

PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, J. JAVIER y otros: *Guía del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Editorial CISS, Valencia, 1999. Un tomo de 341 págs.

El clásico «Impuesto de Derechos Reales» fue de siempre uno de los cometidos normales de los Registradores de la Propiedad, que antes tenían que aprenderse los temas correspondientes para superar las pruebas de la oposición, una de las cuales consistía en hacer una liquidación. Y a lo largo del ejercicio de la profesión, el liquidar los títulos era el paso inicial de las oficinas de partido.

Por eso es un tema que nos toca de cerca y aún sigue siéndolo, tras los vaivenes y las pujas competenciales de los organismos autonómicos. Tras la tempestad ha venido la calma y de nuevo han vuelto las aguas a su cauce y se sigue liquidando en nuestras oficinas. Ello es natural, puesto que este Impuesto tiene un fuerte sustrato jurídico no siempre apto para funcionarios de tinte solo administrativo; hace falta saber Derecho, y mucho, para enfocar los diversos actos que se pueden contener en los documentos sujetos a liquidación. Por eso, es natural que sigamos siendo considerados los profesionales más adecuados para llevar este Impuesto con la garantía de una correcta aplicación de sus normas.

Por otra parte, este tributo es ciertamente uno de los más complejos del sistema tributario español, pues además del ya apuntado sustrato jurídico, tiene un contenido variado que comprende hasta tres modalidades diferentes, como son las transmisiones patrimoniales propiamente dichas, o sea, las onerosas, pues las gratuitas van a las sucesiones o donaciones, por otro lado las operaciones societarias y por fin los típicos actos jurídicos documentados. Se trata, pues, de una estructura no sencilla que requiere una buena preparación.

Ya existen buenos estudios sobre estos temas, algunos de ellos debidos a un Registrador de la Propiedad de todos conocido, pero ahora se nos presenta este libro que tiene por autores técnicos-fiscales, expertos en materia tributaria que conocen no sólo los aspectos teóricos del impuesto, sino también los supuestos prácticos de su aplicación. Son ellos los inspectores de Hacienda, don J. JAVIER PÉREZ-FADÓN MARTÍNEZ, doña CRISTINA SÁNCHEZ CORRALES y doña CARMEN FERNÁNDEZ MUÑOZ, del Cuerpo Especial de Gestión de la Hacienda Pública, los que nos ofrecen esta obra teórica y práctica.

Comienza el libro reseñando los antecedentes, de todos conocidos, de este impuesto, la estructura ya dicha y detallando la regulación actual contenida en el Texto refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de

septiembre, y su Reglamento aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo. A eso hay que añadir la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y las normas especiales de Navarra y las provincias vascongadas. Y por si fuera poco, hay que tener en cuenta las normas aplicables de la Unión Europea. Una delicia; una vez más, la multiplicidad de normas que dificulta la claridad y la seguridad jurídica.

En el capítulo II se estudian las disposiciones de carácter general aplicables a todas las modalidades de este impuesto. Se empieza por su naturaleza, calificándolo de indirecto, de carácter objetivo y de devengo instantáneo; otra nota de su naturaleza es que actualmente se encuentra cedido a las Comunidades Autónomas, no sólo en cuanto a su gestión y recaudación, sino también en determinados aspectos de su normativa.

Tiene las tres modalidades dichas de transmisiones, actos societarios y actos documentados y se estudia la situación del impuesto en relación con el total sistema tributario español, especialmente al ponerlo en contacto con otros tributos con los que puede cruzarse. La calificación de los actos, como es sabido, se hace por su verdadera naturaleza, prescindiendo de la denominación que hayan querido atribuirle las partes interesadas. Otras normas generales se refieren al ámbito de aplicación territorial, delimitando las competencias, las exenciones, el devengo, la prescripción y la devolución cuando proceda. Todas estas normas, con arreglo a lo establecido y lo declarado por la jurisprudencia, son expuestas de modo claro y completo.

En el capítulo III se expone lo referente a la parte de las transmisiones patrimoniales onerosas, caracterizadas por la onerosidad en la transmisión, que sean operaciones realizadas intervivos y que impliquen un desplazamiento de bienes de contenido económico. Sin embargo, en los casos de intervención de un empresario o profesional, el acto puede derivar al IVA. Hay varios supuestos estudiados por la jurisprudencia en decisiones que se contemplan a título ilustrativo.

El hecho imponible supone la búsqueda de los supuestos de aplicación de este impuesto, que contempla diversos casos típicos según se trate de verdaderas transmisiones o constitución de derechos reales o de préstamos o fianzas, con reglas especiales para los arrendamientos, las pensiones y las concesiones administrativas. Según sean estos supuestos también serán distintas las reglas para la obtención de la base liquidable, lo que se expone detalladamente. A seguido se contemplan los sujetos pasivos y la cuota tributaria, todo con gran detalle y reflejando las decisiones jurisprudenciales en los diversos casos que se han presentado en la práctica.

En el capítulo IV se analizan las operaciones societarias, empezando por estudiar la Directiva 69/335/CEE del Consejo, sobre el derecho de aportación, o sea, el impuesto armonizado sobre las aportaciones de capital a las sociedades, recogiendo algunos fallos del Tribunal de la Unión Europea sobre el particular. Ya en la regulación interna española, el libro expone los elementos de esta modalidad del impuesto detallando las diversas operaciones sujetas, las no sujetas y las exenciones; también se estudian los sujetos pasivos, los responsables, la base imponible, el tipo y la cuota y el modo de su devengo. Todo con las ideas doctrinales y la información jurisprudencial suficiente para ilustrar debidamente el tema.

En el capítulo V se aborda la aplicación del impuesto cuando se trata de los actos jurídicos documentados en sus diversos tipos de documentos notariales, mercantiles y administrativos y, dentro de cada subclase, analizando

los puntos básicos de aplicación respecto al hecho imponible, sujeto pasivo, base y cuota, de modo que se aclaran todos los supuestos posibles.

La comprobación del valor es uno de los puntos más importantes de este impuesto. Es sabido que la liquidación se ha de girar sobre la base que resulte superior entre la declarada y la comprobada. Lo normal es que los interesados traten de declarar por debajo del valor normal del derecho transmitido o constituido y más en los supuestos de autoliquidación. Por ello, ya la Ley General Tributaria contiene la norma de su artículo 52 donde se regulan los medios de comprobación. Los autores hacen un estudio acabado de la cuestión que comprende la normativa aplicable, los trámites del expediente de comprobación y sus efectos, contemplando la posibilidad de su impugnación que puede llegar a la tasación pericial contradictoria.

El último capítulo del libro, que es el VII, estudia la gestión de este impuesto, empezando por la competencia para las funciones de esta gestión y la liquidación. La Disposición Adicional 2.^a del Texto refundido de la Ley dice que las Comunidades Autónomas podrán encomendar estas funciones a las Oficinas de Distrito Hipotecario a cargo de los Registradores de la Propiedad. Ya hemos reseñado los vaivenes, aunque lo normal, salvo alguna excepción, es que se haya mantenido esta situación tradicional.

Se estudia en este apartado todo lo referente a la presentación de los documentos, la autoliquidación que es el sistema más corriente, y las actuaciones de la oficina liquidadora con posterioridad, especialmente las liquidaciones complementarias, acabando con el pago del impuesto y el estudio del sistema de sanciones por el retraso en verificarlo.

De gran utilidad práctica es el anexo normativo que se incluye y que contiene el texto refundido de la Ley y el del Reglamento vigentes, ambos actualizados con las últimas modificaciones, lo que facilita su consulta sin tener que recurrir a textos diferentes.

El libro contiene una gran dosis de doctrina jurisprudencial y acertados comentarios de los autores que apuntan además los criterios que se aplican en la práctica y las diversas soluciones que pueden darse en los casos planteados.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO: *Derecho Privado Romano*, Málaga, 1999. Un tomo de 373 págs.

Las innumerables ventajas que presenta este manual de enseñanza en relación con otros, nos sitúa ante una obra excepcional desde el punto de vista pedagógico: una cuidada sistemática, la claridad de los argumentos y la concisión de los mismos constituyen los pilares fundamentales sobre los que se asienta su exposición temática, convirtiéndolo en una obra idónea para el adecuado aprendizaje del Derecho romano. La presente edición, obra de madurez de su autor, ANTONIO ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Málaga, ha quedado estructurada en cuarenta y cuatro temas, repartidos entre seis bloques de materias, cuyas rúbricas expondremos en breve.

Comentemos la sistemática, desarrollada siempre conforme al mismo plan: ante todo, cada una de las lecciones va precedida de una breve introducción

que a veces se designa con esta misma palabra y ocasionalmente se presenta bajo la expresión «nociones generales» o «ideas generales». Después le sigue un escueto estudio terminológico del vocablo con el que en latín se expresó la institución, identificándose enseguida la palabra castellana que de él deriva. Lejos de parecer inútil, esta técnica resulta eficaz y de gran ayuda: se nos ocurre, por ejemplo, que al estudiar la responsabilidad del vendedor por evicción, cuya mecánica no resulta fácil asimilar, acudir al significado de *evincere* proporciona una pista sólida, optimizando la comprensión y aprendizaje (pág. 272). Además, en algunos casos, se reseñan a continuación las particularidades de la evolución histórica de los institutos, algo que a menudo hace entender el porqué de las cosas: por ejemplo, el concepto de hipoteca se hace más accesible si descendemos a los pormenores de su surgimiento, en el ámbito de los arrendamientos rústicos (pág. 210). Y ya en detalle, éste es el método formal de la obra: I. Introducción; II. Persona y familia; III. Acciones. El proceso civil romano; IV. La posesión y los derechos reales; V. Derecho de obligaciones; VI. Derecho de sucesiones.

I. En la introducción, utilizando el recurso didáctico de la confrontación entre conceptos, al que se acude con relativa frecuencia a lo largo de la obra, el profesor ofrece ciertas nociones fundamentales con las que el lector deberá familiarizarse enseguida; entre otras: Derecho Civil y Honorario; Público y Privado; Natural, de gentes y Civil.

II. Persona y Familia acoge un total de cinco lecciones, dedicadas, por este orden, al estudio de: 1. El concepto «persona» y sus implicaciones jurídicas, y a la capacidad de obrar y sus limitaciones, con una breve referencia a las tutelas y cúratelas; 2. *Status libertatis* y *status civitatis*; 3. La estructura de la familia romana y conceptos de agnación, cognación y afinidad, adquisición y pérdida de la patria potestad y distinción entre personas *sui iuris* y *alieni iuris*; 4. El matrimonio: concepto, elementos, requisitos, impedimentos, leyes augusteas, efectos, dote, bienes parafernales y disolución; 5. Personas jurídicas: corporaciones y fundaciones.

III. Acciones. El proceso civil romano. Tras el primer tema, orientado a esclarecer ciertas nociones generales, como el concepto y las clases de acción, y a ilustrar sobre las distintas etapas históricas por las que pasó el proceso civil romano, en los cuatro siguientes se explica: 1. El procedimiento de las acciones de la Ley, con sus tres acciones declarativas (*legis actio sacramento*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* y *legis actio per condictionem*) y sus dos ejecutivas (*legis actio per manus iniunctionem* y *legis actio per pignoris capionem*); 2. El procedimiento formulario: fase *in iure*, fase *apud iudicem* y remedios complementarios, entre los que destacamos las estipulaciones pretorias, *missio in possessionem*, *restitutio in integrum* e interdictos; 3. La *cognitio extra ordinem*.

IV. En «la posesión y los derechos reales», reúne ORTEGA doce temas, considerados de importancia vital para el estudio del Derecho Romano. Así, después de una aproximación al concepto técnico-jurídico de cosa y su clasificación en ocho categorías, se aborda tanto la noción de derecho real como los rasgos que distinguen los derechos reales de los personales, expuesto lo cual, las explicaciones se suceden de esta forma: 1. La propiedad: evolución, definiciones históricas y concepto aportado por el propio autor; limitaciones, impuestas tanto en interés general como en interés privado y, finalmente, medios de defensa del propietario ante perturbaciones ajenas; 2. El condominio, poniendo especial énfasis en las facultades de los condóminos y en la

división de la cosa común como modo de extinción; 3. La posesión: concepto y naturaleza, elementos, terminología romana (*possessio, possessio naturalis, possessio civilis*), adquisición y pérdida de la posesión, protección judicial de la posesión; 4. Modos originarios de adquirir la propiedad: ocupación, especificación, accesión, adquisición del tesoro, examinando pormenorizadamente la definición contenida en D. 41, 1, 31, 1 (*Paul. 31 ad De.*); 5. Modos derivativos de adquirir la propiedad, con particular atención a la *traditio*, en comparación con la *mancipatio* y la *in iure cessio*; 6. La *usucapio*: evolución, concepto y requisitos, expuestos según la regla nemotécnica que sigue: *res habilis, titulus, fides, possessio* y *tempus*; 7. Servidumbres prediales: cuestiones preliminares, donde se consigna un ejemplo para explicar que la relación jurídica se constituye entre personas, con relación a los fundos de los cuales son propietarios. A continuación, se examinan los rasgos distintivos, la clasificación, los modos de constitución y extinción y, por último, la tutela procesal; 8. Usufructo: concepto, de dónde se derivan las características del aludido derecho real sobre cosa ajena; contenido, facultades y obligaciones del usufructuario, constitución y extinción, tutela procesal. Respecto a los derechos de uso y habitación, dada su menor entidad, sólo se ofrecen sus conceptos respectivos; 9. Superficie y enfiteusis; 10. Derechos reales de garantía: concepto, rasgos que los identifican y evolución. Prenda e hipoteca: objeto, facultades del acreedor pignoraticio, pluralidad de hipotecas y clandestinidad de la hipoteca romana.

V. Derecho de obligaciones. Bajo esta rúbrica se agrupan un total de trece temas, de los cuales los seis primeros están dedicados al estudio de cuestiones teóricas generales, como concepto y contenido de la obligación, clasificación de las obligaciones, garantía, extinción e incumplimiento de la obligación, con especial detenimiento en el sistema romano de responsabilidad contractual y, para concluir, fuentes de las obligaciones. Las otras siete lecciones versan, por este orden, sobre: 1. Contratos verbales y literales. Entre los primeros, se explica la *stipulatio* detenidamente; respecto a los segundos, tanto los *nomina transcripticia*, como *chirographa* y *syngrapha*; 2. Contratos reales: mutuo, comodato y depósito; 3. Contratos consensuales: compraventa, *locatio-conductio*, sociedad y mandato. Toda la exposición se desarrolla según las mismas directrices: concepto y características del contrato, elementos, obligaciones de las partes, extinción, tutela procesal y responsabilidad por el incumplimiento. Esta mecánica, no sólo mejora la comprensión e interiorización del negocio, sino que además contribuye a ordenar las ideas de los futuros juristas. 4. Donación: concepto, elementos, régimen jurídico, revocación y donaciones *mortis causa*; 5. Cuasicontratos. Después de una introducción donde se recuerda la categoría, ya citada en «las fuentes de las obligaciones», el tema se centra en dos de los cuasicontratos más significativos: la gestión de negocios y el pago de lo indebido; 6. Los pactos: *adiecta, praetoria* y *legitima*; 7. Delitos y cuasidelitos. Tras una semblanza de los delitos públicos y privados, el profesor explica únicamente los segundos, deteniéndose en el *furtum*, la *rapiña*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*. Respecto a los cuasidelitos, enumera y expone someramente las tres hipótesis de mayor relevancia: *si iudex litem suam fecit; positum et suspensum; effusum et deiectum*.

VI. Derecho de sucesiones acoge ocho lecciones, de las que las tres primeras giran en derredor de la noción fundamental de *hereditas*, extendiéndose el autor en su concepto y contenido, características, delación y adquisición, y efectos de la adquisición, con particular referencia a la comunidad hereditaria

y división de la herencia, responsabilidad del heredero por las deudas y cargas hereditarias, derecho de acrecer, colaciones y la protección jurídica de los derechos hereditarios. Los cinco temas que restan están dedicados, como veremos, a la sucesión testamentaria, legítima y necesaria: 1. Concepto de testamento y rasgos distintivos; formas de testamento y testamentos especiales, capacidad para testar y suceder por testamento, nulidad y revocación del testamento y los codicilos; 2. La institución de heredero y sustituciones; 3. Legados: concepto, tipos, sujetos y objeto, adquisición, límites a la facultad de legar, nulidad de los legados. Fideicomisos; 4. Sucesión *ab intestato*. Introducción, sistema del antiguo Derecho Civil, régimen arbitrado en el edicto del pretor, reformas imperiales y novelas de Justiniano 118 y 127; 5. Sucesión necesaria en el antiguo Derecho Civil, en el edicto del pretor, *querella inofficiosi testamenti* y reformas justinianeas.

En lo que atañe al Derecho inmobiliario, merecen destacarse especialmente dos temas: «las cosas y su clasificación», que inaugura las explicaciones relativas a los derechos reales y «la propiedad». En el primero, encontramos la antiquísima categoría *res Mancipi* y *nec Mancipi* (págs. 102 y 103) que puede resultar interesante por sus implicaciones jurídico-inmobiliarias. En efecto, prescindiendo ahora de todas las conjeturas doctrinales sobre esta oscura distinción, lo cierto es que las *res Mancipi* eran las más importantes para la sociedad romana, comprendiéndose entre ellas, los fundos situados en suelo itálico y aquellos ubicados en provincias a las que se hubiera concedido el *ius italicum*; los esclavos; los animales que *eo loco dorsove domantur*, es decir, de tiro y carga, y las servidumbres rústicas, sin que sepamos a ciencia cierta si todas estarían incluidas o sólo las de *via*, *iter*, *actus* y *aquaeductus*. Además, es al exponer los conceptos de *res mobiles* e *immobiles*, en las páginas 104 y 105, cuando ORTEGA aporta ciertas consideraciones importantes para el Derecho inmobiliario, teniendo en cuenta que constituye la categoría fundamental de las cosas en el ordenamiento jurídico español, si bien advierte que aquella *summa divisio* de las cosas en Derecho español ha derivado hacia la de cosas registrables y no registrables. Históricamente, sólo en época justinianeas se generaliza la aludida terminología, pero a diferencia del Derecho actual, la distinción no se basa tanto en el criterio puramente físico de la transportabilidad, sino más bien en el de «prevalente interés social» de los inmuebles respecto a los muebles, como se deduce del elenco de bienes inmuebles que nos ofrece el artículo 334 del Código Civil, en que se alude también a los inmuebles por destino, una noción que ya perfiló el derecho justiniano. El diferente régimen jurídico que el ordenamiento romano arbitró para unos y otros prelude en esencia el actual, sobre todo en lo que hace al tiempo para usucapirlos, o respecto a los derechos reales de garantía que sobre ellos puedan constituirse, si bien a diferencia del Derecho Romano, la vigente Ley de Hipoteca Mobiliaria prevé que determinados bienes muebles puedan ser objeto de hipoteca. En cuanto al segundo de los temas que hemos destacado, merecen particular atención las páginas 117 y siguientes, en las que ORTEGA delinea la evolución del derecho de propiedad en Roma. Sólo el concurso de tres circunstancias habilitaba para ser titular del *dominium ex iure quiritium*: tener el *ius commercii*; que la cosa fuera idónea, entendiendo por esto —en lo atinente a los inmuebles— que estuviesen en suelo itálico y además un modo específico de adquisición, concretado en la *mancipatio* para las cosas *Mancipi*, la *traditio* para las *nec Mancipi* y la *in iure cessio* para ambas indistintamente. La ausencia de alguno de estos requisitos, provocando la intervención judicial

del pretor, originó el surgimiento de algunas figuras paralelas al *dominium ex iure quiritum* y que junto a él coexistieron a lo largo de la época clásica (llamadas por la doctrina actual propiedad peregrina, propiedad de los fundos provinciales, y aquello que en las fuentes se conoce como *in bonis habens* o propiedad pretoria) para comenzar a desvanecerse paulatinamente desde el siglo III, merced a circunstancias como la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio en el 212; la decadencia de la *mancipatio* e *in iure cessio* como modos de transmisión de la propiedad; la unificación del *ius civile* y el *ius honorarium* y el pago de tributos impuesto también a los propietarios de fundos itálicos, secularmente exentos.

Junto a las cualidades de estructuración que mencionamos antes, aún observamos otras relacionadas con la claridad y concisión a que nos referíamos al principio y que atañen, sobre todo, a la forma de argumentar: la redacción que, por elaborada, no deja de ser liviana, se conduce a través de las fuentes jurídicas y literarias con maestría, sin agobiar en exceso a los lectores con nociones, ideas y expresiones que serían baladíes. Persistiendo hasta la saciedad en el uso de los ejemplos para ilustrar las explicaciones, el autor resta dificultad al manejo de las abstracciones jurídicas, y todavía se detiene a veces en dudas que a él mismo se le han planteado, haciendo partícipes de las mismas a los lectores, con frecuencia sorprendidos por la espontaneidad que así cobra la cuestión debatida (pág. 165). Ante ciertas polémicas doctrinales, adopta una posición decidida, infundiendo espíritu crítico y fomentando el «deber» de optar, que tanto preocupa a algunos discentes, siempre que se haga razonadamente (págs. 175 y 178). Finalmente, no queremos dejar de reseñar aquello que nos parece más original: cada tema inserta un paralelismo entre lo dispuesto por el Derecho romano y lo recogido en el articulado relativo del Código Civil español, revelando de esta forma las diferencias y semejanzas en ambos ordenamientos, y ello con un objetivo fundamental: constatar tanto las raíces romanas del Derecho Civil español como la pervivencia del Derecho Romano en numerosas instituciones que apenas se han transformado desde entonces, proporcionando insensiblemente una percepción distinta del método utilizado por los juristas romanos y el utilizado por los juristas modernos.

En definitiva, nos encontramos ante una obra imprescindible para la comprensión actual del Derecho romano, que trasluce no sólo el saber aquilatado de su autor, sino sus dotes para la docencia, evidenciadas apenas vemos el libro: el atractivo color fresa que tiñe sus tapas llama la atención de todo aquél que lo tome en las manos.

BELÉN MALAVÉ OSUNA

Profesora de la Universidad de Málaga

GARRIDO, JOSÉ MARÍA: *Garantías reales, privilegios y «par condicio»*. Un ensayo de análisis funcional. Edita: Centro de Estudios Registrales, 1999. Un manual de 151 págs.

Don JOSÉ MARÍA GARRIDO, LL. M. por la Universidad de Londres, Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Vigo, autor de esta insigne y magna monografía acerca de las garantías reales, privilegios y *par condicio*, desarrolla su estudio divi-

diendo su análisis y desarrollo en cinco grandes capítulos, uno a uno de estos capítulos los iremos brevemente esbozando acogiendo lo más destacado de su iter.

En el capítulo PRIMERO trata de introducir unas claras ideas sobre el concepto de «tutela conflictual» del crédito como problema esencial del Derecho concursal destacando los principios de preferencia y de proporcionalidad, también el análisis económico del Derecho y, por último, la aplicación del método del análisis funcional. Pues bien, la «tutela conflictual» la define como el conjunto de normas que protegen los derechos de crédito ante determinados riesgos y, en particular, ante el riesgo que, para la satisfacción de los créditos, presenta la existencia de otros derechos de crédito preferentes o concurrentes, y comprende las distintas instituciones que protegen los derechos de crédito frente al riesgo que implica la existencia de otros créditos, tal conflicto entre créditos puede plantearse en el contexto de la ejecución singular —tercería de mejor derecho— o en el contexto del concurso, y es que la función primaria del Derecho concursal no es otra que la de proporcionar tutela a los acreedores. En realidad, los procedimientos concursales son el medio específico de actuación en materia de tutela conflictual del crédito con la que se pretende conseguir una satisfacción adecuada de las necesidades de los diversos acreedores, incluso, de manera indirecta, de las necesidades propias del deudor. En el concurso se reducen, o pueden reducirse, las pretensiones de los acreedores proporcionalmente al valor activo (*principio de proporcionalidad*), o bien pueden respetarse íntegramente algunas pretensiones de determinados acreedores en perjuicio de otros (*principio de preferencia*).

De su estudio, nuestro autor revela que en un primer análisis el concurso tutela, ante todo, la jerarquía de acreedores a través de la graduación de créditos con causas de preferencia al mismo tiempo que protege a los acreedores ordinarios mediante el reconocimiento del principio de proporcionalidad. Pero, tales principios dan soluciones opuestas al problema de la concurrencia de acreedores y ello porque mientras el de preferencia resuelve el conflicto mediante la imposición de un orden jerárquico, el de proporcionalidad coloca a los acreedores al mismo nivel y reparte las pérdidas entre ellos, es decir, tutela a todo acreedor ordinario ante la concurrencia de créditos de la misma categoría y constituye el punto de cierre del sistema de tutela conflictual del crédito en la medida en que protege a cada uno de los acreedores ordinarios frente a los demás. Y ante el conflicto que se presenta cuando una pluralidad de créditos recae sobre el patrimonio insuficiente del deudor común, el Derecho reacciona mediante la creación de «*causas de preferencia*» que consisten en la atribución a un determinado crédito de un derecho de cobro con prioridad sobre otros créditos, pudiendo ser creadas directamente por la ley (*causas de preferencia de origen legal*, normalmente identificadas con los privilegios) o por la voluntad de las partes (*causas de preferencia de origen convencional*, normalmente identificadas con las garantías reales), y que en el siguiente capítulo se esbozan.

Paralelamente a esto, alude el autor a la aplicación del análisis económico del Derecho, a los problemas de la tutela conflictual del crédito, y consiste este análisis económico del Derecho en la utilización de las técnicas de la economía para estudiar las normas jurídicas y adquiere su máxima importancia en el estudio de los problemas de Derecho patrimonial privado, distinguiendo entre análisis positivo y análisis normativo, *el positivo* estudia la lógica económica que se encuentra implícita en las distintas reglas e instituciones jurídicas, ex-

plica la existencia de dichas reglas e instituciones basándose en los problemas económicos que tienden a resolver, y *el normativo* examina la manera en que el Derecho contribuye a la eficiencia del sistema y si la norma se percibe como una remora para el funcionamiento del sistema económico, postula su sustitución o derogación. El principal problema que suscita la utilización de las técnicas del análisis económico del Derecho es el recurso al concepto de «eficiencia» como criterio supremo, tanto para la interpretación de las normas como para la defensa de propuestas de *lege ferenda*.

Y, por último, trata el autor en este primer capítulo la aplicación del método del análisis funcional entendiendo que las normas cumplen algún tipo de función y esa función se manifiesta en el modo en que la norma actúa y en sus consecuencias, la función es, pues, el objetivo al que tiende la norma, y el método funcional así evidenciado atiende a los efectos que las normas causan en la realidad regulada para analizar la función que desarrolla cada norma. El análisis funcional intenta explicar la existencia de una lógica inherente a las normas e instituciones jurídicas y está guiado por la finalidad de dichas normas.

Se dedica el SEGUNDO de los capítulos al estudio de la función de las garantías reales, de las que mantiene nuestro autor que conforman una de las instituciones fundamentales de lo que se denomina tutela conflictual del crédito y uno de los exponentes más importantes del principio de preferencia, y es que para tutelar un determinado crédito se concede un derecho de preferencia limitado al valor de un bien, y asimismo se confiere al acreedor un derecho real que, recayendo sobre el mismo bien, protege el derecho de preferencia otorgado al acreedor. La función de dichas garantías reales («secured credit») es el incrementar la protección de un determinado derecho de crédito. Concreta en dos las aproximaciones al análisis de las garantías reales: de un lado, aquélla que busca justificar el *status quo*, y de otro, la que se somete a la discusión de la existencia misma de las garantías reales. En cuanto a la búsqueda del sentido de las causas de preferencia de origen negocial sitúa su origen remoto en las investigaciones desarrolladas en el ámbito de la ciencia de las finanzas por FRANCO MODIGLIANI y MERTON H. MILLER, prestigiosos economistas que examinaron la opción de la que dispone toda empresa en la conveniente elección de sus medios de financiación, tomando como modelo la situación de las sociedades cotizadas en los mercados de valores, sociedades que pueden financiarse mediante la emisión de acciones, la llamada *financiación interna*, a base de recursos propios o mediante la emisión de obligaciones, la llamada *financiación externa*, a base de recursos ajenos. Se llegó, pues, a la conclusión conocida como *teorema de la irrelevancia o de la indiferencia* cuya premisa es que una sociedad no puede aumentar su valor de mercado a través de la introducción de modificaciones en su estructura de capital, por lo que la decisión de acudir a la financiación externa o interna resulta irrelevante, es decir, la decisión de acudir a la emisión de acciones o de obligaciones no tiene ninguna relevancia económica. Tal proposición de irrelevancia exige algunas explicaciones como la que formula su autor: «si una empresa deudora busca un crédito para financiar su actividad, deberá decidir entre constituir una causa de preferencia que proteja el nuevo crédito y obtener un tipo de interés más bajo debido a la reducción de riesgo de impago del acreedor, o bien conseguir un crédito ordinario a un tipo de interés más elevado, ya que el riesgo asumido por los acreedores ordinarios es superior». Y es que el crédito tutelado por causas de preferencia soporta un menor riesgo, y por

lo tanto tiene un valor económico superior para el acreedor, que éste debe «pagar» mediante la reducción del tipo de interés correspondiente a su préstamo.

Trata también este capítulo la *teoría de los costes de vigilancia*. Los primeros juristas que intentaron dar una solución al problema de la eficiencia del crédito con garantías reales como fundamento de su tratamiento preferencial fueron THOMAS H. JACKSON y ANTHONY T. KRONMAN, dos conocidos y reputados especialistas del análisis económico del Derecho, que estudiaron el teorema de MODIGLIANI-MILLER, ambos formularon una articulada explicación de la racionalidad económica de las causas de preferencia de origen negocial sobre la base del análisis del comportamiento de los deudores, y es evidente que cuando un deudor constituye una causa de preferencia a favor de uno de sus acreedores, la disminución del riesgo de impago del crédito protegido por la causa de preferencia ocasiona un aumento del riesgo de impago de los demás créditos; a su entender, del teorema de la indiferencia se deduce inexorablemente la inutilidad de las causas de preferencia de origen negocial, ampliamente desmentida por el uso masivo de estas técnicas de tutela del crédito en la realidad empírica, y considera absolutamente necesario, en consecuencia, encontrar algún factor que supere la aparente antinomia entre la validez del teorema de la indiferencia y el innegable uso de las causas de preferencia en el tráfico económico, de ahí que sea indispensable hallar las imperfecciones del mercado o cualesquiera otros factores que expliquen la utilidad de las causas de preferencia de origen negocial. Además, el aumento de riesgo de impago de los acreedores ordinarios es cuantitativamente equivalente a la disminución de riesgo del acreedor preferente y ello porque los acreedores ordinarios no pueden contar, para la satisfacción de sus créditos, con el bien o bienes sobre los que recae la preferencia, salvo que exista un residuo patrimonial una vez satisfecho el crédito preferente. En este devenir mantienen que al deudor lo que le interesa es desarrollar una actividad de alto riesgo económico, sólo él recibirá los beneficios que obtenga por encima de las cantidades necesarias para pagar los intereses y amortizar el principal, así a mayor riesgo, mayor es la posible ganancia del deudor, y a los acreedores, en cambio, les interesa que el deudor continúe desarrollando una actividad del mismo nivel de riesgo económico que la llevada a cabo en el momento de serle concedido el préstamo o préstamos, ya que los tipos de interés que perciben los acreedores reflejan ese concreto nivel de riesgo, pero de un momento de riesgo imprevisto aumentan las posibilidades de impago de los créditos por insolvencia del deudor, sin que se produzca un aumento correlativo de los rendimientos de esos créditos, así que para evitar esta situación, los acreedores deben utilizar instrumentos de vigilancia que les permitan controlar las actividades del deudor, y tal actividad de vigilancia tiene ciertos *costes económicos*, y estos costes son los llamados *costes de supervisión o de vigilancia* («*monitoring costs*»), costes que en su parecer son la clave del problema de la justificación de las causas de preferencia de origen negocial o de la justificación de las garantías reales, pues constituyen una garantía real a favor de un acreedor y al deudor le posibilita que los costes del acreedor tutelado por esa causa de preferencia sean reducidos en una cantidad apreciable, puesto que el acreedor deberá preocuparse sólo de vigilar la integridad económica y jurídica del bien objeto de la garantía real, sin que tenga que vigilar todos los elementos comprendidos en el patrimonio del deudor. *Tal teoría presentó importantes defectos*, no obstante, lo único que pretendieron demostrar los

profesores JACKSON y KRONMAN fue que una garantía real reduce los costes de supervisión del acreedor tutelado por la causa de preferencia, pero ignoraban los efectos de la constitución de la garantía real sobre los demás acreedores, y el efecto más importante respecto de los terceros acreedores del deudor común es el aumento del riesgo de impago de los créditos.

También se alude en este capítulo a la *teoría invenida de los costes de vigilancia*, y es ahora el profesor LEVMORE el que la reformula aceptando la explicación de que las garantías reales están relacionadas con las peculiaridades en materia de costes de vigilancia pero evitando la reduplicación del esfuerzo de vigilancia sobre la actividad y el patrimonio del deudor, y, en este orden de cosas, serían los acreedores con más experiencia en la supervisión de deudores los titulares de causas de preferencia, recibiendo los mismos un derecho de preferencia como compensación por la realización de la tarea de vigilancia del deudor. Pero *tal teoría presenta también problemas*, pues no resulta infrecuente la existencia de una pluralidad de acreedores con garantías reales sobre los bienes de un único deudor, y esto supone la existencia de un esfuerzo de supervisión reduplicado y «excesivo», además, las causas de preferencia de origen negocial se constituyen sin tener en cuenta la existencia de otros acreedores, y tampoco se comprende por qué el acreedor que disponga de una garantía real estaría dispuesto a supervisar actividades del deudor que no ponen en peligro la integridad de su garantía, pues la conservación del derecho de preferencia atribuido al acreedor no está condicionada a que éste desarrolle una efectiva función de vigilancia que beneficie a los demás acreedores.

Por otro lado, y en lo atinente a la *teoría relacional del crédito tutelado por causas de preferencia*, el profesor SCOTT es el que la ha elaborado. Tal teoría trata de explicar la existencia de causas de preferencia de origen negocial como importante elemento de las relaciones de financiación que se desarrollan a largo plazo, y dichas causas constituyen un vínculo de unión que refuerza la relación contractual a largo plazo entre financiador y deudor, su existencia da al financiador un considerable poder sobre el desarrollo de la actividad económica del deudor. Tal teoría subraya el poder que el acreedor adquiere sobre la actividad empresarial del deudor. Pero el propio autor reconoce que el resultado de control del deudor también se podría alcanzar mediante la imposición de cláusulas contractuales en los préstamos que se conceden al deudor sin que exista necesidad de constituir causas de preferencia. *También tal teoría tiene objeciones*, pues si bien es cierto que la misma ofrece una perspectiva interesante al encuadrar la causa de preferencia dentro de una relación de financiación que se desarrolla a largo plazo, lo cual sucede en la experiencia jurídica europea, también es cierto que en los países anglosajones es más frecuente que se establezca un monopolio de financiación de una empresa a favor de una entidad de crédito.

Ahora con la *teoría de la señal* se pretende argumentar que las causas de preferencia de origen negocial consisten en una «señal» que el deudor emite al mercado, según ella, los acreedores consideran que un deudor que haya obtenido un crédito tutelado por causas de preferencia presenta un bajo nivel de riesgo, y la existencia de créditos tutelados por garantías reales constituiría un signo de una sólida posición económica. Pero, tal teoría no demuestra que los beneficios sociales producidos por las causas de preferencia sean superiores a sus costes, ni que la función desarrollada por las garantías reales provoque efectos económicos positivos. La teoría de la señal convierte garantías

reales en artificios que sirven para inducir a error a los sujetos participantes en el mercado.

Por su parte, las *teorías de vinculación de los bienes del deudor y aversión al riesgo*, son tratadas por el profesor WHITE. En su estudio ofrece dos teorías sobre la existencia y justificación de las causas de preferencia de origen negocial. La *primera* se encamina a la búsqueda de una explicación de las garantías reales, puesto que resulta indudable que la existencia de garantías reales sobre los activos más importantes de la empresa del deudor impide que éste, cuando se encuentre en una situación de crisis económica, pueda transmitir tales activos, esquivando la acción de los acreedores. El problema de esta teoría es demostrar que la sujeción de los bienes a la acción del acreedor garantizado beneficia a los demás acreedores. La *segunda* se basa en el concepto de aversión al riesgo y prevé que los acreedores con tendencia a evitar el riesgo intentarán «pagar una prima» para conseguir un derecho de preferencia que reduzca su exposición al riesgo de impago e insolvencia del deudor, mientras que otros acreedores preferirían percibir un tipo de interés más alto y soportar un riesgo mayor. Problemas que presentan: *a)* en cuanto a la *primera*, no toma en consideración que la sujeción de los bienes objeto de la garantía real, sólo favorece al acreedor garantizado; *b)* en cuanto a la *segunda*, a su tenor los acreedores tienen distintos niveles de tolerancia del riesgo de incumplimiento o de insolvencia del deudor, pero sólo prueba lo evidente que es que los acreedores ordinarios tienen menos probabilidades de cobrar sus créditos que los acreedores tutelados por causas de preferencia; de tal manera que un acreedor podrá elegir su condición de acreedor ordinario o preferente guiado por la valoración del riesgo.

Y, por último, la *teoría distributiva* se basa en una crítica al modelo teórico utilizado por la mayoría de los especialistas del análisis económico del Derecho. Tal teoría presenta dos variantes, la variante «*ofensiva*» y la variante «*defensiva*», y parte de que los acreedores ordinarios, o cuando menos, la mayoría de ellos, carecen de la posibilidad de adaptar automáticamente el tipo de interés de sus créditos a las alteraciones del riesgo de impago. En la variante *ofensiva*, el crédito tutelado por causas de preferencia redistribuye riqueza al trasladar los rendimientos económicos al acreedor, y en la variante *defensiva* se sostiene que el deudor constituye las causas de preferencia a favor de los acreedores que más poder e influencia tienen sobre él, de este modo el deudor confiere un tratamiento preferencial a ciertos acreedores para que éstos ejerzan una menor presión sobre él. Y, finalmente, las dos variantes (ofensiva y defensiva) de esta teoría se combinan y de tal combinación resulta que los deudores constituyen causas de preferencia de origen negocial para «defenderse» frente a la presión de los acreedores poderosos y bien informados y para aprovecharse de los acreedores que carecen de información y de poder financiero.

El tema final que trata el capítulo segundo es el ensayo de reconstrucción teórica de la función de las causas de preferencia de origen negocial, del que podemos decir, brevemente, que de la crítica hecha a los modelos económicos empleados para el análisis de las garantías reales existen limitaciones para comprender las técnicas de tutela del crédito, pues en la mayor parte de los casos, los deudores recurren a la constitución de causas de preferencia sólo después de haber agotado sus posibilidades de financiación mediante crédito ordinario, afirmación que conduce al hecho de que los fundamentos del crédito ordinario y del crédito tutelado por causas de preferencia son parcialmente diversos, pues el crédito ordinario se basa en la valoración del flujo de

caja futuro del deudor, mientras que para la concesión de un crédito tutelado por una causa de preferencia, fundamentalmente una garantía real, el valor del bien o bienes, objeto de la garantía, constituye un factor de cierta importancia, aunque debe destacarse que el flujo de caja del deudor tiene una importancia superior. Son varios los factores que justifican la existencia de las causas de preferencia de origen negocial: 1) la variabilidad de la capacidad de obtención de crédito de los deudores; 2) por otro lado, el racionamiento hecho del crédito, pues a un determinado nivel de riesgo de las actividades económicas del deudor no existe un correspondiente tipo de interés del crédito ordinario, etc.

También se deja clara la relación existente entre la constitución de garantías reales y la existencia de los acreedores que cuentan con causas de preferencia de origen legal (privilegios), así como la existente entre las garantías reales y los procedimientos concursales, esta última extraordinariamente compleja.

En el capítulo TERCERO se estudian los privilegios y divide el mismo en tres subepígrafes, dedicando el primero a la unidad y heterogeneidad funcional de los privilegios, el segundo a los efectos económicos de la existencia y de la proliferación de las causas de preferencia de origen legal, y el tercero a los privilegios y a los procedimientos concursales. Comienza su análisis aludiendo, como ya pudimos ver en el capítulo I, a que las causas de preferencia de origen legal son identificadas con los privilegios, pero no se agotan con los mismos sino que también comprenden las garantías reales de origen legal (hipotecas legales), sin embargo, presentan una característica común y es su *origen legal*, es la ley la que dispone que determinados créditos han de contar con la protección especial de un derecho de preferencia; los *privilegios*, pues, *dotan* de un derecho de preferencia a acreedores que no han negociado la atribución de la causa de preferencia con el deudor y *operan* una redistribución, pues *confieren* derechos de preferencia a acreedores que no los hubieran obtenido, además, *sirven* para aumentar las probabilidades de satisfacción del crédito al que protegen, pues se concede al acreedor el derecho de satisfacerse con prioridad sobre otros acreedores, y siempre sobre los acreedores ordinarios, el crédito favorecido por la causa de preferencia. Su *función* fundamental es la adopción de medidas de protección que favorecen a ciertos acreedores sin que sea necesaria una negociación al efecto entre acreedores y el deudor. La función de los privilegios es esencialmente *tuitiva* y ello porque la ley selecciona los créditos que han de ser tutelados por causas de preferencia y establece un orden jerárquico entre ellos distinguiendo dentro de la misma categoría de créditos privilegiados aquéllos que merecen una tutela más intensa. Pero son los privilegios ineficientes cuando distribuyen derechos de preferencia de una manera diversa y a lo que se llegaría mediante acuerdo de las partes, pero cabe la posibilidad de privilegio eficiente y ello cuando la ley al atribuir un derecho de preferencia reproduce el resultado al que hubieran llegado las partes, es decir, cuando los acreedores estarían de acuerdo en reconocer a uno de ellos un derecho de preferencia. El privilegio puede actuar como *incentivo* para que los acreedores otorguen crédito al deudor, incluso cuando éste se encuentra en una grave situación económica a fin de que el deudor pueda satisfacer sus necesidades básicas. En este orden de cosas, advierte nuestro autor que si bien las causas de preferencia de origen legal generalmente desarrollan una función consistente en la protección de los intereses determinados por el legislador, existen otros casos en los que, al

contrario, contribuyen a evitar algunos defectos en el mecanismo del mercado crediticio facilitando la concesión de un determinado tipo de crédito cuando el mercado no reacciona correctamente ante una necesidad económica y creando un privilegio que reduzca el riesgo del crédito asociado a un determinado contrato, prestación u operación de financiación.

En torno al tema de los efectos económicos de la existencia y de la proliferación de las causas de preferencia de origen legal, decir que a las mismas se les atribuye un efecto negativo sobre el crédito ordinario por la sola razón de que los acreedores tutelados por causas de preferencia son satisfechos con prioridad sobre los acreedores ordinarios afectando al valor de los bienes del deudor disponible para la satisfacción de dichos créditos ordinarios; el problema que se plantea es el de la difícil o imposible cuantificación de los efectos negativos de la existencia de esas causas de preferencia de origen legal, y esto se traduce en un incremento indeterminado del riesgo de los acreedores ordinarios que se produce de diversas formas dependiendo de la estructura de estas causas, así los *privilegios especiales* atribuyen a los acreedores tutelados un derecho de preferencia limitado a uno o varios bienes del deudor, incluso es frecuente que vayan acompañados de medidas de publicidad como la posesión del bien objeto del privilegio; los créditos tutelados por privilegios especiales pueden ser satisfechos con preferencia sobre los créditos ordinarios o en concurrencia con ellos, en cambio, los *privilegios generales* confieren a los créditos por ellos tutelados un derecho de preferencia referido a todos los elementos patrimoniales del deudor, es decir, aumentan el riesgo de concesión de crédito; los créditos que cuentan con la protección de estos privilegios generales son satisfechos con preferencia sobre los créditos ordinarios, y en un incremento paralelo del tipo de interés del crédito ordinario. En realidad los privilegios producen el efecto de destinar el patrimonio del deudor o algunos de sus elementos a la satisfacción preferente de los créditos protegidos por ellos.

El último inciso al que se alude en el capítulo III de esta importantísima monografía es el de los privilegios y los procedimientos concursales y ello porque la existencia de los privilegios plantea problemas cuando se considera su actuación dentro del funcionamiento de los procedimientos concursales y es que los privilegios pueden hacerse valer en la ejecución singular mediante la interposición de la denominada «tercería de mejor derecho», pero es en los procedimientos concursales donde puede apreciarse el efecto conjunto de los privilegios establecidos en las distintas leyes. Los *privilegios* se caracterizan por la «relatividad» del derecho de preferencia que confieren, es decir, el acreedor favorecido por un privilegio goza de un derecho de preferencia frente a los acreedores ordinarios y frente a otros acreedores privilegiados de inferior rango, estando el acreedor privilegiado obligado a respetar los privilegios que gocen de una posición superior. El *procedimiento concursal* por su naturaleza de proceso de ejecución colectiva es apto cuando concurren todos los acreedores con derechos de preferencia y puedan fijar un orden que establezca las relaciones de preferencia entre dichos acreedores.

El capítulo CUARTO se subdivide en cuatro apartados, el primero dedicado a la *par condicio creditorum*: proporcionalidad y concurso como medio necesario para la aplicación del principio de proporcionalidad; el segundo dedicado al aseguramiento y proporcionalidad y a los límites de la comparación entre ambos; el tercero que se contrae a una explicación del principio de proporcionalidad, y el cuarto a la aparición de la categoría de los acreedores subordinados. En el estudio de este capítulo el autor evoca al principio de

proporcionalidad del que dice que es conocido con la denominación, a veces equivoca, de *par condicio creditorum*, es unitario, *regula* las relaciones entre los acreedores ordinarios dejando aparte a los acreedores dotados de causa de preferencia, *postula* que, en caso de insolvencia del deudor, cada crédito ordinario será satisfecho en la proporción en que el producto de la liquidación de los bienes de la masa activa se corresponda con el importe total de los créditos ordinarios contra ese deudor común, *requiere* la apertura de un procedimiento concursal que impide que cada acreedor individual busque su beneficio particular sin procurar a la vez el beneficio común para ser aplicado a una situación de concurrencia de acreedores. Alude a la tesis del profesor JACKSON en torno a la naturaleza del concurso y su influencia en el análisis funcional del principio de proporcionalidad, iniciando su argumentación con la idea de que el Derecho concursal no es más que «una respuesta al crédito» o una respuesta al problema de la insolvencia, y el *concurso* lo que *procura* es la satisfacción de los acreedores, JACKSON analiza el problema de la insolvencia como una cuestión de «explotación» de recursos escasos por parte de una pluralidad de sujetos y considera que el concurso *proporciona* la estructura jurídica necesaria para que los acreedores maximicen el valor del patrimonio del deudor y pueda lograrse así la satisfacción del mayor número de acreedores en el porcentaje más alto posible; *debe imponer* la cooperación obligatoria de todos los acreedores del deudor; *trata de evitar* que los acreedores reduzcan el valor del patrimonio repartible a través del ejercicio de ejecuciones singulares que provocan la disgregación de los bienes productivos; su fin es la máxima satisfacción de los acreedores. El análisis económico de JACKSON se enfrenta a dificultades al tratar la cuestión de la distribución del activo concursal que considera no debe ser resuelto en el concurso sino que debe ser gobernado por el llamado «principio de neutralidad», según el cual el concurso no debe introducir cambios en los derechos de los acreedores, su consecuencia práctica es el respeto absoluto de las causas de preferencia. La posición de JACKSON es coherente con su definición de concurso como un proceso que busca la maximización del valor del patrimonio del deudor común, pero que no decide sobre la distribución de ese valor entre los distintos acreedores, *no es más que un instrumento neutral* al servicio de la aplicación del Derecho extraconcursal, *transforma* las pretensiones de los sujetos en créditos dinerarios y tales créditos son graduados conforme a lo dispuesto por el Derecho extraconcursal, y *debe* proteger el valor de los derechos y *respetar* la jerarquía de acreedores no es contenido de los derechos de los acreedores pues ello equivaldría a negar el propio fundamento del concurso. JACKSON subraya la existencia de una posición original en la que la ejecución patrimonial se rige por el principio *prior tempore potior iure*, que instituye, sin duda, un concepto preexistente al Derecho concursal, y ello porque cuando se produce una situación de posible insuficiencia del patrimonio del deudor, los acreedores tienen por finalidad obtener el pago de sus créditos. La tesis de JACKSON ha tenido críticas y de ellas la que más interesa es la hecha al tratamiento de la cuestión distributiva en los procedimientos concursales; según el análisis de JACKSON, el procedimiento concursal no desarrolla ninguna función en relación con la distribución del activo, se limita a respetar las causas de preferencia introducidas en el Derecho extraconcursal y, no obstante, la negación de la función distributiva del concurso equivale a negar la esencia misma del procedimiento concursal, pues bien, el análisis de JACKSON parece olvidar los aspectos centrales de la insolvencia, que es el rasgo más característico del concurso, además

de que no es posible evitar la decisión distributiva en el concurso, pues respetar los derechos de ciertos acreedores constituye ya una decisión distributiva, decidir no respetar esos derechos constituye una decisión distributiva, si todos los derechos creados fuera de la quiebra son respetados, la decisión distributiva todavía existe, aunque esté camuflada bajo la apariencia de una no-decisión, de ahí que no sea cierto que JACKSON esquivе la cuestión distributiva sino que, en realidad, trata de imponer una solución al problema bajo el disfraz de una aparente «neutralidad». En este orden de cosas, el Derecho concursal introduce un radical cambio respecto del Derecho extraconcursal y que viene determinado por el reparto del activo, según la regla proporcional, ya que fuera de los procedimientos concursales, el activo del deudor se reparte de acuerdo con el orden en que los acreedores ordinarios agredan el patrimonio del deudor cuando no existan causas de preferencia.

En un segundo apartado, el capítulo IV examina el hecho de que la regla de reparto proporcional opera como un seguro frente al riesgo de la insolvencia del deudor, mediante dicha regla los acreedores se protegen frente al riesgo de ese reparto, y el principio de proporcionalidad aquí aparece como un medio adecuado para minimizar las pérdidas de los acreedores ordinarios por medio de la división de la pérdida entre ellos.

El tercer epígrafe de este capítulo IV se encamina a dar una explicación del principio de proporcionalidad y es que la regla de reparto proporcional funciona como un mecanismo de reducción de pérdidas de los acreedores ordinarios, y su eficiencia depende de factores tales como el número y cuantía de los créditos preferentes, el control que sean capaces de ejercer los acreedores ordinarios sobre el patrimonio del deudor y, sobre todo, el momento en que se produzca la apertura del concurso.

Por último alude el capítulo IV a que en época reciente han hecho su aparición los llamados créditos «postergados» o «subordinados» que son aquéllos que sólo pueden ser satisfechos una vez que los créditos ordinarios hayan recibido un pago completo; subordinación que puede ser *convencional*, a través de la cual se persigue incrementar la protección de los acreedores ordinarios que no entran en conflicto con esos acreedores, sino que gozan de una situación de preferencia respecto de los mismos o *legal*.

El capítulo QUINTO finaliza el estudio de tan importante monografía, examinando la relación entre garantías, privilegios y créditos ordinarios: los principios de graduación. En este examen riguroso, efectuado por el autor, se mantiene que en la graduación de los créditos tutelados por causas de preferencia *de origen negocial* es necesario distinguir dos aspectos: de un lado, (a) la graduación de estos créditos *Inter se* y de otro lado, (b) la graduación de los mencionados créditos dentro del conjunto de las distintas categorías de créditos; en el primer caso (a) el criterio de prioridad temporal es de aplicación prácticamente universal. La garantía real asegura al acreedor favorecido por ella que su crédito será satisfecho con el producto de la venta del bien que constituye su objeto. La regla de la prioridad temporal se aplica con independencia de que las causas de preferencia de origen negocial sean garantías reales o causas generales de preferencia, aunque según nuestro autor existe una excepción típica del Derecho estadounidense y es el llamado «purchase-money security interest», se trata de una garantía que se constituye sobre el objeto cuya adquisición financia el acreedor, se trata de una garantía prioritaria. Y respecto a la posición de los créditos con garantías reales, en la graduación general gozan tales créditos de preferencia sobre los créditos pri-

vilegiados y sobre los créditos ordinarios. Y en el caso (b) su graduación es compleja y la solución consiste en colocar estos créditos tras los créditos tutelados por garantías reales y los créditos privilegiados. En cuanto a los créditos tutelados por causas de preferencia *de origen legal* también distinguimos entre las garantías reales de origen legal, que a efectos graduatorios se equiparan a las garantías reales de origen negocial y los privilegios, y en cuanto a los créditos privilegiados debe también distinguirse la graduación de los créditos privilegiados *inter se* y el lugar que dichos créditos privilegiados ocupan. Los privilegios, ya vimos, son fruto de decisiones dirigidas a proteger ciertos créditos, su graduación no es sino el resultado de la valoración legislativa de los diversos intereses en conflicto, hay, pues, una ausencia de criterio universal para la graduación de los privilegios *inter se* y ello porque cada sistema jurídico realiza una valoración diversa de los intereses de los acreedores, el único rasgo común puede encontrarse en el carácter legal del orden graduatorio de los privilegios. Es el Derecho el que establece un orden jerárquico entre los privilegios, por eso, en un orden de graduación general, los créditos privilegiados ocupan, en general, el puesto intermedio entre los créditos con garantías reales y los créditos ordinarios, estos últimos constituyen la base sobre la que se eleva el sistema de tutela preferencial, pues la preferencia *es posible* sólo si existe una categoría de acreedores ordinarios sobre la que poder ejercer el derecho de satisfacción preferente, *exige* que existan no sólo los sujetos que gozan de ella sino también aquéllos que la sufren. Y en último término se encontrarían los créditos subordinados contractualmente o legalmente postergados, siendo los créditos ordinarios preferentes respecto de estos créditos subordinados.

En conclusión, decir que las causas de preferencia de origen negocial constituyen un importante instrumento al servicio del desarrollo económico, y las causas de preferencia de origen legal representan las opciones tomadas por el legislador a favor de la tutela de ciertos acreedores. Además, la proliferación de los privilegios hace que sea cada vez más interesante para los acreedores la búsqueda de garantías reales, el fundamento de tal privilegio se encuentra en la existencia de una base de crédito ordinario sobre la cual disfrutar su preferencia, y también se reduce notablemente el sentido del principio de proporcionalidad, es decir, la difusión del daño dentro de la categoría de acreedores ordinarios. En definitiva, un sistema equilibrado de tutela conflictual del crédito ha de permitir la constitución de causas de preferencia de origen negocial y respetar el valor de la regla de la proporcionalidad en la tutela de los créditos ordinarios, y las causas de preferencia legal han de proteger a los sujetos que quedan desamparados ante la insolvencia del deudor y que merezcan la tutela. Destaca en este sentido la propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal elaborada por el profesor ÁNGEL ROJO y que se enfrenta con los problemas de las garantías reales, privilegios y tutela del crédito ordinario pues, sin duda alguna, la elaboración de una Ley Concursal supone la ocasión para el planteamiento de las cuestiones de tutela conflictual del crédito y no sólo desde el punto de vista procesal sino también sustantivo.

Llegados a este término, decir que, a lo largo de su obra, el profesor JOSÉ MARÍA GARRIDO hace un fabuloso y destacado análisis de la realidad económica, análisis que acerca al lector a su naturaleza y factores a través de un magistral y entusiasta estudio.

ISABEL MORATILLA GALÁN

DÍAZ AMBRONA BARDAJI, M.^a DOLORES y HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO: *Lecciones de Derecho de Familia*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999. Un tomo de 498 págs.

La familia no es sólo producto de la realidad jurídica, pues constituye una institución natural, superior y anterior al Derecho positivo. El individuo aislado es imperfecto e insuficiente para conseguir sus propios fines e incluso la persona individual misma ya es el fruto de la unión del hombre y la mujer, que son la base de la noción de la familia.

Empieza el libro con estas ideas que parecen elementales de puro sabidas, pero que son realmente fundamentales para construir toda la exposición sistemática que sigue. La obra ha sido redactada precisamente por un matrimonio que, además, dedica el libro a sus hijos, dando con ello una sensación aún más firme y completa de lo que es una familia, predicando los autores con el ejemplo.

Aparte de esto que, ciertamente, tiene su importancia, ambos autores son juristas notables y experimentados, pues son enseñantes universitarios, ella en la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y él, además de fiscal, es profesor de la Complutense, y por eso el resultado había de ser necesariamente óptimo. Se trata de una institución que ha recibido, de poco tiempo a esta parte, uno de los mayores cambios, y no siempre para bien, tanto por la especial normativa como por la jurisprudencia y hasta por los comentarios y la doctrina de los autores.

El libro expone la materia a lo largo de veintitrés capítulos y se inicia por los conceptos generales, sigue por el matrimonio en sus aspectos personales y patrimoniales, la filiación, la patria potestad, el derecho de alimentos y las instituciones de guarda o tutelares. Como se ve, un abanico completo y, lo más importante, puesto al día de las diversas relaciones originadas por este núcleo vital en el que nacemos y nos desenvolvemos.

En el capítulo 1.º se arranca con el concepto de la familia, poco perfilado por la doctrina, pese a la cuantiosa literatura sobre el tema. Los autores la consideran en sentido amplio como el conjunto de personas constituido por todas las que descienden de un tronco común, por lo que es la estirpe o descendencia lo que determina la relación familiar. Pero en sentido estricto se reduce al matrimonio y sus hijos, constituyendo un todo unitario. Basándose en sus características de ser una institución vital y constituir una unidad que genera un conjunto de poderes y deberes, modelan los autores su naturaleza jurídica, considerando que la familia no tiene, como tal, personalidad jurídica, pero sí es un grupo orgánico, una estructura con interdependencia entre los individuos que la componen para la consecución de sus fines supraindividuales.

Siendo la familia la célula primaria y básica de la organización social, es lógico que su regulación atienda a los principios de derogación, o al menos de atenuación, de la autonomía de la voluntad, con predominio del deber sobre el derecho en cuanto que atiende a intereses supraindividuales, por lo que se destaca la intervención del Ministerio Fiscal. De ahí la conocida tesis del profesor Cicu sobre la naturaleza pública del Derecho de Familia, que se recoge en el libro, exponiéndose a seguido la evolución de esta rama desde Roma a la actualidad, con un repaso detallado de la regulación en el Código Civil, la Constitución y las varias normas posteriores.

En el capítulo 2.º se entra ya en el estudio del concepto, naturaleza y fines del matrimonio, su evolución y configuración en el Derecho canónico, que ha

sido el tradicional en España. Actualmente las cosas han cambiado un tanto a partir de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que abrió la puerta a otras formas, habiéndose llegado después a esa figura, poco o nada jurídica, de las llamadas uniones de hecho que está originando bastantes problemas a los juristas.

Los esponsales, poco frecuentes en la práctica, han sido de siempre objeto de la atención de los autores y también se estudian en este libro analizando su concepto, naturaleza, constitución y extinción y sobre todo para analizar el valor jurídico y los efectos que produce su ruptura, que son pocos o casi ninguno si miramos a los artículos 42 y 43 del Código Civil. Los autores, en un curioso inciso, entienden que, por lo menos, se puede pedir la devolución de los regalos, cartas y fotografías porque son recuerdos muy personales que afectan a los derechos fundamentales de la intimidad y la propia imagen.

En el capítulo 4.º se estudia el matrimonio civil, sus requisitos de capacidad, las prohibiciones y sus posibles dispensas y en el 5.º el expediente matrimonial y las formas, normal y excepcionales, para celebrarlo, según se regula en los preceptos pertinentes del Código y la Ley del Registro Civil que se detallan.

El matrimonio en forma canónica, el tradicional en España, se expone en el capítulo 6.º, recogiendo la regulación del Código de Derecho Canónico, según el cual, la alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevado por Cristo a la dignidad de sacramento entre bautizados. Según el artículo VI-2 de los Acuerdos entre la Santa Sede y el Estado Español, se reconoce la jurisdicción de los Tribunales de la Iglesia Católica sobre el matrimonio canónico en el orden jurídico interno, y así lo confirma el artículo 80 del Código Civil, aunque sus sentencias han de declararse ajustadas al Derecho español, recogiendo al efecto la doctrina del Tribunal Constitucional.

Ya dentro de las disposiciones comunes a las varias formas del matrimonio, el capítulo 7.º recoge los efectos personales de la unión conyugal, analizando los deberes recíprocos que la configuran y que son la vida común, la fidelidad, la ayuda mutua y el deber de respeto, principalmente.

La falta de los elementos que conforman el matrimonio, sobre todo la falta de afecto, suelen dar lugar a la ruptura, ese virus que ahora abunda más que en los aparatos informáticos. Se estudian en el capítulo 8.º la fase previa aún provisional de la separación, y en el 9.º cuando ya hay disolución definitiva bajo la forma de divorcio. La nulidad, que es más bien la declaración de que no ha existido verdadero matrimonio por falta de requisitos esenciales, se estudia en el capítulo 10 y los efectos respectivos de la separación, divorcio y nulidad se ven en el capítulo 11. Todos estos supuestos, condiciones, trámites y consecuencias de las pertinentes declaraciones judiciales al efecto son contemplados en el libro con el mayor detalle, incluyendo doctrina jurisprudencial puesta al día y extensamente expuesta.

A partir del capítulo 13 y hasta el 16 se entra en el aspecto de las relaciones patrimoniales entre los esposos, pudiendo o no mediar pacto sobre el particular. El pacto se denomina con la expresión clásica de capitulaciones matrimoniales, regulándose en el Código sus requisitos de capacidad y forma, así como la posibilidad de su modificación, cosa antes no permitida y ahora sí, lo que sirve en la práctica a veces como tapadera para encubrir fraudes y otras veces para encubrir separaciones «amistosas». De no pactarse ningún régimen especial, rige en las regiones de Derecho común el sistema de gananciales, de

honda raigambre y que tiene unas características peculiares derivadas de su naturaleza de comunidad de tipo germánico. Los autores analizan los preceptos del Código que determinan cuáles son bienes privativos y gananciales, el régimen de administración y disposición de los bienes y las consecuencias de la disolución y liquidación de la sociedad existente.

El régimen de participación se ha introducido en una reforma del Código, pero no parece que haya cuajado en la realidad española. El de separación, normal en algunas regiones forales, sólo se da en las de Derecho común cuando hay un pacto expreso que excluya la presunción de ganancialidad. Todos estos regímenes se estudian puntualmente y el libro nos proporciona una amplia información al respecto.

Las relaciones paterno-filiales se estudian en los capítulos 17 a 21, empezando por la filiación y sus clases, ahora en igualdad total según los nuevos aires constitucionales que se han reflejado también en el Código. La filiación matrimonial es la clásica y tradicional, que siempre ha gozado del respeto y la primacía que le conceden las normales reglas morales habituales en nuestra cultura. La filiación no matrimonial implica como previa su determinación especial mediante el reconocimiento voluntario o requerido mediante las acciones de la reclamación de la paternidad, o la de la maternidad, que de todo hay. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han venido a complicar el panorama y los autores aceptan el envite de la novedad y estudian también ampliamente la cuestión.

Junto a la filiación, el Código regula la adopción como figura análoga y que ha sido objeto de varias modificaciones legales hasta llegar a conceder a los adoptados en la actualidad una posición equiparable a la de los verdaderos hijos. Se estudia quiénes pueden adoptar y ser adoptados y los trámites y efectos de la adopción contemplando la variedad de la adopción internacional, práctica cada día más frecuente y que ha sido regulada recientemente. La adopción ha adquirido últimamente un tinte más administrativo, dando entrada cada vez mayor a las entidades públicas en el ejercicio de la protección a los menores por medio del acogimiento y la guarda, según las normas del Código y las autonómicas.

Las acciones de la filiación centran el último capítulo de esta sección, donde se estudian en primer lugar las disposiciones comunes a todas ellas bajo el criterio de la libre investigación de la paternidad y la maternidad, para pasar después a distinguir y exponer las acciones para su reclamación y luego las acciones de signo contrario o de impugnación.

El capítulo 21 nos presenta la patria potestad en su evolución desde el Derecho romano y el germánico al español, histórico y actual, que ya le configura no como una potestad que era, sino más bien como una función, pues comporta más deberes que derechos. Se estudian sus sujetos activos y pasivos y los efectos personales y patrimoniales que entran en esta institución.

Los alimentos entre parientes se estudian en el capítulo 22 con una amplia exposición de su concepto, antecedentes, fundamento y naturaleza. Quiénes sean las personas obligadas a prestarlos y quienes pueden exigirlos, la prelación, la cuantía, las formas de cumplimiento de la obligación y su extensión, son puntos que los autores examinan extensamente.

El último capítulo del libro, que es el número 23, se dedica a la tutela y demás instituciones de guarda. Es la tutela una institución de compleja normativa; el Código Civil la regula según sea de carácter familiar o de autoridad. Se determinan las personas sometidas a tutela, así como a quienes correspon-

de ejercerla, punto este que puede determinarse por testamento, por vía legítima o por vía dativa. Igualmente se analizan los demás detalles de la organización tutelar, como su constitución, órganos que la desarrollan y, por último, las figuras análogas pero diferentes de la curatela, la guarda de hecho y del defensor judicial.

Este resumen apretado puede dar idea de que se trata de un libro que contempla de modo muy completo toda la gran esfera del Derecho de Familia. Es una obra actualizada que nos expone de modo claro lo que se ha regulado y está vigente en las relaciones familiares. La mano de los enseñantes universitarios se nota netamente al conseguir una clara comprensión de esta materia compleja.

JOSÉ MARÍA CORRAL GUJÓN
Profesor ayudante de la UNED

GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO: *La renegociación de préstamos hipotecarios (Estudio de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios de 1994)*. Fundación Matritense del Notariado. Prólogo de José Manuel González Porras, Madrid, 1999. Un tomo de 366 págs.

Varios son los libros y trabajos que se han publicado sobre esta Ley, motivando la atención de los autores, dado el alto interés de la materia. Nunca mejor aplicada esta expresión, pues precisamente se ha tratado de moderar el interés, notoriamente alto, que antes agobiaba a los pobres prestatarios frente a las entidades de crédito.

Ahora recibo este nuevo libro, escrito para hacer un análisis serio del tema y cuyo autor es ya habitual en los comentarios de esta revista. IGNACIO GALLEGO DOMÍNGUEZ ya vio publicado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores su Tesis Doctoral sobre «Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales»; a este autor también le hemos comentado otro libro sobre «Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales». O sea, que es éste, el tercer libro, en poco tiempo, que sale de la pluma, o del ordenador, de este profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba y del cual cabe esperar aún mucho, dada su preparación y juventud. Según se deduce del afectuoso prólogo del catedrático JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, el libro tiene su origen en el tema que utilizó el autor para presentarse al concurso-oposición para obtener su plaza de profesor titular, que después ha ampliado hasta constituir un acabado estudio.

Sea como fuere, el caso es que ha elaborado una obra importante al abordar y analizar con todo detalle la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que tanta aplicación está teniendo en la práctica, por lo que el libro resultará de utilidad indudable para los profesionales.

En su introducción nos explica la finalidad que impulsó a la redacción y promulgación de esta Ley, tendente a conseguir que se hiciese efectiva en la práctica la bajada de intereses de los préstamos hipotecarios. Había bajado el precio oficial del dinero y sin embargo las entidades prestamistas, antes tan diligentes en las subidas basadas en los pactos de intereses variables, se mostraban, no sólo perezosas, sino renuentes para proceder a la baja, aunque ésta era necesaria para ponerla acorde con el nuevo precio del dinero que había fijado el Banco de España.

El hecho era incontenible e hizo surgir en gran número de familias españolas, con créditos pendientes para pagar sus viviendas, unas expectativas lógicas de beneficiarse de la nueva situación. Los problemas se planteaban en los créditos ya concertados en los cuales parecía justo que los prestatarios pudiesen beneficiarse de la bajada del dinero. Existían, ciertamente, unas cláusulas de interés variable, pero los bancos no parecían muy dispuestos a obrar en consecuencia; era algo así como el cazador cazado.

Si bien los procedimientos jurídicos para obtener las nuevas condiciones ya existían, los resultados prácticos no eran siempre los adecuados. Los costos de la operación podían incluso anular las ventajas que se pretendían; si se cancelaba la hipoteca inicial para concertar un nuevo crédito, primero había que contar con la voluntad del acreedor, reacio a aceptar la terminación antes del plazo de un jugoso negocio (art. 1.127 del Código Civil); aparte de ello, llevaba un alto costo si se había de pagar la comisión pactada y los costes de escrituración y registración, más las tasas fiscales y, después, los gastos de la constitución de la hipoteca nueva.

Pero de ahí, nos dice el autor, que la doctrina se fijó en un precepto del Código que por su inaplicación dormía el sueño de los justos y que es el artículo 1.211, que permite al deudor hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado el dinero por escritura en la cual se haga constar su propósito.

Y con la finalidad de dar solución a estas cuestiones nació la Ley 2/1994, aprobada con la idea explícita de brindar medidas tendentes a que la repercusión de la bajada de los tipos de interés del dinero aproveche no sólo a los nuevos prestatarios, sino más bien, y preferentemente, a los ya concertados. De este modo se desarrolla el artículo 1.211 del Código Civil para resolver la problemática existente, cuando el primer acreedor y el que se subroga son entidades financieras a las que se refiere la Ley del Mercado Hipotecario.

GALLEGO DOMÍNGUEZ estudia primero los precedentes de esta norma y los avatares de su tramitación parlamentaria, para exponer a seguido su estructura, que se condensa en dos supuestos principales que son la subrogación propiamente dicha, con cambio de acreedor, y la novación modificativa, en el que no hay cambio del acreedor al obtener del mismo condiciones más beneficiosas.

Estudiadas las generalidades, en el capítulo II se hace una completa exposición de los preceptos que regulan la subrogación regulada en esta Ley. Se toma como básico, según se ha dicho, el artículo 1.211 del Código Civil, y el autor analiza la naturaleza jurídica de la figura consagrada a este precepto, sus precedentes históricos, los requisitos exigibles y los efectos que produce, habiendo discusión sobre si se puede sustituir al acreedor tanto en el crédito como en sus garantías o si la subrogación sólo opera sobre estas garantías. GALLEGO es partidario de la tesis más amplia, que defiende y se pregunta por qué no ha sido apenas empleada la vía de este artículo 1.211 del Código Civil. Cree, como nuestro compañero GÓMEZ GÁLIGO, que se debe a la falta de preceptos expresos en la legislación hipotecaria que lo amparen, solventando dudas sobre el acceso de estas operaciones al Registro de la Propiedad, especialmente para el supuesto de que el primitivo acreedor se negase a otorgar carta de pago, dado que el principio de tracto sucesivo impediría la cancelación de la hipoteca inicial.

Entrando ya en la Ley 2/1994, se estudian los presupuestos para su aplicación; en lo personal, tanto el acreedor inicial como el subrogado han de ser

entidades financieras que puedan operar en el mercado hipotecario, mientras que para el deudor no se establecen limitaciones, lo que es natural, pues el objetivo de la Ley es darle facilidades; en cuanto al préstamo hipotecario ha de existir constituido previamente y producir interés, siendo indiferente la fecha de su celebración y su objeto y aunque fuese posible la amortización anticipada o se hubiese pactado expresamente la imposibilidad de la subrogación.

A seguido, el autor examina y resuelve atinadamente las cuestiones más interesantes que se plantean en esta Ley, sobre todo en los puntos en que se posibilita la modificación de los préstamos existentes, que se refieren principalmente a la mejora de las condiciones del tipo de interés, sea ordinario o de demora.

Cuestiones no menos importantes son las de si cabe reducir el principal de la hipoteca o modificar la responsabilidad respecto a la cobertura de intereses, establecer nuevos pactos, modificar el plazo o cambiar los domicilios del pago o el de los requerimientos o las fechas o períodos de amortización. GALLEGO analiza cada uno de los casos precedentes, alguno de los cuales son de admisibilidad dudosa; lo que no es aceptable desde luego, nos dice el autor, es establecer en el segundo préstamo condiciones que vengán a agravar la posición del deudor. Ello es natural, pues iría contra el propósito declarado expresamente por la Ley.

Las operaciones de subrogación hipotecaria han acudido al Registro en gran número, mejor dicho, todas las otorgadas, dado el carácter constitutivo de la inscripción para los negocios hipotecarios, por lo que no era muy necesario el artículo 5 de la Ley especial; de todos modos, mejor es que lo haya aclarado de modo expreso para evitar dudas. El libro detalla todas las operaciones que se han de llevar a cabo para que la subrogación llegue a ser efectiva, incluyendo la cancelación de la hipoteca primitiva.

Y termina este capítulo del libro estudiando los costes de la subrogación que se disminuyen, según el claro propósito de la Ley, a base de abaratar los gastos bancarios y los aranceles notariales y registrales, así como concediendo bonificaciones fiscales.

En el capítulo III se estudia la novación modificativa que se presenta cuando no hay cambio de entidad acreedora, si el banco, por no perder al cliente, se aviene a conceder condiciones más benignas de las inicialmente existentes. A este supuesto se refiere el artículo 9 de la Ley, que más bien se reduce al procedimiento y sobre todo a la concesión de beneficios fiscales y a la rebaja de los consabidos aranceles.

No obstante, GALLEGO DOMÍNGUEZ estudia con amplitud su naturaleza y ámbito de aplicación tendente a conseguir, como mínimo, la mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o el vigente, aunque también pueden darse otras modificaciones que sean favorables.

La novación se lleva a cabo mediante escritura entre la entidad financiera y el deudor que suscribieron la hipoteca inicial y ha de inscribirse en el Registro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, según el cual sólo se conceden efectos a las modificaciones hipotecarias cuando se hacen constar en un nuevo asiento registral.

Aquí también se detallan en el libro los efectos y los costes de la novación.

Por último, el autor toca el problema de si será posible que, una vez celebrada la subrogación, la nueva entidad y el deudor celebren una novación modificativa; nos dice que aún cuando la operación podría plantear ciertas

dudas de fraude a la Ley, la doctrina entiende que es posible realizar tal operación en documentos diferentes.

Sólo nos queda repetir que el libro es, además de muy interesante, completo en cuanto que agota todo lo referente a esta Ley; además es de gran utilidad para cuantos estamos implicados en estas operaciones sobre la hipoteca, pan nuestro de cada día, porque van casi siempre unidas a la adquisición de inmuebles.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MEDINA DE LEMUS, MANUEL: *El Derecho Civil español en los últimos cincuenta años*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000. Un tomo de 391 págs.

Han sido tan relevantes las modificaciones operadas en los últimos años, incluso en la concepción misma del Derecho civil, que se hace precisa una reflexión de conjunto con el fin de sentar pautas de control y seguimiento que hagan posible medir logros y retrocesos, pudiendo así perfeccionar progresivamente el estado de nuestra legislación civil actual. Todo ello en este fin de siglo que, además, es fin de milenio, época propicia para un recuento del pasado con una vocación de proyectos de futuro.

Con estas frases presenta, en la introducción, el libro, su autor MANUEL MEDINA DE LEMUS, profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid, asiduo colaborador de nuestra revista y a quien debemos ya varias valiosas obras jurídicas, editadas por el Colegio de Registradores, por lo que le consideramos como de casa.

Ahora nos ofrece un valioso resumen del desenvolvimiento del Derecho Civil en este medio siglo que va a terminar en diciembre del presente año, haciéndolo con la maestría que corresponde al buen profesional y gran bibliófilo que es MANUEL MEDINA. Para ello repasa con acierto los distintos eventos en que se ha manifestado el Derecho Civil en estos cincuenta años a través de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, consiguiendo así un completo contexto en este su interesantísimo trabajo.

En la primera parte, el libro estudia las principales figuras que han destacado en la doctrina civilística española de este último medio siglo, ofreciéndonos unas biografías matizadas de proyectos y principios que fueron elaborados por grandes maestros civilistas. El autor los considera espejos en que mirarnos, ya que constituyen testimonio de una actividad y profesionalidad aún presentes, sin desaliento a lo largo de sus vidas y que pueden servir de pauta para nuestros proyectos sugestivos de quehaceres.

Ante la imposibilidad de citar todas las aportaciones doctrinales de este período, el autor recoge las figuras más salientes, empezando por don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, de quien se ha dicho que es el jurista español de nuestro siglo que se ha entregado de manera más plena a las distintas manifestaciones del saber y la preocupación por el Derecho; resalta su pensamiento y su labor de docencia e investigación, así como su vida judicial y su labor en la formación de la jurisprudencia, citando las sentencias más salientes de las que fue ponente, especialmente la que delimitó el abuso del derecho con trazos indelebles.

Le sigue don FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, del que dice que se atuvo en todo momento y en cualquier ocasión a un método exquisitamente riguroso que

consistió en no desentenderse de una visión profunda de los hechos sociales; también consigna su pensamiento y su labor docente y de investigación, recordándonos que asimismo desempeñó un importante puesto judicial en el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya.

De don ALFONSO DE COSSIO Y CORRAL dice que se caracterizó por una constante preocupación por la libertad que, junto al Derecho, le lleva a una combinación casi mágica entre ambos fenómenos y en ese eje discurrió su pensamiento jurídico, la docencia que impartió y la abogacía que ejerció.

Sigue el autor su exposición de las principales manifestaciones doctrinales de este medio siglo con don JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, recordado porque fue consejero de esta revista. Dice de él que destacó por haber sabido dotar de un carácter científico al estudio del Derecho Inmobiliario y Registral, a partir del concepto de la publicidad y también por haber redactado un definitivo dictamen sobre la naturaleza jurídica de la función registral, en el que perfiló la importancia y el carácter de la figura del Registrador de la Propiedad; fue, como es sabido, destacado profesor y también ejerció con brillantez la abogacía.

De don ANTONIO HERNÁNDEZ GIL reseña su autodefinición como jurista socialmente preocupado e intelectualmente insatisfecho y añade que en él la preocupación social en la reflexión jurídica supone el rechazo de posiciones formalistas; hay una compenetración entre Derecho y Sociedad, un encuentro de uno y otra, que presenta el problema de la convivencia entre los hombres y los pueblos bajo el signo de la paz. Fue gran maestro y desarrolló una importante labor como presidente del Tribunal Supremo, terminando su carrera profesional y política como presidente de las Cortes y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

El autor termina su galería de maestros con don JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA, catedrático de Salamanca, quien mostró gran preocupación por la construcción jurídica de los derechos de la personalidad, tema que desarrolló en el discurso para su ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; fue también magistrado del Tribunal Supremo, realizando una destacada labor jurisprudencial.

Resume MEDINA la labor de estos maestros diciéndonos que han seguido una trayectoria profesional que comporta una visión omnicomprendensiva del Derecho, manifestada en las distintas tareas que desempeñaron. Participaron, activa y eficazmente, según el tiempo en que vivieron, en todas las reformas legislativas que aplicaron mediante sus impecables resoluciones judiciales o, en su caso, en sus dictámenes y la traza irreplicable de sus publicaciones, con lo que situaron a nuestra doctrina civilista en niveles y cotas difícilmente alcanzables. Por todo ello expresa el autor su veneración, respeto y gratitud a estos grandes juristas que tanto ayudaron a perfeccionar el Derecho en sus respectivas labores profesionales, docentes y judiciales.

La parte segunda del libro recoge todas las modificaciones legislativas surgidas en estos cincuenta años en el ámbito del Derecho Civil de España, modificaciones que se han potenciado considerablemente a partir de la Constitución. A eso hay que añadir la profusa y confusa legislación autonómica, lo que supone un entramado normativo compuesto por una multitud de «árboles que impiden ver el bosque». El autor manifiesta su tenue esperanza, bien lejana por cierto, de que se pueda producir con el tiempo una cierta simplicación de esta maraña, mediante la homogeneización, más necesaria ahora que se habla de unificación del Derecho Civil y Mercantil en el ámbito europeo.

A continuación recoge, con minucioso detalle, toda la normativa, tanto nacional como foral o autonómica, distribuida según las partes clásicas del Derecho Civil, o sea, la parte general y personas, obligaciones y contratos, derechos reales y familia y sucesiones.

En la parte tercera, la de más extensión, pues ocupa 260 páginas del libro, o sea, más de la mitad, da noticia de la jurisprudencia de estos años. Aunque empieza diciendo que no es posible diseñar claramente las líneas trazadas por la jurisprudencia de estos cincuenta años, dada la innumerable cantidad de datos que habrían de tenerse en cuenta, al menos sí se propone, y lo consigue, retratar los factores que han contribuido a su configuración actual.

Tales datos son la aparición de la jurisprudencia dimanante de la creación del Tribunal Constitucional y la potenciación de la antes llamada jurisprudencia menor, ahora dada por los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas, por un lado, y por otro la explosión del número de pretensiones justiciables, de suerte que se viene realizando una utilización abusiva de los Tribunales, los cuales han de resolver cuestiones que antes se solucionaban por transacción o arreglo entre las partes.

Recogiendo el fenómeno del pluralismo del Derecho civil en España a raíz de las competencias autonómicas reconocidas por la Constitución, los Tribunales han de aplicar en sus sentencias diversas normas, en una labor nada fácil y muy compleja. El autor hace una completa sinopsis de las más salientes sentencias dictadas en las distintas materias, distribuidas también por el patrón tradicional de parte general, obligaciones, derechos reales, familia y sucesiones, ofreciendo una visión muy completa de las directrices jurisprudenciales de estos últimos años.

Como resumen, concluye el libro expresando que se aprecia una evolución harto desproporcionada que oscila desde reformas pequeñas y puntuales antes de la Constitución y que luego se dispara en una auténtica tromba de disposiciones y trabajos doctrinales que, aunque han enriquecido el Derecho civil, provocan una no pequeña desorientación de lo que se considera el esquema fundamental del ordenamiento que son, en esencia, sus principios generales. Es necesaria una simplificación en beneficio de todos, nos dice el autor.

El libro es de una provechosa lectura. MANUEL MEDINA ha logrado una buena síntesis del panorama iuscivilista de España en estos cincuenta años, retratando de mano maestra su esencia; para ello destaca tanto los logros como los retrocesos, y así contribuye de modo acertado a facilitarnos el estudio y calificación de esta época que nos ocupa.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS