

LITEWSKI, WIESLAW: *Rzymskie prawo prywatne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa, 1998, 471 págs.

Nos encontramos ante una obra importante de Derecho Privado Romano que ha merecido ya varias ediciones y que aparece destinada tanto a discentes de Derecho Romano de las Facultades de Derecho y Administración de las Universidades polacas, como a investigadores del Derecho Privado del pasado. Tras una introducción general y un examen histórico de las fuentes fundamentales para el estudio del Derecho Privado Romano y Común europeo, aborda el derecho de personas, cosas y acciones. Para los estudiosos del Derecho de propiedad inmueble y en particular de la enfiteusis (a la que LITEWSKI dedica varios apartados de su libro, en págs. 81, 202, 206, 228, 230, 234 y 278) es interesante el estudio que realiza sobre la evolución jurídica y terminológica que sufren estas instituciones. El autor, lejos de considerar a la enfiteusis perteneciente al Derecho público, apuesta en su obra por considerarla como una figura propia del Derecho privado o, al menos, de la frontera existente entre ambos tipos de derecho.

A la *restitutio in integrum* y a la *in iure cessio* y sus diferencias con la *mancipatio* es abundantísima la atención que le presta LITEWSKI, como también a los distintos tipos de interdictos prohibitorios, exhibitorios, posesorios y restitutorios. La lista de interdictos es amplísima. A ella dedica una parte significativa de su libro mediante el estudio de muchos de ellos, tales como el *interdictio aqua et igni*, *interdictio bonorum*, *interdictum de aqua cottidiana et aestiva*, *interdictum de arboribus cedendis*, *interdictum de clandestina possessione*, *interdictum de fonte*, *interdictum de glande legenda*, *interdictum de itinere actuque privato*, *interdictum de liberis ducendis*, *interdictum de liberis exhibendis*, *interdictum de migrando*, *interdictum de precario*, *interdictum de superficiebus*, *interdictum de vi armata*, *interdictum de tabulis exhibendis*, *interdictum de uxore exhibenda ac ducenda*, *interdictum demolitorium*, *interdictum fraudatorium*, *interdictum quam hereditatem*, *interdictum quem fundum*, *interdictum quod legatorum*, *interdictum quod vi aut clam*, *interdictum quorum bonorum*, *interdictum reddere*, *interdictum si uti frui prohibitus esse dicetur*, *interdictum unde vi*, *interdictum uti possidetis*, *interdictum utile* e *interdictum utrubi* (ver págs. 125, 164, 135, 180, 192, 204, 207, 224, 226, 228, 232, 283, 297, 311, 380, 396, 397). Sin embargo, y a pesar de las numerosas páginas en las que aborda los interdictos, pasa por alto interdictos tales como *interdictum de aqua ex castello*, *de cloacis*, *de libertis exhibendo*, *de loco publico fruendo*, *de mortuo inferendo et sepulchro aedificando*, *ne quid in loco itinerve sacro fiat*, *ne quid in loco publico vel itinere fiat*, *ne vis fiat ei aedificanti*, *de ripa munienda*, *de rivis*, *de via publica et itinere publico reficiendo*, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, *quem usumfructum*, *unde vi armata* y *de rudibus tollendis*.

No falta en la obra el comentario no sólo de los textos de Derecho Romano preclásico, clásico y postclásico, sino también de toda la compilación justi-

nianea y la referencia a las Basílicas y a la *Synopsis Maior Basilicorum*, a *Tipoukeitos*, a la *littera fiorentina* y a la boloñesa y su influencia en la interpretación posterior de los textos del Digesto. Del Derecho intermedio se hace eco de Accursio, Pierre de Belleperche, Cino da Pistoia, Jacques de Révigny, Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, Andrea Alciato, Ulrich Zasý, Gregor Haloander, Jacques Cujas, Antoine Favre, Denis Godefroy, J. Voet, G. Noodt, Carl van Bynkershoek, F. C. von Savigny, G. Hugo, B. Windscheid y R. H. Dernburg, hasta desembocar en el BGB.

El origen de la hipoteca lo sitúa el autor en la costumbre que en Roma existía, según la cual el arrendador convenía con el arrendatario que los *in-vecta et illata*, que eran propiedad del último, servían para garantizar el pago del canon. Para ello se concedió un interdicto, el *interdictum Salvianum* (creado posiblemente por el jurista Servio Sulpicio Rufo, en el siglo I a J., al que LITEWSKI presta particular atención, págs. 45, 48 a 52, 152, 297) que, si lo analizamos como una acción para adquirir la posesión, hace que nos encontremos con una verdadera hipoteca (no así, si lo entiendiéramos como una acción mediante la cual se habilita al acreedor a retener la cosa. En este caso no podríamos hablar de hipoteca puesto que el actor tenía ya el bien). (Cfr. LITEWSKI, págs. 13, 165-170, 190, 192, 196, 206, 231-234 y 340). Asimismo, el autor se detiene en el análisis del nacimiento del término *hypotheca* en las fuentes. LITEWSKI no acepta la teoría según la cual el origen de la hipoteca romana ha de encontrarse en la hipoteca griega, pues esta última parte exclusivamente de la responsabilidad real. Dentro de los tipos de hipoteca, LITEWSKI aborda la constitución de varias hipotecas sobre una misma cosa y la reclamación que hacen los acreedores a aquel acreedor que goza de la posesión del bien del llamado *superfluum*. Por lo que respecta a las servidumbres, LITEWSKI realiza un estudio pormenorizado de las mismas deteniéndose tanto en las servidumbres personales como en las servidumbres prediales, y dentro de estas últimas, tanto en las rústicas como en las urbanas. El autor analiza con detenimiento el usufructo a lo largo de toda su obra (ver págs. 118, 169, 170, 176, 182, 221, 222, 224-226, 301 y 315). Sitúa su origen, en lo que viene siendo un lugar común, en relación con la muerte del *paterfamilias* y la intención de proteger a la viuda respetando el derecho hereditario de los hijos. Dentro de las servidumbres rústicas de paso dedica su atención, no sólo a la que concede al titular de la misma el derecho a conducir el ganado o los carruajes por el fundo sirviente (*actus*, ver págs. 198, 221 y 222), sino también a aquellas que permiten a su titular el derecho a pasar a pie (*iter*, págs. 198, 221-222) y la servidumbre de paso (*via*, págs. 198, 221-222). Por lo que se refiere a las servidumbres de aguas, LITEWSKI cita no sólo la *servitus aquae haustus* (consistente en el derecho a sacar directamente el agua del fundo sirviente) sino además la de *aquae ductus* (derecho a pasar agua por el fundo sirviente) (págs. 198, 221-222), aunque no indica que el nacimiento de la servidumbre coactiva de acueducto se encuentra en el derecho estatutario milanés del siglo XIII con Brunaccio Porca.

En cuanto a las servidumbres urbanas, el autor describe en varias páginas las relativas a luces y vistas tales como la *servitus luminum* (servidumbre que delimita la no injerencia en la luz o vista del fundo dominante por parte del fundo sirviente), a la servidumbre de desagüe como es la *servitus stillicidii*, o la servidumbre de muros y protecciones como, por ejemplo, la *servitus oneris ferendi* (ver págs. 222-224). Sin embargo, criticable es el hecho de que pase por alto dentro de las servidumbres de desagüe de edificios la

servitus fluminis (diferente de la *stillicidii* por el método en que se vierten las aguas) o la *servitus cloacae mittendi* (derecho a desaguar aguas sucias a través del fundo sirviente). De igual manera, el autor olvida hacer mención, dentro de las servidumbres relativas a muros y proyecciones, de la *servitus proicendi* (creación de balcones o terrazas sobre el fundo sirviente vecino) o de la *servitus protegendi* (creación de una cubierta de protección sobre el fundo sirviente).

La última parte del libro, la que menos nos interesa en este caso tratándose de la *RCDI*, está dedicada al procedimiento civil romano.

La obra carece de aparato crítico y de una bibliografía final. En cualquier caso, libros como el de LITEWSKI, autor poco conocido en España, son expresión de una fecunda dedicación de juristas polacos al Derecho Romano y a la Historia del Derecho Privado, aunque no tienen acogida, por lo que hemos sido capaces de detectar al presente, dentro de la doctrina romanística o iushistórica española. Son los casos de W. WOŁODKIEWICZ, E. SZYMOSZEK, W. ROZWADOWSKI, W. OSUCHOWSKI, W. BOJARSKI (a quien sí conocen y citan los romanistas de la Universidad Hispalense), K. KOLANCZYK, C. KUNDEREWICZ, M. KURYLOWICZ y J. SONDEL.

ELENA MARTÍNEZ BARRIOS

ANTONIO ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *La posesión y los derechos reales*, Málaga, 1995, 221 págs.

En este trabajo, después de una introducción dedicada a establecer la diferencia entre los derechos reales y los derechos de obligaciones, la cual fue contemplada por los romanos desde el punto de vista del proceso, trasladándola al campo de las acciones, se aborda el concepto de posesión, confrontándola con el de propiedad.

Al respecto, sostiene el autor que, aunque exteriormente la propiedad y la posesión podrían confundirse, sin embargo, frente a la propiedad que es un derecho, la posesión entraña tan sólo un poder material sobre la cosa. Es verdad —añade— que las más de las veces el propietario de una cosa es también poseedor de la misma, pero puede suceder como dice *Ulpiano* (D. 43, 17, 1, 2) [*Ulp., Ad Edictum*, Lib. LXIX] que alguien sea poseedor y no sea propietario (*alter possessor sit, dominus non sit*), o viceversa, que sea propietario y no poseedor (*alter dominus sit, possessor non sit*). Así —concluye—, posee el propietario cuando conjuga su título de propiedad con la disposición fáctica de la cosa; posee el poseedor de buena fe, es decir, aquél que lo hace en nombre propio, con el convencimiento de no dañar los derechos ajenos, posee incluso el ladrón, aunque contra el derecho.

Todavía dentro del ámbito de la posesión, afirma ORTEGA que es prácticamente imposible construir la idea de la posesión sobre una base unitaria, dado que la terminología romana al respecto es ambigua y, en ocasiones, poco rigurosa, presentando matices y significados que es preciso aclarar. Y a partir de tal enunciado distingue entre *possessio naturalis*, *possessio* y *possessio civilis*, para concluir que en derecho justiniano el término *possessio naturalis* continúa indicando las relaciones que implican mera tenencia, y la dicotomía *possessio* y *possessio civilis* tiende a confundirse bajo el término *possessio civilis* con los dos efectos jurídicos ya mencionados de protección interdical

y adquisición de la propiedad mediante la usucapión siempre que concurren buena fe y justo título.

Ya dentro del campo de los derechos reales, se preocupa el autor fundamentalmente de aquellos derechos que, frente a la propiedad, la doctrina moderna llama derechos reales sobre cosa ajena, los *iura in re aliena* de los intérpretes, demostrándose con relación a la misma su enorme influencia en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, al cotejar continuamente las instituciones romanas con nuestro Código Civil, pone de relieve cómo el articulado del mismo, sobre todo en materia de servidumbres y usufructo, guarda sorprendente similitud con aquellos conceptos elaborados, perfilados y delimitados por la jurisprudencia clásica, y no sólo desde el punto de vista sustancial, sino también en cuanto a la forma.

Una última reflexión ha de girar en torno a los derechos reales de enfitéusis y superficie. En cuanto al primero, afirma el autor que la concepción como derecho real sobre cosa ajena tal y como aparece en la compilación de Justiniano, es el resultado de una lenta evolución a través de la época clásica y postclásica, donde el emperador Zenón en una novela del año 476 (C. 4, 66, 1), y una vez unificados los diversos tipos de concesiones bajo la denominación común de *ius emphyteuticum*, resolvió definitivamente la cuestión siempre discutida entre los juristas sobre la naturaleza del derecho enfitéutico, configurándolo como un derecho *sui generis*, con propio concepto y definición (*conceptionem definitionemque habere propriam* ya que *nomina sunt consequentia rerum* [Institutiones, 2, 7, 3]), distinto de la venta y el arrendamiento.

Y es sintomático advertir —añade ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ— cómo la enfitéusis, aquel derecho enajenable y transmisible a los herederos de usar y disfrutar ampliamente de un fundo ajeno, con la obligación de no deteriorarlo y pagar un canon anual al propietario del mismo, mantiene su esencia en nuestro Código Civil, bajo la denominación de censo enfitéutico (analiza el autor los arts. 1.605 y 1.628 y sigs.). En cuanto al derecho real de superficie, creado y perfectamente delimitado en sus contornos por el Derecho romano, curiosamente el Código Civil le dedica un solo artículo, concretamente el 1.611.

Sin ánimo de incurrir de nuevo en el pecado de corporativismo a la defensiva (*Cicero pro domo sua*), no podemos dejar de advertir que con el presente libro, el doctor ORTEGA ha logrado reiterar —una vez más, a pesar de que *manifestahaud indigent probatione*— la enorme importancia del estudio del Derecho romano y su clara influencia en el planteamiento de nuestras instituciones inmobiliarias (no precisamente por aquello que decía Montesquieu de que cada siglo tenía sus genios particulares, ni tampoco porque las leyes fueran la razón de las divinidades celestes).

MANUEL J. PELÁEZ

MIGUEL CHECA MARTÍNEZ, *EL Trust angloamericano en el Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, 157 págs.

El *Trust* angloamericano en el Derecho español constituye una obra de rabiosa actualidad, no sólo por la reciente fecha de su publicación sino por el tema sobre el que versa, pues, aunque cuenta con no escasas y por demás valiosas páginas sobre este instituto, es hoy cuando la figura en cuestión se

nos presenta de una forma tan cercana que nos conviene saber convivir con ella.

CHECA MARTÍNEZ aborda el *Trust* desde diversas perspectivas, las cuales se corresponden con los siguientes cuatro capítulos: «El *Trust* en el Derecho Comparado», «Competencia Judicial Internacional», «Ley aplicable al *Trust* y su reconocimiento: el Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985» y «Efectos del *Trust* en los sistemas de Derecho Civil».

Las páginas dedicadas al «El *Trust* en el Derecho Comparado» nos permiten adentrarnos en una figura propia de otros Ordenamientos inspirados, en principio, en una tradición diferente a la del sistema español. Su estudio comienza identificando la figura, a continuación la acerca al negocio fiduciario característico de los regímenes de tradición romana y concluye con la clasificación y el fraccionamiento del *trust* angloamericano en los sistemas de Derecho Internacional Privado de Derecho continental.

Respecto a la «Competencia Judicial Internacional», aquí CHECA MARTÍNEZ analiza el Convenio de Bruselas y Lugano sobre competencia judicial y sobre el sistema autónomo español de competencia judicial internacional. Este capítulo se centra sobre todo en el ámbito de aplicación y en la clasificación y desarrollo de las acciones.

Luego el autor desarrolla amplia y pormenorizadamente el intento de acercar o converger sistemas de Common Law y Derecho Civil, el ámbito propio y el excluido del Convenio de la Haya de 1 de julio de 1985, y los siguientes, principios y leyes sucesivas aplicables, reservas, límites y efectos al «reconocimiento» del *Trust*.

«Efectos del *Trust* en los sistemas de Derecho Civil» es el último capítulo en el que se reflejan las consecuencias de la figura estudiada en el ámbito de los Sistemas de Derecho Civil y en el Sistema de Derecho español de Derecho Internacional Privado.

Concluye su monografía con unas «Consideraciones finales» en las que, como resultado de lo que las antecede, permite vislumbrar un futuro esperanzador en el intento de converger el *Trust* angloamericano en nuestro sistema.

