

GUSTAV BOEHMER

# EL DERECHO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

*SU APLICACIÓN Y CREACIÓN*

TRADUCCIÓN Y ANOTACIONES DE DERECHO ESPAÑOL POR

JOSÉ PUIG BRUTAU



---

BOSCH, Casa Editorial - Urgel, 51 bis - BARCELONA

## ÍNDICE GENERAL

	Págs.
<i>Índice de abreviaturas</i> . . . . .	7
<i>Advertencia preliminar del autor a la edición española</i> . . . . .	15
<i>Advertencia del traductor</i> . . . . .	16
§ 1. <i>Consideración general</i> . . . . .	17

### CAPÍTULO PRIMERO

#### INTERPRETACIÓN SECUNDUM LEGEM: CONCEPTOS Y VALORES JURÍDICOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY

§ 2. <i>Condictio doble o unitaria, en el caso de transmisión eficaz pero realizada sin causa y por un no titular</i> . . . . .	25
A) El problema . . . . .	26
I. Las dos soluciones opuestas . . . . .	26
II. Bases históricas . . . . .	29
III. Aplicación del § 816 I 2 . . . . .	33
B) Indagación de la solución adecuada . . . . .	37
I. Crítica general del método empleado hasta ahora para resolver el problema . . . . .	37
II. Construcciones falsas de la doctrina de la doble condictio. . . . .	37
III. Casos especiales de los §§ 814, 815 y 817 del C. c. . . . .	43
V. Protección que merece el no titular “honesto”, como “Treuhänder” del anterior propietario . . . . .	47
C) Resultado . . . . .	55
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	58
§ 3. <i>La incongruencia entre los §§ 933 y 934 del Código civil alemán, desde el punto de vista de una política jurídica de protección de los derechos, y su conciliación</i> . . . . .	71
A) El problema . . . . .	71
1. Cómo se desvirtúa el principio de la tradición en los §§ 930 y 931 . . . . .	71

	<u>Págs.</u>
II. Retorno al principio de la tradición en el § 933 . . . . .	73
III. Posibles rodeos para eliminar el § 933 . . . . .	77
B) De cómo el § 934 puede dejar frustrada la protección que a la propiedad trata de conceder el § 933 . . . . .	78
I. El § 934, primer caso . . . . .	78
II. El § 934, segundo caso . . . . .	83
C) Tentativa de solución . . . . .	85
I. Valoración errónea de la posesión mediata . . . . .	85
II. Solución para el § 934, primer caso . . . . .	87
III. Solución para el § 934, segundo caso . . . . .	89
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	96
§ 4. <i>La prohibición de la autocontratación y de la doble representación en el § 181 del Código civil alemán</i> . . . . .	107
A) Carácter general del problema . . . . .	108
B) Configuración objetiva del problema . . . . .	110
C) Posición de la jurisprudencia . . . . .	114
I. El § 181 como un precepto de ordenación formal . . . . .	114
II. Dificultades prácticas, especialmente en los casos de representación legal, y tentativa de solución . . . . .	117
III. Competencia del Tribunal de tutelas . . . . .	123
IV. Consecuencias prácticas de la incompetencia del Tribunal de tutelas . . . . .	131
D) Valoración jurídica flexibilizadora . . . . .	139
I. Interpretación restrictiva en casos excepcionales . . . . .	139
II. Ampliación por vía de analogía . . . . .	140
III. Resultado . . . . .	148
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	149

## CAPÍTULO SEGUNDO

### PRECEPTOS DE ORDENACIÓN FORMAL Y CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

§ 5. <i>El sentido de los preceptos de ordenación formal</i> . . . . .	165
I. Límites de la creación judicial del Derecho . . . . .	165
II. Concordancia entre “jus strictum” y “jus aequum” . . . . .	166
III. Contradicción entre “jus strictum” y “jus aequum” . . . . .	168
IV. Justificación de los preceptos de Derecho necesario . . . . .	170
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	175

	<u>Págs.</u>
§ 6. <i>Preceptos de forma</i> . . . . .	180
A) Disposiciones por causa de muerte . . . . .	180
I. Rigor juris . . . . .	181
II. Atribuciones entre vivos como formas supletorias del testamento . . . . .	184
B) Negocios formales entre vivos . . . . .	203
I. Jus cogens . . . . .	204
II. Inadmisibilidad de recurrir a la nulidad por defecto de forma . . . . .	207
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	213
§ 7. <i>Preceptos del plazo</i> . . . . .	242
A) Consideración general . . . . .	242
B) La "Verwirkung" . . . . .	243
I. Ampliación de los plazos de prescripción . . . . .	245
II. Casos de "Verwirkung" regulados en el Derecho po- sitivo . . . . .	247
III. Derecho de creación judicial . . . . .	249
1. En el Derecho de revaloración . . . . .	250
2. En el de propiedad industrial . . . . .	252
3. En el Derecho laboral . . . . .	255
IV. La cuestión de su validez con carácter general . . . . .	261
V. Cuadro de conjunto . . . . .	268
C) Abuso de la excepción de prescripción . . . . .	269
D) Abuso de la invocación de los plazos de caducidad . . . . .	274
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	279
§ 8. <i>Aprovechamiento abusivo de sentencias firmes injustas</i> . . . . .	293
A) El problema . . . . .	294
I. Significado de la cosa juzgada . . . . .	294
II. Eficacia de cosa juzgada de las decisiones injustas . . . . .	296
III. Límites . . . . .	299
B) Estado actual de la regulación legal . . . . .	300
I. Estrechos límites de la acción de restitución . . . . .	300
II. Apoyo de la jurisprudencia en el § 826 del C. c. . . . .	302
C) Abuso de sentencia . . . . .	303
I. Primer grupo: producción reprobable de decisiones falsas . . . . .	303
II. Segundo grupo de casos: inexactitud subsiguiente a causa de la alteración de las circunstancias . . . . .	310

## CAPÍTULO TERCERO

AMPLIACIÓN JUDICIAL DE LA LEY: CREACIÓN JURÍDICA  
"PRAETER LEGEM"

	<u>Págs</u>
§ 9. <i>La transmisión de seguridad</i> . . . . .	315
A) Punto de vista metodológico . . . . .	317
B) La prohibición de la hipoteca mobiliaria contenida en los §§ 1.205 y 1.206 del C. c. . . . .	319
I. Ratio legis . . . . .	319
II. Fracaso de la prenda manual para servir de garantía en el caso de créditos a largo plazo asegurados con la pignoración de conjuntos de cosas . . . . .	321
III. Tentativas frustradas de hallar remedio por vía le- gislativa . . . . .	322
C) La transmisión de seguridad como institución complemen- taria de la ley . . . . .	324
I. Creación de la vida jurídica . . . . .	324
II. Necesidad indispensable de la práctica . . . . .	326
III. Lucha contra su aplicación abusiva . . . . .	328
IV. Aplicación justificada . . . . .	345
1. Efectos de Derecho material . . . . .	345
2. Tratamiento procesal . . . . .	347
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	355

## CAPÍTULO CUARTO

CORRECCIÓN JUDICIAL DE LA LEY: CREACIÓN JURÍDICA  
"CONTRA LEGEM"

§ 10. <i>Consideración general</i> . . . . .	377
§ 11. <i>Disposiciones legales inicialmente defectuosas: la asociación     sin capacidad jurídica</i> . . . . .	379
A) La situación jurídica querida por la ley . . . . .	380
I. Asociación y sociedad en la vida jurídica . . . . .	380
II. Tendencias de la regulación legal . . . . .	382
III. Valoraciones defectuosas de esa regulación . . . . .	385
B) Corrección de la ley por medio de la creación judicial . . . . .	386
I. Límites . . . . .	386

	<u>Págs.</u>
II. Derecho interno de asociaciones . . . . .	388
III. Derecho externo de asociaciones . . . . .	390
IV. Responsabilidad por deudas . . . . .	395
V. Responsabilidad según el § 31 del C. c. . . . .	401
VI. Capacidad para ser parte activa . . . . .	406
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	408
§ 12. <i>Disposiciones legales superadas: el riesgo de la explotación en la relación de trabajo</i> . . . . .	412
I. Solución primitiva . . . . .	413
II. Nueva solución . . . . .	415
III. La "teoría de las esferas" . . . . .	417
IV. Desarrollo a partir de 1948 . . . . .	419
V. Previsión para el futuro . . . . .	422
§ 13. <i>Derecho consuetudinario derogatorio: el matrimonio y el divorcio póstumos</i> . . . . .	427
A) El matrimonio póstumo . . . . .	427
I. ¿Institución de Derecho consuetudinario? . . . . .	427
II. La orden secreta de Himmler . . . . .	428
III. Falta de base legal . . . . .	429
IV. Posición de la ciencia y de la jurisprudencia . . . . .	432
V. Comprobación de los presupuestos consuetudinarios . . . . .	433
VI. Límites de los efectos de Derecho consuetudinario . . . . .	441
VII. Regulación legal posterior . . . . .	445
VIII. Significación de esta regulación . . . . .	447
B) El divorcio póstumo . . . . .	448
I. Bases legales . . . . .	448
II. Regulación procesal . . . . .	450
III. Valoración objetiva . . . . .	451

## CAPÍTULO QUINTO

## LA REPERCUSIÓN DE LAS DOS GUERRAS MUNDIALES, DE LAS POSGUERRAS Y DE LAS REFORMAS MONETARIAS EN LAS RELACIONES DE DERECHO PRIVADO

§ 14. <i>Carácter general de la situación económica y jurídica</i> . . . . .	457
A) La depresión monetaria y la revalorización después de la primera guerra mundial . . . . .	459
B) La situación económica y jurídica durante y después de la segunda guerra mundial . . . . .	470

	<u>Págs.</u>
§ 15. <i>La revisión del contrato como medio legalizado de creación del Derecho por vía judicial</i> . . . . .	475
A) Carácter general . . . . .	475
B) La ley de revisión judicial de los contratos . . . . .	476
C) La revisión contractual y su realización procesal . . . . .	477
§ 16. <i>Creación libre de Derecho por el juez</i> . . . . .	486
A) Disolución de relaciones jurídicas . . . . .	486
B) Distribución del riesgo en el caso de pérdida de la cosa determinada por la guerra o la posguerra . . . . .	492
I. Responsabilidad del ferrocarril . . . . .	493
II. Seguro de cosas . . . . .	494
III. Imputación del riesgo en negocios de expedición . . . . .	497
IV. Imputación del riesgo en el caso de pagos en dinero y de transferencias bancarias . . . . .	502
V. Imputación del riesgo en los contratos de arrendamiento de uso, de uso y disfrute y de aprovechamiento . . . . .	506
VI. "Hipotecas sobre ruinas" . . . . .	510
C) Efectos de la depreciación monetaria . . . . .	526
I. Consideración general . . . . .	526
II. Perturbación de la función del dinero como medida de valor . . . . .	527
1. Resarcimiento de daños . . . . .	527
2. Indemnización de gastos . . . . .	534
3. Enriquecimiento . . . . .	535
4. Otros casos . . . . .	536
III. Perturbación de la función del dinero como medio de pago . . . . .	541
1. Planteamiento del problema . . . . .	542
2. Ninguna revalorización . . . . .	542
3. ¿Moratorias de pagos? . . . . .	543
4. Solución legal . . . . .	546
§ 17. <i>La reforma monetaria</i> . . . . .	550
A) Carácter general . . . . .	550
B) Extensión de la conversión a derechos reales de garantía . . . . .	555
C) Restablecimiento de la función del dinero como medida de valor: consideración general . . . . .	561
D) Los casos del § 18 I, núm. 1, de la ley de conversión . . . . .	565
E) Los casos del § 18 I, núm. 2, de la ley de conversión . . . . .	568
I. Regulación general . . . . .	568
II. Prestación realizada en los contratos de compraventa . . . . .	570

III. Prestaciones realizadas en virtud de contratos de obra y de suministro . . . . .	580
F) Pagos anticipados y a cuenta . . . . .	584
G) Los casos del § 18 I, núm. 3, de la ley de conversión . . . . .	587
H) Aplicación analógica del § 18 I, núm. 3, de la ley de con- versión . . . . .	589
I. Relaciones de participación . . . . .	589
II. Resarcimiento de daños, gastos y enriquecimiento: consideración general . . . . .	590
III. Pretensiones de resarcimiento de daños . . . . .	594
IV. Pretensiones de resarcimiento de gastos . . . . .	604
V. Pretensiones por causa de enriquecimiento . . . . .	606
<i>Palabras finales</i> . . . . .	615
<i>Anotaciones del traductor</i> . . . . .	615
<i>Índice alfabético de materias</i> . . . . .	649
<i>Índice general</i> . . . . .	661