

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO***

Libros

BARRIO GALLARDO, Aurelio: *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid, 2012, 662 pp.

Se publica, con las adaptaciones necesarias, la tesis doctoral del autor. De su labor investigadora durante esta etapa de formación, BARRIO GALLARDO ya había ofrecido algún adelanto¹.

El título de la obra expresa su tema central: el problema de conciliar el reconocimiento de una amplia libertad de testar con la protección patrimonial a la familia del causante.

El tema de la libertad de testar y la conveniencia de un sistema de restricciones o limitaciones a la misma, aunque no exclusivamente jurídico, ha suscitado el interés de autores y prácticos del Derecho de un tiempo a esta parte. Como ocurriera durante la etapa codificadora, se expresa con frecuencia la necesidad de un reconocimiento más amplio de la libertad de disposición *mortis causa* pero, a diferencia de lo ocurrido entonces, quienes así lo hacen no cuentan con una oposición numerosa. Es un mérito de esta monografía acompañar la crítica al sistema legitimario actual del Código Civil con una propuesta de *lege ferenda*: sustituir tal sistema por otro que simplemente reconozca un derecho sucesorio de alimentos en favor de determinados familiares del causante.

La obra se divide en cuatro grandes capítulos acompañados de unas conclusiones finales, tan interesantes como aquéllos pues contienen varias proyecciones de la propuesta del autor. El capítulo IV es el más importante pues contiene el planteamiento de la idea central de la monografía. Desde la perspectiva expuesta, los capítulos previos presentan un interés complementario en relación con la propuesta del autor.

Del capítulo I, al margen del interés que pueda tener el estado de la doctrina sobre de la libertad de disposición y sus limitaciones en el Derecho romano, en especial, en su época clásica, destaca el epígrafe que el autor

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

¹ Vid., *La evolución de la libertad de testar en el Common Law inglés*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011; «Atemperar la rigidez legitimaria», *Aranzadi Civil. Revista de Actualización*, núm. 21, marzo, 2008, pp.15-42; «Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 17, 2011, pp. 45-92.

dedica a estudiar los motivos de la aparición de ciertas restricciones a la libre disposición patrimonial del *pater familias*, primero a través de disposiciones generales como la *Lex Cincicia*, la *Lex Furia*, o la *Lex Falcidia*; más tarde, y coincidiendo en su vigencia con alguna de las anteriores, con el recurso de la *querella inofficiosi testamenti*. Comúnmente, se considera que la aparición de estas limitaciones a finales del período republicano trae causa del abuso que se produjo en el ejercicio de esa libertad de testar de la que gozó el *pater familias* desde el siglo III a.C. La decadencia en la observancia de las *mores maiorum*, así como un proceso de patrimonialización de la herencia, habrían determinado un aumento creciente de liberalidades caprichosas y perjudiciales para la familia, así como de desheredaciones injustificadas, frente a las que se reaccionaría, primero, con aquellas disposiciones generales, después, con el expediente de la *querella inofficiosi testamenti*. Junto a estas explicaciones tópicas, el autor intenta alguna otra original. En este sentido, considera que una posible causa de esas restricciones podría verse en la creciente desconfianza hacia el individuo que se habría producido en la época.

En el capítulo II se exponen los antecedentes de la libertad de disposición y sus limitaciones, esta vez, en la tradición del *Common Law*. El autor cuestiona que la libertad de testar sea un elemento sustancial de esta tradición jurídica pues hasta la eliminación, en el año 1833, de la *dower*, especie de derecho de viudedad que recaía sobre los inmuebles del causante, no se habría conocido jamás una libertad de testar omnímoda. BARRIO GALLARDO anuda la desaparición de la *dower* a dos hechos no jurídicos, a saber, la vigencia social de ideas filosóficas liberales e individualistas, y el incremento de los negocios inmobiliarios, obstaculizados por esas previsiones legales en favor del cónyuge viudo y otros familiares. Sólo desde aquel año, los ingleses gozaron de una total libertad de disponer, habiéndose admitido, en coherencia con aquellos planteamientos ideológicos, que el testador realizase cualquier tipo de disposición sobre sus bienes, aun cuando resultase caprichosa, y hasta cruel con sus familiares. Esta situación, dice el autor, se tornó en 1938 cuando, habiendo tomado creciente preocupación las necesidades y responsabilidades del individuo, y siguiendo la experiencia de otros países del *Common Law*, se aprobó la *Inheritance Act*, que facultó a determinados familiares dependientes del causante para solicitar al tribunal una adecuada provisión con cargo a la herencia del fallecido. Con ello, la libertad de testar volvió a toparse con una nueva limitación, esta vez, de carácter flexible.

