

tual del vendedor profesional y ha considerado ineficaces las cláusulas limitativas de responsabilidad que pueda invocar el vendedor profesional. En relación con los compradores se aprecia una evidente tendencia a configurar un diferente régimen entre compradores profesionales y profanos, que la legislación protectora de los que no son profesionales ha establecido. Comprador profesional, de un lado, y consumidor, de otro, están sujetos a regímenes diferentes. Ghestin tiene también en cuenta la situación especial de los compradores sucesivos de un bien y las relaciones entre los diversos elementos de la cadena en el supuesto de falta de conformidad de la cosa vendida. Se examina especialmente las acciones de repetición de los vendedores intermedios y la acción directa del subadquirente.

Como conclusión hay que decir que, además del indudable interés del tema tratado, la monografía que se reseña presenta las cualidades que aparecen siempre en los numerosos trabajos publicados por Ghestin, y que hacen que sea uno de los juristas más destacados actualmente en Francia, como el orden y la claridad expositiva, la completa información bibliográfica y jurisprudencial, fundamentalmente francesa, aunque en numerosas ocasiones se exponen soluciones legales acogidas en ordenamientos diferentes del francés y en documentos internacionales, y el rigor y profundidad en los planteamientos y soluciones de los problemas, siempre apoyadas en sólidos argumentos (6.).

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**GUILARTE GUTIERREZ, Vicente:** «La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español». Madrid, 1984. Editorial Montecorbo, S. A. Un volumen de 546 páginas.

La civilística española, en sus estudios monográficos, no suele tratar con profusión la materia referente a las servidumbres. Así que, cuando aparece alguno hay que saludarlo con alborozo, porque estamos ante una modalidad de los derechos reales que, tanto en la antigüedad como actualmente, cumplen una función participativa de trabazón social en el uso y aprovechamiento de los bienes inmuebles de acuerdo tanto con los intereses individuales como comunes de una sociedad regida jurídicamente por un estado de derecho.

La presente obra que se recensiona, trata tan sólo una de las fuentes constitutivas de las servidumbres, la voluntaria, aunque el autor, desde la introducción, comience por explicar sus propias contradicciones al clasificar la modalidad conocida por la doctrina como «destino del padre de familia» entre las legales, debido a que adopta una postura simplemente legalista, cuando tradicional y comúnmente viene siendo considerada por la mayor parte de los autores y de la jurisprudencia como una modalidad constitutiva voluntaria, si bien, sea a través de manifestaciones tácitas de las partes en base a los hechos concluyentes ante el signo aparente.

---

(6) Véase la elogiosa reseña que AUBERT (en *Crónica de Derecho privado francés: año 1982*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1983, fasc. 2.º, pág. 454) hace de esta monografía de GHESTIN.

En realidad, lo novedoso de esta monografía es el tratamiento que hace de nuestra normativa (civil, foral y especial) desde las aportaciones que fundamentalmente ha realizado hasta ahora la doctrina italiana, parte de la francesa y las obligadas citas de segunda mano para el ámbito germánico llenas de erratas y anglosajón. Por lo que se refiere a la doctrina española y a la jurisprudencia, el tratamiento es minucioso y agudo, bisoño e impulsivamente crítico, sobre todo, con las posturas que disienten del legalismo preceptivo italiano, desde cuya óptica el autor pasa a realizar una tarea interpretativa de la normativa de nuestro Derecho positivo en materia de servidumbre. De este modo, a lo largo de la obra se amalgamarán las normas legales con las de carácter imperativo sin distinguir entre una neta constitución voluntaria de servidumbres, o las preceptivamente voluntarias, de las genuinas servidumbres legales o forzosas. Por lo demás, no se percibe ni se constata en general, como en particular para el tratamiento de las servidumbres el complejo mundo de las relaciones jurídicas, iniciales unas, precontractuales otras, cuasi contractuales muchas, aparentes y ambivalentes tantas, prescindiéndose fundamentalmente de las declaraciones tácitas de voluntad o de los *facta concludentia*, sede propia de esta modalidad constitutiva. Por eso, el autor volverá a caer en propia contradicción al proponer la supresión del artículo y hacer una recoducción de los presupuestos de hecho en el contenido, para que permanezcan, o bien dentro las servidumbres legales, o ya en las constituidas por título, cuando no cabe duda de que esta última fue siempre su sede tradicional, en los Códigos civiles, si bien, en el nuestro pasó a ser, con la usucapión, una modalidad singular o propia.

De los cuatro capítulos de la obra en que se distribuye la materia referente a las servidumbres, el primero aborda sus nociones generales, el concepto y los caracteres generales, las servidumbres voluntarias y legales, para pasar a la proyección que tiene sobre la constitución de servidumbres la distinción entre los modos de adquirir originarios y derivativos. A continuación, el apartado siguiente resume la génesis histórica sobre la constitución de las servidumbres, desde el Derecho romano, con una breve alusión al germánico, hasta llegar el Derecho histórico español.

El capítulo segundo abarca en diez apartados el modo constitutivo de las servidumbres por título, o de las puramente voluntarias. Se inicia con un breve resumen referido al ámbito comparado (francés, italiano, alemán, suizo e inglés), una mención, tan sólo de ciertos Derechos forales, para pasar a tratar la adquisición de servidumbres por título en el C. c. (concepto de título, el modo, la cuasi-tradición y la usucapión de servidumbres y el tratamiento de las aparentes), el examen de los contratos de donde derivan títulos aptos para la constitución de las servidumbres (compraventa, donación, permuta, transacción, compromiso, sociedad y otras cuestiones como el precontrato, la división, el contrato constitutivo de servidumbre a favor de tercero y la «*deductio servitus*»), el elemento subjetivo, o partes, en la constitución de servidumbres, tanto en su legitimación activa como en la pasiva para constituir servidumbres desde la titulación de propiedad, de copropiedad, de usufructo, desde los derechos de uso y habitación, en la enfiteusis, en la superficie, en la propiedad limitada por una servidumbre preexistente, en la propiedad de un fundo gravado con hipoteca, en la propiedad

sobre un predio gravado con un derecho de anticresis, en el arrendamiento y en la posesión); además el elemento real, o fundos, con sus relaciones («vecinitas», utilidad, función social, orden público, etc), las servidumbres futuras (sobre el edificio a construir, sobre el fundo a adquirir y su proyección registral), las servidumbres y el régimen de propiedad horizontal, otras cuestiones relacionadas con el título (forma y contenido del contrato constitutivo de servidumbre, la interpretación y prueba del título), para concluir con la constitución de servidumbres por testamento (el legado de servidumbre).

El capítulo tercero trata con mayor atino la prescripción adquisitiva de las servidumbres. Después de otro breve resumen de Derecho comparado y del Derecho foral, se refiere a las distintas clasificaciones de las servidumbres (continuas, discontinuas, aparentes y no aparentes, las positivas y negativas), a la posesión de las servidumbres, al derecho positivo común en materia de adquisición de servidumbres por usucapión, a la posibilidad de prescripción ordinaria de las servidumbres con arreglo al artículo 1.957 del C. c., a la usucapión de la modalidad, la prescripción inmemorial de servidumbres y la prescripción extintiva de la acción negatoria de servidumbres como eventual modo adquisitivo de la misma.

Por último, el capítulo cuarto se refiere a la «destinación del padre de familia», esta modalidad constitutiva de las servidumbres, un tanto singular y compleja, que para el autor queda simplificada al entenderla como un producto legal, o sea, al poner su fundamento en la Ley. Sin embargo, no puede menos de reconocer su originaria naturaleza voluntarista a través de la síntesis que hace para los ordenamientos francés, italiano, alemán, suizo e inglés. Critica duramente, sin razón, la acogida que de ella hacen ciertos Derechos forales, como el navarro, al tacharlo de incoherente e inútil por recoger la destinación; ignora que sus redactores, entre ellos Salinas y particularmente el profesor d'Ors, nuestro gran maestro romanista, que trabajó a fondo la institución en las fuentes, especialmente en aquel inicial curso doctoral compostelano—que recibimos con tanto aprovechamiento—, de donde salió su magistral conclusión, hoy recogida en su «Derecho privado romano» (Pamplona, 1968, página 202).

El estudio de la destinación del padre de familia en el Derecho español se hace por el autor minuciosamente desde un aspecto doctrinal y jurisprudencial, con un análisis particularizado de sus requisitos, para pasar al estudio de su naturaleza jurídica y concluir con una crítica de la institución. Lo que sí no creo válido es trasladar las críticas de la doctrina italiana para confrontar si se ha debatido con acierto la destinación entre nosotros, ya que en el «Código civil» recibe un trato diferente. En el ordenamiento español, mientras no rija otra disposición, es ineludible su interpretación de acuerdo con el artículo 3.1 del C. c. No es aquí la sede para señalar, en concreto, los errores a que lleva una tal transposición interpretativa, donde como consecuencia salen tal mal paradas nuestras sentencias del Tribunal Supremo como los autores que no se conforman al «mos italicus».

A estas alturas, sorprende la conclusión del autor de que «la existencia de esta institución en el C. c., no aporta nada positivo, sino que, por el contrario, constituye una norma perjudicial». Que esto lo diga Biondi en Italia me parece «furbo», pero entre nosotros, este eco suena a falsete; ellos

como nosotros, formalmente, importamos la institución de Francia, y los Italianos siempre tuvieron la rabieta de tener que aceptarla a través del Código de Napoleón, a pesar de que fueron sus geniales conformadores en el tiempo de la Glosa; por eso, hasta que le mudaron su naturaleza normativa no pararon. No creo que ese complejo deba ser trasladado a nosotros; nuestro genial García Goyena despreció el nombre de la destinación y la hispanizó dignamente; Alonso Martínez y los demás civilistas, así lo ratificaron; hoy, como ayer, tendremos que concluir ¡larga vida a la constitución tácita de las servidumbres por signo aparente!

JOSÉ BONET CORREA

**HUERTA TOCILDO, Susana: «Sobre el contenido de la antijuricidad». Editorial Tecnos. Madrid, 1984. 147 págs.**

Libro breve y denso, que se adentra desde las primeras frases en la polémica que enfrenta a los penalistas en la determinación del contenido material de la antijuricidad. Precisar qué elementos son imprescindibles para poder afirmar que una conducta es contraria a Derecho y, paralelamente, cuándo es posible decir que una conducta que en principio está prohibida es, sin embargo, conforme a Derecho dada la presencia de una causa de justificación: ésta es la ardua y conflictiva tarea que emprende la obra que reseñamos. La autora examina las diferentes opiniones doctrinales, consciente de que esos criterios *no constituyen meras disquisiciones teóricas, sino que implican importantes consecuencias en la medida de la pena*. Sus propias conclusiones tienen bien presente la necesidad de que la coherencia lógica y sistemática no arrastre nunca una aberración político-criminal. Para evitar el peligro de esta contradicción, la profesora Huerta Tocildo somete las diversas concepciones del injusto a cuatro diferentes pruebas de corrección: por qué y como se castigan, de un lado, la tentativa y, de otro, el delito imprudente; y qué sucede cuando, en sede de exclusión del injusto, el sujeto desconoce la real concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación o, por el contrario, cree erróneamente que éstos concurren.

La obra se estructura en dos partes, destinándose la primera a precisar la función del *desvalor de acción* y el *desvalor de resultado* en la constitución del injusto, y la segunda a analizar el reflejo de las distintas concepciones del injusto en el ámbito de su exclusión. Cada una de ellas ofrece un riguroso análisis conceptual —con exhaustiva revisión de la doctrina alemana— y una concreta toma de postura. En síntesis, la opinión personal de la autora se concreta en estas ideas: 1.ª Concepción imperativa de la norma penal en el sentido de entenderla como norma de determinación de conductas ya en el ámbito del injusto. 2.ª Concepción dualista del injusto, según la cual éste viene constituido por un *desvalor de acción* y un *desvalor de resultado* que radica en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. 3.ª Rechazo de la teoría de los elementos negativos del tipo en base a consideraciones de índole dogmático y político-criminal. 4.ª Inclusión del dolo en el tipo del injusto de los delitos dolosos, como consecuencia de la concepción de la norma que se mantiene y no desde un planteamiento finalista. 5.ª Necesidad del elemento subjetivo de justificación en todas y cada una de las causas de exclusión del injusto.

Antonio PAU PEDRÓN