

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II: «El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad», Editorial Cívitas, Madrid, 1993, 795 págs.

Desde 1988 en que apareció el primer tomo de esta obra hemos estado esperando su continuación en la certeza de que el siguiente tomo alcanzaría la misma tónica. Conociendo al autor no podía ser de otro modo y la espera lo ha merecido.

No es cosa de andar ahora presentando a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, Registrador de la Propiedad de Barcelona, uno de los que mayores prestigios está aportando a nuestra carrera. Sus actividades doctrinales continuas, sus libros y sus trabajos que ven la luz frecuentemente en varias publicaciones profesionales le otorgan una autoridad unánimemente reconocida. Ahora la lectura de este nuevo tomo nos confirma la idea de que José Manuel se encuentra en plena forma y son de esperar de su pluma aún mejores cosas, por muy difícil que esto pueda parecer.

Sabemos que tiene en el telar su tesis doctoral y anda ocupado siempre en el sinfín de artículos y comentarios que surgen de las cuestiones profesionales de cada día, que suelen girar sobre puntos candentes que no admiten demora. Eso hará que hayamos de esperar algo la continuación de esta obra. Mientras, seguiremos leyendo en esta REVISTA, en el Boletín del Colegio o en el del Centro de Estudios Registrales de Cataluña los estudios certeros y acabados de José Manuel.

La obra es larga y afanosa, pero la base doctrinal y la laboriosidad del autor son grandes. Por eso creemos en un final fructífero. De momento ya está aquí el segundo tomo, que comprende, como indica el subtítulo, el concepto de tercero y los principios de inoponibilidad, fe pública y prioridad, que es tanto como decir los temas centrales de nuestro sistema hipotecario.

Es sabido que la figura del tercero, que es el eje sobre el que giran los efectos de la publicidad registral en España, no está nítidamente determinada y ha sido objeto de inacabables discusiones y diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales. Entre la elemental noción de que es tercero quien no es parte y la más alambicada definición exigente de detallados requisitos hay toda una numerosa gama de construcciones que casi siempre oscilan alrededor de las dos posturas de «monistas» y «dualistas».

El autor expone la materia con total amplitud, contraponiendo al tercero genérico cubierto por los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil frente al tercero protegido de nulidades o resoluciones del artículo 34 de dicha Ley. El tercero del artículo 32 es el defendido por el principio de inoponibilidad, es el que inscribe en el Registro y al que no le perjudica lo que no está inscrito. En cambio, el protegido por el artículo 34 o principio de la fe pública supone una modalización o excepción de la regla del artículo 33 de

la Ley Hipotecaria, ya que la inscripción, unida a otros varios requisitos, permite convalidar los actos posteriores al contrato nulo, que en otro caso caerían arrastrados por los efectos en cadena de toda nulidad.

Tras reflejar una cuidadosa evolución histórica del tema, entra en el fundamento del principio de inoponibilidad que consiste en la eficacia de la publicidad registral por sí misma y en el propósito del legislador de luchar contra la clandestinidad inmobiliaria; de ahí la norma legal: los títulos no inscritos en el Registro no perjudican a tercero. Según esto, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA considera que la doble venta, a la que serían aplicables los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 y 1.473 del Código, representa un supuesto de adquisición *a dómino*, a diferencia del caso del artículo 34 de la Ley que se refiere a la nulidad de la previa transmisión y por tanto es una adquisición *a non dómino*.

En los capítulos III y IV del libro se recogen extensamente las diversas opiniones doctrinales sobre el particular, agrupadas, como ya sabemos, alrededor de las dos posturas fundamentales, que son las llamadas tesis monista o dualista.

La primera ve sólo un tercero de la legislación española, que es el tercero de la fe pública registral del artículo 34; las demás alusiones al tercero en otros preceptos no son más que meras manifestaciones de aquél.

En cambio, la tesis dualista del tercero, sin desconocer que existe una pluralidad de terceros, se centra en distinguir claramente entre los supuestos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, que corresponden a conceptos diferentes, a realidades o supuestos de hecho distintos y, por tanto, con dispar exigencia de requisitos.

A lo largo de 110 páginas JOSÉ MANUEL GARCÍA resume las opiniones de los autores y termina dando la suya, que se inclina al dualismo. Considera que los artículos 32 y 34 son distintos, tanto en su fundamento e ideas motrices como en los requisitos para su aplicación. En contra de la opinión de los monistas, considera el autor que el texto del artículo 32 no exige ninguno de los requisitos que señala el artículo 34; así, nos dice, el requisito de la previa inscripción no se le pide al tercero del artículo 32, ni tampoco la onerosidad de la adquisición; en cuanto a la buena fe la considera también exigible aquí, pero no por la misma razón que en caso del artículo 34 que responde a otra motivación.

Con un repaso amplio y detallado a sus modalidades y excepciones acaba el estudio completísimo de este principio de inoponibilidad, que había definido al principio como aquel en cuya virtud los títulos de dominio o de derechos reales no inscritos ni anotados en el Registro no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho. En 225 páginas de densísima doctrina el autor nos ha hecho una gran exposición de este principio.

A continuación, en los diez capítulos siguientes, se estudia el principio de la fe pública registral, basado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, característico de nuestro sistema por su protección de ese otro tercero singular. La altura doctrinal del estudio es francamente extraordinaria.

Concibe el autor el principio de la fe pública como aquel en virtud del cual el tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición *a non dómino* que realiza, una vez que ha inscrito su derecho, con los demás requisitos exigidos por la Ley. A diferencia del artículo 32 cuyo fundamento es la eficacia de la publicidad contra la clandestinidad, este artículo 34 se mueve en un campo totalmente distinto

en cuanto que, presuponiendo la nulidad o resolución de los efectos del negocio precedente, opera una protección que se basa en la confianza en la apariencia registral, originando una auténtica adquisición de quien no es dueño. JOSÉ MANUEL GARCÍA estudia ampliamente estas ideas clave que sirven de base a la construcción del artículo 34 y analiza los precedentes y evolución legislativa del precepto, hasta llegar a su formulación actual.

Los requisitos para su aplicación han sido ampliamente tratados por la doctrina y la jurisprudencia y en el libro se recoge el tema en todas sus variantes, con especial énfasis en la buena fe, su punto central, al que el autor también concede una atención extraordinaria.

Otro tanto hace respecto a los efectos de este principio. De nuevo recalca el autor las distintas consecuencias que le atribuyen las que antes llamó tesis monista y dualista del tercero. Para los primeros, los artículos 32 y 34 responden a una misma idea, ya que en ambos se manifiesta el efecto de la adquisición *a non domino*. En cambio, para la tesis dualista esta adquisición *a non domino* sólo se produce en el artículo 34, es decir, cuando civilmente no existe título. Todo el capítulo se dedica a este asunto puntual, con las diversas opiniones doctrinales que el autor analiza de modo magistral.

En otros tres capítulos se contemplan, o casos de no aplicación (datos físicos de la finca, estado civil de las personas y derechos obligacionales y menciones), o casos de excepción propiamente dicha del principio de la fe pública, bien por vía de suspensión de efectos o de simple no aplicación.

Dentro todavía del principio de fe pública registral, JOSÉ MANUEL GARCÍA estudia las relaciones de los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, empezando por resaltar los principales errores en que, a su juicio, han incurrido algunos hipotecaristas al interpretar este último precepto. Así, nos dice, algunos creen que a efectos de la rescisión por fraude de acreedores es necesario distinguir entre adquirentes del deudor y los subadquirentes; otros olvidan la distinción de las varias clases de acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias; por último, algunos civilistas creen que todas las acciones rescisorias quedan paralizadas ante los terceros de buena fe a título oneroso, olvidando que la acción pauliana tiene un efecto restitutorio real y retroactivo.

El autor nos dice que el artículo 37 es un precepto que debe diferenciarse del 34, pues el primero hace referencia a acciones de efectos personales u obligacionales, mientras que el 34 se refiere a acciones de nulidad de eficacia real. El principal problema consiste en delimitar en cada caso cuándo nos hallamos ante acciones de uno u otro tipo, que es lo que José Manuel intenta y consigue en un estudio definitivo. Empieza haciendo un *iter* histórico y comparativo de estas acciones en las sucesivas redacciones de la Ley Hipotecaria y en relación con el Código Civil, para entrar después en el estudio de la acción pauliana a la luz de la tesis de su efecto restitutorio y real que mantuviera el profesor FEDERICO DE CASTRO, para terminar analizando toda una larga lista de casos de las distintas acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias que se contemplan en determinados preceptos legales, con una gran riqueza de matices, lo que compone un trabajo minucioso y completísimo.

