcelona, 1965, 305 págs.

El libro que nos presenta JESÚS LALINDE ABADÍA, Profesor adjunto de Historia del Derecho de la Universidad de Barcelona y colaborador de la cátedra «Durán y Bas», representa una valiosa aportación al conocimiento de la vigente compilación catalana en la parte relativa al régimen económico-matrimonial.

Como indica CASALS COLDECARRERA en el prólogo de la obra, «LALINDE ofrece una amplia base de estudio al Derecho catalán y a la compilación civil de Cataluña», y es que ha tenido en todo su trabajo muy presente el párrafo segundo del artículo 1.º de la compilación, el cual establece que para interpretar los preceptos de la misma se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan. Y así, en todo su libro se pueden observar continuas referencias al antiguo Derecho catalán a las costumbres, a los derechos supletorios y a la doctrina jurídica.

Bibliografía.—Es muy extensa: más de cincuenta autores, con otras tantas obras, han sido consultados; en general, se recogen en la lista que presenta los nombres más ilustres de la ciencia jurídica catalana.

Sistemática.—La obra se divide en capítulos que siguen el orden de la compilación. El primero, destinado a «Disposiciones generales»; el segundo, a las «Donaciones y otras disposiciones por razón de matrimonio»; el tercero, a las «Donaciones entre cónyuges»; el cuarto, a la «Limitación de donaciones por segundas nupcias y al año de luto». Deja fuera de su estudio, al menos como instituciones concretas, aunque a través de la obra se refiere a ellas, a la dote y la *tenuta*, y sigue con el *aixobar*, el *cabalatge*, el *escreix* y el *tantundem*, capítulos séptimo, octavo y noveno.

Vamos a tratar, aunque muy brevemente, dada la extensión de la obra, de hacer algunos comentarios sobre los capítulos antes referidos.

CAPÍTULO I. Pueden observarse dos partes nitidamente diferenciadas: la relativa al estudio de las capitulaciones matrimoniales y el régimen legal supletorio en defecto de pacto.

a) *Capitulaciones matrimoniales*.—Paradójicamente, la palabra capitulaciones, tomada por el Derecho catalán del Código civil, es más exacta en esta región que la designación tradicional y propia de *capitols matrimoniales*, ya que *capitols* (capítulos) indican disposiciones aisladas, mientras capitulación da idea de una masa compacta de capítulos.

Se hace un análisis minucioso y profundo sobre las mismas en la parte referente al pacto como fundamento del régimen económico-matrimonial, las capitulaciones matrimoniales como único instrumento del régimen paccionado, los límites, etc. La parte destinada al examen de la naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales y sus diferencias con las reguladas en el Código civil constituyen uno de los pilares fundamentales del capítulo que comentamos, para concluir en que, a diferencia del Código civil, no se trata de un contrato, sino de un régimen

que tiende a la estructuración de la familia, de un convenio familiar normativo, plurilateral, accesorio al matrimonio y de indole principalmente económica.

Es de resaltar igualmente la parte en que trata del problema de la irrevocabilidad de las capitulaciones, el equivoco de basar ésta en la Constitución *A foragitur Fraus* y las diferencias con el Código civil.

b) *Régimen legal supletorio*.—La compilación establece el de separación de bienes.

En ningún momento histórico el régimen típico catalán es de una rígida separación de bienes: la separación aparece atenuada por la dote (cuyos frutos están destinados a levantar las cargas del matrimonio), el *escreix* o donación del marido a la mujer; por el *tantundem*, el *aixobar* y la soldada.

La compilación no ha estado afortunada ni histórica (pues ni el régimen romano ni el histórico catalán han sido nunca de separación de bienes, sino el dotal y de aportaciones proporcionadas) ni dogmáticamente (pues al regular minuciosamente las instituciones antes citadas, el legislador manifiesta implícitamente su preferencia por el régimen dotal y desea que se constituya la dote, con sus privilegios, y las contra-donaciones a qué da lugar.

La diferencia entre el régimen de separación de bienes, que la compilación define para evitar confusiones con el que establece el Código civil, como pena a los que se casan contra las prohibiciones del artículo 45, y el de este último Cuerpo legal es palpable, y aunque el Código emplee en el artículo 50 las palabras «separación absoluta» y no diga lo mismo la compilación, es más absoluta ésta, en que la mujer casada, en virtud de los artículos 7.º y 49, salva las barreras de los artículos 60 y 61 del Código civil.

CAPÍTULO II. «De las donaciones y otras disposiciones por razón de matrimonio».—Este capítulo peca de falta de homogeneidad: se habla de «otras disposiciones por razón de matrimonio» refiriéndose, sin duda, al artículo 19, ya que todos los demás regulan donaciones; pero dentro de éstas cabe separar dos grupos perfectamente delimitados:

a) Las donaciones esponsalicias reguladas por los artículos 17 y 18.

b) Un grupo general de donaciones en los restantes artículos, sin una denominación individualizadora.

Se señala el paralelismo entre la compilación y el Código civil en su capítulo II, título III, libro IV, que trata «De las donaciones por razón de matrimonio», si bien el Código civil regula en este epígrafe las donaciones entre cónyuges, que la compilación recoge en capítulo separado.

BORRELL y SOLER señalan como requisitos de las donaciones por razón de matrimonio:

a) Que sea anterior a la celebración del mismo.

b) Que se haga en consideración a éste.

c) Que sea realizada en favor de uno o ambos cónyuges.

LALINDE añade a ellos: Que la donación no recaiga sobre regalos, obsequios y presentes que de costumbre se hacen los futuros contrayentes, porque entonces sería donación esponsalicia, regulada en el artículo 17 de la compilación.

Al estudiar la naturaleza jurídica de las donaciones por razón de

matrimonio se pregunta si tal donación es condicional, para contestar que todo depende del concepto que se tenga sobre la condición. Si nos atenemos al artículo 1.113 del Código civil, es condicional, pues considera como condición a todo suceso futuro o incierto del que depende el cumplimiento de una obligación; sin embargo, si nos atenemos a la doctrina, la condición es elemento accidental añadido al acto o contrato; por el contrario, en esta clase de donaciones la celebración del matrimonio es acto esencial, pudiendo considerarse integrado en la causa a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1.261.

Pasa después a estudiar los artículos 13 al 16 y los problemas que de ellos derivan.

En cuanto a las donaciones esponsalicias, DURÁN y BLAS las definía como «la que hace uno de los esposos al otro en contemplación de su futuro matrimonio y la que por tal motivo les hacen otras personas».

De esta definición resaltan dos tipos de donación:

- a) La que hace uno de los futuros cónyuges al otro.
- b) La que hacen terceros o personas ajenas al matrimonio en favor de uno o ambos cónyuges.

LALINDE observa que en esta definición conviene resaltar la terminología empleada. Habla DURÁN y BLAS de esposos en un sentido histórico y etimológico, refiriéndose a los que han contraído esponsales, los que hoy llamamos prometidos; no hay lugar a dudas, pues a continuación habla de futuro matrimonio.

