

CARRIÓN, SALVADOR: *Historia y futuro del matrimonio civil en España*. Madrid, 1977, 425 págs.

El jurista de hoy se siente impulsado a acudir a la historia de los textos y de las realidades jurídicas. El positivismo le ha reducido a estrechos límites y le es necesario apelar al pretérito—al método histórico—para poder dar razón de las leyes y las disposiciones jurídicas. La negación del Derecho natural era imprescindible, pero a partir de ella quedó el jurista ceñido a una metodología positivista que, en esencia, resolvía pocas cosas: un comentario a las leyes, adornado con sentencias, que no iba mucho más allá que añadirle las personales opiniones del autor. Un método exegético del texto legal o jurisprudencial, que se adoba con comentarios que quieren buscar la coherencia del ordenamiento, su mejor intelección y—a lo más—su crítica, contrastada con el mejor sentido común. A falta de una positividad de otro tipo, más semejante a las demás ciencias, el jurista acude a la historia en busca de apoyos y explicaciones.

A veces ese remontarse hacia etapas pretéritas se limita a los llamados «antecedentes». Rebusca aquí y allá textos y datos que le permiten establecer una línea continua desde los tiempos romanos hasta nuestros días; resultado que realmente falsea la realidad del Derecho, pues a pesar de la conservación de textos a lo largo de los siglos, mediante diversa interpretación y aplicación, representan muy diferentes realidades. También es frecuente la aplicación del positivismo jurídico—atención a la ley y comentario un tanto arbitrario—al estudio de los textos del pasado con resultados poco convincentes, que todo lo más conducen hacia personales opiniones de los autores, muy respetables pero de mínimo valor científico. Sin embargo, el jurista—y menos en el momento actual—no puede prescindir de la historia, del pasado...; los historiadores del Derecho, por su parte, inmersos en mundos muy *sui generis*, no han sabido ayudar a estos planteamientos históricos que requieren y están buscando los juristas. Los juristas con una auténtica preocupación científica, se entiende.

SALVADOR CARRIÓN ha sabido sortear estos modos de hacer usuales y se ha sumergido con todos los riesgos y gran esfuerzo en el mundo de la historia del matrimonio civil en España; más en concreto, en la promulgación y circunstancias de la ley de 1870. Y lo ha hecho con extensión de fuentes y conocimientos y con claridad en el objetivo que perseguía; ha logrado una explicación de aquella gran ley que se debió a la pluma e ímpetu de MONTERO Ríos. Ha pretendido y logrado insertarla en las corrientes de pensamiento liberal, ha seguido sus discusiones en las Cortes, las ideas jurídicas de los autores..., salvo en su aplicación concreta—número de matrimonios, distribución por clases o regiones...—, ha consultado cuanto podía facilitar esta intelección de la ley del matrimonio civil, promulgada en 24 de mayo de 1870. Incluso la trae como apéndice de su libro. También al final del libro dedica unas páginas a la problemática actual en torno al matrimonio civil, que por no referirse a su historia—son más posibilidades hacia una futura normativa que ya se anuncia en el horizonte español—, no serán objeto de mi comentario.

La historia del matrimonio civil comienza por dos capítulos previos acerca de su conceptualización y realizaciones hasta el momento que ocupa este libro como núcleo central: la ley de 1870. El primero remontándose a la reforma protestante—al siglo XVI—con materiales, en su mayor parte de segunda mano. Habría que destacar las páginas dedicadas a VAN ESPEN—el gran canonista del XVII-XVIII—o al civilista francés POTHIER. Después, se refiere, por tener un fondo previo, a la legislación española, con especial atención a los proyectos de 1821 y 1851, en los que ya se percibe nítidamente el nuevo sentido que va adquiriendo el matrimonio. Las exigencias de una sociedad que se seculariza, la enemiga contra la Iglesia, que simboliza residuos del antiguo régimen, van creando una nueva faz y nuevas opiniones en torno al matrimonio. La gloriosa revolución del 1868 será el momento inicial de una época distinta: el matrimonio dejará de ser pura institución del Derecho canónico para insertarse en el ordenamiento estatal. Más radicalmente en los años de la «Gloriosa», menos—con mayor respeto hacia la Iglesia y su ordenamiento—a partir de la restauración del 1875.

SALVADOR CARRIÓN se encara con la revolución en profundidad. Enumera las causas inmediatas de aquel movimiento social y sus supuestos ideológicos, así como las diversas corrientes políticas—desde los progresistas, demócratas y unionistas hasta republicanos y tradicionalistas—. Quiere sentar las bases para la comprensión de aquellos años, siquiera sea en un nivel de ideas políticas; quizá la bibliografía utilizada para estas precisiones genéricas sobre la época sea insuficiente a mi modo de ver, pero lo que interesa es que hay un deseo de plantearse una época, una sociedad—a través de los partidos políticos—. Las juntas revolucionarias habían celebrado matrimonios civiles y parece que se quiere sancionar la intervención del Estado en esta materia; el Gobierno refrena—como en otros aspectos—la revolución de las juntas. Pero era necesaria una solución y las Cortes serán testigo de los intentos hacia una nueva regulación del matrimonio; los tradicionalistas quieren que se castigue a los funcionarios, los republicanos atacan a la Iglesia porque significa un apoyo ideológico para el antiguo régimen y los aspectos más externos del conservadurismo a ultranza. Hay que combatir «el catolicismo malo, ese catolicismo tradicional que quiere ser poder, que quiere ser el único poder que domine el Estado; ese catolicismo que está al lado de la Monarquía absoluta; ese catolicismo que proclama el derecho divino de los reyes; ese catolicismo que tiene pretensiones teocráticas...» La enemiga liberal contra la Iglesia se debe a que representa valores del antiguo régimen.

El proyecto del Código civil de 1869—su libro primero, en que se contenía ya el matrimonio civil obligatorio—no llegará a aprobarse. El ministro Romero Ortiz lo había encargado a un jurista, Felipe Más y Monzó, con enfado y dimisión de los componentes de la comisión general de codificación; la verdad es que de ellos no se hubiera logrado la meta apetecida. Basándose en la igualdad de todos los cultos ante la ley—no sólo en el derecho del Estado para regular el contrato de matrimonio—se pretende su aprobación; mas un cambio ministerial da con él en mero proyecto que no logra vigencia. La comisión de codificación—que también se tiene en cuenta en este preciso estudio de la ley del 70—quedaría ahora y después evitada, pues de los tradicionales y conspicuos juristas, aunque sean de ideas progresistas como Gómez de la Serna, no puede originarse un cambio tan profundo. Es Montero Ríos, como subsecretario de Justicia, cuando vuelve al Ministerio un hombre avanzado, Ruiz Zorrilla, quien elabora el proyecto. Bien articulado, con un preámbulo doctrinalmente acertado—dentro de su línea—, constituye la secularización de la legislación canónica tradicional en España. No innova—por ejemplo, en materia de divorcio—, sino recoge lo anterior; se trata, por tanto, de una afirmación de la competencia del Estado en el matrimonio en aquellos años de grave crisis de la Iglesia, que pierde su poder temporal en la unificación italiana. ¿Cómo es posible tan

dura lucha por una simple competencia en la materia? Hoy no podemos comprenderlo del todo, porque la Iglesia ya no cumple la función que tuvo en el antiguo régimen y en el reinado de Isabel II, pero algo de ello hemos visto aún en los años cuarenta y cincuenta. El apartamiento de la Iglesia era requisito para que—en algunos aspectos—se consolidara la revolución burguesa, si bien los moderados supieron llevarla adelante a partir del 1875 sin tanta estridencia...

Un análisis del proyecto de ley, una descripción de las discusiones de Cortes, la preparación, los debates—todo con minuciosidad y rigor—constituyen la parte central de estas páginas. Los integristas, carlistas, moderados y unionistas—éstos en parte—atacarán el proyecto que defenderá con inteligencia y habilidad Montero Ríos. Se ataca el procedimiento seguido, pero se ataca, sobre todo, el fondo: no tendría aplicación, otros sistemas serían más adecuados—subsidiario, facultativo—, sería inconstitucional, inconveniencias de la reforma, etc. Por lo demás, Carrión ha sistematizado la oposición al proyecto por cada una de las corrientes políticas en las Cortes, lo que confiere a sus páginas un orden y una articulación necesarias para entender aquellos largos debates.

Pero terminaré ya esta crítica sobre el libro. Ya advertí que no entraría en problemas de hoy, ni tampoco en el capítulo en que ordena a los autores, *more jurídico*, según sus distintas opiniones acerca del matrimonio—los autores coetáneos a aquella ley—. En este modo de tener en cuenta la doctrina creo que no ha acertado, al menos a mi entender. Debió quizá conectarlos a las corrientes de pensamiento político—¿acaso son entes diversos de los diputados que luchan y hablan en las Cortes?—. O quizá estructurarlos dentro de la narración central del estudio, con otros criterios—en torno a cada argumento, para ver su reflejo en la doctrina más sesuda de los juristas teóricos—. En todo caso, el libro que reseño me parece una magnífica aportación a la historia del matrimonio civil en España, así como un modelo para tratar la legislación inserta en una época y en unas corrientes políticas. De esa manera la historia se hace multiplicidad, encontradas opiniones..., se hace más real y no mera transmisión de textos o de opiniones asépticas de los juristas. Otra cosa será que por detrás existen condiciones de la vida y realidad de los españoles: en concreto, los intentos de desmontar el poder de la Iglesia sí que han sido observados. ¿Se podrían insertar las direcciones políticas en la estructura de la sociedad española de la época? Al menos es esta una sugerencia para mayores desarrollos del tema, no es una crítica a un libro que cumple bien su misión y su estudio.

MARIANO PESET

GÓMEZ LAPLAZA, M.^a DEL CARMEN: *De los bienes parafernales. Publicaciones del Departamento de Derecho civil. 2.^a Cátedra. Salamanca, 1976.*

El estudio monográfico que traigo a recensión supera las setecientas y pico de páginas, que me han parecido sorprendentes para agotar una materia que a mí me cabía en un tema ramplón de quince folios en mi época opositoril. El milagro de este estudio profundo, serio y exhaustivo se debe a la infatigable labor de la autora, que, partiendo de una tesis doctoral, ha ido perfilando matices, acumulando citas y llenando de posibles perspectivas el panorama de quien pretenda pensar serenamente en la institución de los parafernales.

No pensé nunca que la institución podía dar tanto de sí y creo que menos lo pensaría el legislador español del año 1958 y el de 1975, que quizá contase con menos folios que yo sobre el tema. Claro que si a los futuros «reformadores» del sistema se les va a exigir que se documenten sobre la materia leyéndose la obra que aquí ofrecemos, seguramente nos quedaremos sin reforma o con una reforma prieta de problemas, poco meditada y sacadas a hombros (y el símil puede ser el del torero triunfante o el del féretro claudicante) de una urgencia política.

Ahora que la mujer ha superado las fases de «liberación», «realización» e «integración» social, creo que resulta auténticamente oportuno el tema de los parafernales. Todo ello dicho con las naturales reservas, pensando en una sociedad española de mujeres que pretenden superar esa fase de «rojaje cultural» a que la nación quiere llegar para poder empezar a entender el sueño angélico y poético de un sistema político-democrático. Las encuestas televisivas en torno, por ejemplo del Quijote, rozan el drama de un sistema que pretende ser demócrata sin cultura, pero el reto puede ser desmoralizador y quizá aleccionador si la encuesta se hace sobre el tema —tan de actualidad— de los parafernales. A las tremendas virtudes de la mujer española no se les puede someter a esa «vileza» televisiva de que respondan lo que ellas entienden por bienes parafernales.

Quizá esto que digo esté trasnochado y esté referido a ese grupo de mujeres que habiendo doblado la esquina de su edad conflictiva pertenecen a otra época. Quizá. Pero creo que así como la mujer ha avanzado considerablemente en un conocimiento profundo de sus «resortes» sexuales, aún le queda cierto trecho por recorrer para llegar al dominio de eso que la doctrina jurídica entiende por parafernales... ¡Y es que el nombre se las trae! Claro que como ahora todo tiene una explicación razonada de la falta de «realización», igual también podemos traer aquí a colación los «cuarenta» de dictadura que han hecho ignorar a la mujer española el carácter de esos bienes «junto a, o fuera de, dote».

Pero lo que se puede atribuir a la mujer, en general, no juega en el campo profesional de la juridicidad, y ahí está la monografía recensada de la que es autora una mujer que sabe de esto, como se demostrará, muchísimo más que yo, y eso que yo, al manejar diariamente el derecho vivo de la contratación, decido bajo mi responsabilidad si la finca adquirida es ganancial, parafernial, bien propio o presuntivamente ganancial.

Prologa la obra JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, catedrático de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Salamanca, haciendo un merecido elogio no sólo de la autora de la obra, sino de lo que ésta significa en el campo de la aportación de estudios sobre el tema, ya que, según su autorizada opinión, constituye «la primera monografía que se publica sobre los bienes parafernales en Derecho español», así como de la importancia del estudio en orden a posibles y futuras reformas jurídicas de nuestro primer cuerpo legal, donde juegan esas masas de bienes propios, comunes y parafernales, con sus respectivas titularidades, legitimaciones de disposición, rentas y frutos, etcétera.

En una especie de prefacio que la autora dedica al lector en su introducción al tema apunta lo que puede ser la esencia o vértice en el que se apoya el trabajo: la razón fundamental para la elección del tema objeto de este estudio es la de la existencia de otras masas de bienes, en el ámbito de un régimen de comunidad, sobre las cuales no se posibilita, sino que se hace más imperiosa la necesidad de conjugar con éxito esa independencia de los cónyuges, su igualdad, y la necesaria solidaridad que han de constituir la base del sistema económico, matrimonial. Nos estamos refiriendo a los bienes propios, al patrimonio privativo de los cónyuges. Si hay alguna masa en donde por excelencia deba manifestar más libertad y autonomía patrimonial es, desde nuestro punto de vista, ésta.

A la ignorancia del nombre y el significado que los bienes parafernales

llevan consigo en el ámbito del conocimiento de la mujer española, bien puede hacerse la excepción de la postura que la mayor parte de ellas ostenta en cuanto a esa libertad de movimientos respecto de lo que *es suyo*. Pero da tristeza pensar que estamos hablando de la «mayor parte de ellas», lo cual significa que comienza a oscurecerse aquella bella frase, pronunciada generalmente por la mujer, de que «lo tuyo es mío y lo mío tuyo». Se evita con ello el posible «abuso», pero se rompe la poesía y la unidad matrimonial llevaba consigo. Son otros tiempos. Ahora se asfalta el campo y se abren surcos en el matrimonio...

La obra consta de cuatro partes y se subdivide en capítulos y secciones que van llevando la lector desde el estudio histórico que arranca del Derecho romano y pasa por la codificación, hasta los principales códigos del siglo XIX, rematando el estudio con el panorama actual conforme a una clasificación de los diferentes sistemas matrimoniales. Lleva la obra una tabla de abreviaturas, un importante y aleccionador índice bibliográfico, aparte las citas a pie de página, y un índice sumarial. Creo que al exponer sintéticamente su contenido debemos respetar las citadas partes, pues es evidente que el estudio concienzudo hecho en las primeras se refleja inevitablemente en las restantes.

A) CONFIGURACION HISTORICA EN EL DERECHO ROMANO

Dos sistemas matrimoniales sirven a la autora para configurar el tema en el Derecho romano: el de absorción de bienes y el de separación patrimonial. Tanto en uno como en otro, según dice, la dote constituye el centro, el ineludible punto de referencia de todas las relaciones patrimoniales de los esposos.

La investigación a que la autora somete la materia da como resultado la averiguación de la existencia individualizada de los bienes parafernales en dos tipos de fuentes: papiros greco-egipcios y Derecho romano. En la época clásica el único texto en que aparece el término «parapherna» es un fragmento de Ulpiano, incluido en el Digesto y seguramente interpolado. La época posclásica y justiniana abren ya claras muestras de una existencia de los parafernales de una forma indudable. Sobre ello la autora estudia fundamentalmente los puntos clave de la titularidad, los poderes y la posible intervención del marido.

B) DEL DERECHO COMUN A LA CODIFICACION

La especie de «guía» que la autora antepone a cada parte en la que resume sus ideas y hace de lazarillo para señalar su método de trabajo nos sirve a nosotros para tratar de resumir en esta recesión apresurada el contenido sustancial.

Tres secciones sirven para plantear en cada una de ellas la temática de los bienes parafernales. En la primera el sistema matrimonial es el de separación de bienes, manejándose los antecedentes del Derecho italiano, francés y el Derecho foral catalán. En la segunda, el examen de los bienes propios se hace bajo la presencia de regímenes comunitarios y surgen los antecedentes del Derecho consuetudinario francés y el régimen foral aragonés. Por último, en la tercera, se hace un especial estudio de los parafernales, también en sistemas de régimen comunitario, referidos al Derecho castellano-leonés.

La perpetuación de la institución se realiza a través del Derecho romano, aunque si bien esa raíz podría hacer pensar que esos bienes sólo alcanzan sentido en el ámbito de un régimen dotal o, al menos, en uno de separación;

la Historia demuestra cómo esto no sucedería en determinados países y regiones, entre los que se encuentra el español.

La evolución enlaza el sistema jurídico español hasta el momento de su consagración legal en el Código civil bajo un sistema de comunidad.

C) LOS PARAFERNALES EN LOS CODIGOS DEL SIGLO XIX

En la misma forma que en las otras partes la autora sigue conectando inevitablemente el estudio de los bienes parafernales con el sistema económico en que se mueven. Tres son también los sistemas elegidos por la autora, aunque la variante de uno sea la legal o la convencional. El primero, dividido en dos, en el régimen dotal en el cual el examen se hace a través de los códigos italiano y francés de 1865 y 1804, respectivamente, haciéndose un estudio de la figura en el régimen legal francés de comunidad de muebles y adquisiciones. Es importante el estudio, pues a la precisión del mismo se une un examen comparativo de los diversos sistemas con el que recoge y regula nuestro Código civil, sobre todo en sus posibles analogías en orden a la licencia marital y la contribución de cargas, administración y goce.

El tercer sistema—pues ya hemos advertido que en el primero se conjugan otros dos—es el legal de gananciales del Código español de 1889, en el cual, aparte de examinar los antecedentes de la gestación de nuestra codificación, se hace un estudio de los dos principales sistemas forales—el catalán y el aragonés— en relación con el artículo 12 del mismo. Se completa el estudio con las dos vertientes en que los parafernales se ofrecen al contemplarlos: la administración de los mismos, con su inevitable percepción de los frutos y la enajenación tan estrechamente vinculada a la autorización marital.

D) EVOLUCION LEGISLATIVA TRAS LOS CODIGOS Y TENDENCIAS ACTUALES

La culminación del estudio histórico llega en forma de desembocadura al momento en que los bienes parafernales se «liberan» por así decirlo de la licencia marital. Quizá se hagan entonces más parafernales. Respondiendo a las mismas pautas que en partes anteriores, aquí se va estudiando los bienes en relación con los diferentes sistemas y las consecuencias que ello supone.

La legislación italiana de 1942 y la de 1975 son las primeras que abren marcha en ese sistema de signo separatista que caracteriza su legislación, aunque en la última reforma se conjugue también el sistema de comunidad legal. La consecuencia de la reforma es la desaparición de los bienes parafernales, habiéndose utilizado como técnica para ello el del sistema de igualdad de los cónyuges y de autonomía en el seno de la sociedad conyugal.

Especial examen recibe el Derecho foral catalán en su curva histórica, que va desde el Código civil a la Compilación foral, recogiendo en ésta con toda fidelidad la institución, aunque, como dice la autora, esta fidelidad no tenía paralelismo respecto del régimen legal, que ya no sería el dotal sino el de separación. Especialmente también se estudia la legislación francesa y la Ley de Reforma de 1965, así como el Derecho foral aragonés desde el Apéndice de 1925 hasta la última Compilación.

La obra termina con el examen de la reforma legislativa de nuestro Código por Ley de 2 de mayo de 1975. La autora adelanta en su planteamiento su idea: el problema que en otras legislaciones se centraba en el patrimonio privativo de la mujer, en el nuestro hacía referencia a los bienes parafernales. En efecto, a pesar de su denominación, estos bienes funcionan

en el Código civil a modo de privativos bajo un régimen de comunidad. Por ello, tampoco aquí basta la supresión de la licencia marital para que se consagren aquellos nuevos principios que informan hoy la mayoría de las legislaciones. Es precisa y urgente una reforma total del régimen de comunidad de gananciales.

La autora ofrece en su recapitulación final o general unas conclusiones y unos criterios que podrían servir en su día de orientación para una posible reforma. Deseo que a esa reforma—si llega—le sople el buen aire de estas orientaciones, pero me echo a temblar pensando en reformas parciales de un Código mediatizado por unos principios y una época que se trata de hacerlo valer en otras diferentes. ¿Se acertará esta vez o tendremos que modificarlo de nuevo apenas comience a regir?

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

HERRERO GARCÍA, MARÍA JOSÉ: *Contratos onerosos entre cónyuges. Publicaciones de Derecho civil*. 2.^a Cátedra. Salamanca, 1976.

Es preciso saludar con auténtico alborozo la aparición del presente volumen, primero de una serie de publicaciones que inicia el Departamento de Derecho Civil, II, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, que, con tanto acierto, dirige mi buen amigo JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS. Como en ese mundo de los libros y las publicaciones me muevo con cierta soltura, creo que me encuentro legitimado para destacar la valía de la publicación que habrá tenido que superar muchos y difíciles obstáculos—incluidos los pecuniarios—para ver la luz. Si el remate de la investigación es la publicación y ésta la posibilidad de cultura, este libro que recensamos es la muestra y el camino a seguir en la fecundidad del campo universitario.

El tema elegido es inédito en la bibliografía española: se trata de buscar un criterio general de validez para los contratos onerosos entre cónyuges. Materia que cobra una importancia de estudio riguroso, sobre todo después de la reforma de mayo de 1975.

Y ante el tema y su disyuntiva uno no puede menos de recordar una famosa anécdota que me contaron hace tiempo. Un guardia, a punto ya de la edad de la jubilación, tenía un hijo que estudiaba para ingresar en una determinada institución. Uno de los profesores que había de formar parte del Tribunal donde el muchacho tenía que examinarse era muy amigo del guardia. Se llamaba don Julio. Llegó el momento del examen y al muchacho no hubo forma de aprobarle. El padre se consideró obligado de tener una conversación con don Julio, para explicarle cómo diariamente él tomaba las lecciones del hijo y cómo estaba seguro de que el muchacho iba preparadísimo. Mire usted—le decía a don Julio—le controlo idiomas, literatura, química, matemáticas, todo don Julio, todo, se lo digo yo. Y don Julio alzó la cabeza y le preguntó al guardia: ¿También sabe usted lo que son las funciones polinómicas de variable real? Y el guardia contestó: también don Julio, también, pues llegando a cierta edad hay que saber de todo...

Esto me empieza a pasar a mí con el tema de la publicación. Yo me sabía las prohibiciones en materia de compraventa, sociedad y donación, pero ahora en esta labor de recensionista—y por razones de edad—tengo también que saber lo de la contratación onerosa entre cónyuges. Pero, claro, para llegar a ello me voy a ayudar de la magnífica monografía que cuida, escribe y publica MARÍA JOSÉ HERRERO GARCÍA, doctor en Derecho, vinculada estrechamente a la Universidad, con publicaciones históricas

sobre la materia y trabajadora infatigable en el Seminario de Derecho de Familia de la citada Universidad.

Prologa el libro, libro de quinientas y pico páginas, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, y en él, aparte de la presentación de la autora, exprime lo que puede ser la esencia de las ideas guía que se manejan en la monografía. ¿Son posibles los contratos entre cónyuges? ¿Por qué los prohíbe el Código civil? ¿El fundamento de una prohibición puede servir de base para extenderla a todos los contratos onerosos? La clave del tema—dice DE LOS MOZOS—sigue siendo el artículo 1.458 del Código civil, de cuya encrucijada hay que seguir deduciendo, mediante un examen minucioso de una serie de círculos de relación, o conexiones de problemas, el criterio general para el planteamiento del tema, criterio que se analiza en concreto y de forma exhaustiva por la autora del presente libro, en relación con los contratos de compraventa y de sociedad, suministrando las pautas para un planteamiento valedero respecto de cualquier otro.

La obra se estructura en nueve capítulos, llevando una tabla de abreviaturas, un índice bibliográfico importante y otro sistemático o general del contenido. Seguir paso a paso esta estructuración se me antoja dificultoso para la finalidad de esta recensión. Por ello—y partiendo de ese permiso tácito que la autora da al consentir en la crítica de su monografía—voy a distinguir para el lector tres grandes partes en la obra, a las cuales me ajustaré: una parte histórica, otra referida a la situación actual del Código civil y una tercera en la que se conjuga el tema con el estatuto patrimonial. La autora nos viene a dar la razón, ya que al exponer el esquema del trabajo a seguir en el estudio explica la necesaria utilidad que representa averiguar la razón histórica de la prohibición, el precedente más inmediato que influye en nuestro Código, el estudio de un derecho comparado (singularmente el francés y el italiano) y las consecuencias de todo ello en el examen de nuestro ordenamiento.

A) ASPECTO HISTORICO Y DERECHO COMPARADO

Después de señalar los principales argumentos en que se basan los criterios de nulidad de los contratos onerosos entre cónyuges y demostrar la insuficiencia de los mismos, se adentra la autora en el Derecho romano. Para poder exponer el principio que rige en este Derecho examina previamente las diferentes situaciones familiares que inciden en la posible validez de los contratos entre cónyuges.

Dos vertientes le sirven de pantallas para ofrecer la situación romana. Un principio general de prohibición de donaciones entre cónyuges y el de validez de los contratos entre los mismos. Para exponer el primero se examinan los requisitos que deben reunirse, los actos que deben reputarse prohibidos por constituir una donación (donaciones de la madre a la hija casada, pactos entre cónyuges sobre la dote, nulidad de donaciones a través de tercero) y aquella serie de actos que suponen un simultáneo empobrecimiento y enriquecimiento. El principio de validez de los contratos entre cónyuges se ve restringido por la no aceptación de ciertas cláusulas y por ciertos contratos en particular, como son la compraventa, el contrato de arrendamiento y el de sociedad.

Respecto al Derecho comparado, la autora, siguiendo una evolución histórica, distingue entre el Derecho francés, anterior y posterior al Código napoleónico, y el Derecho italiano. La diversidad de regímenes existentes en el Derecho francés escrito y consuetudinario, así como el principio de comunidad, han de influir en esa fase histórica que llega hasta el Código de Napoleón. En éste, aun recogiendo los principios de comunidad y el sometimiento y dependencia de la mujer casada respecto a su persona y bienes a la jefatura marital, no se consideran incompatibles con las rela-

ciones contractuales entre marido y mujer, estableciendo limitaciones, no en función de un especial régimen especial económico del matrimonio, sino en la reserva a favor de los herederos legítimos del donante. Se conserva en la actualidad la prohibición de la compraventa, se flexibiliza un tanto la cantidad disponible por donación y se reconoce y regula la constitución de diversos tipos de sociedades entre cónyuges.

En el Derecho italiano pesa históricamente la regulación romana que se mantiene por la obra de los glosadores y comentaristas, recibiendo por los pandectistas y ejerciendo una gran influencia en el período codificador de Italia. En el ordenamiento italiano de 1865 los límites de las relaciones contractuales entre cónyuges se encuentran en la regulación de las liberalidades. En el año 1942 se mantiene la posibilidad de la revocación de las donaciones, mitigándose—por falta de alusión—lo referente a la constitución de sociedades entre cónyuges. En el año 1975 se reforma el Derecho de Familia y, sin embargo, permanece inalterado el sistema prohibitivo de donaciones para los casados.

Forzosamente el Derecho histórico español es sometido a un examen minucioso. Se inicia la exposición con el período anterior a la influencia del Derecho visigótico y la que éste ejerció sobre el histórico. El Derecho visigótico se caracteriza por la inexistencia de precepto prohibitivo y la existencia de ciertas normas que sirven para mantener un criterio de validez de las relaciones contractuales entre cónyuges. El siguiente período que se examina está constituido por la invasión musulmana y el período de la Reconquista, en el cual se destacan la idea de la penetración de los principios comunitarios y una especial regulación de las donaciones entre cónyuges, lo cual hace decir a la autora que la ausencia de normas prohibitivas nos puede llevar a concluir sobre el principio de validez de las relaciones contractuales onerosas entre cónyuges. Las partidas y los ordenamientos legales posteriores son igualmente estudiados minuciosamente. De ellos se deduce el principio prohibitivo de las donaciones, sin que exista una expresa prohibición de contratación onerosa, aunque ya surge el obstáculo de la autoridad marital.

Del examen de los ordenamientos que estaban vigentes en el momento de la promulgación del Código civil no se puede deducir un criterio de validez de los contratos onerosos entre cónyuges. Por ello la autora sigue en su investigación histórica examinando el Proyecto de García Goyena de 1851 con la licencia marital como primer obstáculo, el Proyecto de 1888, el criterio jurisprudencial anterior al Código y exposición de los preceptos del Código civil español en tema de contratos entre cónyuges (artículos 1.334, 1.458 y 1.677).

B) SITUACION EN EL CODIGO CIVIL

Aparte, como es natural, de los textos legales sobre la materia, lo que verdaderamente preocupa a la autora es el peso que determinados efectos del matrimonio produce y la interpretación que la doctrina da a los mismos, convirtiéndolos en verdaderos obstáculos para llevar a feliz término el principio de la validez contractual onerosa entre cónyuges.

Los dos efectos fundamentales que el matrimonio produce son el de la unidad familiar y la supremacía marital. Uno y otro van a ser los auténticos obstáculos que, junto a la representación marital, la licencia y la capacidad de la mujer, se esgriman para justificar un principio de prohibición de contratación entre cónyuges. Es decir, aunque no existía un principio expreso de prohibición, pesa sobre la doctrina la opinión de García Goyena, que basándose en el estatuto personal de los cónyuges dentro del matrimonio—especialmente la jefatura del marido y la necesidad de licencia

marital—entiende existente una constante y latente objeción general en torno a la contratación onerosa.

La autora replantea la cuestión haciendo la crítica del planteamiento tradicional y diciendo que las instituciones que en el Código de 1889 regulaban la diversa posición de marido y mujer en el ámbito familiar no estaban dirigidas a limitar, por principio, la capacidad negocial de los mismos, considerados individualmente, sino que la atribución de derechos y obligaciones, si bien pudiesen suponer en algún caso restricciones a su anterior capacidad, estaban orientadas por la necesidad de dotar al nuevo grupo familiar de una organización y caracteres acordes a sus específicos fines. Esta y otras muchas afirmaciones toman auténtico cuerpo al profundizar en la doctrina de la Dirección General de los Registros y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que van superando progresivamente el antiguo aforismo de la prohibición de contratación onerosa entre cónyuges. Es importante también el estudio crítico que la autora hace de los Derechos francés e italiano en sus últimas reformas.

Donde quizá la argumentación tiene más apoyo es en el examen que la autora hace de la Ley de 2 de mayo de 1975, reformadora del Código civil español, en el que desaparece la licencia marital y el principio de que el matrimonio restringía la capacidad de los cónyuges, con lo cual queda destruida en principio la afirmación de García Goyena. Se sigue manteniendo las prohibiciones en orden a la compra y a la sociedad. La autora profundiza más y examina los principios informadores de la reforma que la llevan a considerar válida la siguiente afirmación: la existencia dentro de nuestro Código de un criterio general de validez de los contratos onerosos entre cónyuges.

C) EL ESTATUTO PATRIMONIAL

Superada la idea de que el estatuto personal de los cónyuges al no estar recibido en sus limitaciones en la legislación actual no ofrece dificultad para el principio sustentado de la validez contractual entre cónyuges, la autora enlaza el problema con lo que ella denomina el estatuto patrimonial y, sobre todo, con el principio de inmutabilidad del régimen económico que la doctrina, contraria a un criterio general de validez, alegaba para intentar justificar limitaciones, o la negación, de la posibilidad de los contratos entre cónyuges.

Para la autora, la relación contratos entre cónyuges y estatuto patrimonial, ha de establecerse respecto a un régimen económico, verdadera ley en el matrimonio, ya sea por conveniencia o por imperativo del mismo ordenamiento en el régimen legal; independientemente de que se permita o no, por acuerdo de los cónyuges, que esa ley sea sustituida por una nueva regulación de este ámbito patrimonial.

Realmente lo que al legislador le preocupa es mantener a lo largo del matrimonio y en el momento de su disolución un equilibrio entre las masas patrimoniales o los distintos bienes pertenecientes al marido, a la mujer o bienes comunes y que aunque parezca que sólo se pone de relevancia en el momento de la disolución de la comunidad, es una regla que se considera de toda la regulación del régimen legal y que, por tanto, ha de observarse en los actos y negocios que durante el matrimonio se realicen. De ahí que habría que ir analizando cada tipo de contrato entre marido y mujer, resolviéndose su viabilidad o ineficacia en orden al respeto de esas normas de constitución y funcionamientos de los patrimonios privativo y común. La autora desciende al examen del problema de la accesión invertida del artículo 1.404 del Código civil, al principio de subrogación real y los contratos de venta y permuta.

Se termina la publicación o el estudio con una exposición especial so-

bre el contrato de sociedad entre cónyuges, en el cual la autora demuestra, una vez más, su gran capacidad de sugerencias y su posibilidad de oponibilidad a tesis sustentadas reiteradamente.

Si aceptamos la tesis mantenida por la autora en esta monografía—y razones hay más que suficientes para ello—nuestro principio de calificación tendrá más complejidades de las que ahora presenta, teniendo que examinar caso por caso aquellos contratos celebrados entre cónyuges que no violen las prohibiciones legales y que no vulneren esos principios de mantenimiento de equilibrio entre las masas patrimoniales de la sociedad conyugal. Yo recuerdo la gran «pega» que solía poner en los dictámenes para los ejercicios escritos de los que eran mis opositores: un contrato oneroso entre cónyuges y todos acudían al artículo 1.458 del Código civil y su prohibición sin cuidarse de leer la jurisprudencia que a pie de página traía el *Medina y Marañón*: uno de los cónyuges puede adquirir en su basta bienes que el otro posea pro indiviso con otras personas (Sentencia de 28 de noviembre de 1907). Si esto pasaba con ese particular caso, me imagino que la dificultad subirá en cuanto tratemos de acercarnos al usufructo, al arrendamiento, a la enfiteusis, a las agrupaciones, segregaciones, etcétera. De cualquier forma, la monografía recensionada deberá servirnos para arrancar de ella la idea o la sugerencia que apoye nuestra decisión.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

IANELLI, ANTONIO: *La nuova enfiteusi*. Nápoles, 1975, Ed. Jovene. 240 págs.

Una atracción singular ejerce un libro de fecha reciente y con el enunciado título para aquellos que iniciamos nuestra vida profesional (y durante largos años ejercimos) en un satélite industrial de la capital del Principado de Cataluña, en cuya zona no sólo subsistían arcaicas y no escasas enfiteusis rústicas, sino que su considerable desarrollo urbano aparecía en pleno paralelismo con las numerosas de solares producidas en el pasado siglo, todavía vigentes, y cuya constitución era aún acto no infrecuente y nada hacía suponer su decadencia, sobre todo teniendo en cuenta que, después de una profunda convulsión monetaria, las rentas en especie eran un apreciado señuelo para concedentes-inversores y los dilatados plazos un extraordinario desahogo para promotoras y adquirentes en aquellos duros, pero esperanzadores, años de ilusionada e intensa reconstrucción social.

Pero pronto la ilusión se desvanece. La nueva enfiteusis del Magistrado IANETTI no es más que una caricatura trágica, los despojos, de la institución clásica. La obra es la sangrienta historia de una «vía dolorosa» que conduce a la muerte lenta, la crucifixión. Es el mismo proceso que, en forma mucho más atenuada, se produjo en nuestra patria a partir de 1945, año en que el instituto se reguló sólo a efectos de liquidación.

La enfiteusis, con uno u otro nombre, debe ser tan antigua como la propiedad. Si no se citan más precedentes es simplemente por desconocimiento, pero tenemos la absoluta impresión de que algún contrato tipológicamente análogo debe aparecer entre los inmensos yacimientos que Oriente Medio va poniendo a disposición de los juristas. Lo corriente es hablar de los heleno-orientales, referirse a las concesiones de *ager publicus* para cultivo o edificación y a sus paralelos privados, y señalar sus características especiales que la sitúan entre la locación y la venta y a cuya canalización concurren tanto el *ius civile* como el *honorarium*.

En esquema, su complejidad clásica está sentada en tres jambas: perpetuidad, para ambas partes; canon periódico y obligación de mejorar o construir. A tal configuración se incorporan la «entrada», que juega en la reducción del canon; el derecho de prelación que, sin dañar al enfiteuta, permite al concedente, sobre todo al modesto, estimar transitorio su repliegue y reputarse todavía inmanente propietario; la aprobación, con su laudemio, caso de no ejercitarse la prelación, dividiendo extraordinario o «lote» de obligaciones, que actúa también como moderador del canon y es vigía de mejoras. Con el tiempo se adicionan, para su perfección o deformación, los más accidentales de reconocimiento, dimisión, reversión, prohibiciones de subenfiteusis y hasta la perpetuidad se diluye en largo plazo apareciendo la posibilidad de liberación forzosa.

El período medieval es una forma de vida económica y social que difícilmente acertamos comprender en nuestros días. Posiblemente para expresar la situación de equilibrio de las partes en la relación, se le aplica aquella metáfora del dominio dividido y se la confunde con otro grupo de instituciones no distantes que navegan entre el *locare* y el *emere* y que contribuyen sustancialmente a la estructuración europea: las *tenure* de Francia, o los *droits de bourgage* o *bail a domaine congeable*; los *leihe*, con las múltiples variedades de *bodenleihe* germánicos (*Platzrecht*, *Zimmerrecht*, *Baurecht*...) y los todavía tan lozanos *leases* ingleses no perpetuos, pero sin plazo determinado, que permiten englobar desde el de pisos amueblados por semanas hasta el de solares o predios por noventa y nueve, novecientos noventa y nueve o diez mil años. Baste indicar que la Law Property Act de 1922, para los prorrogables sin determinación del alcance de la prórroga, estableció límites de dos o tres mil años, según hipótesis. Sólo son inscribibles los de plazo superior a veintidós años.

Pero las prestaciones personales, como las rentas parasitarias, carecen de simpatías. El anonimato en el ejercicio de la usura a través de «financieras» o la especulación en solares o piedras preciosas es más rentable y menos arriesgado. La revolución francesa engloba la enfiteusis entre los derechos señoriales y, olímpicamente, los barre de la historia; el Código de Napoleón ni siquiera se refiere a ella y al ser transferido, en letra y espíritu, a los nuevos países americanos el mimetismo del trasvase les priva de un instrumento acaso utilísimo para la vertebración de su mundo rural, objetivo todavía expectante.

El Código francés, con las invasiones, se aplica a extensas zonas italianas y los Magistrados dudan en si la enfiteusis constituida queda abolida o se rige por las normas anteriores. Unificada Italia, el Código de 1865 la regula, pero con importantes innovaciones: supresión del derecho de preferencia, del laudemio, entre otras. La enfiteusis queda herida de muerte. El Código de 1942 no permite, para el futuro, sino los cánones en metálico y sólo alterables legalmente; aunque se producen revisiones, son de tal moderación que pasan a ser irrisorias. A partir de 1966, y en disposiciones de este año, de 1970 y 1974, se produce una inmensa confusión: la enfermedad actual de la transformación de la *legge* en *leggi* por inflación y devaluación consiguiente, *troppo leggi e fatte male*. Se elimina la revisión de cánones, se señalan límites al estipularlos inicialmente, lo propio que para el capital de redención.

Se ha atendido a demandas denominadas sociales, realmente políticas, y se legisla con fines electorales, favoreciendo a bases de mayor espectro a costa de otras menos numerosas. Suprimido el plazo de liberación, la enfiteusis queda convertida en una venta a término, a gusto del adquirente y por un precio tasado. Si había tenido alguna vitalidad para aparecer en la escena jurídica con fines fiscales, encubriendo ventas o donaciones, el fisco taponaba también el escape.

Se produce un maremágnum de clasificación de enfiteusis según la fecha de su constitución o su carácter rústico o urbano, que no interesa

detallar. Todas dichas leyes son impugnadas como inconstitucionales. Pero la Corte Constitucional resulta ser un órgano de índole política, con escasos miramientos a su función técnica y sus resoluciones no sólo son amargas y desilusionantes, sino que aún se permiten legiferar, constituyéndose el Tribunal en Superparlamento. Las frases de IANELLI y otros autores son durísimas.

Sin canon en especie que permita dilatados recorridos temporales; con intervención y tasación en pensión y capital de liberación; sin derechos de preferencia ni laudemios, privada de sus trazos más esenciales, la enfiteusis italiana no es «nueva»; simplemente no es tal. Otras instituciones autónomas y con otros nombres las conservan con mayor acento: desde las servidumbres, el derecho de superficie que regula el propio Código italiano, hasta las recientes y brillantes aportaciones suizas, alemanas y francesas en orden a la edificación.

La enfiteusis ha muerto sin honor, sacrificada a la política partidista. Pero las masas electorales continúan exigiendo predios y viviendas y otros institutos van configurándose como enfiteusis para sucumbir como ella. Los ex arrendamientos de Nart, los con prórroga forzosa y renta congelada constituyen una víctima propicia. En estos tiempos de soberanía popular, de primacía del trabajo y de llamada solidaridad social, el rentista parasitario es antisocial y representativo de un Estado de Derecho, configuración del neocapitalismo, ya caducado y que con los restos de su triple carga de norma, libertad y progreso conduce, en unos países más vertiginosamente y en Italia con mayores sinuosidades, a la llamada democracia popular. Un eufemismo.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

JAEGER, PIER GIUSTO: *Il voto divergente nella SpA. Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*. Giuffrè. Milano, 1976, 89 págs.

Con independencia del peso o del volumen, un legítimo artista pone de relieve en breves trazos su maestría. El estudio enunciado no es extenso, pero con el mismo su autor demuestra otra vez su alta escuela, su elegante estilo y un *humus* jurídico nada corriente. Su lógica, como un manantial, serpentea por los abismos compartimentados por doctrina y dogma y no se diluye en bruma de antecedentes. Un tema aparentemente banal, fútil o reputado «caso límite» o excepcional, manifestación de subnormalidad, ridiculez o capricho no susceptible de ser tomado en consideración ni protegido por el Derecho, adquiere singular relieve a lo largo de una lectura que se hace fluida y absorbente.

Hace ya más de sesenta años que HERWITZ formuló reparos a la doctrina tradicional del voto unitario y sus tesis, puntualizadas principalmente por KLAUSING, provocaron amplios comentarios en el Derecho continental. En España, en 1943 y precisamente en un excelente estudio sobre el derecho de voto aparecido en las páginas de esta Revista, URÍA las recogió, y más tarde él mismo, GARRIGUES, RUBIO y BÉRGAMO han insistido sobre ellas y sentado posiciones.

JAEGER, perseverante cazador, inicia su exposición acosando a la presa con una amplia *pars destruens*. Para ello acude a ASCARELLI: sólo un profundo conocimiento de la vida permite el ejercicio del arte de teorizar. Y cuando se afirma que el problema no es concebible y se observa como práctica corriente, y hasta la inglesa «Companies Act 1948» o la reforma del Código japonés de 1966 lo regulan concretamente, aunque en

forma dispar, más que razonar lo que se hace es exhibir un deficiente arte jurídico.

Hay casos perfectamente comprensibles: la Fiduciaria, que encubre varios titulares reales y con criterios opuestos: su variante, las SICOVAM francesas o los proyectados «Monte Titoli Azionari», encaminados a eludir el trasiego de títulos, pero que, de hecho, convierten a sus titulares en propietarios de género, no de especie concreta y numerada; el socio, parte de cuyas acciones están sindicadas y votan en sentido opuesto a su personal postura; el de los municipios u otras entidades públicas con composición pluripartidista y a las que escrúpulos democráticos y el deseo de evitar «fortines» políticos, que se producen con el voto unitario, en entidades de servicios o similares por ellos controladas, lo emiten en proporción a los criterios de sus diversos partidos, tema que ha provocado incluso jurisprudencia negativa en Alemania, o los viejos casos de los múltiples delegados sin instrucciones, especialistas varios, ingenieros, abogados o contables, que enjuician el caso desde diversas perspectivas, o los Bancos, que legalmente o mediante delegaciones en blanco emiten distintos votos para el mismo titular de varios depósitos.

Cierto que algunos de los ejemplos citados sólo rozan formalmente con el dogma; que en el fondo las titularidades reales son diversas, aunque la legitimación aparente sea sólo una. En cambio, en otros casos, el de las acciones sindicadas, se nos ofrece más como un conflicto «intra-subjetivo» de intereses que «intersubjetivo». En otros, el voto divergente es diáfano y, sin necesidad de acudir a testaferros, puede observarse en la vida diaria como el del jugador que apuesta a rojo y negro, en hipotética distribución y reducción de riesgos.

Existe una polarización de doctrinas respecto a las anónimas: la institucionalista destaca el interés de la empresa, el socio «órgano» y el «voto-función». La contractualista no tolera que tal interés supere el de los socios. Para aquélla, naturalmente, sólo es concebible el voto unitario y de acuerdo con los fines de la sociedad, siendo intolerable el capricho. JAEGER observa que tales fines, o el interés de la sociedad, no son siempre absolutos y palpables en las asambleas. Tal vez por ello los institucionalistas acuden a los clásicos argumentos conceptuales: quien vota es el socio, no la acción; el voto es una declaración de voluntad que no puede ser contradictoria; en el pecho del accionista no existen dos almas. Acuden incluso a las palabras y a la estructura de la ley.

JAEGER rebate estos argumentos tradicionales: el problema no fue tenido en cuenta por los legisladores y acudir a palabras de la ley y aun a su estructura, que ofrece argumentos para cualquier postura, es atribuirles un valor desproporcionado. Una cosa es una declaración contradictoria-ininteligible; otra es una perfectamente inteligible, aunque compuesta de dos partes aparentemente opuestas: no es lo mismo decir «vendo el fundo y no lo vendo», que «apuesto dos al rojo y tres al negro». El resultado práctico de tal hecho, no prohibido, puede ser sancionable, pero no el hecho en sí. Puede tratarse de una abstención, de una reducción de riesgo o de una reserva de derecho de impugnación en todo caso. Y la base de ello es siempre la acción considerada como una *monade*, que comprende en sí todos los elementos de la posición de socio, está dotada *Selbständigkeit*; es la eliminación del momento personalista, fase remota de las SA y la proclamación de la equivalencia acción = *bag of money*, el puro principio capitalista.

La solución del problema la enfoca a través de delicados distinguos y agudos razonamientos de FLORIANO D'ALESSANDRO, quien determina tres situaciones subjetivas del accionista: a) Las que le corresponden con independencia del número de acciones, como el derecho de información o intervención en las asambleas; b) Las que requieren precisamente un número determinado de ellas: convocatoria o los relacionados con la

responsabilidad de administradores. c) Aquellas en que el derecho es proporcional al *quantum*, de las que es paradigma el derecho de voto. La acción, en consecuencia, no es más que una noción descriptiva de una pluralidad de situaciones. El dogma de la cuota, en sentido global y sintético, adolece de falta de ductilidad y expresiones como las de «no se puede ser varias veces socio de una misma sociedad», se evidencian como deficientemente planteadas.

Hay que acudir, para solucionar conflictos, a principios extraños a la naturaleza o estructura conceptual de una institución. Tomemos, como ejemplo, el incumplimiento de la obligación de aportar respecto a algunas de las acciones suscritas. Si la resolución debe afectar a la totalidad o parte es problema que está influido indudablemente por la doctrina de la divisibilidad de las obligaciones. Si nos centramos en el voto divergente, admitido por la práctica, la solución no va a derivarnos del dogma de la unidad de la cuota, demolido por los planteamientos de D'ALESSANDRO, sino de principios como los de corrección, buena fe, *non venire contra factum proprium*, etc.

El socio, que indiscutiblemente puede votar con sólo parte de sus acciones, está también legitimado para votar con ellas en términos dispares. Son sus consecuencias las que deben ser enjuiciadas, y éstas se reflejan principalmente en el ejercicio de los derechos de separación e impugnación, evitando abusos.

El primero de ellos carece de entidad destacada. Aun admitiéndolo, lo que no considera adecuado JAEGER, se limitaría a las acciones que no han votado afirmativamente. Tal derecho es una «reliquia personalista» de interpretación restrictiva y tendencia eliminatoria, sin excesiva importancia. Pero el derecho de impugnación ejercitado por un titular de 100 acciones, una de las cuales haya votado en solitario contra el acuerdo, debe considerarse un abuso manifiesto. La jurisprudencia ya ha distinguido entre «legitimación» en los casos de impugnación e «interés», y ha llegado a la conclusión de que debe ser rechazada aun ejercitada por socios legitimados cuando carezcan de efectivo o racional interés. Y la valoración del mismo no es posible realizarla previamente, como dispone el Código japonés, sino precisamente *in sede impugnativa*, a la vista de las consecuencias. El voto divergente en sí no daña a nadie. Es en cuanto implica un abuso intolerable, una conducta de mala fe, un perjuicio para terceros, cuando pasa a tener entidad y reclama límites.

El estudio termina con interesantes apuntes sobre el problema en relación con las participaciones de las sociedades limitadas; la posibilidad de ejercicio del mismo en caso de acciones de voto plural; la legalidad de las prohibiciones estatutarias del mismo directamente o por medio de delegaciones varias... De los enunciados, el último es el que despierta nuestra amplia simpatía; es la reacción del cuerpo social en tiempos en que todo se confía a la actividad del Estado, esa gran ficción, como decía BASTIAT, a través de la cual todo el mundo se esfuerza en vivir a expensas de todo el mundo. Pero se trata de un planteamiento excepcional, inactual. Algo así como una rosa de otoño, cuyo encanto podrá ser más sereno, pero que contiene todo el patetismo de lo tardío, lo postrero.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Los créditos hipotecarios*. Edit. Reus. Madrid, 1977, 101 págs.

Con claridad, rigor y sentido práctico, el profesor LALAGUNA lleva a cabo «una construcción dogmática que permita explicar las peculiares características del crédito hipotecario, considerado generalmente como yuxtaposición de un derecho personal (crédito) y un derecho real (hipoteca)». Y ello porque «el crédito hipotecario posee estructura unitaria y una muy notable autonomía», que hace imprescindible una construcción unitaria y sistemática del mismo, constituyendo la transcrita afirmación del autor «la idea central de este estudio».

La necesidad de dicha construcción se acentúa como consecuencia de la dispersión legislativa de esta materia (ubicada en los Códigos civil y de Comercio, así como en la Legislación hipotecaria y en la Ley de Enjuiciamiento Civil) y del hecho de que doctrinalmente aparezca «tratada en distintos capítulos del Derecho de obligaciones y del Derecho de cosas».

Distribuida esta magistral indagación en seis capítulos—a los que precede una «introducción»—son estudiados (en el I) sus «presupuestos críticos», poniendo especial énfasis el autor en subrayar el riesgo de que permanezcan en la sombra «los aspectos más genuinos del régimen de los créditos hipotecarios», si se polariza la atención en la idea de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito. «Los créditos hipotecarios—nos dirá—suelen tratarse principalmente en el capítulo de la cesión de los créditos; dentro de este campo, su estudio aparece dominado por la idea de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito. La consideración dominante de esta idea contribuye notablemente a que los aspectos más genuinos del régimen de los créditos hipotecarios queden en la sombra. La razón de esto es que, desde el punto de vista de la cesión, todos los derechos accesorios siguen la suerte del derecho principal, y en este sentido no cabe apreciar diferencias específicas entre la hipoteca y otras formas de garantía, como la prenda, la fianza o el privilegio.»

Seguidamente expone la afirmación (de ROCA SASTRE) de que «el crédito hipotecario constituye una entidad compleja compuesta de dos elementos: el *crédito* y la *hipoteca*» (ésta, como elemento accesorio, sometida a la suerte del crédito), y la negación (por parte del mismo hipotecarista) de que la hipoteca influya en el crédito (éste «vive su vida», nos dirá ROCA). A continuación verifica un esquema del «estado actual» de la doctrina, para concluir afirmando (con base en un atento análisis del cuadro de efectos del crédito hipotecario) que «la conexión entre el crédito y la hipoteca es más profunda de lo que suele admitirse», por lo que no puede concebirse el régimen jurídico del crédito hipotecario como «el resultado de la suma de efectos de un derecho personal y un derecho real», sino como «un cuadro de efectos que es el resultado de un juego de *recíprocas* influencias entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas», en esa zona de la realidad jurídica denominada por MAX KASER «el cruce del Derecho de obligaciones y del Derecho de cosas».

En la exposición de los «principios que configuran el régimen de los créditos hipotecarios», reconoce el autor cómo el crédito *determina* (como elemento principal) la suerte jurídica de la hipoteca (elemento accesorio); pero lo hace subrayando que «no es menos cierto que la hipoteca introduce modificaciones en el régimen propio del crédito al dotarle de ciertas cualidades que el crédito, por su propia naturaleza, no tiene, y que permiten al acreedor hipotecario actuar en el campo de los derechos reales, lo que no está al alcance de ningún titular de un crédito común

(sea o no privilegiado)». Y es que, en definitiva, «la estructura del crédito hipotecario presenta una gran complejidad», pues nos encontramos ante «la conexión de dos relaciones jurídicas heterogéneas: una relación obligatoria y una relación real», cosa muy distinta—ejemplariza el autor—de la que ocurre con la fianza, donde «se articulan dos relaciones jurídicas homogéneas... y las dificultades que pueda suscitar su conexión se resuelven, en principio, sin salir del campo del Derecho de obligaciones».

En el capítulo II contempla la naturaleza de los créditos hipotecarios, destacando su *carácter real* en un doble sentido: *a)* que «la tutela y la realización del crédito dejan de depender del comportamiento personal del deudor», no estando sometidos a las contingencias de una posible situación adversa en su patrimonio (insolvencia, quiebra, concurso), y *b)* que el derecho del acreedor recae directamente sobre los bienes, pudiendo dirigirse contra cualquier poseedor de los mismos (art. 1.876 del Código civil). Analiza la *autonomía* de tales créditos y las consecuencias prácticas de la misma en situaciones concursales, tanto cuando se reclame el concurso o quiebra «durante la fase de ejecución de la hipoteca» como en el supuesto de que sea *anterior*. En el primer supuesto—concluye el profesor LALAGUNA—, «la realización del crédito hipotecario no queda detenida por el hecho de que el deudor sea declarado en concurso o quiebra»; mientras que en el segundo, el crédito hipotecario continuará devengando intereses (arts. 1.916 del Código civil y 884 del de Comercio); «los acreedores hipotecarios, que, en principio..., *no están obligados* a intervenir en el juicio de concurso o quiebra, ni su derecho está condicionado al reconocimiento judicial de créditos, *pueden*, sin embargo, unirse a los demás acreedores, conservando en todo caso su derecho de preferencia» y gozando de una situación jurídica singular dentro de la «masa» (v. gr., no están sujetos a la sanción del art. 1.279 L. E. C. para el acreedor moroso); tales acreedores hipotecarios no son afectados por los convenios de la Junta (art. 1.917 del Código civil y 900 del de Comercio), y, finalmente, «los créditos hipotecarios se pueden realizar *fuera* del concurso o de la quiebra (después de haber sido declarada la situación de insolvencia del deudor».

Dedica especial atención al «significado de la inclusión de los créditos hipotecarios en las reglas de prelación del concurso», rechazando el que puedan considerarse «créditos privilegiados», con base en que «la preferencia del privilegio deriva de la ley, en tanto que la del crédito deriva de la voluntad de los particulares» (cita, en esta línea, a GULLÓN BALLESTEROS y aduce la definición de «privilegio» del art. 1.923 del Proyecto de 1851). Seguidamente estudia «la preferencia de los créditos a favor del Estado y de los aseguradores sobre los créditos hipotecarios», considerando desafortunada (con GULLÓN) la referencia a los créditos hipotecarios en el artículo 1.923 del Código civil: expone cómo la preferencia a favor del Estado ha sido modificada por el artículo 194 de la Ley Hipotecaria, artículo 73 de la Ley General Tributaria y otras, y analiza el alcance y la repercusión de esta normativa, para concluir afirmando que esta «preferencia» en favor del Estado «no representa un perjuicio ni amenaza siquiera para la existencia y realización de los créditos hipotecarios». Por lo que concierne a la preferencia de los créditos de los aseguradores, considera que «no sólo no perjudica a los créditos hipotecarios, sino que representa para los mismos un beneficio».

Antes de cerrar el tema de la autonomía de los créditos hipotecarios pone de relieve que «en ningún caso, ni siquiera cuando los bienes hipotecados resulten suficientes para la satisfacción del crédito, el crédito se degrada hasta el punto de convertirse en... vulgar», pues al tener que constar la hipoteca en escritura pública para acceder al Registro, tal crédito hipotecario estaría incardinado en el artículo 1.924, 3.º, A, del Có-

digo civil (incluye los créditos que «sin privilegio especial consten en escritura»).

Finalmente, estudia, en este capítulo II, «el contenido real de los créditos hipotecarios, comenzando por realizar interesantes «precisiones dogmáticas», sintetizables en la afirmación de que «la naturaleza del derecho del acreedor hipotecario se manifiesta en tres aspectos: 1) en un poder inmediato del titular del crédito sobre la cosa hipotecada; 2) en un fenómeno de incidencia del crédito hipotecario en el ámbito del poder del dueño de la cosa hipotecada; 3) en el hecho de la vinculación real del bien hipotecado al patrimonio del acreedor, en tanto la obligación garantizada no se cumpla». Tales aspectos son objeto del profundo análisis, concluyendo el del tercero de ellos con la siguiente formulación definitiva: «La titularidad del acreedor hipotecario no consiste en una *expectativa jurídica* de realización del valor del crédito, sino en un derecho subjetivo sobre la cosa hipotecada, precisamente en cuanto la realización del valor es un hecho futuro y no puede, por tanto, servir de objeto material a un derecho que tiene existencia actual y naturaleza real.» De la que colige «que el objeto del derecho que corresponde al titular del crédito hipotecario está dentro de su patrimonio».

En el capítulo III se contempla la «tutela de los créditos hipotecarios», comenzándose por exponer los «medios de protección de los créditos comunes» y razonándose cómo no pueden ser utilizados por los acreedores hipotecarios (lo que no implica limitación, sino todo lo contrario, «en cuanto los créditos hipotecarios están protegidos por un cuadro de facultades de defensa más completo y eficaz»). Seguidamente son estudiadas estas «medidas de protección» *específicas* (ampliación de hipoteca, subrogación real, acción de devastación) en exposición clara y sintética.

Especial acentuación del sentido práctico (que preside toda la obra) encontramos en el capítulo IV, dedicado al estudio de la «realización del crédito» y de las acciones y procedimientos encaminados a tal realización.

Comienza el autor exponiendo las posiciones formuladas por ROCA SASTRE y SANZ FERNÁNDEZ respecto al ejercicio de la *acción personal* (derivada del crédito) y la *acción real*, que se deriva de la hipoteca. El primero defiende la *tesis de la opción* (entre ejercitar la acción personal o la hipotecaria), habiendo tenido esta posición acogida en la mayor parte de nuestra doctrina; mientras que SANZ FERNÁNDEZ considera que «el acreedor ha de dirigirse contra los bienes hipotecados con preferencia a todos los que forman parte» del patrimonio del deudor, no tratándose de una facultad, «sino de un deber, con un correlativo derecho del deudor de hacer efectivo el crédito realizando los bienes hipotecarios, no pudiéndose dirigir contra los demás más que en el caso de insuficiencia de aquéllos respecto del déficit no percibido».

A continuación analiza «el problema de la dualidad de acciones», sometiendo a crítica la tesis dualista (con base en los arts. 1.799 y 1.812 del Proyecto de 1851, el comentario de ANTÓN DE LUZURIAGA y en la normativa vigente) y aceptando, como punto de partida, la posición de SANZ FERNÁNDEZ.

Seguidamente expone los procedimientos para el ejercicio de la acción hipotecaria, centrando su atención en los dos más frecuentemente utilizados—judicial sumario y ejecutivo ordinario—, cuyas ventajas e inconvenientes analiza, dedicando epígrafe independiente al estudio de «la naturaleza de la acción ejercitada y el problema de la legitimación». Cierra el capítulo con estas conclusiones: 1) «No se puede afirmar de modo categórico que en nuestro ordenamiento se haya eliminado técnicamente la posibilidad de anomalías en la realización del crédito hipotecario como consecuencia de un ejercicio disociado de una acción “personal” contra el deudor y una acción “real” contra el propietario o el tercer poseedor de la finca.» 2) En tanto subsista la hipoteca no se puede producir el ejercicio

aislado e independiente de una acción personal contra el deudor, que provoque la ejecución sobre bienes de su patrimonio sin alcanzar a los bienes especialmente hipotecarios en garantía del crédito. Sólo procederá el ejercicio de la acción personal cuando se haya realizado o extinguido la acción hipotecaria.

En el capítulo V son estudiados los «actos de disposición de los créditos hipotecarios», analizando el autor la «cesión» de tales créditos y la «constitución de subhipoteca». La cesión—nos dirá el profesor LALAGUNA—«no proporciona ningún dato de interés acerca del contenido real del crédito que es objeto de cesión», mientras que la posibilidad de que pueda ser hipotecado el derecho de hipoteca «resalta muy claramente el contenido real del crédito hipotecario».

Una y otra figura—cesión y subhipoteca—son objeto de cuidadoso análisis, si bien el autor concede singular atención al estudio de la segunda, considerando que el objeto de esta garantía «no es ni el derecho de hipoteca ni el crédito hipotecario», sino la finca hipotecada en la precisa función de garantía que define la hipoteca básica». Destaca la «doble accesoriad» existente en la relación de subhipoteca (al depender de la subsistencia de los créditos el garantizado por ella y el garantizado por la hipoteca básica), así como «el fenómeno de la presencia de un nuevo crédito junto al que ya existía». Y ello para terminar afirmando que «aunque la ejecución de la subhipoteca se explica como un fenómeno de subrogación», anteriormente, «durante la fase de seguridad, han coexistido sobre la misma finca dos derechos de garantía», con lo cual la misma finca «ha cumplido a la vez una doble función de garantía».

Finaliza esta obra con su capítulo VI, dedicado a la extinción de los créditos hipotecarios, que expone el autor distinguiendo: a) extinción de la obligación garantizada y cancelación de la hipoteca; b) extinción del crédito por virtud del pago hecho al acreedor; c) causas de extinción del derecho de hipoteca; d) cancelación de la inscripción de la hipoteca, y e) prescripción de la acción hipotecaria.

En cuanto a la causa a), la necesidad, para que el derecho real de hipoteca deje de existir, que se cancele la inscripción, aduciendo lo preceptuado en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, y la posibilidad—contemplada por Cossfo—de que «extinguido el crédito y no cancelada la hipoteca, ésta sea cedida a un tercero que reúna las condiciones de beneficiario de la fe pública registral, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en cuyo caso—concluye Cossfo—, «la hipoteca adquiere sustantividad propia y vida con independencia del crédito extinguido, en cuanto al tercero se refiere».

Por lo que concierne a la causa b), sistematiza los diversos supuestos, distinguiendo las situaciones en que el deudor es titular de la finca hipotecada, de aquellos en que las condiciones de deudor y de titular de la finca hipotecada corresponden a personas diferentes. Dentro del primer grupo de situaciones, estudia el pago hecho por el deudor al acreedor, el que realiza un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación y el hecho por un tercero extraño a la relación obligatoria, mientras que en el segundo grupo contempla la hipoteca en garantía de una deuda ajena y la transmisión de la finca hipotecada con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

Las causas de extinción de la hipoteca igualmente son estudiadas de forma sistemática, analizándose en sus correspondientes apartados la renuncia, el acuerdo de extinción entre acreedor y tercer poseedor, la extinción de la hipoteca por acto unilateral, la pérdida de la cosa o extinción del derecho hipotecado, la ejecución de la hipoteca por ejecución de otra preferente y la extinción por estas causas: caducidad o decadencia del derecho, caducidad de la inscripción, consolidación de derechos o denuncia del hipotecante.

En el siguiente epígrafe se exponen y analizan las diversas causas de

*

cancelación de la hipoteca (mejor—nos dirá el autor—de cancelación de la inscripción), concediéndose singular atención al estudio del artículo 179 del Reglamento Hipotecario y de la doctrina de la Dirección General con el mismo relacionada.

Finalmente, se cierra el capítulo—y la obra—con un acabado análisis de la prescripción de la acción hipotecaria, que concluye el autor adoptando la posición siguiente: a) Separar, «como figuras heterogéneas, el crédito escriturario, al que se debe de aplicar la prescripción de quince años de las acciones personales, y el crédito hipotecario, al que se debe de aplicar en todo caso el plazo de veinte años de la acción real hipotecaria». b) Por consiguiente, «no existirá problema en el caso de que, ejercitada la acción hipotecaria, sometida al plazo de prescripción de veinte años, pueda resultar, en parte, insatisfecho el crédito después de ejecutada la hipoteca», pues en dicho supuesto, «la parte de crédito insatisfecha quedaría reducida objetivamente a la condición de un crédito común, y entonces se podría aplicar para este crédito el plazo de prescripción de quince años».

Posición—la transcrita—a la que se llega después de una cuidada exposición y crítica de las mantenidas en tema tan cuestionado (y cuestionable) como rico en variada casuística.

JUAN HERRERA CATENA

Profesor Adjunto de Derecho civil. Granada

VIGUERA RUBIO, JOSÉ MARÍA: *La notificación del protesto*. Prólogo de MANUEL OLIVENCIA RUIZ. Ed. Montecorvo. Madrid, 1977, 236 págs.

En ausencia de una reforma global del Derecho cambiario español, con la incorporación de la Ley Uniforme de Ginebra y de las nuevas experiencias y soluciones eclécticas en materia cambiaria, que superan ampliamente aquélla, en especial en la perspectiva del Proyecto de Ley Uniforme preparado por la UNCITRAL (sobre este último, ver M. J. BONELL: *Versa la creazione di un titolo cambiario internazionale*, «Riv. Dir. Comm.», 1973, I, 146 ss.), la reforma del protesto introducido por la Ley 47/1967, de 22 de julio, ha permitido a la doctrina replantear algunos de los temas cambiarios más vidriosos: naturaleza del protesto; posición, en relación con él, de los diversos obligados cambiarios; aplicación práctica del nuevo sistema, etc.

El tema merece dos tipos de consideraciones: En primer lugar, su carácter eminentemente práctico, casuístico, en el que la labor profesional de los Notarios ha ido elaborando colegialmente una serie de soluciones —no siempre homogéneas—a los numerosos problemas no resueltos (ni antes ni después de la Ley de 1967) por el Código de Comercio. En segundo lugar, es Derecho esencialmente «notarial», y por ello profesional, en el sentido de regular la actividad ejercida monopolísticamente por un cuerpo de funcionarios, y se relaciona con el problema de la masificación de los títulos valores, que ha reclamado soluciones simplificadoras: por ejemplo, en relación con el manejo y negociación de valores mobiliarios, el Decreto de 25 de abril de 1973 sobre compensación y liquidación de operaciones en Bolsa. Con el peligro de que, consciente o inconscientemente, en la interpretación de la ley (y en su propia elaboración, como ocurre en este caso) puedan prevalecer los intereses del cuerpo sobre la colectividad, en detrimento, en definitiva, de los principios cambiarios. A la «crisis de la letra de cambio», debida a muy diversas razones, se uniría esta dete-

rioración de la intervención del fedatario público en la constitución del título cambiario. No es extraño, pues, que la Ley de 1967 haya sido sometida a un juicio público, en el que la «acusación» fue iniciada por el profesor BERCOVITZ, seguido por otros autores universitarios, en tanto que la «defensa» ha corrido decididamente a cargo de los propios Notarios. ¿Hubiera sido promulgada ésta, como otras leyes del mismo cariz «profesional», en una democracia política? Nos permitimos ponerlo en duda. ¿Cómo se explica, si no es por la especial naturaleza del régimen franquista (mitad autocracia, mitad anarquía), una reforma, promovida y defendida por los propios destinatarios de la ley (profesionales de tan bien ganado prestigio y con ingresos que nadie duda en calificar de elevados, aunque injustamente distribuidos), que empeora claramente el Derecho anterior?

Dos son, de entrada, evidentemente, los méritos de VIGUERA RUBIO en esta monografía: El de haber abordado una materia de gran complejidad, con una capacidad de análisis de las diversas situaciones y problemas, y sus posibles soluciones, que legitiman ampliamente su incursión en este Derecho «de Notarios». Y el de haber mediado una vez más, y con conocimiento de causa, en la valoración general de la reforma, con un notable sentido de ponderación intentando dar «a cada cual lo suyo». Aunque con una moderada inclinación en favor de los Notarios. Así, por un lado, definiendo la reforma en el sentido de que no ha producido la «quiebra» del protesto, ya que tanto antes como ahora—en su opinión—el protesto no da fe de la presentación de la letra, sino sólo de la ausencia de aceptación o de pago en un determinado momento, si bien, como reconoce el autor, la postura del librado-aceptante «se ve disminuida en orden al cumplimiento extemporáneo de su obligación» (págs. 45-87, y 87, nota 115). En tanto que censura la posibilidad, admitida por el artículo 505 en su nueva redacción, de que el protesto sea notificado por persona autorizada por el Notario que no posea fe pública, pues en tal caso la notificación no cumple la función autenticadora de falta de aceptación o de pago, lo que podrá alegarse en juicio sin necesidad de recurrir a la querrela de falsedad contra el Notario autorizante (pág. 160).

El libro de VIGUERA RUBIO, como advierte el prologuista, se inscribe en la relativa predilección o especialización de la Escuela de Mercantilistas de Sevilla por los temas cambiarios, y posee las características propias de ésta: amplia documentación (reflejada en las extensas 496 notas), academicismo y elevada construcción dogmática, capacidad crítica para enjuiciar la doctrina de los diversos autores, estilo cuidado y, a veces, preocupado por la originalidad en la expresión (culteranismo sevillano). Por ello, aun teniendo por origen una tesina de licenciatura, no debe sorprender el alto nivel alcanzado en esta «ópera prima» o, como se suele decir académicamente, de «iniciación a la investigación» (lo que es un decir en el caso que nos ocupa).

Con trabajos como éste queda plenamente justificada la iniciativa de las Facultades de Derecho de Sevilla y Valencia, al sustituir el tradicional examen de licenciatura por la presentación de una tesina, e igualmente esta reseña, que, al menos por su extensión—si no por otro mérito—, quiere estar a la altura de la obra reseñada.

Por último, otra observación, que tomamos del prologuista: en un momento de aletargamiento de la doctrina cambiaria extranjera (aunque ello sea un buen síntoma de que tras la LUG son menos los problemas planteados), entre nosotros la materia está mereciendo aún considerable atención (así, la aportación de GARRIGUES, en su *Curso y Tratado*; la de RUBIO, y otros estudios sobre aspectos parciales, como los de OLIVENCIA, MUÑOZ PLANAS, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, BERCOVITZ, POLO SÁNCHEZ, etc.).

Tras estas observaciones generales pasemos ahora a dar un breve resumen del contenido del libro, resaltando sobre todo las tesis mantenidas por el autor.

En el capítulo I enmarca el tema dentro de la «patología» de la letra de cambio (en expresión de OLIVENCIA) y de la diversidad de notificaciones, que constituyen el necesario (pero no siempre acertado en nuestro Código) aparato de «publicidad legal» de las incidencias de la letra a interesados en ella. Aparato que se reconduce a la «notificación» integrante del protesto, la notificación del protesto ex art. 517 y la comunicación privada del protesto de las entidades bancarias al librador ex art. 506-5.º

En otro orden de cosas, la letra es un título de presentación (necesariamente al pago; sólo en determinados casos a la aceptación) y un título de crédito. Por ello, las situaciones de anormalidad influyen en la confianza de cobro del tenedor y el Código le concede determinadas facultades, siempre que aquellas situaciones se atestigüen fehacientemente, y que pueden ser: a) anormalidad antes del vencimiento, por negativa a la aceptación (art. 481-1.º), o porque deje de aceptar otras letras (art. 481-2.º), o se constituya en quiebra el librado (art. 510); b) anormalidad al vencimiento por impago (art. 516). Presentación y levantamiento de protesto son indispensables para el ejercicio de las respectivas acciones.

En el capítulo II («En torno al concepto y funciones del protesto y su pretendida quiebra tras la nueva regulación») polemiza con las tesis de BERCOVITZ, que afirmó que la reforma alteraba «el concepto, función y naturaleza misma de dicha institución» (*La reforma del protesto*, 1967, página 13), en aras de «domiciliar el protesto en el despacho del Notario» (*ob. cit.*, pág. 147). En efecto, de la comparación entre la operatoria del protesto antes y después de la ley concluye VIGUERA que si aquél antes «giraba en torno al requerimiento realizado personalmente por el Notario, actualmente la esencia de la misma radica en esa notificación practicada *a posteriori* por el Notario o por la persona designada por él» (pág. 48). La reforma favorece a los Notarios, que ya no tienen que «personarse», en tanto que al llamado a pagar o aceptar se le «compensa» ampliando el plazo para hacerlo en la Notaría.

El autor, sin embargo, niega que la reforma haya dislocado tan gravemente el protesto, *ya que no es cierto* (como es doctrina ampliamente mantenida hasta ahora por GARRIGUES, RUBIO, BROSETA, BERCOVITZ, etc.) *que antes de ella* (y, al menos, desde el Código de Comercio de 1829) *el protesto acreditara el hecho de la presentación por el tenedor* (aunque sí de la realizada por el Notario en el acto de requerimiento), y que el artículo 502 (inalterado por la reforma) dice sólo que el protesto acredita «la falta de aceptación o de pago». Además, el Notario no podrá dar fe de un hecho (la presentación privada por el tenedor) que no ve, oye o percibe por los sentidos» (art. 1.º del Regl. de Org. y Régimen del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944, no modificado en este punto por el Decreto de 22 de julio de 1967). Además, el Código menciona por separado, repetidamente, como hechos distintos, *la presentación y el protesto* (artículos 460, 467, 469, 482, 483 y 516) (ver págs. 49-56). El estudio del Derecho comparado y de la LUG le permite constatar que, frente al Derecho español, o bien el tenedor no soporta la carga de la presentación, o bien, en los casos en que así sucede, puede cumplirla y al mismo tiempo acreditarla por la presentación mediante protesto (págs. 56-65). En Derecho español, sólo antes de la codificación y eventualmente en supuestos límite con posterioridad, coinciden el momento de la presentación privada de la letra y del protesto (con o sin presentación pública de la misma para levantarlo). Al propio tiempo, afirma VIGUERA que no existe razón para ofrecer al deudor dos momentos o posibilidades alternativas de pago (y también, añadimos, de aceptación), en el momento de la presentación pri-

vada por el tenedor y en el momento de la presentación por el Notario, «en igualdad de condiciones» (pág. 85).

Descarta también el autor la posible motivación de la tesis de que el protesto acredite la presentación de la letra, por temer que de lo contrario venga obligado el tenedor a probar judicialmente este hecho, pues, en su opinión, la carga de la prueba de la no presentación al «deudor cambiario» (*sic*, puede no ser aún «deudor cambiario», como ocurre con el librado no aceptante) que excepcione esta causa de caducidad. En tanto que el tenedor debe aportar la prueba fehaciente de la falta de aceptación y pago (protesto) y de la notificación de éste a los obligados cambiarios, que señala el artículo 517, nada debe probar con respecto a la presentación para ejecutar la letra. Entiende el autor que, «con arreglo al artículo 1.253 del Código civil, se puede sin esfuerzo considerar deducible del hecho del protesto..., el hecho de la presentación», pues «lo normal... es que las letras no sean llevadas ante Notario para protestarlas sino después de haber intentado sin éxito obtener el cumplimiento de la obligación cambiaria presentando la letra al deudor» (pág. 80). Por lo que si no es un hecho constitutivo ni tampoco extintivo, debe calificarse como hecho impositivo, cuya prueba, en base al artículo 1.214 del Código civil, deberá pesar sobre el obligado cambiario que alegue la caducidad de la letra, aunque ello constituya la prueba de un hecho negativo, «diabólica» (como han advertido autores como BROSETA y CASALS), pues, como dice el autor, citando a ROSENBERG, «considerar que, a pesar de ello, la prueba del hecho negativo no es necesaria significaría una modificación del derecho material» (pág. 82). Concluye el autor que en el Código aparecen perfectamente deslindados la «finalidad inmediata, genérica y fundamental del protesto» (art. 502) y «el modo, concreto y eventual, en que se confecciona dicha acta notarial» (art. 504 y ss.), que es lo único que se ha modificado en la reforma de 1967, admitiendo que se acredite la falta de aceptación y de pago por el hecho de que el obligado cambiario no se persone al recibir la diligencia (en el lugar del sistema anterior, en que el Notario le requería personalmente a ello).

Toda esta argumentación, que hemos intentado resumir «in extenso», nos suscita muy serias reservas, que vamos simplemente a enumerar: 1.º El protesto antes de la reforma *probaba generalmente la presentación, aunque ciertamente fuese la presentación por el Notario*: de ahí que, con la exigencia del protesto, aun sacado fuera de plazo, para conservar las acciones cambiarias (arts. 460, 525, etc.), se estuviera atando, bien atado, este cabo (la presentación de la letra), que ahora queda suelto. 2.º En el régimen anterior no daba igual pagar (o aceptar) a requerimiento del tenedor o del Notario, pues en el segundo caso había unos gastos que correrían a cargo de «quien hubiese dado lugar a ellos». 3.º Que el nuevo sistema introducido en 1967 haya convertido la prueba de la posible falta de presentación en carga del obligado cambiario es una grave solución, que contradice la naturaleza de la letra como título de presentación y de rescate, y amenaza, como en el caso de la excepción de falta de provisión de fondos, en convertir el juicio ejecutivo o en un instrumento de abuso (la presentación no se ha realizado y no se admite en dicho juicio la prueba de la no presentación) o en un pleito largo, oscuro e incierto. Por ello se comprende que tanto en nuestro Derecho anterior como en Derecho comparado, la presentación de la letra, cuando se exige, debe ser probada fehacientemente. Y sólo no se exigía cuando se trata de acreditar otros hechos, como la falta de aceptación de otras letras o la declaración de quiebra del librado. 4.º Que si es cierto que la necesidad de probar hechos negativos no puede alterar la carga de la prueba, no lo es menos que la presunción que admite el autor de que la letra protestada ha sido previamente presentada es totalmente arbitraria y no admisible dentro del artículo 1.253 del Código civil.

En el capítulo III analiza la naturaleza de la notificación, la cual, como claramente demuestra el autor, no es una mera notificación (mera «puesta en conocimiento»), ya que incluye una intimación a formular las manifestaciones a que se refiere el artículo 506 del Código. El protesto, tras la reforma, es un «acto complejo» que comprende tres periodos sucesivos: 1.º El protesto en sentido estricto o «protesta» (como le llama el preámbulo de la ley). 2.º La notificación. 3.º Todas las demás diligencias practicadas. Por ello, *la notificación es elemento constitutivo, fundamental e indispensable del protesto tras la reforma*, como destaca el artículo 521 en su nueva redacción («... en vista de la letra y del protesto levantado y notificado con arreglo a este Código...»), que contrasta con el restante articulado del Código, no modificado, que se refiere simplemente al protesto.

En el capítulo IV estudia a quiénes debe realizarse la notificación («destinatarios de la notificación»), que distingue de aquellas personas que en ocasiones la reciben materialmente (simples «receptores») o que son representantes de los destinatarios («notificados»). La reforma ha resuelto problemas como la admisión de la pluralidad de librados (art. 507-1.º, junto a los «indicatarios») y que todas las diligencias de notificación deben contenerse en la misma acta de protesto, salvo que los destinatarios residan en plazas diferentes. Pero no enumera taxativamente quiénes son los «destinatarios», lo que merece una interesante investigación del autor. Entiende que lo es el aceptante por intervención o por honor (págs. 110-126). Este no es asimilable a un obligado en vía de regreso, pues no puede subrogarse en lugar del tenedor (art. 512), no condiciona la obligación asumida a ninguna *condicio juris*, no es deudor «principal» como el librado aceptante y le es aplicable el artículo 480 del Código de Comercio. Sin embargo, *dada la finalidad de la notificación, ésta debe hacerse al aceptante por intervención que no pagó a la presentación por el tenedor*. Solución acogida en Derecho comparado y en la LUG. Por el contrario, el autor llega a la conclusión de que *la notificación del protesto no debe hacerse al avalista del aceptante*, en esencia, por los siguientes argumentos (págs. 127-139): 1.º En la doctrina anterior a la reforma de 1967, aunque había otras opiniones y soluciones practicadas por los Notarios, prevalecía la tesis negativa, a diferencia de los avalistas de librador y endosantes, en tanto que la notificación del artículo 517, como confirmó la reforma del artículo 521-2.º, debe realizarse a todos los avalistas, incluido el del aceptante (GARRIGUES, URÍA, OLIVENCIA, RUBIO, BROSETA, etc.). 2.º La posición jurídica del avalista del aceptante es distinta a la de otros avalistas y a la del aceptante por honor porque: no se le debe presentar la letra al cobro, por no haber sido designado ni por el librador ni por ningún endosante, ni ser su obligación principal y autónoma, sino directa y accesoria; para proceder ejecutivamente contra él se exige el reconocimiento de firma (arts. 521 del Código de Comercio tras reforma de 1967 y 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras la Ley de 16 de diciembre de 1954); la expresión «en los mismos casos y formas», del artículo 48 del Código de Comercio, alude a los supuestos de nacimiento de responsabilidad y a la naturaleza de ésta (no a las formalidades); tampoco el Derecho comparado ni la LUG exigen el protesto al avalista. *Tampoco cree el autor* (págs. 139-146) *que deba hacerse la notificación al domiciliatario*, en caso de «domiciliación perfecta», no contemplada expresamente en el Código, que en el artículo 505 sólo prevé la designación para el pago de un domicilio distinto al del librado. Razones: 1.º El domiciliatario no asume ninguna obligación cambiaria. 2.º La finalidad de la notificación se cumple entregándola al domiciliatario o sus representantes, pero dirigida al librado (el domiciliatario será un «notificado», no un mero «receptor», pues ha de conocerla para que produzca efectos sobre el destinatario).

El capítulo V está destinado al estudio de la práctica de la notificación y es el más extenso (págs. 149-226) y casuístico. A pesar de que la cédula

de notificación fue introducida en el artículo 504-10.º por Ley de 31 de diciembre de 1945, entre aquella y la actual notificación las diferencias son esenciales. La notificación debe hacerse simultáneamente a todos los destinatarios (art. 507), salvo el caso de indicatarios, en que el artículo 484 exige sacar un segundo protesto; el contenido de la cédula de notificación, exigido por el artículo 504-2.º, no coincide con una mera copia del protesto, pues ha de añadir el plazo para formular manifestaciones.

De gran interés en este capítulo es el estudio del «notificante». El artículo 504-2 dice que «será entregada por el Notario o por quien éste designe para ello a la persona a cuyo cargo estuviera girada la cambial», norma que, figurando ya en el proyecto de ley, no mereció ninguna objeción, pero que ha originado una grave problemática. Frente a las tesis de que la persona designada por el Notario realiza una función pública (CAMPO VILLEGAS, MARTÍNEZ VAL, ANDRINO HERNÁNDEZ, RUBIO) o que la fe pública del Notario cubre la actuación de aquella persona (CASTRO LUCINI), el autor sigue la opinión de BERCOVITZ (seguida por BROSETA y otros) de que *la notificación en esas circunstancias no goza de la fe pública*, «el protesto no cumple la función autenticadora de la falta de aceptación o de pago y, por tanto, las manifestaciones que constan en el acta del protesto podrán ser impugnadas, sin necesidad de acudir a la querrela de falsedad, como debería ser en el caso de que la diligencia la realizase el propio Notario» (pág. 160). La persona designada ha de tener, además, la aptitud precisa para cumplir su cometido, y de su actuación responderá el Notario, en general, si se prueba su culpa *in eligendo* o, si es un auxiliar de la Notaría, en las condiciones que señala el artículo 1.903 del Código civil.

El «receptor» de la cédula ha de ser «persona hábil», dotada de «capacidad natural de percepción» (no precisa capacidad de obrar plena) e indistintamente entre las señaladas en el artículo 504-2-2.º: dependientes, criados o más próximos parientes, cualquier persona que se halle en la casa o al portero del inmueble. En su caso, deberá entregarse al domiciliatario o a sus dependientes. Sólo en ausencia de todas estas personas se acudirá con igual criterio a los demás domicilios designados en la letra. Y resultando infructuoso este intento, se dirigirá el notificante a «un vecino con casa abierta en la población».

El estudio de quién debe ser este vecino demuestra una vez más la capacidad de análisis de VIGUERA (págs. 170-189). Antes de la reforma, la doctrina, especialmente los Notarios, defendían que podía tratarse de «cualquier vecino» y no el más próximo (porque no lo exigía *expresse* el Código; históricamente, la notificación al Alcalde en el Código de 1829 no tenía por finalidad que éste la transmitiera al librado; ser el último recurso para efectuar la notificación, etc.). Pero ya entonces existían algunos contraargumentos que señala el autor: al Notario se le ha exigido a veces una diligencia indagatoria (por ejemplo, del último domicilio conocido); la Exposición de Motivos del vigente Código dice que «procurará sea el más próximo al domicilio actual del librado o al que últimamente se le hubiere conocido»; la Real Orden de 2 de septiembre de 1915, que interpretaba el Código en este sentido; el parecer del Consejo Superior Bancario ante el Anteproyecto de reforma de 1926; la solución que se establece en numerosas leyes en orden a las notificaciones judiciales y extrajudiciales (arts. 41 LHN, 268 LEC, 131 LH, 36 del Reglamento de Procedimiento de Reclamaciones Económico-Administrativas).

Tras la reforma de 1967, la sustitución de la palabra «lugar» por «población» ha querido legitimar la interpretación notarial anterior. Pero frente a esta solución se opone el autor, por considerarlo contrario al contexto legislativo, con los siguientes argumentos: 1.º La notificación del protesto intenta que éste llegue a conocimiento del destinatario. 2.º El Decreto de 22 de julio de 1967, que modificó el Reglamento de Organización y Régimen

del Notariado de 2 de junio de 1944, cuyo artículo 202 obliga a hacer las notificaciones y requerimientos, en ausencia del destinatario y de otras personas en su domicilio, «al portero del inmueble o a un vecino cualquiera del mismo» (que se interpreta en el sentido «del mismo inmueble»), advirtiéndolo a los receptores «la obligación legal de hacer llegar a poder de aquél el documento que se les entrega». Concluye VIGUERA de ello que siendo válido el protesto realizado «a cualquier vecino de la población» (ex art. 505), ello no obstante acarreará una infracción reglamentaria del Notario, con su evidente responsabilidad: «La incongruencia es, pues, grande; pero fundamentalmente—y no es la única, como se ha puesto de relieve en más de una ocasión—con los propósitos (al menos, los declarados) que animaron al legislador para llevar a cabo tan sustancial reforma» (pág. 189).

Estudia luego VIGUERA el problema del domicilio para practicar la notificación, distinguiendo tres hipótesis: ausencia de domicilio o dirección del librado; indicación de uno sólo; indicación de varios domicilios. Especial interés tiene en el primer supuesto el estudio de la contradicción entre los artículos 444-7.º y el 505-2.º Estima que no es admisible la tesis (GARRIGUES, LANGLE, BROSETA) de que el segundo precepto hace innecesaria y no esencial la indicación del domicilio o dirección del librado, ya que el artículo 444-7.º es claro, se obstaculizaría la facultad del tenedor de exigir la aceptación, y el 505 resuelve un problema de estricta técnica notarial, no debiendo juzgar el Notario sobre la validez o invalidez de la letra protestada. Suscribe, por el contrario, la opinión de que la mención del domicilio o dirección del librado (ex art. 444-7.º) no es esencial, pero que sí que lo es la del domicilio para el pago, que podrá coincidir o no con aquél (SÁNCHEZ CALERO, POLO SÁNCHEZ, y comentaristas anteriores del Código); rechazando al propio tiempo la armonización de ambos preceptos con la interpretación del «domicilio» del 444-7.º en el sentido genérico de «su población», pues si ello pudo ser suficiente en 1885 para localizar al librado, no lo es ya hoy. Por último (páginas 216 y ss.), VIGUERA estudia los efectos de la notificación: 1) su constatación en el acta del protesto; 2) apertura del plazo para hacer las manifestaciones a que se refiere el artículo 506-1.º, que debe computarse a partir del «término» de que dispone el Notariado para hacer la notificación y, en consecuencia, se extiende hasta las catorce horas del tercer día hábil a aquel en que se rogó el levantamiento del protesto. Y las consecuencias de la falta de notificación o de su práctica irregular o viciosa (páginas 219-226), que producen la nulidad del protesto y el perjuicio de la letra.

* * *

Quizá por una excesiva cautela, dado lo comprometido del tema, el autor elude un juicio general sobre la reforma. Pero justamente este paso nos parece que era indispensable para plantear una prospectiva *de lege ferenda*. Si estimamos correcta la reforma, nada hay que decir, y estamos en el mejor de los mundos. Pero si la reforma es censurable, sólo quedan dos alternativas: O se vuelve a la situación anterior, y en tal caso habría de ampliarse el número de fedatarios públicos facultados para levantar protesto (ampliación del Cuerpo de Notarios, extensión de esta facultad a los Corredores de Comercio, etc.). O se arbitra algún nuevo sistema en el que el protesto, como instrumento auténtico que empapa todo el Derecho cambiario español, sea sustituido francamente por otros medios de comunicación y requerimiento no fehacientes. En este sentido, quizá el autor debería haber estudiado las nuevas reformas en la materia (por ejemplo, la italiana de 1971), continuando la labor realizado por BERCOVILZ en la primera parte de su libro.

En especial, es de interés la reforma italiana, Lev 349, de 12 de junio de 1973 (G. U. del 30 de junio), la cual «ha legalizado en cierto modo el abuso, transformando una situación de hecho en claro contraste con las normas vigentes, la utilización de dependientes en el levantamiento del protesto (requerimiento), en una situación legalmente válida y eficaz» (MARIO BATTAGLINI, *Il protesto. Testo e commento alla legge...* Giuffrè, Milano, 1973, pág. 6). Antes de la Ley, la práctica de los Notarios recurría ampliamente a la ayuda de sus auxiliares, pero la Suprema Corte calificaba en tal caso el levantamiento de protesto como falsedad ideológica cometida por el Notario, aunque con grandes discusiones sobre los elementos del delito (ver L. GRASSO, *Considerazioni sull'intervento di terzi nella redazione dei protesti cambiari in rapporto al falso ideologico del notario*, Giur. it., año 1972, II, col. 466, en que postula, o bien legalizar esta práctica—solución de la Ley de 1973—, o bien modificar el artículo 479 del Código Penal, de tal modo que dichas actuaciones no escapasen a la sanción por ausencia de dolo; y M. BATTAGLINI, *Il protesto*, Milano, 1972, págs. 70 y ss.).

La Ley italiana reconoce la facultad de levantar protesto, con la necesaria fe pública al Notario, al *ufficiale giudiziario* (secretario de Juzgado), al *aiutante ufficiale giudiziario* (oficial del Juzgado) y al *segretario comunale* (secretario del Ayuntamiento) (art. 1.º), que actuarán en nombre propio. Además, el Notario y el *ufficiale giudiziario* pueden enviar a realizar el protesto a sus *presentatori* (cuyos requisitos establece el art. 3.º) y el *segretario comunale* a un *messaggio comunale* (un alguacil). Estos actúan en representación de aquéllos, pero el protesto que redactan hace prueba plena, como documento público, en el sentido del artículo 2.700 C. Civile (art. 4.º). Por lo demás, se fijan los honorarios de protesto (art. 7.º) y las *indennità di accesso* o dietas de desplazamiento (art. 8.º). El art. 10 fija las reglas para la distribución de los protestos entre todos estos fedatarios públicos: si no se ponen de acuerdo, decide la Corte d'appello o Audiencia, o el Tribunal en quien ella delegue. Además, se prevé la cancelación de la anotación en el elenco de protesto (equivalente a nuestro Registro de Aceptaciones Impagadas, que en Italia es de naturaleza pública) para cuando el deudor paga la letra en el plazo de cinco días desde el levantamiento del protesto, o cuando se ha levantado de forma irregular (lo cual no será infrecuente en el futuro), y se crea un protocolo especial de protestos para los Notarios (artículos 12 y 13).

La reforma italiana, a pesar de las críticas doctrinales, también muy justificadas, resuelve el problema de la masificación de los protestos con «ingenio y gracia» (cualidad tan propia de los mediterráneos): delimita perfectamente la cuantía del pastel (aranceles devengados por los protestos), su distribución y tributación, y hace partícipes a otros profesionales del Derecho en el disfrute del mismo.

Sin embargo, la reforma italiana no suprime el requerimiento o presentación pública de la letra, respetando la necesidad de que de ella quede prueba plena.

He aquí, pues, una solución desmitificadora, generosa, práctica y coherente con los principios cambiarios, que contrasta con nuestra reforma de 1967. Aunque, sin duda, pueda resultar graciosa la imagen del alguacil de un pueblo serrano levantando con toda solemnidad el acta de protesto a un convecino.

Ello siempre que se quiera mantener el sistema de que la negativa a la aceptación y al pago deba acreditarse mediante protesto, para conservar las acciones de regreso y, en todo caso, la ejecutiva. Otra alternativa podría ser sus sustitución por el mero aviso privado del tenedor (*notice*) propio del Derecho anglosajón, que hace el protesto facultativo, salvo en letras extranjeras [secciones 48 y 51 (2) de la Bills of Exchange Act; arts. 3-501 (2) y (3) del Uniform Commercial Code de USA]. O bien la solución adoptada por el Proyecto UNCITRAL para la letra internacional, de que el protesto,

levantado por los funcionarios que señale cada ley nacional, sea necesario para conservar la acción de regreso, pero sustituible por la declaración escrita, fechada y firmada en la propia letra por el obligado directo o, en su caso, del domiciliatario (arts. 57 y 58). Acto privado que la propia L. U. G. permitía introducir a los Estados firmantes, previa la oportuna reserva (Protocolo II), tal como han hecho Italia, Bélgica, Grecia, Mónaco y Holanda.

O mucho nos equivocamos, o en esta materia los planteamientos *de lege ferenda* siguen siendo no sólo legítimos, sino incluso indispensables.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ
Prof. Agregado de Derecho Mercantil