

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo quinto: Derecho de Familia. Volumen primero: Relaciones conyugales, 10.^a ed. Revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez. Reus, S. A., Madrid, 1983. Un tomo de 1083 páginas.

Ante todo pienso que los aciertos de la obra son muy superiores a los eventuales defectos que pueda presentar. Resulta muy difícil exponer con detalle sus méritos y puntos objetables en el apretado espacio de que dispongo.

Por otra parte, la obra, como un ser vivo, tiene que adaptarse, sin traicionar su sentido práctico y pedagógico, a los cambios sociales y jurídicos del momento actual: de nada vale recluirse en preceptos o en construcciones jurídicas de tiempos pasados.

Al hablar de la crisis de la familia, se afirma que «las legislaciones muchas veces, en vez de proteger a la familia, contribuyen a agravar su debilitamiento».

Sin embargo, el Informe Foessa 1975, páginas 401-402, da una respuesta ponderada a este pesimismo conservador:

«Cuando se habla hoy de crisis de la familia, un primer sentido en que hay que entender esta expresión es el de crisis del tipo de familia tradicional... La institución familiar se encuentra hoy ante la necesidad de adaptarse a ... nuevas condiciones de vida. Pero al ser todavía la imagen normativa que de la familia se tiene predominantemente tradicional, ésta choca con la realidad económica y social propia de una sociedad en desarrollo.»

Al analizar «la unificación supranacional del Derecho de Familia», el revisor, dubitativamente, afirma: «especial interés ofrecen *acaso* para España los pasos dados en este camino por el Consejo de Europa».

Creo, por el contrario, que España, para cumplir sus compromisos internacionales, no puede dudar sobre la necesidad de ratificar convenios europeos ya vigentes, como el de la adopción —año 1967— o el de los hijos nacidos fuera del matrimonio —año 1975.

Al afirmar que «el catolicismo luchó desde antiguo contra los gérmenes destructores de la familia y especialmente contra el concubinato, muy difundido en España», olvida la fundamentación legislativa de la barragania en las Partidas y la defensa de la institución por el gran MARTÍNEZ MARINA en su *Ensayo histórico crítico sobre la legislación de los reinos de León y Castilla*, Madrid, 1834, páginas 268-269. Véase mi conferencia a publicar en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, años 1982-83.

En el análisis del «Derecho de Familia en la Constitución de 1978» pa-

rece olvidarse que las personas que integran las relaciones familiares deben poder ejercer los derechos fundamentales, consagrados por la Constitución. Me remito al análisis del profesor SILVIO BASILE en la obra colectiva, dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, páginas 208 y siguientes.

Al definir las notas o caracteres del matrimonio, se inserta la superada opinión de LALAGUNA, *RDP*, 1972, que afirma que «la idea de la indisolubilidad del matrimonio es la base de la unidad del sistema jurídico» (!). Por lo visto, el sistema jurídico español se ha quedado sin base ni unidad después de julio de 1981.

¿Cuáles son los fines del matrimonio definido por el Código Civil a partir de la promulgación de la Ley 30/1981? Aplicar tales fines religiosos, definidos por el C.I.C. de 1917, a la regulación civil del matrimonio es contrario a la Constitución —art. 16—.

No se pronuncia la obra sobre cuál sea el sistema matrimonial adoptado por la Ley de 7 de julio de 1981. «No existe, hoy por hoy, una respuesta unánime e indiscutible a esta pregunta.»

Creo que cabría demandarle una menor timidez en este punto.

No es exacta la afirmación de que el incumplimiento del deber de convivencia por parte de uno de los esposos constituye delito de abandono de familia en caso de abandono malicioso del domicilio conyugal: para ello es preciso que se incumplan, además, los deberes inherentes a la patria potestad o al matrimonio.

Es modélica la caracterización del actual sistema de regímenes económico matrimoniales en los territorios regidos por el Código Civil: se mantiene y perfecciona el régimen de gananciales como legal supletorio, se regula como optativo el de participación y se mantiene, previa su perfección, el de separación de bienes, cuya práctica parece en alza. Por último, aunque sin darle este nombre, se establece un verdadero régimen matrimonial primario.

La afirmación de GARCÍA CANTERO de que «cabría impugnar por contrario a las buenas costumbres lo estipulado en capitulaciones matrimoniales contra los fines del matrimonio, fórmula del derogado artículo 1.316, párrafo 1.º, del Código Civil», es inconstitucional, por contraria a la libertad religiosa —art. 16 de la Constitución.

Es muy acertado el estudio del «régimen matrimonial primario», denominación que se da a las «Disposiciones generales» del capítulo I del título III del libro III del Código Civil.

Es analizado el nuevo artículo 1.320 del Código Civil.

No se puede renunciar en capitulaciones matrimoniales, ni al derecho del cónyuge sobreviviente al ajuar de la vivienda habitual común —artículo 1.321 del Código Civil— ni a la libertad de celebrar los esposos contratos entre sí —art. 1.323 del Código Civil.

Se estudia el nuevo artículo 1.324 del Código Civil y la reforma del régimen registral hipotecario de las adquisiciones onerosas de bienes inmuebles por los esposos, artículo 95,4 del Reglamento Hipotecario.

Es muy acertada la clasificación y análisis de los bienes propios o privativos de los cónyuges, de los gananciales y la distinción de las deudas y cargas de la sociedad de gananciales y de los bienes propios de los esposos.

En la administración de los bienes gananciales, «el legislador español,

tanto para la administración como para la disposición de los bienes comunes, ha aplicado tres ideas básicas: a) Libertad de pacto; b) Actuación conjunta; c) Legitimación de actuaciones individuales en casos concretos».

En «la gestión individual de los bienes comunes» el autor analiza los acertados preceptos contenidos en los artículos 1.382, 1.384, 1.385 y 1.386 del Código Civil.

Sobre los regímenes de separación de bienes y de participación, afirma que ... «se trata de un régimen económico que los contrayentes pueden adoptar libremente, ... Puede esperarse cierto incremento en el número de separaciones convencionales».

La reforma de 1981 ha normativizado, como régimen voluntario, el de participación de bienes, que, en el fondo, es una modalidad del de separación.

Se estudia cuidadosamente la norma contenida en el artículo 1.438, que ha hecho pensar a algún autor que se trata de una invasión de lo laboral en lo familiar.

¿Cabe la posibilidad de pactar para lo futuro un régimen dotal semejante al contenido en los derogados artículos del Código Civil, redacción de 1889?

Es posible la estipulación de un régimen específico para un bien concreto de la mujer, que no agote su patrimonio previsible, en virtud del que el varón administraría preferentemente el bien y aplicaría sus frutos a las necesidades de la familia. Pero agotar el patrimonio de la mujer con este régimen es, lisa y llanamente, inconstitucional —arts. 14 y 32,1 de la Constitución.

El autor, después de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1981, sobre la cuestión de inconstitucionalidad que le planteó un Juez Magistrado de Primera Instancia de Barcelona, da por vigentes como medida de prudencia, los textos compilados que regulan los regímenes matrimoniales que se opongan a la Constitución —arts. 14,32,1. Pero como dijo DÍEZ PICAZO —*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1973, pág. 304—, «es claro que cuando así lo exijan las condiciones, lo prudente puede ser la audacia o la anticipación. Con un símil automovilístico, en muchos casos, lo prudente no es frenar, sino acelerar».

El Tribunal Constitucional ha dejado claro, incluso en esta sentencia, rectamente leída, pero también en otras muchas, que las disposiciones anteriores a la Constitución que se opongan a ella, han quedado *ipso iure* derogadas, en virtud de la disposición derogatoria del cuerpo fundamental.

Los autores no pueden ignorar tal doctrina constitucional.

El revisor de la obra afirma que MARTÍN BALLESTEROS, con su conocida construcción jurídica sobre la casa aragonesa, con un valor traspersonal que se eleva por encima de los derechos y obligaciones de las personas que la integran, se inspira en ideas y concepciones muy modernas y nuevas acerca de la institución jurídica. Yo creo que en 1983 la teoría de la institución ni es nueva ni es compatible con la Constitución.

En el régimen económico matrimonial catalán, el autor cita las opiniones de PUIG FERRIOL y ENCARNA ROCA en varios puntos. Afirman que la asociación a compras y mejoras y el pacto de «convinença» del Valle de Arán, son unas embrionarias manifestaciones catalanas del ... régimen de participación en las ganancias o de comunidad diferida de bienes. Desvinculan, además, el *excreix* o *esponsalicio del pretium virginitatis* o

Morgengabe, al afirmar que es criticable la referencia del artículo 44 de la Compilación a «las condiciones personales de la esposa».

Es de lamentar que la obra no distinga las peculiaridades de Ibiza y Formentera de las de Mallorca y Menorca, en materia de regímenes económicos matrimoniales y no haya concedido la suficiente extensión a unas y otras.

Destaca el importante significado del artículo 91 del Fuero Nuevo de Navarra: «en todo lo no previsto por este capítulo se aplicará al régimen conyugal de conquistas, en cuanto no se oponga a éste, lo dispuesto en el Código Civil para el de gananciales». Entiendo que el artículo del Código Civil, aplicable como supletorio, es el establecido por la Ley 13/1981 y no el que estaba vigente antes de esta fecha.

GARCÍA CANTERO, conocido antidivorcista, ha revisado los párrafos CXXVI y CXXVI bis de la obra: Disolución, nulidad y separación matrimonial. Pienso que CASTÁN TOBEÑAS hubiera encomendado tal revisión a persona más próxima a su probado liberalismo.

Porque en su *Derecho civil*, segunda edición, tomo II, Madrid, Reus, 1932, páginas 361 y siguientes, expuso y comentó sin prejuicios la nueva legalidad del matrimonio que estableció la Ley de 2 de marzo de 1932.

El revisor de la obra no cita siquiera las conclusiones de la Conferencia de Viena de 1977 sobre el Derecho de familia. La convocó el Consejo de Europa y en ella representó a España, como observador, el profesor ESPÍN CÁNOVAS. Una de sus conclusiones afirmó: «Que la noción de divorcio quiebra, entendiéndose como tal el quebrantamiento irremediable del vínculo conyugal, independientemente de toda falta eventual de uno u otro cónyuge, sea admitida de la manera más apropiada en las legislaciones sobre divorcio». También silencia o no utiliza apenas las diversas redacciones del proyecto de Ley del Matrimonio y Divorcio en el Congreso y del Senado, ni las actas de las sesiones de ambos Cuerpos colegislativos. Sin embargo, reproduce, sin mencionar este extremo, los argumentos de las minorías parlamentarias que en 1980-1981 propusieron enmiendas al Proyecto, sin éxito alguno.

Es un lugar común muy criticable afirmar que el divorcio en España no tiene otro precedente que el regulado por la Ley de 2 de marzo de 1932. Ley ésta, por cierto, que no es extractada y comentada brevemente como merecía su importancia, ya que algunos preceptos procesales y el fundamental artículo 85 del Código Civil son copia, más o menos literal, de varios de los de aquella Ley.