La Compilación recoge esta terminología de esposos, pero ha restringido el concepto de donación esponsalicia antes dado: no se comprende dentro de él toda donación que uno de los prometidos haga al otro, sino sólo aquellas que consistan en «los regalos, obsequios o presentes de costumbre», es decir, lo que tradicionalmente se llama «regalos de boda»; los que no respondan a estas características serán comprendidos entre las donaciones hechas en contemplación a un determinado matrimonio, a las que se refiere el artículo 12.

En las páginas que siguen, al tratar de la supeditación de la donación esponsalicia a la celebración del matrimonio; del pacto como regulador de las mismas; de la cuantía, etc.; al igual que ocurre en toda la obra, LALINDE no se conforma con comentar y exponer los problemas que surgen de la regulación que de ellas hace la Compilación, sino que penetra con extraordinaria erudición en los derechos antiguos, hasta llegar, tras una evolución muy precisa en la que no faltan las que CASALS COLLDE-CARRERA denomina «viejas voces» de FONTANELLA, RIPOLL, PEGUERA, etc., a las actuales normas para hacernos ver la similitud o la disconformidad entre el precepto antiguo y el actual, así como las razones históricas que aconsejaron el cambio.

CAPÍTULO III.—«De las donaciones entre cónyuges». Merece especial atención el contenido de este capítulo, sobre todo en lo que hace referencia al discutidísimo artículo 20.

Para catalogar las donaciones entre cónyuges en la Compilación, nos dice que hay que partir de cuatro puntos:

a) Constitución en el tiempo: Deba tener lugar durante el matrimonio, una donación anterior al mismo sería donación esponsalicia o por razón de matrimonio.

b) Lugar de constitución: Han de ser hechas fuera de capitulaciones matrimoniales. La donación entre cónyuges tiene como base la libe-

ralidad; las hechas en capitulaciones responden a un plan económico de estructuración de la familia.

c) Efectividad temporal: Sus efectos han de surtir dentro del matrimonio. Una donación que haya de surtir efectos después de fallecer el donatario es imposible, y si ha de surtirlos después de la muerte del donante, no sería donación *inter vivos*, sino *mortis causa*, cuyos efectos entrarían en el campo sucesorio.

d) Cualificación de sus efectos: La donación ha de suponer un enriquecimiento para el donatario y un empobrecimiento para el donante, aunque reconoce que este punto no recogido en la Compilación es un tanto incierto, pero puede ser interesante tenerlo en cuenta para interpretar el artículo 20.

El gran problema de la nulidad de las donaciones entre cónyuges que recoge el citado artículo 20 es uno de los grandes aciertos, a nuestro modo de ver, del libro que comentamos. El autor se sumerge prácticamente en el Derecho romano, canónico, en el antiguo Derecho catalán, en el Proyecto de DURÁN Y BAS y en los anteriores a la Compilación, para sacar consecuencias de gran valor interpretativo.

¿Cómo es posible armonizar la nulidad de la donación, con su posterior validez, cuando no se ha revocado?

Estudia la jurisprudencia romana y llega a la conclusión que ni siquiera los juristas clásicos pronunciaron al menos con insistencia y rotundidad la palabra «nulidad», sino más bien la de «prohibición»; aun en el supuesto de que esa jurisprudencia clásica hubiera tendido a la absoluta nulidad, no hay duda de que ese supuesto rigor se dulcificó hasta dar paso a una mera prohibición reflejada en una posibilidad de libre revocación, pero nada más. Si hubo un criterio de nulidad en el antiguo Derecho romano, éste no pasó a la recopilación justiniana.

En consecuencia, fue totalmente correcta la posición seguida por BORRELL Y BROCA, y que siguió el proyecto anterior a la Compilación frente a ésta, que se pronunció por no mencionar la nulidad, sino establecer la revocabilidad por parte del donante.

Fue la Comisión de Justicia de las Cortes la que estableció la nulidad, justificándolo como un acatamiento al Derecho romano, aun reconociendo que se daría la extraña figura de una nulidad convalidable por silencio.

La presunción muciana.—En Roma, la mayor parte de los bienes de la mujer tienen la condición de dotales, los cuales no administraba; carecen de importancia los extradotales y entre ellos los parafernales, que consistían por lo general en objetos de uso. Por tanto, si la mujer adquiere, lo hará con dinero ajeno: del marido, pariente o extraño; cuando la adquisición sea con dinero que no pertenezca al marido, arroja sobre la mujer una sombra de infidelidad, y ello indujo al jurista QUINTO MUCIO SCAEVOLA a sentar que cuando se duda sobre el modo en que adquirió la mujer, lo más honesto es que se presuma que lo adquirió del marido o de aquel bajo cuya potestad estuviere, para evitar la sospecha de adquisición torpe, presunción que recibió el nombre de «Muciana».

El Código civil no la recoge, pues se muestra interesado en favorecer los gananciales (art. 1.407).

La citada presunción tiene interés en los regímenes de separación de bienes.

La Compilación la recoge, pero cambiando su sentido; cuando la mujer romana estaba al amparo de sospecha de adquisición torpe, la

presunción no actuaba, era una disposición beneficiosa para la mujer; en la Compilación beneficia al marido y, además, introduce como novedad una doble presunción, que opera primero en la adquisición, y si ésta se justifica, en el precio.

Reconoce los problemas que el artículo 23 puede plantear en la práctica, sobre todo al remitirse al artículo 10 y siguientes, que establecen con posibilidad de convalidación la nulidad de las donaciones entre cónyuges y, sobre todo, la difícil aplicación del artículo 22.

CAPÍTULO IV.—«De la limitación de las donaciones por segundas nupcias y del año de luto».

Comienza el examen del artículo 24 haciendo unas consideraciones sobre el fundamento moral y jurídico en las épocas antiguas de la prevención contra las segundas y ulteriores nupcias; penetra en el Derecho romano y canónico, y dentro del primero, en las Leyes «Foeminae» y la «Hac Edictali», la primera de las cuales pasa a las Costumbres de Tortosa, y posteriormente, con la recepción, toma el Derecho catalán la «Hac Edictali», ambas de gran influencia en el actual artículo 24, que aparece conectado con una especie de incapacidad sucesoria al artículo 253

Se trata de una prohibición que no origina nulidad ni anulabilidad, sino una revocación en cuanto al exceso. Como tal revocación no opera *ipso iure*, sino a instancia de parte interesada, siendo susceptible de prescripción sanatoria que comienza a contarse desde el fallecimiento del binubo donante, pues hasta entonces como donación entre cónyuges sería nula, convalidándose cuando muere el donante sin arrepentirse ni revocarla.

Pasa después a tratar determinados problemas que pueden plantearse, como las personas sobre las que recae la prohibición, beneficiarios de la prohibición, donaciones afectas por la misma, excepciones a la prohibición, etc.

Al tratar de año de luto y comentar el artículo 25, como era necesario, se refiere a la inquietud de la literatura jurídica catalana ante la débil posición que en este Derecho tiene la viuda pobre, sobre todo si se la compara con la viudedad foral aragonesa e incluso con el Código civil.

Es interesantísima la evolución histórica que sobre este tema realiza partiendo del *Usatge Vidua*, que permitía a la viuda, en tanto permaneciese en las propiedades del marido, cumplierse sus deberes maternos y respetase la memoria del marido, poseer y usufructuar todos los bienes de éste, por lo que nada tenía que envidiar a la viudedad aragonesa. Sigue con la Constitución «Hac Nostra», que limitó extraordinariamente los antiguos derechos de la viuda.

A su juicio, la Constitución «Hac Nostra» no derogó el *Usatge Vidua*, como sostienen muchos historiadores, sino que ambas instituciones eran compatibles; no obstante, el *Usatge* no fue utilizado por el movimiento compilador, que creyó que su utilización implicaría un restablecimiento del mismo y no un mantenimiento; recogiendo, pues, esencialmente en el artículo 25, si bien con algunas diferencias, el espíritu de la «Hac Nostra», configurando el beneficio como un derecho de alimentos. a diferencia del *Usatge*, en que no eran unos meros alimentos, sino el disfrute total del patrimonio del marido, sujeto a una permanencia y al cumplimiento de unos deberes.

En los capítulos VII, VIII y IX recoge, siguiendo el orden de la Compilación, instituciones típicas catalanas cuales son: el *aixobar*, el *caballatge*, el *escreix* y el *tantundem*.

Se trata, nos dice, de terminos vulgares que proceden del pueblo y que terminan por imponerse en el lenguaje de los juristas. Algunas de ellas es discutible que la Compilación las haya recogido, al ser instituciones muy limitadas en el espacio y es de suponer que cada día en mayor desuso; pero hay que atribuirlo al deseo de los compiladores de salvar el mayor número posible de instituciones catalanas, unido quizá a que no se haya podido arbitrar alguna fórmula que hubiera permitido el uso de las mismas sin necesidad de llegar a una regulación de ellas.

LALINDE las perfila perfectamente partiendo de su etimología, extensión geográfica, origen, evolución, etc., para terminar con su actual regulación por los preceptos de la vigente Compilación.

En resumen, y con ello terminamos, se trata de una obra de suma importancia para el conocimiento de la Compilación catalana, tan huérfana hasta el presente de comentaristas en la parte referente al régimen económico-matrimonial; obra de un historiador jurídico nato que nos muestra los eslabones de la cadena jurídico-histórica de las distintas instituciones hasta llegar al actual Derecho vigente.

FERNANDO PLANELLES CHAPULI,
Notario.

LISERRE, Antonio: *Formalismo negoziale e testamento*. Milano, 1966.

El autor trata de descubrir en su investigación las razones que inducen al legislador a exigir para la perfección jurídica del testamento el sometimiento a un rígido formalismo. Circunscribe la materia de estudio a la fijación de las funciones de las formas típicas del testamento, consideradas cada una en su conjunto, excluyéndose del contenido del trabajo cualquier preocupación dirigida a un examen analítico de la *ratio* de las singulares y múltiples formalidades que constituyen las componentes peculiares de aquéllas.

El tema elegido—señala el autor—ofrece interés, si bien se le ha dedicado hasta ahora escasa atención, como escasa ha sido también la dedicada a los problemas del formalismo, cuyo estudio está todavía envuelto en formulaciones genéricas e insatisfactorias. Todo ello explica que primeramente haya que fijar las referencias de carácter general, estableciendo la determinación conceptual de la categoría del negocio formal y la función de la forma en el negocio; de este modo, dada la relación de género a especie, existente entre esta problemática y la relativa al formalismo testamentario, se plantea debidamente el estudio de esta última cuestión.

Señalados los objetivos del estudio, empieza el autor analizando el significado del formalismo en el Derecho romano. Al respecto pone de manifiesto cómo, por lo menos en el periodo arcaico, los romanos no concibieron una categoría formal que estuviera separada del contenido del acto, ya que las formas legales no tenían carácter genérico, sino que eran taxativamente determinadas cada una para un determinado tipo de negocio, siendo, en consecuencia, diversas entre sí—dice, siguiendo a BERTI—, según el tipo a que eran destinadas.

La Pandectística lleva consigo la primera formulación de la categoría dogmática de la «forma» como vehículo que transporta a la voluntad

negocial, como elemento revelador del contenido negocial. Tal consideración de la forma ha determinado la creencia errónea de que la misma aparece siempre ordenada en función del contenido, lo cual—piensa el autor—, aunque fuese exacto, no agotaría la problemática, pues la estimación del acto jurídico como referido a la vida de relación revela que la forma va ulteriormente estudiada como elemento necesariamente ordenado a satisfacer la exigencia, connatural al acto jurídico, de ser reconocible como tal por los consociados.

Actualmente cabe afirmar la existencia de una dirección doctrinal que, refiriéndose al negocio jurídico, acentúa el momento social respecto del individual, atribuyendo, en consecuencia, a la forma una función de reconocibilidad objetiva de la reglamentación perseguida con el acto, subrayando la incongruencia de concebir un tipo de negocio que no sea formal en el sentido de socialmente apreciable. De esta manera, mientras se afirma la exigencia imprescindible de que la forma resulte adecuada para hacer reconocible el acto en el ambiente que va a operar, se subraya que el Ordenamiento, por regla general, no sustrae a la disponibilidad de los privados la elección del tipo de formalismo más adecuado a la satisfacción de tal finalidad, configurándose así el principio de «libertad de forma» e individualizándose la categoría de negocios para los cuales la ley prescribe la forma bajo pena de nulidad como aquellos de *forma vinculada*.

Recuerda el autor que la doctrina ha individualizado como momentos de la estructura de la declaración el de la *formulación*—o elaboración de un texto idóneo a expresar un «querer»—y el de la *emisión*, es decir, la actividad dirigida a atribuir a aquella fórmula valor de norma jurídica relevante. El formalismo relativo al procedimiento de emisión está ordenado a que el acto sea reconocido como jurídico en el ambiente en que está destinado a operar, lo cual no significa que todas las declaraciones negociales sean de *forma vinculada* en su emisión, sino que a cada manifestación del poder de autonomía de los privados no puede faltar una forma relativa al «iter» de su devenir operativo. Tales razonamientos no tienen valor para las formalidades que se refieren al texto de la declaración negocial, pues éstas, estando dirigidas a garantizar la univocidad del acto, resultan superfluas en los casos en que el legislador no ha querido hacer jugar tal garantía. De todo ello concluye que es posible individualizar la categoría del negocio formal en sentido estricto (o a *forma vinculada*), como aquella comprensiva de las reglas negociales respecto a las cuales el legislador prescribe *procedimientos tipificados de estatución o bien dispone requisitos de necesaria observancia relativos al texto*.

En el segundo capítulo se trata de las funciones que se pretenden llenar con el formalismo. A este respecto se hace referencia, en primer lugar, a la opinión doctrinal que estima que la forma *ad substantiam* se impone en interés de las partes, por razones de seguridad en la seriedad de sus declaraciones, para facilitar la prueba o por intereses fiscales. Respecto de la finalidad de facilitar la prueba y la relativa a los intereses fiscales, se tiene en cuenta que se tratan también de satisfacer con otros numerosos medios y no sólo a través del formalismo. En cuanto a la seguridad de las declaraciones de las partes, se pone de manifiesto que no es tanto ésta como la autenticidad uno de los fines de la forma. A la luz de estas consideraciones se concluye afirmando que los fines tenidos en cuenta normalmente por el Ordenamiento al regular la forma *ad substantiam* son los siguientes: a) asegurar la univocidad (en relación a la naturaleza, al momento de la conclusión y al

contenido del acto, b) garantizar la seriedad de las declaraciones de las partes.

No obstante, el autor afirma que el problema no es tanto el de señalar, partiendo de una consideración abstracta de los fines perseguidos con el formalismo, cuál de ellos sea el más importante o mejor garantizado, sino el de fijar, considerando que existen diversos tipos de formalismo, en qué medida cada uno de ellos se revela adecuado para asegurar finalidades específicas. Tal aserto encuentra una ulterior justificación cuando señala que en tema de formalismo la producción de un mismo efecto puede perseguirse mediante el recurso a forma diversas, así como la producción de efectos diversos puede asegurarse mediante el recurso al mismo medio.

Termina este segundo capítulo señalando que la determinación de la categoría del *negocio formal* no sirve como punto de referencia de una serie de problemas que sean propios de la misma. Esto hace que la materia no sea susceptible de un tratamiento unitario y que cualquier investigación sobre el formalismo deba fijar primeramente los confines precisos de su ámbito, poniendo como objeto de la propia valoración no el *negocio formal* como categoría abstracta, sino un singular acto notarial solemne.

En el capítulo tercero se enfrenta con el problema del formalismo testamentario, tratando en primer lugar de encontrar la justificación del mismo. Al respecto, examina la tesis que considera que la justificación se encuentra en la protección de los herederos legítimos, en cuanto que para la validez del testamento se requiere la observancia de prescripciones formales particularmente rígidas, con el fin de asegurar la univocidad y seriedad de las declaraciones, precisamente en consideración al hecho de que el testamento puede incidir sobre el interés de los herederos legítimos considerado merecedor de especial tutela. El autor no estima aceptable tal argumentación, por considerar que se funda en la preeminencia del valor de la sucesión legítima sobre la testamentaria, preeminencia que no es real, ya que la referencia a la persona del difunto y a su mundo de afectos asume un gran relieve en la elección legislativa de los destinatarios de la vocación *ex lege*. De lo cual resulta que el interés del *de cuius*—valorado por las normas de la sucesión *abintestato* desde una perspectiva típica y abstracta—viene a asumir en la sucesión testamentaria una concreción e individualidad que justifican ampliamente el principio por el cual, en presencia de una disposición testamentaria, las normas de la sucesión legítima devienen inaplicables en todo o en parte. De todo ello concluye que si la consideración de la persona del *de cuius* constituye la justificación última de la actual orientación legislativa en tema de sucesión *abintestato*, es insostenible la tesis según la cual a esta última se le reconocería una prevalencia de valor sobre la misma sucesión testamentaria.

Otro camino para encontrar la justificación del formalismo testamentario parece que podría encontrarse en la comparación con las razones que justifican el contractual. Respecto del último se ha afirmado que ha sido establecido por el legislador en relación con el contenido del contrato solemne, pues la necesidad de la forma se acompaña a la reglamentación privada de cuestiones sobre inmuebles o bien resulta establecida en función de disposiciones particulares. El autor observa, sin embargo, que el mismo razonamiento no sirve para explicar el formalismo testamentario, ya que en este supuesto la exigencia de los requisitos de forma no la limita el legislador a la hipótesis de que el testamento contenga disposiciones de un cierto carácter. De tal manera es así, que la forma es necesaria aunque la masa hereditaria se componga

sólo de bienes muebles o créditos, o cuando el testamento se refiera a una herencia dañosa, etc.

Dado que las tesis anteriores no explican las razones del formalismo testamentario, estima el autor que el intento de clarificación debe partir de un examen atento de la disciplina del formalismo testamentario individualizando las características peculiares. Siguiendo esta nueva orientación, trata las cuestiones que a continuación se exponen.

En primer lugar, pone de relieve el hecho de que el legislador, en materia testamentaria, ha dispuesto una pluralidad de formas heterogéneas entre sí y todas idóneas para atribuir igual relevancia jurídica a las declaraciones del testador. El segundo aspecto peculiar del formalismo testamentario estriba en la previsión de la forma ológrafa. Forma esta última que, lejos de contraponerse a la genérica forma documental de la escritura privada, se especifica respecto de la misma en la medida en que el legislador trata de asegurar mediante su establecimiento los dos efectos siguientes: a) Garantizar la correspondencia del contenido del documento con el de la declaración; b) Tutela de la autenticidad de la última. La otra característica peculiar del formalismo testamentario la encuentra el autor en el hecho de que la observancia de una forma para la relevancia jurídica de las declaraciones del testador debe armonizarse con el principio contenido en el artículo 590 del Código italiano, que consiente la llamada *recuperabilidad post mortem* de un testamento inválido. A este respecto señala las diferencias entre formalismo testamentario y contractual, ya que en relación con el primero la inobservancia de la forma no determina la total irrelevancia de la declaración en el plano jurídico, puesto que los interesados pueden confirmar o ejecutar un testamento inválido, mientras que en materia contractual no vale el mismo principio, ya que el defecto de forma exigido *ad substantiam* no es susceptible de sanatoria mediante confirmación o ejecución de las declaraciones.

Analizando la definición misma del testamento, llega a la conclusión de que sólo la característica de acto *mortis causa* y su naturaleza de *hetero-reglamento* pueden asegurar una mejor comprensión del negocio testamentario y de su formalismo. La característica de acto *mortis causa* deviene aquí interesante en cuanto que, referida al testamento, pone de relieve su carácter de *último mensaje del de cuius*, lo cual es índice de la particular gravedad del acto y de las razones que justifican su amplia y minuciosa disciplina. De otra parte, la gravedad del acto testamentario se pone de relieve también en su carácter de *hetero-reglamento*; es decir, en el hecho de que implica siempre la estatución de *reglas de conducta para los supervivientes*. Todo ello sirve para justificar la minuciosa normativa prevista por el legislador en materia testamentaria y en particular la prescripción de una pluralidad de formas idóneas para asegurar, dentro de la variedad de fines mediante ellas perseguidos, un efecto mínimo común a todas: la garantía de la existencia de una voluntad que deba valer *post mortem*.

El último capítulo se refiere a la cuestión de la prueba del negocio solemne y en particular a la reconstrucción del testamento destruido o desaparecido. Problemas éstos que se analizan con minuciosidad a la luz del Derecho positivo italiano.

La obra en conjunto es meritoria, aunque se desarrolla con una excesiva abstracción que, en ocasiones, parece que ha significado un obstáculo que el autor no ha conseguido vencer para formular su pensamiento con la claridad que hubiera sido de desear.

CHICO ORTIZ, José María, y BONILLA ENCINA, Juan Francisco: *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, Tomo II. Madrid, 1968.

La publicación de este segundo volumen cierra la obra que ya hemos comentado en otro número de esta Revista. Se trata de un tomo similar al primero en su forma externa de presentación, diferenciándose del mismo en el número de páginas, algunas más en éste, y en la materia que en el mismo se contiene.

En un examen un tanto esquemático del contenido, podríamos eschir la materia en estos puntos concretos:

a) *Inscripciones especiales.*

Comprende los capítulos 48 a 53. En ellos se afronta el problema de la inscripción y efectos de las sustituciones fideicomisarias y las cuestiones jurídico-registrales que el derecho de usufructo ofrece. Dentro de la materia de los contratos sucesorios y las capitulaciones matrimoniales se estudia con gran detenimiento su reflejo en el Derecho común y en el foral, especialmente en Cataluña. Las inscripciones de los bienes de los ausentes y la de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad jurídica de la persona son expuestas bajo las ideas de la más reciente doctrina.

Comentario especial merece todo lo que los autores nos ofrecen en el campo de la mujer casada, las inscripciones de las adquisiciones, de los actos dispositivos y de los demás actos que pueden plantear problemas de técnica registral. Los autores recogen la más reciente doctrina y combaten parte de la tesis sustentada por SANZ en sus comentarios a los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario. Por una sola vez, los autores discrepan en su unificada opinión y al afrontar el problema del consentimiento de la mujer, CHICO considera que se trata de un «negocio de perfeccionamiento», mientras que BONILLA se adhiere a la tesis que considera que el marido es el que ostenta el poder de disposición, limitado por el consentimiento de la mujer.

En capítulos especiales se estudian las menciones y sus diferencias con otras figuras que pueden plantear ciertos problemas; también en forma especial se afronta el tema de la extinción de asientos de inscripción y sus causas.

b) *Anotaciones preventivas.*

Del último capítulo apuntado hasta el 62 se destina a esta materia. En ellos se advierte el gran esfuerzo que los autores han realizado para redondear este punto. Recogen las sugerencias de Díez Picazo y de VILLARES PICO en torno a la figura, añaden diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y siguen manteniendo, ahora con mayores argumentos, que la anotación preventiva de embargo no tiene carácter constitutivo.

c) *Notas marginales y cancelaciones.*

Comprenden estas dos cuestiones hasta el capítulo 66, con el cual el vigente programa de oposiciones a Registros de la Propiedad cierra la

segunda parte del mismo. Recogen diversas notas marginales de actualidad y en materia de cancelación afrontan el estudio crítico de Díez Picazo sobre el negocio cancelatorio y la causa de la cancelación, base de una reciente conferencia de este autor. Ni que decir tiene que también se estudia el problema de la cancelación de las hipotecas de carácter ganancial y otros puntos muy sugestivos. En el estudio de la inexactitud se mejora enormemente esta versión con relación a la anterior edición, aportando estudios y trabajos de gran interés.

d) *Hipotecas voluntarias y legales, así como mobiliarias.*

Esta parte, la más extensa de la obra, llega hasta el capítulo 92. Quizá esta parte en la anterior edición estaba hecha por los autores con una prisa forzada por una serie de circunstancias. Ahora ha sido cuidada muchísimo más y, por ello, aparte de numerosas aportaciones en los diferentes capítulos destinados al concepto de hipoteca, a las cosas que se pueden hipotecar, a la extensión objetiva, la determinación, la capacidad para su constitución, se estudia la hipoteca de amortización y la en garantía de letras de cambio, así como los reflejos de la nueva Ley de Emisión de obligaciones.

En materia de hipotecas legales se estudia con mucho detenimiento y en forma original la hipoteca por bienes reservables y se aclara la preferencia que el Estado ostenta frente a otros créditos. En materia de procedimientos y extinción de hipotecas se agregan ciertos puntos de interés (repercusión en la ejecución de hipotecas con cláusulas de valor, existencia o cancelación de gravámenes anteriores o posteriores a la hipoteca, problemas de cancelación cuando la sociedad ganancial está disuelta, etc.). En forma muy plausible se estudia todo lo referente a la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, recogiendo prácticamente toda la doctrina hasta ahora conocida.

e) *Parte orgánica.*

Obligados los autores por el vigente cuestionario de oposiciones a Registros, destinan los capítulos 93 al 101 al estudio de los Registros de la Propiedad en su aspecto de Oficina y la expedición de certificaciones registrales. También se destinan ciertos capítulos a la Dirección General, al Colegio Nacional de Registradores y su Mutualidad, para terminar con los problemas de responsabilidad y dotación.

A pesar de ser esta parte excesivamente árida, ha sido tratada por los autores con una sistemática adecuada que la hace fácilmente comprensible. Se recogen en ella las últimas novedades legislativas, quedando actualizada la materia, y se construye con gran acierto una teoría de la responsabilidad registral.

La obra viene completada siguiendo los pasos de la primera edición, con cinco capítulos destinados a un estudio del Registro Mercantil y de su funcionamiento. Se trata de breves pinceladas que bastan, sin embargo, para dar una idea de la legislación especial sobre este punto. Al titular los autores su obra como «Derecho inmobiliario» han quedado limitados para exponer la legislación del Registro de venta de bienes muebles a plazos.

Se acompaña un índice bibliográfico mucho más extenso y de actualidad que el que contenía la primera edición. Es el testimonio claro de las fuentes que han servido a los autores para documentarse. Dos índices generales permiten el manejo al que no esté familiarizado con el cues-

cionario que ha servido de base para los correspondientes sumarios. Uno de los índices es alfabético de las materias empleadas y el otro es sumarial, muy detallado.

Estimamos que la obra es un nuevo acierto que sigue prestigiando a los autores. La finalidad que con ella han perseguido continúa estando vigente: forma al no iniciado, ayuda como elemento de trabajo al estudioso y sirve de texto al sufrido opositor.

RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS,
Notario.

ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho Hipotecario*, 6.^a edición, tomos I y II. Bosch. Barcelona, 1968.

Uno de los mejores elogios que la fabulosa obra de Roca ha recibido proviene de otro gran maestro de esta singular rama del Derecho, don JERÓNIMO GONZÁLEZ. La cita la hago a través de una de las más ponderadas páginas que sobre la figura señera de Roca se han escrito: de la contestación que hizo NÚÑEZ LAGOS al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. De la primera edición de la obra de Roca, que «modestamente se llamó *Instituciones de Derecho hipotecario*», decía don JERÓNIMO que era un verdadero curso de Derecho inmobiliario.

El germen de esta obra, apunta NÚÑEZ LAGOS, hay que encontrarlo en aquel cursillo que dio Roca en la Universidad de Barcelona durante el curso siguiente a su licenciatura. Aquellos apuntes se fueron transformando y hasta el presente, con sucesivos retoques y ampliaciones, han salido a la luz cinco ediciones, con cuatro voluminosos tomos, para honesto deleite de opositores. La obra de Roca SASTRE en materia hipotecaria tuvo una significación análoga a la de CASTÁN en Derecho civil. Canceló una etapa en la preparación de la juventud, especialmente de los opositores, y comenzó otra. Elevó el nivel y la calidad de los estudios hipotecarios y los incorporó al seno y la técnica del Derecho civil.

La obra en este momento alcanza la sexta edición. Conserva sus cuatro volúmenes, aunque el cuarto se ha dividido en dos. Se ajusta al vigente programa de Notarías, y al haber sufrido éste nueva redacción en el año 1964, ha obligado al autor a un retoque de materias, simplificaciones de algunos puntos y estudio más amplio en otros. Estructuralmente la obra también ha exigido ciertas alteraciones que a lo largo de esta recensión iremos viendo.

En la advertencia previa que el autor stampa al comienzo de su primer tomo concluye con esta frase: «Espero que será apreciado debidamente el esfuerzo que esta nueva edición significa.» Y al terminar de leer esta llamada de atención a efectos de valorar un esfuerzo, no puedo por menos de recordar algo que no hace poco me contaron en un despacho del Ministerio de Justicia: Roca había escrito su monumental tratado en muchas noches de insomnio, robándole horas al sueño. La valoración del esfuerzo sube de tono conociendo esta intimidad. Al llegar a este punto es necesario decir también que Roca conoce cómo su obra ha quitado muchas horas de sueño a una juventud que pensaba en un

triunfo de oposiciones muy difíciles. NÚÑEZ LAGOS lo explica con mejores palabras al decir que los valores pedagógicos de la obra se resumen en su larga permanencia como texto obligado para la preparación de opositores a Notarías y a Registros. Durante tres lustros, promoción tras promoción, lo mismo los venturosos que obtuvieron plaza que los innúmeros que se quedaron entre las zarzas del camino, consumieron años enteros de divina juventud acodados en sus mesas frente a las páginas macizas de **ROCA SASTRE**.

Al valorar este esfuerzo quiero apuntar una idea que parece haber sido la que ha presidido la nueva presentación de esta sexta edición. A lo que NÚÑEZ LAGOS le parecía la obra en su quinta edición, esto es, obra de consulta y de reeducación de hipotecaristas adultos, se me antoja que hay que añadir actualmente un propósito de claridad. Creo que la obra es mucho más clara que sus hermanas mayores. **ROCA SASTRE**, en esta su sexta edición, ha querido aceptar aquella genial idea de **ORTEGA Y GASSET**. El escritor, decía nuestro ilustre pensador, debe tener como mínimo la deferencia hacia el público para quien escribe de hacerlo con claridad. Roca, desde sus noches de insomnio ha puesto claridades diurnas en su impresionante tratado.

Como el motivo de esta recensión es exponer brevemente el contenido de la obra, dividiremos la materia en una serie de apartados, haciendo preceder a los mismos la clásica sección bibliográfica.

A) BIBLIOGRAFÍA.

ROCA SASTRE ha seguido siempre dos sistemas en orden a este punto. Al comienzo de la obra presenta un índice bibliográfico de diversas obras aconsejables para el estudio del Derecho Hipotecario. Al pie de página se recoge, de otra parte, el resto de la bibliografía que el autor utiliza. Por lo que se refiere al índice bibliográfico, son de notar ciertas variaciones en el mismo. Refiriéndonos a la edición de 1945, vemos que de cuarenta y cinco autores se ha llegado a sesenta y cuatro. Se ha prescindido de obras como la de **DÍAZ MORENO** y se han agregado muchas de actualidad, como las de **CORRADO**, **COVIELLO**, **LACRUZ**, **MARÍN PÉREZ**, **PUGLIATTI**, **LA RICA**, **SAVATIER**, **SANZ**, **VALLET**, etc. Las posibles omisiones se salvan comparando la aclaración que se hacía en la edición de 1945 (obras *principales* para la introducción al estudio del Derecho Hipotecario) con la actual de 1968 (obras *varias* para el estudio del Derecho Hipotecario).

Las notas a pie de página recogen sustancialmente los numerosos trabajos que sobre la materia hipotecaria se publican en las principales Revistas españolas. Aparte de estas citas se reúnen en dichas notas a muchos autores, españoles y extranjeros, con sus obras correspondientes. Se hace, muy difícil precisar su número y el momento en que toda esta bibliografía se cierra, quizá años 1965 y 1966.

B) CONCEPTOS Y EVOLUCIONES HISTÓRICAS.

En este punto ofrecemos aquellos temas que contienen el concepto del Derecho inmobiliario, el Registro de la Propiedad, la evolución de la publicidad en materia inmobiliaria y las distintas fases que ha atravesado nuestra legislación hipotecaria.

En su aspecto interno o de fondo poco se recoge como novedad en materia de conceptos. Se barajan los de Derecho inmobiliario e hi-

potecario, y se sigue sosteniendo que el Derecho inmobiliario registral no es más que un desenvolvimiento de un grupo de preceptos del Derecho civil. El nuevo programa de oposiciones obliga al autor a recoger la evolución histórica o los antecedentes del Registro de la Propiedad.

Al afrontar la materia de la publicidad se notan grandes diferencias respecto a la edición que hemos tomado como base. Bajo las tres posibles manifestaciones que puede tener la misma, esto es, la de tipo informativo, protector y de tipo constitutivo, desarrolla la materia con notoria influencia de la obra de PUGLIATTI (*La trascrizione*). Se han limado explicaciones de ciertas figuras desde el punto de vista civil y se redondea el tema con el estudio de las deficiencias de la legislación anterior a la primitiva Ley Hipotecaria de 1861.

Al hacer el examen de la Ley de 1861 rechaza las tesis de JERÓNIMO GONZÁLEZ, DE CASSO y SANZ sobre la pretendida inspiración germánica de la misma, así como la de NÚÑEZ LAGOS, que afirma haber instaurado dicha Ley un Registro de títulos documentales. En el mismo tema se afronta el estudio de la Ley de 1909 y las posteriores modificaciones que la Ley sufrió hasta llegar a la vigente.

Con una sistemática muy adecuada se enfoca la Ley vigente de 1946, de la cual se dice que en cuanto proclama y refuerza la legitimación registral y amplía y consolida la fe pública del Registro, hace situar francamente nuestra legislación hipotecaria en la órbita de los sistemas inmobiliarios registrales de tipo alemán, si bien no en toda su pureza, sino con las moderaciones, temperamentos y particularidades que al adoptar ambos criterios o principios ha impuesto la prudencia del legislador español, quien les atribuyó cierta impronta autóctona. También se estudia el Reglamento Hipotecario y se cierra la legislación modificativa de ambos textos, Ley y Reglamento, en el año 1962, aunque luego en otros temas se recoja legislación más reciente.

C) SISTEMAS HIPOTECARIOS.

Al tratar de los sistemas de ordenación de la propiedad inmueble estudia con detenimiento no sólo la importancia de los diferentes sistemas hipotecarios, sino su clasificación y orientación actual. En la clasificación se ajusta a una doble distinción: la que atiende a los efectos y la que recoge otros criterios (en orden al principio de inscripción, finca, publicidad extrarregistral, actos registrales, principio de tracto y función calificadora).

En el examen del sistema francés mantiene su clásica sistemática y tiene muy en cuenta el importante trabajo de MANUEL PEÑA, que estudia las nuevas reformas introducidas en dicho sistema. También juega con la misma sistemática cuando va profundizando en los demás sistemas: el alemán, suizo, australiano y el de las nuevas provincias españolas de África. En estos últimos sistemas se tiene presente el trabajo de CASADO PALLARÉS para Australia y el de MENÉNDEZ HERNÁNDEZ para Guinea.

D) PRINCIPIOS HIPOTECARIOS.

Sobre la base de su ya tradicional definición de los principios afronta el problema de su valor, defendiendo el mismo tanto desde el punto de vista teórico como el práctico. Sujetándose luego al cuestionario va exa-

minando los que el mismo le impone y que aquí destacamos separadamente:

a) *Principio de inscripción.*

Contra la opinión de que no debe hablarse del principio de inscripción, señala el autor cómo su examen permite abordar los tres grandes problemas con él relacionados: el valor que ostenta en nuestro sistema, si ha sustituido o no a la tradición, y el problema de su voluntariedad. Examina y construye los conceptos de inscripciones constitutivas y declarativas y su reflejo en el Derecho español. Anticipa su opinión de que la inscripción en materia de hipotecas debe ser incluida dentro de las constitutivas y luego estudia otra serie de supuestos, poniendo un signo de interrogación en lo que respecta a las anotaciones preventivas de embargo, las cuales para el autor han sido siempre constitutivas. También se examina la inscripción convalidante, el problema de la inscripción y la tradición con el impresionante abanico de opiniones doctrinales sobre el asunto. Su opinión es la de siempre mantenida: para verificar una inscripción es preciso que el contrato haya sido seguido de la tradición, aunque avanza un posible sistema dentro del derecho constituyente (a base de una fórmula documental del acuerdo real transmisivo y causal). Culmina el examen de este principio con las clases de inscripción necesaria y voluntaria y el particular punto de la inscripción estimulada del artículo 313 de la Ley.

b) *Principio de publicidad.*

A cinco reduce las direcciones en que se manifiesta este principio (como instrumento protector de terceros, de afección a lo inscrito, de cognoscibilidad legal, de información y de valor constitutivo), para luego centrar lo que llama publicidad material en las tres primeras y en la última de las direcciones apuntadas. En el aspecto formal del principio se examinan las manifestaciones, la nota simple informativa y las certificaciones registrales, sus clases y modos de expedirlas, así como su valor.

c) *Principio de legitimación.*

Siguiendo su clásica tesis sitúa este principio dentro de lo que él denomina: principio de exactitud del contenido del Registro. Hace un examen comparativo de la protección registral dentro de los principales sistemas hipotecarios y la proyección del principio en el sistema español, su formulación actual, su evolución histórica y las dos principales consecuencias sustantivas del mismo: la presunción de veracidad y la presunción posesoria.

La presunción de veracidad de los asientos (quede bien patente que no se afronta el problema de la integridad) comprende la existencia, la extensión, la titularidad, causa jurídica de la mutación y ejercicio de los derechos reales inmobiliarios, debidamente registrados y sin constancia de contradicción registral a todos los efectos legales. En materia de presunción posesoria sigue manteniendo la teoría de que la misma se refiere a la posesión efectiva o de hecho, rechazando las tesis de SANZ, MARTÍNEZ CORBALÁN y LACRUZ BERDEJO. Se estudia, relacionado con el problema, la discusión doctrinal del poder de disposición.

En el aspecto procesal del principio se recogen las consecuencias de la dispensa de la prueba, del desahucio por precario, el sobreseimiento del apremio y el procedimiento especial de ejecución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el cual su exposición, problemas y doctrina manejada, puede considerarse como exhaustivo.

Obligado por la programación a que se sujeta expone el ejercicio de las acciones contradictorias del dominio y derechos reales inscritos, esto es, el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

d) *Principio de fe pública registral.*

Formula el principio y ataca la tesis de NÚÑEZ LAGOS referente a su denominación. Precisa su formulación en los distintos textos de la legislación hipotecaria española y luego afronta el discutidísimo problema de la relación que guardan los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, esto es la tesis monista y dualista del concepto del tercero recientemente puesta de relieve en el trabajo de TIRSO CARRETERO. Inevitablemente en el mismo tema plantea el concepto del tercero y de las circunstancias que éste debe reunir para su protección. Del tercero dice que es el «tercer adquirente, por negocio jurídico, de un derecho real inmobiliario inscrito, que en función de Registro inexacto es mantenido en su adquisición por la fe pública registral, siempre que concurren las demás circunstancias exigidas por la Ley para tal protección».

Niega el autor la tesis pluralista de terceros, y al hacer el examen de los requisitos que el mismo debe reunir se detiene magistralmente en el concepto de buena fe en su doble proyección positiva (creencia o confianza en la exactitud registral) y negativa (desconocimiento de la inexactitud registral). También se estudia el problema de la construcción doctrinal del efecto que produce el principio, esto es, el mantenimiento en la adquisición del tercero y las excepciones que al mismo principio se presentan, bien directamente o por vía de suspensión. La exposición de este tema comprende las páginas 567 a 867, esto es, 300 páginas que contienen toda la esencia de nuestro Registro.

Por obligada sumisión al programa o cuestionario que le sirve de guía, estudia en el tema de la fe pública el problema de las inscripciones de los actos y contratos nulos, así como en temas aparte el problema de la posesión en sus relaciones con el Registro y las consecuencias de una posesión continuada: la prescripción en sus diferentes formas.

e) *Principio del consentimiento.*

Para la explicación de este principio, procedente de la técnica alemana, se vale de una evolución histórica de la antigua teoría del título y el modo y concluye con el señalamiento de las diferencias sustanciales entre el sistema alemán y el español de transmisión, y la doble proyección del principio del consentimiento formal y material. Sería auténticamente curioso, desde el punto de vista doctrinal, ver la opinión de Roca ante la tesis de Díez Picazo en torno al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, tesis mantenida por dicho autor en una conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad el curso pasado.

Cierra este tema el estudio en sus diferentes formas de la renuncia en el Derecho Hipotecario.

f) *Principio de rogación.*

La actuación registral está presidida en nuestro sistema por el carácter rogado de la actuación inicial del Registrador, aunque se recogen diversos casos de actuación de oficio. Se examina como complemento el carácter del procedimiento registral, calificándole como adscrito a los procedimientos de jurisdicción voluntaria sustanciado ante órganos de la Administración estatal.

g) *Principio de prioridad.*

La estructuración esquemática de este principio se hace sobre una distinción: el estudio del momento de la presentación del título al Registro, el efecto de la preferencia excluyente (con su cierre registral) o el de superioridad de rango y la obligación registral del despacho de títulos por el riguroso orden cronológico de la presentación.

Se examinan los posibles condicionamientos para el juego de este principio (supeditación a la fe pública, legalidad y tracto, presentación simultánea, periodos de reconstitución de Registro, créditos refaccionarios, reservas legales de puesto, posposición, etc.). Estudio especial se dedica al artículo 17 de la Ley Hipotecaria y a sus posibles excepciones.

Conectado con el principio se expone todo lo referente al asiento de presentación, al rango y sus modificaciones más importantes (permuta, posposición y reserva).

h) *Principio de legalidad.*

Donde culmina la función registral es a través de este importante principio, que a su vez es uno de los varios aspectos del procedimiento general de inscripción, aunque se trate de un requisito previo al mismo. Se recogen las críticas al mismo y se examina la naturaleza y la importancia, señalándose que debe dársele a la calificación la misma importancia que a los efectos mismos que produce la inscripción. Completa el estudio el epígrafe destinado a la extensión de la función calificadora según la clase de títulos objeto de la misma (notariales, judiciales, administrativos y de otra clase, como pueden ser los complementarios) y el contenido del Registro.

Como consecuencia de la función calificadora se producen unos efectos que, junto con el plazo para calificar y la distinción entre faltas subsanales e insubanales, completan este estudio del principio. También, inevitablemente, se encierran en este ámbito el examen del recurso gubernativo, el recurso judicial y el valor de las Resoluciones de la Dirección General.

i) *Principio de tracto sucesivo.*

Se ha hecho clásica la explicación de Roca en este principio: encaenamiento de adquisiciones sucesivas, cronológicamente eslabonadas las unas con las otras, de modo que el transferente de hoy sea el adquirente de ayer, y que el titular registral actual sea el transferente de mañana.

Mediante una serie de distinciones se va desglosando la materia, y así se enfrenta Roca con el problema del valor del principio en orden a los

sistemas que adoptan la finca como unidad registral, el requisito de la previa inscripción y del tracto abreviado, al carácter formal del principio, la aplicación general del principio y su debida importancia.

Especialmente se destaca el examen de los tres primeros párrafos del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, las reglas de la efectución del requisito de la previa inscripción (con un estudio ciertamente escaso del artículo 103 del Reglamento Hipotecario), los medios de subsanar la falta de la previa inscripción, la evolución del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, las modalidades y las posibles excepciones. Como excepción *aparente* se sitúa a la Concentración Parcelaria.

j) *Principio de especialidad.*

Únicamente se muestra una doble faceta de este principio: por lo que se refiere a la finca y al derecho real inscrito. De la finca se hace un estudio detenido, distinguiendo las fincas por naturaleza, las fincas por equiparación y las fincas rústicas y las urbanas. Se plantean problemas en torno a la configuración y constatación registral de la propiedad horizontal y lo referente a si puede inscribirse en folio separado el derecho de superficie.

Con una sistemática muy adecuada afronta los problemas de agrupación, agregación, segregación y división de fincas, planteando o relacionando alguna de estas figuras con diversos supuestos que se pueden presentar. Sirva de ejemplo la segregación frente a una prohibición de disponer. La extinción de la finca, la declaración de obra nueva y la inscripción del exceso de cabida son los tres últimos puntos con los que se concluye el tema.

E) OTROS ESTUDIOS.

Queremos reunir dentro de este epígrafe una serie de temas que, aunque unidos por la materia hipotecaria, no guardan relación entre si para una sistemática orientadora. Se trata de seis temas, pues aunque el segundo tomo comprende dos más (anotaciones preventivas), queremos dejar estos dos últimos para un comentario próximo. En ellos se trata:

a) *Catastro*.—De toda la exposición que se destina a esta flura se destaca la serie de sugerencias que el autor ofrece para llegar a la deseada coordinación entre Catastro y Registro, y particularmente una disposición legal que organice esta relación. También se estudia con detenimiento la concentración parcelaria en relación con el Registro.

b) *Titulos y derechos inscribibles*.—En materia de títulos se contemplan los dos aspectos, formal y material, en que puede tomarse la palabra. Se examinan los problemas que el título plantea y los correspondientes artículos de la Ley y Reglamento que al mismo se refieren. Por derechos reales inscribibles entiende el dominio y todos los derechos reales limitados sobre inmuebles de tráfico jurídico. Incluye dentro de la materia las bases para una distinción entre derechos reales y personales utilizando el trabajo básico de GIORGIANNI y el de VALLET.

Se hace una exposición crítica del artículo 2.º de la Ley y sus concordantes del Reglamento, destacando una serie de supuestos que no son recogidos por la Ley. Por otra parte, se estudian los casos de derechos que

no pueden inscribirse y aquellos supuestos de acciones y derechos personales que acceden al Registro.

c) *Las condiciones y sus efectos.*—Se exponen brevemente los conceptos y se pasa a la exposición del reflejo registral de las mismas. Tradicionalmente se ha venido estudiando en este tema el problema de la acción pauliana, y así se hace ahora. Mantiene su postura sobre la segunda enajenación y el concepto del tercero y termina con una crítica del artículo 37 de la Ley Hipotecaria.

En el mismo tema se afronta la constatación del aplazamiento del pago del precio y los efectos que esto puede producir, así como la constancia registral del ulterior pago del precio aplazado.

d) *Prohibiciones de disponer.*—Bajo la tónica tradicional de este tema se afronta el concepto, las clases y los singulares efectos de esta figura en sus relaciones con el Registro. Se tienen en cuenta los trabajos más importantes sobre la materia y singularmente la conferencia de MOXO RUANO y un reciente artículo de MARTÍNEZ SARRIÓN.

e) *Asientos que se practican en el Registro.*—Es quizá uno de los temas más breves de los hasta ahora leídos, pues se concentran en muy pocas páginas, no sólo el concepto de lo que debe entenderse por asiento, sino de sus clases y del examen del principal asiento registral: la inscripción y sus circunstancias.

Ponemos punto final a esta breve exposición de materias contenidas en estos dos primeros tomos de la obra con el propósito de continuar en próximo número lo que queda por recensionar. Como colofón de todo lo que llevamos visto podríamos terminar con NÚÑEZ LAGOS diciéndole que ROCA SASTRE entra en la materia hipotecaria como un excelso civilista, impregnado de Derecho romano, profundo conocedor del Derecho histórico, común y foral, y en su concepción civil, el dualismo de los hipotecaristas queda superado y armonizado. Podríamos decir que en un suculento caldo civil ha disuelto ROCA SASTRE toda la ciencia hipotecaria española de su época, incluido el conceptualismo germanizante de don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Por lo pronto, prescindiendo de otros excelsos valores, la obra hipotecaria de ROCA tiene carácter de crisol.

A este magistral juicio de NÚÑEZ LAGOS poco puede añadirse. ROCA tuvo la virtud de explicarnos a don JERÓNIMO y suplir el gran vacío que dejó la obra de MOREL y TERRY. Ahora aquellas enseñanzas se van actualizando con las nuevas e importantes aportaciones que los hipotecaristas hacen y que al pasar al campo de ROCA se ven confirmadas o criticadas felizmente.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.