

BARÓ PAZOS, JUAN: *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicios Públicos de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992, 322 págs.

La obra *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)* constituye un estudio pormenorizado de la misma, erigiéndose el libro de JUAN BARÓ PAZOS, responsable del área de conocimiento de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Cantabria, en un manual que ofrece una visión completa y detallada de un proceso complejo y que acabó con la redacción y aprobación del actual Código Civil.

La estructura seguida por el autor es en sí misma aclaratoria del fenómeno codificador distinguiéndose las diversas etapas que presiden el proceso y analizadas no sólo jurídicamente, sino teniendo en cuenta los diferentes avatares políticos y sociales surgidos en el siglo XIX. En cuanto a su contenido, éste será analizado y comentado más adelante.

Son muchas las obras publicadas que directa e indirectamente se refieren a la codificación española, pero hay que resaltar cómo la mayoría de ellas estudian aspectos parciales de la misma; así: Las Memorias de ALONSO MARTÍNEZ sobre el Derecho de propiedad (*Estudios sobre el Derecho de propiedad*, 1874); *Estudios de Derecho notarial*, de AVILA ALVAREZ, 1982; *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, de J. COSTA, 1883; *Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias*, de L. DÍEZ-PICAZO, 1974, así como estudios sobre legislación foral, institutos del Derecho civil como familia, matrimonio, etc. Pero el presente trabajo constituye una visión global y aclaratoria de un fenómeno tan importante como determinante en la posterior evolución jurídica.

Supone realmente el siglo XIX el desarrollo de ideas surgidas ya a fines de la centuria anterior tendentes a la supresión de viejas estructuras jurídicas y a su sustitución por un nuevo Ordenamiento jurídico, el cual estará presidido por las nuevas ideologías políticas, sociales y económicas, como, por ejemplo, el dominio de la clase burguesa, las teorías iusnaturalistas sistematizadas por principios racionalistas, la aparición del Estado de derecho, el concepto de constitucionalismo, el reconocimiento de los derechos individuales..., y todo ello se verá reflejado en los distintos Códigos nacionales o leyes especiales elaboradas en esta época.

El doctor BARÓ divide su obra en cinco partes, estando dedicada la primera, bajo el título «Sumario», al estudio de los aspectos generales de la codificación civil, así como al estado de la historiografía sobre la misma. En esta parte se deja patente cómo la codificación es un instrumento para lograr la unificación jurídica y política de los nuevos Estados de régimen liberal. Se habla de unificación jurídica porque su objetivo no es cambiar sustancialmente el derecho, sino ofrecerlo de forma sistematizada, racional y concisamente. También su-

pone una unificación política y muestra de ello serán los nuevos principios rectores de la sociedad del siglo XIX que trascienden al campo jurídico. Se puede considerar a la Revolución francesa una de las causas directas de la constitución de Estados de derecho. El establecimiento de estos Estados de derecho supone un cambio social (destacar el papel predominante de la burguesía) y el nacimiento de un nuevo Derecho producto de un racionalismo iusnaturalista. Pero también hay que tener en cuenta la Revolución Industrial del siglo XVIII, la independencia norteamericana e, incluso, la propia sociedad española de la época, produciéndose un cambio radical en las estructuras políticas a raíz de la reunión de las Cortes de Cádiz en 1810. Y todo ello debe unirse al nuevo orden jurídico cuya máxima expresión lo constituye el constitucionalismo que confiere a la norma fundamental del Estado carta de naturaleza como Ley Suprema estableciendo límites al Estado frente a la sociedad.

Tal y como señala el autor, la codificación aparece inducida por el constitucionalismo, y así el ya tan conocido artículo 258 de la Constitución de 1812: «El Código Civil, Criminal y de Comercio serán unos mismos para toda la monarquía»; con ello aparece la idea de un Código Civil único para toda la nación, pero las dificultades técnicas y políticas dan lugar a que su culminación se produzca a finales del siglo XIX.

Señala el autor cómo en España la situación política, económica y cultural fue distinta a la francesa, no pudiéndose hablar en nuestro país propiamente de revolución; y en este sentido podemos señalar que si bien la Revolución francesa fue determinante en la redacción del Código Civil napoleónico, en nuestro país lo que realmente debió ser una consecuencia de las ideas revolucionarias (codificación civil) supuso en realidad el último paso en la codificación española, ya que antes se produjo la del Código Penal, Código de Comercio, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de Enjuiciamiento Civil. Se señalan en el libro las diversas causas que motivaron este retraso, y entre ellas cabe señalar: 1.^a La configuración territorial de nuestro país. La existencia de regiones con tradición jurídica propia no era favorable para la unificación del Derecho civil. Ello queda manifestado en diversos proyectos de codificación civil no culminados y cuya crítica ha versado en su carácter centralista. 2.^a La existencia de jurisprudencia abundante que viene a resolver prontamente cuestiones concretas.

También el autor ha dejado plasmado en su obra las referencias obligadas a la codificación civil europea. Su análisis es importante a efectos de una mejor comprensión de la materia, ya que si bien no es objeto de su estudio la codificación general europea, la simple referencia nos hace observar las pretensiones de los países avanzados jurídicamente, resolviendo en primera instancia sus necesidades legales e iniciando un proceso que contagió también a España.

La segunda parte del libro está dedicada a los diversos proyectos de Código Civil que se elaboraron hasta la constitución de la Comisión General de Codificación. En ella se vislumbra de qué forma la diversidad legislativa existente era dispersa y ello, sin perjuicio de que tuvieran dichas leyes un nivel jurídico elevado, conllevaba una inseguridad jurídica sobre todo por la complejidad que se observa entre las diversas fuentes del Derecho.

Los Estados de derecho, entre otras cosas, suponen el establecimiento de una jerarquía normativa que implica un orden y prelación de fuentes y, por ende, una aclaración sobre la norma aplicable, dejando atrás las diversidades y desigualdades que conllevaba la vigencia de distintos cuerpos legales vigentes y no sistematizados.

El autor señala que lo que hizo que se introdujera en nuestro país de modo oficial el fenómeno codificador fue la Constitución de Cádiz de 1812.

Se hace un estudio en esta parte del proyecto de Código Civil de 1821; para su elaboración se nombró una comisión oficial compuesta por miembros exclusivamente de las Cortes. El carácter más sobresaliente del mismo, desde un punto de vista formal, será su perfección en la sistematización y su carácter doctrinal, siendo por esto último por lo que la obra dirigida por GARELLY «no pasó inadvertida», debido a que supuso una doctrina civil que colmó las lagunas que implicaba la ausencia de doctrina científica.

El proyecto de CAMBRONERO de 1833 alcanzó un paso hacia adelante en materia foral. Aun cuando esta cuestión no era de solución pacífica, se destaca del proyecto el intento de resolverla, pero fue éste el que hizo que al proyecto se le calificara de ecléctico.

Destaca el proyecto de 1836 el que la Comisión especial estuviera compuesta por miembros que no lo eran de las Cortes. Es un proyecto completo y éste fue su mérito.

Estudiado por el autor el contenido de los diversos proyectos referidos y analizando incluso sus estructuras y contenidos de forma detallada y documentada en la que tiene en cuenta también las circunstancias políticas —si bien los proyectos de codificación señalados llevan la firma política por el carácter de los miembros que componen las comisiones especiales—, pasa al estudio de una tercera parte, que titula «Etapas de oficialización de la codificación».

Con la constitución de una Comisión General de Codificación se avanza en la tarea codificadora por dos razones, como es el que se dé carácter permanente a la misma y por la profesionalidad de los miembros que la componen. El autor se va refiriendo uno por uno a los distintos componentes, haciendo una breve referencia sobre su trayectoria profesional.

Después de distintos trabajos preparatorios se elaboró el proyecto de Código Civil de 1851 considerándolo como primer eslabón que culmina con la redacción actual del Código. Son muchas las cuestiones que del mismo aborda el autor —y no es de extrañar debido a su importancia— relativas a su estructura, contenido, aspectos formales, principios que lo inspiran, instituciones que contempla, consecuencias del proyecto, etc., que desde luego deberían tenerse en cuenta.

Las causas señaladas en cuanto a la no aprobación definitiva del proyecto del 51 o también conocido como proyecto de GARCÍA GOYENA son por todos sabidas, así como su carácter centralista y por tanto antiforalista. Este antiforalismo queda latente en el artículo 1.992 del mismo, en el que estaban derogados «fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código...» También su carácter afrancesado fue objetado. Pero ésta que ha sido una crítica tradicional al citado proyecto se puede considerar remitida porque este carácter, de serlo, carece según la mayoría de la doctrina de interés.