Temo que el autor no haya leído con detenimiento las alusiones o trabajos de EDUARDO DE HINOJOSA, GARCÍA GONZÁLEZ, GACTO FERNÁNDEZ o de mí mismo, que hemos demostrado que hasta el siglo XIII, en España, existieron formas divorcistas, no judiciales, por supuesto, que se oponían a la indisolubilidad matrimonial canónica. Me remito al apéndice de mi trabajo, publicado en esta Revista en enero-febrero de 1983.

Publicaré en breve otro trabajo sobre la materia en mi conferencia arriba citada.

Es muy grave afirmar que «la disolución del matrimonio por divorcio» constituye un acto abusivo del Estado, a quien la Santa Sede no atribuyó tal facultad en el Acuerdo Jurídico de 3 de enero de 1979...». Me remito a mis *Estudios de Derecho de familia*, tomo I, páginas 386 y siguientes, y al debate parlamentario sobre «la Ley del Divorcio». Los diputados y sena-

dores, por aplastante mayoría, desestimaron las enmiendas del señor Díaz Pinós y de Coalición Democrática en tal sentido.

Es inaceptable la afirmación de que la regulación del divorcio es inconstitucional. Debió transcribir la obra los pertinentes artículos de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional que demuestran que en 1983 ni se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra el divorcio ni es posible hacerlo ya.

Hablar de repudio para tachar algunas formas de divorcio es un lugar común que los antidivorcistas repiten sin razón, en España, copiando de Francia. El divorcio judicial moderno, aun el más laxo, es estructuralmente distinto y de efectos prácticos muy dispares al repudio romano.

Resulta lamentable leer que «la vigente Ley de Divorcio bien puede calificarse de ... utópica por haber pretendido establecer un divorcio indoloro para los sujetos afectados» (!!). ¿Pero es que para que haya divorcio es preciso que haya dolor, vergüenza, humillación? Como dijo en un momento desafortunado, el por otros motivos excelente CARBONNIER, «¿es terapéutico procurar el aliviadero de un proceso agonístico a la agresividad, incluso al odio violento entre cónyuges», lo que a su juicio es un mérito del divorcio por falta? (11).

Son también inconsistentes las reticencias que experimenta GARCÍA CANTERO hacia el procedimiento de divorcio previsto en la Disposición Adicional 6.ª «Cabe dudar que tal proceso sumarísimo ofrezca garantías al cónyuge que se oponga seriamente a la ruptura legal del vínculo.» Pero no hay que olvidar que el cónyuge que demanda conjuntamente con el otro cónyuge el divorcio, no se opone, por definición, a la ruptura legal del vínculo.

Merece análisis la afirmación del revisor de la obra de que «las causas de divorcio» no admiten la analogía ni la interpretación extensiva». Creo que tales causas no encajan en ninguno de los supuestos que prevé al efecto el artículo 4.º, párrafo 2.º, del Código Civil.

Es objetable la afirmación de que «el ordenamiento español no reconoce los divorcios que puedan otorgar determinadas confesiones religiosas». Porque el reconocimiento dependerá del contenido del acuerdo a que llegue el Estado con dichas confesiones «en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste» —art. 59 del Código Civil—. No olvidemos que el artículo 80 del Código Civil reconoce una disolución del matrimonio celebrado en forma canónica: el procedimiento de dispensa del matrimonio rato no consumado. Los artículos 14 y 16 de la Constitución juegan, por lo tanto, contra la opinión de GARCÍA CANTERO.

Decir que la Ley no es técnicamente correcta al declarar disueltos los matrimonios canónicos, es, subrepticamente, romper una lanza por una imposible por inconstitucional indisolubilidad del vínculo creado por la forma matrimonial canónica.

El autor pretende que sea automática la homologación de la sentencia canónica de nulidad de un matrimonio celebrado en esta forma, cuando la oposición de una de las partes no haya sido «fundada». No dice tal cosa la Disposición adicional segunda: la oposición, sea cual fuere su motivo, debe ser causa de no homologación de la decisión eclesiástica.

Es correcta la afirmación del revisor al decir que «la reforma... no

ha eliminado la figura de la reconciliación..., la cual encubre en sí un indudable propósito de política jurídica de reanudar la convivencia».

No parece de recibo, por inconstitucional, ni es practicable, el deseo del autor: «En ausencia de una jurisprudencia civil —en materia de separación—, parecería prudente que estos Tribunales se inspiren en las decisiones de los Tribunales eclesiásticos, con experiencia secular en la materia.»

Es absolutamente rechazable la opinión del autor: «la negativa a prestar lo que la doctrina canonista llama débito conyugal sin justificación de ningún género... es violación del más característico deber conyugal» (!!). Imponer tal débito conyugal canónico a cualesquiera cónyuges, significa violar su libertad personal —art. 1.º— y su libertad religiosa —arts. 14 y 16—, reconocidas en la Constitución.

El propio CASTÁN TOBEÑAS, en la primitiva redacción de su obra, aún conservada en las páginas 243-244 de esta edición que ahora comento, afirmó que «la obligatoriedad del débito conyugal no puede estar sujeta a sanciones civiles y sólo a las censuras del tipo moral y religioso».

El autor impone limitaciones a la causa cuarta de separación: «el alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales». Se debe recordar que fueron rechazadas expresamente en los debates parlamentarios. No parece que la opinión de la doctrina deba influir en las futuras decisiones judiciales en contra del criterio adverso de los representantes del pueblo. Los trabajos legislativos están para algo.

El autor considera que el segundo párrafo de la causa quinta del artículo 82 del Código Civil es una norma absolutamente rechazable, porque permite que la *desertio* del hogar se convierta en separación legal en corto plazo. Aparte de la implicación disciplinaria peyorativa que tiene la palabra *desertio* —el hogar conyugal no es un cuartel—, deben recordarse las discusiones parlamentarias, en las que se trasluce que el precepto fue ponderado muy cuidadosamente. Y ha merecido la crítica favorable del profesor ESPÍN.

Es objetable admitir la que yo he llamado en mis *Estudios* excusa absolutoria de la infidelidad —párrafo 2.º de la causa segunda del artículo 82 del Código Civil—y afirmar que «ello significa únicamente la no producción de uno de sus efectos, pero no la suspensión ni menos la extinción de tal deber».

Me remito en este punto a lo que dije en mis *Estudios*, tomo II, volumen I, páginas 16 y siguientes y 81 y siguientes.

Es asimismo objetable la afirmación del autor al establecer una grave limitación a los acuerdos de los cónyuges para determinar los efectos definitivos de la nulidad, separación o divorcio. Como el artículo 1.814 del Código Civil prohíbe la transacción en las cuestiones matrimoniales, si aparece —dice— que uno de los cónyuges ha recibido una compensación patrimonial para no oponerse o consentir a una separación, nulidad o divorcio, tal acuerdo sería radicalmente nulo.

Pienso que el precepto debe ser interpretado sistemáticamente de acuerdo con los nuevos preceptos de la reforma que a buen seguro harán cambiar su primitivo significado.

No tiene base firme la opinión del autor, al analizar la pensión prevista en el artículo 97 del Código Civil, cuando afirma que «no parece impro-

bable que se pondere la culpabilidad o imprudencia que el cónyuge perceptor haya podido tener en la separación o el divorcio, aunque ello parezca ir contra el espíritu de la Ley, pero no del artículo 98.

Porque, por el contrario, la ponencia de la Comisión de Justicia del Senado eliminó el inciso «los hechos que hubieran determinado la separación o el divorcio» de la causa primera del artículo 97, que obviamente aludía a la culpabilidad de uno de los cónyuges en la separación o el divorcio.

Es aceptable la interpretación que el autor da de la regulación de esta pensión compensatoria por separación o divorcio, así como el juicio descalificador de la prevista por el artículo 98 para la nulidad del matrimonio. Lo que no lo es es la vigorosa afirmación del autor, casi de pasada, de que «la minuciosa reglamentación de este capítulo IX no veda el ejercicio de otras acciones indemnizatorias con base en las reglas generales».

Apuesto a que los Tribunales no estimarán la demanda fundada en los supuestos daños patrimoniales que originan tales sentencias e incluso daños morales, a los que alude el autor en otra parte de su revisión.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

Comentario a dos manuales argentinos de Derecho de familia.

Publicar un manual en Argentina es una labor meritoria. Falta una universidad investigadora, con una tradición de claustros doctorales. Por otra parte, tampoco el manual universitario se concibe como el resultado de una vida investigadora, y algunos autores de manuales no suelen tener, para avalar su trabajo, un previo *curriculum* investigador de monografías y artículos. Además, el autor del manual tiene que compatibilizar su actividad con la de despacho, judicial o política, pues en la Universidad no existe la dedicación exclusiva a la labor docente.

En estas condiciones y dado la poca tirada de los manuales —es decir, que no se publica por dinero—, el escribir un manual es una proeza heroica. Vaya, pues, por delante, mi admiración hacia las meritorias obras que voy a comentar.

Entre los manuales de Derecho de familia hispanoamericanos, uno de los más notables es el de AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO, editado por Ediciones Depalma en Buenos Aires. El presente comentario se refiere exclusivamente al tomo I (*Parte General y Matrimonio*), 1974.

El libro de BELLUSCIO lleva impresa su tirada (2.000 ejemplares) —ningún autor español reconocería que tira menos que el vecino— y cada ejemplar tiene un número concreto. Se evidencia una desconfianza entre autor y editor, que tiene que resultar poco provechosa para la vida universitaria.

El doctor BELLUSCIO es, sin duda, un hombre brillante, que sabe exponer y presentar bien sus ideas. El libro es de bonita redacción y de lectura fácil. El libro, además, es interesante y está escrito con rigor y coherencia. Yo, sin embargo, discrepo profundamente de su concepción del matrimo-

nio, de la familia, de lo que es la asignatura y de cómo debe hacerse un manual. Por eso, las críticas que siguen a continuación no deben tomarse como una desconsideración hacia el autor o hacia su obra, sino, todo lo contrario, como la valoración más justa de su importancia.

I. *Cómo se ha escrito el manual.*—Empezaremos examinando la metodología de la obra. La carencia de una investigación argentina ha conducido a que el manual se haya escrito siguiendo de cerca los Tratados franceses de Derecho civil. Tratados y autores españoles e italianos se toman en cuenta con menos profusión (alemán prácticamente sólo se cita la traducción española de ENNECCERUS...). De los españoles tiene en cuenta especialmente a PUIG BRUTAU, y, en consentimiento matrimonial, a MANS PUIGARNAU. También se citan en ocasiones autores como LACRUZ, Díez PICAZO y BELTRÁN DE HEREDIA.

