

V A R I A

JOSEPH ZAKSAS: *Les transformations du contrat et leur loi, Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique.*—Prólogo de Maury.—Sirey. París, 1939.—461 páginas.

Un libro, prologado por uno de los juristas más jóvenes y más célebres de Francia (1), encuentra ya por este mero hecho interés en el mundo científico. Pero adelantemos ya que la lectura de la obra, además del valor legal impregnado por el juicio de Maury, le reconocerá un alto valor intrínseco.

El estudio de Zaksas se compone de tres partes. En la *primera parte* indaga el autor las experiencias históricas de la evolución contractual, estudiando a esta finalidad el derecho romano, el derecho de la Edad Media y la elaboración del Código civil francés. Zaksas encuentra un cierto número de relaciones constantes entre las transformaciones diferentes del contrato y los fenómenos económicos y sociales, que las condicionan. El resultado de sus investigaciones puede condensarse en la siguiente ley: "Todo fenómeno social que directa o indirectamente modifica de manera general y duradera las relaciones contractuales y sus resultados objetivos o subjetivos de guisa que deja la función del contrato incumplida, determina forzosamente, sean cuales sean las resistencias que puedan oponer los individuos, una transformación correspondiente de la técnica y de las soluciones contractuales, la que neutraliza los efectos del fenómeno que la ha provocado." He aquí un ejemplo de aplicación de la mencionada ley (2): "Mientras que los romanos habían guardado sus antiguas virtudes, mientras

(1) Véase, sobre uno de los últimos trabajos del insigne catedrático de Toulouse, REVISTA CRÍTICA. 1940. págs. 289 a 300.

(2) V. págs. 42 y 43.

que la sociedad se apoyaba sobre el trabajo y la agricultura, mientras que las relaciones contractuales se desarrollaban entre algunos centenares de personas, que se veían y se conocían desde siempre, las costumbres y la opinión pública eran suficientes para garantizar a cada uno contra la explotación abusiva, la violencia, el fraude o el dolo. La ampliación del círculo de las relaciones contractuales debía obligadamente asestar un primer golpe a este antiguo estado de cosas. La reprobación pública podía impresionar al quirite: contra el extranjero no poseía fuerza ninguna. La alteración general de las costumbres y el papel cada día más importante en la vida económica de los que traficaban con los intereses del Estado y de los acaparadores de las riquezas provinciales, la desaparición de las clases medias y el aumento del proletariado parásito y sin escrúpulos, no podía dejar finalmente ningún sitio a las buenas costumbres en las relaciones económicas. Ahora bien: en este lugar podemos casi tocar la relación entre la vida del contrato y los acontecimientos sociales. El contrato ocupa el lugar de las buenas costumbres y cumplirá su función en la nueva sociedad. La mayoría de sus reformas, la sanción del dolo y de la violencia, la admisión de los contratos consensuales y reales, la protección de los pactos adjuntos y pretorianos, tienden a ensanchar sus bases para permitirle asegurar en la circulación y en el reparto de los bienes la equidad y la buena fe. Lo que las costumbres y la opinión pública ya no pueden proteger, lo garantizarán en lo por venir la Ley y el Juez a través de las reglas del contrato. ¿Qué mejor demostración puede darse de la relación que existe entre la evolución social y la del contrato?" Otro ejemplo nos brinda el contrato feudal, que surge en un momento en que desaparece un Estado fuerte. El débil busca, mediante el contrato feudal, la protección de una persona fuerte, ya que el Estado resulta incapaz de ofrecérselo. La *segunda parte* aplica la ley de la interdependencia económicocontractual a los fenómenos contemporáneos. En el mundo moderno destacan dos grandes corrientes: el nacionalismo y el socialismo. Sus efectos combinados limitan la libertad individual, sobre todo la libertad contractual. En primer lugar, la eficacia del acuerdo de las voluntades será subordinada mucho más que en el pasado al interés colectivo, ampliamente entendido. Habrá una extensión considerable de la noción del orden público. El autor estima que esta extensión es exagerada y pasajera. En segundo lugar, se divulga poco a poco un nuevo concepto de justicia contractual, que atribuye valor jurídico

a una antigua regla de la moral cristiana, prohibiendo la explotación de una parte por la otra. En tres casos una explotación es probable y debe ser prevenida: en el caso de un contrato con una empresa de monopolio, en el del contrato de trabajo y en el caso de un acontecimiento imprevisible que puede llevar a la ruina a una de las partes. En los primeros dos casos se llega a una solución justa, concibiendo a los usuarios de las empresas y a los obreros como incapaces, atribuyendo su representación a la Administración o los Sindicatos. En el tercer caso debe permitirse la intervención del Juez, sea mediante el principio de la buena fe, sea mediante el dogma de la "clausula rebus sic stantibus", sea mediante una disposición legal especial, como la conocemos, por ejemplo, para el contrato de arrendamiento rústico, si se pierde más de la mitad de los frutos por casos fortuitos extraordinarios. La *anormalidad normal* de nuestra vida contemporánea da una importancia especial al problema de la imprevisibilidad de un acontecimiento. ¡Piénsese en la inflación y la inmensa literatura que provocó en Alemania, o en la guerra y sus repercusiones sobre la vida contractual! Mencionamos, tan sólo de paso, la importante legislación alemana actual sobre la ayuda del Juez a los contratos (1). En la *tercera parte* se traslada el autor al terreno de la construcción técnica, y describe las transformaciones que sufren el concepto de la causa y de la incapacidad contractual por el desarrollo económico moderno. La ampliación del concepto de la incapacidad ha sido considerada ya por nosotros, al hablar, tanto de la representación de los usuarios de una empresa de monopolio por la Administración, que impone a ésta ciertas condiciones a favor de los usuarios, como de la representación de los obreros por los Sindicatos. Respecto a la causa, Zaksas parte de su definición por Maury: "La causa es la fuerza que justifica para la conciencia social un desplazamiento de valor de un patrimonio a otro." La causa es, por ende, en el entender de Maury, la conformidad del desplazamiento patrimonial con la

(1) Véase "Verordnung vom 30-IX-1939, über Vertragshilfe des Richters aus Anlass des Krieges"; "Verordnung über die Abwicklung von Lieferverträgen vom 20-IV-1940"; y "Verordnung vom 1-IV-1940 über die Vertragshilfe des Richters in Energiewirtschaftssachen"; Kuntze, "Vertragshilfeverordnung und Lieferverträge", en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1940, págs. 127 y sigs.; Drost, "Richterliche Aufhebung oder Änderung von Lieferverträgen", en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1940, págs. 175 y sigs.; Lucas, "Die Vertragshilfe des Richters in Energiewirtschaftssachen nach der Verordnung vom 1 April 1940" en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1940, págs. 181 y sigs.

justicia, tal como resulta del sentimiento de la gente honrada. El concepto de causa posee, por tanto, un contenido variable y una función permanente. La causa refleja en toda sociedad en cualquier momento las ideas dominantes de justicia. Se comprende que desde este punto de vista Zaksas exige la existencia de la causa no sólo al nacer el contrato, sino durante toda su vida (pág. 481) (1).

Creemos haber dado una impresión del rico contenido de la obra de Zaksas, que abunda en puntos de vista originales e interesantes. Todos los problemas abordados en ella encuentran una fértil y provechosa discusión.

FRANCESCO CARNELUTTI, profesor de la Universidad de Milán: *Carattere del nuovo processo civile italiano* ("Carácter del nuevo proceso civil italiano").—*Riv. di D. Proces.*, XVIII-1.

1. ¿Merecía la pena afrontar los inconvenientes que toda reforma lleva consigo? Hay que contestar con la sinceridad que se debe al Ministro Grandi. Y vamos a ver si en el Código encontramos alguna *invención* o mecanismo idóneo para el servicio más alto que los ciudadanos pueden exigir al Estado.

2. Todos esperarán que el autor indique como carácter fundamental la naturaleza pública del proceso civil. Pero este descubrimiento en Italia data de hace medio siglo. Chiovenda, separando la acción del derecho subjetivo, y Mortara, con poderosa intuición, llegaban a las posiciones avanzadas, y las líneas exteriores de la ley impresionan: el Juez, colocado en el primer plano, y las partes, en el último; el relieve concedido al Ministerio público; el deber de veracidad solemnemente impuesto a los litigantes... Sin embargo, esto no es más que la fachada, y el problema técnico no está ahí.

3. Técnicamente, el exacto conocimiento de los fines públicos del proceso civil es un paso adelante, si se saben deducir las consecuencias. Una de ellas es que los ciudadanos están sujetos al servicio público judicial como al servicio militar. Antigua en este sector es la obligación de prestar testimonio; mas su interpretación científica es reciente

(1) Esta cuestión fué recientemente objeto de una sentencia del Tribunal Supremo del 14-XII-1940, el cual se contenta con la existencia de la causa al nacer el contrato. Véase la nota de Juan Ossorio Morales en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1941, pág. 259

e incompleta. El artículo 118, bajo la rúbrica *poderes del Juez*, establece que el Juez puede ordenar a las partes y a los terceros que consientan sobre sus personas y sobre las cosas que posean, las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito. Sólo que no se ha extendido la norma al proceso ejecutivo y, mientras en el proceso de cognición la parte debe sufrir con todas sus consecuencias el juramento supletorio y el tercero el juramento testimonial, en el ejecutivo uno y otro tienen derecho no sólo al silencio, sino a la mentira. Debe manejarse con prudencia el principio publicístico; las partes, en verdad, sirven al procedimiento más que el procedimiento a las partes. El interés de éstas pasa del plano de los fines al de los medios de la justicia civil.

4. El principio fundamental que da al nuevo procedimiento fisonomía y fortuna es la distinción entre definición de la controversia y gobierno del procedimiento. Este es el verdadero huevo de Colón: una cosa es *preparar* los medios para decidir y otra *decidir*. En general, hay que separar la *instrucción* de la *construcción*. Aquélla, ágil y rectificable, es en cierto modo *provisional*; la última es definitiva.

5. En la instrucción hay que poner de relieve los medios de la justicia: lógicos (acciones) y físicos (pruebas) para la cognición, económicos (bienes) para la ejecución. Hay que exprimir a las partes para saber lo que quieren, a los testigos para averiguar lo que saben, a los bienes para fijar su valor. Por las buenas o por las malas, por medio de cargas y obligaciones.

6. Los terceros son figuras pasivas del proceso y han de plegarse a las exigencias de la justicia. En cambio, las partes pertenecen a la dinámica procesal, como *sujeto* y *objeto*, y su tratamiento es harto difícil. Acaso la solución del problema corresponda a la ética y la técnica se limite a establecer el contacto inmediato entre Juez y partes. Tal es la función del interrogatorio *no formal* y el examen de la actitud de las partes. Pero la situación se complica con el *patrocinio*, y es preciso permitir que el abogado presencie esta indagación, que sólo valdrá algo en buenas manos.

7. Más débil aparece la tendencia de perseguir al deudor en las ejecuciones mobiliarias (las de bienes inmuebles quedan a base del derecho civil) para obtener el embargo.

8. El lado difícil de la provisión de medios para la decisión es el relativo a las acciones. Los principios de la mecánica procesal han

sido ya fijados por la técnica; la carga de información corresponde a los litigantes y al Juez se le priva de iniciativas en este particular; las partes sufren las consecuencias de sus faltas y la caducidad amenaza las peticiones no formuladas oportunamente, y sólo en casos graves se atiende a las acciones ejercitadas tardíamente.

9. Dividido el proceso en tres fases: introducción (obra exclusiva de las partes), instrucción (trabajo combinado de partes y Juez) y pronunciamiento (tarea exclusiva del Juez), el Código separa netamente al Juez instructor del Tribunal sentenciador. La iniciativa de la reforma y la responsabilidad de haber destruido el *fetichismo* de la *unidad* del Juez que instruye y del que decide corresponde al mismo Carnelutti; el fervor, el entusiasmo, la conveniencia, la eficacia y la rapidez de la instrucción quedan así garantizadas y contrapuestas a la lentitud, frialdad calculadora y sabiduría de la sentencia.

10. La función del Juez instructor culmina en el examen de las pruebas no *preconstituídas*, en especial la de testigos. Carnelutti, consecuente con su actuación frente a Chiovenda e impresionado por *La crítica del testimonio*, de Gorphe, aplaude el criterio del nuevo Código, que únicamente permite renovar la prueba ante el Tribunal colegiado cuando el defecto de información inmediata pudiera dañar al pronunciamiento decisivo.

11. En el procesamiento ejecutivo, las líneas que separan a la instrucción de la decisión quedan borradas por las exigencias de la liquidación del activo y del pasivo, y se atiende sobre todo a la conversión de los bienes embargados en dinero, a la administración judicial. Con ello se atribuyen al Juez (o al Tribunal) una elasticidad de movimientos y una variedad de soluciones que aproximan el proceso a la vida de los negocios, introduciendo, como novedades, la venta sin subasta y la adjudicación al acreedor (antes en germen) y la venta con reserva de dominio.

12. Para dirigir la nave procesal, atendiendo a las partes, la Ley confiere al Juez la "dirección del procedimiento", con la intervención facultativa del Ministerio público, y casi desdeña los acuerdos de los litigantes que tratasen de imponer una ruta determinada.

13. El gobierno del procedimiento corresponde en vía preventiva y provisional al Juez, y en vía definitiva, al Tribunal colegiado, con la diferencia entre el cognitivo y el de ejecución que el Tribunal interviene en aquél siempre que deba decidir, y en cuanto al segundo, sola-

mente si ha formulado oposición. De este modo se obtiene una simplificación de los procedimientos que antes se enredaban en tales trámites.

14. A este notable resultado llega el legislador distinguiendo funcionalmente la *orden*, que puede ser reformada o modificada, y la *decisión* o sentencia, que a veces se denomina *parcial* (interlocutoria).

15. También cabe apuntar como un triunfo de Chiovenda y Carnelutti el que se preceptúa, con respecto a la forma de los actos, que cuando la Ley no la determine, pueden ser cumplidos libremente del modo adecuado para conseguir la finalidad. Es decir, la libertad de forma es la regla, y el vínculo, la excepción.

16. Sube de valor la orientación si se atiende a la serie de remedios contra los vicios de las actuaciones; la convalidación cuando el fin se ha conseguido, la rectificación de los actos, corrección de las sentencias, potestad atribuida al Juez para conceder plazos de rectificación.

17. Con las simplificaciones indicadas el proceso gana en rapidez y la Justicia puede servir a la parte que tiene prisa. Pero ¿por qué el Juez, fusta en mano, ha de hacer galopar a las partes cuando éstas quieren discutir sossegadamente? Y esto se pone de relieve con el adoptado mecanismo de perención (caducidad de la instancia) que mata al procedimiento en el breve plazo fijado por el Juez y obliga a recomenzar las actuaciones.

18. El Código procesal ha nacido bajo el signo de la sencillez científica, aunque el mecanismo, bien calculado, no esté completamente acabado.

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho Hipotecario*.— Bosch. Barcelona.

Nuestro ilustre colaborador, ajustándose al programa de oposiciones a Notarías publicado en el *Boletín Oficial* de 4 de diciembre último, ha principiado a redactar, más que unas contestaciones, un verdadero curso de Derecho Inmobiliario, y el tomo I; que a la vista tenemos, anda cerca de las quinientas páginas y comprende los veinte primeros temas. Con esto queda tan sólo apuntado un elogio y formulada una observación amistosa. Porque corresponden, término medio, más de veinte páginas a cada tema, y los opositores *corrientes* no están acostumbrados a trabajos de esta envergadura, como ahora se dice. Pero, en cam-

bio, esta circunstancia permite al autor desenvolver íntegramente, aunque no con toda holgura, su pensamiento y encerrar lo que hasta ahora se ha discutido en España sobre materia hipotecaria (*et quibusdam aliis*) en párrafos precisos, enumeraciones ordenadas y esquemas compendiosos.

Algunos temas, como el décimo, relativo a la evolución histórica, análisis y crítica del artículo 20 de la ley Hipotecaria, son magistrales; otros, como el duodécimo, que trata de la titulación supletoria, agotan la sustancia, y en el vigésimo (heredamientos), el autor demuestra un erudito y profundo conocimiento de las variedades que el derecho civil catalán presenta en las distintas comarcas.

* * *

El tomo II de las *Instituciones de Derecho Hipotecario*, que comprende los temas XXI-XLI, no desdice o desentona, como podría suponerse, dado el escaso tiempo de que el autor disponía para redactarlo, del anterior, y, antes al contrario, se mantiene en un plano de verdadera maestría, y en algunos momentos, por la serenidad, ecuanimidad y erudición, se coloca en un nivel apenas alcanzado por los anteriores comentaristas ni por los autores de contestaciones de principios de siglo. Lo mismo al tratar ferrocarriles, minas, moneda, tercero, buena fe o posesión, que al estudiar la teoría del heredero aparente, las menciones, la anotación preventiva o la cancelación, revisa lo apuntado en libros y revistas, discute brillante y precisamente las opiniones y centra la propia con imparcialidad y consecuencia.

Véase, sobre todo, la exposición de las enconadas disputas que han surgido alrededor del artículo 41 de la ley reformada de 1909; los principios en que el Sr. Roca apoya la materia, así como los desenvolvimientos doctrinales y jurisprudenciales con que la ilustra, y se comprenderán las dificultades con que había de tropezar el decreto-ley de 13 de junio de 1927, que si por una parte quería conservar en lo posible la antigua redacción, por otra se veía en la necesidad de volver a sus cauces la técnica hipotecaria.

Los mismos austríacos, que, a diferencia de los alemanes, hablan de la posesión tabular o en el libro, reconocen que no es una verdadera posesión, porque carece de la protección posesoria. "Cuando se trata de un inmueble (dice Ehrenzweig), sólo el poseedor natural que-

da protegido, y aun contra el poseedor tabular. No corresponde a éste el interdicto de retener. Le pertenecen otras ventajas posesorias. El, y sólo él, puede invocar la presunción de dominio". "En la posesión tabular sobrevive la *gewere* ideal."

Acaso encuentre algún intransigente que el tema relativo a "Inscripción de bienes procedentes de la Iglesia" se sujeta demasiado a las líneas trazadas en la segunda mitad del siglo XIX; pero, aparte de que la valoración actual de las leyes desamortizadoras, la vigencia relativa de las múltiples disposiciones dictadas con la vista puesta en finalidades políticas hoy desacreditadas y la imposibilidad de que un profesor de Legislación Hipotecaria resuelva por sí y ante sí cuestiones tan espinosas como las relaciones entre la Iglesia y el Estado o la vigencia del Concordato de 1851, atenúan y casi justifican los tonos empleados en la exposición, no cabe negar el acierto con que se afirma que la vigencia más o menos restringida del *Codex juris canonici* es en cierto modo independiente de la capacidad de la Iglesia, porque los cánones que determinan su organización y funcionamiento en lo económico deben, por lo menos, tener el valor de los estatutos de otras sociedades.

Hemos de advertir que en las resoluciones de la Dirección General de los Registros se había iniciado una corriente contradictoria de tal doctrina, que dejaba al fuero de la conciencia y al régimen interior de los organismos eclesiásticos la aplicación de los cánones 1.530 y concordantes; pero el problema vuelve hoy a plantearse en términos que no permiten la interpretación sostenida por el Notario recurrente que, en defensa de los intereses de la Compañía de Jesús, provocó la resolución de 21 de enero de 1932.

* * *

Al cerrar el número recibimos el tomo III (temas XLII al LXVIII), que cierra con broche de oro las Instituciones. Como muestra de la completa y clara exposición, bástenos citar los apartados relativos al concepto, clasificación y doctrina general de la hipoteca.

LA REDACCIÓN.