Esta experiencia histórica es sumamente interesante en el contexto de la obra pues la propuesta del autor no deja de arrojar similitudes con el sistema de la *family provision*, que se configura como una atribución sucesoria contingente, que depende de la apreciación judicial en cada caso, y que no consiste en una cuota fija, sino en una cuota variable en atención a las circunstancias de la familia del difunto.

Tras un estudio detenido de estas dos experiencias jurídicas diversas, la romana y la del *Common Law*, unidas por el elemento común de que las limitaciones a la libertad de disponer aparecieron para proteger a la familia del causante y evitar su indigencia, el capítulo III aparece dedicado a la prodigalidad en el Derecho español. Aunque referidas a ámbitos distintos y a actos diversos, BARRIO GALLARDO relaciona prodigalidad y legítima, coincidentes ambas en ser figuras que limitan la libertad dispositiva.

El autor estrecha tanto la relación entre prodigalidad y legítima que, así como la existencia de la segunda exige la de la primera, parece conveniente que la regulación de ambas instituciones se ordene conforme a la protección

de un mismo interés. Por medio de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se reformó la regulación de la prodigalidad en el Código Civil. Con esta reforma se produjo un cambio en el interés jurídico protegido por esta institución. Hasta esa fecha, el Tribunal Supremo había declarado que la prodigalidad aspiraba a la protección de los eventuales derechos hereditarios que los legitimarios pudieran tener en el patrimonio del declarado pródigo. Con la modificación del año 1983, aunque el interés protegido siga teniendo un carácter exclusivamente privado y familiar, ya no se trata de defender determinadas expectativas sucesorias de familiares próximos, sino de garantizar el cumplimiento de la obligación de darles alimentos. Con acierto, el autor insinúa varias veces que en la anterior regulación de la prodigalidad subyacía la idea de la necesaria protección del patrimonio familiar. Si éste se había transmitido de generación en generación, como si de un fideicomiso tácito se tratase, no parecía adecuado que los descendientes de un pródigo se vieses privados del mismo por la conducta pródiga de su ascendiente. Con la modificación de 1983, probablemente asumida la desaparición de estos patrimonios familiares, propios de una economía rural pero no urbana, como la actual, se vendría a conciliar mejor la protección de la familia y la libertad de disponer.

Todo lo anterior nos introduce en el capítulo central de la obra que, tras el recordatorio de los debates entre partidarios de la libertad de testar y los defensores de la legítima durante la etapa codificadora, contiene una crítica al sistema legitimario actual del Código Civil. Junto a las consideraciones recogidas en el párrafo anterior, BARRIO GALLARDO añade dos argumentos que le parecen determinantes para justificar una reforma del sistema legitimario, el del incremento de la esperanza de vida y el cambio en el origen de la mayoría de patrimonios, que no es otro que el trabajo individual.

Ante un panorama en el que no cabe otra propuesta que la de prescindir de la legítima, el autor, sumándose a una corriente mayoritaria en la doctrina, considera que nada afectan a tal propuesta las previsiones constitucionales de protección a la familia y a la herencia (artículos 33.1 y 39 CE). Si bien en el marco constitucional es admisible el reconocimiento de una libertad de testar absoluta, existe un mínimo indisponible que impone la Constitución, el del débito alimentario.

Con ello se alcanza la propuesta central del autor: sustituir la cuota legitimaria actual por «una prestación de carácter alimentario, mortis causa, con cargo al caudal relicto por el causante, del que habría de ser responsable, en primer término, el instituido heredero (...), de ser –claro está– persona distinta del alimentista» (p. 550). En este punto se ponen de manifiesto las similitudes con el sistema de la *family provision* del *Common Law*. Como el propio autor se encarga de recordar, no faltan precedentes recientes en el Código Civil de un derecho sucesorio de alimentos. Así ocurría con el 845 del Código Civil antes de verse afectado por la reforma que introdujo la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que reconocía a los hijos ilegítimos no naturales un derecho de alimentos a cargo de su progenitor y sus derechohabientes.

Carlos DÍAZ TEIJEIRO
Becario FPU del Ministerio de Educación
Universidad de Coruña

BERNAD SEGARRA, Lucía: *La pluralidad hipotecaria. Excepciones al principio de prioridad temporal en Derecho Romano y en el Derecho Civil español*, Dykinson, Madrid, 2011, 140 pp.

El presente volumen constituye una adecuada aproximación y puesta al día de los antecedentes históricos de las normas referentes a ciertos privilegios crediticios que aún hoy subsisten en nuestro Derecho hipotecario. Como puede observarse del propio título, se trata de un trabajo básicamente romanístico, pero no de un Derecho romano de corte anticuario (sin perjuicio del interés intrínseco que este pueda tener), sino uno presidido por la idea de la continuidad histórica de las formas jurídicas, capaz de nutrir y dar sentido a las instituciones jurídico-civiles modernas a partir de la Historia; una línea de trabajo en la que destaca, entre nosotros, la obra del profesor Antonio Fernández de Buján y su escuela. La autora de este libro se inscribe en esta tendencia, por lo que el libro que nos ocupa conforma una monografía más de índole histórico-dogmática que de la tradicional romanística histórico-crítica. Ello se evidencia tanto por el tema elegido como, sobre todo, por la disposición de los materiales y el tratamiento de las fuentes, donde la discusión filológica de los textos es muy escasa y se sostiene un punto de vista metodológico fundado en la confianza en la genuinidad de los fragmentos transmitidos por el *Corpus iuris civilis* y, por tanto, la sustancial clasicidad del Derecho contenido en el Digesto justiniano. No cabe esperar, por tanto, en esta obra grandes descubrimientos ni revelaciones sorprendentes en torno a la reconstrucción histórica de algunos extremos interesantes del Derecho hipotecario romano, sino más bien una puesta en limpio de los hallazgos de la romanística moderna a este respecto y su conexión con algunas normas aún contenidas en nuestro Derecho positivo. Para un tratamiento más exhaustivo de los textos romanos sobre la pluralidad hipotecaria habría que irse, pues, a los clásicos estudios de Ferdinand Regelsberger (*Zur Lehre von Altersvorzug der Pfandrechte*, Erlangen, 1858), Heinrich Dernburg (*Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, II, Leipzig, 1860-64) o, en la doctrina española, el magnífico trabajo de Juan Miquel («El rango hipotecario en Derecho romano», *AHDE* 29, 1959, pp. 229-316).

De conformidad con estos planteamientos, la obra se divide en dos partes, de desigual extensión e intensidad. La primera (pp. 21-94) referida al análisis de la aparición de la regla *prior tempore, potior iure* en el Derecho hipotecario romano antiguo (si bien esta regla solo sería acuñada como tal, sobre la base de los textos romanos, en la Edad Media, como se ve en el *Liber pauperum* del maestro Vacario y en el *Liber Sextus* 5, 12, 54, de Bonifacio VIII) y las excepciones que a la primacía de ese principio se fueron introduciendo progresivamente en época romana hasta llegar a Justiniano. La segunda parte (pp. 95-119), en cambio, se dedica brevemente al estudio de las continuidades de esas excepciones en el Derecho civil común español.

La primera de estas dos partes se abre con un *excursus*, quizá un tanto innecesariamente largo para los propósitos de la obra, en torno a la aparición de la hipoteca en Roma y el origen del término «*hypotheca*» en el lenguaje de los juristas romanos (lo que en última instancia implica la consideración del hipotético origen griego de la figura y la genuinidad o no de títulos de obras como el *de formula hypothecaria* de Gayo o el *ad formulam hypothecariam* de Marciano). Su interpretación no se aleja mucho de la postura estándar al respecto, que sostiene los antecedentes griegos de la figura, con fuertes adaptaciones romanas (*pignus conventum*), y la clasicidad de la terminología