El manual, más que a la formación histórica, o a la dogmática (ideológica o jurídica) de las instituciones presta especial atención al Derecho comparado (con una cierta tendencia a la acumulación de datos más que a su elaboración). El autor es amante de las introducciones generales (por ejemplo, una introducción de la teoría del acto jurídico familiar) de las clasificaciones apriorísticas, y, en ocasiones, terminologiza en exceso. El manual sufre de la especialización de su autor y por eso, por ejemplo, las páginas de más dudosa calidad son las de carácter patrimonial (como al tratar de la obligación natural, la teoría de la causa y los vicios del consentimiento). A mi juicio, el manual resulta en ocasiones algo farragoso por incluir en el texto principal las opiniones de todos los autores argentinos que han escrito sobre un tema (yo entiendo que en el texto deben ir las opiniones o discusiones sustantivas utilizando la nota marginal en los demás casos).

Pero el defecto capital es, a mi juicio, su defectuosa formación en Derecho canónico, que, sin embargo, utiliza con profusión. Siempre que surge algún tema canónico —que son muchas—, toma en consideración casi exclusivamente a ESMEIN, que no es una autoridad en el Derecho canónico.

II. *La familia.*—El libro se abre con una extensa y completa teoría general sobre la familia. Su concepción de la familia no está ligada al matrimonio y no se delimita la naturaleza y concepto de la familia.

Para BELLUSCIO, la familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún tipo de vínculo de orden familiar (pág. 3). Con lo que lo definido entra en la definición. La familia la crea, según BELLUSCIO, el orden jurídico. No es una concreción de algo anterior previo, sino simplemente el resultado de la voluntad de la ley. Sin embargo —según el autor—, «cada individuo es el centro de una familia diferente, según la persona a la que se refiera». Estas dos afirmaciones enmarcan lo que, a mi juicio, es el planteamiento básico del pensamiento de BELLUSCIO: un individualismo de origen —la familia se basa en la voluntad: acto familiar— y un estatismo panteísta de resultado —la familia sólo existe en cuanto que la ley lo dice y como la ley lo dice—. Al desligar la familia del orden ético y del matrimonio, el doctor BELLUSCIO se encuentra en la necesaria contradicción de tener que encontrar la familia en la ley y en el Estado. En definitiva, admite la supremacía del Estado, y sostiene un relativismo dogmático-legalista sobre qué es la familia.

Por eso, para BELLUSCIO, el origen de la familia, «abordado especialmente por los sociólogos del siglo XIX, no ha podido ser aclarado y quizás

no lo sea nunca» (tras una extensa exposición de teorías sobre la promiscuidad originaria y el celo suexual). Yo, por ejemplo, haría justamente una afirmación simple, pero contraria: es conocido desde hace tiempo que el matrimonio es el origen de la familia. Para BELLUSCIO, el Derecho de familia es el conjunto de las normas jurídicas que regulan las relaciones familiares; y, me pregunto yo, ¿de dónde sacan las normas jurídicas la sustancia para poder definir que son las relaciones familiares? Para BELLUSCIO la configuración de la familia, es un problema de política legislativa aunque reformada por influencia de las ideas morales y religiosas. A mí, configurar la familia como parte de la política me recuerda el dicho de JARDIEL PONCELA: «La política es tan mala que a la suegra se le llama mamá política.» BELLUSCIO expone el estado de familia antes que el matrimonio. La familia es un «atributo de la personalidad» (pág. 46). La conclusión lógica (que no afirma BELLUSCIO) es que si la familia es un atributo de la personalidad, no existe la familia como ser en sí sino sólo la persona.

Referente al *título de estado de familia* encontramos uno de los pocos errores de la cuidada obra de BELLUSCIO. BELLUSCIO, en polémica con BORDA, afirma (pág. 72) que todos los instrumentos públicos sirven de título de Estado. Con lo que, a mi juicio, desconoce la triple perspectiva de título de estado: título constitutivo estado (v. gr., el matrimonio), título de legitimación de estado (la inscripción en el Registro: prueba única en el tráfico y privilegiada en el proceso) y título de prueba del estado (la posesión de estado o principio de prueba por escrito, sólo utilizable a falta de inscripción o cuando se suscite contienda judicial sobre el estado civil). Desde la perspectiva de BELLUSCIO, no tiene sentido ni las extensas páginas que dedica a las acciones de Estado (77/117), ni el proceso del Estado de familia (119/155).

III. *El matrimonio*.—El doctor BELLUSCIO expone la teoría sobre los esponsales y el matrimonio póstumo antes de la teoría general del matrimonio. Las páginas que dedica a esponsales son quizás las más interesantes del libro. A mi juicio, sin embargo, la falta de una concepción coherente del consentimiento matrimonial, le impide distinguir claramente entre esponsales y matrimonio. BELLUSCIO no llega a distinguir entre esponsales y matrimonio por el carácter público de la forma matrimonial (pues entonces habría que llegar a la conclusión que la sustancia del matrimonio está en la forma y no en el consentimiento).

En el libro del doctor BELLUSCIO se tardan 283 páginas en llegar al matrimonio. El autor, como hemos dicho, no se preocupa en coordinar familia y matrimonio. Pero ¿qué es el matrimonio? Para BELLUSCIO, el esfuerzo por definir el matrimonio es un esfuerzo vano (pág. 287); además, los fines del matrimonio son irrelevantes (pág. 289). Para BELLUSCIO el matrimonio es una institución sin fines que no se puede definir. Lógico: si la familia —según BELLUSCIO— es lo que dice la ley, y sólo existe desde la perspectiva de la persona, el matrimonio sólo es lo que dice la ley siempre desde la perspectiva de la persona. Como el concepto del matrimonio es la clave para distinguir entre sociedad y Estado, el doctor BELLUSCIO los confunde: en la página 176 leemos que «en los actos jurídicos familiares se acentúa el formalismo en razón de la transcendencia que estos actos tienen para la sociedad». ¿Para la sociedad o para el Estado? ¿Existe la sociedad «fuera de la ley»? ¿También la sociedad y la transcendencia es lo que la ley dice que es?

BELLUSCIO comparte plenamente la idea de que, en la regulación del *sistema matrimonial*, debe existir un único matrimonio civil obligatorio y debe tratarse como delito al sacerdote o religioso que acceda asistir a un matrimonio religioso si los cónyuges no han contraído antes matrimonio civil. Yo también aquí discrepo con el doctor BELLUSCIO; en mi opinión, yo tengo derecho a arrejuntarme, liarme la manta con una señora, etcétera...; esto no quita a que yo, por mis creencias —que el Estado dice que me respeta y yo no tengo por qué declararlas—, presente a mi perjudicada, amada, concubina, plan, etc..., al párroco y dos testigos para que sea mi mujer (según el Derecho de la Iglesia, que por cierto es el único que me importa), claro, como el matrimonio es un medio para pagar más impuestos y se tiende a garantizar la igualdad de todos los hijos..., ¿por qué van a ser de mejor condición los ateos que pueden liarse con su señora, sin que el Estado les moleste, que los católicos, a los que se obliga a civilizar una creencia religiosa? Yo me lío con mi señora (eso sí, muy canónicamente). Si el matrimonio se basa en el consentimiento matrimonial, yo otorgo consentimiento sólo al matrimonio canónico... no al matrimonio civil. ¿Algo que objetar?

Y entramos con esto al examen y comentario del tratamiento que BELLUSCIO da al *consentimiento matrimonial*. La falta de un concepto de matrimonio y de familia muestra su contradicción en la teoría del consentimiento matrimonial. Cuando se sustantivizan unos fines —como en el matrimonio canónico— se sabe que es el matrimonio y para que prestan los cónyuges el consentimiento matrimonial. Si BELLUSCIO admite no poder definir qué es el matrimonio, ¿cómo puede definir qué es el consentimiento matrimonial? Sin fines sustantivos, el formalismo (y particularmente la inscripción registral) quedan como únicos fundamentos del matrimonio. La esencia del matrimonio no está en el consentimiento matrimonial, sino en la forma. El matrimonio se nos aparece como una institución impuesta por la ley. Al fin y al cabo si llevamos a las últimas consecuencias el pensamiento de BELLUSCIO no existe el matrimonio, sino cada uno de los cónyuges (el matrimonio debe ser un atributo de la personalidad de cada uno) y el matrimonio es lo que la ley dice que es. Por eso, y coherentemente, para BELLUSCIO, el consentimiento prestado en estado de necesidad es válido (las causas de nulidad tienen que estar previstas en la ley: la nulidad no lo es por defecto de consentimiento, sino por determinación legal). Es válido el matrimonio prestado con reserva mental, y la simulación no tiene eficacia jurídica. Lógicamente si el matrimonio no tiene fines no puede existir un consentimiento simulado, pues el consentimiento lo es *a priori* y solamente sobre la observancia de una forma. Se consiente sobre una forma y no sobre una finalidad.

La falta de una concepción coherente sobre el matrimonio hace que se resienta la teoría de *los vicios del consentimiento*. Por ejemplo, la diferente naturaleza del error y del dolo en el matrimonio canónico y en el civil se debe a que en el matrimonio canónico se parte de la esencia y finalidad del acto, mientras que en el civil se parte de la representación de la parte. Por eso, la exposición de BELLUSCIO sobre el error sustancial es una especie de definición de matrimonio fuera de contexto. Por ejemplo, tiene trascendencia para irritar el matrimonio la esterilidad autoprovocada, la ocultación de sífilis, de embarazo por tercero, de engaño sobre las cualidades morales o civiles de carácter grave (¿?), no celebrar con

posterioridad matrimonio religioso, etc...; sin embargo, no tiene trascendencia la ocultación de la condición sacerdotal, o la condición de virgen de la mujer. ¿Por qué? Se hace una llamada a lo razonable como supremo fundamento del Derecho. Esta «razonable» exposición de BELLUSCIO está en contradicción con la naturaleza subjetiva del error en el contrato civil. Por ejemplo, partiendo del supuesto más plástico, BELLUSCIO no admite el error sobre la virginidad de la esposa; sin embargo, si yo me caso porque es virgen (representación subjetiva determinante), el error es sustancial según la teoría patrimonial del consentimiento. La sustantividad o accidentalidad del error no está en la ley sino en mí; la distinción entre lo accidental y lo sustancial es relativa. Lo que BELLUSCIO llama «lo razonable» es, en realidad, una trasposición vestida de subjetivismo (error en el consentimiento) de la razón objetiva del matrimonio. El error no es error porque lo padece la parte (como quiere presentarse), sino que es error porque existe una razón sustantiva objetiva del matrimonio (que BELLUSCIO tiene que inventar ante la negación de una razón ética objetiva).

Quiero terminar estas líneas reiterando mi aprecio y estima a la obra del profesor BELLUSCIO. Mis críticas no son diferentes de las que haría de algunos prestigiosos manuales europeos y españoles (con la diferencia de poderlas hacer sólo al doctor BELLUSCIO, por tener un océano por medio). El libro de BELLUSCIO puede figurar dignamente en la más selecta biblioteca. Además, nos enseña la línea evolutiva de los Derechos hispano-americanos que los españoles lamentablemente descuidamos. Es una coherente concepción sociologista y legalista de la familia y del matrimonio (que es también la predominante en España). En mi opinión, el libro es razonablemente bueno, aunque para un sociologista será objetivamente extraordinario.

GUILLERMO A. BORDA es también autor argentino de un manual de Derecho de familia (en un tomo) y de un tratado de Derecho civil (que dedica al Derecho de familia dos tomos). El manual y el tratado no se distinguen esencialmente, y por eso se pueden comentar a la vez. Es el único tratadista argentino actual que ha publicado una exposición completa del Derecho civil.

La obra del doctor BORDA llama la atención por su buena encuadración, tipografía y calidad del papel. Sin embargo, no publica la fecha de edición de los libros, lo que representa una cierta desconsideración hacia el lector. Los libros del profesor BORDA son claros, sencillos, descriptivos y con poca problematización interna. Son fundamentalmente exegeticos de la ley y, en algunos casos, desde una perspectiva excesivamente literaria. Sólo circunstancialmente hace referencia a la historia, la dogmática, el Derecho comparado o las opiniones doctrinales. En el manual se prescinde completamente del aparato doctrinal, y en el tratado, aunque se recogen y exponen obras doctrinales (fundamentalmente las argentinas), el aparato doctrinal no llega a problematizar el texto.

La obra del doctor BORDA, tras unas páginas introductorias sobre la familia, expone, rápidamente, el estado de familia para pasar a centrarse en la teoría del matrimonio. En ella, presta, sobre todo en las páginas iniciales, una cierta atención a la doctrina católica.

La teoría del consentimiento matrimonial es el punto más endeble del tratado y del manual. El doctor BORDA hace una teoría del consentimiento matrimonial excesivamente poética y aun relativamente romántica. Su con-

cepción del consentimiento matrimonial se puede resumir diciendo —si la he entendido bien—: como los enamorados lo ven todo de color de rosa (pág. 101 del tratado), no prestan un auténtico consentimiento libre, por eso sólo se admite el error en la identidad de la persona porque los demás errores son muy comunes. Esto me recuerda —y perdóneseme el tono de chascarrillo— la historia de dos amigos que se casaron con dos hermanas; algunos años después, en una noche de confidencias, con algunas copas de más, un amigo comentaba al otro: «si volviese otra vez al principio me casaría con tu mujer»; el otro amigo, apodado «el filósofo», le contestó: «te volverías a equivocar». A mi juicio, el error tiene que ser puesto en relación con los fines del matrimonio; el consentimiento se presta no sólo sobre la identidad de la persona, y sobre la aceptación de una forma pública, sino también sobre los fines del matrimonio. Por eso no deja de ser romanticismo jurídico la afirmación de BORDA de que «el hombre y la mujer que llevados de su amor han desafiado todos los riesgos, han aceptado todas las posibilidades, no pueden pretender más tarde la anulación del matrimonio» (pág. 64 del manual).

Tampoco puede afirmarse, creo yo, que el fundamento de la nulidad del matrimonio viciado por dolo es el hecho ilícito, porque entonces nos encontraríamos con una nulidad absoluta y radical, sin necesidad de declaración judicial. Planteamiento que, evidentemente, no es aplicable al matrimonio.

La obra del profesor BORDA es, en conclusión, una obra sencilla y bien escrita, de carácter fundamentalmente exegético, que ha de ser muy pedagógica para los estudiantes y de fácil consulta para el profesional. Se sacrifica la profundidad en favor de la claridad.

JOSÉ A. ALVAREZ CAFEROCHIPÍ

CORAPI, DIEGO: *Problemi relativiti al diritto delle società*. Estudio obrante en el volumen dedicado a «L'influenza del Diritto Europeo sul Diritto Italiano». Milano, Giuffrè, 1982.

El *ingenium curiosum*, el afán por las novedades, del Instituto de Derecho Comparado, con sede en la Abadía de Fiesole, en las proximidades de Florencia, es indudablemente el motor de su actividad, casi increíble. A los pocos años de su existencia nos ofrece otro volumen, el XXIII de su colección, comprendiendo las aportaciones a la VI Convención de la Asociación de Derecho Comparado de Italia.

El tema general no sólo es atractivo, sino útil. En una introducción de tal maestría, CAPELLETTI y PIZZORUSSO señalan la importancia de los centros periféricos de información, de *monitoring*, en orden a la elaboración de un Derecho supranacional que contrasten el operar concreto, la influencia en la realidad de la vida de tales normas que en muchas ocasiones, como agua de lluvia, desaparecen sin rastro en las secas arenas de las negociaciones entre gobiernos.

La aportación italiana está compuesta por trabajos de gran calidad y firmas de sólido prestigio. Se subdivide en varias secciones y en la primera

de ellas, bajo el enunciado «Derecho Constitucional», se agrupan los estudios referentes a fuentes del derecho y libertades fundamentales que suscriben nombres como PIZZETTI, SORRENTINO y con análisis de la influencia y relaciones del Derecho comunitario con los regionales italianos, los de D'ATENA y NACCI, materia candente y preocupante en la actualidad hispana. La relativa al Derecho civil está dedicada a los temas de adopción, tutela del consumidor y sede jurídica de personas, con las firmas de CATTANEO, ALPA-BESONE y TEDESCHI. Otras se refieren al Derecho Internacional Privado al Penal y a los Procesales, civil y penal, y la de Derecho comercial contiene trabajos de PIRAS sobre Derecho bancario, MAZZONI sobre seguros, GHIDINI y CAVANI sobre propiedad industrial, GALLESIO-PIUMA en relación con quiebras y otros procedimientos concursales y un interesantísimo estudio de MAISANO sobre armonización del régimen fiscal en las Sociedades de la Comunidad Europea. Además, el enunciado de CORAPI, al que dedicaremos una especial atención, no sólo por concretarse a materias propias de muchos de los profesionales que siguen esta revista, sino por las importantes secuelas que del mismo pueden dimanar.

Este estudio, como todos los del volumen, es de índole práctica; quedan a un lado los teóricos con sus críticas y divagaciones, su flotante magisterio. Con voz suave y apacible se comentan los efectos del que se califica como uno de los fenómenos más grandiosos producidos a partir de la última guerra: la afirmación, con bases profundas y un notable desarrollo, de la nueva ordenación jurídica supranacional con extensas raíces culturales y políticas manifestada principalmente a través de las actividades de la Comunidad Económica Europea, el Consejo de Europa y aún, con su jurisprudencia, la Corte y Comisión de Derechos del Hombre. No sólo se han producido directrices, normativa, sino abundante literatura y, sobre todo, se ha aprendido a leer la norma con sentido integrador, determinado su alcance, su medida, sus efectos. Ciertamente que actualmente, con la ampliación de la Comunidad, y en especial los problemas causados por el ingreso de Gran Bretaña (y aun Irlanda y Dinamarca) y la profunda crisis económica, se han producido un «ralentí» y hasta una revisión de instituciones, que se hallan en algún caso en trance de reestructuración o autorevisión, pero la bola de nieve ha pasado ya a ser alud y las consecuencias históricas.

El Tratado de Roma, dice CORAPI, establece como directriz de la Comunidad la libre circulación de personas, servicios y capitales. La aplicación del principio más que a estos últimos se ha enfocado a los primeros. Y en relación con las personas jurídicas de tipo social se ha concretado en la libertad de establecimiento, de traslado de domicilio, de reconocimiento de todos los tipos sociales de los diversos países y aún la posibilidad de fusionarse entidades de distintos Estados.

La práctica se ha diversificado. Por una parte, se ha tenido en cuenta el establecimiento de una sociedad supranacional en el proyecto de la llamada «Societas Anonima Europaeae» y en los «Groupements d'Intérêt Economique», consorcios de empresas de nivel europeo. La semejanza se encuentra en la «Canada Corporations Act» de 1970, que, respetando la legislación de sociedades de las respectivas provincias, ha establecido normas para sociedades de tipo federal. Algo más distante es el modelo U.S.A., donde se está desarrollando una considerable actividad uniformadora de carácter comercial.

Por otra, se ha tratado de armonizar las disciplinas de los diversos Estados en la materia elaborándose una sustanciosa cadena de Directivas y proyectos de ellas que CORAPI analiza con detalle. La primera, del máximo interés, está fechada en 1968 y se refiere a los límites del poder representativo de los órganos sociales y los efectos para la sociedad y terceros de los actos ejecutados por los mismos; a la invalidez del acto fundacional y a la publicidad de los actos sociales. La segunda, de 1976, se refirió a la fundación de anónimas y la integridad y alteración de su capital; la tercera, de 1978, a las fusiones; la cuarta, del propio año, a contabilidad y balances, y los proyectos y estudios versan sobre estructuras societarias y sus órganos, balance de grupos de sociedades, calidades de los auditores o censores de la contabilidad social; grupos de sociedades, requisitos para admisión de valores en las Bolsas, presencia del personal de la empresa en determinados órganos sociales, materias bancarias y disolución-liquidación de entidades.

El complejo de la obra comunitaria a lo largo de veinte años se halla completado con Convenios y Reglamentos. Nos hallamos ante una labor de parcelación, *salami tactics*, de considerable importancia, inspirada fundamentalmente en la disciplina y experiencia germanas, sumamente completas. Se trata de conseguir una sustancial identidad de la *law in action*, sin abandonar institutos y peculiaridades locales. El resultado es todavía una obra abierta, incompleta, *work in progress*, campo fascinante para los comparatistas a los que invita a creaciones, interpretaciones o aplicaciones y al empleo de las técnicas más fantasiosas o sofisticadas.

Entre los convenios aludidos figura el de Bruselas, relativo al reconocimiento de los tipos sociales de los Estados signatarios, en el que se da al concepto sociedad una delimitación muy amplia, independiente de su reconocimiento formal como persona jurídica, cabiendo en ella casi todo organismo de finalidad económica, convenio que en lo relativo a la sede de las sociedades ha sido objeto de reservas por algunos de los Estados firmantes. De los Reglamentos el más destacado es el que contiene los Estatutos de la Sociedad Europea, sumamente completos, inspirados en el modelo alemán, con una notable disposición supletoria: la insuficiencia normativa será suplida con el espíritu dimanante de las reglas y principios comunes de los Estados-miembros.

Resalta CORAPI que aunque al redactar su estudio sólo había sido objeto de aplicación concreta, en el Derecho italiano, la Primera Directiva, no obstante las discusiones y estudios suscitados por las proposiciones comunitarias habían sido muy abundantes y mostraban no sólo el considerable interés de la producción comunitaria, sino la vitalidad casi increíble del proceso de constante renovación del Derecho comercial, que debe adaptar fácilmente su configuración a las estructuras económicas que se alteran sin cesar con independencia de normas y doctrinas.

La aplicación de la Primera Directiva se realizó en Italia el año siguiente de su aparición y en 1969 se modificó el Código Civil, insertando en él literalmente las directrices formuladas. La operación hubiera requerido mayor delicadeza para evitar lo que se conoce por «rechazo», y al efectuarse en forma tan simple se han producido desarmonías, incongruencias y hasta confusiones. No obstante, las consecuencias han sido importantísimas. Al imponer que el poder de representación de los órganos adecuados no puede dimanar de los asientos registrales, sino del objeto social, y que

todos los actos realizados por los administradores sociales se presume corresponden al propio objeto y por ello su actividad no puede ser limitada, y de serlo sólo producirá efectos internos. La Asamblea podrá exigir responsabilidades por actuaciones exorbitadas, pero los terceros no podrán ser perjudicados por ello ni aun en caso de cesiones a título gratuito, que abarcan desde un pitillo o una copa de vino a un diamante o un inmueble y que pueden corresponder a una esfera nebulosa que puede hallarse encaminada a la creación de una *charme* vaporosa o a encubrir una comisión o un soborno.

Problema conexo es el de si el Registro Mercantil, órgano clásico de publicidad, debe detallar prolijamente, como se efectúa en España, el proceso de formación de los acuerdos sociales: quóruns, asistencias, votaciones, o su publicidad previa o complementaria. JOSÉ LUIS ALVAREZ, ilustre Notario madrileño, escribió ya un precioso trabajo que se mantiene inédito y al mismo tema nos referimos en comentario a una obra de ABBADESSA, aparecido en esta misma Revista en 1976. Realmente a los terceros no les interesan estos extremos, materia interna de la sociedad cuyas irregularidades procesales serán objeto de discusión entre accionistas y administradores. Al tercero le basta que consten fehacientemente las personas facultadas para certificar: las falsedades o incapacidades para nada le preocupan.

Todo ello está íntimamente relacionado con la naturaleza y funciones del Registro Mercantil, que no es estática, sino que debe ir acoplándose a las necesidades para que fue creado. Por ello, considerarlo como mera institución destinada a publicidad de situaciones jurídicas no pasa de ser una perspectiva fragmentaria. El exceso de juridicidad incluso produce unos Registradores tipo *watchdog* o *bloodhound*, revisores o controladores de las actuaciones de otros funcionarios, en especial Notarios, a cuyo prestigio indirectamente contribuyen.

Como ha escrito BROSETA en su *Derecho Mercantil*, apoyándolo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1909, totalmente opuesta a una recentísima Resolución de nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado, la publicidad debe alcanzar cualesquiera circunstancias relevantes para la explotación de la actividad empresarial: todo lo que pueda interesar a los terceros, dotando de seguridad al tráfico mercantil y no sólo en su aspecto jurídico. Los ejemplos de otras naciones son anonadantes. Las reorganizaciones de los Registros de Italia y Holanda casi prescinden del aparato jurídico. En Inglaterra se efectúa una importante publicidad a través del Registro, el «Board of Trade», y comunicaciones en el domicilio social y de los socios en la que nada escapa: balances, sueldos y detalles de los directivos, número del personal, cualquier cambio en los capitales fijos, contratos con directores o alto personal que se relacionen directa o indirectamente con la sociedad, aparte las emisiones de títulos representativos de préstamos, incluso aquéllos que no suponen derecho de preferencia alguno, como ocurre en algunos supuestos de emisiones de obligaciones en España.

Como decía HERVÉ CORVEST en su tesis sobre los registros mercantiles alemán, francés y español, que comentamos en el *Boletín del Colegio de Registradores* en 1976, aunque la reforma del Código de Comercio de 1973 pretendió dar nuevos cauces a la Institución registral española, éstos no han sabido aprovecharse. Se mantiene el mismo reglamento y los proyec-

tos que se elaboran para su sustitución no son esperanzadores. Se confirma la misma parcelación arcaica y aún se amplía, como otros aspectos de la vida social española, creando minifundios que podrían ser calificados de grotescas bufonadas si en su fondo no yaciera una inmensa tragedia; no se capta la importancia de la publicidad económica básica en el régimen de libre empresa, la *true and fair view*, que ha de permitir a los terceros ser el hombre prevenido que vale por dos, *forewarned is forearmed*. Y ni siquiera la literatura sobre estos temas, con algunas excepciones, alcanza el volumen observable en otras naciones.

En dichas notas relativas a la tesis de CORVEST facilitamos amplias referencias de estudios franceses, germanos y hasta de los intentos de un Registro para la C.E.E. En una recensión relativa al *Tratatto* dirigido por GALGANO a las aportaciones italianas; últimamente en la propia Revista reseñamos las últimas alteraciones italianas y holandesas de amplio espectro y en las que, como en Inglaterra, lo jurídico queda en segundo término, todo lo más. Como más reciente hay que señalar el Convenio sobre «L'Informazione Societaria», celebrado en Venecia en 1981, con numerosísimos trabajos, entre los que anotamos los de VERDERA, BOCCHINI, LANDI y GUIGLIEMUCCI, que, indirectamente, se relacionan con la materia que nos ocupa. Han sido publicados por Giuffré en 1982.

Es de esperar una amplia rectificación de posiciones en España. No es la Institución lo que está en juego; es el mismo tráfico mercantil, cuyas arterias se anquilosan, fosilizan o simplemente desaparecen y no sólo por las causas indicadas. Se narra que cuando los mongoles exterminaron a los técnicos que cuidaban los complejos canales de riego de la desembocadura del Tigris y el Eufrates fue cuando el desierto extendió la inmensidad de su manto. Milenios de esfuerzos pasaron a ser «lo que el viento se llevó».

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

MANGAS NAVAS, JOSÉ MANUEL: *El régimen comunal agrario de los Concejos de Castilla*. Servicio de Publicaciones Agrarias del Ministerio de Agricultura. Madrid, 1981. Un tomo de 318 páginas.

No hace mucho comentábamos en estas páginas una documentada tesis doctoral sobre parecido tema al de ahora. Nos referimos a «Aprovechamiento en común de pastos y leñas», escrita por un jurista y que contemplaba la normativa, tanto histórica como actual, de esta importante faceta de la vida rural española, cuyo autor se llama MANUEL CUADRADO IGLESIAS. El libro que hoy nos ocupa tiene, respecto al anterior, una nota común: son dos estupendos estudios. Y dos particularidades: está hecho por un no jurista, pues es profesional agrónomo, y es de tinte histórico, pues sólo se ciñe al pasado.

En cuanto a la primera particularidad que hemos señalado, el hecho de que los ingenieros agrónomos sean con frecuencia grandes aficionados a la ciencia jurídica es bastante normal; del mismo modo que existen juristas agrarios, hay agrónomos juristas y bastante buenos. Se pueden citar

varios ingenieros que han creado estimables estudios en el campo del Derecho y ello es lógico puesto que conocen a fondo los problemas de la tierra, que es su medio diario de trabajo.

La faceta histórica la resalta el autor al decirnos que el régimen comunal agrario, que aún pervive en bastantes puntos de la geografía hispana, es, por supuesto, una herencia del pasado y su estudio se hará mejor partiendo de aquel pasado y situándose en él. Para ello pretende introducirse en la Historia con la idea de buscar el origen, evolución e importancia de este régimen comunal dentro del marco de los antiguos concejos castellanos. El estudio se concreta, en cuanto al tiempo, en la época de la Reconquista y después hasta rozar la Edad Moderna, y en cuanto al espacio, en la zona central de la Meseta Castellana.

Los *Concejos de Castilla* son objeto de la primera parte del libro, con los que se inicia el estudio, distinguiendo el factor territorial (oposición ciudad-campo) y el de la población (donde se distinguen la nobleza y el pueblo llano), para seguir con los órganos de gobierno de dichos concejos.

A compás de la Reconquista la vida municipal española se va construyendo y perfeccionando de norte a sur, y en las zonas central y meridional de la Península la ciudad progresa con rapidez subordinando al campo circundante, según puede claramente verse en varios fueros y cartas pueblas que el autor presenta. Esta idea coincide con las conveniencias militares de agrupar a los habitantes en pocos puntos estratégicos que facilitan la defensa del territorio. De esta manera la ciudad fortaleza se erige en dueña y señora de su comarca o «alfoz» y el concejo extiende su poder sobre todos los moradores esparcidos por las aldeas y caseríos comarcanos. En el siglo XIV este hecho de la unidad jurisdiccional de la ciudad y sus aldeas está generalmente aceptado y reconocido.

En principio se acepta la distribución eclesiástica de los habitantes en parroquias, que después se tradujo en la división civil por colaciones, con los nombres de cuartos, sexmos, ochavos, etc., y la población afinada dentro del recinto amurallado queda distribuida en paridad con los distritos eclesiásticos. Las aldeas, en cambio, por estar desvinculadas respecto a las parroquias de la capital, tienden de un modo gradual a obtener autonomía que paulatinamente desembocarían en un proceso emancipador respecto a la ciudad matriz.

Como factor poblacional intermedio entre la ciudad y el campo aparece el arrabal, que comprende la población que mora fuera, aunque en los alrededores, del recinto amurallado de cada villa o ciudad y que constituye un verdadero enclave demográfico en los concejos. Se trata, en efecto, de un hábitat humano de fisonomía rural, aunque tenga topografía urbana.

La población, en la época contemplada, se compone de nobleza y pueblo llano. En los fueros municipales se establece una diferencia sustancial entre el vecindario que compone el concejo, resultando las dos categorías sociales básicas de caballeros y pecheros. Son nobles caballeros los vecinos capaces de mantener un caballo en armas; ello les excusa de ciertas obligaciones, en especial de pagar impuestos, y la pérdida de su condición lleva consigo la desaparición de las prerrogativas anejas al título nobiliario. Todos los demás vecinos, que no pueden prestar a la milicia otro servicio que el peonaje, son el pueblo llano y han de soportar las cargas o tributos («pechos»), por lo que también se les califica de pecheros.

La exención de los impuestos a nobles y clérigos se extendió también

después a su servidumbre y allegados, con lo que la carga se hacía cada vez más insoportable para los pecheros sujetos. Si se piensa además que el poder municipal estaba controlado por los caballeros, los abusos aumentaron hasta dar lugar a que los vecinos comunes sintiesen la necesidad de la defensa; para ello se organizaron a fin de obtener mayor representación en los concejos y poder expresar sus quejas.

Así es cómo la colectividad pechera, pese a su subordinación económica y social, adquiere una acentuada conciencia estamental que pone de manifiesto, incluso en varias y sonadas revueltas en caso de situaciones límite.

Dentro de los pecheros destacan, por ser mayoría, los labradores, los cuales no son todos propietarios, ya que hay bastantes arrendatarios o aparceros y hasta jornaleros entre ellos.

En cuanto a los vecinos labradores de las aldeas también se organizan y comienzan a enviar a sus representantes o compromisarios a la ciudad o villa cabecera para que se constituyan en junta o cabildo y traten de solucionar los problemas que les aquejan. Precisamente este nombramiento de procuradores, que se alternan y continúan, es la causa por la que los pueblos regularizan sus reuniones, acabando por constituir una junta permanente que ostenta la representación y defensa de los intereses de la comunidad pechera.

¿De qué modo se gobiernan estos concejos? La villa o ciudad capital es, por supuesto, la cabeza de la jurisdicción concejil, desde la que se gobierna por residir en ella los órganos competentes. De aquí se derivan dos principios: la soberanía territorial es única e incompatible con otra y, por otro lado, el de la totalidad y, por tanto, sumisión de todo el territorio y sus habitantes a cumplir las prestaciones exigidas por la urbe. En consecuencia, la contribución pecuniaria del vecindario es ineludible para consolidar y conservar las obras de defensa y las de interés público, como puentes, calzadas o fuentes, siendo la más representativa la construcción de la casa consistorial o ayuntamiento.

Aunque en principio los concejos se regían por las normas de los fueros, que estaban dadas para una época de lucha, van apareciendo después otras reglamentaciones escritas que amplían, corrigen o suplen los preceptos forales. Hay una primera modalidad de ordenamientos de contenido general, otros son de carácter político-social; pero las ordenanzas concejiles más frecuentes son casi siempre de índole económico-administrativa y surgen a instancias de todo el concejo y por voluntad de su corporación rectora.

La economía del concejo se regula en todos los órdenes y dentro de un contexto predominantemente autárquico; así, en la actividad agrícola se ocupan de la defensa del derecho de propiedad y de regular la faceta productiva de las fincas privadas, ya que la tierra comunal se rige por los fueros o el uso inmemorial. Con menor rango existen las ordenanzas de las aldeas, aprobadas por sus concejos, subordinadas a las ordenanzas generales de Villa y Tierra, de las que son complementarias.

El régimen comunal agrario, ya en su sentido estricto, es estudiado en la segunda parte del libro, que el autor distribuye en tres capítulos dedicados, respectivamente, a la clasificación jurídica de la tierra, al contenido agrario de la explotación y al significado político del patrimonio comunal.

Los reyes, en las cartas pueblas, solían hacer cesión expresa a los concejos del dominio útil de todos los campos exentos comprendidos en su

jurisdicción para goce y disfrute del vecindario. A comienzos de la Edad Moderna la mayor parte de esta tierra corresponde a los llamados baldíos, los cuales suelen estar situados en los contornos de las poblaciones, siendo su aprovechamiento más característico el del pasto para el ganado. La necesidad creciente de tierras labrantías fue la causa de roturaciones y adehesamientos, enajenándose bastantes baldíos durante la dinastía austríaca, con el consiguiente cambio en la titularidad y tenencia del antiguo terrazgo castellano. Esta enajenación continúa durante los Borbones, y por Real Decreto de 8 de octubre de 1738 se da estado a la situación creando la llamada Junta de Baldíos, que entiende de modo directo en estas ventas. Esta reducción de los antiguos campos abiertos alcanza su punto álgido en los últimos años de la Edad Moderna, a causa de la colonización agrícola consiguiente al aumento de población, que coloca al patrimonio territorial rústico de los concejos en una situación crítica a finales del siglo XVIII.

Junto a los bienes comunales los concejos cuentan ya desde su origen con la más genuina fuente de rentas que es la explotación de sus bienes raíces, que son los llamados «propios». Así, ya en *Las Partidas* se dice: «Campos e viñas, e huertas, e olivares e otras heredades e ganados e otras cosas semejantes que dan fruto de sí o renta, con todo esso no puede cada uno de por sí apartadamente usar de tales cosas; mas los frutos e las rentas que salieren dellos, deven ser metidas en pro comunal de toda la cibdad o villa». En el tránsito de la Edad Media a la Moderna es cuando se piensa que el patrimonio municipal puede ser fuente de rentas, siendo el arrendamiento rústico la forma más usual.

El contenido agrario de la explotación comunal ofrece diferentes particularidades según tenga por objeto el aprovechamiento forestal, la ganadería o la agricultura.

El aprovechamiento de los montes es el más antiguo en los patrimonios concejiles. De ellos los vecinos extraen leñas y maderas para sus usos particulares, destacando el carboneo con destino doméstico. Suelen estar desligadas la comunidad del suelo para pastar de la comunidad vecinal que busca la madera y la leña en el vuelo. Como caso especial, en Extremadura los encinares son fundamentales para el mantenimiento del ganado porcino por la bellota y éste pudo ser uno de los motivos de que los ganaderos extremeños tuvieran interés en adquirir a la vez el suelo y el vuelo en los predios concejiles; el problema se resuelve al fin por Decreto de 1793, en el que Carlos IV dice: «He resuelto que quando en los montes de la provincia de Extremadura corresponda o pertenezca el suelo a particulares, y el arbolado y su fruto a los Propios de los respectivos pueblos, se venda por su justa tasación el usufructo y propiedad de los arbolados al dueño o dueños del suelo, imponiéndose a favor de los Propios en otras fincas las cantidades que resultasen de la venta».

La riqueza ganadera, base de la economía medieval, se obtenía en la Meseta a partir de una explotación extensiva del suelo, con desplazamientos periódicos del ganado dentro de la misma jurisdicción concejil. La enorme extensión de los pastizales comunes era tal que éstas proporcionaban una renta segura, con poco más que la aportación del capital semoviente y sin apenas riesgos. Es frecuente además la mancomunidad de pastos entre municipios colindantes, con figuras consuetudinarias que aún perviven.

El Honrado Concejo de la Mesta era una corporación privilegiada inte-

grada por las cabañas trashumantes de todo el Reino. En su institucionalización, allá por el siglo XIII, destacaron dos causas fundamentales: la agrupación de diversas cabañas locales para defender sus intereses y la política regia que intenta afianzar la unión castellano-leonesa a base de fomentar los elementos integradores para superar las cerradas demarcaciones concejiles. La Mesta basaba la trashumancia en el pastoreo en los diversos términos y el trazado de cañadas y vías pecuarias; el traslado de los rebaños implicaba la necesidad de su manutención en los pastos públicos y concejiles del recorrido, pagando el correspondiente «montazgo», que era una regalía de la corona.

En cuanto a la *agricultura*, la posibilidad de acceder al cultivo directo y personal de la tierra era uno de los motivos fundamentales que movían a los hombres llanos para acudir a la llamada colonizadora de los concejos. El reparto concejil de tierras comunes para labranza del vecindario llegó a generalizarse en los concejos medievales y normalmente exigía como contraprestación el pago de un módico canon por parte de los labradores beneficiarios. A partir de la Edad Moderna estos patrimonios comunes se van convirtiendo en propios de los municipios y éstos obtienen más sustanciosas rentas mediante su arrendamiento. Por otro lado, cuando la población aumenta y las cargas tributarias se hacen más penosas, los vecinos labradores tratan de escapar a su pobreza mediante las roturaciones furtivas del terrazgo comunal, sobre todo en las tierras alejadas de la ciudad; con la llegada de la Edad Moderna estas apropiaciones adquieren una intensidad creciente y llegan a suponer un fenómeno irreversible.

Según MANGAS, hasta finales de dicha Edad Moderna la agricultura soporta bastantes trabas que se oponen a su desarrollo. Entre los problemas que aquejaban a los pequeños labradores señala la escasez de tierras labrantías y la carestía de los arrendamientos, encima de tener que soportar ellos solos las cargas tributarias, amén de los privilegios de determinadas instituciones. Bajo los reinados de Carlos III y Carlos IV se pretende una tarea reformista para tratar de minorar los privilegios más abusivos que se enumeran en el conocido Memorial del Conde de Campomanes. También deben destacarse las medidas jurídicas tendentes a la consolidación de la plena propiedad de las heredades rústicas particulares; en 1788 Carlos III concede la facultad de cerrar o cercar dichas fincas. La expansión agrícola, además, tiene una relación causal con la reforma de las haciendas concejiles, ya que el saneamiento de éstas depende en gran medida de la recta administración de las rentas rústicas, asumiéndose tales objetivos por la Contaduría General de Propios y Arbitrios. Desde otra perspectiva, la movilización de recursos naturales para la producción agrícola obedece a la política de repoblación y colonización interior emprendida por los últimos Borbones. El primer ensayo reformista campesino es ciertamente el Real Decreto de 1793, por el que Carlos IV reparte terrenos incultos en Extremadura.

El significado político del patrimonio comunal se aborda en el capítulo III y último, empezando por determinar que si en el pacto foral se opera en principio la asignación al concejo de un territorio jurisdiccional, ésta lleva consigo la cesión y el reconocimiento de ciertos derechos sobre el terrazgo y hay una transferencia dominical de la corona a los municipios. Existe, pues, una vinculación municipal de la tierra por virtud del pacto foral, que a veces sufre extralimitaciones de algunos monarcas me-

dievales o es objeto de pactos o transacciones. Una característica del realengo medieval es su indefensión frente a las agresiones externas de nobles y eclesiásticos, a veces con la connivencia de los regidores y otros oficiales públicos. También el rey ejerce su soberanía en los concejos arbitrariamente y extralimitándose con frecuencia en sus funciones y prerrogativas.

Las cesiones de soberanía que fueron pródigas en los primeros tiempos, con diversos avatares, se detienen con la subida al trono de los Reyes Católicos, que son conscientes de los perjuicios que ocasiona una excesiva política de favores. Incorporados a la corona los maestrazgos de las Ordenes Militares, los Reyes de la Casa de Austria, con concesión papal, venden en parte el patrimonio de dichas Ordenes, en compensación de los gastos vertidos por la monarquía española para defender la Iglesia. Felipe IV por Real Cédula de 1626 enajena nuevos realengos para paliar el déficit grave de la Hacienda Pública; aunque este avance remite algo, Carlos IV le da un fuerte impulso, intentando llevarlo a sus últimas consecuencias con la incorporación de los señoríos de naturaleza eclesial por Real Cédula de 1805.

En esta segunda parte el autor intenta explicar cómo se pasa del régimen comunal agrario castellano de la Edad Media a la sistemática general del llamado Antiguo Régimen, consecuencia de la unidad nacional conseguida. JOSÉ MANUEL MANGAS NAVAS se nos revela como un ingeniero agrónomo metido a historiador y jurista, buceando directamente en los textos de las cartas pueblas, fueros y ordenanzas de villa y tierra del ámbito de Castilla. Hemos de decir que demuestra saberse la papeleta y sale airoso de la prueba, enseñándonos estos interesantes aspectos del régimen comunal agrario y de la vida medieval de los pueblos del corazón de España.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982.

En las obras que, desde el punto de vista de la propiedad intelectual, encuadramos para su inscripción como científicas es muy difícil que no trascienda de ellas el carácter y forma de ser del que las escribe. En la novela, en el teatro, en el ensayo, cabe una mayor libertad, y dentro del estilo propio del autor la narrativa, la trama y los personajes poco sirven para identificar al mismo. Digo todo esto porque la lectura de esta obra revela al autor de ella con una vocación universitaria de enseñanza, con unos grandes deseos de claridad y con una inquebrantable fidelidad a su línea recta. Entiendo que estas afirmaciones, aparte de estar apoyadas por haber compartido con el autor diversas jornadas en comisiones de leyes y códigos, vienen reflejadas en el prefacio de la obra, donde se habla de «dar noticia suficiente al alumno», «se pretende que los datos encuentren claridad y sencillez» y «una idea en su sitio adquiere luz especial y ahorra cien palabras».

El contenido de la obra responde al deseo de la «noticia suficiente» que el autor ofrece y así, en esas dos partes en que se estructura el volumen, se trata de los derechos reales y del derecho hipotecario (denominación a la que yo también he vuelto en mi última salida libraria). Por ello, al estudiar los derechos reales va planteándose el contenido habitual de la materia: su noción y datos para su distinción, los modos de adquirir el dominio y los derechos reales, la posesión, la propiedad, las propiedades especiales, la comunidad de bienes, los derechos limitados de goce, los de adquisición y los de garantía. En la exposición del derecho hipotecario (que en portada se llama así y en el texto se denomina como «derecho registral inmobiliario») estudia el concepto del registro y su función, el procedimiento de registración, la eficacia del mismo y las anotaciones preventivas.

En el centenario del nacimiento de ORTEGA Y GASSET resulta oportuno hacer la cita de la claridad. La cortesía del filósofo es la claridad. Y DÍEZ-PICAZO reforzaba hace poco la frase diciendo que la claridad es la cortesía del intelectual, del profesor y del jurista. La claridad en cuanto esfuerzo y la claridad como exigencia. Esta última frase nos sirve en el caso presente, ya que esa claridad que se predica supone en el autor un gran esfuerzo al tener que reducir la exposición de materias, de por sí amplias, densas y complicadas, y ofrecerlas debidamente despojadas de todo lo que les podría hacer ininteligibles. La exigencia de la claridad se convierte en tributo de esta forma.

La línea recta de que hablo, representada por la frase que cito del autor, es una constante en la obra. Y estoy seguro que en las posibles tentaciones que haya podido tener para aceptar cualquier otro camino las ha rechazado con esa especie de defensa medieval, incluida la cota de malla, coraza con peto y espaldar, guanteletes y morrión o casco de acero: una idea en su sitio ahorra cien palabras.

Vamos ya con el contenido específico de la obra en sus dos partes.

PARTE PRIMERA. LOS DERECHOS REALES

Resulta casi imposible exponer todo el contenido de esta parte con cierta extensión, pues son muchos los problemas que se abordan y muchas las materias que se tocan. De ahí que, sin reducirme al esquema del índice sumarial, adopte un criterio intermedio.

El concepto, naturaleza, diferencias, clases, etc., de derechos reales abre las puertas de la obra y nos permite saber que estamos ante derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto cosas (*ius in re*). Entiendo que es fructífera la exposición de las consecuencias de la distinción entre derechos reales y obligacionales en su proyección de los modos de adquisición y extinción, posesión y publicidad y en otras diferencias que el autor señala. Destaca la posición del autor al encuadrar el arrendamiento y el derecho de retención dentro de las llamadas figuras intermedias. Los modos de adquirir y perder el dominio y demás derechos reales completan la teoría general que va a permitir el estudio de los diferentes tipos de derechos reales. En los modos de adquirir se estudian la ocupación, la transmisión, la especial forma de las adquisiciones a *non domino* y la usucapión. Quiero destacar cómo al enfocar la teoría del título y el modo la relaciona inevitablemente con el problema

de los contratos traslativos, para negar su existencia (¿salvo el mutuo?) sin el requisito de la tradición. Entre los modos de perder el dominio estudia el abandono y sus tres proyecciones de: simple, traslativo y liberatorio, la renuncia y la revocación, haciendo previamente una clasificación de los comunes al dominio y derechos reales y los especiales de estos últimos (consolidación, muerte, prescripción y redención).

La capacidad de síntesis del autor queda patente al reducir a unas veintitantas páginas esa materia tan conflictiva y a la que cierto profesor dedicaba casi un curso entero: la posesión. El autor la encuadra como un derecho real con potestad «provisionalmente prevalente». Mayor espacio tiene que destinar el autor al estudio de la propiedad, que divide en cinco partes: el concepto, fundamento y clases, la estructura, la accesión, las limitaciones y la defensa. Destaco, por ser una labor importante, que en materia de limitaciones el autor ha logrado en el momento de la publicación de la obra estar plenamente al día en la legislación que cita, no sólo en la especial, sino en la urbanística y agraria, que en forma concisa expone y estudia. Como una modalidad de las limitaciones el autor encuadra dentro de lo que llama «modificaciones singulares» las prohibiciones de disponer, la regulación de las viviendas de protección oficial, la adjudicación de tierras por el IRYDA y la nueva regulación de las explotaciones familiares agrarias.

Entre las propiedades especiales aborda el estudio de la de las aguas, minas, propiedad industrial e intelectual. Materias éstas que tradicionalmente se han venido estudiando dentro del Derecho civil, pero que en un determinado momento histórico (incluso en programas de oposición a Notarías y Registros) se llegaron a incluir en los temarios de Derecho administrativo. Es claro que, con el Código en la mano, las materias son civiles y no «eduardo-administrativas». De todo el grupo me voy a fijar, por razones de afinidad, en la propiedad intelectual, en la que la exposición responde a los temas palpitantes que el proyecto de la nueva Ley está abordando. Fiel a sus convicciones separa la naturaleza del derecho de autor de la de los derechos vecinos o conexos, adscribe la condición de autor a solamente la persona física y entiende, bien entendido por cierto, que la inscripción de la obra en el Registro no es constitutiva. Como hemos discrepado en algunos puntos en las discusiones habidas en la comisión especial, creo que aquí debo cerrar el comentario. De todas formas creo que la protección gubernativa que da como vigente ha de entenderse con restricciones por el actual artículo 20 de la Constitución. La crítica que hace a la Sociedad General de Autores, a la que me uno, merecería un comentario más amplio.

Dice el autor que cuando la titularidad de uno o varios derechos o de un patrimonio corresponde a una pluralidad de personas existe comunidad. Con esta rectificación de la expresión legal se inicia el capítulo destinado a la comunidad —como manifestación de cotitularidad— y que comprende la ordinaria, la de pastos, leñas y montes, la propiedad horizontal y la medianería, novedad esta última, ya que tradicionalmente se ha venido tratando dentro de las servidumbres. Trazadas las líneas generales de la comunidad para su diferenciación de otras figuras, se adentra en la exposición de su contenido y extinción, para luego estudiar las otras formas, siendo un alarde de síntesis lo referente a la propiedad horizontal, como institución compleja.

Dentro de los derechos limitados de goce se exponen el usufructo, el uso y la habitación y las servidumbres, estudiándose en forma separada y en tres capítulos independientes y en un título separado, lo referente a los censos y derechos análogos, en base de ser también derechos reales limitados que se caracterizan por conferir la facultad de obtener del bien gravado una renta, pensión o prestación. Por su parte, y dentro de los derechos reales de adquisición, el estudio se concentra en el de opción, el tanteo voluntario, el retracto de igual origen, el retracto convencional y los tanteos y retractos legales. Salvo estas dos últimas figuras tratadas, las demás en su estudio obligan al autor a plantearse el problema de sus deslindes para determinar cuándo las mismas tienen carácter real.

La parte más amplia de la obra es, sin duda, la destinada a los derechos reales de garantía en su estudio general y en el particular de la prenda, la anticresis, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento y el derecho real de hipoteca. La simple enunciación no da una noción más que general del estudio, ya que es preciso penetrar en el mismo a fin de descubrir la regulación minuciosa que de las figuras hace el autor, partiendo de la distinción entre derechos reales de garantía típicos y los atípicos o inominados (venta en garantía, opción, recuperación de cosa vendida en caso de impago, retención y prohibición de disponer), notas comunes a los típicos y especial examen de cada uno de ellos. Especial importancia tiene el estudio sobre el derecho de hipoteca a través de su concepto y caracteres, constitución, contenido y extinción. Concreto examen hace el autor de casos particulares de hipoteca por razón del bien hipotecado y por razón de la obligación garantizada, y en estas últimas aborda la hipoteca de seguridad, la en garantía de obligaciones futuras, sujetas a condición, obligaciones de hacer y no hacer, de moneda extranjera y la problemática de las cláusulas de estabilización. En forma diferenciada también estudia las hipotecas en garantía de deuda de responsabilidad limitada, de rentas o prestaciones periódicas, en garantía de cuentas corrientes y de títulos transmisibles por endoso o al portador, añadiendo los estudios de las en garantía de letras de cambio y la nueva regulación del mercado hipotecario con sus figuras de cédulas, bonos y participaciones.

La hipoteca constituida por acto unilateral, estudiada como modalidad especial del acto constitutivo, y el tema de las hipotecas legales cierran esta parte de la obra. La materia de hipotecas legales la considera subsistente aún y a pesar de la reforma llevada a cabo por el Código Civil.

PARTE SEGUNDA. DERECHO REGISTRAL INMOBILIARIO

Habíamos dicho que eran cuatro los grandes puntos que estudia el autor. El primero de ellos se concentra en lo que debe entenderse por Registro y la función que representa. La naturaleza de la función determina la del Registro, y de ahí que el autor considere que el Registro es un organismo del Estado a quien incumbe la función registral referente a la propiedad inmueble: la función por la que se proclaman oficialmente las situaciones jurídicas actuales de los bienes inmuebles. A la hora de precisar la naturaleza el autor no duda en considerar a la función registral como «jurisdiccional» en su sentido material, pero no en el formal y distinta de la típica Administración del Estado. Con estas ideas y la precisión de la importancia, el régimen jurídico y lo que debemos entender por Derecho registral inmobiliario, se cierra el primer punto.

El segundo punto o materia está destinado al procedimiento de registración (palabra ésta heredada por los hipotecaristas a partir de Roca SASTRE y de difícil desarraigo), que estructura en tres campos, según sea el general, el especial de inmatriculación y reanudación del tracto y aquel destinado a la rectificación registral. Enfoque que obliga al autor a afrontar en el primero todos los requisitos que son comunes a los diferentes procedimientos. Es una forma puesta en circulación por LACRUZ BERDEJO y que quizá no sea muy coincidente con el carácter jurisdiccional que atribuye a la función, donde mejor cabría hablar de proceso que de procedimiento.

El tercer punto concentra la clave de la importancia del Registro en cuanto precisa la eficacia registral en su triple dimensión legitimadora, protectora del tercero, constitutiva, oponible y publicitaria. Por último, el cuarto punto, destinado a las anotaciones preventivas, sirve para dar en seis páginas una noción de las ideas fundamentales sobre las mismas.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

PÉREZ PÉREZ, EMILIO: *Competencia del Instituto Geológico y Minero de España sobre las aguas subterráneas*. Centro de Estudios Jurídicos del Agua. Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, 1982. Un tomo de 101 páginas.

Con motivo de celebrarse en Murcia el I Congreso Nacional del Derecho de Aguas, el autor, gran experto y estudioso en la materia, al que ya conocemos por haberle comentado otras obras, presentó este libro, en el que se contempla la cuestión de la secular lucha de competencias planteada dentro de la Administración española respecto a las aguas subterráneas.

A primera vista podría parecer que se trata de una simple cuestión administrativa tan solo, de una mera lucha de cuerpos en defensa de unos intereses o prestigios profesionales. Pero si sólo fuese esto no merecería la pena ocuparse del tema. Lo importante, a juicio del autor, es que considerándose necesaria la unidad de la Administración Pública del agua, esta división de atribuciones resulta incompatible con ella y hasta contraproducente.

Porque precisamente de esa inexistencia de una planificación, gestión y control adecuados de nuestras aguas por parte de la Administración derivan en gran medida las deficiencias de su aprovechamiento, su despilfarro y degradación y todas las consecuencias sociales y económicas que producen la falta de agua o de la calidad de la misma.

En la primera parte el autor, para estudiar esta lucha de competencias sobre las aguas subterráneas, expone la cambiante evolución normativa que se advierte en la legislación española. Resalta que ni siquiera ofrecen un grado de conflictividad muy distinto las normas dictadas antes de la división del antiguo Ministerio de Fomento y las posteriores a la distribución de sus competencias entre diferentes Departamentos; en una y otra época se producen escaramuzas legislativas similares, lo que evidencia que su motivación en el fondo es una continuada confrontación entre Cuerpos de la Administración, en especial los de Ingenieros de Minas y los de Caminos, Canales y Puertos.

La vigente Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 vino a reproducir en materia de aguas subterráneas los preceptos de la Ley de 1866. Pero es significativo que no recogiese el viejo artículo 51, en el que se establecía que el permiso para hacer calicatas o investigaciones en busca de aguas subterráneas había de concederlo el Gobernador «oído el Ingeniero Jefe del Ramo de Minas». En el mismo sentido, pero expresamente, se producía la Instrucción de 5 de junio de 1883, que daba ya de modo abierto intervención a los Ingenieros de Caminos, alegando «que los trabajos pueden afectar al dominio público e influir en las corrientes de aguas y aprovechamientos existentes»; se trataba, pues, de una transacción o chalaneo, ya que el ámbito de competencia compartida quedaba reducido a las aguas buscadas en terrenos de dominio público, pero no en los demás casos.

A pesar de depender por entonces del único Ministerio de Fomento las dos Direcciones Generales a que estaban adscritos los dos Cuerpos de ingenieros citados, la primera controversia normativa clara y abierta surge en dos Decretos de la misma fecha, 28 de junio de 1910, regulando auxilios para alumbrar aguas, que reflejan una poco ejemplar repetición de preceptos de uno en otro y en los que por un lado se encarga la tramitación de expedientes al Negociado de Minas y por otro se da intervención al Instituto Geológico de España, que posteriormente habría de llamarse Instituto Geológico y Minero de España.

Siguiendo la evolución normativa, el autor recoge la reforma administrativa que desmembró al Ministerio de Fomento y que, en lo referente a esta materia, se reflejó en el Decreto de 23 de agosto de 1934 sobre Policía Minera. En éste se atribuyó al Cuerpo de Ingenieros de Minas la inspección y vigilancia de las aguas subterráneas, señalando como misión del Instituto Geológico y Minero de España el estudiar las posibles cuencas hidrológicas subterráneas y desarrollar un plan escalonado de obras de alumbramiento de aguas. El Decreto establece que los trabajos de investigación y alumbramiento de aguas se efectuarán bajo la inspección y vigilancia de las Jefaturas de Minas correspondientes y, como novedad principal, se crea el Registro de manantiales y alumbramientos.

El contraataque de Obras Públicas no se hizo esperar y por Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 4 de mayo de 1935 se declaró en suspenso el Decreto de 1934 en tanto se llevase a cabo su revisión «en cuanto afecte a los servicios de Obras Públicas y a las esferas de competencia o jurisdicción de los correspondientes cuerpos facultativos».

Esta solución aplazada se intentó abordar por Decreto de la Presidencia del Gobierno de 23 de octubre de 1941, en el que se disponía que serían tramitados por el Instituto Geológico y Minero «todos los expedientes de alumbramiento de aguas subterráneas» y por Obras Públicas «todo cuanto se refiere a conducciones de aguas subterráneas ya alumbradas». Lo que aporta el Decreto de 1941 no es más que el viejo criterio ya adoptado por la Real Orden del Ministerio de Fomento de 1872, según la cual la distinción era clara: todo lo relativo a la investigación y alumbramiento de aguas subterráneas es competencia de Minas; lo que después afecte a la conducción y otras operaciones sobre las mismas aguas ya alumbradas corresponde a Obras Públicas.

El Reglamento orgánico del Instituto Geológico y Minero de España, aprobado por Real Decreto 450/1979, de 20 de febrero, viene a suponer la readaptación del Instituto a las nuevas exigencias planteadas en España

en orden a la utilización cada vez mayor de los conocimientos de las ciencias del suelo y el subsuelo. El artículo 8.º señalaba las competencias que corresponden a la Dirección de Aguas Subterráneas y Geotecnia, pero esto produjo una fuerte reacción de rechazo en círculos que se sintieron afectados y, al parecer, con poder suficiente para modificarlo, porque dieciséis días después de publicado apareció en el *Boletín Oficial del Estado* una «corrección de errores» que dice por sí misma mucho más que cualquier comentario. En la redacción inicial se atribuían a dicha Dirección las actividades relacionadas con la aplicación de la Geología, sin otra limitación; sin embargo, en la artera corrección de errores se acota debidamente esta materia, dejándola reducida tan sólo a «las actividades que sean competencia del Ministerio de Industria y Energía». ¡Observen la rara astucia!, que habría dicho la revista de humor *La Codorniz*.

Tras pasar revista a las diversas normas de ámbito particular referentes a Zonas de actuación del IRYDA, Canarias, Baleares, Almería y cuencas del Segura y Guadalquivir, EMILIO PÉREZ entra a estudiar dos Decretos, uno de 1974 y otro de 1980, por los que se resolvieron sendos conflictos de atribuciones. En el primero el conflicto se daba entre Obras Públicas y Gobernación, en un recurso contra el acuerdo de suspender un alumbramiento de aguas dictado por un alcalde. En el de 1980 el conflicto estaba planteado entre una Comisaría de Aguas (Obras Públicas) y una Delegación Provincial del Ministerio de Industria (Minas), quienes discutían la competencia para otorgar la concesión de aguas de un manantial y que se resolvió en favor de la Comisaría de Aguas. En opinión del autor debió tener mayor peso específico el interés del abastecimiento de agua a una población que patrocinaba Obras Públicas que los fines ganaderos que se pretendían por la Jefatura de Minas; hay que contemplar el caso concreto y tener muy presentes los intereses en discordia para valorar las resoluciones.

La segunda parte del libro se dedica a estudiar la Administración Pública del agua en general y el Instituto Geológico y Minero de España en particular, según la legislación vigente. Estas disposiciones, dice PÉREZ PÉREZ, distan mucho de ser un grupo normativo con coherencia suficiente para inferir unos criterios claros y precisos que permitan el examen conexo de los problemas del agua. Es más, muchas veces se han dictado con el propósito de eludirlos más que de resolverlos, aplazando *sine die* la solución de los conflictos. Como estos conflictos nacieron después de promulgarse la Ley de Aguas y se acentuaron al dividirse el Ministerio de Fomento, esta Ley no ha podido inspirar los principios generales que dieran unidad al tema.

En el campo doctrinal, en principio, parece dominar la postura que admite una competencia genérica de Obras Públicas sobre todas las cuestiones de aguas no atribuidas expresamente a otra autoridad y el error nace de creer equivocadamente que Obras Públicas es el heredero universal de Fomento, cuando de éste proceden por igual la mayor parte de los otros Departamentos ministeriales.

Para poner las cosas en sus límites justos el autor analiza, teniendo a la vista las correspondientes disposiciones, cuál es el verdadero ámbito y calificación de las aguas subálveas de cauces de dominio público, y con-

cluye que la competencia general sobre dichas aguas subterráneas corresponde al Instituto Geológico y Minero de España, a la Dirección General de Minas y a las Secciones de Minas de las correspondientes Delegaciones Provinciales del Ministerio de Industria y Energía, enumerando detalladamente a continuación cuáles atribuciones pertenecen a cada uno de estos órganos, según las disposiciones vigentes.

En un capítulo especial considera el autor que la investigación hidrológica es función propia y específica del citado Instituto, basándose en toda una serie continuada y uniforme de disposiciones desde el Real Decreto de 12 de julio de 1849 hasta la actualidad. Todas ellas atribuyen al propio Instituto el estudio de las aguas subterráneas o de las cuencas hidrológicas, bajo diferentes expresiones que se concretan en la investigación hidrogeológica, básica y aplicada.

Como aplicación directa de esta función investigadora corresponde al Instituto la determinación del perímetro relativo a las aguas subterráneas para proteger su calidad y cantidad. También debe determinar los caudales y la capacidad de embalse del acuífero y, por último, la fijación de los puntos de sondeo para que las prospecciones sean positivas y resulten las más apropiadas para la óptima utilización de los caudales.

En realidad, la tesis final a que tiende este libro se basa en la oportunidad que supondría la reforma proyectada de la Ley de Aguas para conseguir la deseada unificación de la competencia administrativa sobre el agua.

A la hora de la delimitación de funciones, dice PÉREZ PÉREZ que dos parecen ser los requisitos esenciales de una nueva Administración Pública del Agua: su independencia de los actuales Departamentos enfrentados y creación de una autoridad única del agua.

Se impone, en primer lugar, la que MARTÍN RETORTILLO llama «neutralidad» de la Administración en el uso y aprovechamiento del agua, puesto que la autoridad única debe afrontar las distintas tensiones sectoriales y sólo con la creación de un órgano *ad hoc* nuevo e independiente puede superarse la situación caótica actual.

En segundo lugar, resulta también necesaria la delimitación de las funciones de ordenación, planificación, gestión y policía del agua, ahora atribuidos a diferentes organismos, para atribuir todo a esa nueva autoridad única que podría ser, en opinión del autor, una Secretaría de Estado del Agua adscrita a la Presidencia del Gobierno.

Esta tesis ya había sido defendida por el mismo autor en 1981 en su libro *Legislación y administración del agua en España*, que comentamos en otra ocasión, donde se propugna que esta reforma administrativa no es muy costosa y resulta perfectamente viable, aprovechando la promulgación de la nueva Ley de Aguas que está en el telar. Se podría aprovechar, desde el punto de vista orgánico, todo lo que hoy existe mediante las necesarias transferencias de competencias y de funcionarios de los distintos Departamentos para pasar al unitario que se pretende. Esta nueva administración sería multidisciplinar y neutral y haría desaparecer la actual lucha de competencias con su enorme carga de ineficacia e inútiles pugnas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS