

falibilidad del legislador, que ya merecieron las justas críticas de Varela¹, le llevó a intentar una conciliación de los diversos artículos de los Códigos civil y de procedimiento portugueses, referentes a la materia, armonizándolos con una construcción original, en la que demuestra excesiva habilidad. Según Abréu, el Estado es, sin duda alguna, un sucesor: en un primer momento (liquidación y adquisición de la herencia) es sucesor de derecho público; en un momento posterior (después de adjudicado el remanente), se coloca en la posición de un sucesor de derecho privado, de un heredero.

El mismo autor reconoce que esta construcción, determinada por la letra de la ley, desde el punto de vista teórico, no satisface por completo. "Es—dice—que nunca nos satisfacen las teorías híbridas, las construcciones mixtas, las soluciones de compromiso entre dos doctrinas opuestas, como son la de la sucesión de derecho público y la de la sucesión de derecho privado. Las aplicamos ambas en su pureza, usándolas en momentos distintos. Así se evita ciertamente su colisión, pero sufre la lógica, la unidad, la sencillez y la elegancia de la doctrina."

A juicio de Varela, las quiebras a la equiparación entre el Estado sucesor de derecho privado y el tipo normal de heredero legítimo se explican mejor por las características especiales de la persona y de la posición que el Estado ocupa en la escala de los sucesores. Por otra parte, las soluciones que de la concepción hereditaria se derivan para los problemas antes apuntados son—según el mismo autor—las que están más de acuerdo con los principios dominantes en el ordenamiento positivo portugués.

Juan Bautista JORDANO BAREA
Doctor en Derecho

BORRELL SOLER, Antonio M.—"El dominio según el Código civil español".—Bosch, Barcelona, 1948.—563 págs.

Mucho se ha escrito y se ha dicho sobre tema tan candente como el del dominio y no es infrecuente que bajo títulos idénticos o parecidos se den a la luz ideas por completo vacuas o superficiales; la propiedad es, además, el eterno semillero de problemas que con unas u otras características se plantean en todas las épocas de la Historia. De ahí la conjunción de lo receloso con lo atractivo que resulta el mero enunciado de una obra como la que acaba de ofrendar a nuestra literatura jurídico-civil tan acreditado autor. Realmente, ya a primera vista puede afirmarse que la atracción no resulta defraudada. A lo largo de unas 560 páginas, pulcramente editadas, y haciendo gala de un lenguaje liso y llano, a veces más discursivo que científico, va dando forma el autor a la doctrina del dominio sin otras materias primas que las que le proporciona, de una parte, el articulado de nuestro sexagenario Código civil y, de otra, la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal. Sobre esta doble y segura base y tras una breve Introducción y un primer título de Preliminares

1. *Da sucessão do Estado nos bens dos particulares*, en "Revista de Direito e de Estudos Sociais", año II, Coimbra 1946-1947, págs. 303 y sigs.

(antecedentes del Código, división de las cosas y extensión vertical del dominio inmueble), entra el autor a examinar en el título II los derechos, limitaciones y responsabilidades del dominio, estudia el título III el condominio, en el IV considera los varios modos de adquisición del dominio, en el V pasa revista a las propiedades especiales y, en fin, dedica el título VI y último a exponer la protección del dominio.

A buen seguro que las partes más logradas del trabajo residen en las páginas dedicadas a la usucapión (tít. IV), a la exposición del título V, relativo a las propiedades especiales, y al desarrollo de la reivindicatoria en el ámbito del título VI, que cierra la obra. Su mayor mérito de conjunto, sobre todo desde el punto de vista práctico, radica en el magnífico acopio de doctrina jurisprudencial—no menos de las dos terceras partes del texto—, capaz por sí solo de avalar el ingreso del libro en el bufete del profesional o en el aula universitaria; lástima y grande es que no vaya seguido de un índice cronológico de fallos y disposiciones citadas, que aumentaría aún más, indudablemente, su valor práctico. Es igualmente elogiable la ortodoxia de que hace gala el autor al contraponer en la Introducción—aunque no más que someramente y en tono eminentemente discursivo—la idea de propiedad a las doctrinas comunistas, y no lo es menos el “Nihil obstat” con que aparece exornada la obra.

Con fidelidad constante al matiz puramente exegético que ya en principio se infiere del título de la obra, el autor se desentiende casi en absoluto de toda aportación filosófica o doctrinal sobre los múltiples problemas del dominio—incluso el “prius” de su fundamentación—para aferrarse a un método de riguroso comentario y típica raigambre francesa; estudia el texto de la ley en cada una de sus cláusulas valiéndose preferentemente del confronto y analogía de unas con otras y, como hemos dicho, de los fallos jurisprudenciales. Tal vez tan exclusivo apego al texto legal impida la amplia visión de conjunto que hubiese redundado en beneficio de una más acabada sistematización y hasta de un contenido más completo. Puede observarse, por ejemplo, que la lógica trayectoria desde los modos de adquisición del dominio hasta los modos de perderlo se quiebra no sólo por tratar de los primeros (tít. IV) después de hablar de los derechos, limitaciones y responsabilidades dominicales (tít. II) y del condominio (tít. III), sino por silenciar en absoluto los modos de perder el dominio, entre los que, a no dudarlo, hubiese sido objeto de interesante estudio la cuestión del abandono y la renuncia. Parece adolecer igualmente de falta de sistematización parcial la inclusión de las servidumbres de aguas terrestres bajo el epígrafe “Servidumbres marítimas”; el que, dando gran extensión a los retractos, se desplace de su conjunto el del régimen de la propiedad horizontal, se asigne mínima extensión al de arrendamientos rústicos y se omita el de inquilinato, y, en fin, parece que la concurrencia de aprovechamientos diferentes de una misma finca a favor de personas distintas debería llevarse al apartado relativo a las formas especiales de comunidad, entre las cuales se incluye la medianería, pero se omite la comunidad entre coherederos.

La posición del autor dentro de la más estricta exégesis hace lícitas

cuantas omisiones también lo fueron en el codificador. Parece, no obstante, que, sobre la magnífica base que patentiza la obra, hubiera sido provechoso traer a examen las principales construcciones doctrinales de entre las surgidas al amparo del articulado legal. Hacemos referencia a la doctrina de las inmisiones y demás problemas de las relaciones de vecindad que, al lado de las aplicaciones de la doctrina del mal menor, del "jus usus inoqui" y del abuso del derecho, cabría integrar entre las limitaciones del dominio; lo relativo a las prohibiciones de disponer, sobre todo a las de carácter legal (reservas, segundas nupcias, etc.), a la teoría del título y el modo en la adquisición del dominio, a la tradición, a ciertas acciones dominicales, etc.; y sobre todo nos referimos al moderno movimiento socializador de la propiedad, que, plasmado en el vigoroso desarrollo de ciertas formas de propiedad colectiva y familiar, en el patrimonio familiar inembargable, en el acceso a la propiedad, en la cuestión de la inmovilización o movilización de la propiedad inmueble, en la progresiva pujanza de la propiedad mueble, etc., viene a constituir la más fuerte reacción contra el acerbo individualismo patrimonial del siglo que vió nacer a nuestro Código.

En fin, si algún defecto pudiera imputarse a la obra, tal vez obedezca a la rapidez con que parece haber sido elaborada o la deficiente revisión de que ha sido objeto; tal ocurre pensar cuando, por ejemplo, se encuentra citado el Código penal de 1932 y no el vigente, o cuando, extrayendo de la subsección dedicada a las servidumbres de paso la del que sirve a obras de construcción y reparación de edificios, a la que se da número aparte, quedan después sin enumerar las de paso para ganados y las de luces y vistas. Mas, con todo, permanece incólume, repetimos, el preeminente valor práctico de la obra como laboriosa recopilación de fecunda doctrina legal sobre tema tan transcendente como el del dominio.

Manuel GITRAMA GONZALEZ
 Doctor en Derecho.
 Profesor Adjunto de Derecho Civil.

CALAMANDREI.—"El procedimiento monitorio", trad. esp. de S. Sentís Melendo.—Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946.

Consta la obra de una serie de trabajos anteriormente publicados por el autor—con sólo algún retoque—seguidos de una breve nota polémica recopilando las objeciones que le fueron formuladas y contestándolas.

Prescindiendo de esta última parte, hay otras tres correspondientes a la *estructura* del procedimiento, a sus *condiciones de admisibilidad* y a su *vitalidad* práctica, de las cuales sólo la primera ocupará nuestra atención, ya que las otras se refieren, por su orden, al estudio de los requisitos legalmente exigidos para la substanciación del proceso monitorio en la entonces vigente legislación italiana, y a los problemas de política procesal planteados, que tan sagazmente exhibe como con discreto humorismo razona.

En la primera parte, el punto de iniciación, que es el trampolín dialéctico al servicio de la argumentación subsiguiente, versa sobre la fase de cognición del proceso, concebida como algo mediato e instrumental cuyo fin “en todos aquellos casos en que la sentencia es susceptible de ulterior ejecución, es servir para construir un título ejecutivo”. Su fin último es, por tanto, la ejecución. En los casos de un proceso iniciado sin una previa fase de cognición, como ocurre en el supuesto de títulos ejecutivos extrajudiciales, falta la cognición con *finalidad preparatoria del título ejecutivo*: el proceso es de ejecución, si bien la oposición del deudor, haciendo necesaria una declaración, inserta en aquél un verdadero proceso de cognición.

Paralelamente a estos procesos provenientes de un título privilegiado, otros hay que, abreviando el conocimiento, (a) tienden a la *rápida creación de un título*, utilizando, como medio para lograrlo una (b) *inversión de la iniciativa del contradictorio*, que pasa del actor al demandado. Establecido, por estas dos notas (a) y (b) el concepto del procedimiento monitorio, surge la cuestión de precisar su esencia, a lo que llega mediante la siguiente triple determinación: 1.º ¿El proceso monitorio tiene naturaleza propiamente jurisdiccional o pertenece a la “jurisdicción voluntaria”? En oposición a la tesis mantenida por algunos procesalistas austriacos afirma Calamandrei su carácter jurisdiccional aplicando al procedimiento monitorio los criterios utilizados por la doctrina para distinguir lo contencioso de lo voluntario, pues ya se siga la tesis—anticuada—de que la primera se dirige a reprimir injusticias y la segunda a impedir las, o ya el criterio más progresivo de Wach, que les asigna respectivamente como fin *actuar* relaciones jurídicas o *constituir* estados jurídicos nuevos, es evidente que el carácter genuinamente jurisdiccional (contencioso) del procedimiento monitorio aparece claro.

2.º El proceso monitorio, ¿es ejecutivo o de cognición? Contra Plósz y Skell sostiene Calamandrei la segunda alternativa, fundado en que la característica esencial que expresa el punto de separación entre las dos fases del proceso, es el nacimiento del título ejecutivo, de donde, mientras exista en un procedimiento algún período destinado a la preparación del título, nos veremos ante un proceso de cognición, como sucede en este caso. Así el proc. mon. constituye una forma especial de proceso de cognición abreviado, en donde, por el juego de la *ficta confessio*, se consigue una declaración de certeza mediante preclusión.

3.º ¿El procedimiento monitorio implica una acción sumaria especial? La opinión afirmativa es impugnada por Calamandrei, que afirma frente a Chiovenda, su mantenedor (quien atendiendo para clasificar las acciones al criterio de la providencia judicial que constituye su objeto inmediato, ve diferencias entre las providencias surgidas del procedimiento monitorio y las sentencias ordinarias de condena), que las limitaciones implícitas al ejercicio de la acción en el proceso monitorio no son condiciones de una acción sumaria especial, sino presupuestos procesales *especiales* que no alteran la naturaleza de la acción ordinaria de condena, de modo que para sostener con lógica la existencia aquí de una acción

sumaria especial, es prerequisite sostener lo mismo para el procedimiento en rebeldía.

Tales son las bases de la doctrina de Calamandrei, que, conservando fielmente el espíritu sugestivo del original, nos ofrece en su cuidada versión Sentís Melendo. Son grandes—y mucho—en este campo de la investigación procesal los méritos del ilustre tratadista italiano. Ha dado un paso decisivo; pero nos parece que hay algo que objetar a la *lógica* de las consecuencias en que se apoya.

Afirma, en efecto, Calamandrei, al umbral de su trabajo, que la fase de cognición es algo *mediato* e *instrumental* al servicio de una finalidad ulterior ejecutiva. Y en esta aserción ha *preparado* ya la respuesta anticipada a las cuestiones que se ha de proponer; porque, realmente, si la cognición tuviese por mira sólo el título ejecutivo, dondequiera que sea menester desplegar alguna actividad para crear éste, podremos hablar de cognición.

Ahora bien, el tema crítico es aquí, cabalmente, si la cognición es algo sustantivo, de valor autónomo, o algo accidental y mediato. Esta es la cuestión que debe resolverse, no otra; porque ésta es la cuestión esencial del problema. Y he aquí justo lo que Calamandrei da por demostrado, cuando es únicamente lo que tendría que demostrar. Una vez introducido con habilidad este supuesto, la cadena de conclusiones es tan estrecha como se quiera, si bien, a efectos demostrativos, inútil, en tanto el punto de partida quede sujeto a discusión.

Por otra parte, ¿cómo se va Calamandrei su tesis ante procesos que tienen como única finalidad una mera declaración de certeza? ¿Y cómo justifica la designación de un proceso atendiendo sólo a una de sus fases y precisamente a la de menor entidad? Si consideramos que la cognición y ejecución son *fases*, nos pueden servir para estructurar el proceso en "etapas", distinguiendo en cada una estas dos especies de actividad. Pero no pueden servirnos con una finalidad clasificatoria. La *tipología* procesal ha de partir, si se quiere evitar contradicciones, de perspectivas referibles al proceso como *totalidad*. Y ya en este punto parece preferible comprender el proceso monitorio dentro de los procesos *formales*¹, único medio de no incidir en un contrasentido semejante al de Calamandrei, quien, de un lado, afirma que la ejecución es lo fundamental en el proceso y, de otro, a un proceso por el mero hecho de hallar vestigios de conocimiento, le llama de cognición. Apurando las cosas, ¿cabe aún un proceso ejecutivo sin ella?

Prescindiendo de estas discrepancias marginales de punto de vista, el valor de la obra, como aportación, es notable. Y en toda ella campea la bizarría de ingenio de uno de los más notables cultivadores del Derecho en nuestros días.

José LOIS ESTEVEZ

1. Vid. *qui Proceso y Forma*, IV, 4 ss.