El tiempo que todo lo muda no ha impedido que se mantenga una figura basada en la confianza como es el *trust*. Un instrumento de origen anglosajón, fundamentado en la necesidad de colocar los bienes a intermediarios para que tras un tiempo se devolvieran, se invirtieran en un destino determinado o dieran a persona concreta. Aparecen, por un lado el constituyente del *trust*, en segundo lugar el *trustee*, que es aquél en quien se confía, y en tercer término, el o los beneficiarios. Respecto a los segundos Gilbert T. Stephenson ha señalado «A trustee is not a servant taking orders, he is a friend rendering service» (un *trustee* no es un criado que recibe órdenes, sino un amigo que presta un servicio) [ver EMILIO MIÑANA: «Los trusts: breves consideraciones acerca de su implantación en España», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 158 (1931), pág. 608]. Esta figura de estructura triangular se articuló a través de los Tribunales de Equidad para admitir el ejercicio de acciones que no estaban tipificadas normativamente. Hoy en día tampoco están recogidas las múltiples finalidades a que responde el *trust*. Suele utilizarse como instrumento de gestión de patrimonio mobiliario, constituido por títulos valores; en general, las actividades del *trustee* pueden abarcar desde pagar impuestos, abonar cargas, cobrar los títulos amortizados, cambiar las inversiones a otras más favorables, hasta hacer reparaciones, contratar y repartir el patrimonio según lo convenido.

Sin embargo, pueden ofrecer también inconvenientes en la medida en que han de ser medio para burlar los impuestos sucesorios, facultan para ejercer un predominio en el orden económico, y permiten apoderarse de una gran parte de los bienes, inmovilizarlos. No obstante, son más las ventajas que los inconvenientes; prueba de ello es el mantenimiento de los mismos más allá de los países de origen.

El acercamiento a éstos plantea el reconocimiento o no de esta figura, la suplantación con otras instituciones, el análisis diferencial entre ellas.

La necesidad obliga a adaptarse a los nuevos tiempos. Hoy más que nunca nos ayudamos de todos los instrumentos existentes a nuestro alcance para conseguir más rendimiento, rapidez y eficacia. En el Derecho común inglés, la mayoría de los entes colectivos y la totalidad de las instituciones y fundaciones se presentan bajo la figura especial del *trust*. En nuestro Ordenamiento existe el negocio fiduciario que puede llegar a celebrarse con la misma finalidad que el *trust*, de ahí que sean planteables las aproximaciones, diferencias y utilidades de ambas figuras. En primer lugar, hay que determinar cuáles son las notas aproximativas de ambas figuras, para adentrarnos a continuación en sus diferencias y las que ofrece con otras materias afines en cuyo análisis descubriremos el alcance, los elementos, los medios de protección, y otros mecanismos del *trust*.

El denominador común de estas figuras estriba en la fiducia, lo que lleva a conceptualizar al *trust* del siguiente modo: STAIR definía el *trust* «como una obligación que incumbe a una persona, derivada de la confianza que se tiene de que utilizará fielmente los bienes que se le entreguen, según el encargo que se le ha hecho» (*Institutions of the Law of Scotland*, Edinburgh, 1681, vol. IV, t. VI, sección 2.^a, pág. 591 et section 3.^a, págs. 592-594); por lo que respecta al negocio fiduciario se conceptúa por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS («El negocio fiduciario», *La Ley*, 1986, t. 4, pág. 1027), como sigue: «el negocio fiduciario está basado —dice— en la fiducia o confianza que se pone en el comportamiento de aquella persona a favor de la cual se hace una atribución patrimonial, con un fin diferente al de la atribución misma y, generalmente por lo que se refiere al contenido de los efectos jurídicos que, de no mediar la fiducia, se corresponden con tal fin».

El negocio fiduciario se caracteriza por tanto, por la confianza y por utilizar un medio desproporcionado para los fines que se pretenden. Entre las diversas teorías que lo fundamentan destacan la teoría del doble efecto defendida por FERRARA, CASTÁN, GARRIGUES..., y en un primer momento por JUAN JORDANO BAREA, y la de la titularidad fiduciaria defendida por FEDERICO DE CASTRO, ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, y en un segundo momento por el propio JORDANO BAREA. La primera teoría postula que se dan dos negocios, uno con eficacia traslativa del dominio del fiduciante al fiduciario, y otro negocio, el obligacional con eficacia *inter partes*, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido; en el supuesto de que no lo hiciera, el primero no puede dirigirse contra terceros adquirentes aunque sean a título gratuito o conocieran la existencia del pacto fiduciario. LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1975, pág. 520) señalan al respecto y, en concreto, en cuanto al incumplimiento del pacto de fiducia: «Siguiendo la teoría del doble efecto tendremos que el fiduciario ostenta la titularidad dominical de la cosa frente a todos, incluyendo al mismo fiduciante. Si incumple el pacto de la fiducia responderá de daños y perjuicios el fiduciario frente aquél, pero éste no podrá reivindicar la cosa que halle de su

patrimonio o en el de un tercer adquirente, y en caso de quiebra del fiduciario, el bien transmitido ingresa en la masa de la misma, no pudiendo el fiduciante pedir su separación alegando que él es su verdadero dueño». Ello revela injusticia, de ahí que, como recoge JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS («El negocio fiduciario», *La Ley*, 1986, t. 4, pág. 1033), «la teoría de la titularidad fiduciaria predica que sólo se da un negocio con dos efectos, uno real con eficacia *erga omnes* y otro personal, limitados al fiduciante y fiduciario y es éste el que sólo adquiere una titularidad formal en cuanto externamente aparece como propietario frente a todos menos frente al fiduciante, lo que le servirá para reivindicarla del fiduciario alegando su condición de verdadero dueño de la cosa. No obstante, dado que la buena fe modaliza el alcance de los efectos del negocio fiduciario, si ha establecido en favor del fiduciario, si se trata de *fiducia cum creditore* (inscribible por el art. 2.3 de la LH), adquirirá un *titulus retinendi* y no *titulus acquirendi* mientras que el fiduciante no devuelva lo prestado, se le negará frente al fiduciario la acción reivindicatoria pero no la declarativa del dominio». Un derecho de retención reconocido por nuestra legislación en casos contados: posesión, usufructo, prenda, hipoteca, anticresis, depósito y mandato.

La mayoría de la doctrina española no confiere más que una titularidad relativa o formal al fiduciario, «adquiere sólo en función del destino o fin último tenido en vista por las partes», «la titularidad fiduciaria en la relación externa el fiduciario aparece como titular; en la relación interna, el fiduciario no pasa de ser un mandatario o un depositario en la *fiducia cum amicu contracta*» [ver JUAN B. JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI, (1983), págs. 1437 y 1445]. Orientación que también es seguida por la jurisprudencia. La Sentencia de 8 de marzo de 1963 habla de «propiedad sujeta a condición», la de 4 de mayo de 1950, en la que matiza como mandato no representativo el negocio fiduciario «la nota de confianza que lo inspira fue elevada en grado superlativo, dando matiz de negocio fiduciario al mandato».

El optar por una teoría u otra distorsiona las diferencias con el *trust*. La teoría de la titularidad fiduciaria esboza un negocio fiduciario más semejante al *trust*. No obstante, «la diferencia esencial del negocio fiduciario con el *trust* anglosajón es la inexistencia de una división del derecho de propiedad entre fiduciante y fiduciario, pues el derecho real alcanzado por el fiduciario es pleno y el fiduciante sólo tiene a su disposición acciones personales de responsabilidad frente al anterior, que en ningún caso se asemejan a las que el Derecho angloamericano pone a disposición del beneficiario (*tracing*) tanto frente al *trustee* como en relación con los terceros en caso de incumplimiento de los deberes del *trustee*. La acción de *tracing* es difícilmente asimilable a las categorías del Derecho civil, pero no es muy lejana a la acción reivindicatoria. Con esta última el propietario defiende su título frente a terceros poseedores, aunque éstos tengan un título de propiedad que deberá ser invalidado para que pueda prosperar la acción reivindicatoria, con los límites que aporta el artículo 464 del Código Civil sobre adquisición *a non domino* de bienes muebles o el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con bienes inmuebles» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 23). El artículo 85 del Código de Comercio, respecto a las mercaderías, no hace distinción entre la buena o la mala fe. «De acuerdo con la teoría del doble efecto, una acción reivindicatoria estaría vedada al fiduciante que sólo dispondría de acciones personales frente al fiduciario para hacer valer su derecho» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 23).

Aunque se hayan advertido parte de las diferencias existentes entre el *trust* y el negocio fiduciario, podemos señalar como tales las siguientes:

En primer lugar, el desdoblamiento de la propiedad, una legal para el *trustee* y otra en equidad para el beneficiario; en segundo término, el constituirse el *trust* mediante un acto unilateral; la tercera disonancia sería la desvinculación del constituyente con la relación fiduciaria creada; la cuarta estaría constituida por la doble naturaleza real o personal de las acciones que surgen entre el beneficiario y el *trustee*; una quinta diferencia muy discutida sería el hecho que las relaciones internas actúan *in personam*, por el contrario, la posición del beneficiario sobre la propiedad vincula a cualquier tercero que la adquiera, salvo que se trate de un tercero de buena fe que adquiere a título oneroso; también hay que destacar que la acción de *tracing* no es propiamente reivindicatoria, a pesar de constituir la mayor y más plena de las acciones para la defensa de la propiedad, ya que las acciones para la declaración como beneficiario de un *trust* tendrán frente al *trustee* siempre un carácter personal; y la última diferencia se refiere a que los *trusts* suelen establecerse en interés o de un beneficiario (que puede ser el mismo constituyente) o de un fin determinado, frente a la clásica clasificación de los negocios fiduciarios celebrados en interés del fiduciante (*fiducia cum amico*), o en interés del fiduciario (*fiducia cum creditore*).

La primera de las diferencias y además uno de los caracteres propios del *trust* estriba en el desdoblamiento de la propiedad, una legal del *trustee* y otra en equidad para el beneficiario. Se mantiene la no confusión de patrimonios correspondientes al *trust* y al *trustee*. Es diferente al sistema español donde se mantiene una propiedad susceptible de restricciones, las cuales dan lugar a los *in re aliena*; también se admiten limitaciones dirigidas a que la propiedad cumpla un fin social; igualmente cabe la propiedad dividida, de forma que el contenido de la propiedad se presente distribuido entre los sujetos, cada uno goza de ciertas facultades y pretensiones propias del dominio pero distintas a la de los demás, siempre sin aparecer uno como propietario y otro como titular de un *in re aliena*. En cualquiera de los casos existe un mismo referente: el carácter unitario y no escindido de la propiedad. En cambio, en el *trust* corresponden al *trustee* y al beneficiario dos propiedades que aunque puedan versar sobre el mismo objeto, los derechos sobre una y otra propiedad difieren. «La delimitación de los aspectos reales y personales en la relación entre el *trustee* y el beneficiario no es, sin embargo, fácil, pero entre los aspectos personales desde luego se encuentran el deber del *trustee* de administrar el *trust* en interés del beneficiario, su obligación de actuar conforme a las condiciones previstas en el documento constitutivo del *trust* y conforme a las obligaciones generales previstas legalmente, su régimen de responsabilidad por incumplimiento de sus deberes de actuación correcta y razonable conforme a lo previsto por la *Trustee Act* de 1925 (*breach of trust*), así como el derecho a obtener una compensación por la ejecución de su labor» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 12). Frente a los derechos del propietario en equidad que parecen ser de naturaleza análoga a los derechos reales, como señala el mismo autor, «los equitables intereses sobre inmuebles que surgen de la regulación del *trust* pueden ser calificados como derechos reales o *rights in rem* a efectos del artículo 16.1 del Convenio de Bruselas, puesto que su condición es oponible frente a terceros. Esos derechos son registrables y entonces producen efectos de alcance universal, incluso respecto de adquirentes de buena fe;

si no están registrados surten efectos también frente a terceros pero entonces no son oponibles frente a adquirentes de buena fe. Por esas razones desempeñan la misma función que los derechos reales en los sistemas continentales» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 37). Por ello se considera el *trust* como un modo de ejercicio de los derechos reales. Concretamente en España algunos autores en base a los artículos 2.2 *in fine* de la Ley Hipotecaria «y cualesquiera otros reales» y su correlativo el artículo 7 del Reglamento Hipotecario son propensos a considerar la admisibilidad de los *numerus appertus* en materia de los derechos reales siempre que satisfagan una necesidad no resuelta por otros derechos reales o por una combinación de derechos reales y personales además de reunir los caracteres propios de los primeros. Aunque este último no se cumple totalmente en los derechos derivados del *trust* como luego veremos.

El origen de ambas figuras también difiere en la medida que el *trust* se constituye unilateralmente por el constituyente frente al carácter contractual del negocio fiduciario. En general, la diferencia entre acto y negocio estriba en lo siguiente: «La línea divisoria entre negocio jurídico y el acto jurídico en sentido estricto se deriva de la propia definición de aquél. En el negocio jurídico, el autor o autores autorregulan sus propios intereses, establece o establecen una norma de conducta vinculante para su satisfacción. En cambio en el acto jurídico que consideramos se haya ausente de todo contenido normativo. El agente no tiene el poder de configurar las consecuencias jurídicas porque estas están predeterminadas por la ley» (LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1975, pág. 467).

Otra de las características estriba en que la constitución del *trust* crea un patrimonio separado que escapa del ámbito de los bienes del constituyente, del *trustee* y del beneficiario. Con la transmisión al *trustee*, el constituyente deja de ser propietario de los bienes y éstos no pueden ser atacados por sus acreedores, salvo las lógicas excepciones sobre actos realizados en fraude de los mismos.

La naturaleza de acto jurídico unilateral explica que el *trustee* no adquiere ninguna obligación frente al constituyente, sino sólo frente al beneficiario, si bien, el constituyente puede haber establecido que él mismo sea beneficiario. En efecto, el constituyente, una vez transferidos los bienes objeto del *trust*, salvo el caso anterior, deja de tener relación con el *trust*, carece de control sobre el patrimonio del *trust*, no es titular ni de derecho real ni personal frente al *trustee*, el beneficiario o los terceros. Asimismo, no existe relación alguna entre constituyente y beneficiario que surja de la constitución del *trust*. Y por lo que respecta a la relación entre el *trustee* y el beneficiario no es contractual, simplemente los derechos del *trustee* sobre la propiedad objeto del *trust* vienen limitados por los derechos de carácter personal y real que el *trust* y su regulación prevén en favor del beneficiario.

La determinación de la naturaleza de las acciones es otro de los problemas que se presentan cuando se intenta adaptar el *trust* al sistema de Derecho Civil español. Por ello debemos averiguar quiénes y cómo se desarrollan las acciones en las relaciones internas y externas. En el primero de los ámbitos y en cuanto a los derechos del beneficiario frente al *trustee* tienen una doble naturaleza real y personal. Entre los de naturaleza real se encuentra el derecho del beneficiario de reivindicar la separación del patrimonio del *trust* que haya sido confundido con el patrimonio del *trustee*. Derecho al que —como hemos señalado con anterioridad— se le conoce como *tracing*. También le competen otros derechos sobre los bienes del *trust* que pueden ser calificados como

reales, pero son derechos muy limitados que difieren concepto de tal en nuestro ordenamiento, pues carecen de la posibilidad de transmisión y de la reipersecutoriedad propia de los derechos reales limitativos del dominio. «Entre otros aspectos materiales que confirman esa distinción cabe señalar la imposibilidad que afecta al beneficiario en cuanto a la cesión de sus derechos sobre el *trust* o la inmunidad de esos derechos frente a las pretensiones de los acreedores del beneficiario» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 31). Por lo que concierne a los derechos de naturaleza personal se encuentran los derivados del incumplimiento de sus obligaciones señaladas al constituirse el *trust*, las exigidas por la correcta administración y las exigidas legal y jurisprudencialmente. También son personales las acciones por las que el *trustee* reclame sus derechos al beneficiario derivados de la relación fiduciaria, como es la retribución a sus cometidos. Y en cuanto al constituyente, dado que tras la constitución del *trust* no se encuentra en relación fiduciaria con ninguno de los anteriores, como hemos visto al señalar la tercera diferencia, no generará supuestos de acciones de carácter personal, a menos que —como adelantábamos— sea él mismo el beneficiario.

En cuanto al desarrollo de las acciones en el ámbito externo al *trust*, en correspondencia con la quinta diferencia, destaca el hecho que las relaciones de terceros con el constituyente, el *trustee* y el beneficiario sí podrán derivarse de los contratos y se regirán por las disposiciones relativas a los mismos. Al ser relaciones externas al *trust* sólo se aplicarán sus reglas ante el incumplimiento de las obligaciones propias del mismo, que puede conducir a la responsabilidad del *trustee* frente al beneficiario, pero esa consecuencia no produce efecto alguno sobre la relación externa, salvo cuando el *trustee* abusa de su poder y transmite los bienes a terceros en cuyo supuesto el titular de la propiedad en equidad podrá reclamarla a través del derecho *tracing* a menos que sean terceros de buena fe y la adquisición haya sido onerosa: «Una acción de localización y reivindicación de bienes que protege la posición del beneficiario frente a los actos realizados por el *trustee*» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 30). Será ejercitable cuando el *trustee* haya incluido los bienes del *trust* en su patrimonio contra la propia esencia del *trust* como vimos en la primera diferencia y prueba de ello es que —en caso de quiebra— esos bienes no entran a formar parte de la masa patrimonial para ser distribuida entre sus acreedores, tampoco son bienes que formen parte de la sucesión del *trustee* ni son afectados por el régimen económico matrimonial aplicable al mismo.

Por lo tanto, el *trust* es una institución híbrida con elementos pertenecientes a los derechos reales, derechos personales y derechos sucesorios lo que dificulta la determinación de las acciones.

Como anteriormente destacábamos, aunque identificada anteriormente con la acción reivindicatoria, la acción característica del *trust* no produce el mismo efecto que la primera. El resultado de la acción no es la declaración y restitución de la propiedad en favor del beneficiario, sino la imposición de una obligación de hacer al tercero en el sentido de restituir el bien al patrimonio del *trust*. Ello nos hace plantearnos si se trate de una acción real y no una simple acción más cercana a la rescisoria (art. 1.291.3 del Código Civil) que protege el derecho de crédito frente a los negocios realizados en fraude de acreedores. «La dificultad de esta delimitación entre acción real o personal en atención a sus presupuestos y efectos permanece, pues si es cierto que el beneficiario no protege un mero derecho de crédito, sino que es propietario

en equidad del bien y solicita su restitución al patrimonio del *trust*, una posibilidad de la que no disfrutaban otros acreedores personales del *trustee* dada la existencia de una separación de patrimonios, también lo es que el *trustee* no insta una declaración de propiedad ni la devolución del bien a su dominio» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 10).

Las acciones para la declaración como beneficiario de un *trust* tendrán frente al *trustee* siempre un carácter personal. «Los *trusts* implícitos incluyen los denominados *resulting trust* y su existencia dependen de una declaración judicial acerca de la condición del propietario formal como *trustee* del beneficiario a quien posteriormente a esa declaración deberá transmitirse la propiedad del bien» (CHECA MARTÍNEZ, pág. 38). Lo que dista mucho de su configuración como real, que sería lo coherente tratándose de los derechos reales. «Como su nombre indica (la acción declarativa) es la acción que pretende la mera declaración de existencia de titularidad dominical, sin impetrar la condena a la restitución de la cosa» [A. M. LÓPEZ LÓPEZ (coord.) y otros, *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 1994, pág. 279].

También resulta fallido el intento de transposición del *trust* con otras figuras del Ordenamiento español como son el mandato irrevocable, usufructo, estipulación en favor de tercero, herencia sometida a carga, donación, contrato sinalagmático, contrato atípico de efectos sucesorios, fundación, apoderamiento, fideicomiso, administrador hereditario, etc. Si contraponemos algunas de estas figuras y el *trust* encontramos como el usufructo es un derecho real propiamente, es transmisible y nunca tiene la propiedad aunque sí el goce de la misma. En cuanto a la herencia o la donación sometida a carga, entendiendo por carga o el modo como determinación accesorio de la voluntad *Inter vivos* o *monis causa* por el cual el que adquiere la liberalidad queda determinado a dar, hacer o no hacer algo, quienes quedan constreñidos son los beneficiarios no los intermediarios. Por lo que se refiere al contrato sinalagmático y al contrato atípico de efectos sucesorios, difiere el *trust* por su naturaleza de acto unilateral y no contractual, además el ámbito al que afecta puede ser muy amplio. Se da un mayor acercamiento hacia el apoderamiento en cuanto que el *trustee* ejerce por cuenta ajena (la de los beneficiarios del *trust*), con facultades tan amplias que puede, además de administrar, vender y comprar el patrimonio que se le entrega; pero difiere del *trust* cuanto el apoderamiento civil termina por la muerte del poderdante, cosa que no ocurre en el *trust*. También con el fideicomiso tiene en común la finalidad de la transmisión de rentas o bienes a terceros, sucesivamente, siendo igualmente un vehículo para la perpetuación de patrimonios (manos muertas) si no estuvieran limitados temporalmente, aunque son distintos, pues el fiduciario puede disfrutar de la herencia con el gravamen de transmitirla. En el *trust* la propiedad del constituyente pasa al *trustee*, lo que ocurre en el fideicomiso aunque no en el apoderamiento. Sin embargo, el *trust* puede ser irrevocable y revocable, en contraposición al apoderamiento y al fideicomiso que son esencialmente revocables. En el ámbito *mortis causa* es obligado mencionar al albacea, con simples facultades de ejecución de la voluntad del testador durante un plazo determinado y con el deber de conservación del patrimonio hereditario. Difiere del *trust mortis causa* porque, aunque se le faculte expresamente en el testamento, para administrar y enajenar bienes del patrimonio hereditario, no asume la propiedad de los bienes del patrimonio hereditario (como veíamos respecto al apoderado) y es breve la función de nuestro albacea y de larga duración la del *trustee*.

En definitiva, son muchas las diferencias que dificultan la adaptabilidad del *trust* a los países que no lo reconocen. A menos que la aproximación se realice a través de una regulación propia del *trust*, o de los fideicomisos pero sin la escisión de propiedad característica o mediante la admisión de los celebrados válidamente en el extranjero, o a través de la reforma de la fiducia o negocio fiduciario.

A lo largo de la exposición la atención se ha centrado en las notas distintivas del *trust*, concretamente en el negocio fiduciario como el más característico a la hora de distinguirlo con el *trust*, en la medida que para algunos autores el *trust*, junto al fideicomiso, es una aplicación y tipo de negocio fiduciario, en tanto que constituye una transmisión de la propiedad unida al destino que, ordenada por el transmitente, ha de darle el *trustee* a los bienes transmitidos. No obstante, también hemos analizado sus diferencias que a su vez lo caracterizan.

Existe un desdoblamiento de la propiedad, en favor de una persona física o jurídica, que ha de conservarla y administrarla, así como en favor de aquél o de aquellos en cuyo beneficio se ha realizado el *trust*. No se confunden los patrimonios, son patrimonios separados, por lo que llevan aparejada la ventaja de que en caso de quiebra, en caso de muerte o liquidación del régimen económico matrimonial del *trustee* el patrimonio del *trust* no se incluirá ni en la masa de quiebra ni en su herencia, ni en la liquidación. También se protege el patrimonio del *trust* en el supuesto de que el *trustee* incumpla las obligaciones derivadas del mismo a través de su acción característica, *tracing*. Es más, de las relaciones internas del *trust* podría admitirse que se derivan acciones personales, frente a las relaciones externas de las que se derivan unos derechos próximos a los reales. Entre el *trustee* y el beneficiario confluyen derechos y obligaciones de diversa naturaleza que surgen de lo dispuesto en el acto constitutivo del *trust* y de las consecuencias que el ordenamiento aplicable prevé para las relaciones derivadas por la existencia del mismo.

El funcionamiento del *trust* topa con límites derivados de la protección que se dispensa a los terceros, de las normas imperativas que regulen las materias sometidas a conexión autónoma que coinciden con el *trust*, como pueden ser las relativas a los efectos del matrimonio, los derechos de los herederos forzosos, los del cónyuge supérstite, la limitación temporal a las transmisiones sucesivas, etc. Límites que hay que conciliar para que el *trust* siga manifestándose como una modificación voluntaria del dominio para gestionar la organización de un patrimonio personal o adelantar los efectos sucesorios.

MARÍA DE LOS REYES MARTÍN SÁNCHEZ

BENÍTEZ DE LUGO GUILLEN, JOSÉ MARIANO: *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Edijus, Madrid, 1999. Un tomo de 301 págs.

El principio de legitimación que se concreta en la presunción legal de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en los respectivos asientos, quedaría reducido en la práctica a una mera elucubración doctrinal si no contase con los adecuados medios procesales para hacerlo efectivo.

Y mucho menos efectiva resultaría la discutida presunción posesoria que se contiene en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria si no se apoyase en una defensa contundente y de carácter perentorio.

De varios tipos, sean activas o de defensa, pueden ser las medidas procesales derivadas de la legitimación registral por las que el propietario-poseedor puede hacer valer el respeto que se ha de atribuir a su condición de titular inscrito. Aparte de los medios procesales ordinarios, que no suelen ser adecuados por lentos y costosos y de los interdictos, no siempre fiables por sus soluciones provisionales y un tanto enclenques, la Ley Hipotecaria proporciona con el artículo 41 un medio rápido y seguro mediante el cual, en la práctica, se puede conseguir el mismo resultado que con la ejecución de una sentencia obtenida en el ejercicio de una acción reivindicatoria.

Por eso ha causado entre los juristas, en general, cierta desazón, esa «derogación» a palo seco que se contiene en la Disposición Final décima del proyecto de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La desazón es mayor entre los abogados en ejercicio, acostumbrados a usar de esta «penicilina» que quedaría un tanto abatida y sin vigor virtual si se la encuadra en unos genéricos procedimientos innominados. Por eso es razonable una enmienda que se ha presentado, en la que se quiere mantener en esencia el texto del artículo 41, aclarando que estas acciones «basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38, exigirán siempre que por certificación del Registrador se acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente». Así, no se deroga, sino que se mantiene la esencia del procedimiento, aunque se haga remisión al juicio verbal con demanda sucinta en la nueva Ley de Enjuiciamiento. Milagro será que la enmienda salga adelante, pues la etiqueta de la legitimación registral sonará a extraña a más de uno de los que hayan de decidir la suerte de la modificación propuesta.

Y abogado en ejercicio es el autor de este libro, quien lo ha escrito motivado, según nos dice, porque ha llevado varios casos por este procedimiento y ha podido ver en ellos que el tema es verdaderamente apasionante, dado que se trata, ni más ni menos, que de un cauce procesal que tiende a proteger la posesión, tanto la del propietario, como la del que no lo es, pero que tiene derecho a poseer frente al propietario. Las acciones judiciales, nos sigue diciendo, son el resultado de necesidades históricas, en este caso la protección posesoria que es normalmente complemento de la protección a la propiedad.

Este es el fundamento del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria: Partiendo de la base de que a la propiedad hay que protegerla, y al igual que se otorga protección por vía interdictal al poseedor no propietario, hay que establecer también un cauce procesal sumario para que el verdadero propietario pueda defender su posesión.

A lo largo de diez capítulos, el autor nos ofrece una exposición completa de esta materia, incluyendo conceptos, legislación, jurisprudencia y formularios, constituyendo un completo tratado doctrinal y práctico para quienes hayan de navegar por estas latitudes.

Se comienza con una introducción donde se estudian los antecedentes históricos de la cuestión, insertando al efecto la dialéctica entre las ideas de propiedad y posesión, que en la práctica pueden ir unidas o aparecer contrapuestas, pero es constante la dialéctica de la defensa posesoria que ha sido examinada y aceptada por la práctica totalidad de los civilistas que se citan. En el libro se recoge un abundante abanico de opiniones al respecto, para

entrar después en el estudio del fundamento, la naturaleza jurídica y el objeto de este artículo 41 LH.

En cuanto a lo primero, el autor coincide con la doctrina más generalizada que atribuye la razón de ser de este procedimiento a defender la presunción de existencia y exactitud de los asientos registrales que se proclama en el artículo 38 de la misma Ley. Se recoge la discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de este procedimiento y la jurisprudencia de algunas Audiencias que tampoco es demasiado concorde con el particular, habiendo soluciones variadas que oscilan desde su naturaleza exclusivamente ejecutiva a la teoría mixta que tiene en cuenta la posibilidad de oposición y otros que opinan que tiene un cierto tinte interdictal. Y en cuanto al objeto, está claro que cuando existen situaciones fácticas que contradigan un título registral, el titular puede obtener la recuperación posesoria, haciendo coincidir la verdad registral con la verdad real.

Tras estos prolegómenos, más o menos doctrinales, el autor entra en materia y nos presenta el procedimiento en todas sus fases. En el capítulo II nos habla de su iniciación, mediante la correspondiente demanda, detallando los hechos que pueden dar lugar a la actuación y los posibles fundamentos jurídicos susceptibles de ser aplicados al caso, tanto objetivos como sustantivos, con el suplico concreto y relacionando la documentación que debe acompañarse.

Siguiendo el orden procesal lógico que se prescribe en el propio artículo, se estudian en los capítulos siguientes la admisión de la demanda con las medidas cautelares que el juez considere oportunas y el emplazamiento al demandado perturbador. Este último puede o no comparecer; si lo hace, puede allanarse, oponerse o no oponerse, y el autor nos analiza cada una de estas posibles situaciones y sus consecuencias, siempre según la Ley y lo que en cada caso hayan decidido los tribunales. Lo normal, en caso de oposición, es que se exija al demandado una caución que garantice la devolución de los frutos, la indemnización por daños y perjuicios y el pago de las costas si fuese procedente; el autor estudia la naturaleza jurídica, las clases y montante de esta caución, el plazo para constituirla y los recursos contra su fijación.

Una vez personado el demandado y prestada la caución, éste puede oponerse. En el capítulo VI del libro se estudian con amplitud los motivos de oposición, que son los cuatro de todos conocidos que la Ley concede con sentido restrictivo. La falsedad de la certificación es supuesto insólito e impensable; la doble inmatriculación o que la finca sea distinta de la inscrita son posibles, pero no frecuentes; la causa segunda, o sea, la existencia de un contrato o situación que permitan la intromisión se puede dar con mayores posibilidades y por eso se estudia con mayor detalle.

Formulada la demanda de contradicción se deberá dar traslado a la parte actora para que la conteste. Con la práctica de la prueba se pasa a la vista, si se solicita, y el procedimiento termina con la sentencia, la cual tiene los correspondientes efectos ejecutivos para el supuesto concreto que se litiga, pero, en cambio, según dispone el párrafo final del propio artículo 41, no producirá excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes a promover el juicio declarativo sobre la misma cuestión, punto este que también explica detenidamente el autor.

El último capítulo se refiere a los recursos posibles durante el proceso y los que pueden interponerse después de la sentencia: de aclaración, nulidad de actuaciones, apelación y de terceros.

Como final, el libro contiene tres útiles apéndices que recogen la legislación aplicable, un amplio abanico de formularios y una bibliografía general y especializada que se ha ocupado del tema.

Es un libro claro, bien escrito y que proporciona una noticia completa de este especial procedimiento basado en el principio de legitimación y cuya desaparición debe evitarse a toda costa.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BOROBIO NAVARRO, PATRICIO, y otros: *El jurista aragonés Castán Tobeñas*, Diputación Provincial de Zaragoza y Casa de Aragón en Madrid, 1999. Un tomo de 271 págs.

En la biografía *El maestro Castán*, editada por el Colegio de Registradores, el profesor GARCÍA CANTERO presenta la figura humana de don JOSÉ CASTÁN como *vir bonus y vir iustus*, basándose en testimonios directos de los que le conocieron y trataron, por lo que lo califica de auténtico caballero cristiano en el sentido tradicional del término. En dicho libro se dice que no hay jurista español contemporáneo que haya recibido o se le hayan dedicado mayor número de homenajes y actos laudatorios y conmemorativos, por lo que su figura nos sigue siendo actual y hasta familiar. Precisamente, con el paso del tiempo, ahora es cuando queda bastante por decir del personaje, ya que las ideas fundamentales de su pensamiento adquieren un relieve actual bajo el nuevo panorama jurídico de España al relacionarlo con las ideas europeas que asoman en el umbral del tercer milenio.

Y es que algo tiene el agua cuando la bendicen, como dice la expresión popular. Aquí está una muestra más de la devoción que inspiran las ideas del maestro CASTÁN en este libro, primorosamente editado, que la Diputación Provincial de Zaragoza y la Casa de Aragón en Madrid dedican a resaltar la figura del gran jurista aragonés.

El libro se presenta por don JOSÉ IGNACIO SENA GÓMEZ y don ROBERTO MARTÍN VILLANUEVA, Presidentes de la Diputación de Zaragoza y de la Casa de Aragón en Madrid, respectivamente, que nos resaltan el protagonismo del maestro CASTÁN al asumir los cambios sociales del siglo xx, no como aragonés solamente, sino como ciudadano español y universal que realmente ha sido, por lo que consideran justificado el homenaje que le dedican.

El abogado zaragozano PATRICIO BOROBIO NAVARRO hace un certero y entrañable apunte de la vida de CASTÁN, tanto en su primera época de Zaragoza como en sus etapas profesionales posteriores, señalando la influencia de su doctrina, no sólo en el ámbito nacional de la ciencia jurídica española, sino en la más amplia esfera hispanoamericana que ha seguido sus enseñanzas. Un trabajo acabado y delicioso, redactado con un lenguaje familiar y asequible.

El profesor GABRIEL GARCÍA CANTERO, que parecía haber dicho todo sobre CASTÁN en su reciente biografía citada, saca aquí a colación nuevos e interesantes datos sobre el maestro en su faceta de catedrático, afirmando la idea de que el Derecho Civil fue para CASTÁN su inicial vocación científica, que nunca abandonó a lo largo de su vida.

Gran parte de la vida profesional del maestro CASTÁN se desarrolla, como es sabido, en una dilatada, fructífera y brillante dedicación a la Magistratura, en la que ingresó por la puerta grande, o sea, por el mismo Tribunal Supremo,

del que acabó siendo Presidente hasta su jubilación. Dos Magistrados de dicho Alto Tribunal, don JESÚS MARINA MARTÍNEZ-PARDO y don MANUEL TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros, *trazan* unas ajustadas semblanzas de la actuación jurisdiccional de CASTÁN. El primero comenta y resalta la doctrina de algunas de sus más destacadas sentencias en materia civil, y el segundo lo contempla ya en su función de Presidente, donde, aparte sus funciones más o menos burocráticas, destacó en el tino para aunar criterios jurisprudenciales y en el enorme fondo científico que suponen los veinte discursos de apertura de los tribunales que pronunció, por lo que concluye que la labor del maestro como jurista, en el terreno teórico, fue igualada en el terreno práctico al presidir el Tribunal.

CASTÁN TOBEÑAS, como académico y presidente de la Real de Jurisprudencia y Legislación, es el brillante trabajo del que actualmente la preside, don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, que nos muestra la importantísima labor allí realizada. Y como también ingresó en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, su miembro don JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ nos expone el paso de CASTÁN por esta Institución, desde su discurso de ingreso sobre la idea de la equidad, y a lo largo de sus actos posteriores.

Todos los iusprivatistas, en cualquiera de sus ramas profesionales, tenemos muchísimo que agradecer al maestro CASTÁN, del cual aprendimos todo el Derecho Civil que hemos necesitado para trabajar. El abogado don MANUEL LÓPEZ MEDEL BASCONES dice que aunque CASTÁN no ejerció como abogado, tuvo relación con la abogacía al ser consciente de que sus enseñanzas se dirigían en buena parte a los futuros ejercientes que estaban aprendiendo en sus libros.

Los Notarios y los Registradores, en su casi totalidad, hemos llegado a serlo gracias al *Castán*. Y con eso no está dicho todo, pues tras las oposiciones ha venido el ejercicio diario de la profesión y a lo largo de ésta hemos tenido que echar mano continuamente de la misma e insustituible fuente. Así nos lo expresan el Notario don MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ y el Registrador don JESÚS LÓPEZ MEDEL, los cuales recogen algunos de los varios pasajes en los que el maestro ha manifestado su afecto a ambas profesiones con las que sincronizó ampliamente.

El Catedrático de Derecho Civil de Valencia don ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ expone el humanismo jurídico que resalta en la obra de CASTÁN, en quien, nos dice, concurren las cualidades que lo hacen destacar como jurista empapado en las más tradicionales doctrinas humanistas.

Por su parte, el Magistrado don JOSÉ IGNACIO JIMÉNEZ HERNÁNDEZ nos presenta a CASTÁN como introductor en la jurisprudencia y en nuestro ordenamiento jurídico de la elaboración del concepto de abuso del derecho, mediante la conocida Sentencia de 14 de febrero de 1944, de la que fue ponente, y en la que fijó los requisitos para configurar el abuso, que todos aprendimos de memoria: Uso de un derecho objetivamente legal, daña un interés no protegido específicamente, e inmoralidad o arbitrariedad del daño protegido.

El Derecho Romano en el pensamiento jurídico de CASTÁN es estudiado por los Catedráticos don ANTONIO y don FEDERICO FERNÁNDEZ BUJÁN, quienes hacen un minucioso repaso de las instituciones trasplantadas de Roma a nuestras leyes, y que el maestro, como buen jurista, aceptó como origen y referencia de las normas actuales.

En la obra de CASTÁN se reflejan y abordan los problemas fundamentales del Derecho comparado, como lo resalta en su trabajo don ANTONIO PAU PE-

DRÓN, Decano del Colegio de Registradores, quien nos dice que el Derecho comparado sirve hoy como medio insustituible para la elaboración de textos de Derecho derivado y como instrumento interpretativo en las decisiones judiciales. La actividad de CASTÁN en el ámbito del Derecho comparado no se agota en sus varios estudios monográficos sobre el tema; sus aportaciones se manifiestan en su tratado de Derecho civil, donde aparece el Derecho comparado en su doble función cultural y práctica, y también en la jurisprudencia, ya que en las sentencias de las que fue ponente aparecen a veces las teorías más modernas, muchas veces elaboradas por autores extranjeros.

El Catedrático de Derecho Agrario y actual Rector de la Universidad de Avila, don JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, nos habla de CASTÁN como agrarista, desarrollándolo con un afecto y una profundidad notables.

Que el Derecho Civil español era para CASTÁN no sólo el conocido como común, sino también el llamado foral, es algo que no presenta duda de tan puro notorio. No sólo dio título a su conocido libro, sino que produjo un grande y valiosísimo número de estudios, trabajos y actuaciones del maestro. El Notario de Zaragoza don JOSÉ LUIS MERINO HERNÁNDEZ nos dice en su trabajo que el profesor CASTÁN ha sido, entre los estudiosos y tratadistas del Derecho Civil español, uno de los más respetuosos con los ordenamientos territoriales forales. Nacido en Aragón, desarrolló la mayor parte de su vida profesional en tierras del Código Civil, pero mantuvo un amplio conocimiento del Derecho aragonés, escribiendo libros y monografías que le acreditan como consumado foralista; el autor estudia los problemas que CASTÁN se planteaba al aparecer la Compilación y termina queriendo imaginar como reaccionaría CASTÁN ante los nuevos planteamientos de los Derechos forales a la luz del sistema alumbrado por la Constitución.

El broche final del libro está constituido por la evocación filial del Académico, Secretario de la Real de Jurisprudencia y Legislación don JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ, hijo del maestro, que nos presenta la visión de Aragón en sus últimos escritos. A partir de su jubilación intensifica varias publicaciones en las que se reflejan sus últimas inquietudes, coincidiendo con la promulgación de la Compilación publicó el estudio *Aragón y su Derecho (Reflexiones sobre la nueva Compilación civil)*, donde hace una exégesis de ésta y una cálida defensa, desde el campo jurídico, de los valores aragoneses y de las aportaciones de Aragón a España. A éste siguieron algunos otros estudios publicados en 1969, poco antes de su muerte.

En resumen, una serie de interesantísimos estudios han hecho que este libro constituya un conjunto muy aceptable de vivencias y semblanzas que se leen con agrado. Está bien presentado, y la edición corresponde con el afecto que merece el maestro al que una vez más se homenajea. A tal señor, tal honor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

LÓPEZ LIZ, JOSÉ: *Perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999. Prólogo de José Vicente Gimeno Sendra. Un tomo de 295 págs.

El temido hecho se ha producido. Tanto la doctrina como el propio Código Civil nos han dicho siempre que la jurisprudencia en sentido propio se da y

obliga en cuanto hay, al menos, dos sentencias concordes sobre la misma cuestión. Ahí está el artículo 1.º del Código que en su número 6 nos dice que el ordenamiento jurídico se complementará con la doctrina que establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley con tal que lo haga «de modo reiterado». Y la segunda sentencia se ha producido.

Y cuando LÓPEZ Liz argumentaba sobre la indebida declaración de inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial que había hecho la Sentencia de 4 de mayo de 1998, nos viene ahora otra sentencia, ésta de 20 de abril de 1999, a remachar el clavo. Se declara otra vez más inaplicable, por ser norma opuesta a la Constitución, el segundo párrafo del artículo 129 de la Ley Hipotecaria y sus complementarios artículos 234 a 236 del Reglamento, en virtud, se dice, de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa.

Hace poco habíamos recibido este libro escrito por el prolífico abogado barcelonés JOSÉ LÓPEZ Liz, al que conocemos por los varios libros que ha escrito en defensa de la hipoteca y que hemos comentado en estas páginas.

Nuestra idea era comentar la ardorosa defensa que el autor hace del procedimiento extrajudicial y ahora será preciso tomar en consideración también esta nueva sentencia que parece constreñir las posibles opiniones en contra.

Con todo, nuestro papel se ha de limitar a dar noticia y comentar el libro, otro más escrito por nuestro colaborador y amigo LÓPEZ Liz con su estilo abierto e inconfundible, que propicia la fácil lectura y cuyas expresiones originan más de una sonrisa de vez en cuando; pero entre ironías, hay que reconocerlo, desliza alguna que otra rotunda verdad.

El libro está prologado por el catedrático de Derecho Procesal y magistrado del Tribunal Constitucional, JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA, que ya intervino en la mesa redonda que tuvo lugar en el Colegio de Registradores para discutir la primera sentencia y que aquí insiste en su opinión sobre la perfecta constitucionalidad del procedimiento extrajudicial, ya que el artículo 117-3 de la Constitución no impone la obligación de que toda contienda haya de dirimirse ante los tribunales, ni que todo derecho subjetivo haya de realizarse jurisdiccionalmente, ya que los conflictos intersubjetivos admiten perfectamente soluciones disponibles.

LÓPEZ Liz entra, una vez más, en defensa de la hipoteca a la que considera una institución de necesidad social y por ello ha escrito este libro en el que disiente de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial, criticándola abierta y detalladamente.

A lo largo de catorce capítulos la desmenuza, desde el encabezamiento al fallo, empezando por los antecedentes. La historia de este desaguisado comienzo, nos dice, en un Juzgado del Levante español que, correctamente, desestimó una demanda en la que el avisado deudor pidió una nulidad de actuaciones tratando de eludir el cumplimiento de sus obligaciones, nulidad que fue negada también en la Audiencia Provincial de Valencia.

Pero se recurre en casación y se formula como primer motivo el basado en los artículos 117 y 24 de la Constitución, por lo que resulta que el artículo 129 de la LH es nulo por ser norma preconstitucional.

En el fundamento jurídico 2.º se considera innecesario promover la cuestión de inconstitucionalidad, porque tratándose precisamente de normas anteriores a la Constitución, los jueces pueden inaplicarlas. En el fundamento tercero se considera al procedimiento extrajudicial carente de tradición en España. El fundamento cuarto pone en duda la naturaleza jurídica de dicho

procedimiento y su legitimidad. A ello opone LÓPEZ LIZ que el *ius vendendi*, como derecho privado del acreedor, si bien ha de actuarse bajo control estatal, no tiene que ser necesariamente judicial, pues estamos no ante una ejecución, sino más bien ante una facultad privada de enajenación, un *ius vendendi* que tiene su apoyo en la hipoteca y en definitiva en el principio de legitimación registral, pues si los derechos inscritos existen con todas sus facultades y con la extensión presentada en el asiento respectivo (art. 38 LH), el titular de la hipoteca puede ejercitar su derecho de vender la finca hipotecada. Cita varios supuestos en que la Ley permite esa venta o ejecución privada, tales como el artículo 1.872 del Código Civil, enajenación de la prenda ante notario; artículo 322 del Código Civil, enajenación en el mercado secundario de los valores dados en garantía de préstamo mercantil; artículo 94 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, venta en subasta notarial de los bienes pignorados; artículo 260 de la Ley de Procedimiento Laboral, venta ante fedatario público de los bienes embargados; artículo 45 de la Ley de Sociedades Anónimas, venta de acciones del socio moroso; artículo 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles y, por último, el artículo 6 de la Ley de Cataluña, de garantías posesorias, de 29 de noviembre de 1991.

En el fundamento jurídico 5.º se reconoce que otros altos tribunales, entre ellos el propio Tribunal Supremo, en varias sentencias han respetado la constitucionalidad y legalidad de este procedimiento, pero en el fundamento 6.º se pasa a defender al poder judicial y se encara la cuestión en el prurito de reconocer su exclusividad en el ámbito de la potestad jurisdiccional, que nadie discute, por supuesto; aunque hay que reconocer que existen varios sistemas al respecto en el Derecho comparado, tal como el autor nos presenta y analiza.

En el fundamento jurídico 7.º se considera que los procesos de ejecución son cometido propio de los jueces, de donde en el fundamento siguiente se pasa a declarar que la ejecución notarial es un artilugio poco aceptable pues, aun reconociendo lo valiosa que es la función notarial, no puede sustituir a la judicial en sentido propio. A esto responde el autor, que la práctica nos dice que el control notarial de la ejecución hipotecaria nada tiene que envidiar al control judicial de la misma, pues la fuerza de la garantía hipotecaria y el impulso de su realización eliminan cualquier discusión sobre aspectos que no constan en las escrituras o el Registro.

El artículo 24 de la Constitución que reconoce el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en relación con el ya citado artículo 117 de la misma es el argumento al que se acude en el fundamento 9.º de la sentencia para justificar el fallo que se columbra. El autor hace un acabado estudio de este tema de la tutela judicial efectiva para concluir que ésta no queda vulnerada por la posibilidad del ejercicio del derecho de hipoteca por el procedimiento extrajudicial, pues éste no produce en ningún caso indefensión, ya que siempre queda la posibilidad de un juicio declarativo en el que la tutela judicial está asegurada.

El fallo, del mismo tenor en ambas sentencias del Tribunal Supremo que nos ocupan, declara la derogación del segundo párrafo del artículo 129 LH y los artículos 234 a 236 del Reglamento, por ser normas opuestas a la Constitución, es fuertemente criticado por LÓPEZ LIZ, que aduce que el propio Tribunal Constitucional ya se pronunció en sentido distinto en su Sentencia de 18 de diciembre de 1981, cuyo texto se recoge.

El libro es, en su totalidad y tal como aparece en su título, un claro alegato en defensa de la constitucionalidad del procedimiento. Sus argumentos son convincentes, pero en este caso topan con la dura realidad de las dos sentencias concordes que forman jurisprudencia y han de infundir el respeto correspondiente.

Al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil que se está tramitando ante las Cortes, se ha presentado una enmienda en la que se pide que en el artículo 129 de la LH se añada un párrafo que diga: «En la escritura de constitución de hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada, siguiendo los trámites del Reglamento Hipotecario, aunque existan terceros». ¿Saldrá adelante la enmienda? En ese caso, se enmendarían los fallos que nos preocupan.

Aquí está, en este libro, un esfuerzo más del abogado JOSÉ LÓPEZ LIZ en defensa de la efectividad de la hipoteca. Una causa merecedora de atención, sin duda, la que se presenta en este libro interesante y polémico.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS