

VARIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL, por José Puig Brutau, Abogado, Vicedirector del Instituto de Derecho Comparado de Barcelona.— Tomo II, vol. I: Doctrina general del contrato, y Tomo III: Derecho de cosas.—Bosch, Casa Editora. Barcelona, 1954 y 1953.

Por circunstancias que no son de interés para el lector, se ha presentado la oportunidad de comentar brevemente en una sola nota bibliográfica los dos volúmenes publicados hasta ahora de una obra o Tratado general de Derecho Civil que discurre fuera de los cauces normales que utilizaron otros tratadistas. Desde este punto de vista, es patente su carácter de excepcional y merece que se someta a un reposado estudio para captar la importancia y trascendencia de la técnica empleada y el fin perseguido por el autor.

Destaca, en primer término, el intento de aproximar el Derecho continental y el Derecho anglosajón o angloamericano, sin que por eso se dejen de señalar sus divergencias esenciales. Los profundos conocimientos que posee el autor del último de los expresados derechos, así como el dominio del idioma y la soltura adquirida con el estudio de los trabajos de los juristas de aquella raza, contribuyen a hacer relativamente fácil una labor ingrata, que necesariamente ha de chocar con la incompreensión de muchos, con la escasa predisposición para adaptarse en otros y, por lo menos, con el desconcierto o la sorpresa de bastantes.

Con anterioridad a la publicación de los *Fundamentos de Derecho Civil*, el autor ha ido preparando el terreno y creado un ambiente propicio para que su obra no produzca extrañeza. Dosificó el tratamiento

que creía más adecuado para que su labor resultase fructífera, y, con paciencia, comenzó a publicar obras, a escribir artículos y a traducir y prologar textos de autores angloamericanos, como antecedentes necesarios para un trabajo más extenso y profundo. Cuéntase en su haber como escritor: La colaboración con Roca Sastre, en 1948, en los *Estudios de Derecho Privado*, y en 1951 sus dos libros de *Estudios de Derecho Comparado* y *La jurisprudencia como fuente del Derecho*; los artículos acerca de *El lenguaje del Derecho* en la «Revista de Derecho Privado», en 1952, y de *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en la «Revista Jurídica de Cataluña», de 1953; las traducciones prologadas de *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, de Roscoe Pound, en 1950; de *Belleza y estilo en el Derecho*, de Llewellyn, en 1953, y de *Una introducción a la lógica jurídica*, de Loevinger, en 1954; y al menos, ya que él mismo lo anuncia en sus notas, otro trabajo que aparecerá próximamente en «The American Journal of Comparative Law», titulado *Realism in Comparative Law*. No debe silenciarse la labor que realiza en los Cuadernos de Derecho angloamericano, publicados por el Instituto de Derecho Comparado de Barcelona.

A través de las obras reseñadas, de muchas de las cuales se ha dado noticia en las páginas de esta Revista, puede juzgarse de las aficiones y entusiasmos de su autor por las teorías realistas defendidas por juristas de relieve angloamericanos y por los métodos inductivos del caso y deductivos de las doctrinas jurídicas y de los precedentes, empleados por aquéllos, a los que acompaña, sino un repudio, sí un desvío o desdén por el derecho codificado, por las doctrinas conceptualistas y por la misma jurisprudencia de intereses, tal como nos ha sido importada de las doctrinas alemanas.

En modo alguno ha de entenderse que las materias tratadas se exponen conforme al Derecho angloamericano. Muy al contrario, este último se trae a colación y se examina paralelamente al Derecho romano, al Derecho continental y, en particular, al Derecho español. Los fundamentos son generales al Derecho Comparado, indicándose las coincidencias y las divergencias legislativas y doctrinales, pero la aplicación es al Derecho español, y la exposición se dirige al estudio de nuestro Derecho. Pero el método adoptado difiere del que estamos acostumbrados a manejar en nuestros Tratados generales en cuanto al contenido y al razonamiento, aunque se siga el orden de las materias conforme al modelo corriente y conocido. Es una prue-

ba de la sagacidad y habilidad de Puig Brutau el colocar en los caminos trillados nuevos focos de luz que nos hacen ver mejor lo que nos era tan conocido, principalmente en los recodos o donde el matorral de la duda obliga a fijar la atención en la senda, que apenas se percibe entre las sombras de la confusión. Gracias a la nueva iluminación nos damos cuenta de que el verde mate, uniforme a la luz que nos guió tantas veces, puede adquirir tonalidades brillantes si se emplea el reflector del Derecho anglosajón, y de que las ocultas veredas que se nos pasaron desapercibidas, pueden transitarse sin temor porque nos encaminan también en la primitiva dirección, después de un rodeo más o menos largo. Estas nuevas veredas son el realismo jurídico y el método tan grato a los juristas angloamericanos, que en los márgenes nos muestran las características de la desconocida vegetación allí existente: la frondosidad y peculiaridades del Derecho y de la doctrina anglosajona.

Son constantes las referencias a autores y obras de jurisconsultos ingleses o americanos y a sus extensas compilaciones de casos y precedentes; pero en igual forma se citan autores y obras continentales: alemanas, francesas, italianas, españolas, etc. Desconcierta, en ocasiones, la dualidad inglesa de los Tribunales del *common law* y la jurisdicción de equidad del Canciller, tan extraña para nosotros; por ejemplo, para los primeros, el incumplimiento de obligaciones contractuales sólo da lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, mientras que para la *equity*, cuando dicha indemnización no compensa debidamente al acreedor, han de ejecutarse en forma específica (especialmente en contratos de derechos inmobiliarios, ya que los muebles es más fácil que se encuentren en el mercado iguales, semejantes o equivalentes). Por eso tienen que andar con pies de plomo el aficionado y el principiante, para quienes es muy natural que se exija en todo caso el cumplimiento y, subsidiariamente por imposibilidad o causas tasadas, la indemnización de daños y perjuicios, postura acaso demasiado rígida, que contrasta con la de que nada tiene que ver la voluntad declarada o la verdadera intención de los contratantes y que se limita a dar elasticidad a la forma del cumplimiento forzoso, en virtud de Sentencia judicial que interprete lo declarado por la Ley, lo perseguido por la voluntad real de los contratantes y aun la conveniencia de éstos, según las circunstancias que concurran.

El tomo II, que contiene la Doctrina general del contrato, estu-

dia en nueve capítulos : El concepto del contrato (fuentes, formación, doctrina moderna, legislación comparada, conceptos afines y deformaciones de la noción del contrato) ; El concepto del contrato en el Derecho español y sus elementos (autonomía de la voluntad, requisitos o elementos, declaración de voluntad, vicios del consentimiento) ; El objeto, la causa y la forma de los contratos ; La preparación y perfección del contrato ; La eficacia del contrato (su relatividad, su eficacia entre las partes y sus causahabientes frente a terceros, estipulación a favor de tercero) ; La interpretación del contrato ; La ineficacia del contrato (nulidad, anulabilidad o impugnación, la confirmación, la rescisión y el concepto de resolución) ; El incumplimiento del contrato (alteración de circunstancias, problema de las condiciones implícitas), y Clases de contratos, incluso los atípicos. Termina con los Índices de materias y el general.

El concepto del contrato está expuesto con originalidad. Arranca, cómo no, del Derecho romano y del anglosajón ; en uno y otro sistema jurídico existe responsabilidad por el hecho de recibir una cosa y por el de asumir una promesa en acto formal y solemne : la voluntad, por sí sola, no puede generar las obligaciones. Por el contrario, la tendencia moderna concibe el contrato en un amplio sentido de convención, pacto o acuerdo de voluntades, que crea únicamente derechos personales o de crédito (modelo francés), o que, además, puede tener eficacia dispositiva (patrón germánico). Predomina en los juristas ingleses el concepto de que el contrato es la promesa que atribuye el derecho a exigir algo judicialmente o que concede una acción, sin perjuicio de que otros juristas acudan al convenio celebrado para crear un Derecho *in personam* (Salmond), en íntimo contacto ya con el Derecho continental. Sin intención de criticar, vemos en los conceptos anglosajones expuestos un algo primitivo y limitado ; algo así como el encuadramiento de la hipoteca en el estrecho marco procesal, que atiende sólo a un aspecto parcial del problema, al menos probable y más limitado, pero que desatiende el verdadero fin : el aseguramiento y la adherencia (sujeta directamente los bienes al cumplimiento de la obligación), cualquiera que sea el poseedor de los bienes y mientras dura la vida normal del contrato, que generalmente se extingue sin necesidad de intervención judicial. El derecho a exigir no requiere como requisito que se ejercite judicialmente, y lo más frecuente es que se verifique extrajudicialmente : la acción procesal es el último remedio, la extremaunción en trance de muerte del

contrato, enfermo de incumplimiento. Lo normal es la extinción por cumplimiento, por lo que tiene que resultarnos extraño acudir a la muerte para explicar la vida; la disección muestra la constitución de los órganos y no su funcionamiento, ni el verdadero cometido a que atienden mientras palpitan y viven.

En la teoría de la causa se ve bien claro el pensamiento de nuestro admirado autor: el concepto unitario, la tendencia a generalizar, se repudia porque las circunstancias concurrentes en cada caso son las que señalan la causa; es cuestión de puro arbitrio, más o menos encauzada por los precedentes. El lugar del combate está muy bien elegido. Se trata de algo sutil, de un tema doctrinal, que en cierta encrucijada airoosamente señala que se ha seguido un callejón sin salida y se queda tan tranquilo poniendo el cartel indicador de «la causa se presume que existe y que es lícita», puesto que ha entrevisto el abismo de los motivos, de la causa impulsiva y de la causa final, de la causa falsa, de la ilícita, de la simulada, etc. En este punto, plena adhesión personal a los métodos realistas: vergonzosamente confieso que nunca he entendido con claridad este requisito de los contratos, ni su trascendencia, y que me ha parecido algo semejante a los esfuerzos para distinguir los defectos registrales subsanables e insubsanables, que hoy han de estudiarse solamente a efectos de si procede o no practicar la anotación preventiva, verdadero nudo del problema y de enorme trascendencia ante el juego de varios principios hipotecarios. También hay analogía con la discusión de la naturaleza, constitutiva o no de la inscripción de la hipoteca en nuestro Derecho: muy bonito tema académico, que incluso leo con gusto según las opiniones ajenas, pero que carece de trascendencia ante los términos categóricos de nuestro Derecho positivo, puesto que la hipoteca no inscrita se ve privada de la protección registral y de los efectos *erga omnes* y deviene en un simple reconocimiento de deuda. Además, obsérvese cuántos contratos simulados, con causa falsa o con causa ilícita, tienen su vida normal y quedan cumplimentados en la vida real. El pacto de retro, usurario o no, que envuelve un préstamo; la famosa compraventa de un local para casa de tolerancia, que se instala y nada pasa... No enredemos con el palo en un avispero. Contrato inexistente y que, sin embargo, no sólo existe, sino que produce todas sus consecuencias.

Las páginas dedicadas a la preparación y perfección del contrato (oferta y aceptación) están cuidadosamente revisadas y se les

da acaso más importancia de la que realmente tienen en una obra que expone fundamentos y que generalmente tiende a la síntesis y a la claridad, según se demuestra por el examen de otros capítulos como el de la forma de los contratos. Muy interesante el llamado contrato unilateral en Derecho angloamericano. En éste y en otros muchos aspectos o problemas, vemos la aproximación entre este último y el Derecho continental, y cómo con técnica distinta, los resultados son idénticos. Otro incentivo para el estudio de comparación.

Con sentimiento renunciamos a ocuparnos de otros capítulos de este sugestivo volumen. Sólo añadiremos que al tratar de la confirmación de los contratos se nota la falta de una mayor extensión que estudie los efectos de la ratificación y de la confirmación de los contratos cuando un tercero haya adquirido derechos antes de que se haya verificado una u otra. La Sentencia de 25 de junio de 1946 acepta la teoría de que la confirmación siempre tiene efecto retroactivo, en tanto que en la ratificación se salvan de la retroacción los intereses nacidos después de la celebración del contrato, porque en realidad éste es inexistente.

Nuestro Centro directivo se ha ocupado de este problema en Resolución de 3 de marzo de 1953, sentando una conclusión parecida en un caso agravado, porque en él jugaban el principio hipotecario de prioridad, y el asiento en el Diario de fecha más antigua era precisamente el del contrato que se confirmaba.

Dediquemos ahora nuestra atención al tomo III, cuyo contenido es el Derecho de cosas, con capítulos dedicados a: El Derecho real, La posesión, El Derecho de propiedad, Comunidad y condominio, Usufructo, uso y habitación, Derecho real de servidumbre, Derechos reales de censo, enfiteusis y superficie, Derechos reales de garantía y Derechos reales de adquisición. Es decir, cuanto nos es familiar en esta parte del Derecho civil, por lo que no hay que entrar en más explicaciones acerca del contenido de cada capítulo.

En este tomo escasean las referencias concretas al Derecho angloamericano y a sus juristas, por dos razones principales de todos conocidas. La primera, porque, al igual que los romanos, los anglosajones se preocuparon de proteger la legalidad de la transmisión, y no la seguridad de la adquisición, con lo cual el aspecto hoy fundamental en el dominio y en los derechos reales, el de la publicidad, ha sido descuidado, y como no percibieron su enorme trascenden-

cia, la consecuencia es que la evolución del Derecho continental ha sido enormemente superior, salvo en el lamentable sistema francés, y el Derecho anglosajón continúa aferrado a complicadas fórmulas, cuando no ha caído en la simplicidad del seguro como garantía o protección. La segunda razón, que los avances de este último Derecho se limitan a buscar la aproximación con el continental, como sucede con la reforma inglesa de 1925, que tanto aproxima la *mortgage* a nuestra hipoteca.

El concepto anglosajón del derecho real se integra en la conocida teoría personalista, hoy rechazada por la moderna doctrina, y ampara diversos intereses, partiendo de la idea de transgresión jurídica, simplista y primitiva. Nada de interés puede tener para nosotros.

Por la extensión de la materia que abarca este tomo, el autor se limita a exponer los fundamentos de cada figura jurídica, sintetizando en lo posible, pero sin omitir lo que cada una tiene de más relieve. Desfilan ante nosotros el concepto del derecho real y del derecho personal, el de las figuras afines (*ius ad rem*, derechos reales *in faciendo*, obligaciones *propter rem*, muy útiles doctrinalmente y no tanto en la práctica, y de gran interés histórico, pero hoy superados), la posesión y sus problemas, con aguda crítica al desconcertante artículo 457 del Código civil, que afirma nada menos que el poseedor de buena fe puede causar daños *con dolo* en cosa que considera propia y que responde de ellos, no sabemos ante quien, y el consiguiente examen especial del artículo 464, imprescindible hoy, bien explicado con rasgos limpios y concretos, y señalando que la moderna corriente doctrinal se inclina a darle interpretación germánica, en tanto que el Tribunal Supremo sigue aferrado a la posición romanista; y sobrándole la razón al insistir en que «nada nos parece más contrario a la verdadera finalidad del Derecho que su degeneración en una disputa relativa al sentido de ciertas palabras o expresiones usadas inconscientemente por el legislador». También la evolución de la propiedad en el mundo romano (*dominium*), en la época medieval, en nuestros tiempos y en las codificaciones, llena varias páginas que se leen con avidez.

Con pesar dejamos de indicar pasajes dignos de comentario. Fijémonos ahora en la tradición. Plena adhesión a que «la naturaleza del razonamiento jurídico exige muchas veces esta curiosa técnica, que estriba en exigir un requisito para desvirtuarlo luego con for-

mas simbólicas»: como el simbolismo es una ficción, y las ficciones son fantasmas, se linda con las fronteras de la inexistencia. Menos aun se comprende que, entre tanta abundancia de tradiciones *fictas*, no se haya fijado la atención en que la inscripción en el Registro supone mucho más que cualquier tradición simbólica, de efectos *inter partes*, clandestina, oculta, mientras que aquélla notifica a todos que la adquisición se ha verificado, con tanta virtualidad, que quien se fía de esta notificación adquiere a su vez con plenitud de efectos.

Prescindimos del condominio, el usufruto, las servidumbres y los censos, y del enjundioso estudio del derecho real de superficie, que Puig Brutau, en contra de Pérez y Alguer, cree tiene que ser de plazo limitado: no nos convence esta opinión. Un reparo: nos hubiera complacido que nuestro competente y experto autor jurídico hubiera tratado del famoso «derecho de vuelos» de edificaciones existentes, bien en el condominio, bien en el derecho de superficie. Se necesitan orientaciones.

Saltando el retracto, detengamos nuestra atención, por último, en los derechos de garantía, y aun de éstos, tan sólo en la hipoteca. Prescinde de elucubraciones absolutas abstractas, y escoge las enseñanzas brindadas por la misma realidad, según la Historia del Derecho y el Derecho Comparado. La Historia, tanto romana como germánica, es conocida. Denomina «fórmulas de encantamiento» a las que explican todos los efectos de cualquier figura jurídica, determinados con el rigor de una ley causal, cuando en realidad las fórmulas no son causa, sino efecto de las soluciones que pretenden abarcar. Por eso, da de lado a la naturaleza jurídica de la hipoteca (pero indica el lugar donde puede estudiarse un magnífico resumen, de mano de Vallet de Goytisolo), y copia varias definiciones, doctrinales y legales, tan sumariamente, que nada aclara, puesto que la hipoteca se conoce más por sus caracteres que por su definición, y esta última depende de la teoría que se sustente acerca de su naturaleza (véanse las fórmulas legales de los Códigos francés, artículo 2.114; chileno, artículo 2.407; argentino, artículo 3.108; español, artículo 1.876, e italiano, artículo 2.808, para apreciar diferencias esenciales: nos parece infinitamente mejor la española que ninguna otra, porque la sujeción directa e inmediata al cumplimiento de la obligación y su efecto, cualquiera que sea el poseedor del inmueble (o de la cosa gravada, puesto que hoy se conoce perfecta-

mente que no sólo los inmuebles son susceptibles de hipoteca), a nuestro juicio es la verdadera esencia de la hipoteca, aún más que el derecho llamado de realización de valor, tan enlazado con la definición italiana.

Sentimos discrepar de Puig Brutau en este punto, aunque comprendemos que al limitarse a señalar fundamentos, tiene que omitir mucho, incluso de lo indispensable. Igual sucede con la hipoteca mobiliaria. Acaso sea este el capítulo menos logrado de todos los del tomo referido.

A pesar de lo inmediatamente escrito, reiteramos nuestra opinión de que algo nuevo, en cuanto a técnica, está apareciendo en el horizonte y Puig Brutau puede ser un experto piloto que lleve la nave a buen puerto. Al menos no se le pueden negar títulos públicos, ni nobleza en la expresión de sus ideas. Sus esfuerzos no han de ser vanos, aunque, por no ser profetas, no sepamos si anuncia una buena nueva o la destrucción del Jerusalén jurídico a que estamos acostumbrados. Muchas y muy fundadas críticas pueden hacerse a sus teorías, comenzando por la peligrosidad del excesivo arbitrio judicial, patente en la aplicación de las leyes de arrendamientos españolas, pero lo que no puede hacerse desde ahora es ignorarlas.

CUMPLIMIENTO, INCUMPLIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES CIVILES, por *Antonio María Borrell Soler*.— Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1954.

Como es costumbre en este conocido y acreditado publicista, que orienta sus producciones decididamente por un aspecto muy práctico, sin dejarse impresionar por esta o aquella doctrina, más o menos revolucionaria, sutil, conceptual o de actualidad, este libro no tiene una palabra que sobre o que falte, y la claridad resplandece en todas sus páginas.

Escuetamente comenta y aplica la doctrina legal, los antecedentes romanos y señala, también concisamente, las declaraciones de la jurisprudencia que contribuyen a esclarecer o fijar determinados puntos de vista.

Como las obligaciones se crean para alcanzar su cumplimiento, lo que al mismo tiempo provoca su extinción, se enlazan el cum-

plimiento y las causas de extinción de las obligaciones, aunque se verifique un estudio separado.

Examen separado requiere el incumplimiento, causas que pueden motivarlo y efectos de cada una de ellas.

El cumplimiento normal de la obligación es el pago, cuya forma varía según sea la prestación debida y que debe de reunir determinados requisitos para que sea válido. Se determina quién puede y debe de pagar; a quién hay que pagar; tiempo y lugar del pago; cosas con las que se ha de pagar (cesiones de bienes, pago en documentos mercantiles, en monedas de oro y plata, en moneda extranjera o retirada de la circulación); cuándo existen presunciones de pago y qué es la imputación de pagos.

En el incumplimiento se distingue cuándo es imputable al deudor y cuándo no lo es. En este último supuesto procede el estudio de cuándo el deudor tiene algún derecho que le exime de pagar y del caso fortuito o fuerza mayor. En el primero, el más importante, la responsabilidad se produce por culpa o por dolo y se determinan los efectos (daños y perjuicios, daño moral, cláusula penal, quién puede reclamar indemnización, lo que debe de probar el actor, moderación de la responsabilidad y liquidación de daños y perjuicios). Un capítulo está dedicado a la mora, del deudor y del acreedor, a sus efectos, extinción, descuento y bienes con que el deudor responde de sus obligaciones.

La tercera parte de la monografía la constituye la determinación de las causas de extinción: ofrecimiento y consignación, pérdida de la cosa debida, condonación, confusión, novación (cambio de deudor y de acreedor) y la prescripción. Esta última con mucho detalle.

En suma, una obra de factura sencilla, sin complicaciones, destinada a dar cuenta de la legislación y doctrina aplicables a los supuestos que desenvuelve, con el apoyo de la jurisprudencia española y concordando los textos para su más fácil manejo.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad.