

**DR. BADENES GASSET, Ramón.**—“El riesgo imprevisible. (Influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional)”.— Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1946.—250 págs.

El Dr. Badenes cumple con este libro, por de pronto, un mérito que no cabe regatearle: oportunidad. Todo el contenido del Derecho interesa a la paz social, pero esta paz social, como hecho histórico, destaca en cada tiempo problemas acuciantes y agudos que implican temas jurídicos especialmente graves. El tema abordado por el Dr. Badenes pertenece a esta clase. Suscitado con amplitud general por la guerra 14-18 y sus consecuencias (hasta entonces los datos del tema fueron, salvo excepciones, punto menos que hipótesis rebuscada y singular), los recientes acontecimientos mundiales y la universal y casi continua “alteración de las circunstancias” que padecemos le han vuelto a prestar viva actualidad<sup>1</sup>.

Comienza su obra el autor con una “Introducción” en que, tras unas consideraciones generales sobre “La evolución del Derecho y la acción de la jurisprudencia”, se sitúa y justifica el tema. La referencia al tema de tales consideraciones—por otra parte de valor teórico muy excaso—no se manifiesta expresamente.

El capítulo I tiene de título “Concepto del riesgo imprevisible”. En este capítulo no hay que ver más que un planteamiento del tema, más completamente que en el mero esbozo de la “Introducción”. Para ello se sitúa el problema muy someramente, se declara la adopción de la terminología “riesgo imprevisible” entre todas las que designa la materia<sup>2</sup>, y se in-

1. La bibliografía española sobre el tema es reducida. Una sola obra de conjunto, la de CANDIL (“Cláusula rebus sic stantibus”. Madrid, 1946) y diversos estudios parciales o de síntesis como conferencias o artículos de revista (DUALDE: “De la cláusula rebus sic stantibus (Relatividad contractual)” en “Temas varios de Derecho Público y Privado”—Conferencias pronunciadas en el Colegio Notarial de Barcelona—, Barcelona 1943; HAURIQU: “La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales”—con una nota sobre legislación administrativa española de FERNÁNDEZ DE VELASCO—, en *Revista Derecho Privado*, 1926; LENEL: “La cláusula rebus sic stantibus”, en *Rev. D. Priv.*, 1923; TELLO: “Consecuencias prácticas de la teoría de la imprevisión”, en *Información Jurídica*, marzo 1944; BATTLE: “La imposibilidad económica sobrevenida y no prevista en la ejecución de los contratos”, en *Anales de la Universidad de Murcia*, julio-septiembre 1945; DÍAZ CRUZ: “La cláusula “rebus sic stantibus” en el Derecho privado”, en *Rev. Gral. Leg. y Jurisprudencia*, mayo 1946.

Aluden al tema otros artículos (MORO LEDESMA y HERNÁNDEZ GIL, PÉREZ SERRANO, CASTRILLO, etc.), obras de conjunto y comentarios a jurisprudencia del T. S. Vid. en este mismo Fascículo del ANUARIO “Un dictamen del Consejo de Estado” sobre la materia y comentarios de VILLAR PALASI.

2. La cuestión terminológica es, naturalmente, convencional. Pero para una terminología científica hay que estar al convencionalismo común o de la escuela. Por esta razón disintimos del autor, al parecernos preferible en general a la designación francesa y predominantemente administrativista de “riesgo imprevisible” esa otra de “cláusula rebus sic stantibus” que, como procedente del Derecho común y de la Escuela medieval, tiene una aceptación general, así respecto a países y direcciones como a ramas del Derecho; por supuesto que aceptarla no implica acceder en la tesis originaria, a que el nombre alude de la cláusula tácita. Por otra parte, la teoría francesa de la imprevisión se ha formulado en el Derecho Administrativo por la jurisprudencia administrativa del *Conseil d'Etat*, por lo que tiene supuestos peculiares de explicación y justificación en ese terreno. Así, por ejemplo, PEQUIGNOR en su magistral “Théorie générale du contrat administratif” (París 1945) afirma ser inequívocamente una teoría administrativa, incluso distinta respecto a los principios del Derecho privado común (págs. 517 y 605). No ignoramos que la opinión contraria ha sido igualmente mantenida. El autor recoge esta polémica en el § II del cap. IV, página 149, bajo el epígrafe: “¿Es la teoría del riesgo imprevisible común al Derecho privado y al Derecho público?”. Pero el hecho mismo de esta cuestión como interrogativa, señala la utilidad de un término inequívoco y de común aceptación. En fin, la misma denominación “riesgo imprevisible” es restrictiva: se refiere sólo al problema de la mayor onerosidad, como consecuencia del riesgo sobreveniente, de una prestación debida, pero no puede referirse a otras cuestiones normalmente englobadas en la institución de la

