

Al recensionar en el Anuario de Derecho Civil, 42 (1989), 177 y s., la obra de la Beck'se *Juristen im Portrait* ignoraba la publicación de este *Who who's* de la civilista germánica, que la Librería *Schweitzer Sortiment* me ha hecho llegar amablemente. Me complace dejar constancia de que coincide sustancialmente con la idea que esboqué para España en la citada recensión. Tomando como punto de partida la entrada en vigor de nuestro primer cuerpo legal, se trataría de recoger los datos biográficos, académicos y publicaciones de cuantos civilistas han profesado en las Facultades de Derecho españolas, o, eventualmente han enseñado fuera (pensemos en el exilio de nuestra Guerra civil). Para los ya fallecidos no resultará difícil encontrar datos en las Necrológicas que suelen dedicar las revistas, en los Rectorados y Negociados de los centros en que impartieron sus enseñanzas, y en sus discípulos y familiares, aparte de la obra impresa que hayan dejado. Un reducido equipo de redactores debería encargarse de la recogida y ordenación de datos. La financiación no sería difícil obtenerla de las numerosas Instituciones que podrían patrocinar la obra. Brindo la idea a la Asociación de Catedráticos de Derecho Civil.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MORENO MARTINEZ, Juan Antonio: «El defensor judicial», Editorial Montecorvo, Madrid, 1989, 365 páginas.

«El defensor judicial», del doctor Moreno Martínez, se inscribe en la tradición de los estudios monográficos —panorámicos y exhaustivos al tiempo— acerca de una institución jurídica de perfiles bien acotados.

En este caso, se trata de la figura bautizada con el nombre de defensor judicial por nuestro Código, ya en 1889 y objeto de trascendente reforma por obra de las Leyes 11/1981 y 13/1983. Tras esta última, es en sede de instituciones de guarda donde nos ofrece la Ley una regulación —arts. 299 a 302— sintética, pero con pretensiones de generalidad. Ello motiva que el ajuste de estas reglas con las que el legislador de 1981 dicta en el artículo 163 para la patria potestad, de origen a no pocas incertezas.

Esta tensión aflora en el trabajo del doctor Moreno Martínez, al tratar éste de ofrecer una sistematización de los presupuestos y régimen de la figura del defensor judicial en ambas sedes: patria potestad e instituciones de guarda.

El autor afronta la tarea pertrechado con un completo bagaje no sólo doctrinal, sino de decisiones de nuestro Tribunal Supremo, resoluciones de la Dirección General de los Registros y jurisprudencia de otros sistemas jurídicos —francés en primer lugar, pero también italiano y alemán—; y esto último, por desgracia, no es tan habitual en nuestra literatura jurídica.

Antes de entrar en el núcleo del estudio, se nos ofrece una referencia histórica de la institución, con interesantes apuntes sobre patria potestad e instituciones de guarda de menores e incapaces en el período revolucionario francés. Sigue una breve reseña de las regulaciones de otros Códigos europeos.

La delimitación de la noción de conflicto de intereses centra la primera parte, destinada a la fijación de los presupuestos desencadenantes de la designación del defensor.

Como categoría definidora de un ámbito objetivo de supuestos, la idea de «conflicto de intereses» (en expresión de los arts. 163-2.º y 299-1.º) o «intereses opuestos» (según la denominación del art. 163-1.º), es, por sí misma demasiado indeterminada, requiriendo mayores precisiones si se pretenden trazar líneas para la construcción jurisprudencial de los presupuestos de aplicación de la figura.

Con este fin, y siguiendo a la mejor doctrina italiana —Pugliatti en primer término—, en materia de representación en el negocio jurídico, propone el autor como criterio de concreción el del peligro de daño para el interés del menor o incapaz consecuencia de un riesgo actual de un uso indebido, sea de la función de guarda, sea del poder de representación, según los casos. Y lo ilustra con una amplia casuística jurisprudencial española, así como italiana, francesa y alemana.

Tal vez se podría haber sistematizado un poco más e intentado ofrecer algunas reglas de identificación y solución —en sentido positivo o negativo en cuanto a la existencia de conflicto de intereses— de grupos de hipótesis, en la línea de la jurisprudencia y doctrina alemanas: «Erfüllungsgeschäfte», «Geschäfte ohne oder mit rechtlichen Nachteil», acuerdos sociales de sociedad de la que forman parte padre o guardador y menor o incapacitado —casos estos últimos que generaron una larga controversia jurisprudencial en Alemania—, etc.

En este sentido, también resultaría interesante analizar aquellos negocios, no encuadrables de manera plena en la categoría del «autonegocio», pero en los que la contraparte del representante sea cónyuge o pariente de éste, otro representante designado por aquél o una persona interpuesta; algunos de estos supuestos es regulado expresamente en otras legislaciones (§ 1975 BGB).

Realiza a continuación el autor un pormenorizado y completo examen de los presupuestos subjetivos del conflicto de intereses, considerando cada una de las hipótesis posibles según la situación del menor o incapacitado, el tipo y forma de ejercicio de la representación, guarda o asistencia, etc. Se ocupa incluso del concebido y no nacido. Y no lo hace exclusivamente en el plano del desentrañar el sentido de la regulación positiva —ya que ha despertado ya abundantes dudas en la doctrina—, sino aportando sus consideraciones críticas a algunas soluciones adoptadas por la legislación española. Es el caso de la que expresa el artículo 163, 2.º párrafo, al atribuir la representación del menor al progenitor que no está personalmente incurso en una situación de conflicto de intereses, cuando el otro si lo está lo que no ocurriría, por cierto, antes de la reforma de 1981 si el conflicto enfrentaba al menor con el padre. La inconveniencia del criterio legal es subrayada —con justeza, en mi opinión— por el autor.

El segundo gran bloque de temas de los que se ocupa el doctor Moreno Martínez se organiza en torno al régimen del instituto.

Por lo que toca a la delación del cargo, se destaca el carácter plenamente judicial de la designación, así como el amplio margen de discrecionalidad en la elección de la persona del defensor, negando virtualidad vinculante a las disposiciones testamentarias sobre el defensor y sosteniendo la derogación del orden de deferir el cargo, contenido en el artículo 163, párrafo 3.º —fruto de la reforma del 81— por efecto las reglas del artículo 300, con apoyo en una interpretación que conecta los artículos 299 y 302.

Las atribuciones de la figura son abordadas al hilo de las cuestiones que suscitan aquellos supuestos de intervención del defensor judicial que, con mayor asi-

duidad, acaecen en la práctica jurisprudencial española y de otros sistemas jurídicos europeos: los producidos en torno a la participación de una sucesión que interesa al menor o incapacitado.

Antes de ello, no obstante, dedica el autor unas breves páginas a sentar unos criterios generales atinentes a las facultades del defensor. Criterios que se van a hacer descansar en una distinción, a estos efectos de atribuciones, entre los supuestos contemplados en el párrafo 1.º, de un lado —conflicto de intereses entre representante o curador y menor o incapacitado— y en el párrafo 2.º, de otro —no ejercicio de sus funciones por parte del tutor o curador—, ambos del artículo 299. Sin duda, cuando el Juez, sea cual fuere el supuesto en cuestión, ha conferido específicamente una serie de facultades al defensor, a ellas deberá éste atenerse. Pero ¿qué ocurre si no hay tal atribución puntual en absoluto, o bien la hay en algunos ámbitos de la actuación del defensor, pero no en todos? El doctor Moreno Martínez entiende entonces que para el primer supuesto arriba descrito, el defensor judicial ostentaría idénticas facultades a las propias del titular de la patria potestad, tutor o curador, si éstos no estuvieren incurso en una situación de oposición de intereses; por contra, para la segunda hipótesis, las atribuciones entregadas por el Juez operan con límite infranqueable de la esfera de competencias del defensor.

Esta tesis, aunque cuenta con argumentos sólidos, de interpretación de la regulación positiva, tal vez no pone de relieve las trabas que puede ocasionar gestión del defensor en los casos que se engloban en la esfera de aplicación del artículo 299, párrafo 2.º, toda vez que dicha actividad no se circunscribe a un asunto o asuntos concretos, sino que se extiende a todo el lapso de tiempo en que la tutela o curatela ordinarios permanecen inejercitadas durante el cual pueden presentarse asuntos de índole muy diversa y difícilmente previsibles *a priori*. Y el posible riesgo de menoscabo de los intereses del menor, viene salvado no sólo por el control judicial sobre el carácter de la persona que desempeña el cargo de defensor, sino, asimismo, por la obligatoriedad de la autorización judicial, en los mismos casos en que lo es para los guardadores ordinarios.

Sin embargo, como ya se ha apuntado, en torno a los problemas en sede de partición hereditaria es como se concentra el núcleo de la exposición sobre el contenido del cargo del defensor. De manera detallada, con referencia a cada modalidad de partición, se plantean y resuelven las dudas acerca de la intervención o no del defensor —así, en la partición por contador testamentario o dativo si hay conflicto de intereses—, la necesidad o no de especiales autorizaciones judiciales para realizar ciertas intervenciones o llevar a cabo ciertos actos —así, la intervención en la liquidación de sociedad de gananciales, ejercicio de la opción para los legitimarios en el caso del artículo 820.3, o en presencia de una cláusula *Socini*—, legitimidad de actos, etc. Haciendo gala, además, de un manejo preciso de los conceptos del derecho sucesorio y un empleo afortunado de la entera literatura y jurisprudencia en la materia, no sólo de la específicamente relativa al fenómeno particional.

Se ocupa el trabajo que se comenta, en último lugar, de las cuestiones relativas a las obligaciones y los derechos económicos que resultan del ejercicio del cargo, así como de la extinción del mismo. Igualmente ofrece algunas consideraciones sobre la vertiente procesal y registral del instituto.

Con todo ello, pone término el autor a una completa y pormenorizada indagación, de meritoria utilidad para los intérpretes y aplicadores de nuestro derecho de familia y nuestro derecho sucesorio.

FERNANDO GÓMEN PÉREZ

PASQUAU LIAÑO, Miguel: «La acción directa en el Derecho español», Madrid, 1989, Editora General de Derecho.

El libro del profesor Pasquau no pertenece a ese grupo de obras cuya principal función es enriquecer la información del lector. Su pretensión es más ambiciosa: trata de ordenar —reducir a unidad— los conocimientos dispersos del potencial lector, para lo que, a lo largo de toda la obra, le va recordando, más que enseñando, un conjunto de reglas y principios que hábilmente trenza con un hilo conductor que no se abandona, so pretexto de exhibiciones de innecesaria erudición, en ningún momento. Se lee esta obra, por tanto, de una sóla vez, siguiendo un camino ascendente —siempre preavisado— hasta la conclusión.

Con la cautela y ponderación que R. Bercovitz destaca en su Presentación a la obra, Pasquau se mueve en la línea de una jurisprudencia de intereses «responsable», que se manifiesta, por ejemplo, en su opinión de que no debe renunciarse a «una flexibilización de las relaciones jurídicas que obtuviera unas soluciones más justas y más adecuadas a los verdaderos intereses en conflicto» (página. 104). Del «uso responsable» de dicho método hablan los paliativos y restricciones que el propio autor impone a la ampliación analógica del elenco de acciones directas.

Uno de los principales méritos de este libro se encuentra en su propio índice o estructura, absolutamente ejemplar de lo que es un trabajo de tesis y manifestación de una mentalidad jurídica ordenada y metódica. El esquema es meridiano: 1.º Qué acciones directas se pueden encontrar en Derecho civil español, para lo que previamente es necesario definir qué es una acción directa. 2.º Características y régimen jurídico común a dichas acciones. 3.º Si dicho régimen común es regla o excepción, es decir, si se pueden admitir en Derecho español nuevas acciones directas por vía hermenéutica o analógica. Creo que este mero esquema es suficiente para que el lector de la obra, o en su caso, de esta recensión, se haga cabal idea de lo que aquélla contiene. Me libera ello, por tanto, de describir detenidamente cada uno de los capítulos del libro, para centrarme, en cambio, en resaltar los puntos más llamativos e interesantes del mismo.

Destaca, en primer lugar, la nitidez con que el autor «recompone» el concepto de acción directa, sobre tres datos: a) su naturaleza contractual; b) no estar contractualmente relacionadas las partes activa y pasiva de la acción, y c) actuación *iure proprio* del acreedor contra un deudor de su deudor. De esta manera, se excluyen aquellos supuestos que obedecen a una actuación representativa o a una cesión de crédito, por ejemplo.

En cuanto al régimen de la acción directa, sienta Pasquau dos criterios fundamentales: a) la acción directa se mide por el crédito existente entre acreedor y