La tercera parte del libro está dedicada al principio de prioridad. Aquí está nuestro profesional «prior tempore, potior iure», que constituye una de las características de los derechos reales, frente al principio de «pars conditio creditorum» de los obligacionales.

Partiendo de que pueden existir varios derechos en conflicto sobre un mismo inmueble, es preciso determinar cuál de ellos es preferente sobre los

demás; eso es lo que se pretende organizar con este principio de prioridad. JOSÉ MANUEL GARCÍA estudia la formulación legislativa y doctrinal de la prioridad y pone este principio en relación con los demás del sistema hipotecario, trayendo a colación abundante doctrina de la Dirección General respecto a cada uno de los casos que toca.

Como la presentación es el determinante de la prioridad, el autor hace un análisis completo del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, sus supuestos y los efectos del asiento de presentación en relación con el asiento de inscripción subsiguiente. En el II Congreso de Derecho Registral celebrado en Madrid en 1974 se debatió la cuestión de la llamada «reserva de prioridad», que contaba con el antecedente de la legislación argentina. JOSÉ MANUEL GARCÍA, tras estudiar este sistema y las posturas doctrinales, recoge la solución de compromiso a que se llegó en el Congreso, consistente en que si bien teóricamente sería conveniente aceptar la reserva de prioridad, esto habrá de hacerse de acuerdo con las peculiaridades del sistema jurídico de cada legislación nacional, lo cual implicaría en nuestro caso la correspondiente reforma del ordenamiento jurídico sustantivo, ya que de otro modo se produciría un divorcio entre el Derecho hipotecario y el Derecho civil.

Dentro del principio de prioridad tiene un lugar destacado el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, constituyendo una de sus manifestaciones esenciales y que ha sido objeto de perfeccionamiento desde su redacción inicial hasta la actual a través de las diversas reformas que el autor contempla. Estudia sus requisitos y los varios supuestos de aplicación y su efecto fundamental que es el cierre que produce el título que primero llega al Registro respecto a todo otro incompatible, de modo que la institución encargada de la publicidad sólo exteriorizará una única transmisión, la que se considera eficaz por su prioridad. Con ello se evita que consten titularidades opuestas, no hay confusiones y se ahorran pleitos.

Junto a la prioridad excluyente, JOSÉ MANUEL GARCÍA estudia la relativa, referida a la pluralidad de derechos reales que pueden coexistir sobre un mismo inmueble, es decir, en el campo propio del rango, preferencia u ordenación entre esos varios derechos reales. Comparando los distintos sistemas sobre este particular, el autor considera más adecuado mantener para el ordenamiento español el sistema de avance de puestos o de rango variable que no el de puestos fijos; con todo, estudia las posibilidades de la negociación, la posposición y la permuta de rangos, analizando si es necesario el consentimiento del titular de la finca y sobre todo el de los titulares de derechos intermedios que sí pueden verse afectados por esas variaciones.

En el último capítulo del libro, JOSÉ MANUEL GARCÍA aborda una serie de espinosos problemas relativos a la aplicación del rango de determinadas instituciones y cuyas soluciones no siempre producen opiniones acordes de los autores ni de la jurisprudencia. Tal ocurre con el funcionamiento del rango en la ejecución de hipotecas y en las condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado; el rango en las anotaciones preventivas de embargo es un semillero de opiniones discordantes que el autor analiza. Otro tanto ocurre con el problema de la preferencia o no de los acreedores de la herencia sobre los acreedores particulares del heredero en los casos de aceptación pura y simple, punto en el que el autor razona su disenso de la tesis de otro conocido tratadista y compañero. Por último se estudia la prioridad de las anotaciones preventivas a las que el legislador reserva por cierto plazo un determinado rango y la excepción que supone el conceder un rango por par-

celas de valor en los casos de anotación por créditos refaccionarios.

No tengo más remedio que repetir lo que dije al presentar el primer tomo de esta obra: Me considero incapaz de resumir, también ahora, estos espléndidos ocho centenares de páginas, *pletóricas* de buena ciencia y opiniones valiosísimas, que contienen un verdadero aluvión de citas, datos y sentencias. Al igual que el primer tomo, éste suscitará comentarios y, quizá, alguna polémica; como es natural y humano, unos opinarán de acuerdo y otros de modo distinto. Pero lo importante es que el nuevo tomo sigue la línea de gran altura que tuvo el anterior, lo que nos hace esperar que el tono se mantenga en los venideros.

Otra vez enhorabuena, amigo José Manuel. Sigue en alza tu prestigio, del que de paso nos lucramos todos cuantos formamos parte de este honroso cuerpo profesional. Tu obra es ya básica e imprescindible para ser consultada en los diarios *problems* de nuestros despachos. Muchas gracias por tu labor.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

FERRARI, ALDO: // *supercondominio*, CEDAM, Padova, 1992.

El tejido urbano, desde hace unos decenios y favorecido incluso por la política urbanística, se ha hecho extraordinariamente complejo. Grandes estructuras, centros polivantes y conjuntos residenciales indican un cambio de sistema de vida o de convivencia. No se trata ya del edificio en propiedad horizontal (en Italia, condominio y regulado por el CC), sino de un conjunto con varios edificios, espacios verdes o zonas comunes, viales y hasta servicios. Nuestro autor pone el ejemplo de Corviale, a poca distancia de Roma, sin solución de continuidad a lo largo de un kilómetro.

Sólo la legislación urbanística les ha dedicado especial atención, aunque en ocasiones para complicar su vida. La disciplina común y civil las ha abandonado en el limbo de la indiferencia y la doctrina italiana se debate entre si aplicarles las normas generales de la comunidad o las específicas del condominio de edificios, o sea, las de la propiedad horizontal.

De todas formas, la doctrina es escasa y FERRARI sólo cita obras de GALLETTI, NICOLETTI, CORONA y BASILE, que tratan del tema, y de ellas sólo la de CORONA está específicamente dedicada al mismo. La jurisprudencia es escasa y en algún caso contradictoria. Se inicia en 1963.

Un examen superficial pone pronto de manifiesto que bajo el *nomen iuris* de supercondominio se agrupan supuestos de hecho heterogéneos no susceptibles de un idéntico régimen jurídico. Se estima que el supercondominio aparece cuando varios edificios (divididos o no en PH) disfrutan de elementos o servicios comunes. Entre los ejemplos de diversidad, y no exhaustivamente, FERRARI cita los siguientes:

a) Los campos de deportes anejos a varios edificios, de mayor valor y trascendencia que éstos, paradigma los de golf. A los titulares de apartamentos se les debe garantizar la posibilidad de utilizar las instalaciones deportivas y nuestro autor sugiere que en este caso la solución más apropiada es la de constituir un consorcio con los elementos deportivos, con igual titularidad que la de los habitáculos.

b) Son muchos los complejos inmobiliarios de carácter turístico dotados de restaurantes, instalaciones lúdicas o deportivas, servicios de transporte,

etc., accesibles incluso a no titulares del inmueble y hasta con finalidad lucrativa. En este caso nos hallamos ante verdaderas sociedades, con actividades empresariales que hay que estructurar delicadamente al objeto de que los partícipes o titulares del complejo no sólo no queden privados de su goce por el acceso de extraños, sino que resulten beneficiados, en lo posible, disminuyendo los dispendios de mantenimiento.

c) Otro supuesto es aquel en que los bienes de uso común no son simples accesorios de los condominiales, sino susceptibles de goce independiente y más destinados al servicio de los ocupantes transitorios de los inmuebles que al de los copropietarios. El vínculo de unión entre bienes comunes y edificios es más bien funcional que no espacial. Posiblemente les son aplicables más las normas de la comunidad que las del condominio, con excepciones importantes, entre ellas la posibilidad de poner fin a la comunidad por mera voluntad unilateral.

d) La constitución de servidumbres recíprocas puede alcanzar las propias finalidades y su perfecta regulación suplir complejas reglamentaciones. En la experiencia notarial ya lejana del que suscribe aparecen urbanizaciones con limitaciones y otras regulaciones de edificación y servicios de agua, iluminación, limpieza, viales y otros comunes en las que se adquiría una parcela y una participación indivisa de otra que pasaba a ser predio dominante y en la que radicaban las bases de los servicios comunes o los viales, hasta que de éstos se hacía cargo el municipio. Ello permitía un eficaz acceso al control de servicios comunes radicantes en la parcela indivisa (depósitos de agua, transformadores) y una garantía de la uniformidad de la zona urbanizable.

e) En una sentencia del Tribunal de Milán de 1988 aparece la posibilidad de crear *subcondominios*, zonas o servicios a los que sólo tendrían acceso los titulares de ciertas partes del supercondominio. FERRARI estima muy discutible la postura indicada. Es materia en la que debe profundizarse.

f) Pueden existir supercondominios con elementos heterogéneos, algunos necesariamente funcionales y otros susceptibles de goce autónomo e incluso dependiente. En estos casos precisa una compleja regulación que en ocasiones recurrirá a las normas de la comunidad y en otras a las del condominio o propiedad horizontal.

El simple enunciado de tales supuestos muestra que el condominio es un enorme mar que difícilmente puede disciplinarse con normas escuetas y generales como ha pretendido algún proyecto como el borrador de conjuntos inmobiliarios español de 20 de octubre de 1989, susceptible de considerable mejora, pues no sólo elimina la limitación de responsabilidad, ineludible en ciertos casos, que contenía el de febrero de 1988, sino que se entretiene considerablemente en materia de administración y gestión, que también estudia ampliamente la obra epigrafiada, estableciendo ésta sobre unas bases elementales que apenas si merecen calificarse de abrigos para verano, entre los que podría destacarse la representación de los propietarios residentes en el extranjero por un funcionario de Turismo. Hay que tener en cuenta que muchos de los citados complejos o de multipropiedades son realmente de índole empresarial, diseñados por poderosas entidades que no sólo obtienen grandes beneficios con la venta a *tranches*, sino también controlando la administración, que permite cuantiosos ingresos sin riesgo alguno y aunque el complejo sufra grandes pérdidas. Y de existir beneficios, un considerable porcentaje se dedica a conservación y mejora, manteniendo en perfecto estado los departamentos y pro-

curando que los escasos ingresos o múltiples gastos obliguen a los partícipes a vender a precios irrisorios sus derechos a la administradora, que normalmente es sólo el tentáculo de una poderosísima empresa.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

BOAT, PIERRE ANTOINE, y CHABERT, PIERRE YVES: *Les swaps*, Ed. Masson, París, 1991.

Se ha hablado del *ius pauperum*, de las *pequeñeces* que sólo son símbolos o síntomas. CARBONNIER indicaba que *peu de chose, peu de plaid*, y en Alemania se habla de aquello *die der Mühe nicht werth*. El tema de la obra es el polo opuesto de las bagatelas jurídicas, ya que se desarrolla normalmente en esferas internacionales y en voluminosas cuantías. Pero su contraste con el mundo inmobiliario es tan acentuado no sólo en lo sustantivo, sino en lo adjetivo, con procedimientos que evitan reiterativas cláusulas en documentos fundamentalmente estandarizados, que juzgamos de interés aparezcan en un mundo en el que campea lo tradicional, con su lentitud y elevado coste, y cláusulas de contratos masivos, hipotecas o ventas, estatutos de sociedades o comunidades, que se repiten en documentos y registros, sin que en el horizonte puedan otearse los más leves intentos de simplificación.

Las estructuras financieras de los Estados desarrollados desde hace poco más de un lustro están sometidas a un proceso de refinamiento. La panoplia va completándose con nuevos útiles, procedentes generalmente de los prácticos de las finanzas o los servicios jurídicos (*back office*). Los Swaps constituyen una de las innovaciones y están motivadas por la reticencia a recurrir ciegamente al endeudamiento, reducir sus riesgos y los de la alteración del cambio de divisas y de los tipos de interés. No sólo han adquirido increíble desarrollo en la esfera privada, sino que el instituto se utiliza también por el Tesoro para la emisión de deuda pública.

A partir de 1970, aproximadamente, alcanzaron destacado éxito los *parallel loans* o préstamos paralelos y los *back to back loans*, préstamos adosados, técnicas que, aparte cubrir riesgos, trataban de evitar las reglamentaciones draconianas —en especial las *británicas*— para los financiamientos exteriores. Los primeros consistían esquemáticamente en préstamos recíprocos en distintas divisas, pero de igual importe: una sociedad madre americana prestaba dólares a la sucursal de una francesa en Estados Unidos, mientras que la sucursal de la americana en Francia obtenía un préstamo de la sociedad madre francesa; el número de contratantes era indeterminado. En los préstamos adosados sólo podían intervenir las sociedades matrices, además de otras singularidades.

Estos instrumentos se revelaron como sumamente eficaces para los indicados fines: facilitar divisas, cubrir riesgos de cambios y disminuir costes. Pero exigían una compleja documentación y para evitarla aparecieron los Swaps, que simplifican considerablemente el tecnicismo. El primero aparece en 1976, pero su consolidación no se produce hasta 1981, a partir de cuya fecha el desenvolvimiento es vertiginoso, con intermediarios abundantes y superespecializados.

Inmediatamente aparecen dos categorías: los de divisas y los de tipos de interés. Los primeros pueden ser simples y con o sin transferencia inicial de divisa; los segundos, con intereses fijos o variables y con liquidaciones parciales

o sólo al término de la operación, cuyo plazo acostumbra a ser dilatado. Adoptan múltiples variedades y hasta se ha hablado del *plan vainilla swap*, de los *cocktails swaps*, de los *amortizing*, los *draudown swaps*, los diferidos y bastantes otras formas híbridas hasta alcanzar las opciones de swap: las *swaptions*.

Elaborado el instituto en el contexto legal anglosajón, su definición jurídica en el mundo continental no resulta fácil, ya que al hacerse complejo, más que un contrato es una familia de contratos. No obstante, puede indicarse que es contrato consensual, normalmente no formal, sinalagmático, oneroso, que no requiere *intuitus personae* y que se desarrolla en un mercado internacional que funciona veinticuatro horas al día. Las operaciones se conciertan telefónicamente, se confirman por télex y la documentación escrita se redacta con posterioridad por los servicios jurídicos. Los *Master Agreements*, compilaciones de definiciones, cláusulas y tablas se utilizan en el estadio preparatorio como referencia. Para la elaboración del definitivo se acude a los cuatro códigos privados que han sido elaborados hasta la fecha: el *ISDA* (*International Swap Dealers Association*), el del *British Bankers' Association*, el *AFB* (*Association Française des Banques*) y el *Australian Interest Rate Swap*.

Los contratos definitivos aluden al contenido de estos códigos como si se tratara de un articulado legal, aceptando o rechazando cláusulas o tablas mediante un anexo o *Schedule*.

La definición que proponen los autores para tales contratos en el ámbito del *Civil law* es la siguiente: Familia de contratos en los que los contratantes quedan obligados recíprocamente a pagar, según las modalidades previstas inicialmente en la misma o en diferentes divisas, importes calculados con referencia a las variaciones o flujos financieros ligados a activos o pasivos monetarios, reales o ficticios considerados subyacentes.

Tal vez la citada definición no destaque la importancia de los *marchés sur taux d'intérêt*, los *MATIF*, y tampoco ponga de relieve que no nos hallamos ante juegos de azar. Para evitar tal condición se modificó hasta el Código Civil francés, y actualmente también en Luxemburgo, en forma explícita, se admiten tales operaciones financieras, que tampoco encuentran inconveniente en la *Gaming Act* inglesa, en el BGB o el Código belga. Sin embargo, se consideran contratos de cobertura, arbitraje y especulación.

Los resultados pueden garantizarse incluso en forma real. Los autores señalan sus diferencias con la prenda, el depósito o el préstamo cruzados, la venta a *retro* y otros y, con alguna jurisprudencia (italiana), los consideran contratos innominados no comprendidos en ninguna figura de los Códigos continentales.

Algunas de las cláusulas comprendidas en los menús contenidos en los cuatro Códigos privados citados son curiosas por referirse a problemas poco comunes: la considerable incidencia de la fiscalidad de los distintos países; las cláusulas denominadas *groos-up* tienen especial relación con la retención en la fuente en uno solo de los países en los que el contrato ha de surtir efecto; también las diferencias de horario y la de días feriados, a los efectos de cumplimiento; la determinación de quién es el primero que debe cumplir para que, en su caso, el otro contratante pueda abstenerse de realizarlo y aun solicitar la resolución; la cuantía de las indemnizaciones, con referencia a tablas; bases de cálculo de tipos de interés como de cambio de divisas y muchas otras peculiaridades ausentes en la contratación ordinaria, y no digamos en la inmobiliaria actual.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

FIDUCIA, TRUST, MANDATO ED AGENCIA: *Convegno di studio «Madonna di Campiglio»*, Quaderno 2, Giuffrè, Milano, 1991.

Cada edad, cada generación, intenta instaurar un mundo más perfecto, reexamina viejos problemas a través de otras perspectivas y trata de ajustar soluciones mediante nuevas técnicas que en la actualidad tienen, en muchos casos, carácter transnacional. Frente a *Common law* y *Civil law* aparece inesperadamente una especie de esperanto jurídico que en disquisiciones doctrinales y hasta en convenciones internacionales como en la de La Haya, que se citará, intentan refundir sistemas jurídicos diversos. Mientras se publican obras de Derecho comparado, como la reciente de CANDIAN, GAMBARO y POZZO, que analizan institutos diversos pero emparentados, como son *Property*, *Propriété*, *Eigentum*, los Fondos de Inversión e instituciones singulares que tratan de entroncarse en el entramado romanista.

La obra enunciada corresponde a uno de los Convenios que bajo el patrocinio del Consejo Notarial de Trento y la dirección de UMBERTO MORELLO se celebran en el indicado punto. Las aportaciones al tema revisten considerable interés, pues entre los ponentes figuran nombres cuyas posturas han sido aceptadas por la jurisprudencia, pese a que la doctrina no las comparte con igual unanimidad.

Es el caso de CESARE GRASSETTI, que se centra en la fiducia o el negocio fiduciario, que la pandectística ha distinguido perfectamente del simulado, y ha mostrado las dos versiones de la fiducia *cum creditore*, en función de garantía, y aquella destinada a ejecutar un encargo, principal motivo de la *cum amico*.

Esta fiducia romanista no aparece al exterior y se caracteriza por la posición de plena titularidad *erga omnes*, complementada con un interno *pactum fiduciae* que desconocen los terceros. La versión germana sí que se manifiesta, y no sólo con los vínculos personales, sino en ciertos supuestos, como los de fallecimiento del fiduciario, ejercicio abusivo, etc., como una verdadera condición resolutoria que refuerza considerablemente la posición del beneficiario.

GRASSETTI elude el *numerus clausus* en los derechos reales con la construcción de los negocios con efectos reales y adiciona la *causae fiduciae* a las clásicas *solvendi*, *credendi*, *donandi*. Esto no lo admiten muchos autores, como PUGLIATTI o MORELLO. Pero GRASSETTI nos habla de la propiedad instrumental como las enajenaciones *sub modo*, la del mandatario que adquiere por cuenta ajena e incluso de supuestos de derecho de familia, como los matrimonios que se contraen para eludir una persecución u obtener una nacionalidad, que son reales matrimonios, no simulados, pero con una finalidad atípica.

MORELLO coincide con GRASSETTI en numerosos puntos y hace constar que el negocio fiduciario podía funcionar muy bien cuando la distinción entre título y modo era diáfana, pues la base de la transmisión es un acto abstracto; rechaza la innovación de la *causae fiduciae*, como hemos dicho, y señala que la fiducia es fundamentalmente una categoría socioeconómica, no jurídica; los elementos metajurídicos, honestidad, confianza, etc., fueron ya destacados por LIPARL. Pero dado el reconocimiento de la fiducia con su naturaleza bifronte por la jurisprudencia, realiza una sutil y profunda separación de la misma de otros institutos próximos como simulación o mandato sin representación, así como las distinciones entre fiducia estática y dinámica y los problemas de la *post mortem*. La regulación de las sociedades fiduciarias en Italia, los contratos de administración fiduciaria y su confusa naturaleza y las sociedades de

inversión, los Fondos y la *Agency Scrow*, depósitos en garantía. El Tratado de La Haya de 1 de julio de 1985; el Coloquio de París en el que se diseñó un proyecto de Ley; los legales modales; la Fundación Francia que permite dar cumplimiento a voluntades liberales, bien mediante servicios fiduciarios especializados o mediante el *trust*, que no es un contrato, sino una institución peculiar que en ocasiones se utiliza para la multipropiedad, en especial en los casos que se complementa con servicios hoteleros, que son la mayoría, son analizados en forma atractiva, con leves trazos magistrales.

El *Trust y el sistema italiano* es el título de la aportación de MAURIZIO LUPOL, a la que siguen otras de TONDO, PICCOLI, GRIMALDI, GALIMARD, que examina con detalle el viejo problema de las *mortis causae* y las *post mortem*; SCOCA, SANTANGELO, VOIELLO, PROVAGGI, centrada en la *Agency Scrow*; BARONE en la responsabilidad notarial, concluyendo con un estudio de FABIO MARCHETTI que destaca la importancia del tratamiento tributario en estos temas. No es posible examinarlas con detalle y además ello daría lugar a múltiples reiteraciones; pero tal vez sea ocasión de recordar que hace diez años se celebró en Madrid una Convención sobre el tema, organizada por el Banco de Bilbao y el de México, donde la institución se denomina *fideicomiso*, en la que se llegó a la conclusión de que las únicas entidades jurídicas susceptibles de la confianza suficiente para desempeñar el cargo de fiduciarios eran los bancos. Esta propuesta del Banco Nacional de México es la aceptada por otros países iberoamericanos.

Aunque una de las ponencias hace referencia a las interesantes instituciones francesas, no hay alusión alguna ni a los *community trusts* americanos ni a instituciones similares creadas en Quebec, Japón, Etiopía o Liechtenstein.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

PETTARIN, GUIDO GERMANO: *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Giuffrè, Milano, 1992.

Aunque las pequeñas empresas tienen muchos aspectos positivos y las excesivamente grandes muchos riesgos, el momento histórico económico actual se caracteriza por las concentraciones empresariales mediante unificaciones, alianzas o colaboraciones, en muchos casos internacionales, pues el mundo ha quedado reducido a una pequeña población con la rapidez de comunicaciones y transportes. Con ello se trata de obtener el máximo rendimiento económico aun teniendo que sortear las normas *antitrust* que, en defensa de los pequeños consumidores, se dictaron en Norteamérica, primero, y han sido seguidas por la CEE y los Estados en ella integrados.

Nuestro autor recuerda que en Italia, después de veinte años de desinterés, en 1990 y 1992 con solo dos leyes se recibieron más de 200 normas de la CEE, de ellas seis Directivas societarias, pues otras tres están en estado de propuesta y una en la de proyecto.

La vitalidad de la economía se manifiesta en el constante trasiego de estructuras y titularidades empresariales que revisten infinitas modalidades tanto en la esfera de participaciones directa en los riesgos, en el área empresarial, como en la de coordinación de actividades productivas o comerciales, que PETTARIN trata de analizar concentrándolas en las típicas y más destacadas: adquisición, fusión y escisión de sociedades, pues las empresas de cierta en-

vergadura adoptan esta forma jurídica. La obra epigrafiada procede a su análisis con extremo detalle citando, en el curso de sus respectivos procesos, abundante bibliografía para cada estación, concretando en muchas ocasiones las correspondientes páginas, con lo que su obra adquiere un considerable valor práctico.

Los aspectos fiscales, de tanta trascendencia, están presentes a lo largo de los capítulos, aunque concretados a la legislación italiana.

ADQUISICION. Las perspectivas psicológicas, económicas o fiscales incitan u obligan a adoptar múltiples estrategias o combinaciones: arriendo, *leasing*, cesión o aportación, adquisición de acciones o participaciones que permitan un cierto o total control, *joint ventures*, consorcios, carteles y los procesos conocidos en América, pero ya practicados en Europa, con los nombres de *Leveraged buyouts* y su variante de *Merger leveraged buyout*, consistentes, esencialmente, en adquirir el control de una sociedad (*targer company*) mediante financiación de terceros y fusionarla con otra de nueva creación (*newco* o *shellco*), satisfaciendo los créditos con parte del patrimonio de la sociedad controlada y normalmente absorbida. El control puede adquirirse mediante la obtención del paquete de acciones necesario para alcanzar la conformidad de la Asamblea extraordinaria o a través de un lento *ramassage* o la puesta en marcha de una OPA. Todo ello puede presentar delicados problemas éticos y de legitimidad.

No nos entretenemos en el análisis de los restantes procedimientos de adquisición, aunque sí queremos hacer constar que en diversos puntos de la obra se plantea la naturaleza del contrato consensual o real de la adquisición de acciones, con detalle de los autores y sus respectivas posturas, predominando los de la solución del contrato real, criterio que también acepta la escasa jurisprudencia.

Las negociaciones precontractuales dan lugar no sólo a las llamadas *letter d'intento*, sino también a las cláusulas *non shop*, que protegen al posible vendedor en relación a las informaciones facilitadas, las *standstill*, por las que se obligan a no realizar negociaciones paralelas o aquellas que prohíben hacer ofertas a empleados de la posible vendedora.

Como en las acciones no se transmiten bienes del activo de la sociedad, no hay posibilidad en relación a éstos de evicción o saneamiento, pero pueden estipularse garantías, a veces sofisticadas y clasificadas en sintéticas y analíticas, respecto de la existencia de determinados bienes o inexistencia de deudas u otras fórmulas de tutela de los intereses de las partes. El *closing* del precontrato o contrato inicia la ejecución de lo convenido.

FUSION. Además de la completísima guía bibliográfica contiene el detalle de las modificaciones introducidas en el Código como consecuencia de las disposiciones receptivas de las normas de la CEE, así como las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del instituto cuyo carácter constitutivo-extintivo y sucesorio carece de la unanimidad doctrinal anterior. También hay discrepancias sobre la naturaleza contractual o no del acto de fusión, aunque prevalecen las posiciones contractuales; se reconoce la naturaleza constitutiva de la inscripción registral, que tiene lugar previa homologación, no permitiéndose la eficacia retroactiva, salvo en aspectos contables. La fusión italiana constituye un microsistema que no es totalmente armónico con el comunitario, en especial en temas de nulidad.

ESCISION. Con anterioridad a la novela de 1991, la jurisprudencia, que se había pronunciado en dos ocasiones sobre el instituto, lo había efectuado contradictoriamente. La Corte de Génova, en aras a la autonomía privada y como síntesis de una reducción de capital por exuberancia la había aceptado; pero la de Verona, estimando que daba lugar a una constitución unilateral de sociedad, la rechazó. Parte de la doctrina (SANTINI, NOBILI, SANTAGATA...) se inclinaba por esta última postura, pero otra (PEDEMONTE, SIMONETTO, CARAFFA...) la aceptaba por considerar que la fusión y la transformación no son procedimientos excepcionales, sino meras ejemplificaciones de cómo puede ser modificado el acto constitutivo y tal naturaleza, y no la de una disolución/constitución, tiene la escisión.

La VI Directiva comunitaria, que no tiene carácter absolutamente vinculante, ha sido recibida por casi todos los países comunitarios, pero Alemania, Dinamarca y Holanda la han rechazado. Normalmente se han seguido las sendas trazadas por la Directiva, aunque en España se ha dispuesto que en el caso de escisión parcial debe serlo de una unidad económica, disposición algo imprecisa. En Italia las normas de fusiones y escisiones no se han limitado a las SpA, sino que se han extendido a todas las sociedades y las cooperativas. Ello ha planteado serios problemas prácticos dado que las sociedades personalistas no están sujetas a las normas de publicidad y registración de los capitalistas. Pero el tema es específicamente italiano, por lo que nos limitamos a terminar estas notas con otra alusión a la bibliografía que se detalla, de gran interés dada la novedad de la materia, que debe completarse con otra interesantísima publicación coetánea de EMMANUELE CUSA, editada por la propia Giuffrè en 1992 con el título *Prime considerazioni sulla scissione delle società*, algún dato de la cual figura en las precedentes notas.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

CRISCUOLI, GIOVANNI: // *testamento (norme e casi)*, CEDAM, Padova, 1991.

Me ha parecido particularmente atractivo el título de este libro y me he adentrado en su lectura con gran placer, ya que la figura jurídica del testamento es una figura central del Derecho de sucesiones y del Derecho privado en general particularmente tratada por los Notarios y teniendo en cuenta además que el Derecho sucesorio no es la parcela más extensamente estudiada por la doctrina jurídica y tampoco la que da lugar a litigios de los que se pudiera obtener interpretaciones jurisprudenciales, quizá porque el control de la legalidad y el consejo de los Notarios que intervenimos en su redacción evita las causas que pueden producir el litigio.

En primer lugar, quiero dejar constancia de que, para mí, una recensión no consiste en un resumen del libro propio de una mente poco imaginativa y que si está bien hecho puede incluso hacer inútil la lectura del libro. Para mí la recensión consiste en una explicación, no de lo que el libro contiene, sino de la materia de la que trata el autor del mismo, sin resumir lo que se dice, haciendo al propio tiempo una crítica de la obra objeto de estudio.

El profesor CRISCUOLI científicamente es un personaje interesante, porque no solamente en esta obra, sino en otras, manifiesta una amplia cultura literaria y dominio de los idiomas francés e inglés, y supongo también que del castellano. Algunas de sus citas en inglés o de sus expresiones en fran-

cés indican que no está encerrado en el Derecho italiano como una isla sin puente de escape a conocimientos más universales y podríamos decir europeos.

Antes de continuar quiero hacer algunas observaciones: A pesar de que se trata del testamento, y en el mismo, normas y casos, al término de cada materia señala una importante bibliografía que curiosamente se ciñe solamente al Derecho italiano y a autores italianos, porque con estas citas basta y sobra para el empeño fundamentalmente didáctico de la obra. Podría decirse que esta obra es también un señalamiento de lecturas recomendadas para adentrarse muy amplia y profundamente en el estudio de las materias tratadas. Y además, frente a la concepción de los juristas españoles que consideramos normalmente el testamento como un negocio de Derecho sucesorio, contenido en varios tipos de documentos, y parece que aquí termina el estudio del testamento en la doctrina española, para el profesor CRISCUOLI la materia se extiende a lo que podríamos llamar en Derecho castellano el contenido de la sucesión voluntaria, que contiene quizás más del cincuenta por ciento de lo que constituye el Derecho sucesorio. A pesar de que apunta la idea de que la materia testamentaria es la cenicienta del Derecho civil, evidentemente los conocimientos del profesor CRISCUOLI la redimen de esta triste condición, y la obra que estoy comentando es un pequeño tratado del testamento como documento, como negocio y como estudio de las instituciones que se acogen a la forma testamentaria o que se derivan de la misma o bien que el presunto causante inserta en un negocio testamentario para desviar o corregir el itinerario que imprimiría a la herencia la aplicación de las normas de la herencia legal o legitimaria.

Algo que hay que hacer resaltar en la obra que comento es que cada materia va seguida de sentencias de los distintos Tribunales de casación que se refieren a la materia que se acaba de tratar, y son sentencias tan expresivas que denotan la influencia que el profesor CRISCUOLI experimenta del estudio del Derecho inglés, porque se parece mucho al estudio de lo que en los libros jurídicos ingleses se llama *leading cases*.

En el capítulo I, que sirve de introducción al estudio de la materia, se pueden distinguir varios apartados, y yo recuerdo a los lectores que cada uno de los apartados va seguido de una bibliografía o lecturas recomendadas, sin perjuicio de la bibliografía general que se señala al principio de la obra. En este capítulo I estudia el testamento como fenómeno político y como institución social, distinguiendo también en la palabra «testamento» lo que es el puro escrito físico o documento y el negocio testamentario, que es la declaración programática que el testador hace de lo que pretende que ocurra después de su muerte en lo que ha dejado de ser su esfera jurídica como ser vivo, esfera jurídica de la que dispone dentro de los límites que la Ley le permite. Dentro de los epígrafes de este capítulo es interesante el epígrafe que se refiere a la destrucción y a la reconstrucción del escrito físico que contiene el testamento, y que en italiano se llama *scheda*, planteándose el problema de cómo se reconstruye la expresión de la voluntad del testador cuando el testamento se ha perdido o ha sido destruido, problema que tiene particular dificultad en el testamento ológrafo.

El último epígrafe de este primer capítulo se ocupa de los defectos del documento y de la invalidez del negocio testamentario. El documento no es propiamente nulo o anulable, sino más o menos defectuoso o imperfecto,

mientras que los términos de nulidad y anulabilidad se aplican fundamentalmente al negocio testamentario.

El capítulo II está dedicado al estudio de lo que es propiamente documento testamentario, y es muy importante el estudio que hace del testamento ológrafo, que según el autor debe tener las notas de «autografía», expresión de la fecha, firma, sistema de depósito y de publicación en términos que entran en la lógica comprensible para el jurista del Derecho castellano.

Es curioso que nunca haya encontrado un estudio sobre el concepto de «firma» y sólo lo he encontrado en un libro francés que leí hace mucho tiempo sobre el testamento ológrafo y en el libro que estoy comentando, también con referencia al testamento ológrafo.

Siguiendo con el estudio del testamento, considerado como documento, se ocupa muy amplia y técnicamente del testamento notarial público, que allí llamaríamos testamento notarial abierto; del testamento secreto, que aquí llamaríamos testamento cerrado, y los testamentos especiales. En cuanto al testamento público o notarial abierto, hace referencia a la competencia y capacidad del Notario y de los testigos (posiblemente en Italia todavía no se ha llegado a la supresión de los testigos en el testamento público notarial); también estudia la necesidad de la presencia conjunta para el otorgamiento del testador, del Notario y de los testigos, y cómo se expresa oralmente la voluntad al Notario y cómo se convierte en una declaración escrita. Y asimismo se ocupa de la lectura del testamento mencionado que se han observado las formalidades exigibles. Otros elementos del testamento público notarial son la expresión del lugar, la expresión de la fecha y la suscripción. En lo que se refiere a las declaraciones del testador, la fe notarial asegura que el testador ha hecho esas declaraciones, pero no asegura porque no puede asegurar si hay una intención interna y distinta del testador. Y en lo que se refiere a la fecha, al parecer no se exige la declaración de la hora, pero sí que se exige que la fecha sea verdadera y no una fecha expresada pero que no coincida con la realidad.

No son muy diferentes los conceptos del documento del testamento del ciego, del sordo, del mudo, del sordomudo y del extranjero que no conoce el italiano.

En cuanto al testamento secreto, que nosotros llamaríamos cerrado. De la lectura de la obra se desprende que es más frecuente que en España (en treinta y cinco años de ejercicio de la función notarial debo confesar que nunca he visto un testamento cerrado ni he visto ningún protocolo de testamentos cerrados o de reconocimiento de hijos naturales, así como he asistido al práctico desuso del libro indicador). Se ocupa en materia de testamento cerrado de la incapacidad del invidente y de los requisitos de lo que podríamos llamar la forma documental física del mismo, así como de las formalidades ulteriores y la llamada conversión formal del acto, que es el mismo mecanismo que en el Código Civil español, es decir, que el testamento secreto al que le falte algún requisito para su perfección queda convertido formalmente en testamento ológrafo si, en efecto, reúne los requisitos del testamento ológrafo, tal como prevé el artículo 607 del Codice Civile italiano.

En cuanto se refiere a los testamentos especiales, estudia el testamento en caso de enfermedad contagiosa que es algo distinto al concepto de epidemia, calamidad pública e infortunio, entendiendo por infortunio un daño que impide otorgar un testamento normal a una persona cuando este daño afecta solamente a una persona, es decir, no es una calamidad pública. Estudia asimismo el testamento de los militares y asimilados a los militares y el tes-

tamento a bordo de una nave o de una aeronave. Por último hace una referencia suficiente a la institución italiana del registro general de testamentos.

Cuando he visto que en Italia se contempla el testamento en una aeronave, me he confirmado en la idea que yo ya tenía de que se ha desaprovechado en España, en la Ley de supresión de los testigos en los testamentos ordinarios, la posibilidad de regular el testamento en una aeronave. En efecto, es prácticamente imposible concebir un testamento en el caso de la explosión, incendio e inmediata caída de un avión de pasajeros. Pero no es impensable, ni mucho menos, que a un pasajero le ocurra una incidencia de salud durante un viaje transoceánico en una navegación aérea normal, y en este caso se debería haber previsto una regulación para el testamento de esa persona a bordo de la aeronave que no puede aterrizar o amerizar físicamente, pero que sí dispone de una tripulación a la que se podría capacitar para autorizar un testamento al menos de validez transitoria. Se me podrá objetar que para eso tenemos el testamento en peligro inminente de muerte, pero cuantos se hallan a bordo quizá no tengan la preparación jurídica necesaria para recibir la voluntad testamentaria; y si pensamos en un caso concreto, tenemos el caso de la muerte a bordo de un avión de Mary Sempere, que murió durmiendo, pero que pudo morir de un infarto y con deseo de testar.

El capítulo III de la obra que comento trata de lo que en Derecho español llamaríamos los caracteres del negocio testamentario como expresión de una voluntad que tiene que surtir efecto después de la muerte del testador, y también en este capítulo trata de lo que en Derecho español llamaríamos instituciones fundamentales de la herencia voluntaria, es decir, la herencia que ni se recibe por vía de freno a la libertad de testar (herencia forzosa por legítimas) o de la que se recibe por razón de ciertos vínculos con el causante por disposición de la Ley, es decir, la herencia intestada.

Empieza definiendo el testamento de una manera que encuentro muy atractiva y que no puedo resistirme a traducir dentro de las limitaciones de mi conocimiento del italiano. Después de afirmar que el testamento es una manifestación de voluntad con una finalidad y que tiene una relevancia objetivamente reglamentaria y que en el seno de la categoría general de los negocios tiene una tipicidad determinada, lo define descriptivamente de un modo muy atrayente: Es aquella regulación voluntaria con la cual el autor, disponiendo de un modo directo o indirecto de los propios valores de las cosas, determina programáticamente, además de unas ciertas disposiciones patrimoniales y la organización de intereses no estrictamente económicos, todo ello con vistas a un programa de futuro que explicita lo que quiera que ocurra en su esfera jurídica después de su muerte.

Esta definición descriptiva, que quizás adolece de poca claridad por culpa de mi incompleto conocimiento de la lengua italiana, va seguida de la enumeración de las notas que califican dicho negocio testamentario, y que son las siguientes: La **patrimonialidad**, en principio, y la tipicidad de las disposiciones en él contenidas; la característica de que está destinado a producir sus efectos después de la muerte del autor; su carácter programático, su carácter unilateral; el hecho de que es un acto rigurosamente unipersonal; la circunstancia de que es un negocio solemne en cuanto a la forma, y su carácter precario antes de la muerte del autor dado que es esencialmente revocable.

La descripción de cada una de éstas características me llevaría a alargar excesivamente este comentario, y por ello quiero detenerme solamente en la nota de que es un negocio esencialmente revocable.

Al estudiar la revocabilidad, la contempla como un negocio jurídico entre vivos, dotado de eficacia inmediata, o como un negocio jurídico *mortis causa*, con eficacia diferida al momento de la apertura de la sucesión. Es un negocio jurídico unilateral no recepticio y en sí mismo, a su vez, revocable, que puede producir o no reviviscencias del testamento previamente revocado. Tiene una forma expresa y una forma tácita, y la forma expresa lleva la necesidad de una declaración personal ante Notario con la presencia irrenunciable de dos testigos. La revocación tácita se produce mediante un testamento posterior, con disposiciones incompatibles con la anterior o con la destrucción o retirada del documento del testamento cerrado. Es curioso que llame revocación legal a lo que nosotros llamamos en materia de donaciones posibilidad de revocación por la existencia o la aparición posterior de un hijo o descendiente.

En la materia sustantiva del negocio testamentario estudia la voluntad testamentaria, especialmente la capacidad para testar, y los vicios de la voluntad testamentaria, con especial detenimiento en cuanto se refiere a la importancia del error en la formación de la voluntad.

Sigue estudiando el significado de las disposiciones testamentarias y tiene un concepto de heredero similar al que tiene nuestro ROCA SASTRE, es decir, es el que es llamado a la herencia con el *nomen heredis* y atribución de la totalidad o una cuota parte de la herencia, es decir, una disposición a título universal.

Luego estudia los legados y, dentro del concepto de legado, estudia el concepto del legado propiamente dicho, que grava al heredero; el sublegado, que grava a otro legatario, y el prelegado, que grava a la herencia y que ha de detraerse con carácter previo antes de proceder a la entrega del as hereditario. Estudia los legados con eficacia real y con eficacia obligatoria, pero no menciona el legado de parte alícuota del que tanto uso hacemos los Notarios españoles.

Una cosa curiosa es que considera el modo como una disposición testamentaria independiente que grava o recae como algo obligatorio para un heredero o para un legatario. Recordemos que en la doctrina española se diferencia el modo de la condición en materia sucesoria, en que la condición suspende pero no obliga, y el modo obliga al gravado, pero no suspende la adquisición.

En materia de término o plazo rige el principio de su admisión en las disposiciones testamentarias porque rige el principio romano «*semel eres semper heres*». Y estudia a continuación las diferentes formas de las condiciones.

Seguidamente se ocupa del perfil funcional de la causa y esto lleva a la reflexión de que aunque el testamento es esencialmente revocable puede devenir irrevocable si el testador, aún vivo, pierde la capacidad de testar, con lo cual la validez del testamento previo a la incapacidad queda inatacable. Desde un punto de vista doctrinal, siempre me he preguntado si un Juez podría declarar la invalidez de un testamento porque se hayan alterado las bases del negocio testamentario. Es un problema que está en el aire, y aunque quizá el Juez podría declarar la invalidez, con lo cual se abriría la sucesión legítima por ser el testamento un acto personalísimo, en ningún caso el Juez podría otorgar un testamento sustituyendo la voluntad del incapaz.

Estudia a continuación las diferentes formas de ineficacia del testamento y es muy pintoresco el tratamiento que da de la interpretación del testamento, discutiendo los medios intrínsecos y extrínsecos de interpretación, y hace dos citas de Derecho inglés que expresan la dificultad de prescindir absolutamente

de los medios externos de interpretación: «if one looks outside the will, the requirement that a will must be in writing is seriously threatened», o en otras palabras, «the requirement for a will to be in writing could then be made an empty formality».

Y no nos detengamos más en esta parte del libro.

La cuarta y última parte del libro se destina a estudiar la ejecución del testamento, aunque esto lleva consigo estudiar elementos del concepto de herencia en general, tales como son la apertura de la sucesión, la delación de la herencia y la aceptación de la misma. Aquí corresponde estudiar la capacidad para ser titular de la testamentificación pasiva, es decir, la capacidad para recibir por testamento: personas físicas, jurídicas, *nasciturus*. Diferentes incapacidades concretas, como los tutores, los protutores, el Notario autorizante, testigos e intérpretes que han intervenido en el acto del otorgamiento del testamento. Estudia también la indignidad sucesoria y la manera que tiene el testador de obviarla, así como la individualización o designación concreta de la persona instituida (por ejemplo, las herencias o las disposiciones destinadas a los pobres).

En esta fase de estudio también se ocupa de las sustituciones testamentarias, con particular aprensión y desconfianza hacia la sustitución fideicomisaria y, en alguna manera, su similitud con el *trust* del Derecho inglés.

Seguimos con la ejecución del testamento y estudia la adquisición negocial de la herencia mediante la aceptación ordinaria, así como la aceptación a beneficio de inventario. También estudia la adquisición forzosa de la herencia y la adquisición del legado, según la clase de legado de que se trate. Aquí se detiene en el estudio del legado en sustitución o a cuenta de la legítima y también individualiza el estudio de la disposición modal.

El último epígrafe interesante se titula *L'esecutore testamentario*, y llama la atención la similitud de la denominación con el *executor* del Derecho inglés. En esta figura del ejecutor testamentario pueden incluirse las figuras españolas del albacea, contador-partidor, representante y administrador de la herencia, y no hay ningún inconveniente en que sea un coheredero o un legatario, salvo que tenga la facultad de realizar la partición.

Fiel a mi propósito, no he hecho un resumen del contenido del libro que haría inútil su lectura y defraudaría el interés del autor en ser leído directamente en su obra, y no me he extendido más porque creo que ya sería un abuso respecto de la extensión que debe tener el comentario de una obra jurídica de tipo monográfico, de una extensión de unas quinientas páginas. Pero lo que sí puedo decir es que la lectura me ha resultado provechosa, fácil y agradable y, sobre todo, me ha permitido regresar a la lectura de un libro monográfico de Derecho civil, cosa que en los tiempos en que vivimos, en que las leyes no son como el «café», como decía GONZÁLEZ PALOMINO (cortas, antiguas, flexibles y escasas), es un descanso poder escapar a un campo que ha sido nuestra vocación, refugiándonos en él y huyendo del árido e incómodo quehacer pseudojurídico diario.

VICENTE ESPERT SANZ

DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN: *El Justicia de Aragón, visto por...*, Casa de Aragón en Madrid.

Cuando JOSÉ MARÍA CASTÁN me obsequia con un ejemplar de esta primorosa publicación, me pide que haga una nota para la REVISTA CRÍTICA, y yo me quedo casi desamparado para decirle que no la iba a hacer. Pero después de haberme leído el libro, en el que colaboran muchas personalidades, la figura del Justicia de Aragón se va apoderando de mí y va agrandándose en el débil conocimiento que de ella tenía. Me lo pensé y me dije si el Justicia de Aragón es, en el fondo, un hombre que hace cumplir las leyes, algo de él tenemos los Registradores al ejercitar la facultad que emana del principio de legalidad. Sin pensarlo más me pongo a caminar al lado del Justicia para saber todo o casi todo de esta figura.

La publicación que contiene un conjunto de artículos de diversos autores está hecha para conmemorar el cuarto centenario de la decapitación de Justicia Juan de Lanuza y Urrea (Juan de Lanuza V «el Mozo») a manos del verdugo que envió el rey Felipe I de Aragón y II de Castilla. Con Felipe V la figura del Justicia en 1707 queda abolida, pero el Estatuto de Autonomía de Aragón de 10 de agosto de 1982 la restablece.

El prólogo de la obra corre a cargo del presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón, EMILIO EIROA GARCÍA, quien dice que desde que adquirió carta de naturaleza la figura en las Cortes de Egea de 1265, el Justicia ha sido siempre, y aún sigue siéndolo, «juez mediador entre el rey y los aragoneses», pero también defensor de las libertades, bastión ante los abusos de poder y respaldo de nuestra condición de hombres libres en el marco de la Constitución. La figura va tomando contenido y en la Introducción, que corre a cargo de Roberto Martín Villanueva, presidente de la Casa de Aragón en Madrid, quien nos dice que las estructuras estamentales y jerárquicas permitieron al Justicia de Aragón interpretar los fueros y ser juez de contrafueros, participe en pleitos de la nobleza, facultado para decidir, asesorado por un Consejo, a paralizar la acción judicial de todos los Tribunales aragoneses y amparar a las personas juzgadas injustamente.

El hoy Justicia de Aragón, EMILIO GASTÁN SANZ, examina la figura, retrotrayéndose a la historia y enfocando su actualidad, y dice que «por tozudez histórica de querencia de libertad, Aragón sufrió, en la persona del Justicia, uno de los mayores embates que debió soportar en su historia. Cuando Juan de Lanuza V fue mandado decapitar por Felipe II se mutilaba al mismo tiempo el espacio de libertades que Aragón quería para sí hasta 1711, en que la uniformidad del Estado absolutista acabará con toda traza de personalidad distinta. Hoy no tendría cabida una institución como la de los antiguos Justicias, pues responde actualmente a la definición de Defensor del Pueblo».

MARIANO NAVARRO RUBIO, Letrado del Consejo de Estado, aporta un estudio sobre la figura histórica y popular, para terminar con lo que, a su juicio, sería un Justicia ideal. Lo característico del Justicia era ser juez peculiar de contrafuero. Interventía en defensa de la Ley. Perseguía lo ilegal, no lo injusto. Una tropelía del rey o de la nobleza, por muy grande que fuere, no podía ser invocada ante el Justicia si no suponía un quebrantamiento del Fuero. Para el pueblo era el Vocero de Dios; defensor a ultranza de libertades, corrector implacable de los abusos de la autoridad suprema; oidor providente de toda suerte de agravios; árbitro de grandes poderes cuando la Ley se incumple; encarnación personal de la Justicia, sin fuerza propia ni más armas que la razón del Fuero.

JESÚS LÓPEZ MEDEL, miembro del Colegio de Aragón, no podía faltar a la cita que supone la figura examinada y bajo el título *El Justicia de Aragón en el pensamiento de Joaquín Costa* vuelca todo su enorme conocimiento de la obra de Costa para ofrecernos fragmentos en los que aquel ilustre autor diseñaba la figura del Justicia bajo el gran lema de que «Aragón no se define por la guerra, Aragón se define por el Derecho». Altero el orden de aparición de autores, pues junto con JESÚS LÓPEZ MEDEL hay otro que es JOSÉ MARÍA CASTÁN, que también recurre a otro autor para desentrañar las figura del Justicia. CASTÁN utiliza a JOAQUÍN ESCRICHE y su *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, y en él destaca lo que el autor entiende por Justicia: El magistrado supremo de aquel reino, que con el consejo de cinco lugartenientes hacía justicia entre el rey y los súbditos, y entre los eclesiásticos y regulares. Hacía en nombre del rey sus provisiones e inhibiciones, cuidaba de que se observasen los Fueros y quietaba las fuerzas.

ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario de Madrid, hace unas reflexiones sobre la figura y, de una parte, destaca la amplitud y complejidad de funciones (juez medio, elemento de consulta de los suprajuntores, actuaciones en defensa de reos contra la tortura y embajador extraordinario o plenipotenciario) y, de otra, el control a que estaba sometido por los «jurados» o «judicantes» encargados de controlar la Justicia.

ROMÁN DE VICENTE JORDANA, académico de número y vicepresidente de la sección de Historia, Legislación y Deontología de la Real Academia de Farmacia, en un amplio trabajo nos cuenta todo el proceso histórico, que culmina con la ejecución del Justicia Lanuza. Tres o cuatro personajes: Felipe II, Antonio Pérez, Alonso de Vargas y el propio Justicia, junto con el Fuero de Juan II de 1461 (que condena a muerte a las gentes armadas que entren sin permiso en el reino para prender malhechores huidos de otros Estados de la corona de Aragón), y justo es Antonio Pérez quien al refugiarse en Aragón debe ser juzgado en Aragón y protegida su persona en la cárcel de los «manifestados».

JESÚS MARINA MARTÍNEZ PARDO, Magistrado del Tribunal Supremo, ensalza la figura del Justicia a base de una serie de recuerdos que le permiten reconstruir la figura que se encuadra en una frase de Moneva, que cita: «Aragón produce verdad y justicia. Trigo también, pero no el que hace falta». JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, catedrático de Derecho agrario de la Universidad Complutense de Madrid, dibuja la figura del Justicia en la actualidad con esa vocación de antiguo opositor, distinguiendo su concepto (defensor de los derechos y libertades de los aragoneses), facultades, autoridad, tratamiento y responsabilidad, nombramiento y organización. Hace una concesión al Justicia en la historia y en el futuro.

MANUEL PIZARRO MORENO, presidente de la Sociedad Rectora de la Bolsa de Madrid, mantiene una postura original al tratar de introducir la figura del Justicia en el mundo financiero: organización de consumidores, defensor del cliente, la mayoría financiera, etc. El último de los trabajos corre a cargo de RAIMUNDO SÁNCHEZ BUSTAMANTE, publicista y miembro de la Sociedad de Autores, quien aporta para el conocimiento de la figura la crónica de LUPERCIO LEANDRO DE ARGENSOLA del año 1604, que no apareció hasta doscientos cuatro años después en letra impresa. En él se relata el acontecimiento de la muerte del Justicia Lanuza con toda clase de detalles.

La publicación termina con una lista de todos los Justicias habidos, desde Pedro Jiménez en el año 1115 hasta Antonio Gavín en 1707. Un total de 68, aunque SANZ JARQUE señale solo 66. La figura, al haber pasado a la historia,

cobra el relieve de ser un hecho trascendental que difícilmente podría encajar en los momentos actuales con sus dimensiones históricas, pero es figura que cabe —dentro de unos límites— en todo Estado de derecho.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CAMBIASSO, S.: *La publicidad registral base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles: el Registro de la Propiedad como garante de dicha seguridad*, Montevideo, Uruguay, 1992.

Este trabajo, cuyo ejemplar me llega especialmente dedicado por su autora, fue preparado para el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España con motivo del V Centenario del Descubrimiento de América y en él se contiene todo lo esencial del sistema uruguayo. Al traerlo a recensión no puedo por menos de agradecer a la doctora SUSANA CAMBIASSO las palabras de elogio hacia mi persona en el último Congreso Registral y lamentar muy de veras el no haber tenido el hueco necesario para poder corresponder a esa gentiliza. Quiero con esta recensión rendir un recuerdo emocionado a la figura del profesor JULIO R. BARDALLO —recientemente fallecido—, con el que compartí un panel expositivo y muchas horas de charla seria, amena y divertida hace años en La Plata.

Voy a respetar los puntos en que la autora separa su exposición, y que van desde los antecedentes de la institución hasta el principio de publicidad, pasando por las bases fundamentales, las nuevas técnicas y los principios registrales. Anticipo —y en eso yo discrepaba con BARDALLO— que al ser un Registro enclavado en la Administración se perfila más como un «servicio público» que como una institución jurídica de cierta independencia, definiéndose la función registral como «función pública administrativa». Partiendo de ese punto de arranque que nos distancia, caben muchas analogías y coincidencias. Mientras en Uruguay el Registro es «un servicio público», en España a través del Registro se «presta un servicio público».

A) *Antecedentes*

El origen de lo que hoy es el Registro reside en la creación de oficinas registrales para actos y contratos mediante iniciativas aisladas que respondieron a inquietudes de publicidad diferentes. Así surgieron los Registros de Hipotecas, el antiguo Registro de Ventas, el Registro General de Arrendamientos, el de Embargos e Interdicciones, hasta llegar a la Ley vigente de 25 de septiembre de 1945. Se señala la necesidad de una reforma que ya en 1981 presentó el profesor BARDALLO, y que si bien se publicó como Ley ha sufrido ocho suspensiones. El deseo de la reforma es lograr una institución registral con la finalidad última de alcanzar la seguridad que exige el tráfico jurídico de inmuebles.

B) *Bases fundamentales de la institución*

En estas bases se nos va explicando con plena claridad y precisión la

organización del mismo, a través del departamento de que depende, de la figura del Registrador y de la competencia territorial.

En materia de *organización* los Registros dependen del Ministerio de Educación y Cultura, donde existe una Dirección de Justicia y, en ella, una Dirección General de Registros. Todo ello lo apunto a grandes rasgos, ya que en el texto va con un mayor detalle difícil de incorporar a estas notas, ya que hay funciones delegadas, centralización administrativa y desconcentración técnica.

La figura del Registrador ya hemos apuntado es la de un funcionario público que actúa como agente de la función pública administrativa registral. Debe reunir una serie de requisitos, debiendo ser Escribanos con cinco años de ejercicio en la profesión. Se equiparan administrativamente a los miembros del Poder Judicial. Marginamos el tema de los escalafones y ese conjunto de derechos, sueldos, ajustes, compensaciones y beneficios. Lo mismo sucede con las obligaciones, las incompatibilidades, las prohibiciones y la responsabilidad. La figura se aparta sustancialmente de la del sistema español.

Quizá sea más importante destacar la esencia de la función registral. Este punto es donde la zanja de separación de sistemas se hace más profunda. Para la autora la función registral es de carácter público y administrativo. Reducir a este limitado campo la actuación nos puede llevar a un Registro «administrativo» más que jurídico o, más bien, a lo que apuntaba nuestra Exposición de Motivos: «Considerar los Registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil y a sacrificar lo principal a lo accesorio».

El contenido de esa función se va examinando a través del procedimiento inscriptorio, las formas de documentación, la confección del contenido de los asientos, la publicidad formal y la parte de impugnaciones y recursos.

El servicio registral según la *competencia territorial* se nos ofrece con un organigrama perfectamente comprensible donde se destacan nueve Registros en Montevideo (traslaciones, hipotecas, arrendamientos, prenda, poderes, vehículos, de comercio, inhibiciones, etc.) y dieciocho Registros departamentales y un Registro local en Pando. La autora va desarrollando el contenido de cada Registro, para terminar con el tema de las relaciones que los mismos ofrecen con el Catastro nacional. La coordinación se lleva a cabo mediante una identificación de la finca según el plano de medida, la remisión de fichas a la Dirección General Catastral y lo que llaman nomenclatura catastral (número de padrón), de utilización confusa.

C) *Nuevas técnicas*

Se abordan los nuevos procedimientos de microfilmación, las computadoras, la telegestión, el folio real electrónico, etc. Todo ello parece que está iniciándose y que tardará algún tiempo en atravesar la meta que se persigue.

D) *Principios registrales*

Se examinan los principios de inscripción, legitimación y fe pública registral, prioridad y oponibilidad. Claramente se dice que la transmisión de dominio y la constitución de derechos reales se realizan extrarregistralmente. La

inscripción tiene efecto declarativo, rige la teoría del título y el modo, y la inscripción despliega los efectos en una realidad jurídica que existe fuera del Registro, pero no es eficaz frente a terceros hasta tanto no haya sido publicada. Excepcionalmente se admite la inscripción constitutiva (hipoteca, prendas sin desplazamiento, minería, aeronaves y *sociedades civiles* de propiedad horizontal).

En suma, se trata de un Registro en el que el efecto más intenso de la publicidad es la oponibilidad. Creo que es importante destacar el problema que ofrece la *prioridad*, donde en principio funciona al igual que el español; pero en aquellos actos en los que el modo de adquirir es la tradición, sólo producen efecto contra tercero, sino desde la presentación del instrumento respectivo, «retrotrayéndose los efectos a la fecha del contrato» si éste se presenta dentro de los quince días a partir del siguiente al otorgamiento. Sistema criticado por BARDALLO ante ese período de clandestinidad.

E) *Derecho registral y publicidad*

La visión que la autora da a la esencia del Registro y a su publicidad se distancia de la nuestra y está referida específicamente al Derecho uruguayo, ya que se sitúa al Derecho registral como rama del Derecho público y parte especial del Derecho administrativo, siendo un derecho formal o adjetivo.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