tenta una limitación del concepto por distinción dialéctica con otros conceptos afines: culpa, error, lesión, enriquecimiento sin causa y abuso de derecho (a nuestro parecer, la heterogeneidad patente de muchas de estas figuras podía haber ahorrado el esfuerzo de pretender demostrarlo; otra cosa es el intento de comprender en estos conceptos normalmente admitidos el supuesto particular que la teoría de la imprevisión trata de resolver, cuestión que queda en el libro relegada al cap. IV).

El capítulo II está dedicado a "Nociones históricas". El autor hace un rápido recorrido por el Derecho romano, el canonismo de los siglos XII y XIII, el movimiento de los postglosadores, que son los que formulan la tesis como cláusula tácita "rebus sic stantibus", la doctrina y la jurisprudencia italiana en el s. XVII y el Derecho natural racionalista, para concluir con la decadencia de la teoría, que es silenciada por los juristas franceses cuyo influjo recoge el "Code" y, tras éste, el movimiento codificador en general.

Se entra de lleno en la dogmática de la institución en el cap. III, que el autor titula "la modificación de los actos jurídicos válidamente celebrados". La base sistemática de este capítulo está en la distinción de dos modos de operarse esta modificación, según sea por intervención del "poder legislativo" o del "poder judicial". A esta distinción, aparentemente tan simple, le falta luego cierto desarrollo orgánico en el texto. Parece que no ha querido significarse el hecho de que el principio de la imprevisión puede tener expreso reconocimiento legal o no tenerlo más que jurisprudencial, sino, lo que en ocasión de un estudio dogmático tiene más importancia, que el juego del principio puede producirse por determinación objetiva y general de una Ley (en vista de una situación de imprevisión particular, cuyo alcance a los negocios afectados se define con exactitud; por ejemplo, en vista de esta devaluación de la moneda incrementense las deudas pecuniarias anteriores a tal fecha en un 20 por 100, o bien por modulación concreta del juez que, primeramente debe apreciar si la situación de imprevisión ha advenido o no en el supuesto concreto, por valoración de sus circunstancias singulares, y en el caso afirmativo decidir su alcance operativo. Dos únicas consideraciones teóricas preceden a la larga enumeración en nuestro Derecho positivo de las que el autor llama "leyes de emergencia", enumeración en que se concreta el primer epígrafe del capítulo: la afirmación de que en cuanto una disposición legislativa recoge el principio de la imprevisión "desaparece toda posibilidad de aplicación del riesgo imprevisible, que es un remedio para dar solución a situaciones no previstas por la ley ni por los interesados" (pág. 39), y otra que dice que esta legislación "puede considerarse admitida por la

---

cláusula "rebus sic stantibus", como la de la permanencia de una renuncia ya producida, la revocación de negocios consumados en sus efectos, etc. Casi todo el juego de la "cláusula rebus", en el Derecho Internacional se refiere precisamente a estos casos extraños al principio del "riesgo imprevisible", por lo que aludir a ello bajo esta misma denominación de "riesgo imprevisible" (como hace el Dr. Bádenes, pág. 135 y ss.) parece anómalo. Todo esto creemos que debiera de haberse tenido en cuenta, tanto más cuanto el autor no justifica la razón que le ha llevado a adoptar el término "riesgo imprevisible"; la cuestión, aunque relativa, tiene su importancia, por lo que no puede resolverse apodicticamente.

doctrina". Esa primera afirmación—a nuestro entender, equívoca—parece responder a un criterio firme del autor, pues la hace nada menos que contenido de una de las once conclusiones de la obra (conclusión 4.<sup>a</sup>, página 226). Sin duda, este mismo criterio es el que ha impulsado al autor a reservar en exclusiva para el epígrafe segundo del capítulo (aplicación de la teoría por el "poder judicial") lo que llama "medios de aplicación de la teoría" (resolución, revisión, suspensión del acto afectado—o como el autor dice en curiosa terminología—, del "acto jurídico gangrenado"); de otro modo no se comprendería que las "leyes de emergencia" no dispusieran ningún "medio de aplicación de la teoría". De la segunda afirmación del autor (la "legislación parece admitida por la doctrina") debemos confesar que no comprendemos su sentido. La enumeración de disposiciones españolas "de emergencia" se hace con alusión esquemática de su contenido; notamos una omisión fundamental al tratar de la regulación de la materia en la contratación administrativa: la de la Ley de 17 de julio de 1945 y sus disposiciones complementarias, que han establecido el sistema de la revisión de los precios<sup>3</sup>.

Otra vez, al tratar de la intervención del poder judicial, vuelve el autor a remontarse a los principios de la actuación jurisprudencial, con cuya consideración ha encabezado ya el libro. Esta vez alude a la tesis del "standard" jurídico, a la teoría de los "órdenes concretos" (cuya referencia al tema no razona), y, en fin, al "amparo judicial para la revisión de contratos", que ya no es una teoría, sino una institución positiva y concreta establecida circunstancialmente en Alemania. Estudia a continuación "los diversos medios de aplicación de la teoría", que es, sin duda, la parte de mayor interés del capítulo. Sobrevenida la circunstancia imprevisible cabe que la obligación sea: resuelta, revisada, suspendida en su ejecución. Al tratar de la revisión expone la doctrina sentada por el Consejo de Estado francés en el célebre "arrêt" Gaz de Bordeaux (1916), base de toda la teoría francesa de la imprevisión, y unos antecedentes sobre la ley francesa Faillot. Justifica, a nuestro entender, pobremente el expediente de la revisión, al hacerlo sólo desde el punto de vista del deudor. Tras exponer el sistema de suspensión o prórroga, el autor concluye el capítulo recapitulando sobre cuál de las tres soluciones es preferible, inclinándose por un casuismo que debe administrar el prudente arbitrio judicial. Es lástima que el autor no haya ahondado más sobre esta cuestión (a la que dedica nada más que cinco páginas), sin duda la verdaderamente interesante en el capítulo y uno de los quicios de la dogmática de la institución.

El capítulo IV, el más extenso de la obra, está dedicado a estudiar el "fundamento de la teoría del riesgo imprevisible". Hace el autor en este capítulo una amplia exposición de doctrinas para concluir presentando una posición propia. Para tal exposición distingue cuatro grupos de posiciones doctrinales: 1.º, aquéllas que sitúan el fundamento de la

3. Que esta regulación fundamental ya se había producido en el momento de la redacción del libro se deduce de que el autor cita fechas posteriores, p. ej., la de una Revista de noviembre de 1945, en la pág. 207.

institución en la propia relación jurídica afectada, y esto a su vez, ya subjetivamente en la voluntad informadora del negocio jurídico en cuestión (teoría de la "presuposición", de Windscheid, y sus afines—Renard, Ossilia, Cogliolo, Alsina, Dualde—; teoría de la "voluntad marginal", de Osti; teoría de la "base del negocio", de Oertmann, y sus modalidades en Locher y Lehmann; aplicaciones de la moderna teoría causalista; teoría del "deber de esfuerzo", de Hartmann, y, en fin, posición de Bruzin de la "situación extracontractual"), ya objetivamente, en el principio de la equivalencia de las prestaciones (anteriores en la tesis escolástica del "justo precio", posiciones de Giorgi, Poyaji, Krückmann, Lenel, Maury y Coviello); 2.º, doctrinas que sitúan el fundamento del riesgo imprevisible fuera de la relación jurídica, ya deduciéndolo de un principio moral general (Ripert, Voirin), ya del principio concreto de la buena fe (Went, Klenke, etc.); 3.º, justificación de la teoría por extensión del concepto de caso fortuito, mediante la tesis de la "imposibilidad relativa", que ha tenido cierto relieve en Francia e Italia y ha sido recibida por la jurisprudencia inglesa en la doctrina de la "commercial impossibility", y 4.º, doctrinas formuladas con otros fines, pero "que por su propio contenido resuelven el problema" (teoría de la integración, de Smend; teoría de la pluralidad de contratos en las obligaciones de tracto sucesivo, de Larombière). De esta somera rescensión del capítulo puede colegirse la amplitud del material bibliográfico manejado por el autor. Se observa, sin embargo, que a veces se ha extremado la singularidad de la doctrina de algún autor para señalarla como posición original; que falta en muchas doctrinas una exposición más orgánica y completa, como, por ejemplo, en la extensión al caso del principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, en que el autor olvida toda la obra de la jurisprudencia alemana, depurada en los años decisivos de la postguerra pasada; que no se acompaña la referencia bibliográfica de alguna teoría, como ocurre con la doctrina inglesa de la "commercial impossibility" (por cierto nada más que aludida); en fin, de otras teorías (por ejemplo, la de la "integración", de Smend) cabe decir que la aplicación al supuesto del tema está hecha con poco rigor.

El autor concluye el capítulo IV exponiendo la que él cree "posición correcta deducida de la revisión de conceptos tradicionales". Los epígrafes son expresivos de la concepción del autor a este respecto: "el contrato y la idea de comunidad", "debilitación de los dominios de la voluntad", "la solidaridad social", "la relatividad de los derechos". Se hace eco, como se ve, de la crítica moderna al concepto tradicional del contrato (crítica—por cierto—, a nuestro parecer, más aparatosa que efectiva; no alcanza a rozar a la dogmática esencial del contrato, perfilada en siglos de jurismo práctico y teórico, sino a lo más a alguna de sus aplicaciones prácticas). "El concepto tradicional del contrato, por inexacto—dice—, no puede soportar el problema que estudiamos en este trabajo" (pág. 112). Esta afirmación nos parece extremadamente orgullosa, tanto más cuanto que después no se opone a ese concepto "inexacto" otro concepto que le sustituya, conformándose el autor con una se-

rie de declaraciones generales del tenor ya aludido. Concluye afirmando "que el riesgo imprevisible tiene una amplia y sólida fundamentación en la relatividad de los derechos y en la solidaridad social".

El capítulo V estudia los "requisitos del riesgo imprevisible". Examina los siguientes: "imprevisibilidad" propiamente tal, dificultad extraordinaria, ausencia de acción dolosa de las partes, desconocimiento por el deudor del acontecimiento sobreviniente (en donde estudia la posibilidad de estimar el riesgo imprevisible en los contratos aleatorios, inclinándose por la afirmativa por la distinción de un álea previsible y un álea imprevisible), que no afecte al orden público y petición de parte interesada.

En el capítulo VI se señala el "ámbito de aplicación de la teoría". El autor estudia a este respecto la efectividad de la teoría en el Derecho Internacional Público, en el Derecho privado en general y en particular en los actos jurídicos no contractuales. A nuestro entender, si se quería hacer un estudio general de la relevancia de la teoría en todas las ramas del Derecho, se ha realizado la grave omisión de no considerar el Derecho administrativo, donde tiene un campo peculiar de aplicación que precisamente, como ya hemos observado, ha determinado la formulación de la teoría como teoría de la imprevisión; si no se ha pretendido esto, la referencia al problema en Derecho Internacional Público está fuera de sistema. En la presente obra es lo cierto que todos los capítulos anteriores se han realizado con la idea puesta en el Derecho privado y no, como en este capítulo parece pretenderse, construyendo una teoría en los términos abstractos de una teoría general del Derecho. En el estudio sobre la cuestión en el Derecho Internacional Público el autor deja deslizar alguna afirmación errónea, como la de imputar a Kelsen la concepción de la regla "pacta sunt servanda" como norma fundamental suprema del ordenamiento internacional<sup>4</sup>. No nos sorprende este desliz cuando el propio autor pone de manifiesto en este punto su falta de conocimiento y manejo de las fuentes, al atribuir a Kelsen una obra que no es sino del español Recaséns Siches, la publicada por Labor en 1929 con el título "Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico"; la cita de la página 136 (nota) en ese sentido es reproducida luego en la Bibliografía general, página 238. Tras exponer la doctrina ligera "pacta sunt servanda" y hacer una historia de la aplicación de la "cláusula rebus" en las relaciones internacionales, concluye con una somera referencia a la posibilidad práctica de la teoría. El epígrafe II del capítulo está dedicado a la cuestión de la admisión de la institución del riesgo imprevisible, nacida bajo este nombre en el Derecho Administrativo, en el campo del Derecho privado. En realidad esta cuestión, como ya hemos dicho, está planteada respecto a la peculiaridad de esa teoría en cuanto formulada en el Derecho Administrativo por la obra del Consejo

4. Tal afirmación, además de ser falsa (remitimos al autor a la bibliografía de Kelsen accesible en castellano: "Teoría General del Estado", trad. Legaz, pág. 168, y "Compendio de Teoría General del Estado", trad. Recaséns, pág. 141 y ss.), es esencialmente antikelseniana, pues implica negar el carácter hipotético de la norma fundamental suprema y por ende el carácter formal del ordenamiento, la misma concepción "pura" del Derecho.

de Estado francés, por lo que no puede tener el mismo sentido plantearla cuando se ha prescindido de esa peculiaridad presentando bajo ese nombre en realidad una vieja doctrina formulada en y para el Derecho privado; verificamos aquí prácticamente aquella ponderación anterior de la importancia de la terminología. El autor concluye que la teoría del riesgo imprevisible "es común al Derecho público y al Derecho privado". Termina el capítulo estudiando la aplicabilidad de la teoría "a todos los actos jurídicos"; en realidad este enunciado no responde al contenido, pues el autor solamente se refiere a los actos unilaterales productores de obligaciones (promesa, etc.).

El capítulo VII está dedicado a la "legislación española", distinguiendo ahora el Derecho administrativo y el Derecho privado. Respecto a la legislación administrativa, el autor centra la cuestión en un estudio de la "fuerza mayor". Incurre en tal estudio en un error de interpretación —por cierto, bastante común—al partir de la base de que el principio de "riesgo y ventura" que informa la contratación administrativa contrasta con el artículo 1.105 del Código civil (pág. 165). Esta afirmación es totalmente falsa, aunque no sea ésta la ocasión más oportuna el demostrarlo<sup>5</sup>. Con este defecto inicial de comprensión, la exposición de nuestro régimen positivo administrativo es muy deficiente. Por otra parte, el autor no tiene en cuenta, como ya hemos observado más arriba, la regulación fundamental de la materia en este campo, constituida por la Ley de 17 de julio de 1945 y disposiciones complementarias, que establecen el prin-

5. El riesgo y ventura se refieren a la mayor o menor onerosidad en la realización de las prestaciones comprometidas ("El contratista no podrá bajo ningún pretexto de error u omisión reclamar aumento de los precios fijados en el cuadro correspondiente del presupuesto": art. 43 del Pliego de condiciones generales de 13 de marzo de 1903), pero en modo alguno a negar la aplicación al contrato administrativo del principio elemental de derecho que exonera de toda responsabilidad por daños producidos a quienes no puede, directa ni indirectamente, imputarse su causación. Aunque bastaría exigir la prueba de la cita legal en contrario de esta afirmación nuestra (dado el párrafo 3.º del artículo 60 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, que dispone la aplicación a los contratos administrativos de "las reglas de Derecho común" en lo no contradicho "por las disposiciones especiales sobre contratación administrativa"), cabe aducir una demostración positiva en el propio Pliego de condiciones generales, sin necesidad de acudir a los principios del derecho común, puede encontrarse formulación del principio "casus a nullo praestantur"; así, en el párrafo 2.º del artículo 56, concordante con el artículo 13, se define del modo más amplio la situación de fuerza mayor ("motivos inevitables", "causa cualquiera independiente de la voluntad del contratista") para exceptuarla de la calificación material de incumplimiento culpable; y el art. 53 otorga al contratista nada menos que un derecho de rescisión (incluso con el derecho a ser indemnizado, aun cuando se tase la indemnización: párrafo 4.º del art. 56) cuando "cualquiera circunstancia independiente de su voluntad" impida durante más de tres años "comenzar las obras y desarrollarlas en la escala debida". El "riesgo y ventura" es, como se ve, el mismo "periculum" común del contrato privado. Suelen aducirse, sin embargo, ciertos preceptos (por cierto que el autor omite precisamente los fundamentales: art. 42 del Pliego y Reglamento de 17 de julio de 1868 en su parte vigente) en que se limita a ciertos siniestros, la estimación de la fuerza mayor en el contrato de obras públicas; pero se olvida que tales preceptos se refieren no en general a fuerza mayor como determinante de una situación de incumplimiento, sino como determinante de un perjuicio material ("pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras": art. 42 del Pliego) para decidir quién debe soportarlo. Si se examina el caso con detención, se llega a la sorprendente conclusión de que estos preceptos no sólo no consagran un extremo rigor en el principio del "riesgo y ventura", sino que son, precisamente, excepciones del rigor que es ordinario a este principio en el Derecho común, dado que establecen que las pérdidas causadas por aquellos ciertos siniestros, en vez de recaer sobre el contratista (como ocurre en el contrato privado de obras: arts. 1.589 y 1.590 Código civil), serán soportadas por la Administración mediante la indemnización oportuna. He aquí que la pretendida dureza del contrato administrativo no es sino en realidad, en este punto, benignidad, que coloca al contratista en situación más favorable que la que el Derecho privado le ofrece.

cipio de la revisibilidad de los precios del contrato. La exposición del régimen positivo en el Derecho privado es muy superior—en nuestro sentir, una de las partes más logradas de la obra—. El autor, ante la ausencia de preceptos concretos que consagren la institución del riesgo imprevisible (falta en nuestro Derecho una declaración expresa a este respecto como la contenida en los artículos 1.467-1.469 del nuevo Código civil italiano), estudia en el Código civil el principio “*pacta sunt servanda*”, sus limitaciones en sentido general, su afirmación frente a circunstancias sobrevinientes que pudieran afectarle y, en fin, los casos concretos en que, por el contrario, el legislador ha tenido en cuenta esta variación de circunstancias para posibilitar la rescisión, resolución, etcétera, de actos y contratos firmes. Examina a continuación la posibilidad de instrumentar la institución del riesgo imprevisible en nuestro Derecho sobre la base de los principios positivos respecto a interpretación (artículo 1.281 Código civil), causa (art. 1.277 Código civil), valoración de los daños de que responde el deudor de buena fe (art. 1.107 Código civil), principio contractual de la buena fe (arts. 1.258 Código civil y 57 Código de comercio), reciprocidad de las prestaciones (art. 1.124 Código civil) y plazos de gracia y beneficio de espera (arts. 1.128 y 1.912 Código civil). La disposición del autor hacia la institución le lleva a admitir su posibilidad (lo que razona con prudencia) en alguno de esos citados preceptos, particularmente en los que consagran el principio de la buena fe y el de la reciprocidad de las prestaciones. Tras examinar críticamente seis sentencias del Tribunal Supremo sobre la materia, concluye afirmando que “puede considerarse el riesgo imprevisible en nuestro Derecho privado como fuente primaria de aplicación”, y esto “como solución de ley sin necesidad de acudir a la aplicación de fuentes de derecho subsidiario”.

El último capítulo de la obra considera las “medidas que pudieran solucionar parcialmente el problema del riesgo imprevisible” mediante “la previsión del riesgo imprevisible”; se trata aquí de las llamadas “cláusulas estabilizadoras” frente a las fluctuaciones del valor monetario, supuesto el más general respecto a la teoría del riesgo imprevisible. El autor postula la validez de estas cláusulas valor, si bien admite que su excesivo empleo pudiera obligar al Estado a declarar la fórmula contraria al orden público.

Concluye la obra resumiendo en once “conclusiones” los criterios obtenidos a lo largo de la investigación del tema. Como final se acompaña una lista general de la bibliografía consultada.

Podemos resumir nuestro juicio sobre la obra de Badenes Gasset afirmando que, no obstante los reparos que pueden formularse—como hemos indicado—a alguna de sus partes concretas y a cierta falta de rigor observable en algunos puntos, acierta a presentar cuestiones importantes de positivo interés para nuestro Derecho, dada la actualidad y trascendencia del tema y lo exiguo de nuestra bibliografía. Sin duda que su utilidad ha de quedar pronto de manifiesto ante los encargados de administrar esa sutil y sugestiva institución que es la cláusula “*rebus sic*

stantibus"; esta proyección práctica de la obra es su mayor mérito positivo, cuya ponderación no precisará hacerse entre juristas que hacen de "la lucha por el Derecho" su vocación.

E. GARCIA DE ENTERRIA Y CARANDE  
*Letrado del Consejo de Estado*

ERMINI, Giuseppe.—"Corso di Diritto comune. I, Genesi ed evoluzione storica. Elementi costitutivi".—Fonti, 2.<sup>a</sup> ed.—Milán, 1946.

El "Derecho común" es la ciencia nueva de un saber antiguo. Un romanista de hoy puede considerarlo como una forma primitiva, tosca, definitivamente superada de conocer y manejar el Derecho romano. Para estos estudios, una glosa de Bartolo es simplemente una curiosidad. El defecto radical de esta romanística del medievo es la falta de sentido histórico. El Derecho romano es para glosadores y comentaristas un todo compacto, homogéneo y sumamente racional. Ellos no ven los estratos de que está formado, y su labor se dirige a armonizar, poner de acuerdo los principios y normas que aparentemente se contradicen: *Haec vero non sunt contraria*... El resultado es de una lógica que intenta colocarse fuera del tiempo. Colocar el Derecho común en una perspectiva histórica debería constituir una gran lección para los dogmáticos de todos los tiempos. Porque si ha habido una escuela jurídica que se hubiera resistido a admitir que se insertase en un lugar histórico, relativo, esa es la escolástica jurídica medieval. Y, sin embargo, ahí está ahora.

Un método científico erróneo y superado, ¿qué interés puede tener? Sí: esa ciencia muerta fué un Derecho vivo, y aún diremos que fué una cálida aspiración medieval, más aún, como el contrapunto de su historia jurídica. Estábamos acostumbrados a observar en ésta el proceso particularizador que enlaza con los últimos tiempos del Derecho romano occidental, a cuyo proceso se yuxtapone después la recepción romanista, como algo distinto y en cierta manera exótico. Tenía que venir de Italia otra vez—ya que en su tierra se mantiene vivo y hasta exacerbado el sentimiento de la *civiltá*—esta tendencia a contemp'ar la continuidad jurídica occidental desde el Derecho romano. Y es su ciencia actual la que se aplica a mostrarnos el Derecho común como una posición subsiguiente al *Ius universal*: Derecho común, ahora, justamente porque se opone como término al *Ius proprium*: se opone y lo complementa y conduce la evolución histórica hasta la época de las codificaciones contemporáneas.

Hay en estas investigaciones, verdaderamente, un objeto material diferente, el Derecho común; pero hay también otro punto de vista, otra actitud ante la totalidad del Derecho medieval. Para nuestra especialidad nacionalista—acaso con exceso dominada por la concepción germánica—esta nueva ciencia del Derecho común puede ser una invitación a cambiar también el punto de mirá. ¿Adoptando íntegramente el de los autores italianos que primero con pasión—Tamassia—, después con paciencia, van reivindicando la continuidad de la tradición romana? Posiblemente habría algo que corregir en su nacionalismo.