Hay que resaltar que a las ya conocidas críticas, BARÓ resalta otras, aportando más documentación al estudio de la codificación, como la falta de asentamiento de los principios liberales de la época en que fue redactado o bien que el proyecto se adelantó en el tiempo, o la absorción en nuestro país del régimen liberal que tardó en llegar y habría que esperar a la Revolución de 1854, cerrándose con ella la «Década moderada» que determinó, entre otras cuestiones, la nueva concepción del derecho de propiedad; consúltese en dicho sentido la Ley Madoz de 1855 o la Ley Hipotecaria de 1861 y 1869.

La parte cuarta del libro está dedicada sobre todo al estudio de la legislación especial que supone «una alternativa temporal a la codificación». La ausencia de un Código Civil hizo necesaria la regulación por leyes especiales de materias necesitadas de reglamentación. La sociedad, las ideas y formas de vida, el desarrollo del comercio e industria, etc., avanzaban, surgiendo lagunas legales que exigían una nueva normativa. Este fue el marco que generó las anteriores leyes citadas, considerándose a la legislación hipotecaria como una de las mejores realizaciones decimonónicas en cuanto asentó un régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, si bien y sin entrar en su estudio, algunos aspectos de su contenido han sido criticados, como, por ejemplo, la cuestión de las hipotecas legales. Otras leyes publicadas fueron la Ley del Notariado de 1862, Ley de Matrimonio Civil de 1870 (ésta fue la única cuya materia fue objeto de regulación en el Código Civil), Ley de Registro Civil de 1870, Ley de Minas de 1871, Ley de Aguas de 1879 y la Ley de Propiedad Intelectual del mismo año.

Por último, en esta parte se hace referencia a la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo considerándola esencial, ya que se encuentra ligada a la seguridad jurídica, pero su labor es importante no sólo en aquella época, sino también en la actualidad y de ello se hace eco nuestro Código Civil al señalar en su artículo 1, párrafo 6, «la jurisprudencia complementará el Ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Pero también ha tenido en cuenta el autor dicha labor judicial, sobre todo en materia de recursos de casación y de nulidad que hizo posible «la igualación formal de derechos para todos los ciudadanos».

La quinta parte del libro está dedicada a la «Etapa de culminación de la labor codificadora». Se procede a la reorganización de la Comisión General de Codificación, dividida en dos Secciones (Sección 1.^a o de asuntos civiles, y Sección 2.^a o de asuntos criminales), compuesta cada una de ellas por ocho vocales «elegidos entre las eminencias de la Magistratura, del profesorado y del foro», incorporándose un miembro que representaba cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, Vascongadas, Galicia e islas Baleares.

Hace el doctor BARÓ, al igual que lo hizo en el estudio del Proyecto de 1851, una referencia a los miembros que componen la Comisión, así como de las Memorias de los vocales adscritos a la Comisión General: por Cataluña, MANUEL DURÁN Y BAS; por Aragón, LUIS FRANCO LÓPEZ; por Navarra, ANTONIO MORALES; por Vascongadas, MANUEL DE LECANDE Y MENDIETA; por Baleares, PEDRO RIPOLL Y DE PALAU, y por Galicia, RAFAEL LÓPEZ LAGO.

Se hace también un estudio de los proyectos de Ley de Bases, la cual fue sancionada el 11 de mayo de 1888 por la que se «autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma» (art. 1).

Destaca el profesor santanderino las fuentes del Código Civil, tanto las legales y, dentro de ellas, las españolas —así diversos proyectos de Código Civil, proyecto de Ley de Bases— y las extranjeras, como el Código Civil francés de 1804, que sobre todo influyó en artículos del Libro IV; el Código italiano de 1865, el cual se tuvo en cuenta en la redacción de artículos del Libro III y del IV en institutos como ocupación, donación, derecho de acrecer; el portugués de 1867, que también se utilizó para la redacción de varios artículos de los Libros II y IV... como las doctrinales, y en este caso las obras de LE PLAY o TOCQUEVILLE en materia de sucesión testamentaria; de DOMAT y POTHIER, etc.

Los comentarios y críticas al Código Civil son abundantes y de variado signo. Son por todos conocidas las críticas positivas y negativas hechas al mismo, pero ante todo se advierte como es un Código que responde a su época y en el que se recogen los principios naturales del orden burgués como propiedad privada, autonomía de la voluntad, libertad de contratación..., siendo consecuencia de la expansión de estos principios la elevación de las normas contenidas en el Código a la categoría de Derecho común.

No obstante, algún sector doctrinal considera que es demasiado conservador aun para la época en que fue promulgado, por ejemplo, en materia de derecho de familia o en el fundamento del concepto de propiedad basado en una propiedad agraria cuando la urbana va adquiriendo mayor protagonismo. Se destaca también la ausencia de verdaderas materias civiles, algunas eran ya objeto de regulación específica y, al contrario, la observancia de normas de carácter administrativo.

En cualquier caso son muchos los criterios de valoración del Código Civil, criterios que no cesarán y que versan sobre distintas materias, como el hecho de que el Código mantenga el monopolio de ser Derecho común; el vigor de los derechos forestales sobre todo a raíz de la publicación de sus respectivas compilaciones; el desarrollo del Derecho administrativo o el crecimiento de normas especiales en materias propias de Derecho privado.

Pese a todo ello y como destaca BERCOVITZ, es «indispensable actualizar el Código Civil... en esta razón radica su significado más profundo y su principal valor... debe seguir siendo considerado como el primer cuerpo legal del Ordenamiento civil...», la renovación del Código debe ser llevada a cabo sin precipitación», y realmente todo ello es posible dado el contenido de la disposición adicional tercera: «En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir». Esa era la letra; otra cosa fue la música y los resultados que son de todos conocidos.

La valoración que nos merece la obra del profesor JUAN BARÓ no puede ser menos que positiva desde cualquier punto de vista generalista en que se la tenga en cuenta. No obstante, advertimos que la misma tiene más de atinado resumen de las conclusiones técnicas llevadas hasta ahora sobre el particular en materia codificadora civil, siendo deudor en manera notable de aportaciones ajenas, que de una construcción crítica novedosa en la que se detecten singularmente valoraciones y enfoques sobre nuestra codificación que rompan con muchos de los sagrados tabúes doctrinales de autores de relevancia notable o de lucubraciones teóricas traducidas en una jurisprudencia crítica y dialéctica respecto al texto normativo.

CONCEPCIÓN SERRANO ALCAIDE

GAZZANIGA, JEAN LOUIS: *Introduction historique au droit des obligations*, Presses Universitaires de France, París, 1992, 296 págs.

JEAN LOUIS GAZZANIGA es catedrático de Historia del Derecho, de las Instituciones y de los Hechos Sociales de la Universidad de Toulouse I, aparte de Abogado en ejercicio, con amplias conexiones internacionales; discípulo de PAUL OURLIAC, con quien publicó en 1985 una *Histoire du Droit privé français*

de Van mil au Code civil, ha sido profesor en la Universidad de Pau et Pays de l'Adour.

El autor en su libro *Introduction historique au droit des obligations* presenta las grandes etapas de la historia de las obligaciones estudiando su evolución. Analizando esta obra se pone de manifiesto que no es fácil condensar en un manual de extensión pequeña un tema tan complejo e importante como es el Derecho de obligaciones, siendo su estudio una mera pretensión.

Demostrado queda a lo largo de la historia de los pueblos la necesidad de regular jurídicamente sus relaciones, modos, conductas, acciones o hechos con trascendencia tanto desde el punto de vista económico como social, personal e incluso moral, y analizando las distintas etapas históricas se pone de manifiesto que la mayoría de estas relaciones tienen como base jurídica la obligación. Ahora bien, un estudio minucioso del concepto de obligación, elementos, clases, fuentes y efectos unido a los distintos principios rectores de la vida social, política, económica y de la moral predominantes en las diversas épocas convierten al mismo en un proyecto. Esto se observa por doquier en el libro de GAZZANIGA, en el cual se plasma que la tarea no es fácil, al contrario es ardua y a ello no habría que dedicar un libro sino varios para poder estudiar la obligación desde los pueblos primitivos hasta nuestros días.

Pero el propio autor es consciente de todo ello y así elude la responsabilidad que supone el análisis de su contenido titulando la obra como una introducción (e incluyendo su monografía dentro de una colección de introducción a diversas ramas del Derecho, dirigidas a alumnos de las diferentes materias histórico-jurídicas especiales que se cursan en Francia), cuestión esta discutible pues hay que resaltar que figuras como el contrato es contemplado con mayor profundidad, sobre todo en el Derecho romano, mientras que la obligación o la responsabilidad son analizados superficialmente. Es también necesario poner de manifiesto que desde un punto de vista pedagógico la obra no aporta nada nuevo; la estructura seguida no ayuda a esclarecer las diversas etapas del Derecho de obligaciones, lo que sería de agradecer para los que se inician en el estudio del Derecho y conseguir así una mejor comprensión de las instituciones y de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que tan importantes son en el desarrollo del mismo.

El libro consta de tres partes, dedicándose la primera de ellas al estudio de la obligación en las diversas etapas, la segunda se refiere a la figura del contrato y en la tercera se apuntan generalidades sobre responsabilidad.

Por lo que se refiere a la primera parte, destacar que el concepto de obligación queda claro partiendo de los textos romanos, así la definición ya clásica de JUSTINIANO dada en las Instituciones, 3,13: «Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alienius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura», aunque el concepto de obligación aceptado por las escuelas se supone más racional al definirla como un «iuris vinculum, quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum».

Parte GAZZANIGA de los conceptos de obligación dados en los textos romanos para inmediatamente entrar en el estudio de su naturaleza jurídica y fuentes. Pero no destaca los factores que determinan la evolución de la obligación con claridad que, sin embargo, la doctrina italiana, así CIMALI deja claro en su obra *La nueva fase del Derecho civil*, y son: el respeto de la personalidad frente al Estado y las necesidades y condiciones de la vida en los distintos pueblos y períodos.

Algunas cuestiones quedan en el aire, y así, ¿supone la obligación un límite

a la libertad individual? ¿Cómo incide esta idea en épocas en las que la libertad individual y privada tienen escasa significación? ¿Eran las primeras relaciones entre particulares relaciones de crédito?

En el Derecho romano se proclamó como principio fundamental que no bastaba el acuerdo de voluntades para crear obligación, ello será reflejo del sentido formalista de los pueblos antiguos en los que se exigían determinados gestos o símbolos necesarios para crear obligación.

La obra legislativa más importante es la realizada por JUSTINIANO, las Instituciones fueron terminadas en el año 529 a.C., concluyendo la etapa legislativa del Derecho romano con el *Corpus iuris civilis*. Pero es a partir de este momento donde el estudio del Derecho de obligaciones, en particular, se complica. Las distintas invasiones realizadas por los diferentes pueblos implican el asentamiento de reglas o usos que varían según las gentes, regiones y épocas. Si con la llegada del Imperio se inicia una tarea de sistematización y unificación del Derecho, hay que señalar su dificultad debido a la influencia del elemento extranjero. El pueblo germano, con una legislación más arcaica y menos avanzada que la romana, supuso el asentamiento de diversas costumbres que impedirán durante un tiempo el desarrollo y desenvolvimiento del Derecho romano. El Derecho canónico es otro elemento influyente en materia de obligaciones que proclamó de modo claro el principio «pacta quantumcumque nuda, servanda sunt».

Todo ello lleva a GAZZANIGA a señalar que la evolución de la obligación es confusa, caracterizándose el derecho de esta época por la superposición de reglas y usos. En consecuencia existe una diversidad legislativa que dificulta la unidad del Derecho promulgándose diversas leyes especiales que regulen las distintas materias. Es en este punto donde más crítica merece el autor. Pasa de un análisis claro y detallado de las obligaciones en el Derecho romano a un estudio superficial de la época medieval; hace referencia a los principios morales y cristianos y ahí se detiene. Ello le lleva a concluir diciendo que dos etapas caracterizan la historia del Derecho de obligaciones: el Derecho romano y el siglo XIX con una tendencia hacia la abstracción.

Si hay una evolución de la obligación hay, pues, una evolución de su concepto, y si afirma el autor que el derecho de obligaciones no es inmutable, sin embargo es de extrañar que considere como nota de permanencia del mismo el que la obligación crea un vínculo entre dos personas, cuando la mayoría de la doctrina abandona el concepto vínculo sustituyéndolo por el de relación presentando con ello el aspecto activo de la misma (crédito) y no sólo el pasivo (deuda), que tan importante es a efectos de responsabilidad, extinción, mora, etc.

Se echa de menos en la primera parte del tratado un estudio pormenorizado de diversos aspectos, a saber: 1) la estructura jurídica de la obligación sobre todo de su objeto, la prestación como conducta; 2) el estudio del problema de las fuentes de las obligaciones que todavía no ha recibido una solución definitiva, siendo rara la ausencia de comentario a la reconstrucción de la teoría de las fuentes hecha por DEMOGUE, el cual, considerando que en cierto sentido todas las obligaciones son legales, este carácter —al ser tan general— no resulta útil y así es más necesario atender a la voluntad privada que produce consecuencias prácticas sobre todo en materia de capacidad, siendo éste el criterio para que DEMOGUE distinga los siguientes grupos de fuentes: el contrato, la voluntad unilateral del deudor, los actos ilícitos, la voluntad del acreedor y el simple hecho; 3) y un cuadro que presente los diversos tipos de obligación y los criterios mantenidos para su clasificación.

En la segunda parte del libro se trata de la figura del contrato y en ella se vuelve a seguir una trayectoria semejante a la primera parte. Se estudia el contrato con mayor detenimiento en la época romana y se oscurece este análisis en la época intermedia, para referirse por último a la etapa codificadora y evolución posterior.

¿Cuáles han sido los criterios que en cada legislación se han establecido para determinar la base fundamental a que ha de ajustarse la formación del contrato? Se establecen los llamados sistemas de contratación que se pueden reducir a dos fundamentalmente: el formalista, propio de los pueblos primitivos, aunque presenta dos períodos de evolución como es el sistema religioso y el civil (este último propio de las civilizaciones romana y germánica) y el espiritualista (Derecho canónico) que atiende sólo al consentimiento.

El sistema civil romano consideró que no toda promesa de deuda tenía validez jurídica ni era susceptible de dar una *actio*, siendo necesaria una causa o fundamento jurídico, así una forma especial, siendo manifestación el contrato verbal y el literal; o una prestación como en los contratos reales (mutuo, comodato, depósito y prenda); o bien un reconocimiento especial del Derecho civil u honorario, los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad). Las demás convenciones eran simples pactos, *nuda pacta* que careciendo de efectos civiles sólo producían obligación natural. Pero éstos *nuda pacta* fueron más adelante revestidos de efectos civiles por estar agregados a contratos de buena fe (*pacta adiecta*) o por reconocimiento del Derecho pretorio (*pacta praetoria*) o por las Constituciones imperiales (*pacta legitima*).

El Derecho bizantino supone un gran paso en la evolución contractual, elaborándose teorías acerca de los contratos innominados, de los pactos y de los cuasicontratos, refiriéndose a ellos el autor someramente. Así se abordan los temas de una manera limitada; ni siquiera hay un estudio auténticamente evolutivo con aportaciones de la doctrina extranjera, por ejemplo la italiana o la alemana, doctrinas que no pueden eludirse en esta materia.

La figura del contrato y su posterior evolución nos obliga a abordar la doctrina del negocio jurídico que sobre el mismo elaboró la pandectística alemana, figura que actualmente viene a absorber en gran parte los conceptos que tenían emplazamiento en la teoría general del contrato, lo que podía haber hecho GAZZANIGA en el capítulo cuarto de la parte segunda de su libro al titular la sección primera como «De la remise en cause au déclin du contrat?»

Otro aspecto que merece crítica es que no se aborde el problema de la causa en materia contractual. La teoría de la causa, aun cuando se puede decir que es compleja, debería por lo menos haberse expuesto.

Quedan claros los principios que inspiran la época codificadora (libertad, autonomía de la voluntad, igualdad, propiedad), reflejándose los mismos en los diversos Códigos decimonónicos y por tanto en la regulación que en ellos se hace del contrato. Con el siglo xx aparecen nuevas relaciones sociales y económicas y también nuevos conceptos: bien común, abuso del derecho... que hacen necesaria una revisión de conceptos tradicionales. El intervencionismo del Estado incluso en institutos propios del Derecho privado (por ejemplo, la familia), y la exaltación de la idea de la comunidad conllevan una crisis ideológica del contrato. Se puede hablar de una concepción social del mismo ejercida a través de unos límites establecidos para atemperar su fuerza obligatoria no sólo al tiempo de su celebración, sino durante la vida del mismo, surgiendo en nuestro tiempo nuevas categorías contractuales que práctica-

mente dejan anuladas la libertad de los contratantes (contratos de adhesión, contratos colectivos...). Todo ello ha provocado una extensa literatura jurídica que versa sobre su naturaleza jurídica y efectos, siendo decisiva la actuación judicial en materia de interpretación de las cláusulas abusivas.

Teorías como el socialismo o el catolicismo social tienen su fundamento en que los límites a la autonomía de la voluntad descansan sobre ideas como bien social, justicia, surgiendo una quiebra de los principios tradicionales que no tienen otra causa sino limitarla, acotar la libertad individual, transformar el concepto de propiedad, y todo ello por exigencias morales dominantes y por el mantenimiento del equilibrio social. Consecuencia de estos principios son la legislación posterior: así el nuevo Derecho agrario, la política monetaria, las nuevas leyes sobre arrendamiento...

La última parte del libro está dedicada al estudio de la responsabilidad, cuyo concepto ha tenido diversas fases a lo largo de la historia. En un principio la responsabilidad era personal y nacía del delito. El delincuente podría pactar con la víctima, pero el débito surgido de este pacto no constituía una obligación natural desprovista de coacción civil. El siguiente paso en la evolución era poder garantizar la palabra dada y así se añadiría al débito una garantía especial, creándose una responsabilidad que el débito por sí solo no podía dar. Si el deudor, en esta fase, no cumplía quedaba sometido a penas personales. Pero esta obligación penal se transformará en patrimonial gracias a la promulgación de la Ley Poetelia del año 326 a.C. que abolió la institución del *nexum*, y más adelante por la introducción de la *bonorum vendito* al final de la República, gracias a la cual el procedimiento ejecutivo tomó figura patrimonial.

Responsabilidad personal y patrimonial coexistieron durante el Derecho romano y gran parte de la Edad Media, desapareciendo a mitad del siglo XIX los vestigios de responsabilidad personal. No obstante, merece destacar cómo la figura de la prisión por deudas fue recogida por el Código Civil francés.

La desaparición de la responsabilidad personal será una de las consecuencias de la evolución jurídica del concepto de obligación, ya que si en un principio la obligación produce una sujeción del deudor o del acreedor, SAVIGNY dio su formulación definitiva concibiendo la obligación como un señorío sobre los actos del deudor, formulación criticada en cuanto sólo atiende al elemento subjetivo o personal y no tiene en cuenta el patrimonial.

Para nada queda claro en el libro objeto de esta recensión el estudio de la responsabilidad generada por los diversos hechos a que puede dar lugar. Tampoco la distinción entre débito y responsabilidad que tan de cabeza ha traído sobre todo a la doctrina alemana. GARCÍA GALLO en su manual *Historia del Derecho español* resalta que no se han intentado explicar los textos medievales desde el ángulo visual de la distinción entre los indicados elementos de la relación obligatoria.

La responsabilidad es entendida como el poder del acreedor para restablecer su equilibrio patrimonial. El acreedor tiene en la obligación un interés, siendo éste el elemento económico que hay que precisar a efectos indemnizatorios.

Debe contemplarse también el concepto de daño, que puede ser contractual o no, y ellos nos lleva a analizar el daño moral, centrándose sobre el mismo el debate de si es o no susceptible de indemnización. Sin entrar en él, señalar sólo la importancia que ha tenido la jurisprudencia en esta materia.

No puede saltarse por alto la responsabilidad generada por el incumplí-

miento y por el cumplimiento anormal de las obligaciones. Ello ha llevado a GAZZANIGA al estudio sobre todo del concepto de culpa y su proceso evolutivo distinguiéndose la culpa contractual y la extracontractual o aquiliana. Actualmente se consagra la responsabilidad por todo hecho que cause daño y que se produzca por dolo o culpa. Si en el Derecho romano sólo eran fuente de responsabilidad extracontractual ciertos hechos típicos especiales (*furtum*, rapiña, daño a las cosas), actualmente todo hecho ilícito del hombre que cause daño a otro, realizado intencional o negligentemente, es fuente de obligación. Dos sistemas se siguen para la imposición de la responsabilidad aquiliana: el subjetivo o responsabilidad subjetiva que deriva de la culpa en que ha incurrido el autor del hecho, y el objetivo o responsabilidad objetiva que atiende a la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido. El primero ha sido el que tradicionalmente se ha seguido desde el Derecho romano, pero el segundo, y merced a los avances tecnológicos, al desarrollo industrial, a la deshumanización del trabajo..., ha conseguido abrirse paso en las legislaciones para casos especiales.

La teoría de la responsabilidad objetiva no ha sido pacífica en la doctrina, incluso no falta quien opina que se ha quedado estancada, ya que ninguna legislación la ha adoptado como criterio general para resolver el problema de la responsabilidad civil; pero a ello habría que objetar que eso no es lo que pretende, sino que su acogimiento aun cuando fuera para casos especiales lo aconsejan razones de justicia, equidad o conveniencia. Pero hoy los casos especiales empiezan a ser regla general y en consecuencia cada vez hay más legislación que recoge la responsabilidad objetiva, sobre todo porque su concepto es ampliado y hay que conectarlo con la idea del riesgo. Señala JOSSE-RAND que existe un riesgo creado debido a las nuevas modalidades laborales (por ejemplo, en cuestiones nucleares, medio ambiente...) en los que la responsabilidad individual es insuficiente; habrá, pues, una exigencia de responsabilidad objetiva que toma como base la solidaridad social y que será tenida en cuenta en toda la legislación posterior, tomando carta de naturaleza.

CONCEPCIÓN SERRANO ALCAIDE

MUÑOZ SABATÉ, L.: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, 4.^a edición, corregida y aumentada. Formularios, Barcelona, 1993.

En esta dura —pero divertida— tarea de recensionar libros se plantea frecuentemente la «congruencia» o no del recensionista con el tema del libro o de la monografía. Aunque a veces, como en esta ocasión, echa uno las campanas al vuelo y aunque del tema sepa poco, esto es, le sea poco familiar, aborda el mismo con una valentía digna de mejor causa. Debo confesar —y éste es el medio probatorio— que la materia, aun siendo estrictamente procesal, guarda ciertas relaciones con algunos de los elementos de prueba que manejo en mi profesión, y eso me respalda para la aventura que inicio de recensionar un libro o trabajo, casi exhaustivo, sobre la prueba que ya ha alcanzado la cuarta edición, lo que acredita su bondad y su utilidad.

Al evolucionar los tiempos y al introducirse en las relaciones sociales y humanas el elemento económico, comienza a fallar la «palabra dada», la *pal-mata*, la promesa, el juramento, etc. El hombre —al materializarse— pierde

credibilidad, y en cuanto te descuidas te «vende la burra» aun con mataduras. Cuando termino de preparar oposiciones, allá por unos años que están en los archivos históricos (y la frase tiene su sentido que luego explicaré) leí alguna noticia sobre la prueba testifical, y quiero ahora reproducir aquello que para mí se me quedó grabado y me puso en el puesto de «centinela» en materia de pruebas.

Veréis, en el año 1951 se celebró en Filadelfia un experimento sobre el valor de las declaraciones testificales. Un Congreso de psicólogos celebrado en dicha ciudad organizó un experimento interesante: en medio de un baile que se encontraba muy concurrido con varios centenares de personas, irrumpió un «payaso» que venía perseguido por un negro que le amenazaba con una pistola. Después de una pequeña lucha, el payaso cayó al suelo, el negro disparó un tiro y luego huyeron los dos de la sala. Todo ello duró escasamente dos minutos y la escena se impresionó en una película. Doscientos asistentes al acto fueron requeridos para que escribiesen un testimonio de lo sucedido en el baile. Sólo *siete personas* describieron con exactitud lo que había pasado. El resto sólo contó puras fantasías: la escena duró diez minutos, el negro iba desnudo, en vez de un disparo hubo ocho tiros, el payaso tenía las manos esposadas y el negro llevaba un cuchillo entre los dientes...

Esta anécdota que relato es elemento más para que el estudioso de la obra que recensionamos se dé cuenta de las «dificultades» de la prueba en el proceso. No tiene otro valor que lo anecdótico. Lo mismo sucede con otra noticia que aparece en los periódicos de estos días en la que se cuenta que en la India un loro ha ayudado a resolver a un Juez para dilucidar a cuál de los dos litigantes pertenecía el animal. El loro, buen imitador de la voz humana, resolvió el dilema cuando llamó por su nombre a los hijos de uno de ellos. Creo que no hacen falta más anécdota que podrían extraerse del campo literario y el histórico, pues aquí lo importante es dar cuenta del contenido del libro.

El libro entiendo que es monográfico sobre el tema de la prueba y sus dificultades y consta de una introducción y cinco grandes partes, seguidas de unos formularios, una guía de las abreviaturas empleadas, un índice de conceptos y otro sumarial, y todo ello va precedido de un Prólogo que realiza a la primera edición SANTIAGO SENTÍS MELENDO, que nos advierte de la gran dificultad de hacer un prólogo a un libro que, siendo original, exige una atenta lectura para poder valorarlo íntegramente. Si la fijación de los hechos es la parte más importante de la sentencia que se realiza a través de los medios de prueba, es indudable que el estudio de ellos es decisivo para el logro pretendido. Plantea el prologuista un tema importante, y es el de la «prueba de los indicios». La creación de una «ciencia de los indicios» (semiótica) está vinculada a esa factibilidad heurística que constituyen la innovación científica y básica del libro. Acaso el problema mayor de toda la materia probatoria esté en determinar cuándo el indicio se convierte en medio de prueba, pero el problema de la prueba es el punto más débil de la administración de justicia. Y este problema, tan fundamental, se resuelve por el autor a través de la presunción como centro de gravedad.

En la Introducción el autor abre el tema del estudio y hace una serie de precisiones muy a tener en cuenta a la hora de enjuiciar la materia: mientras en otras profesiones se han logrado nuevos medios para el progreso de la humanidad, la justicia está todavía manejando armatostes medievales que sólo tienen el don de la espectacularidad; la ciencia jurídica ha dedicado su atención a los conceptos, olvidándose de los hechos, que es la razón de la prueba;

después de preguntarse hasta qué punto es imperfecta la LEC y explicar el plan de la obra, termina diciendo que «he empezado hablando de la ineficacia del Derecho y termino haciendo profesión de fe en una Justicia más científica que proporcione a los hombres mayor seguridad de la que actualmente dispensa».

I. NECESIDAD DE LA PRUEBA

Quizá puedan reducirse a cinco los problemas que el autor estudia en esta primera parte de la obra y que versan sobre la necesidad de la prueba, su alcance, la proyección externa y la interna, así como el de su mediatización. Cada uno de ellos está desarrollado por el autor con un aspecto crítico que nos lleva a plantearnos una serie de interrogantes en la valoración de sus afirmaciones. Con la brevedad que exigen estas notas repasamos problemas y apuntamos ideas dominantes en la tesis del autor.

En el primer tema el autor destaca cómo la prueba es la parte más débil de la administración de justicia, y de poco le vale a una persona hallarse en posesión del derecho, de la norma que le protege, si en el momento procesal oportuno no logra demostrar los hechos que constituyen la hipótesis legal. Respecto al «alcance», el autor se refiere a dos puntos concretos: el mito de la verdad judicial y la probabilidad como nivel suficiente de evidencia. La proyección «externa» contiene el estudio de los problemas de admisión de la prueba, tasación de la misma exhibición e intermediación. La problemática «interna» de la prueba lleva consigo el examen de los instrumentos probatorios, las dificultades que encierra la prueba y las materias de difícil prueba constituidas por hechos antiguos, ilícitos, íntimos, negativos, psíquicos, virtuales, etc.

Me interesa destacar cómo el autor al llegar —entre los medios de prueba— a las presunciones *iuris et de iure* dice que nada tienen que ver con el concepto de presunción, ya que se trata de auténticas normas jurídicas que por un erróneo enfoque debido casi siempre a razones históricas reciben esta incorrecta formulación. Su presencia proclama una perpetua rendición del legislador frente a la investigación científica de la verdad. Estas ideas me sirven para confirmar que la presunción *iuris et de iure* que lleva consigo el principio de fe pública registral no puede considerarse como tal, pues permite la prueba en contra y la anulación del asiento; lo que sucede es que no perjudica al tercero.

El último de los temas de este capítulo va en la obra antes del que me he referido, pero lo hice así ya que en él se trata la mediatización de la prueba (o utilizando la terminología del autor: *los factores metaheurísticos*), que pueden ser absolutos o relativos. No es lo mismo un documento amañado con fines de evasión fiscal en un pleito de retracto arrendaticio que en un proceso fiscal. Dos puntos últimos son fundamentales y se enlazan con la mediatización a efectos fiscales que pueden producir la alteración ideológica de documentos o la elusión procesal de los mismos.

II. METODOLOGIA DE LA PRUEBA

Una vez señaladas las dificultades que lleva consigo la prueba, el tema central de este capítulo contiene toda la teoría del autor sobre los conceptos

de las presunciones (método inferencial) y los indicios (o visión fenoménica). Creo que podría resumirse el contenido de este extenso capítulo destacando la posición del autor, quien dice que «el indicio es sinónimo de signo, señal o huella. Indicio es la cosa, el suceso, el hecho conocido del cual se infiere otra cosa, otro suceso, otro hecho desconocido. Debemos, pues, prescindir en absoluto de considerar el indicio como una forma lógica de pensar, al modo de la presunción. Decir que un indicio es una presunción resulta tan absurdo como, por ejemplo, afirmar que una cerilla es el fuego».

III. CRITOLOGIA DE LA PRUEBA

Los medios diversos de prueba (o instrumentos probatorios, como los denomina el autor) para lograr el conocimiento judicial de la verdad se someten a una crítica que se divide en tres partes: la de los testimonios de partes y terceros, la prueba pericial y la de documentos. Todas ellas son importantes, pero en nuestro campo las que más influyen son las críticas documentales y, en ellas, las que surgen por la autoría de los mismos, la grafía, la materia, los extremos susceptibles de falsificación, las alteraciones, las imitaciones, etc.

IV. EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE PRUEBA

Creo que quedan resumidas en los primeros párrafos que el autor dedica a esta materia y que luego desarrolla como los indicios a través de las conductas y las inferencias excriminatorias. Dice el autor que «desde el punto de vista probatorio el proceso constituye una plataforma marcadamente hipersensibilizante, en donde las conductas de los litigantes se hallan sujetas a una comprensión violenta tanto por el climax emocional desencadenado como por el rígido condicionamiento que les impone la estrategia adoptada», concluyendo con la idea de que el proceso tiene una lógica interna y una dinámica psicológica, pero que representan una posibilidad heurística valiosísima de la cual carece el historiador, en otros aspectos probatorios tan comparado y semejado al Juez.

V. APLICACION DE LA PRUEBA

Dos puntos toca el autor: el cálculo de la prueba o método que el Abogado ha de seguir para el enfoque de la misma y los «heurigramas» o representaciones gráficas de la fórmula probática que remedian las posibles impremeditaciones y olvidos.

Prometí al comienzo cómo cuando se están haciendo oposiciones e incluso cuando se sacan, quedan muy lejanos los tiempos de la jubilación; pero cuando ésta llega, como es mi caso, comienza una dura tarea que es la de la prueba, pues si uno quiere cobrar los derechos pasivos debe probar que pagó un día las cantidades obligatorias, y en esto no valen indicios, fotocopias, presunciones o conjeturas... Y cuando uno solicita de una Delegación de Hacienda certificación de esos ingresos —sobre todo los de los primeros años—, le dicen a uno: eso está en el «*archivo histórico*». Esta puede ser una

nueva dificultad que brindo al autor para que la incluya en próximas ediciones.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

ARNÁIZ EGUREN, R.: *LOS aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización y su acceso al Registro de la Propiedad*, Cívitas (Cuaderno), 1993.

No hace mucho en el pasillo de un sanatorio coincidimos el autor de este trabajo y yo, por diversas causas. En el transcurso de la conversación me dijo que no acababa de entender mi postura en torno a la crítica de lo que la nueva Ley del Suelo denomina «publicidad noticia». Es más, me dijo que hacía una cita de mi opinión. Esto y mi curiosidad por las novedades editoriales sobre la materia registral me ha llevado a materializar esta recensión.

Aunque uno de los autores de la disposición adicional décima de la Ley del 90 que se traslada al artículo 307 del nuevo texto refundido explica quiénes fueron los autores de la misma —entre los cuales figura ARNAIZ EGUREN—, no profundiza en cuál fue la razón jurídica que les llevó a la admisión de la figura de la publicidad noticia y a su «hábil» (utilizo este calificativo sin carga peyorativa y más bien elogiosa, aunque alguien ya se ha molestado por el mismo) forma de proceder —también podría hablarse de poder de convicción— por la que se aceptó la figura por el conjunto de administrativistas que elaboraron la nueva Ley.

No es posible en estos momentos —como voy a precisar en la última parte de la recensión— explicar las razones que tengo para rechazar la idea de la «publicidad noticia», pero sí creo que ello puede provocar un auténtico problema en el tráfico jurídico, una desvirtuación de la esencia del Registro, la transformación de éste en un Registro mixto, mitad jurídico y mitad administrativo y que la idea se toma de ROCA SASTRE, quien al clasificar las anotaciones preventivas habla de la *mera publicidad*, para distinguirlas de las que producen una seguridad real. Pero una cosa es la clasificación y otra que a esas anotaciones se les niegue el efecto de perjudicar o favorecer a tercero, lo que nos conduce a una publicidad efecto.

El libro o el trabajo, que es lo que ahora interesa al lector y no mis posturas doctrinales, es facilísimo de leer. Leer el libro de RAFAEL es como estar escuchándole en su palabra fácil, rápida y convincente. Creo que de él puede decirse que tiene el arte o la habilidad (y perdón otra vez por utilizar este término que tanto molestó a otra persona) de expresarse por escrito lo mismo que de palabra. Pasa a muchos escritores que la idea entorpece a la palabra o la palabra no sabe expresar la idea. A mí mismo, pues necesito la máquina o la pluma para serenarme. RAFAEL dicta con la serenidad y la precisión al igual que otro escribe. Aparte del estilo que estoy destacando, el trabajo pretende aportar soluciones al urbanismo y, por ello, es digno de elogio.

Vamos ya con urgencia a descender o ascender al tema y contenido de la publicación, respetando sus partes (perdón por la expresión) y deteniéndonos en las que nos parece oportuno hacerlo. El recensionista en su «creación» se permite esos alegres descansos que el lector puede ilustrar con «viñeta» esa prosa buena y fácil que hace comprender el concepto sin tener que ascender a la idea que lo anima.

Vamos ya con las diferentes partes en las que el autor ofrece progresiva-

mente su postura sobre ese difícil tema de los aparcamientos en grandes ciudades y de los que se cuentan muchos casos y supuestos. Tuvo uno hace poco de carácter insólito: se trataba de un aparcamiento privado subterráneo y su cubierta está destinada a plaza pública o zona pública de expansión utilitaria.

A) CAPITULO PRIMERO: CUESTIONES PREVIAS

En su resumen de conclusiones —síntesis de conceptos— ya el autor confiesa que este capítulo se destina al estudio de ciertas cuestiones que están relacionadas con el tema central. En esto estoy con el autor ya que el concepto de uso, la clasificación de los bienes de pertenencia pública, la concesión administrativa en general, el derecho de superficie, la comunidad indivisible y el problema de la unidad del folio registral deben ser materias que todo aquel que pretenda profundizar en el tema debe dominar, por lo que, a mi juicio, no está de más que se expongan en un libro de divulgación.

Destaca el autor el concepto de uso dentro de la legislación urbanística que constituye «la determinación del planeamiento de detalle, plan parcial o plan general en suelo urbano que al calificar cada parcela de terreno establece su régimen de explotación idóneo desde el punto de vista del interés de la comunidad». Ello, dice, da lugar a categorías de bienes no previstas por el legislador, como ocurre con los viales o zonas verdes de uso general, pero de dominio privado.

B) APARCAMIENTOS CONSTRUIDOS BAJO FINCAS DE DOMINIO PUBLICO

Los tres puntos clave que plantea el supuesto son: el de su posibilidad, el de la configuración del supuesto como una concesión administrativa y las repercusiones que tendrá en su día la extinción de dicha concesión. Los tres son tratados por el autor y, respecto del primero, entiende que, en principio, no parece haber obstáculo legal que lo impida y sólo los que puedan surgir de los usos determinados por los planes de ordenación para los bienes existentes o para los adquiridos por virtud de los mismos. Los bienes demaniales adquiridos por expropiación tropezarán siempre con el destino y la amenaza de la reversión.

Parece ser que la figura más adecuada para dar vida al aparcamiento es la concesión administrativa, pues el bien es «*demanial*». El autor plantea diversos supuestos en los que apunta la posibilidad o no de que aunque la superficie sea «*demanial*» la construcción del aparcamiento se configure como «*patrimonial*». Ello provocaría todavía más dificultades y regímenes distintos. No se agotan con ello los diferentes puntos que aborda el autor, como son los que provoca la inscripción de la concesión, del terreno, de la obra nueva de la propiedad horizontal y, sobre todo, si en los casos de enajenación por el concesionario de cada plaza de garaje el adquirente se «*subroga*» en los derechos y obligaciones o sigue él mismo respondiendo frente a la Administración, y por último el fenómeno de la extinción y reversión que toda concesión lleva consigo.

C) APARCAMIENTOS CONSTRUIDOS BAJO FINCAS PATRIMONIALES

Si para los bienes demaniales sólo cabe la «concesión administrativa» —dado su carácter inalienable—, para los patrimoniales posibles modos de realizar el aparcamiento son, según el autor, el arrendamiento o cesión de uso, la enajenación (con los problemas de la delimitación del espacio y la constitución en régimen de propiedad horizontal) y la constitución de un derecho de superficie que es el que con mayor amplitud desarrolla el autor. A mi entender no queda muy claro lo de la reversión anticipada como canon por la transmisión del derecho.

D) APARCAMIENTOS CONSTRUIDOS SOBRE FINCAS PARTICULARES

Al no necesitar utilizar la naturaleza de los bienes como condicionante de la construcción jurídica, el autor se limita a aceptar las diferentes maneras de concebir esta situación distinguiendo la división del espacio de un edificio destinado a garajes que tengan el carácter de fincas independientes, la situación de fincas independientes por segregación y la de comunidad especial que regula el artículo 68 del Reglamento Hipotecario. Tanto en unos casos como en el otro se estudian los aspectos civiles y los registrales que se ajustan a la práctica común registral.

E) EL USO DEL GARAJE COMO FUENTE DE CONDICIONES URBANISTICAS IMPUESTAS A LA LICENCIA E INSCRIBIBLES

Cuando preparaba oposiciones a Registros y tropezaba con temas de evolución histórica tan difíciles de exponer sin un pleno dominio de la estructura del Derecho Hipotecario, me di cuenta de que el legislador había cometido una tremenda equivocación en el año 1869 al sustituir la fuerza publicitaria registral por un sistema de notificaciones (tendencia muy acomodaticia plasmada en la Reforma Urgente de la Ley Procesal). ¿Dónde estaba la fuerza publicitaria del Registro: en sus pronunciamientos o en las notificaciones? Por eso he criticado duramente la notificación de EDICTOS en inmatriculaciones.

A la vista de eso —y de los peligrosos cauces que se tomaban en la Asamblea de Barcelona— llamé la atención en varios momentos sobre la necesidad de «volver a la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861» que permite clarísimamente distinguir entre la publicidad noticia y publicidad efecto, desterrando la primera del campo registral. Por ello este capítulo que, según él, contempla el uso del garaje como fuente de condiciones impuestas en el acto de concesión de licencia de obras, no viene a ser más que una defensa de lo que autor llama «nuevas modalidades de publicidad registral». No creo que sea éste el momento de hacer alegaciones en contra de todo lo que se dice, pues esto no pasa de ser una recensión y no una contestación a la alusión que se me hace en la página 172. Prometo un artículo sobre este punto, pues considero muy peligrosa esa *nota marginal* «tipo noticia», ya que si lo que proclama el Registro «no va a misa» y sí «a la procesión», no me sirve. O lo que el Registro publica «afecta» o estamos abriendo la puerta —quizá el portón de cuadrillas— a un Registro Administrativo de los que hablan los artículos 105 y 22.3 de la Constitución.

No suelo en mis recensiones hacer un ataque a las soluciones del autor, pero en este caso hay un reto verbal y escrito y hay que salir al paso. Pero este no es el lugar para una polémica. Sobre la base de la última parte de este libro de divulgación en las cuatro primeras y de novedad en la última, voy forzosamente a tener que escribir un artículo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MURILLO, MARÍA LUISA: *Forma y nulidad del precontrato* (con especial referencia a la legislación iberoamericana). Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1993. Un tomo de 496 páginas.

Desde antiguo, y creo que ahora con mayor intensidad, las universidades españolas cuentan entre sus asistentes con numerosos estudiantes hispanoamericanos, dentro de los cuales destacan los doctorandos. En las clases de lo que ahora se llama el tercer ciclo es bastante frecuente oír el español cantarín y cadencioso de nuestros amigos del otro lado del Atlántico y, consecuentemente, abundan las valiosas tesis doctorales con las que culminan sus estudios en Europa los nativos de aquellos países hermanos.

Y son valiosas esas tesis tanto por su altura doctrinal como porque, normalmente, versan sobre estudios de instituciones jurídicas presentadas bajo el prisma del Derecho comparado; de este modo, lo corriente es que se analicen cuestiones jurídicas debatidas por la doctrina desde la óptica de las normas de aquellos países, mostrándonos así, una vez más, la influencia que tienen allá nuestras leyes y las enseñanzas de los maestros españoles.

Y aquí tenemos un ejemplo de lo dicho en esta tesis con la que la su autora ha obtenido, con la máxima calificación, el título de Doctora por la Universidad de Navarra y que ha sido dirigida por el Profesor SANCHO REBULLIDA.

La tesis estudia la figura del precontrato, con referencia a la legislación iberoamericana y especialmente a la normativa vigente en Perú, país de origen de la nueva doctora. El contrato preparatorio o precontrato (*Vorvertrag*, como la llamara el jurista alemán TOHL) es una institución jurídica cuya evolución se enriquece día a día con el tratamiento novedoso que le van otorgando los Códigos Civiles más modernos. Y la autora estudia sus precedentes y regulación en las legislaciones clásicas de los Códigos de la vieja Europa para comparar sus normas con las del más reciente Código peruano de 1984, donde se considera al precontrato como una verdadera categoría autónoma.

Empieza el libro remitiendo los orígenes del precontrato al *pactum de contrahendo* del Derecho romano, de donde pasó a las regulaciones modernas bajo las denominaciones de contrato preparatorio, promesa de contrato o, finalmente, precontrato.

Sobre su naturaleza, la autora repasa todas las opiniones emitidas por los más autorizados estudiosos del tema, concretamente en España por MORO LEDESMA, ROCA SASTRE y DE CASTRO.

MORO, en un trabajo publicado en esta REVISTA en 1934, resaltó la autonomía negocial propia del precontrato que obliga a las partes a la celebración de otro contrato posterior. Según la tesis clásica se trata de un contrato perfecto cuyo objeto es una obligación de hacer que será la prestación del consentimiento en su día para cerrar el otro contrato.

Para ROCA SASTRE es un contrato preparatorio en el que se establecen las ba-

ses generales de un contrato específico, obligándose las partes a desarrollarlas en su día sin necesidad de un nuevo convenio. Según esta tesis habría un solo contrato, sin precisarse para nada un nuevo consentimiento; pero se le objeta que si tales bases contienen todos los elementos del contrato definitivo, será cierta la afirmación de que no se hace preciso desarrollar el contrato primitivo; pero de no ser así no se puede defender que haya un solo contrato, sino dos.

Para DE CASTRO será innecesario hacer un nuevo contrato cuando en el inicial se convino ya que los contratantes quedasen obligados, por lo que sería inexacto hablar de una obligación de contratar. Según este Profesor, la promesa de contrato es una *etapa de un «iter» negocial* y hay dos escalones: una promesa de contrato, en el que nace éste y se crea la facultad de exigirlo, que funciona con relativa independencia en cuanto tiene su propia causa, y el segundo, que es la exigencia del cumplimiento de la promesa, en el que se produce la vigencia del contrato proyectado.

La autora estudia ampliamente en su libro estas teorías sobre la naturaleza del precontrato y las relaciona con los temas concomitantes de la capacidad y la forma para su debida perfección, y parece aceptar la tesis de DE CASTRO de que deben exigirse las mismas que sean necesarias para el contrato definitivo, ya que de otro modo podrían eludirse las especiales disposiciones necesarias y que harían nulas las posibilidades de demandar el cumplimiento.

La postura que se adopte respecto a la naturaleza jurídica del precontrato determina igualmente y de modo decisivo el problema de la exigibilidad del contrato preparatorio. Si se aceptan las ideas de ROCA SASTRE y DE CASTRO, al haber un solo contrato se puede condenar de un modo directo al cumplimiento del precontrato con todas sus consecuencias prácticas. Según las teorías clásicas de la dualidad del consentimiento, si éste se presta voluntariamente para otorgar el contrato definitivo no habría problema, pero en otro caso sólo cabría la indemnización de daños y perjuicios, ya que se considera el consentimiento como un acto personalísimo e incoercible y no podría ser suplido por la actuación del Juez.

La autora expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo que inicialmente siguió esta última tesis de la dualidad de contratos, pero que después se ha inclinado por la opuesta, sobre todo a partir de la Sentencia de 1 de julio de 1950, cuyos considerandos se reproducen, examinando detenidamente su doctrina; allí dijo el Tribunal Supremo que el artículo 1.451 del Código Civil sólo es aplicable cuando el contrato no se puede cumplir, pero en otro caso, es decir, cuando sí sea posible, para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionar aquel contrato inicial, cuyas consecuencias son obligatorias para los contratantes a tenor del artículo 1.258 del Código.

Aunque este fallo ha tenido un influjo importante como se ha notado en varias sentencias posteriores, no ha llegado a determinar un cambio de orientación radical en la jurisprudencia española y es que, como dice Díez-PICAZO, se suele cifrar el valor de la jurisprudencia en su contenido doctrinal, olvidando que los hechos del litigio constituyen el elemento sustancial de la sentencia.

Ya hemos dicho antes que junto a esta exposición doctrinal basada en las opiniones de nuestros más destacados especialistas en el tema, la autora nos muestra la sistemática del Derecho peruano, tanto histórico como vigente. Empieza con el régimen jurídico de la promesa de venta en el Código del Perú de 1852 y pasando por la promesa unilateral de comprar o vender regulada en

el Código de 1936, llega a la actual normativa de los contratos preparatorios contenida en el Código de 1984, donde se regulan bajo la forma del compromiso de contratar y el contrato de opción en los artículos 1.414 a 1.425, cuyos textos se reproducen y estudian. Se hace especialmente en lo que se refiere tanto a sus requisitos de consentimiento y capacidad, objeto, causa, plazos y forma, como a sus efectos, punto este último sujeto a las discusiones sobre la naturaleza que se atribuye al precontrato.

Amplia atención merece en la tesis el estudio del requisito de forma en los precontratos, integrando todo el capítulo II del libro. Aquí la autora expone primero las cuestiones generales de la forma en el contrato, haciendo un recorrido desde el formalismo primitivo a la libertad de forma. Después contempla los sistemas del Derecho comparado según los cuales la forma puede revestir la categoría de requisito constitutivo o *ad solemnitatem* o simplemente ser considerada nada más que como medio de prueba o ser exigida tan sólo a efectos especiales en casos concretos.

Pasando ya a la forma en el precontrato, se plantea la cuestión de si debe seguir la misma forma que el contrato definitivo o tiene su propio régimen aparte. La doctrina se ha dividido, aparte las dos soluciones opuestas, en otra intermedia que considera que en la forma del precontrato debe atenderse a la finalidad especial, si existe, del requisito señalado para el contrato definitivo. La autora explica con amplitud tales posturas, a la luz del Derecho comparado, para acabar con la exposición particular del Derecho peruano. Su Código de 1984 le dedica el artículo 1.425 según el cual los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la Ley prescribe para el contrato definitivo, bajo sanción de nulidad.

Esta especial sanción de nulidad por incumplimiento de los requisitos formales origina el contenido del capítulo III del libro, donde se estudia primero la doctrina general de los distintos grados de la ineficacia de los contratos, como la nulidad, la inexistencia y la invalidez y sus causas originantes, para terminar después de esta ineficacia contractual según el Derecho peruano.

Leyendo esta tesis doctoral se encuentra plenamente justificada la calificación máxima otorgada por el Tribunal al excelente trabajo realizado. La nueva doctora, a quien felicitamos, ha recogido adecuadamente la doctrina tanto española como la de su país, así como la jurisprudencia, en el estudio de esta figura del precontrato, dándonos una visión completísima de la institución.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BENAVENTE MOREDA, PILAR: *Naturaleza de la sociedad de gananciales. Legitimación individual de los cónyuges*. Tesis doctoral, con Prólogo de JUAN VALLET DE GOYTISOLO, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993. Un tomo de 519 páginas.

En general, los regímenes de comunidad, tanto societarios como familiares, casi siempre entrañan dificultades a la hora de su configuración y en la determinación de las facultades de los individuos que los integran.

En la institución de los gananciales, tan típicamente española en cuanto que organiza de modo casi general la vida de los matrimonios de régimen común, tales problemas se agudizan porque está poco definida su naturaleza

jurídica, y esto da lugar a que los derechos y deberes de los cónyuges no se hayan determinado de modo satisfactorio en las sucesivas normas que la han regulado. Cuando se creía haber solucionado algún problema, con cada reforma han aparecido cuestiones nuevas que venían a enturbiar quizá más el panorama.

Tal ha ocurrido, según creemos, con las nuevas normas que permiten las capitulaciones postmatrimoniales, la libre contratación entre esposos y la posibilidad de variar la condición de los bienes adquiridos. En los documentos entre cónyuges que llegan a nuestros despachos se ha podido vislumbrar en más de una ocasión la posibilidad de negocios poco claros que no se compaginan bien con el ideal de seguridad jurídica que debe primar en los asientos registrales.

A veces las meras sospechas se ven confirmadas por los subsiguientes embargos, cuya anotación no se puede practicar por haberse previamente realizado una transmisión ficticia. Los Registradores, a veces, vemos esa realidad; no se nos puede acusar de demasiado suspicaces.

La cuestión práctica ha suscitado también discusiones doctrinales, enfrentándose las posturas de los que defienden la posibilidad de estos atípicos negocios de «aportación» y los que entienden, creemos que con más razón, que debe expresarse la causa de la transmisión, sin que sea suficiente una pura declaración formal carente de base. Por eso la Dirección General de los Registros y del Notariado, en varias recientes resoluciones, confirmando la nota denegatoria, ha señalado que debe manifestarse claramente la base causal que justifique la transmisión y determine la naturaleza de la cesión.

La cuestión de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y su reflejo en la legitimación que otorga a cada uno de los cónyuges, muy discutida por la doctrina, ha sido ahora abordada en este libro que presentamos, la tesis doctoral de PILAR BENAVENTE MOREDA, que ha obtenido, con razón, la máxima calificación *cum laude* por su profundidad y amplitud, exponiendo el tema con gran claridad y excelente metodología.

La autora centra su tesis en que de la configuración de este especial consorcio conyugal dependerá poder considerar a ambos cónyuges como cotitulares de los bienes de la sociedad, identificando ganancialidad con titularidad, o, por el contrario, no tenerlos como cotitulares, en cuyo caso la ganancialidad no les atribuirá poderes dispositivos; se discute, pues, si hay titularidad conjunta o titularidades exclusivas y separadas.

La autora, como nos dice VALLET en el Prólogo, no toma partido por ninguna de estas posiciones. Ordena, como vamos a ver, y de un modo extenso, todos los datos empíricos derivados de las cuestiones prácticas que la sociedad de gananciales suscita, así como la jurisprudencia y las opiniones doctrinales que la institución ha originado para que los lectores extraigan sus propias conclusiones y elijan la solución que consideren más aceptable.

El libro se divide en dos grandes partes, estando dedicada la primera a la evolución histórica normativa, jurisprudencial y doctrinal de los problemas relacionados con la gestión exclusiva de los bienes y derechos de la sociedad de gananciales.

En el capítulo I se estudia la situación anterior al Código Civil a lo largo de los textos jurídicos más significativos y a la luz de la jurisprudencia y la interpretación de la doctrina. Según el Tribunal Supremo, antes del Código de la sociedad de gananciales aparece como una sociedad en liquidación, aunque a efectos de determinar la responsabilidad por deudas se puede hablar de la

existencia de bienes gananciales, pero constante el matrimonio parece clara la titularidad exclusiva del marido. La Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones se aproxima bastante en este período a las soluciones del Tribunal Supremo, aunque tiende a conjugar las normas civiles con los principios hipotecarios para concordar la titulación civil con la legitimación registral.

El período de la codificación que comprende el Proyecto de 1851 y el propio Código, hasta la Reforma de 1981, es también contemplado por la autora tanto en sus normas como en las distintas posturas doctrinales. Así se opina que la sociedad de gananciales es sociedad civil, comunidad, titularidad del marido con un simple derecho expectante de la mujer y patrimonio colectivo adscrito a un fin. Desde el punto de vista registral, la autora entra ampliamente en la influencia ejercida por la legislación hipotecaria en la configuración de la sociedad de gananciales, estudiando la inscripción de los bienes de los esposos en los distintos supuestos, según las regulaciones del Reglamento Hipotecario en sus versiones de 1947 y 1959, en el modo de todos conocido. Igualmente hace un completo resumen de la jurisprudencia de la Dirección General en un abanico expositivo que agota prácticamente los variadísimos supuestos que fueron objeto de recurso en este período.

En el capítulo III se recoge la situación actual originada por la reforma del Código por la Ley de 13 de mayo de 1981, que trajo consigo el importante retoque del Reglamento Hipotecario mediante el Real Decreto 3215/1982, de 12 de noviembre.

Consecuencia de este giro normativo son las distintas posturas de la doctrina española actual a la hora de configurar la sociedad de gananciales. Para unos, como LACRUZ BERDEJO, existe una auténtica comunicación mientras dura el matrimonio y se confunden bienes gananciales y ganancias. Otros, como Díez-Picazo y GULLÓN, opinan que es una masa común de bienes, una comunidad o patrimonio separado colectivo; para ALBALADEJO, el artículo 1.344 del Código Civil sólo muestra una de las posibles fuentes de nacimiento de un patrimonio común y, según RAMS ALBESA, no define a la sociedad de gananciales. Otros autores mantienen diversas opiniones que se centran en negar la existencia de una comunidad actual y afirmar que la titularidad y la ganancialidad son dos cosas diferentes. VALLET señala que la cuestión fundamental será la de precisar qué derecho corresponde al cónyuge no titular en el bien ganancial titulado a nombre del otro durante la vigencia de la sociedad.

En la segunda parte del libro ya se entra de lleno en los problemas de la gestión de los bienes y derechos gananciales de titularidad formal individual, poniéndolo en relación con la naturaleza de dicha sociedad; todo a la luz de los preceptos legales vigentes que la autora analiza detalladamente.

Uno de los problemas gira alrededor de la distinción entre los actos de administración y de disposición, lo cual es muy importante para la gestión de los bienes gananciales, según el artículo 1.384 del Código que ha motivado discusiones y posturas encontradas. Una de las más frecuentes aplicaciones prácticas de esta distinción está en el arrendamiento. ¿Es éste un acto de simple administración o es dispositivo? Serio problema el de determinar la naturaleza real u obligacional del arrendamiento y el saber si es igual la locación común del Código o los especiales regulados en leyes sociales. La autora contempla los supuestos de esposos arrendadores y arrendatarios, repasando multitud de casos, todos muy interesantes, que se suelen presentar en la práctica a veces con especial agudeza.

En el último capítulo del libro se estudian otros supuestos de titularidad formal exclusiva, mirados igualmente bajo el prisma de la ganancialidad de los bienes incluidos. Así, empezando por la esfera mercantil, analiza la situación de la titularidad de acciones que confieren al cónyuge la situación de socio y que difiere según se trate de sociedades personalistas o de capital, pues en las primeras influye el *intuitu personae*, lo que no ocurre en las otras. Con este motivo detalla varios casos y trae a colación la jurisprudencia sobre el tema, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General.

Y hasta aquí llega el libro que recoge, reelaborada, una magnífica tesis doctoral que empezó a dirigir el desaparecido Profesor LACRUZ BERDEJO y ha concluido el Profesor don ANTONIO MANUEL MORALES. Al igual que lo hace el prologuista don JUAN VALLET DE GOYTISOLO, no nos queda más que felicitar a la nueva doctora por esta obra de gran utilidad teórica y práctica para los juristas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS