



RN

REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

ENERO~MARZO 1995

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**
Fundada en 1953 por
Rafael Núñez-Lagos

**LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS**

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radío
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luís Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Die Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
LINGÜÍSTICAS Y LINGÜÍSTICAS
C. S. I. C.
NACIONALES DE LINGÜÍSTICA
CONSEJO DE INVESTIGACIONES 1997

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

- 9 ARRIOLA ARANA, José M.: "Vecindad civil y nulidad de testamento"
- 51 BELTRAN SANCHEZ, Emilio: "La unificación del Derecho privado"
- 181 GOMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: "Técnicas de reproducción asistida humana y Derecho de sucesiones"
- 257 PEREZ VOITURIEZ, A.: "El reenvío en el Derecho Internacional Privado español: Una interpretación actualizada"

Práctica jurídica

Derecho Notarial

- 341 — Colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario (R.D. 2537/1994, de 29 de diciembre), por Eduardo Martínez-Piñero Caramés.

Actualidad jurídica

Notas bibliográficas

- 415 SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M. C.: "La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente", Bosch, 1994.

VECINDAD CIVIL Y NULIDAD DE TESTAMENTO (*)

JOSÉ MARÍA ARRIOLA ARANA

Notario

9

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL FRAUDE DE LEY EN EL DERECHO INTERREGIONAL Y SUS EFECTOS. **1.** El fraude de ley internacionalista. **2.** De la tesis internacionalista a la pluralista en el concepto de fraude de ley. **3.** El fraude de ley en el Derecho Interregional y la Constitución Española. **III.** ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA ADQUISICIÓN DERIVATIVA DE LA VECINDAD CIVIL. **1.** Adquisición derivativa de la vecindad civil. **2.** Fraude a la ley eludida. **IV.** VECINDAD CIVIL Y NULIDAD DE TESTAMENTO. **1.** Prueba de la vecindad civil. **2.** Momento de la calificación de la vecindad civil en el plano sucesorio. **3.** Efectos de una falsa vecindad civil. **4.** El orden público en el Derecho Interregional. **V.** NATURALEZA DE LAS NORMAS SOBRE DESHEREDACIÓN HEREDITARIAS EN EL DERECHO INTERREGIONAL.

(*) Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Bilbao el 14 de diciembre de 1994.

I. Introducción

Conforme a una modalidad de exposición jurídica muy habitual en el Derecho Comparado, especialmente en los medios docentes del Mundo anglosajón y en la doctrina alemana, parto de una Sentencia Jurisprudencial, concretamente la del T.S. de 5 de abril de 1994, en derredor de la cual desarrollo mi tesis o comentario.

10 En cuanto leí esta Sentencia del T.S. comprendí la gravedad de la doctrina que sentaba, quedando confirmados mis temores por el hecho de que, con igual intuición, a los pocos días la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, convocaba de forma urgente a su Seminario de Derecho Foral para plantear el estudio de la misma. Quiero advertir que, aun cuando la Sentencia se refiere a un supuesto cuyos hechos se han desarrollado en Vizcaya, su problemática trasciende a todos los Derechos Forales. Vaya por delante, como apreciación propia, que en la Sentencia late la idea de la preeminencia del Derecho Común a los Derechos Forales y supone un retroceso hacia las viejas vías jurisprudenciales, que ya creíamos superadas, que con tanta reiteración defendieron tal prioridad.

Los hechos acreditados en Instancia se exponen por extenso en la Sentencia (Fundamento Segundo), siendo, en resumen, los siguientes:

Los cónyuges S.D.E. y E.S.R., naturales de La Rioja, fijaron su residencia en Erandio, anteiglesia de Vizcaya, posteriormente anexionada a Bilbao. A lo largo de su vida otorgaron diversos testamentos. Aprovechando que poseían un chalet de veraneo en la localidad de Sopelana (anteiglesia), se empadronaron en tal localidad y, en cuanto se cumplieron los dos años desde que se avecindaron administrativamente, formularon la pertinente comparecencia judicial al efecto de ganar la vecindad civil de vizcaínos aforados, lo que se consignó en el Registro Civil.

A los pocos días, otorgaron su último testamento en la

forma más común en el Derecho Civil Foral de Vizcaya, confiriéndose recíproco Poder Testatorio y disponiendo que “para el caso de que su citado cónyuge no hiciera o *no pudiera* hacer uso del expresado Poder Testatorio, instituye y nombra por únicos y universales herederos a sus dos nietos (por línea de un hijo premuerto), separando expresamente en este acto a sus hijos D. y D.”.

Los dos nietos-herederos otorgaron la correspondiente escritura de Partición y Adjudicación de las Herencias de los abuelos, que se inscribieron en los Registros de la Propiedad.

Entablada Demanda de Nulidad por los hijos apartados, se rechaza la misma en ambas Instancias, interponiéndose Recurso de Casación. El Tribunal Supremo lo admite por la Sentencia que comentamos, en la que, alegando fraude de ley por parte de los testadores, declara nulos los testamentos de los mismos, así como de la Partición realizada y la nulidad de las inscripciones registrales practicadas, disponiendo que la sucesión de los causantes tenía que regirse por los testamentos inmediatamente anteriores a los anulados y en los que se contenían disposiciones, tanto a favor de los nietos, como de los hijos.

Es evidente que la capacidad de asombro va decreciendo con la experiencia y los años, no obstante hay supuestos en que la misma se nos despierta por razón de los peligros que se desprenden de las bases jurídicas que se formulan o laten en la Sentencia que comentamos. Las conclusiones que de la misma se derivan en materia de vecindad civil y sus efectos sobre los testamentos notariales no pueden menos de preocuparnos, representan evidentes peligros y, de prosperar, van a dar origen a litigios, tanto más en Vizcaya por lo que a continuación indico.

Como ya expuso CARLOS BALBONTÍN (“Domicilio y regionalidad; sus problemas, especialmente en Vizcaya”, en *A.A.M.N.*, Tomo IX, 1950), la calificación de la vecindad civil, si ya es compleja en el resto de España, adquiere tin-

tes de especial dificultad en Vizcaya por razones de todos conocidas, como son: la dualidad entre vecindad civil de Villa y vecindad civil aforada; la variabilidad de los límites del núcleo urbano originario de las Villas; la extensión de la vecindad civil foral al término municipal de las Villas, salvo la parte de éstas excluida; la importancia del destino de los bienes para calificar ciertos supuestos de vecindad; la integración y desanexión de Ayuntamientos, etc.

Es cierto que muchas de estas cuestiones han quedado resueltas o, cuando menos, facilitadas, por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, pero no por ello ha desaparecido la dificultad de calificación, sobre todo teniendo en cuenta la derivación que existe de situaciones históricas anteriores, unido al hecho de los numerosos documentos redactados bajo la vigencia de la anterior legislación.

12 La gravedad a que me refiero adquiere unas dimensiones cuyo alcance cualquiera puede comprender si tenemos en cuenta que la calificación inexacta de una vecindad civil, puede serlo tanto por causas de error, como por el deseo consciente de acogerse a una distinta legislación civil que admita soluciones jurídicas no permitidas en la vecindad anterior (lo que califica como fraude de Ley la Sentencia), de tal modo que la separación entre uno u otro supuesto sólo está en razones subjetivas o teleológicas del propio sujeto, lo que conducirá a incluir en el fraude supuestos de mero error en la atribución de una determinada vecindad civil, con la posible sanción de la nulidad del testamento autorizado.

El comentario que, a mi modesto entender, tiene que ser necesariamente negativo, se centra en los cuatro aspectos fundamentales en que, repito que, a mi juicio y con el ánimo totalmente dispuesto a rectificar, yerra la Sentencia y que son:

1. El concepto y efectos del fraude de ley en el Derecho interregional.

2. La exigencia o no de elementos subjetivos para la adquisición de la vecindad civil.

3. Los efectos sobre el testamento de la atribución de una falsa vecindad civil, por error o dolo.

4. Las consecuencias de la desheredación en el Derecho Interregional.

II. El fraude de ley en el Derecho Internacional y sus efectos

El fraude de ley, como ha repetido la jurisprudencia, tiene por fin la defensa del cumplimiento de las leyes y no la represión de convenios o negocios jurídicos entre las personas. De ello ya se desprenden, cuando menos, dos consecuencias importantes: La primera que, para el fraude de ley, es indiferente la buena fe de quienes actúan respecto a su conocimiento de burlar la ley; la segunda, que el fraude de ley, por vía de un negocio jurídico, nunca puede darse respecto a normas en que rija el principio de autonomía de la voluntad, es decir, normas no imperativas.

13

Pero debemos profundizar más y para ello, tanto en DE CASTRO (*El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967) como en el profundo estudio de A. RODRÍGUEZ ADRADOS (“El fraude a la ley-Ensayo de una dirección pluralista”, *Comentarios sobre la reforma del Título Preliminar del C.c.*, Tomo I, pág. 273), nos tropezamos con la Sentencia de 13 de julio de 1959, que podemos considerar como el mejor exponente jurisprudencial de la tesis internacionalista del concepto de fraude de ley, para el que dicha Sentencia exige “que concurren los requisitos señalados por la doctrina: 1. Acto o actos que contrarían la finalidad práctica de la ley defraudada, suponiendo su violación efectiva, entendiendo los autores que el acto *in fraudem legis* será nulo siempre que la ley, según recta interpretación, quisiera evitar la realización del resultado práctico obtenido, pero no

si sólo quisiera prohibir el medio elegido para la realización del resultado. 2. Que la ley en que se ampare el acto o actos (ley de cobertura) no tenga el fin de protegerlos por no constituir el supuesto normal, o ser medio de vulnerar abiertamente otras leyes o perjudicar a tercero, no siendo necesario que la persona que realice el acto o actos en fraude tenga intención o conciencia de burlar la ley”.

El paralelismo entre el supuesto de hecho, base de la citada Sentencia, y la que ahora comentamos es todavía mayor si tenemos en cuenta, como nos dice RODRÍGUEZ ADRA-DOS, que “en él no encuentro fraude de ley, sino renuncia de herencia en perjuicio de acreedores, precedida de su aceptación, al menos tácita”. Exactamente igual ocurre en el supuesto de la Sentencia que ahora comentamos: Se acude a la doctrina del fraude de ley, cuando la fundamentación jurídica para la resolución del caso planteado tendría que venir a través de la declaración de nulidad de la adquisición de vecindad civil y aplicación de la doctrina general del Derecho de Sucesiones sobre los supuestos de desheredación o apartamiento sin causa.

14

En realidad, la vía lógico-jurídica seguida por el Ponente de la Sentencia que ahora comentamos, es idéntica a la que se refleja en la Sentencia de 1959: En ésta se acude al fraude de ley en defensa de los derechos de los acreedores del causante, cuando podría haberse llegado a la solución correcta, en aquel caso idéntica a la que alcanzó la Sentencia, por la vía, que era la procedente, de la aplicación conjunta de las normas sobre aceptación tácita de la herencia y sobre la renuncia en perjuicio de acreedores. Pero no puede olvidarse que hay una diferencia fundamental: Las normas de derecho sucesorio violadas en el supuesto de la S.T.S. de 1959 eran de derecho imperativo (defensa de acreedores, art. 1.001 del C.c.), mientras que en el caso planteado en la S.T.S. de 1994, eran normas reguladoras del *quantum* legitimario, cuya infracción no acarrea sanción de nulidad sino, según los casos, las más benignas derivadas de la regulación legal sobre des-

heredación sin causa, preterición y complemento de legítima.

Ambas Sentencias hacen aplicación en el derecho interregional de la tesis internacionalista del fraude de ley, por lo que es necesario que hagamos alguna referencia a ello.

1. El fraude de ley internacionalista.

La tesis internacionalista inicialmente expuesta entre nosotros por YANGUAS MESSÍA (*Derecho Internacional Privado*. Tomo I. Madrid, Edit. Reus, 1944) ha sido desarrollada y extendida por la inigualable autoridad y magisterio de D. FEDERICO DE CASTRO, que hace un resumen de ella contraponiendo el concepto de “fraude de ley, en sentido antiguo, cuando se pretende eludir la finalidad de la ley, salvando sin embargo lo dicho en su letra, y el fraude a la ley en sentido estricto o moderno, cuando se intenta amparar el resultado contrario a una ley en otra disposición dada en verdad con una finalidad diferente”. Dentro de esta concepción moderna, los requisitos del fraude según DE CASTRO, son los siguientes:

1.º Que admitir la validez del acto suponga la violación efectiva de una ley (Ley defraudada).

2.º Que la ley en que se ampare el acto (Ley de cobertura) no lo proteja suficientemente, pues “si se diera esa protección efectiva, no hay fraude de ley, sino concurrencia o choque de leyes”.

Es evidente que el fraude de ley internacionalista, o que podemos denominar de la doble Ley, tiene encaje en el texto del art. 6-4 del C.c., cuando nos dice: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. El fraude de ley internacionalista está incluido en tal precepto, pero esta modalidad de fraude no agota el contenido del mismo.

2. De la tesis internacionalista a la pluralista en el concepto de fraude de ley.

Por ello, RODRÍGUEZ ADRADOS, en sus comentarios, llega a la construcción de un concepto pluralista del fraude de ley. Para ello comienza planteándose la cuestión de si es imprescindible para la existencia del fraude de ley que exista una ley de cobertura, es decir, si puede haber fraude a la ley no existiendo ley de cobertura. Profundizando en esta cuestión y aun reconociendo que, en la cúspide de las figuras del fraude de ley se encuentra el fraude de ley internacionalista, considera que podemos también hablar de fraude a la ley eludida y de fraude a la ley de cobertura, considerando que debemos distinguir “dos expresiones que suelen considerarse como sinónimas *fraus legis*, fraude de ley, que sería el fraude a la ley eludida; mientras que *fraus legi*, fraude a la ley, sugiriendo la idea de engaño, sería el fraude a la ley de cobertura”. Dicho autor distingue, por lo tanto, entre el fraude extrínscico o fraude a la ley eludida o *fraude de ley*, en el que la ley defraudada ha de ser, necesariamente, una ley imperativa “pero esta imperatividad a la ley eludida no es requisito de todo fraude de ley, sino solamente de dos de sus categorías, la internacionalista y la extrínscica; y solamente limitando el fraude de ley a dichas categorías puede exigirse el requisito de la imperatividad de la ley eludida”.

16

En el *fraude a la ley* o fraude a la ley de cobertura o fraude intrínscico, la ley defraudada no es una norma imperativa, ni tampoco, claro es, dispositiva, sino que se trata de una norma facultativa.

Una última diferencia; en el fraude de ley internacionalista y en el fraude de ley, la norma imperativa defraudada ha de ser necesariamente de derecho objetivo. En el fraude a la ley de cobertura, fraude a la ley o fraude intrínscico, en que el fenómeno defraudatorio tiene las mismas características cuando se opera con una facultad testamentaria o contractual.

La Sentencia se acoge al fácil camino de aplicar el fraude de ley internacionalista olvidando, en primer lugar, que éste es un remedio excepcional y cuya utilización masiva da origen a evidente inseguridad jurídica, siendo así que, por mandato constitucional “los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica” (art. 9 de la Constitución). La aplicación extensiva de la teoría del fraude de ley vendrá, por tanto, a constituir en sí mismo un fraude de ley.

Pero, mucho más grave, es la aplicación que la Sentencia hace del fraude de ley internacionalista al ámbito del derecho interregional, olvidando, como dijo DE CASTRO, que uno de los límites esenciales del fraude de ley está constituido por la doctrina del conflicto de leyes; cuando existen, frente a frente, dos leyes, la defraudada y la de cobertura, contradictorias y con igual derecho para regular el acto de que se trate, esto es, cuando exista verdadero conflicto de leyes, el fraude de ley ha cesado, hemos salido del campo de la teoría del fraude de ley.

Por lo tanto, si las normas contrapuestas son de igual rango, estaremos ante un conflicto de leyes a resolver según las normas propias de los mismos. La doctrina del fraude de ley internacionalista que resucita esta Sentencia, implícitamente parte de la preeminencia del Derecho Común sobre el Derecho Foral.

3. El fraude de ley en el Derecho Interregional y la Constitución Española.

Pero tal preeminencia se halla en total contradicción con la igualdad que sustancialmente reconocía el Preámbulo del Decreto de 31 de mayo de 1974, aprobando el Texto Articulado del Nuevo Título Preliminar del C.c., al decirnos que “los derechos forales, no son formas privilegiadas ni meros residuos personalistas de normas anacrónicas, sino verdadero y actual reflejo jurídico de realidades perceptibles en nuestro propio modo de ser y existir colectivos”, y tal prin-

cipio de igualdad se consolida plenamente con el status jurídico constitucional creado por la Constitución de 1978, a partir de la cual (*Calificación, reenvío y orden público en el Derecho Interregional Español*, ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ, Edic. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1984) rige “el principio de igualdad jurídica entre todos los sistemas civiles coexistentes en España ... No cabe, ni siquiera en materia de calificación, utilizar un criterio calificativo que imponga las calificaciones de uno de los ordenamientos existentes”.

En la actualidad, por lo tanto, la posible aplicación del fraude de ley internacionalista en el Derecho Interregional ha quedado sustituido por el Recurso de Inconstitucionalidad. Ello es un avance en la defensa del Derecho Foral, pero no dejan de existir todavía limitaciones importantes que resultan de la interpretación que el Tribunal Constitucional viene dando al art. 149-1-8.^a (“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.^a Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, ... normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas del derecho foral especial”).

Son muy numerosas las Sentencias del Tribunal Constitucional que se han ocupado de fijar el alcance de esta facultad normativa de las Comunidades Autónomas, como son las S.T.C. 83/86, 76/88, 74/89, de 24 de abril, 140/90, de 20 de noviembre, 191/92, de 28 de septiembre y otras.

De todas ellas, pienso que la más directa y concreta es la S.T.C. de 12 de marzo de 1993: “El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la “legislación civil”, introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles o forales, sino en la previsión de que

los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su “conservación, modificación y desarrollo”. Son estos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables ... El concepto constitucional de “conservación ... de los derechos civiles, forales o especiales” permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el Ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su Ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1.º) ... Lo que la Constitución permite es la “conservación”, esto es, el mantenimiento del Derecho propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE. Tampoco la Ley impugnada puede considerarse como “modificadora” del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos ... La Constitución permite así que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, y reconoce de este modo no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales Ordenamientos preconstitucionales. Este crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas en cuanto tales, sino a

fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes ... Sin duda que la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su Ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”.

20

Frente a esta tesis, en la propia Sentencia se presentan los votos particulares de los Magistrados Julio Diego González-Campos y Carles Viver Pi-Sunyer. Así nos dice este último: “discrepo del ámbito material que la Sentencia atribuye a la competencia ... que se reserva la Comunidad Autónoma ... La Sentencia parte de la premisa de que las facultades de la conservación, modificación y desarrollo de ese derecho deben referirse a «instituciones conexas con las ya reguladas» en el mismo. En definitiva, según esta tesis, la competencia autonómica no tiene su límite material únicamente en las materias que, de forma explícita, reserva el segundo párrafo del artículo 149.1.8 de la Constitución al Estado, sino que ese Derecho Civil Foral o especial preexistente constituye el punto de partida y el límite de la referida competencia”. A juicio del mismo: “el artículo 149.1.8 reserva al Estado «la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos Civiles, forales o especiales, allí donde existan», debe entenderse que esta última frase —allí donde existan— no es un criterio que limita la materia de la competencia autonómica a ese derecho pre-

existente, sino que todo el inciso sirve para determinar cuáles son las Comunidades Autónomas que pueden asumir competencias en materia de Derecho Civil —son todas las que poseen un Derecho civil propio—. Al Estado le corresponde todo el Derecho civil en las Comunidades que no tengan ese derecho o, teniéndolo, no asuman esa competencia y las materias que, explícitamente, le reserva este precepto constitucional en su segundo apartado”. Igualmente nos dice Julio Diego González-Campos: “que el ámbito de la competencia del Estado sobre la legislación civil no posee ninguna limitación por razón de la materia. Y ello con independencia de cuál sea posteriormente su ámbito de aplicación ... pero también es obligado admitir, en contrapartida, que el ámbito del Derecho civil Foral o especial existente en una Comunidad Autónoma tampoco se halla limitado materialmente más allá de la reserva competencial en favor del Estado”.

21

Todo ello sin olvidar la peculiaridad que para Vizcaya y Navarra reconoce la Disposición Adicional Primera de la Constitución (“La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales”), que ha hecho proclamar a FRANCISCO SALINAS QUIJADA (*Algunas notas sobre el Proyecto de Ley Foral de reforma de la Compilación de Derecho civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra*) que “nuestro derecho dimana de un Poder reconocido, no otorgado, que tiene esencia originaria ... De ahí que el Poder de Navarra y, por ende, su Derecho, sea preconstitucional, es decir, anterior a las Constituciones del Estado Español; por lo que no puede hablarse de que nuestro Derecho sea contradictorio a la Constitución, cuando sale por fuera de la misma en este aspecto”.

Es evidente que la interpretación del Tribunal Constitucional supone un avance sobre la tesis restrictiva que limitaba la competencia de las Comunidades Autónomas a aquellas cuestiones en las que bien las Compilaciones o Normas Legales Históricas, regulasen la Institución de que se trate,

pero es también evidente, como nos dice SUSANA NAVAS NAVARRO (“La competencia en materia civil de la Generalitat de Cataluña”, *R.D.P.*, 1994, págs. 874 y sigs.): “sigue considerando al Derecho Civil Foral o Especial como un conjunto de Instituciones jurídicas de carácter asistemático o inorgánico lo cual, en el desarrollo actual de los derechos civiles autonómicos no es cierto y, quizá menos aún, para el Derecho Civil Catalán”; yo añadiría que, todavía con más razón, para el Derecho Civil Vizcaíno, cuyos principios son peculiares y existe, además, un reconocimiento constitucional explícito a los Derechos Históricos. Esta exigencia de conexión de la nueva normativa con el Derecho Foral Histórico o sus principios informantes, limita la autonomía o extensión de los Derechos Forales pero, a los efectos que ahora nos interesa, lo que es imprescindible destacar es que incluso para las tesis más restrictivas, salvado el Recurso de inconstitucionalidad, los sistemas civiles vigentes en España son de igual rango, por lo que no cabe, frente a un supuesto concreto, la alegación del fraude de ley internacionalista o por preeminencia de la ley común sobre las leyes forales.

Lo que sí es perfectamente factible que existan en España conflictos de normas de igual rango, en donde vuelve a plantearse una cuestión de enorme importancia, como ha puesto de manifiesto algún autor (*Constitución y Derechos Civiles Forales*. ALBERTO ARCE JANARIZ. Edit. Tecnos): “La exclusividad de la competencia estatal en el establecimiento del sistema del derecho interregional tiene implícito un riesgo ... Las normas del Derecho Interregional pueden convertirse en un expediente de ampliación del radio de acción del derecho estatal y, en consecuencia, de unificación del ordenamiento, en la medida en que tales normas no sólo delimitan el ámbito espacial de aplicación de las normaciones autonómicas, sino también su ámbito material”. Nada digamos de este riesgo si prevalece la tesis mantenida por grandes sectores de la doctrina, en el sentido de que tal competencia estatal sobre las normas de conflicto se aplica,

no solamente a los conflictos interregionales, sino también a los interlocales o intercomarcales, es decir, cuando no se trata de relaciones entre leyes de diversas Comunidades Autónomas, sino del Derecho de una misma Comunidad Autónoma.

El problema tiene particular importancia en el ámbito de nuestro Derecho Foral. Pero, en orden a ello, el Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva, no sólo para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y Especial, sino también para la fijación del ámbito territorial de su vigencia (art. 10-5 del Estatuto de Autonomía, Ley 18 de diciembre de 1979).

Estos conflictos intracomunitarios se plantean, sobre todo, en nuestro Derecho Foral, pues como nos dice A. CELAYA (“Vecindad civil en Vizcaya tras las últimas reformas”, *R.D.P.*, 1994, pág. 619): “En el Derecho vizcaíno los conflictos han sido siempre los más importantes y superan en gravedad a los que puedan surgir en cualquier otra Comunidad Autónoma”. La fijación del ámbito territorial, unido al carácter real del principio de troncalidad, básico de todo nuestro Derecho, conducen inexorablemente, si ha de tener algún sentido la fijación del ámbito territorial de la vigencia, a la necesidad de que puedan dictarse normas de conflicto para resolver los que se planteen en la aplicación de nuestro Derecho.

Por ello, hemos de concluir que la peculiaridad del Estatuto Vasco al reconocer como competencia propia la fijación del ámbito territorial de la vigencia del Derecho Foral, ha de conducir a que tal delimitación territorial no tenga sentido (relaciones entre personas con vecindad de villa y vecindad aforada, cambios territoriales que afecten a la legislación civil aplicable, etc.), salvo que se admitan competencias en cuanto a los conflictos intracomunitarios.

En directa conexión con esta tesis, la Ley 3/1992 ha establecido numerosas normas para resolver los conflictos in-

ternos, como son las que resultan de los arts. 6-2, 10, 13, 23, 26, 94 y 112.

Todas estas cuestiones expuestas se han planteado con toda su crudeza en el Recurso de inconstitucionalidad interpuesto el 13 de noviembre de 1992 contra la Ley 3/1992 de 1 de julio, sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco. Difícilmente se podrá encontrar documentación más completa y fundada sobre esta materia, tanto en los escritos preparatorios, como en los escritos de oposición al Recurso presentados por el Gobierno Vasco y el Parlamento del País Vasco.

En resumen, la afirmación de que no hay fraude de ley internacionalista en el Derecho Interregional trunca o desmonta la tradicional vía de erosión de los Derechos Forales por preeminencia del Derecho Común pero, como hemos visto, en el estado actual quedan todavía otras vías de erosión derivadas de los posibles Recursos de Inconstitucionalidad y, sobre todo, de la facultad exclusiva del Estado de dictar las normas de conflicto, incluso, según la mayoría de la doctrina, las relativas a aquéllos intracomunitarios, tesis que, para Vizcaya, no podemos admitir.

24

Al hilo de lo expuesto, pienso que una consideración importante es la que nos hace CERDÁ JIMENO (“Balears ante el artículo 149-1-8.º de la Constitución”, *R.D.P.*, 1982, págs. 787 y sgtes.), al indicarnos la conveniencia de concertar, lo antes posible, unas normas de calificación y de solución de conflictos en el Derecho Interregional, ya que, en otro caso, como cuando se planteó “la aparición de la famosa LOAPA: una de sus previsibles consecuencias pudiera ser la que eufemísticamente podría denominarse ‘armonización de los derechos civiles coexistentes’”.

Pero la Sentencia va mucho más lejos al resucitar otro concepto que ya entendíamos olvidado, cuando nos dice: “Que la adquisición por sus padres de la vecindad civil vizcaína fue realizada con la única y exclusiva finalidad de eludir la aplicación de la legislación civil común (C.c.) en materia sucesoria”.

Con tal afirmación resurge un concepto que creíamos totalmente superado y que es el relativo a los elementos intencionales que se precisan para adquirir una vecindad civil foral derivativa con plena eficacia.

III. Elementos subjetivos en la adquisición derivativa de la vecindad civil

La Sentencia, como ocurre en general con las demás Sentencias del T.S. en materia de fraude, por ejemplo, la de 13 de junio de 1959, o 14 de diciembre de 1972, se acoge a la tesis del subjetivismo, viniendo a exigir elementos subjetivos para la existencia del fraude.

Las teorías objetivistas están muy extendidas en nuestra doctrina (DE CASTRO, DÍAZ PICAZO, CASTÁN, etc.) pero, sin embargo, no puede negarse que nuestro Derecho, en la redacción del art. 6.º del Código civil, a tenor de las enseñanzas jurisprudenciales, recoge la tesis del subjetivismo.

Respetando las objeciones al subjetivismo, RODRÍGUEZ ADRADOS ve en el Texto Legal un claro reconocimiento del mismo o, más exactamente, un subjetivismo templado que le ofrece un juicio favorable, especialmente en el ámbito probatorio.

Me adscribo totalmente a la tesis objetivista en el ámbito del fraude a la ley eludida en el Derecho Interregional, sin olvidar que la Sentencia traslada la exigencia de elementos intencionales para la existencia del fraude de ley internacionalista a un campo distinto, al exigir una "asepsia" total en la adquisición de vecindad civil, lo que nos obliga a detenernos en ello.

1. Adquisición derivativa de la vecindad civil.

Partimos de los supuestos de adquisición derivativa de la vecindad civil que regula el art. 14-3-1.º y 2.º del C.c., según

el cual la vecindad civil se adquiere: “1.º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. 2.º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo...”.

Conviene recordar que este concepto de residencia preciso para ganar vecindad civil no ha sido uniforme en nuestro Derecho. En la primera edición del C.c., publicada en la Gaceta de 9 de octubre de 1888, se identificaba con el concepto de vecindad administrativa. Las numerosas críticas que recibió la primera redacción del art. 15 del C.c., respecto al acogimiento del concepto administrativo de vecindad, en defensa de la utilización de un criterio que respetase la voluntad de las personas ante el cambio o conservación del régimen aplicable a sus relaciones jurídicas, motivó que, en la nueva redacción, se sustituyera por el concepto de residencia, de tal manera que, si en la primera edición el estatuto personal de los españoles podía modificarse de manera automática por la simple residencia administrativa en una localidad en la que rigiera el C.c., en la segunda edición la vecindad administrativa no implicaba el cambio de estatuto personal, se exigía una residencia por plazo mínimo de dos años, con declaración expresa de la voluntad por parte de los interesados.

En la actualidad, el tema se complica más si tenemos en cuenta que los Estatutos de Autonomía se han acogido para determinar la adscripción personal al régimen estatutario al concepto de vecindad administrativa, siguiendo con ello el criterio que ya mantenían los Estatutos Republicanos y que actualmente podemos ver confirmado en todos ellos, como por ejemplo en el art. 6.º del Estatuto Catalán, art. 7.º del Estatuto del País Vasco, etc. (“tendrán la condición política de vascos quienes tengan vecindad administrativa, de acuerdo con las Leyes Generales del Estado, en cualquiera de los municipios integrados en el territorio de la Comunidad Autónoma”). Con ello, como nos dice INMACULADA RIBAS

ALGUERÓ (*La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, Edit. Bosch, 1984): “La aparición de un nuevo contexto político tras la promulgación de la Constitución de 1978, basada en el Estado de las Autonomías, varía notablemente el esquema anterior. El Estatuto personal de los españoles, no sólo se determina por la nacionalidad y la vecindad civil, sino por la condición de pertenencia a una Comunidad Autónoma”. Cabría estudiar si no sería preciso romper tal divergencia haciendo coincidir el ámbito material del estatuto personal autonómico con el ámbito personal del Derecho civil, haciendo coincidir la vinculación de las personas a la normativa derivada de una determinada Comunidad Autónoma, con la aplicación del Derecho Civil Foral propio de la misma. Si la vecindad civil no se conecta directamente, como ocurre en nuestra normativa actual, a la vecindad administrativa, se dará una divergencia entre las personas sometidas a la normativa de una Comunidad Autónoma y las sometidas a la legislación foral propia; se daría una unificación jurídica plena respecto al derecho autonómico y al foral, en caso contrario. Evidentemente, tal unificación tiene sus ventajas e inconvenientes, por lo que una posible solución armónica, sería la de mantener la situación actual, pero reduciendo los plazos previstos en la ley.

27

Sólo se deja apuntada tan importante cuestión, ya que es evidente que, en nuestra normativa actual, la vecindad civil se conecta con el concepto de “residencia habitual” del art. 40 del C.c. Exige este concepto, por lo tanto, como nos dice MARTÍN LIRIA LAFARGA (Ponencia sobre la regionalidad o vecindad civil presentada en las *Jornadas de Derecho Foral*, celebradas en Jaca en 1972. Ed. Librería General, Zaragoza, 1972), los elementos del “corpus” y “ánimus”, ya que frente al concepto tradicional defensor del concepto subjetivista de la residencia habitual, se ha ido abriendo paso la tesis de DE CASTRO, que acogía un concepto “realista” del domicilio, viniendo a objetivar el concepto de ha-

bitualidad equiparándolo a la inexistencia de interrupciones, por lo que el concepto legal de residencia habitual, exige el elemento objetivo de la residencia efectiva con los caracteres de fijeza y continuidad, o sea, sin interrupciones que supongan un abandono de la residencia.

Las condiciones de la residencia son iguales en ambos supuestos del art. 14-3 del C.c., residencia que deberá cumplir la nota de habitualidad, en la forma señalada por DE CASTRO.

En cuanto a la adquisición por transcurso del plazo de diez años, la jurisprudencia y la doctrina han sido oscilantes en la exigencia de un elemento volitivo del sujeto para la adquisición de la vecindad por residencia, habiendo oscilado desde Sentencias en las que ha exigido una voluntad del sujeto para el cambio de su vecindad civil (T.S. 29 de marzo de 1982, 23 de diciembre de 1904, 14 de diciembre de 1967), frente a otras en que se ha pronunciado en favor del automatismo del plazo (T.S. 6 de junio de 1927, 18 de mayo de 1932, 11 de octubre de 1960). También en la doctrina, la mayor parte de ella se ha manifestado en favor del automatismo en la adquisición de vecindad civil, así DE CASTRO, SIMÓ SANTONJA, SOTO NIETO, PUIG FERRIOL, el II Congreso Jurídico Catalán, etc., para quienes el transcurso del plazo, unido al silencio, lleva consigo una presunción y un *iuris et iure* o, lo que con más claridad nos dice PUIG FERRIOL, que la adquisición es automática por el transcurso de los diez años, pero no forzosa por cuanto que el interesado siempre puede evitarla formulando la pertinente manifestación.

A mi juicio, esta polémica sobre la existencia de elementos subjetivos para la adquisición de vecindad civil por residencia de diez años, ha quedado definitivamente zanjada en la redacción actual del art. 225-1 del R. del Registro Civil (Real Decreto de 8 de mayo de 1987): "El cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de dife-

rente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo, el interesado formule la declaración en contrario”. Conforme a las tesis de DE CASTRO, el objetivismo es total, se produce la adquisición *ipso iure*, precisándose la intencionalidad, con declaración expresa, precisamente para el efecto contrario de evitar la adquisición, que es automática.

En la adquisición de vecindad por residencia de dos años con manifestación positiva ante el Funcionario del Registro Civil, el elemento intencional, la voluntad expresa de ganar una nueva vecindad se ponen de manifiesto, de modo explícito, en tal comparecencia. Lo que no tiene el más mínimo sentido y es una pura contradicción con la propia esencia de la vecindad civil, es declarar nulo el cambio de vecindad cuando el sujeto trata de acogerse a un nuevo sistema jurídico. Pero si precisamente la vecindad civil no es otra cosa que un punto de conexión para determinar la legislación aplicable, todo cambio de vecindad no puede tener otra finalidad distinta. El declarar como hace la Sentencia la existencia de fraude de ley porque los sujetos adquirieron la vecindad civil “con la *única y exclusiva finalidad de eludir la aplicación de la legislación civil común*” es un puro contrasentido, cuando ninguna adquisición de la vecindad civil, por voluntad positiva, puede tener, según las propias leyes, ninguna otra finalidad distinta.

Pero es que, además, desconoce el T.S. con esta afirmación el principio de la Ley XV, Título XX del Fuero de Vizcaya, que pasó al C.c. y luego al art. 10 de la Compilación, y hoy al art. 23 de la Ley 3/1992: “Los derechos y obligaciones derivados de la troncalidad corresponden, como vizcaínos, a todos los que tengan vecindad civil en Bizkaia”, de donde se deduce que la sucesión de los vizcaínos vecinos de Villa, siempre está sujeta a dos ordenamientos, el Derecho Común y el Derecho Foral, por lo que respecta a los bienes troncales, de tal modo que la adquisición de la vecindad vizcaína foral, al existir bienes troncales como efectivamente los había, no supone un cambio total del régimen

sucesorio, sino un acogimiento pleno al sistema foral que parcialmente a todos se aplica. Volveremos luego sobre esta cuestión.

Todo lo expuesto y otras razones, sobre todo en materia de prueba a las que luego nos referiremos, nos hacen pensar en la necesidad de una profunda reforma de la vecindad civil, acortando sus plazos y aproximándola a la vecindad administrativa, tratando de conseguir la identidad que antes se señalaba. Coincido con INMACULADA RIBAS que tiene que incrementarse el criterio territorial en la adquisición de la vecindad civil, lo cual, además de la unificación jurídica de las personas que habitan un determinado territorio, conduce a facilitar, de modo muy notable, la prueba de la propia vecindad civil.

30

A tenor de lo expuesto, creo que puede concluirse que no son admisibles ninguno de los dos conceptos hasta ahora estudiados: Ni cabe el concepto de fraude de ley internacionalista en el Derecho Interregional a partir de la Constitución de 1978, ni hay interferencia alguna de elementos subjetivos para impedir una adquisición derivativa de la vecindad civil.

Lo que sí podría quizá darse en el supuesto de hecho, base de la Sentencia, un fraude a la ley eludida, en los términos en los que a continuación hacemos referencia.

2. Fraude a la ley eludida.

Como antes hemos señalado, en el supuesto examinado no cabe aplicar el concepto de fraude de ley internacionalista. Entiendo que podía alegarse la existencia de un fraude de ley a la ley eludida o fraude extrínseco, en la terminología de RODRÍGUEZ ADRADOS, por falta del elemento objetivo de la residencia habitual por dos años en lugar sometido al Derecho Foral. Se podía entender que, al formularse ante el encargado del Registro civil la declaración positiva de adscribirse a la vecindad civil vizcaína aforada, no se hu-

biere cumplido el elemento objetivo de la residencia efectiva en la Anteglesia por plazo de dos años, con lo que vendría a infringirse la norma imperativa del art. 14-3-1.º del C.c., con vicio de simulación, siendo, por tanto, como nos dice INMACULADA RIBAS, nula de pleno derecho tal adquisición de vecindad, ya que la simulación, al igual que el error o cualquier otro vicio de la voluntad, según ella nos señala, no puede tener en materia de adquisición de vecindad civil, otra sanción que la de la nulidad de pleno derecho.

Prescindo del problema procesal de si el T.S. podía o no, en los estrechos márgenes del Recurso de Casación, entrar a declarar la nulidad de la aparente adquisición de vecindad por parte de los testadores, aun cuando entiendo que podía hacerlo. Optó por el camino del fraude de ley internacionalista que, a mi juicio, no cabe actualmente en el Derecho Interregional Español, cuando hubiera sido más lógico optar por el fraude de ley extrínseco o fraude a la ley eludida, por nulidad en la adquisición de la vecindad civil alegada.

31

Pero incluso, al acudir al fraude de la ley eludida, el efecto jurídico no tenía por qué ser la nulidad de pleno derecho. El propio Preámbulo del Decreto de 31 de mayo de 1974 deja bien claro que el efecto fundamental del fraude de ley es “la efectiva aplicación de la norma pertinente”. El fraude de ley no tiene como sanción, en todo caso, la nulidad de pleno derecho. Todas las modalidades del fraude de ley tratan de mantener la vigencia de áreas conservadoras del sistema, de tal manera que la sanción viene remitida, como ha señalado LIGEROPULO, a las mismas disposiciones que sancionan la violación directa, lo que viene confirmado por la autoridad de FEDERICO DE CASTRO: “la declaración de que un acto es realizado en fraude a la ley, deshace la apariencia de protección jurídica que la amparaba. El acto que, por tanto, sometido a los efectos que produzca la violación de la ley de que se trate ... La declaración del fraude a la ley significa simplemente decir que no queda el acto protegido por la ley de cobertura, que está sometido a la ley

que contraría (ley defraudada) y a la sanción que ésta imponga (nulidad, anulabilidad, escisión, indemnización por daños, pérdida de derechos)".

La Sentencia, con base en el fraude de ley, declara la nulidad del testamento. Para tal nulidad por fraude se precisa la infracción de una ley imperativa, lo que nos obliga a investigar cuál es la norma imperativa que pudo ser violada para tal declaración de nulidad testamentaria.

Por no extenderme y en una brevísima referencia a las causas de nulidad de los testamentos, ya OSSORIO MORALES (*Manual de Sucesión Testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, págs. 465 y sgtes.) sintetizaba las causas de nulidad de los testamentos en los defectos de capacidad, inobservancia de los requisitos formales, vicios de la voluntad y otorgar formas de testamento prohibidas por la ley. En total correspondencia con ello, el texto legal más moderno entre nosotros, el Código de Sucesiones de Cataluña (Ley de 30 de diciembre de 1991), regula en su Capítulo II del Título III la nulidad de los testamentos, estableciendo como causas: "que no correspondan alguno de los tipos previstos en la presente ley, o en cuyo otorgamiento no se hayan observado los respectivos requisitos y formalidades", los otorgados con "engaño, violencia o intimidación grave", añadiendo dos peculiaridades del Derecho Foral Catalán, como son: "la falta de institución de heredero" y "la preterición errónea de legitimarios en los supuestos del art. 367".

Excluida del supuesto toda cuestión de nulidad por defectos de capacidad, vicios de la voluntad y requisitos formales, materias uniformes en nuestro Derecho Interregional, sólo nos resta, como causa posible de nulidad, que los testamentos otorgados adoptasen alguna de las formas prohibidas, es decir, el testamento mancomunado y, aunque en distinta medida, el testamento por comisario.

Pero los testamentos autorizados, ni fueron mancomunados, ni testamentos por comisario, sólo contenían la cláusula habitual de los Poderes Testatorios Vizcaínos y la exis-

tencia de la misma no puede conducir a la nulidad del testamento, entre otras causas porque el Poder Testatorio se ha de calificar, en cuanto a su admisibilidad, al tiempo del fallecimiento y, además, está admitido, aunque sea con efectos limitados, en el ámbito del Derecho Común, como puso inicialmente de manifiesto el Notario y compañero en la Comisión redactora del Proyecto que concluyó en la Ley 3/1992, FRANCISCO SANS URANGA (“La nueva importancia del artículo 831 del Código Civil”, *R.D.N.*, 1976, abril-junio, pág. 379) y, posteriormente, el también Notario VÍCTOR MANUEL GARRIDO PALMA (“Visión notarial del artículo 831 del Código Civil”, *Estudios homenaje a Roca Sastre*, Vol. III, pág. 365) y en el plano legislativo, la Ley de 24 de diciembre de 1981, regulando el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria. Por ello, la inclusión de un Poder Testatorio, a lo más que puede conducir es a la ineficacia, total o parcial, de la cláusula. En el supuesto de autos, además, como es habitual en las autorizaciones testamentarias de Vizcaya, el Notario autorizante bien claro dejaba asentado este carácter, al disponer que “para el caso de su citado cónyuge ... *no pudiera hacer uso del expresado Poder Testatorio*”, con lo que, expresamente, se está admitiendo que la legislación civil de la vecindad al tiempo del fallecimiento puede no admitir o admitir con limitaciones tal Poder sucesorio, lo que conducirá a la ineficacia de la cláusula, pero nunca a la nulidad del testamento.

Dado que no se observa violación de ninguna norma imperativa dentro de las causas tradicional y unánimemente admitidas sobre nulidad de los testamentos, la Sentencia, al declarar, no obstante, tal nulidad, nos conduce directamente al problema más grave, desde el punto de vista notarial, que es el relativo a los efectos de la falsa imputación de vecindad civil respecto a los testamentos, ya sea realizada dicha alegación por error o dolosamente.

Para la Sentencia ello acarrea la sanción de la nulidad del testamento, lo que nos lleva a plantear la siguiente cuestión.

IV. Vecindad civil y nulidad de testamento

34 La seguridad jurídica exige que determinados conceptos esenciales para ella sean, a la vez, conceptos indubitados. Son continuos los avances en este campo de la seguridad jurídica, por ejemplo, en la materia de titularidad y cargas, con la conexión entre Registro de la Propiedad y Notaría. Sin embargo, nadie mejor que un Notario para asegurar que, en este campo, un concepto esencial, la vecindad civil, se presenta siempre confuso, problemático y difícil de acreditar, pese a las consecuencias gravísimas que de uno u otro régimen puedan derivarse. Son evidentes los esfuerzos del Notariado en orden a garantizar la seguridad jurídica; piénsese, por ejemplo, en cuanto a los elementos reales, las medidas que imponen las últimas Disposiciones Legislativas y los efectos enormemente positivos que se han alcanzado. Sin embargo, en el plano de la vecindad civil continúa una laguna que nos hace inalcanzable un grado razonable de seguridad, lo que produce la consecuencia, como nos dice J. PUENTE EGI-DO (*Derecho Internacional Privado Español: Doctrina legal del Tribunal Supremo 1841-1977*. Edit. Dykinson, S.L., 1988) de “que la mayor parte de los pleitos seguidos sobre herencias en los que se hayan planteado cuestiones de derecho interregional, han tenido como problema principal el estatuto personal del causante, ya que éste condicionaba la ley aplicable”.

1. Prueba de la vecindad civil.

Representado un cierto avance para las vecindades originarias la presunción que inicialmente se dispuso en el art. 68 de la Ley del Registro Civil y que, actualmente, también la reconoce el art. 14 de la Compilación de Navarra y, tras la reforma del Título Preliminar, ha quedado plasmada en el art. 14-5 del C.c., al decirnos que, en caso de duda, prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar del naci-

miento. En la doctrina (PERÉ RALUY, PUIG FERRIOL, SOTO NIETO) la han juzgado muy positiva, sin embargo, INMACULADA RIBAS considera que debería ser revisada para adecuarse a los nuevos principios que inciden tanto en la determinación originaria de la nacionalidad, como de la vecindad civil. Pero, para nosotros, el mayor problema lo representa su carácter de mera presunción.

Además, ello nada resuelve en los casos de adquisición de vecindad civil derivativa, especialmente, por declaración positiva ante el encargado del Registro Civil. Para estos casos supone algún avance la nueva redacción dada al art. 227 del Reglamento del Registro Civil, según el cual: "Tales inscripciones, cuando especialmente no se consigne en ellas que se han justificado debidamente ante el encargado los requisitos de la conservación o modificación de la nacionalidad o vecindad, sólo dan fe de las declaraciones en cuya virtud se practican, circunstancia que, de modo destacado, constará tanto en el asiento como en la certificación". Tratando de reforzar el valor de la inscripción, la Circular de la Dirección General de los R. y del N. de 22 de mayo de 1975, impone a los encargados de los Registros Civiles que: "no deben adoptar una actitud totalmente pasiva, admitiendo sin más las escuetas declaraciones de nacionalidad o vecindad civil que tengan a bien formular los comparecientes. Por el contrario ... debe exigir al interesado que precise en su declaración todos y cada uno de los requisitos necesarios para que se produzca", lo que finalmente se completa con la exigencia legal que introdujo en el art. 227 del Reglamento del Registro Civil de 1 de diciembre de 1977, de imponer a los declarantes el deber de manifestar "cuantos datos conozca en relación al hecho inscribible".

También, por tratarse de una actuación notarial perfectamente válida en este campo, podemos citar la R. de la D.G. de los R. y N. de 3 de julio de 1967, que admitió un nuevo medio probatorio de la vecindad civil, con valor de presunción, por la vía notarial de las Actas de Notoriedad.

Pero como diariamente comprobamos, en concepto tan esencial, nos movemos a través de simples presunciones *iuris tantum*, con el riesgo que la prueba en contrario representa, lo que, evidentemente, incorpora un elemento de inseguridad jurídica al documento que, en los negocios jurídicos inter-vivos, en numerosas ocasiones nos permite superar la comparecencia de todos los posibles interesados.

Ahora bien, en el ámbito sucesorio, en tanto no prosperen las medidas que antes propugnábamos para facilitar la adquisición y prueba de la vecindad civil, seguiremos con una total inseguridad.

Serían precisos medios registrales indubitados pero, como eso no es por ahora posible, vuelvo a insistir en lo que antes señalaba sobre el acortamiento sustancial de los plazos de adquisición de la vecindad civil, lo que, indirectamente, conduciría a facilitar la prueba de la misma.

36

2. Momento de la calificación de la vecindad civil en el plano sucesorio.

En este plano sucesorio, la primera cuestión es la del momento en que se debe calificar la vecindad civil a efectos de la validez del testamento. La jurisprudencia, en general, se ha venido inclinando en el ámbito del Derecho Internacional Privado, por el criterio de que la calificación debe efectuarse al tiempo de la celebración de los negocios jurídicos (T.S. 12 de noviembre de 1959). Igualmente, la Sentencia que comentamos se acoge a tal momento: La nulidad por fraude es nulidad del testamento y, por lo tanto, sólo se fija en el momento de su autorización, olvidando incluso que, con posterioridad, quizá podrían haber consolidado su vecindad civil vizcaína aforada.

A mi juicio, la conclusión en esta materia es prácticamente la contraria: La vecindad civil se ha de calificar, para determinar sus efectos, al tiempo del fallecimiento del testador, como regla general. Este principio sólo tiene en nues-

tro Derecho la excepción del Testamento Mancomunado, en el que la calificación de la vecindad civil se ha de realizar al tiempo de su otorgamiento.

Una consecuencia de ello es que es nulo el testamento mancomunado de personas cuya legislación civil, al tiempo de otorgarlo, no lo admiten (dejo al margen los supuestos excepcionales en que lo admite el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria), incluso cuando se trate de personas que, con posterioridad, es decir, al tiempo de su fallecimiento, pudieran ostentar una vecindad civil que lo admita. Por ello, el testamento mancomunado no puede otorgarse, y así lo entiende el Notariado aragonés, por personas que, no teniendo tal vecindad civil, caminan hacia su adquisición y que, en una esperanza lógica de vida, van a fallecer con la nueva vecindad civil aragonesa. No puede, por lo tanto, autorizarse tal testamento. Más dudas puede plantear el supuesto inverso de aquél que, habiendo otorgado testamento mancomunado, posteriormente gane una vecindad civil en la que está prohibido por norma imperativa. Entiendo que el testamento mancomunado mantiene su validez; me baso para ello en la propia naturaleza del testamento mancomunado, que se aproxima al contrato sucesorio, lo dispuesto en el art. 9-8 del C.c. para los supuestos de cambio de nacionalidad y, también lo deduzco, aun cuando se refiera al Derecho Intertemporal o Transitorio y no al Derecho Interregional, de la Disposición Transitoria 2.^a del C.c. que para el cambio de legislación admite la validez de los testamentos mancomunados anteriormente otorgados.

A primera vista, se podría argumentar que igual criterio debía seguirse respecto al Testamento por Comisario, pero es que el auténtico testamento por Apoderado no cabe otorgarlo, en ningún caso, en vida del testador. En vida de éste, lo único que cabe, en sus diversas modalidades admitidas en España, es el otorgamiento de nuestro Poder Testatorio Vizcaíno o figuras similares a él, cuya validez y eficacia se ha de calificar al tiempo de la muerte del testador y sólo una

vez fallecido éste y si su vecindad civil al tiempo del fallecimiento lo admite, podrá otorgarse Testamento por Comisario.

Por ello, tiene gran interés que en los Poderes Testatorios se recoja la fórmula habitual en el Notariado Vizcaíno de establecer un llamamiento preventivo, tanto para el supuesto de no ejercicio o ejercicio parcial del Poder, como para aquellos casos en que, por la legislación civil aplicable, repito, al tiempo del fallecimiento, no sea posible su ejercicio.

Una consecuencia evidente de atrasar a la muerte del testador el momento en que, según lo expuesto, se ha de calificar la vecindad civil en orden a fijar sus efectos, es que el error en la calificación o la falsa alegación de una determinada vecindad civil, incluso por dolo, no puede tener la sanción de nulidad de pleno derecho del testamento, la cual, por esencia, tiene que ser *ab origine*.

38 En resumen, la vecindad civil, a efectos del testamento, se ha de calificar al tiempo de la muerte del testador, por lo tanto, la alegación, al tiempo de otorgar testamento, de una falsa vecindad civil, errónea o dolosamente, no puede provocar la nulidad del testamento, salvo en el caso de que se otorgue un testamento mancomunado por persona de vecindad civil que no lo admita.

3. Efectos de una falsa vecindad civil.

Ahora bien, aunque tal alegación, por error o dolo, de una falsa vecindad civil no provoque la nulidad del testamento, sí se hace preciso enunciar las consecuencias de ello.

Hoy, después de la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, está ya clara la idea de que la vecindad civil determina el estatuto personal de los españoles respecto a la norma civil aplicable a los mismos y ello queda recogido en la Norma del art. 14, cuando nos dice que “la sujeción al derecho civil común o al especial o al foral se determina por la vecindad civil”.

Por lo tanto, la vecindad civil, como ha dicho SIMÓ, es un concepto peculiar de nuestro ordenamiento, que cumple la función de determinar la norma civil aplicable a la persona.

En consonancia con ello, la primera conclusión que se desprende es que *no puede tener trascendencia la vecindad civil, ni su alegación errónea o falsa en aquellos supuestos en que la persona, voluntariamente, puede acogerse a una determinada normativa jurídica.*

Es evidente la existencia en los últimos años de una corriente favorable al principio de autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Así nos dice ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA (“La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado”, A.D.C., Tomo XXIX, 1976, pág. 1.003): “las grandes categorías de territorialidad y personalidad ... son insuficientes. Es necesario reconocer el papel que le corresponde a la autonomía de la voluntad”. A su juicio, toda la doctrina medieval sobre los Estatutos, personal y real, ha de ser sujeta a revisión.

Acorde con esta tendencia, la doctrina del Derecho Internacional Privado, que podemos en cierto modo extender al Derecho Interregional, se ha planteado el alcance de lo que, en términos jurídicos internacionales, denominamos *Professio iuris*. Nada más sugerente si tenemos en cuenta que ésta se convierte de la declaración de la ley personal en un principio de elección de una ley determinada.

La doctrina, como dice SIMÓ SANTONJA, Delegado Permanente del Notariado Latino en la Conferencia de Derecho Internacional Privado, es contraria a la elección de una ley concreta por parte del individuo para ser aplicada a todas sus relaciones civiles. No obstante, numerosas legislaciones vienen ya admitiendo y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se ha hecho eco de las reuniones celebradas en Viena, en mayo de 1986, en las que, tras rechazar una *Professio iuris* general en el ámbito del

derecho de sucesiones, sí se viene a admitir por muchos de los Delegados la posibilidad de una *Professio iuris* limitada a ciertos puntos de conexión, como son: la ley nacional, la ley del último domicilio y la ley del lugar de situación de los bienes, facultando a los testadores para la elección de la legislación correspondiente a tales puntos de conexión.

Evidentemente, los movimientos migratorios, la doble nacionalidad, los matrimonios internacionales, las segundas residencias, las fronteras políticas que dividen regiones de coherencia económica, etc., conducen a la necesidad de que un Derecho Internacional Privado, acomodado a las necesidades del hombre y de su libertad admita, con cierta extensión, la *Professio iuris* por parte de los testadores. Así lo vemos en la Ley alemana de Reforma del Derecho Internacional Privado, de 25 de julio de 1986 (“La reforma del Derecho Internacional Privado de la República Federal de Alemania”, FRANCISCA HERNANZ SÁNCHEZ, *R.D.P.*, 1988, págs. 867 y sgtes.).

40

En la última reforma del Derecho Civil de Vizcaya, Ley 3/1992, se ha hecho una aplicación expresa de la posibilidad de la *Professio iuris* en orden a las formas de los testamentos, al disponer el artículo 13: “Los vizcaínos no aforados podrán testar mancomunadamente o por Comisario, con arreglo a las disposiciones de este fuero”.

Si tenemos en cuenta la interferencia que en el testamento de los vizcaínos de Villa tiene el Derecho Foral respecto a los bienes troncales y las distorsiones que siempre provoca la integración de dos sistemas sucesorios dispares, no estaría de más que fuera posible la *Professio iuris* de los mismos en favor del Derecho Foral, Ley General de Vizcaya. La Comisión que estudió la Reforma se planteó tal posibilidad, que incluso admitía expresamente algunos de los trabajos preparatorios. No fue finalmente recogida, salvo en lo relativo a las modalidades testamentarias señaladas, por entender que ello, aunque fuese conveniente, vendría a implicar una norma de conflicto cuya competencia exclusiva

radica en el Estado, según el repetido artículo 149.1.8. Pero aun cuando no admitió la *Professio iuris* individual, sí se admitió una especie de *Professio iuris* colectiva, al reconocer en el artículo 10 el derecho de las Villas a optar por la aplicación del Derecho Foral.

En nuestro Código civil, aun cuando no se reconozca la posibilidad de la *Professio iuris*, salvo en materia de obligaciones contractuales, sin embargo, sí se admite en el mismo la exclusión voluntaria de la ley aplicable, lo que regula el art. 6-2, al decirnos: “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público, ni perjudiquen a terceros”.

Podría pensarse que, a través de la doctrina sobre la exclusión voluntaria de la ley aplicable, cabe admitir que el testador pueda prescindir de la normativa propia de su vecindad civil pero, como indica el citado artículo, tal aplicación choca con el concepto de orden público que nos exige decir algo sobre su posibilidad y efectos en el Derecho Interregional.

41

4. El orden público en el Derecho Interregional.

Pocas cuestiones han sido tan debatidas en el Derecho Internacional Privado, como la relativa al concepto de “Orden Público”. Como nos dicen SIMÓ SANTONJA, VALLET DE GOYTISOLO, FRAGUAS MASSIP Y MARTÍNEZ GIL (“Conflictos de Leyes en materia de sucesión por causa de muerte”, *R.D.N.*, 1968, Tomo I, pág. 149): “la noción técnica del orden público está en íntima y absoluta conexión y dependencia con los principios básicos de cada ordenamiento que deben ser tutelados”, lo que conduce a impedir la aplicación de la norma de derecho material que sería normalmente aplicable según la norma de comisión. Se trata, por lo tanto, de la defensa de los principios que califican y determinan la política legislativa fundamental de un país. Dada la peligrosidad

de la excepción y su tendencia de la inflación a través del arbitrio judicial, su aplicación siempre debe ser enormemente restrictiva.

42 Frente a la tesis que hace coincidir la noción de Orden Público con las Normas Imperativas, es la agudeza de FIGA FAURA (“La renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley”, *Estudios sobre el Título Preliminar del C.c.*, Academia Matritense del Notariado, Tomo I, pág. 239) la que, a mi juicio, desentraña mejor este problema. A su entender, la reforma del Código civil de 1974, ha marcado una profunda diferencia con el concepto tradicional de orden público. Este, en su concepto antiguo, venía a resolverse en la dicotomía *ius cogens-ius dispositivum*. Ello permitía un enfoque radical del problema del orden público: el método para llegar a la determinación del concepto y del contenido del orden público no podía ser más sencillo, por lo menos en teoría; el orden público era el resultado de la aplicación de las normas de *ius cogens*. Sin embargo, ya la doctrina jurídica se veía obligada a reconocer que el orden público no era deducible de las normas de derecho necesario, dado que ni todas ellas lo eran por razones de orden público, ni todos los denominados “principios de orden público” se hallaban recogidos por el derecho positivo. Este cambio de orientación se refleja en las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas a partir de 1940, que vienen configurando nuestro orden público al margen y con independencia de una inmóvil legislación civil. Se coloca, por lo tanto, al orden público en un lugar preferente, de tal modo que este “orden social real”, en constante evolución de acuerdo con la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada, coloca a este orden real por encima de cualquier orden público oficial, de tal modo que es elemento determinante del real contenido de nuestro ordenamiento jurídico.

Podemos distinguir dos conceptos de Orden Público. Uno de ellos en sentido amplio, que comprende las Normas

Imperativas y, además, aquéllas que vienen exigidas por el “orden social real”, constituyendo estas últimas las integrantes del Orden Público en su sentido propio.

La existencia de la excepción de orden público, en sentido estricto, en el ámbito del Derecho Interregional ha sido defendida por algunos autores, entre los que destaca JESÚS PUENTE EGIDO, que nos dice, por lo que respecta a la excepción de orden público: “Cuando instituciones singulares de un Derecho particular sean contrarias a exigencias de un orden superior, termina prevaleciendo éste sobre aquél. Se trata entonces de la defensa de la absoluta imperatividad del orden jurídico superior. Y a esta estructura responden exactamente los casos de orden público (en el Derecho Interregional) que recogemos aquí, con tanta mayor razón cuanto que a causa de la petrificación que han sufrido los Derechos Forales, éstos tienen instituciones obsoletas en desarmonía con las exigencias básicas de un sistema jurídico moderno”.

43

Es evidente que también en la Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos se halla latente la existencia de un “Orden Social Real” que puede estar en contradicción y que se sobrepone al Derecho Foral. En modo alguno puede entenderse así, ya que no existe tal “Orden Social Real” que establezca una prioridad de un ordenamiento civil, el Derecho Común, sobre los demás que rigen en España. Ya lo apunta el art. 13-2, pero definitivamente lo consagra el art. 16-2.^a, al proclamar la no aplicación de la excepción de Orden Público, vigente en el Derecho Internacional Privado, al Derecho Interregional.

Ello nos lleva a concluir que la conexión entre el art. 6-2 del C.c. y el Derecho Interregional, nos conducen a que, en relación con este último, el concepto de orden o interés público a que se refiere el citado art. 6-2, sólo puede identificarse con las normas de carácter imperativo. Por ello, por vía de la exclusión testamentaria de las normas sucesorias aplicables a una determinada vecindad civil, puede alcanzar-

se un ejercicio indirecto de la *Professio iuris*, exclusión frente a la que no podrá alegarse la excepción de Orden Público en sentido técnico, pero que sí tendrá el límite de las normas imperativas, bien entendido que, según el citado artículo 6.º, el principio general de nuestro Ordenamiento es favorable al carácter dispositivo y, por lo tanto, renunciable, de las normas jurídicas.

Por lo tanto, podemos concluir que la alegación falsa de una vecindad civil en un testamento no implica la nulidad del mismo, salvo en el supuesto del testamento mancomunado por quienes tengan una vecindad civil que no admita esta forma testamentaria. En consecuencia, tal alegación, por error o dolo, de una falsa vecindad civil implicará, en principio, la exclusión voluntaria del ordenamiento sucesorio propio de la vecindad del causante al tiempo de su fallecimiento, que se presume dispositivo o renunciable, salvo las normas que sean de Derecho Imperativo o necesario. Será preciso, ante tal testamento, realizar una labor de integración o contraste del mismo, con las Normas Imperativas de la vecindad civil excluida.

44

Si nos centramos en el supuesto planteado, a efectos de realizar tal integración, cabría preguntarse cuáles son las normas imperativas que pudieron violarse en el supuesto de hecho de la Sentencia que comentamos.

V. Naturaleza de las normas sobre desheredación hereditaria en el Derecho Interregional

Si los testamentos objeto de la Sentencia no hubieran sido declarados nulos, por falsa alegación de la vecindad civil, tendría carácter imperativo, por lo tanto, no excluibles por personas con vecindad civil común, las normas relativas a:

1. El testamento por comisario. El cónyuge viudo del primer causante no hubiera podido otorgar testamento por comisario, pese al Poder Testatorio que se contenía en el tes-

tamento del causante, dado el carácter imperativo del art. 670, dejando a salvo los estrechos márgenes en que lo admite el Derecho Común.

En el ordenamiento actual, este límite imperativo no existirá para los vizcaínos de Villa, por la norma del art. 13 de la Ley 3/1992.

2. El sistema de legítimas de cada ordenamiento que, según ha declarado el T.S., es de carácter imperativo, en el sentido de que no puede excluirse por decisión voluntaria del testador (T.S. 23 de octubre de 1992).

Pero en este ámbito una cuestión es que el sistema de legítimas sea imperativo, en el sentido de no excluible, y otra que las infracciones del mismo determinen la nulidad de las disposiciones testamentarias. El sistema legitimario de la propia vecindad civil es vinculante y no puede excluirse, pero las disposiciones testamentarias que lo contradicen no adolecen del vicio de nulidad, sino que, como salvaguardia del propio sistema legitimario, provocan efectos jurídicos compensatorios y es, dentro de éstos, donde hay que construir la integración entre lo dispuesto en el testamento y el propio sistema de legítimas, es decir, el correspondiente a la verdadera vecindad del testador.

En los testamentos de referencia, a tenor del Derecho Común, se contenía un apartamiento sin causa o desheredación injusta “separando expresamente en este acto a sus dos hijos ...” que, a mi juicio, equivale a la desheredación. Como tengo expuesto en otro lugar (“La sucesión forzosa en la Ley 3/1992”, *El Derecho Foral Vasco tras la reforma de 1992*, Vol. Edit. por el Ilustre Colegio Notarial de Bilbao, 1994, págs. 183 y sgtes.): “En la doctrina JOSÉ MARÍA DE ESJAVIERRÍA (*El apartamiento en el Fuero y en la Compilación de Derecho civil Foral de Vizcaya*, Estudios de Deusto, 1959, pág. 399) consideró el apartamiento como una figura peculiar del Derecho de Vizcaya, es decir, como una ficción legal en virtud de la cual, para mantener el principio de que al heredero forzoso no se le separa, no se le

marca con el estigma de la desheredación, se le aparta con algo simbólico. Esta tesis posiblemente recogía el espíritu del Fuero, pero, a partir de la Compilación, en que el apartamiento no exige ni fórmula especial, ni designación concreta de la persona y más aún, en el Texto actual, en el que para tal exclusión es suficiente que “conste claramente la voluntad del testador de separarlos de su sucesión” (artículo 54), parece que hay que concluir que se equiparan el apartamiento y la desheredación sin causa o, lo que es lo mismo, el que aparta, deshereda”.

46

A efectos de esta desheredación, no es momento éste de extendernos en los antecedentes históricos de la desheredación injusta, ni de los efectos de la misma, a través de toda la evolución que representa el Derecho Romano con la *querrela inofficiosi testamenti* recogida en las partidas, modificada por la Ley 24 de Toro y finalmente asumida en el Proyecto de 1851, como causa de la anulación total de la institución de heredero. Nos basta a nuestros efectos con observar que, desde la Ley 24 de Toro, el efecto de la desheredación injusta no implica la nulidad del testamento, lo que queda todavía mucho más mitigado en la redacción del Texto Definitivo del C.c., al disponer en el art. 851: “La desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza, si fuere contradicha, ... anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado”.

En modo alguno puede sostenerse que la desheredación sin causa o con causa que no pueda acreditarse conduzca a la nulidad del testamento. Nadie lo ha afirmado. Como todos conocemos, la problemática fundamental de este artículo ha radicado en determinar el alcance de los derechos del legitimario desheredado, es decir, si los mismos le facultaban a recibir su porción en toda la legítima, legítima estricta y parte no dispuesta de la mejora, tesis de SÁNCHEZ ROMÁN y LACRUZ VERDEJO, o si, por el contrario, debían limitarse sus derechos a percibir la parte correspondiente en la legítima estricta, tesis ésta que magistralmente defendió

VALLET DE GOYTISOLO (“La mejora tácita. Hacia la fijación de un concepto y concreción de una prohibición”. *A.A.M.N.*, Tomo VIII), que vino a reconocer en dicho artículo la posibilidad de una mejora tácita, tesis que quedó reflejada con precisa y amplia argumentación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1959, según la cual: “... la interpretación que debe darse al artículo 851 del Código civil al determinar que la desheredación legalmente improcedente «anulará la institución de heredero en cuanto perjudica al desheredado; pero valdrán los legados y mejoras y demás disposiciones testamentarias en lo que no perjudique a dicha legítima», pues mientras en la sentencia recurrida se sostiene que alcanza a la nulidad absoluta de la institución por no contener el testamento disposición alguna respecto a mejoras y legados, en el recurso, conforme con la sentencia de primera instancia, se sostiene que la nulidad referida es sólo eficaz en cuanto perjudique a los desheredados, perjuicio concretado a la participación en la legítima estricta de la herencia” ... “en cuanto a la extensión de la legítima ha de desvanecerse una duda consistente en si para determinar, en el caso concreto de que se trata, el perjuicio del desheredado ha de entenderse la legítima corta o larga, debido a que en el testamento no se contiene declaración expresa de mejora y el Código excluye la tácita, sólo admitida en uno o dos supuestos a que se refieren los artículos 828 y el 782 del repetido Cuerpo legal, duda cuya resolución ya viene prejuzgada en los anteriores considerandos, pues la libre determinación que al testador corresponde para disponer entre los hijos de la mejora, de la que pueda excluir a quien tenga por conveniente, es indudable que desde el momento en que expresamente le excluye de la herencia, determinando su desheredación, esta voluntad debe prevalecer en cuanto no perjudique el derecho del desheredado, que ninguno tenía en este tercio al margen de la voluntad del testador” ... “debe ser respetada parcialmente dentro de los límites de sus atribuciones, y la calificación, naturaleza y extensión de

los derechos del heredero necesario, frente al testador, reducidos a la legítima estricta”.

Sobre esta materia de la desheredación injusta, tanto en el Derecho Común como en los Derechos Forales, me remito al capítulo que le dedica J. B. VALLET DE GOYTISOLO (*Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer-Las legítimas*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974, Tomo I, pág. 960 y sgtes.).

En consecuencia, la alegación, errónea o dolosa, de una falsa vecindad civil en el supuesto examinado, no podía conducir a otra conclusión que a la de entender, conforme a la vecindad civil de los testadores al tiempo de su fallecimiento, que estábamos ante un supuesto de desheredación injusta de legitimarios y no ante una nulidad de testamento.

48

Pero es que la Sentencia olvida una cuestión mucho más esencial, y es que, aún cuando se tratase de personas con vecindad civil vizcaína de Villa, según la doctrina del fraude a la ley eludida, que mantengo, a las mismas se les aplicaba, al tiempo del fallecimiento, lo dispuesto en el art. 10 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya, entonces la norma vigente, en cuanto a los bienes troncales, de los que, al menos, sabemos que disponían de uno, el chalet de Sopelana, inmueble en Tierra Llana adquirido durante el matrimonio y, por lo tanto, bien troncal respecto a los descendientes y en cuanto al mismo, tanto fueran vizcaínos aforados, como vizcaínos vecinos de Villa, era perfectamente válida la desheredación formulada en el testamento, según la conocida doctrina de VALLET DE GOYTISOLO y que, actualmente, refleja el art. 25 de la Ley de Derecho civil del País Vasco, que nos dice: “Quienes no sean vizcaínos aforados gozarán de libertad para disponer, a título gratuito, de los bienes troncales en favor de cualquiera de los parientes tronqueros de línea preferente, pero el beneficiario de los mismos no podrá tener participación en los bienes no troncales, mientras con ellos no esté cubierta la legítima estricta de los demás legitimarios”.

Por lo tanto, en la labor de integración del testamento otorgado con una alegación falsa de vecindad civil y el régimen sucesorio correspondiente a la vecindad civil verdadera, resulta que procede aplicar la doctrina de la desheredación injusta del C.c., compaginándola con la libertad de testar del Derecho Vizcaíno respecto a los bienes troncales de los vizcaínos de Villa, por lo que la solución exacta hubiera sido admitir la plena validez de la desheredación respecto a los bienes troncales y pagar la legítima estricta de los desheredados y hasta donde fuese posible, con otros bienes de la herencia, de la que éstos sólo recibirían su legítima estricta, para cuyo cálculo habrían de computarse todos los bienes, troncales y no troncales.

La Sentencia pasa finalmente de largo por otras cuestiones de interés, como son el que resuelve en un par de líneas el tema de la foralidad de un lugar como Erandio, anexionado a Bilbao, hoy desanexionado; tampoco se plantea la posibilidad de que los dos cónyuges tuvieran distinta vecindad civil.

Para terminar quiero hacer una consideración de orden procesal que se deriva de la Sentencia y que es que la misma ha sido dictada por el Tribunal Supremo. Estoy seguro que todos se habrán sorprendido de la competencia de dicho Tribunal sobre un tema de Derecho Foral Vizcaíno, en el que la competencia del Recurso de Casación recae en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, establece como competencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, entre otras, “el Recurso de Casación ... siempre que el recurso se funde en una infracción de normas del Derecho civil, Foral o Especial propio de la Comunidad” (art. 73-a) y ello se complementa con lo que establece la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988 que, al establecer la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, dispone lo siguiente: “a) Cuando el Recurso de Casación se

fundamente conjuntamente en infracción de Normas de Derecho Civil Común y de Derecho Civil Foral o Especial propio de la Comunidad, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la C.A., excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo”.

En consecuencia, con esta amplísima norma, prácticamente la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en recursos de casación sobre Derecho Foral, queda supeditada a la alegación o no de la infracción de un precepto constitucional. Es éste otro aspecto más, por cierto no el menos importante, de los recortes que todavía ahora se dan al Derecho Foral.

LA UNIFICACION DEL DERECHO PRIVADO

EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Mercantil

51

SUMARIO: **I.** CONSIDERACIONES PREVIAS. **1.** El derecho mercantil como derecho especial frente al derecho civil o común. **2.** El problema de la autonomía del derecho mercantil. **II.** LA UNIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL DERECHO PRIVADO COMO CONSECUENCIA LÓGICA DE SU EVOLUCIÓN. **1.** Origen y evolución del derecho mercantil. **1.1.** *La inexistencia de un derecho especial en Grecia y en Roma.* **1.2.** *El ius mercatorum como derecho especial.* **1.3.** *Evolución del derecho mercantil en la Edad Moderna.* **1.4.** *La codificación separada y el inevitable nacimiento de las tesis unificadoras.* **1.4.1.** *La codificación mercantil.* **1.4.2.** *El problema del concepto del derecho mercantil.* **1.4.3.** *Las primeras tesis unificadoras.* **1.5.** *Hacia un nuevo derecho mercantil: la doctrina de la empresa.* **1.5.1.** *Exposición de la doctrina.* **1.5.2.** *In-*

suficiencias de la doctrina. **1.5.3.** *El problema de la unificación en la doctrina española de la época.* **1.6.** *La conveniencia lógica de la unificación sustancial del derecho privado.* **1.6.1.** *Las dificultades de formular un concepto científico del derecho mercantil.* **1.6.2.** *La generalización de las instituciones jurídico-mercantiles.* **1.6.3.** *La absorción del derecho especial por el derecho común.* **2.** *El proceso de transformación del derecho privado y sus consecuencias sobre la unificación. Sectorialización del derecho privado.* **2.1.** *La crisis del derecho privado codificado.* **2.2.** *Hacia la unificación sectorial del derecho privado.* **3.** *La cuestión de la unificación en la doctrina española actual.* **III.** **LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO PRIVADO COMO NECESIDAD. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DUALIDAD DE RÉGIMENES. LA REALIDAD DE LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA.** **1.** *Consideración general.* **2.** *El estatuto jurídico del empresario.* **2.1.** *Consideración general.* **2.2.** *Los problemas de dualidad de regímenes.* **2.3.** *Los avances en la unificación.* **3.** *El derecho de sociedades.* **3.1.** *Los problemas de dualidad de regímenes.* **3.2.** *Los avances en la unificación.* **4.** *El derecho de los títulos-valores.* **5.** *El derecho de la contratación.* **5.1.** *Consideración general.* **5.2.** *La unificación de las normas generales sobre las obligaciones.* **5.3.** *La unificación de los contratos.* **5.4.** *De la unificación formal a la unificación sustancial.* **5.5.** *Los avances en la unificación.* **6.** *El derecho concursal.* **7.** *El pretendido obstáculo constitucional para la unificación del derecho privado.* **7.1.** *Planteamiento del problema.* **7.2.** *Relativización del obstáculo.* **IV.** **LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN LOS ORDENAMIENTOS MÁS SIGNIFICATIVOS.** **1.** *Consideración general* **2.** *Ordenamientos unificados.* **2.1.** *Suiza.* **2.2.** *Italia.* **2.3.** *Holanda.* **3.** *Ordenamientos no unificados.* **3.1.** *Francia.* **3.2.** *Alemania.* **3.3.** *Argentina.* **V.** **CONCLUSIONES.**

I. Consideraciones previas

1. El derecho mercantil como derecho especial frente al derecho civil o común.

La ciencia jurídica pretende una exposición sistemática del ordenamiento jurídico, para lo cual lo divide o clasifica en sectores con unidad y coherencia (ramas). La calificación de una parte del ordenamiento jurídico como rama del derecho no obedece a la existencia de unos principios propios o de una normativa independiente, sino a la *especialidad de la materia regulada* y al *significado que orienta su normativa*. Hay que desterrar, pues, la pretensión —en otros tiempos manifestada— de fundar una ciencia mercantil de la que nazca otra ciencia del derecho junto a la ciencia del derecho única (GIRÓN). Como señalara GARRIGUES, “ninguna rama del Derecho puede jactarse de tener independencia frente a las demás, y menos que ninguna el Derecho mercantil, nacido dentro del Derecho civil y como una desviación del mismo”.

En la *summa divissio*, el derecho mercantil se adscribe al *derecho privado*. Como la rama por excelencia del derecho privado es el *derecho civil*, parece evidente que el derecho mercantil sólo puede definirse con relación a él. En efecto, el derecho mercantil pretende alcanzar la unidad y coherencia exigidas a toda rama del derecho en cuanto *derecho especial* por oposición al *derecho civil como derecho común*. Mientras el derecho común, como ordenamiento básico de carácter global, no necesita definirse, *el derecho especial debe acotar su propia materia*, porque su existencia sólo tiene sentido en tanto en cuanto el derecho común no sirve para satisfacer determinadas exigencias.

Es preciso añadir inmediatamente que, a pesar de las dudas que en algún momento puedan haberse suscitado, tiene sentido hablar del derecho mercantil como un *derecho especial*, pero *no* como un derecho *excepcional* (DE CASTRO,

GIRÓN). Es evidente que la aplicación y la interpretación de las normas que constituyen el derecho mercantil se apoyan constantemente en el derecho civil. Como afirma GIRÓN, el “*derecho especial* presenta, como diferencia específica de su noción, la de la parcialidad material de su esfera de vigencia; cualitativamente no es diferente del común o general, pues, en definitiva, contempla, o debe contemplar, por razones de justicia distributiva en forma diferente en el contenido de sus disposiciones determinados sectores de personas o cosas o actividades. De estas notas se derivan las consecuencias de preferencia en la aplicación respecto al Derecho común —puesto que lo pide la particularidad contemplada— y la posibilidad de interpretación analógica, que no está impedida por la odiosidad de la *ratio* de excepción”.

54

La doctrina civilista da por sentada la especialidad del derecho mercantil y se preocupa del problema de las *relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil*, subrayando la continuidad temática y científica de los derechos especiales con el derecho privado general (DE DIEGO, DE CASTRO, ESPÍN, LALAGUNA). Se afirma, de este modo, la existencia de una clara vinculación normativa entre ambas ramas del derecho, que alcanza naturalmente al orden científico, y se analiza, sobre todo, el sentido del llamamiento del Código de Comercio al derecho común (arts. 2 y 50 C. de C.), como medio de estudiar la dependencia del derecho especial, afirmándose incluso “que el Derecho común deja de ser límite, presupuesto crítico o recurso para suplir deficiencias de las normas mercantiles y se convierte en *Derecho propio de materia mercantil*” (LALAGUNA), o que “la autonomía del Derecho mercantil, entendida en sus justos términos, no es incompatible con su necesaria subordinación al Derecho civil como Derecho privado común, regulador de las relaciones generales de convivencia” (JORDANO). En el mismo sentido, afirma ESPÍN que “esta calificación del Derecho mercantil como un derecho especial, no implica la auto-

nomía del mismo, sino, por el contrario su dependencia respecto del civil (...). Este rango de superioridad del civil, hace que no obstante la existencia de normas especiales para el comercio, pueda hablarse de la unidad del derecho privado”.

Las *relaciones entre el derecho mercantil y el derecho civil*, y, por tanto, *la especialidad del derecho mercantil*, están expresadas en el derecho positivo y, en particular, en los artículos 4.3 del Código civil y 2 y 50 del Código de Comercio, de los cuales se infiere, con cierta claridad, que *el derecho mercantil se integra orgánicamente en el sistema del derecho civil*. El principio general está contenido en la norma del Código civil: “Las disposiciones de este Código se aplicarán como *supletorias* en las materias regidas por otras leyes”. Dicha supletoriedad es la que refleja asimismo el Código de Comercio, cuyo artículo 2 establece que los actos de comercio se regirán por las disposiciones del Código de Comercio; en su defecto por los usos de comercio; “*y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común*”, y cuyo artículo 50 dispone que los contratos mercantiles se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en la legislación mercantil por las “*reglas generales del Derecho común*”.

Un paso más en las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil ha dado la doctrina mercantilista que se ha planteado siempre la cuestión de la *autonomía del derecho mercantil* y, por extensión, de la unificación del derecho privado. En este sentido, la extendida afirmación de que el derecho mercantil se integra por un conjunto de instituciones y normas nacidas en función de la organización y de la actividad de un determinado sector de la estructura económica, es decir, es un derecho que aparece delimitado *rationae materiae*, suscita hoy serias dudas.

2. El problema de la autonomía del derecho mercantil.

La identificación de una rama del derecho exige la constatación de una triple autonomía: didáctica, legislativa y científica. La autonomía didáctica supone la enseñanza —y la investigación— separada; la autonomía legislativa consiste en su regulación en normas propias, y la autonomía científica —la verdaderamente *sustancial*—, que, aun dentro de la unidad esencial del derecho, la rama de que se trate tenga unos principios e instituciones propias, que formen un sistema, por razón de la materia regulada.

Evidentemente, entre esas formas de autonomía existe una clara *jerarquización*: la autonomía legislativa sólo debería justificarse por la existencia de una autonomía sustancial y, a su vez, la autonomía legislativa debería determinar la autonomía didáctica. Pero lo que ahora interesa subrayar es la *separación* entre esas cuestiones, que, a menudo, se confunden en el ámbito de los derechos especiales. Por lo que se refiere al derecho mercantil, una cosa es que el estudio de las materias que componen el derecho privado se divida, a efectos docentes e incluso investigadores, entre civilistas y mercantilistas; otra, la existencia en un ordenamiento jurídico concreto de una legislación especial sobre “materia mercantil” al lado de la legislación civil o común; otra, en fin, su *existencia y significación como rama autónoma dentro del derecho privado*, por razón de la materia, que depende tanto de sus disposiciones especiales como de la fuerza que tenga el derecho común para integrar esas especialidades.

El derecho mercantil constituye, sin ninguna duda, una disciplina susceptible de enseñanza separada, es decir, es una *categoría académica*. En efecto, el derecho mercantil se imparte como asignatura independiente en las Universidades de casi todos los países, y también en España, aunque no siempre fue así (hasta el Real Decreto de 14 de agosto de 1884 formaba una sola asignatura con el derecho penal). No obstante, su todavía indiscutible *autonomía didáctica* no

implica necesariamente que el derecho mercantil goce de autonomía legislativa (es paradigmático el caso italiano) y, mucho menos, que exista una autonomía sustancial.

La *autonomía legislativa* del derecho mercantil es clara en estos momentos en España por la existencia de un Código de Comercio y el reconocimiento expreso de leyes especiales mercantiles. Además, esa autonomía legislativa ha sido consagrada en la Constitución de 1978, cuyo artículo 149.1, al enumerar las materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva, se refiere a la *legislación mercantil* (n.º 6.º), separándola de la *legislación civil* (n.º 8.º).

Ahora bien, la existencia de una “legislación mercantil”, es decir, de una *mercantilidad formal* no significa que necesariamente exista una *mercantilidad sustancial*. En efecto, ni el Código de Comercio ni la Constitución proporcionan un criterio para determinar la mercantilidad sustancial.

A) La existencia de un Código de Comercio es indicio de la existencia de lo mercantil; pero *del análisis de su articulado no puede deducirse la esencia de la mercantilidad*. Ello se pone claramente de manifiesto observando los criterios de mercantilidad indicados por el Código de Comercio: criterio de la inclusión en el propio Código y criterio de la analogía (art. 2.II C. de C.). En efecto, de un lado, una materia no es mercantil porque se haya incluido en el Código, sino que se incluyó en el Código por tener —entonces— la consideración de mercantil (GIRÓN). De otro, el criterio analógico es índice claro de que el codificador realizó una operación de selección de la materia mercantil en atención a las necesidades de un concreto momento histórico.

Además, el propio Código de Comercio tiene presente la posibilidad de una materia mercantil *posterior* al propio Código. En efecto, el *criterio de la analogía* se utiliza también para permitir —como indica la Exposición de Motivos— la “aplicación del Código a las combinaciones del porvenir”. Ahora bien —y en ello habrá ocasión de insistir más adelante—, el recurso a la analogía no produce el efecto desea-

do, porque la operación inductora se ve impedida por la heterogeneidad de los criterios utilizados por el propio legislador para la calificación de las relaciones jurídicas incluidas en el Código (así, GARRIGUES, RUBIO, GIRÓN, MENÉNDEZ). Más aún, puede afirmarse que el legislador da por sentada la *falta de coincidencia entre la mercantilidad legislativa y la mercantilidad sustancial*, pues no en vano apela en la Exposición de Motivos al “buen sentido de los comerciantes” y a la “experiencia y espíritu práctico de los jueces y magistrados”.

Se descubre así que el recurso a la analogía no es sino la forma de enmascarar la verdadera intención del legislador: abandonar el problema delimitador o calificador. En efecto, como enseña GIRÓN, la fórmula de la analogía es engañosa: la mercantilidad de una relación jurídica determinada no incluida en el Código no se puede determinar recurriendo al propio Código. El Código pretende, pero no se atreve a decirlo claramente, que no se recurra a él para averiguar qué relaciones jurídicas pueden ser calificadas de mercantiles, de modo que declara que “se regirán por las disposiciones contenidas en él” actos “no especificados en este Código” (art. 2.I C. de C.).

B) Esas consideraciones hacen que la constitucionalización de la “legislación mercantil” no pueda ser sobrevalorada. La opción constitucional no supone más que el *reconocimiento de que, en un momento histórico determinado, coexisten unas leyes mercantiles y unas leyes civiles*. En efecto, *la Constitución no proporciona criterio alguno de mercantilidad sustancial*, sino que su determinación debe dejarse al poder legislativo (eventualmente) controlado por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, *el Tribunal Constitucional no ha podido marcar los límites de la legislación mercantil*, con relación a otras ramas del derecho. Su afirmación de que la legislación mercantil “habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercanti-

les o comerciantes en cuanto tales" (STC de 16 de noviembre de 1981) constituyó un intento de delimitación de lo mercantil que no sólo fue duramente criticado por la doctrina (BERCOVITZ, QUINTANA), por su generalidad y por ser radicalmente contrario en su formulación al artículo 2 del Código de Comercio, sino que, además, ha sido después corregido por el propio Tribunal Constitucional, al reconocer la *imposibilidad de una formulación general de la materia relativa a las diversas ramas* (SSTC de 14 y 30 de junio de 1982).

El concepto de legislación mercantil no puede encerrarse en una definición con pretensiones de permanencia; ni ha sido definido por la Constitución ni podrá serlo por el Tribunal Constitucional más que caso por caso. Este carácter variable de lo mercantil se corresponde plenamente con la finalidad perseguida por el Código de Comercio de dejar abierta la determinación de la mercantilidad. Como afirmó, con una gran dosis de ironía, BROSETA, "mediante la invocación a la *legislación mercantil* realizada por este precepto se ha producido una especie de *constitucionalización* de las antiguas *Memorias* de las oposiciones a cátedras de Universidad, de tal modo que la adecuada interpretación de este precepto plantea de nuevo a los mercantilistas la vieja pregunta: ¿qué es el Derecho mercantil?".

Las pruebas del *convencionalismo* de la expresión "legislación mercantil" son claras. El propio artículo 149 de la Constitución *sustrae del ámbito tradicional del derecho mercantil alguna de sus partes* al aludir separadamente a materias que, tradicionalmente, han sido incluidas, al menos parcialmente, en él (v. gr., propiedad industrial: n.º 9.º; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros: n.º 11; marina mercante y abanderamiento de buques: n.º 20; ferrocarriles y transportes terrestres: n.º 21; régimen de producción y comercio: n.º 26).

Añádase a ello que, en ciertos casos, corresponde a las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de las leyes

mercantiles, bien dictar las normas para su desarrollo legislativo en el territorio respectivo (v. gr., ordenación del crédito, banca y seguros en los Estatutos vasco y catalán) o simplemente cuidar de su ejecución (v. gr., en materia de propiedad industrial en los Estatutos vasco y catalán), y que los propios Estatutos confieren poder normativo a las Comunidades Autónomas en relación con materias “mercantiles” (v. gr., cooperativas, cajas de ahorros, bolsas de comercio, consumo).

La separación constitucional entre legislación mercantil y legislación civil resulta también relativizada si se tiene en cuenta que la Constitución no podía ignorar los *derechos forales*, que tienen su expresión en instituciones alojadas inequívocamente en el derecho civil, pero que no encajan en el ámbito tradicional mercantil por el principio de unidad de mercado.

60

En fin, sobre todo, cuando la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva sobre las “*bases de las obligaciones contractuales*”, aparece en la Constitución no sólo el reconocimiento de la unidad de mercado en la contratación —civil o mercantil—, sino, en lo que ahora interesa, una clara alusión a la unificación del derecho de obligaciones.

Parece claro, pues, que la Constitución se limita, como en tantos otros aspectos, a recoger una distinción (legislación civil/legislación mercantil) existente en el momento de promulgarse; pero está muy lejos de consagrar la *autonomía sustancial o científica* del derecho mercantil. Como señala MENÉNDEZ, la expresión “legislación mercantil” aparece en el contexto de un artículo dictado con la única finalidad de fijar la competencia exclusiva del Estado sobre determinadas materias sobre la base de garantizar la unidad de mercado, por lo que debe ser entendida como una categoría abierta a la misma evolución de la disciplina mercantil.

La razón de la imposibilidad de identificar la mercantilidad formal con la mercantilidad sustancial es la *relatividad* o *historicidad* de la mercantilidad: el derecho mercantil nace

en un momento determinado, vive durante un período más o menos dilatado y finalmente muere o desaparece como tal derecho mercantil. La afirmación, generalizada a partir de la obra de ASCARELLI, lleva a aquella otra de que el derecho mercantil es algo que está siendo y que está dejando de ser continuamente (RUBIO, GIRÓN).

La historicidad del derecho mercantil determina la vía a seguir para considerar la conveniencia o inconveniencia de la unificación del derecho privado. En efecto, si el nacimiento del derecho mercantil se explica históricamente por las exigencias de una clase social, ante la insuficiencia, incapacidad o incompetencia de las instituciones civiles, su desaparición debe producirse por la inexistencia de esas exigencias o por su asunción por el ordenamiento privado general. Aparece así la manifestación más evidente del *relativismo* del derecho mercantil: *la existencia y el ámbito del derecho mercantil están en función de la adecuación de las instituciones civiles*. En efecto, cuando el derecho común es capaz de asimilar las exigencias de los operadores económicos, el derecho mercantil no llega a existir (Roma) o desaparece tras una corta vida (Inglaterra).

A la hora de tratar la cuestión, es frecuente distinguir entre *unificación total* del derecho mercantil y del derecho civil, que implicaría la pérdida de autonomía del primero, y *unificación parcial* —referida fundamentalmente al derecho de sociedades, al derecho de obligaciones y al derecho concursal—, que supondría únicamente una reducción de su contenido, y entre *unificación sustancial*, que implicaría una unión indisoluble de las dos ramas del ordenamiento Jurídico hasta entonces separadas, y *unificación formal*, que supondría únicamente la reunión de las dos ramas del derecho en un texto (Código) único por razones de política legislativa, con conservación de la autonomía de cada una de ellas.

Como habrá ocasión de señalar, lo que se postula, de forma casi unánime, es una unificación *formal y parcial* del derecho mercantil y del derecho civil. Unificación formal,

porque casi todos los autores creen que existe una racionalidad intrínseca en las normas mercantiles; unificación parcial, porque se reduciría a los campos de sociedades, contratación y concursal. Obsérvese, sin embargo, que si llegaran a unificarse los tres grandes sectores en que existe dualidad de regímenes, resultaría indiferente, a efectos legislativos, hablar de unificación parcial o de unificación total y, en consecuencia, aunque en menor medida, de unificación formal y sustancial, porque, desaparecida la duplicidad de regulaciones, el reparto de materias acabaría constituyendo una cuestión de utilidad meramente académica.

II. La unificación sustancial del derecho privado como consecuencia lógica de su evolución

62 1. Origen y evolución del derecho mercantil.

1.1. *La inexistencia de un derecho especial en Grecia y en Roma.*

La inexistencia de un derecho mercantil especial en *Grecia* es algo evidente en las épocas arcaica y media. No obstante, en la época clásica aparecen en algunas instituciones del derecho marítimo algunas especialidades que más tarde serán consideradas propias de las instituciones mercantiles (GOLDSCHMIDT, PAOLI). Ahora bien, esas especialidades no llegaron a generalizarse en el tráfico y, además, se manifestaron también en otros pueblos en relación con los cuales nunca llegó a plantearse la existencia de un derecho mercantil separado del común. Por eso, parece más acertado sumarse a la tesis mayoritaria y rechazar la existencia de un derecho mercantil autónomo en *Grecia*.

Esta misma es la tesis mayoritaria acerca del problema de la existencia o no de un derecho mercantil autónomo en *Roma*. Dicha tesis no puede basarse en razones económicas,

como sería la falta de espíritu empresarial del pueblo romano, idea que se ha demostrado claramente equivocada, sino en razones jurídicas: que, debido al desarrollo territorial de Roma, el *ius gentium* se convirtió en derecho privado interno, lo que impidió su separación del *ius civile* (HUVELIN, ESCARRA) o bien que la flexibilidad y abstracción del derecho romano hicieron innecesaria la aparición de un derecho privado especial distinto del común (GOLDSCHMIDT, RAISCH, VIVANTE; en España, DE BENITO y BERCOVITZ).

La aparición de características que más tarde serían típicas del derecho mercantil (solidaridad, onerosidad de las obligaciones o simplificación de los procedimientos) no puede hacer dudar de la *unidad del derecho romano*. En efecto, la existencia de un *único sistema* no significa *homogeneidad absoluta* del mismo. Existieron, sin duda, especialidades en el tráfico comercial; pero no un sistema diferenciado: las especialidades se incardinaban perfectamente dentro de un sistema único.

En la Alta Edad Media se pueden encontrar huellas de nuevas especialidades (v. gr., en la península Ibérica se celebran mercados y reuniones de mercaderes y no desaparecen las relaciones con el exterior; la *Lex Visigothorum* no sólo establece una jurisdicción especial para los mercaderes, sino que contiene además disposiciones tan sorprendentes como la irreivindicabilidad de las mercancías adquiridas de buena fe de un *transmarinus mercator*); pero un verdadero derecho especial no nace hasta los siglos XII y XIII.

1.2. *El ius mercatorum como derecho especial.*

La aparición del derecho mercantil se encuentra íntimamente relacionada con el proceso socio-económico conocido con el nombre de revolución comercial o de renacimiento medieval. La revolución comercial, de origen agrario, va a encontrar en la ciudad el motor necesario para su desarrollo. En la ciudad, la economía agrícola se sustituye progresi-

vamente por una *economía de mercado*. Es el crecimiento de las *ferias* y de los *mercados* el que marca el ritmo de la revolución comercial, a cuyo servicio se irán desarrollando los *nuevos contratos* mercantiles.

64 La transformación económica de la época no podría haberse llevado a cabo sin la presencia de un nuevo tipo humano, el *mercator*, caracterizado por una nueva actitud ante el *riesgo*. El espíritu de asunción de riesgos se convertirá en medida de valoración social en sustitución de otros valores más estáticos. Del valor del patrimonio se pasará al *valor del crédito*. La revolución comercial fue posible por el recurso generalizado al crédito, que explica también el nacimiento de un buen número de instituciones jurídico-mercantiles. Así, las mesas de los *campsores*, originariamente especializados en el cambio manual de moneda, se sustituyen por oficinas especializadas en operaciones de pago y transferencia —cambio trayecticio—, en cuya posterior documentación está el origen de la *letra de cambio*. El espíritu de asunción de riesgos y el relieve del crédito explican también el *rigor* en el cumplimiento de las obligaciones contraídas: el nacimiento del procedimiento de *quiebra* en esta época se produce con un claro matiz público, origina graves sanciones personales y se extiende a las personas vinculadas al comerciante insolvente.

Junto al recurso generalizado al crédito, destaca la asociación de fuerzas económicas, que se produce básicamente a través de dos instrumentos jurídicos: el interesamiento en el negocio de un comerciante (*commenda*, *colleganza*) y la formación de una *societas mercatorum* o *compagnia*, vínculo contractual que une *plures mercatores unam mercantiam gerentes*.

En fin, la individualización del *establecimiento mercantil*, el uso de *marcas* y *nombres comerciales*, una incipiente *publicidad registral* y el desarrollo de la *contabilidad* son datos que no pueden desconocerse.

Ahora bien, todo ello no podría explicar por sí mismo el

nacimiento de una nueva rama del derecho: el derecho romano no conoció un derecho especial a pesar de que existiese una clara actividad comercial en Roma. En realidad, el *ius mercatorum sólo nace como derecho especial porque el derecho privado común deja de ser suficiente y capaz para resolver las necesidades del tráfico económico* (GOLDSCHMIDT, GARRIGUES, GIRÓN). A diferencia de lo sucedido en Roma, cuyo derecho privado tuvo la suficiente flexibilidad para irse transformando al compás de la evolución económica, en la Edad Media se observa una clara *inadecuación entre el derecho existente y la realidad social*: el tradicional *ius civile* recibido a través de la compilación justiniana no es capaz de hacer frente a la nueva realidad, porque se cristaliza y pierde toda flexibilidad. Ello no significa, sin embargo, como a veces se afirma, que el derecho mercantil tenga su origen en el derecho civil, de cuyo “tronco común” se habría desgajado por exigencias de los comerciantes. En efecto, el derecho mercantil nace de los usos de los comerciantes y de la existencia de una “jurisdicción” propia para que los comerciantes resolvieran sus conflictos.

65

La *división entre derecho civil y derecho mercantil vino, pues, impuesta tanto por la realidad económica como por la realidad jurídica*. Nace así una *nueva rama del derecho con unas características diferenciales muy acusadas respecto del derecho común*. Como enseña ASCARELLI, el *ius mercatorum* se manifiesta como un derecho de los comerciantes, de origen consuetudinario, uniforme y de producción y aplicación autónomas.

a) El derecho mercantil es un ordenamiento *profesional de los comerciantes*; un derecho personal, surgido del ejercicio de la *mercatura* y difundido por la propia clase mercantil. El derecho mercantil no es sólo el derecho de una clase, sino preferentemente el derecho de los sujetos que llegan a imponerse en el seno de la propia clase. Esta circunstancia no impide, sin embargo, que el derecho mercantil sea un derecho de libertad, encarnado en el *mercator*. La libertad

se consigue no sólo frente a los señores feudales intermedios, sino también frente a la autoridad de la Iglesia: un buen número de las instituciones jurídico-mercantiles más representativas es resultado del espíritu de libertad de la nueva clase frente a la condena canónica de la usura.

b) El derecho mercantil medieval es un derecho *usual, consuetudinario*. Su fuente formal es la costumbre. La rapidez y el tecnicismo propios de las operaciones entre mercaderes, la identidad de necesidades a satisfacer y la frecuencia de las relaciones entre las mismas personas originan necesariamente prácticas repetidas y uniformes que tienden a asumir el carácter de verdaderas normas jurídicas. La inadecuación de las normas del derecho romano común motivó la creación de un estilo específico más fluido. En el seno de las corporaciones de comerciantes se forman cuerpos de usos que son seguidos por los protagonistas del tráfico; *secundum usus* fallan los jueces consulares en sus sentencias. La costumbre, el uso, es la fuente exclusiva del *ius mercatorum*. A la fijación definitiva de este nuevo derecho contribuyeron también los protocolos notariales, las primeras colecciones de usos (*constitutum usum*), los estatutos ciudadanos y de las corporaciones y la labor de tribunales y consulados.

66

c) El derecho mercantil es un *derecho uniforme*. A pesar de su creación dispersa, hay una sustancial coincidencia normativa por encima de los límites geográficos o políticos. Los *statuta mercatorum* nacen con la pretensión de recoger un derecho uniforme. Las causas de la identidad de rasgos de la *lex mercatoria* son también claras: las relaciones continuas entre ciudad y ciudad, la concurrencia a los mismos mercados y ferias permiten la fijación local de los usos internacionales y la universalización de los usos locales. En particular, ese mismo derecho es el que rige en *Inglaterra*: los comerciantes ingleses se gobiernan por los mismos usos que los demás comerciantes de la época, y por tribunales especiales.

d) El *ius mercatorum* es, en fin, un derecho de *producción y de aplicación autónomas*. Son los propios mercaderes quienes crean y aplican las normas. Surgen tribunales especiales para conocer de los pleitos entre comerciantes, tanto dentro de los propios gremios o corporaciones (existe una verdadera jurisdicción consular) como en las relaciones inter-locales. Las exigencias del tráfico marítimo y del sistema de economía de mercado explican no sólo el nacimiento de la jurisdicción especial sino también las notas dominantes del procedimiento especial: brevedad y condición de comerciantes de los propios juzgadores.

En resumen, el ámbito de aplicación del *ius mercatorum* es el de las relaciones jurídicas nacidas de una concreta actividad económica, que es el *comercio*. Su delimitación frente al derecho civil se produce en función de una categoría especial de personas, que son los *mercaderes* o *comerciantes*, y de su profesión. Nace así un *derecho privado especial acotado en su materia frente al derecho civil por razón de las personas (derecho de los comerciantes)* y, sólo como consecuencia de ello, *por razón de la actividad* a la que se aplica (*ratione mercaturae*). Se trata de un derecho *personal* de los comerciantes, por razón del ejercicio de su tráfico profesional, que aparece, por tanto, perfectamente deslindado del derecho común: su *especialidad* no suscita entonces problema alguno. Como resume BROSETA, el *ius mercatorum* es especial por su *creación* (derecho de una clase de profesionales); por sus *principios informadores* (facilitar el tráfico de mercaderías); por su *modo de aplicación* (la “jurisdicción” corporativa); por razón de la *materia* (el comercio), y por sus *destinatarios* (los comerciantes).

67

1.3. *Evolución del derecho mercantil en la Edad Moderna.*

A lo largo de la Edad Moderna se producen una serie de fenómenos que, paulatinamente, modificarán el marco económico medieval y posibilitarán la revolución industrial

del siglo XIX: el *descubrimiento de nuevas tierras*, que origina en Europa un período inflacionista que se tradujo en provecho de comerciantes y especuladores financieros; la *formación de las naciones* en Europa, que origina la destrucción sistemática de los particularismos medievales y propicia el *mercantilismo*, que exalta el desarrollo de los mercados y del comercio, y cuyo principio fundamental consiste en la adquisición y acumulación de metales preciosos con protagonismo estatal, y la *reforma protestante*, que fomenta el espíritu capitalista.

68

El análisis del derecho mercantil de la época permite contemplar, junto a la consolidación de las instituciones heredadas del *ius mercatorum*, una serie de instituciones que nacen durante la Edad Moderna o que se ven sustancialmente modificadas ahora. El tráfico colonial de la época exige ingentes capitales, a cuyo fin comienza a concederse en exclusiva la explotación comercial a compañías reguladas, constituidas por asociaciones de comerciantes a las que el Estado confería el *ius emporii* (en la compañía holandesa de las Indias orientales, fundada con *octroi* de los Estados Generales de Holanda en 1602 el capital se divide en acciones, la responsabilidad de los partícipes es limitada y la dirección es unitaria). Al mismo tiempo, se va creando en Europa un *mercado de capitales*: las bolsas son evolución natural de las ferias, que habían pasado de ser centros de compraventa de mercancías a convertirse en mercados de capitales (la lectura de *Confusión de confusiones* ilustra perfectamente este tráfico bursátil que se desarrolla parejo con la evolución de las compañías coloniales). Se consolidan la *actividad bancaria*, con un aumento importante de los depósitos bancarios y de las operaciones de crédito, y el *seguro*, con la cobertura de nuevos riesgos —y no sólo los marítimos— y la mayor solidez en la explotación, y nace el seguro de vida en la modalidad de seguro sobre la libertad, que cubría el riesgo de marinos y comerciantes de caer esclavos de los piratas berberiscos.

Aunque en los siglos XVI y XVII se asiste también al nacimiento de una auténtica *doctrina jurídico-mercantil en el sentido de literatura autónoma y especializada*, de la que suele considerarse fundador BENVENUTO STRACCA, con su *Tractatus de Mercatura* publicado en Venecia en 1533, las referidas circunstancias hacen que *se vayan debilitando las características del viejo ius mercatorum*:

a) Ante todo, sin dejar de ser un derecho de los comerciantes, el derecho mercantil inicia —o, más exactamente, continúa— su *proceso de objetivación*. El ordenamiento jurídico-mercantil tiende, en ocasiones, a aplicarse simplemente porque una determinada relación del tráfico es calificada como mercantil, sean o no comerciantes quienes la realicen. Se asiste asimismo a una *extensión material del concepto de comerciante*, porque se produce una clara expansión a otras clases sociales de actividades antes reservadas a los mercaderes. El derecho mercantil se amplía así a otros sujetos que carecen de la condición de comerciantes, la inscripción en la matrícula corporativa pierde el carácter de requisito necesario para la adquisición de la condición de comerciante y los artífices o industriales se van integrando paulatinamente en el concepto de comerciante. *El derecho mercantil sigue siendo un derecho de clase, pero invade sectores reservados antes al derecho común.*

b) Con la formación de los Estados nacionales, el poder real reivindica el monopolio de la función legislativa, de modo que el derecho mercantil, usual, de producción autónoma, pasa a integrarse progresivamente en el *derecho estatal*. La fuerza de los usos pasará a depender del refrendo de la Corona; la primacía de la *ley* sobre la costumbre es el reflejo de la nueva filosofía del Estado nacional.

c) El derecho mercantil continúa siendo un derecho uniforme, pero va cediendo ante un *progresivo nacionalismo*, que afirma el poder del Estado en su territorio.

d) El derecho mercantil sigue siendo, en fin, un derecho de producción y aplicación autónomas; pero con matices

ccs. Respecto a la producción, el cuerpo general de las normas mercantiles de la Baja Edad Media continúa existiendo durante la Edad Moderna: las Ordenanzas generales del comercio terrestre (1673) y del comercio marítimo (1681) recogen derecho de origen consuetudinario. En España, las Ordenanzas consulares (Bilbao, 1737) se elaboran por privilegio real y exigen la aprobación del monarca. Se mantiene asimismo la “jurisdicción” mercantil, pero quedará sometido a ella tanto aquel que ejercite, incluso ocasionalmente, la *mercatura* como quien realice determinados actos. Así, la Ordenanza del comercio de 1673 atribuye a la competencia consular el conocimiento de las cuestiones surgidas sobre letras de cambio y sobre contratos de comercio marítimo con independencia de la condición profesional del demandado.

70

En resumen, *la especialidad del derecho mercantil frente al derecho civil se mantiene desde un punto de vista subjetivo y objetivo*; pero, “sobre ese núcleo profesional y clasista, va progresivamente ampliándose la aplicación del Derecho mercantil a otros sujetos no comerciantes y a actividades económicas distintas del comercio” (OLIVENCIA).

Mientras en los países del continente europeo los usos internacionales de los mercaderes fueron incorporándose a los diversos derechos nacionales al margen del derecho común, preparando inconscientemente una codificación separada del derecho civil y del derecho mercantil, las cosas sucedieron de modo muy distinto en Inglaterra. La característica fundamental del derecho inglés es que esos usos comerciales, que inicialmente habían servido sólo para regular las relaciones internacionales, se van integrando poco a poco en un sistema muy flexible. Así, el derecho mercantil inglés no es un *derecho especial* para la clase de los mercaderes, sino que se integra plenamente en el sistema del *common law*. “En Inglaterra no existe un sistema de normas para el ciudadano ordinario y otro para el mercader o comerciante” (SCHMITTHOFF).

1.4. *La codificación separada y el inevitable nacimiento de las tesis unificadoras*

1.4.1. *La codificación mercantil.* La codificación es, al mismo tiempo, resultado de la revolución burguesa y reacción contra ella: los principios revolucionarios, ciertamente tamizados, informan la obra codificadora; pero la codificación traiciona en buena medida a la revolución al ponerse al servicio de los postulados del orden postrevolucionario en el que se consolidan las libertades burguesas nacidas con la revolución.

Esas afirmaciones son particularmente constatables en la codificación mercantil. Los principios políticos y económicos de la revolución no ayudaban a la promulgación de un Código de Comercio, porque existía una crítica feroz contra el corporativismo del antiguo régimen. La libertad y la igualdad se compadecían mal con el mercantilismo de Estado y la organización estamental de la sociedad: la libertad de comercio hace desaparecer los gremios y corporaciones y la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley se oponía al privilegio de un derecho especial de clase.

Los legisladores revolucionarios tenían, pues, en su mano la ocasión de hacer desaparecer el derecho mercantil y, sin embargo, no sólo no desaparece, sino que subsiste incluso la jurisdicción especial bajo el nuevo nombre de tribunales de comercio. Las causas de tan benevolente actitud y, por tanto, del mantenimiento del derecho mercantil frente al derecho civil son, sin duda, de orden pragmático y ya conocidas, porque son las mismas que habían originado su nacimiento: había que ofrecer un *marco legislativo a la subsistente actividad mercantil y para ello no bastaba la codificación civil, que, además de producirse con retraso, no había comercializado en medida suficiente los principios en los que se informaba.* Es, pues, la *insuficiencia del derecho común la que obliga a mantener un derecho privado especial.* Eso fue, precisamente, lo que no sucedió en Inglaterra, donde, como

ya se señaló, los usos de los comerciantes fueron integrándose en el sistema común, en un proceso que recuerda claramente al del derecho romano.

La codificación del derecho privado, sobre postulados *racionalistas* y *nacionalistas*, va a concretarse, en efecto, en dos cuerpos legales separados, un Código de Comercio y un Código civil, lo que significa la *consagración positiva de un derecho especial (el derecho mercantil) frente a un derecho común (el derecho civil)*. Ahora bien, el Código de Comercio no podía basarse ya en los criterios de mercantilidad del antiguo régimen, lo que obligó a buscar un criterio de separación con el derecho civil que no repugnase a las ideas revolucionarias. Ahí se encuentra el origen de un nuevo derecho mercantil basado en el concepto objetivo de *acto de comercio: de un derecho de los comerciantes para el ejercicio de su profesión (sistema subjetivo) se pretende pasar a un derecho de los actos de comercio que a él se someten y por él se regulan, sea o no comerciante la persona que los realiza (sistema objetivo)*.

72

Ahora bien, cuando se analizan con cierta profundidad los diferentes Códigos, se observa que no contienen —como no podía ser de otra manera— un derecho realmente nuevo. Por lo que se refiere al *Código de Comercio francés de 1807*, la innegable intención de modificar el carácter del derecho mercantil tradicional, sustituyendo el concepto de comerciante (criterio subjetivo) por el de acto de comercio (criterio objetivo), fue dulcificada, tras sucesivas discusiones y por obra sobre todo del Consejo de Estado, en un doble sentido: el acto de comercio quedó reducido a mero criterio de competencia procesal y no iba a ser el único criterio para la determinación de la competencia.

De este modo, en el Código francés de 1807 no se consagra el sistema tradicional subjetivo ni tampoco el objetivo que pretendía imponer la comisión redactora, sino un *criterio mixto*: la jurisdicción mercantil es, a la vez, personal y real; atiende tanto a la condición de comerciante de

los sujetos como a la realización de un acto de comercio.

En *España*, donde la necesidad de una codificación mercantil se dejaba sentir entre los ilustrados desde finales del siglo XVIII, el movimiento codificador propiamente dicho se inicia a instancias de Napoleón y perdura, tras el fin de la dominación francesa, en el espíritu de los constituyentes de Cádiz: “El Código civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía”. El primer Código de Comercio español, de 1829, obra personal del afrancesado Pedro Sáinz de Andino, elige el camino de la codificación separada abierto por el *Code* y rechaza la elaboración de un cuerpo único —*ALR* prusiano—. A la fundamental influencia del Código francés, se une la del propio derecho tradicional castellano, no sólo mercantil —Ordenanzas de Bilbao—, sino también común.

El artículo 1.º de ese Código comienza por reputar comerciantes a “los que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se han inscrito en la matrícula de comerciantes y tienen por ocupación habitual y ordinaria el tráfico mercantil, fundando en él su estado político”. Se ofrece así el dato fundamental: el derecho mercantil del Código es principalmente el *derecho de los comerciantes*, es decir, de aquellos que se ocupan habitualmente en el tráfico mercantil y están inscritos en la matrícula de comerciantes. Esta primera impresión subjetiva se confirma en el Título II, que se refiere a “las obligaciones comunes a todos los que profesan el comercio”, y en el Libro IV, que, referido a la quiebra, se aplica sólo a comerciantes.

Sin embargo, según el artículo 2.º quedan sujetas también a las leyes y a la jurisdicción de comercio aquellas personas que realicen alguna operación de comercio terrestre. De acuerdo con él, el artículo 1.199 alude a negociaciones, contratos y operaciones mercantiles (es decir, *actos de comercio*), entendiéndose por tales aquellas operaciones mercantiles comprendidas en el Código —y sólo esas—, cuando tengan los caracteres determinados expresamente con este

fin por las disposiciones legales, y el artículo 1.200, remitiéndose al anterior, dispone que “siendo el acto a que da lugar la contestación judicial propiamente mercantil, podrá ser el demandado citado y juzgado por los Tribunales de Comercio, aun cuando no tenga la condición de comerciante”.

En fin, cuando se analizan los diversos criterios de mercantilidad de los actos de comercio se observa un resultado sorprendente: la mercantilidad de un acto es consecuencia de la presencia de un comerciante en la operación (préstamo, depósito, fianza, etc.) o bien de la mercantilización formal de esa operación.

74

Los antecedentes inmediatos del Código vigente permiten sostener la influencia de las ideas políticas nacidas de la Revolución de 1868. Así, se proclama insistentemente el principio de libertad contractual en su forma más pura y se insiste en la supresión de toda desigualdad política o social, sobre todo las derivadas de una situación profesional concreta. Desde esta premisa, hay que entender el artículo 2.º, que establece que sus disposiciones regirán “los actos de comercio, sean o no comerciantes las personas que los ejecuten”. No se trata, pues, de afirmar la existencia de actos mercantiles *per se*, sino de admitir la posibilidad de alcanzar la condición de comerciante a cualquier persona con capacidad para contratar y obligarse. Como ha puesto de manifiesto GIRÓN, la significación técnica de los denominados sistemas subjetivo y objetivo es ajena al Código de 1885: *los artículos 1.º y 2.º del Código contienen la solución técnica de un problema político y no de un problema técnico cual es la opción entre el carácter objetivo o subjetivo del derecho mercantil.*

A pesar de ello, puede decirse que el Código vigente combina un *núcleo subjetivo*, que persiste, con una *mayor relevancia del carácter objetivo*. En el artículo 1.º se sigue considerando a los comerciantes como destinatarios principales de la normativa, aunque desaparece el requisito de la

inscripción en la matrícula corporativa. Para adquirir la condición de comerciante basta ocuparse habitualmente del tráfico mercantil o constituirse como compañía mercantil. A continuación, el artículo 2.º establece otra categoría de destinatarios principales de la normativa: todos los que realicen actos de comercio aunque no se dediquen habitualmente al tráfico. Los redactores del Código, que pretendieron únicamente evitar que la mercantilidad dependiese de la pertenencia a una clase más o menos privilegiada, elevan el acto de comercio a la condición de criterio determinante de la mercantilidad junto con la cualidad de comerciante.

Ahora bien, la trascendencia del viejo núcleo subjetivo se mantiene incluso en el articulado del Libro II. Así, la presencia de un comerciante presupone por sí misma la mercantilidad del contrato de transporte (art. 342) y en unión de otros requisitos la mercantilidad del contrato de comisión (art. 244), del depósito (art. 303), del préstamo (art. 311), del seguro (art. 380), e incluso de las cuentas en participación (art. 234). El *criterio objetivo es, en realidad, técnicamente complementario del subjetivo*. En fin, los codificadores de 1885 acentuaron el proceso de mercantilización formal, cuyo ejemplo más revelador es la letra de cambio (art. 443). El resultado definitivo es el de un sistema “híbrido e incoherente” (GARRIGUES).

75

1.4.2. El problema del concepto del derecho mercantil. El derecho mercantil surgido de la codificación tiene unos rasgos bien definidos que han sido sintetizados por MENÉNDEZ: “al lado de la pretensión totalizadora y atemporal de los códigos y de su consustancial carácter nacional, se percibe también un alto grado de *privatización*, fruto de la ideología liberal dominante, y su proclamada *independencia* como Derecho especial de las obligaciones respecto del Derecho civil, aunque vaya acompañada ahora de una tendencia formal hacia la *objetivación*, fundada en una aparente desprofesionalización del sistema”.

No debe sorprender por ello que, como señala el propio MENÉNDEZ, *las notas características del derecho mercantil codificado comienzan a entrar en crisis ya en la segunda mitad del siglo XIX*. Dejando ahora a un lado el hecho de que el carácter nacional de los Códigos mercantiles choca con las necesidades del tráfico internacional y comienzan los esfuerzos en pro de la unificación supranacional de este derecho, interesa destacar ahora otras cuestiones. Así, pronto se demuestra que la pretensión de cobijar en los Códigos la materia mercantil era inviable: se inicia rápidamente el proceso de promulgación de leyes especiales, se constata la dificultad de que la materia acotada por el Código de Comercio y las leyes especiales mercantiles sirva para alcanzar la esencia del derecho mercantil y se pone en tela de juicio su especialidad, naciendo ya tendencias unificadoras del derecho privado.

76 En efecto, con la codificación surge la preocupación por el concepto del derecho mercantil, como cuestión dogmática, íntimamente ligada a sus relaciones con el derecho civil, iniciándose la “incesante búsqueda de la esencia de la mercantilidad”. La razón es evidente: el “hallazgo” de los codificadores consistente en considerar el derecho mercantil como el derecho de los actos de comercio sitúa al derecho especial en una difícil encrucijada, tanto desde un punto de vista *positivo*, por las dudas que suscita la determinación de su ámbito de aplicación (determinados actos son considerados actos de comercio y, por tanto, mercantiles, aunque sean realizados por no comerciantes), como, sobre todo, desde una perspectiva *teórica*, porque ya no resulta tan “natural” justificar la razón de ser de un derecho especial y su subsistencia frente a un derecho civil común.

Aunque la noción de acto de comercio no fuese una novedad radical de los Códigos y aunque lo mercantil no se había objetivado hasta el punto de prescindir de los factores subjetivos, lo cierto es que existía una base legislativa distinta sobre la que reflexionar. La doctrina se lanza así a

diferenciar el derecho mercantil del derecho civil sobre la base de ser el derecho regulador de los actos de comercio. Mientras los primeros comentaristas del *Code* (PARDESSUS, DELAMARRE, LE POITVIN) se limitan a clasificar los actos de comercio, se tratará después de elaborar, por inducción del contenido del Código, un concepto unitario del acto de comercio. La esencia de la mercantilidad se cifró en la intermediación (ROCCO), en la circulación de bienes y dinero (THALLER), en el fin de lucro (HAMEL y LAGARDE), etc. Pronto se demostró, sin embargo, que esta corriente perseguía un ideal un tanto utópico, que el acto de comercio aislado, desconectado de la actividad del comerciante, constituye una pura abstracción que se resiste a cualquier intento de fijación unitaria y rigurosa (GARRIGUES). La razón es clara: los Códigos se habían limitado a regular un material normativo producido a lo largo de los siglos anteriores para resolver problemas concretos, de modo que, por muchas que fueran sus pretensiones sistemáticas, la conceptualización del acto de comercio no era posible.

No es de extrañar, por ello, que llegase a extenderse en la doctrina la idea de la *imposibilidad de formular un concepto del acto de comercio, lo que significaba también la imposibilidad de justificar la existencia de un derecho mercantil especial frente al derecho civil.*

1.4.3. Las primeras tesis unificadoras. La tesis de la unificación del derecho civil y del derecho mercantil se plantea por vez primera de forma rigurosa en 1858, con ocasión de la elaboración del Código de Comercio alemán (*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch: ADHGB*), por ENDEMANN. Se trata de un planteamiento eminentemente dogmático, en el que late la concepción alemana unitaria del *Deutsches Privatrecht* y el precedente del *modelo unitario* de codificación ofrecido por el texto prusiano de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: ALR*). Partiendo de la constatación de la *reducida cuantía* y de la *fragmentariedad*

de las normas específicamente mercantiles respecto de las del derecho privado ordinario, opina ENDEMANN que la existencia de un derecho especial obedece exclusivamente a la inadaptación del legado civil romano, por lo que bastaría una labor de reforma y actualización del derecho civil para que dejase de ser necesario un derecho mercantil especial. La línea de ENDEMANN fue seguida, también en Alemania, por DERNBURG, para quien el derecho mercantil no pasa de ser un mero residuo histórico. Sin embargo, para GOLDSCHMIDT, según su conocida *Gletschertheorie*, habrá siempre un tráfico que requerirá un derecho más flexible que el contenido en el derecho común, lo cual no impide, sino todo lo contrario, la movilidad histórica de las relaciones entre el derecho especial y el derecho común, por lo que se refiere a su ámbito de aplicación (*extensión de la materia mercantil*) y al trasvase de normas del derecho especial al derecho común (*comercialización del derecho civil*). Aunque en Alemania triunfó —como enseguida se verá— la tesis conservadora de GOLDSCHMIDT, el debate sobre la unificación del derecho privado se extiende claramente y son muchos los partidarios de la unificación.

En Suiza, MUNZINGER descarta la formación de un Código de Comercio, sentando las bases de la futura unificación.

En Holanda destaca la figura de MOLENGRAAFF, que abre el camino para la unificación del derecho privado holandés, iniciada en 1934 y no culminada hasta 1992. Partiendo de la falta de justificación de una normativa mercantil derivada de su aplicación a determinadas personas, concluye que es imposible establecer una división convincente entre el derecho civil y el derecho mercantil; que la separación es algo circunstancial, provocado por el estancamiento del derecho civil y el desarrollo del comercio, y que la unificación se producirá cuando el derecho civil sea capaz de transformarse.

En Italia destaca la figura de VIVANTE, quien defiende con ardor su tesis unificadora desde 1882 —al escogerla

como tema de su primera lección de un curso de derecho mercantil en la Universidad de Bolonia— hasta su —parcial— “conversión” en 1925, por razones prácticas, sentando las premisas de la unificación italiana de 1942 e influyendo en una gran parte de la doctrina de la época (BOLAFFIO, SRAFFA, NAVARRINI). Parte VIVANTE de la evidente constatación de la defectuosa delimitación entre el derecho civil y el derecho mercantil, particularmente clara en el *Codice di Commercio* de 1882 y se apoya, sobre todo, en la injusticia que supone la sumisión al régimen mercantil (Código de Comercio y usos mercantiles) de todos los ciudadanos que contratan con un comerciante.

La tesis unificadora del derecho privado se extenderá más tarde a Francia: LAURENT preconizará la *fusión* del derecho civil y mercantil y se desarrollará una fecunda polémica entre LYON-CAEN y THALLER, en torno a las recíprocas influencias entre el derecho civil y el mercantil.

En síntesis, como ha señalado ROJO, existen *tres grandes corrientes unificadoras* en el pensamiento jurídico, que, a menudo, se superponen: la *corriente filosófica* , en la que la unificación del derecho privado se presenta como consecuencia de aquellas clasificaciones del derecho en las que la división entre el derecho civil y el derecho mercantil no tiene lugar; la *corriente técnica* , que parte de la probada insuficiencia de los criterios de delimitación de la materia mercantil, y la *corriente solidarista* , para la que resulta inadmisibile la existencia de un Código de Comercio en cuanto expresión de una ley de clase y, en definitiva, como privilegio.

En España, como señala el propio ROJO, aunque el tema no está aún suficientemente estudiado, existen datos para afirmar que la idea unificadora está presente a lo largo de todo el siglo XIX. Sin perjuicio de la existencia de importantes precedentes (algunos diputados de la Asamblea convocada en Bayona por Napoleón defienden con vigor la inutilidad y la injusticia de una codificación comercial separada)

y de que entre los tratadistas que escribieron bajo la vigencia del Código de Comercio de 1829 —obra personal de un afrancesado completamente ajeno a la tesis unitaria— parecía dominar la idea de que el derecho mercantil era una parte más o menos vasta del derecho civil (GONZÁLEZ HUEBRA, MARTÍ DE EIXALÁ), lo que permitiría que su regulación se llevase a cabo en un Código especial o dentro del Código civil, la tesis favorable a la unificación total del derecho privado estuvo claramente presente en el período inmediatamente anterior al Código de Comercio de 1885. La polémica entre “autonomistas” y “unificadores” era patente, sin que quepa afirmar que se tratase de una pugna entre *mercantilistas* y *civilistas*, celosos de sus respectivas ciencias.

80

En efecto, en 1881, SILVELA se muestra convencido de que “el Derecho mercantil está llamado a desaparecer para refundirse en el civil, modificándolo con relación a los actos de comercio”. En 1882, en un informe emitido por la Universidad de Madrid sobre el Proyecto de Código de Comercio, del que fueron ponentes COMAS, AZCÁRATE y SILVELA, se puede leer que “en el progreso del derecho la separación histórica entre estas dos ramas está llamada a desaparecer... El progreso no consiste en *civilizar* (...) el Derecho comercial, sino en mercantilizar el Derecho civil”. Afirmaciones parecidas se contienen en un informe emitido por la Universidad de Oviedo, del que fueron ponentes CANELLA y UREÑA.

En los primeros años de vigencia del Código de Comercio de 1885, se mantiene un importante debate en torno a la autonomía del derecho mercantil, que trata de justificar o de negar su autonomía respecto del derecho civil desde la perspectiva codificadora. El Congreso Jurídico Español del año 1886 defendió también la unificación del derecho privado. Cabe recordar ahora las palabras de SILVELA: “el progreso jurídico no consiste en empeñarse en la *tarea imposible de distinguir el Derecho comercial del civil*, sino en *fundirles en uno sólo*, llevando al segundo el espíritu moder-

no de que el primero está animado, desamortizando, por decirlo así, los actos llamados mercantiles como cosa propia y peculiar de los comerciantes, y haciéndolos de Derecho común o de todos los ciudadanos, como ha acontecido ya respecto a las letras de cambio”.

Escribía UREÑA en 1888 que “la distinción entre el Derecho mercantil y el llamado Derecho civil, más que fundamental es histórica”, y que “la importancia del derecho mercantil aumenta día a día, y su influencia en el derecho de la contratación es tal que puede decirse que ha llegado a absorberle, *constituyéndose en regulador único de la forma contractual de las relaciones humanas dentro de la órbita del derecho privado*. No está, pues, lejano el día en que las actuales diferencias históricas que entre el Derecho civil y mercantil existen, desaparezcan por completo formándose nuevos Códigos que regulen toda clase de actos contractuales”.

Por su parte, DURÁN Y BAS profundiza en el magisterio de MARTÍ DE EIXALÁ, señalando que “todas las instituciones de derecho mercantil pertenecen al de las obligaciones”, lo que “conduce a la conclusión de que no goza de verdadera autonomía esta rama del derecho. No puede separarse el derecho de las obligaciones, de las demás partes del derecho privado común”, concluyendo que “la autonomía, la absoluta independencia, pues, del derecho mercantil, no existe; y sin necesidad de exagerar la posición que respecto a él tenga el civil, puede científicamente afirmarse que la categoría de aquél es la de derecho orgánico, privado y especial, *perteneciente al de las obligaciones*, con las modificaciones o adiciones que les impone la influencia del fenómeno comercio económicamente considerado”.

Más contundente se muestra CHECA, al señalar que “mientras no se demuestre que las leyes civiles y las leyes comerciales persiguen ideales distintos y aun opuestos, de tal manera que repugne a las unas lo que a las otras conviene, se trabajará inútilmente por atajar la corriente impe-

tuosa que, derribando obstáculos tradicionales, amenaza borrar los lindes mal seguros que parten en dos el extenso campo del Derecho privado”, y que “el Derecho mercantil contenido en los Códigos de Comercio es el Derecho privado moderno, y el Derecho civil contenido en los Códigos de este nombre, es el Derecho privado antiguo, estacionario, petrificado”.

Sin embargo, esta doctrina, a menudo olvidada, no encontró después la continuidad necesaria para influir en el proceso codificador español y en su reforma. A este desinterés contribuyó, sin duda, la llamada “cuestión foral”, que desvió la atención del jurista hacia problemas distintos al de la unificación del derecho privado.

Por el contrario, ALVAREZ DEL MANZANO, bajo el epígrafe “Independencia del derecho mercantil”, postula en su *Curso* una radical autonomía del derecho mercantil, sobre la base de “que hay marcada diferencia entre las relaciones a que el derecho civil y el mercantil se refieren”, llegando a afirmar que “si existen principios comunes al derecho civil y al mercantil es porque uno y otro los toman del derecho natural; que es fenómeno especial el comercio, y distinta su materia de la que sirve de objeto al derecho civil, el cual lo constituyen principalmente la familia y la propiedad; y que si codificar es separar, la independencia de la codificación mercantil proviene de que *el espíritu de las leyes mercantiles difiere esencialmente de las civiles* según dijeron en Francia los autores de su Código civil”. En parecidos términos se pronuncian BLANCO CONSTÁNS y ESTASÉN.

Durante unos años, hasta el nacimiento de la “Moderna Escuela del Derecho Mercantil”, la doctrina se preocupa únicamente de recoger y clasificar los argumentos de las tesis autonomista y unificadora:

Es el caso de DE BENITO, en el Prólogo a la traducción de VIVANTE (1925), quien se pronuncia claramente a favor de “aprovechar lo que de común tienen el Derecho Mercantil y el Civil, su parte contractual, en un Código de obli-

gaciones, imitando lo que hizo Suiza en el año 1881, y cuyos resultados no han podido ser más beneficiosos”, o de RUIZ Y TOMÁS (1931) y MARÍN LÁZARO (1932), que se muestran partidarios, con matices, de la autonomía del derecho mercantil.

Estos autores enumeran las *razones de la tesis unificadora*: la dificultad de delimitar el ámbito propio del derecho mercantil respecto al derecho civil; los conflictos surgidos de la doble regulación, que generan una importante dosis de inseguridad jurídica; la igualdad legislativa entre las distintas clases sociales, que repugna un derecho de clase; el sometimiento de los no comerciantes a un derecho dictado por y para los comerciantes; la influencia negativa de la dualidad de Códigos en el desarrollo científico del derecho privado, ya que el derecho civil queda muchas veces anclado en el pasado, la tendencia a la unificación internacional del derecho mercantil.

83

1.5. *Hacia un nuevo derecho mercantil: la doctrina de la empresa.*

1.5.1. *Exposición de la doctrina.* En 1897 se promulga un nuevo Código de Comercio en Alemania (*Handelsgesetzbuch: HGB*), que significó un punto de inflexión por lo que supuso, en pleno debate doctrinal sobre la desaparición del derecho mercantil, en favor del sistema de *doble codificación*, y por la configuración *subjetiva* que se da al derecho mercantil. No cabe olvidar, sin embargo, que, como señala la doctrina (GIERKE, ASCARELLI), muchas de las normas hasta entonces consideradas mercantiles habían pasado al Código civil, como *manifestación positiva de la generalización del derecho mercantil*, lo que —rectamente entendido— significa que el retorno al sistema subjetivo del derecho mercantil y aun el propio *HGB* o Código de Comercio separado, no hubiera sido posible sin la promulgación de un Código civil (*BGB*), al que se traspasan normas e instituciones que, naci-

das en el seno del derecho mercantil, se habían convertido en comunes por efecto de su generalización: normas sobre títulos-valores, sobre conclusión y cumplimiento de los contratos, sobre interpretación, etc. La propia Exposición de Motivos del Código señala que “la unificación y la reforma profundas del derecho privado que trae consigo el Código civil hacen necesarias también una revisión del Código de Comercio”. La doctrina alemana coincide en fundamentar el sistema subjetivo del Código de Comercio en la aparición del Código civil: el derecho general del tráfico ya no puede contenerse en el Código de Comercio, porque está contenido en el Código civil. “Por ello, lo que queda del Código de Comercio es casi enteramente un derecho especial profesional” (GIERKE).

84

En todo caso, reconocido el fracaso de los esfuerzos doctrinales por encontrar la esencia de la mercantilidad en la materia regulada en los Códigos de la primera generación, se inicia un método distinto, el de la “*atenta observación de la realidad*”, para tratar de hallar las exigencias de la vida económica que reclaman un derecho especial distinto del derecho civil, naciendo primero y consolidándose después la doctrina de la empresa. Ahora bien, la doctrina de la empresa no detuvo el debate sobre la unificación del derecho privado (como lo demuestran palmariamente el Código civil italiano de 1942 y el largo proceso de unificación del derecho privado holandés), sino que, simplemente, modificó parcialmente la perspectiva.

El precursor de la nueva metodología es, sin duda, HECK, que en 1902 publica el artículo “¿Por qué existe un derecho privado mercantil separado del civil?”, en el que se afirma que el derecho mercantil es, por oposición al civil, el *derecho especial de los actos en masa*. La *doctrina de los actos en masa* consiste, en síntesis, en sustituir el acto aislado por la repetición masiva de actos como centro del concepto de derecho mercantil. Según esta teoría, para determinar las causas de la existencia y de la subsistencia de un

derecho mercantil separado del civil general no es posible atender al contenido típico de los actos, pues los actos jurídicos de carácter mercantil, aisladamente considerados, en nada se diferencian de los de naturaleza civil. Ha de atenderse, por el contrario, al modo de realización del acto: el acto de comercio no es un acto aislado, sino uno de entre un conjunto de actos uniformes, típicos. Lo que diferencia la actividad del comerciante de la del campesino —continúa HECK— no es el contenido típico de sus actos, sino su número y su significado para el ejercicio profesional. El sujeto de ese tráfico en masa es el hombre de negocios, el comerciante. Pues bien —concluye—, el derecho especial de los actos realizados en masa es el derecho mercantil.

En su fase de desarrollo —y de superación— la teoría de los actos en masa se vincula al concepto de *organización*, que viene exigida por todo tráfico en masa. Un acto no es mercantil por la simple circunstancia de que se realice en masa, sino que es necesario, además, que exista una organización económica mínima (LOCHER, GORDON, RADBRUCH).

La *crítica* a la doctrina de los actos en masa se centró en un argumento histórico y otro técnico: se constata que el derecho mercantil no nació como un derecho de los actos en masa, que no todos los actos en masa son mercantiles (arrendamientos urbanos, contratos laborales), y que no todos los actos mercantiles son actos en masa (apoderamientos mercantiles, sociedades, etc.).

No es de extrañar, por ello, que se volviese a afirmar (NUSSBAUM, 1915) la *imposibilidad de formular un concepto unitario del derecho mercantil y la progresiva disolución del mismo*. Para NUSSBAUM, el derecho mercantil no puede distinguirse ya del derecho civil y debe desaparecer: nacido por las exigencias de los comerciantes en un momento histórico determinado, carece de sentido como tal derecho especial cuando estas exigencias ya no existen por haberse generalizado. NUSSBAUM llegó a afirmar que “el derecho

mercantil, por paradójico que parezca, no es ya el derecho del comercio, sino un confuso conglomerado de las más diversas materias”.

Pronto, sin embargo, se formula la *teoría de la empresa*, mérito de WIELAND, para quien la esencia del derecho mercantil puede encontrarse apelando a la ciencia económica. El concepto económico que da unidad al derecho mercantil es la idea de empresa (*Unternehmung*), entendida como “utilización de fuerzas económicas para la obtención de una ganancia indeterminada”. Es el riesgo, la indeterminación de las ganancias, lo que caracteriza a la empresa. A su vez, la idea de riesgo aparece vinculada a la de organización. Finalmente, el sujeto que arriesga y organiza es el empresario.

Se produce así, en definitiva, un *retorno a la concepción profesional del derecho mercantil*: son las peculiares exigencias normativas que en el derecho privado plantean las empresas las que justifican y dan unidad a las normas e instituciones del derecho mercantil como derecho especial, con independencia de la forma en que se manifiesten en cada ordenamiento.

86

Cuando esta tesis se extienda, la empresa, que para WIELAND era sólo un concepto económico, se convertirá en un concepto jurídico: se pasará de la teoría de la empresa en sentido económico a la teoría de la empresa en sentido jurídico (RAISCH), algo que recuerda mucho la evolución sufrida por la doctrina que trataba de identificar el derecho mercantil con el derecho del comercio.

La aportación de WIELAND es de suma importancia No sólo porque obligó a un esfuerzo de construcción doctrinal de primer orden, sino también porque influyó decisivamente en la sustitución de la noción de comerciante por la de empresario, y, sobre todo, para lo que ahora interesa, porque *estimuló el estudio de las relaciones entre el derecho mercantil y el derecho civil*.

En Francia, la teoría de la empresa encuentra una acogida parcial en el pensamiento de ESCARRA, para quien la

noción que siempre ha servido de fundamento al derecho mercantil es la de *profesión*. En realidad, ESCARRA formula su pensamiento en base a los *autores italianos*, que son quienes primero reciben la teoría de WIELAND. Es, sin duda, MOSSA el gran impulsor de la doctrina de la empresa. Con él se abre una amplia polémica en la doctrina italiana, que habría de desembocar en el Código civil unificado de 1942, en el que la empresa pasa a representar uno de los elementos claves del ordenamiento privado italiano. Hay que subrayar, naturalmente, lo significativo que resulta el hecho de que la recepción de la doctrina de la empresa en Italia, donde se lleva a cabo la elaboración más acabada de la misma, desemboque precisamente en la *pérdida de la autonomía, al menos legislativa, del derecho mercantil*.

En la *doctrina española* la teoría de la empresa ha encontrado amplio eco. En una de las construcciones ensayadas se intenta demostrar la presencia —implícita— de la empresa en el Código de Comercio y en las leyes especiales (POLO), afirmándose que la empresa, en cuanto concepto estructural de organización económica, permite una nueva ordenación sistemática de la materia mercantil. La otra línea ensayada (GIRÓN, seguido por GONDRA) tiene como resultado final la definición del derecho mercantil español como “el derecho de las empresas y de las normas que extienden la vigencia del contenido de aquel derecho fuera del tráfico de las empresas”.

Pero la influencia de la doctrina de la empresa no se detiene ahí. En alguna fase de su pensamiento, GARRIGUES, maestro indiscutible del derecho mercantil español, se adhirió a esa doctrina, si bien con posterioridad, rectificó el sentido de esa adhesión. Además, la huella de la doctrina se aprecia en otros autores españoles de relieve, que, tras cierta evolución, asientan el derecho mercantil español sobre la base de la empresa-actividad, el empresario y el establecimiento mercantil (URÍA, SÁNCHEZ CALERO), y también en quienes propugnan construcciones en buena medida sintéti-

cas, aunque prevalentemente subjetivistas (BROSETA, VICENT).

Pues bien, para comprender el papel que ha jugado la empresa en la delimitación del derecho mercantil, hay que comenzar señalando que se identifican tres aspectos o perfiles jurídicos de la misma: empresa como *actividad*, empresa como *organización* y empresa como *comunidad*. Tras descartar el aspecto de empresa-comunidad, que interesa fundamentalmente al ordenamiento laboral, los autores asumen sin dificultad los otros dos perfiles, que incluso suelen aparecer combinados. Así, afirma URÍA que el derecho mercantil se presenta como el *derecho ordenador de la actividad económica constitutiva de empresa*, fórmula que se refiere tanto al derecho ordenador de la actividad profesional de los empresarios como al derecho ordenador de la organización. A poco que se profundice en esta duplicidad, se aprecia una cierta relación de subordinación, ya que toda organización tiene como presupuesto inexcusable una constante actividad. Lo verdaderamente relevante es, pues, el concepto de *actividad empresarial*, y no tanto en función de su contenido —esencialmente mutable a lo largo de la historia— cuanto en función del modo en que se desarrolla. Se trata de una actividad económica organizada, que se ejerce profesionalmente, con la finalidad de la producción o del cambio de bienes y servicios para el mercado.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que la doctrina de la empresa constituyó —constituye todavía— la más exacta *explicación de la función de la mercantilidad* y, consiguientemente, cabe concebir el derecho mercantil como el *derecho regulador de la actividad constitutiva de empresa*. La doctrina de la empresa permitió, en efecto, dar unidad, de forma retrospectiva, a la “línea histórica” del derecho mercantil: es lógico que el derecho mercantil naciese como derecho del comercio, pues ese fue el sector económico que se anticipó a la idea de empresa; es lógica su extensión, porque la empresa se extiende a otros sectores; es lógica la configuración objetivadora de la codificación, y es igualmen-

te lógica la vuelta a la concepción profesional en la segunda codificación germana.

1.5.2. Insuficiencias de la doctrina. Ahora bien, debe quedar claro que *el concepto de empresa no permite edificar sobre su base un sistema abstracto del derecho mercantil*. En efecto, *no puede aceptarse la identificación entre derecho mercantil y derecho de la empresa*, porque para ello sería necesario que el derecho mercantil fuese el único regulador de la empresa, y también que todas las empresas estuviesen reguladas por el derecho mercantil, lo que no sucede:

a) Es evidente que *no todo el derecho de la empresa es derecho mercantil*, porque éste “se detiene ante la organización interna de la empresa” (GARRIGUES), de la que se ocupa el derecho laboral, y porque el propio “derecho civil” tiene algo que decir. Así sucede cuando la empresa, considerada como unidad patrimonial, es objeto de arrendamiento, de usufructo, de compraventa, de hipoteca mobiliaria, de sucesión hereditaria, cuestiones todas ellas en las que el derecho mercantil no entra en juego.

b) Es igualmente evidente la existencia de *empresas “no mercantiles”*: empresas agrarias, empresas utilizadas para el desempeño de las profesiones liberales, etc. El fácil recurso de concebir el derecho mercantil como el *derecho de las empresas mercantiles* tropieza con el obstáculo insalvable de determinar la mercantilidad, es decir, vuelve al punto de partida.

En resumen, *la empresa no constituye un concepto que permita determinar de forma automática la mercantilidad. La doctrina de la empresa permite describir y justificar la materia mercantil porque identifica la función que cumple la mercantilidad, pero sólo esto. El concepto de actividad empresarial no constituye un criterio técnico jurídico para acotar la materia mercantil (GARRIGUES) ni permite averiguar, en unas concretas coordenadas espacio-temporales, si una determinada materia es civil o mercantil.*

En el derecho español el concepto de empresa constituye el criterio más relevante de acotación de la materia mercantil, porque la cláusula general analógica del artículo 2.º del Código de Comercio se interpreta, en efecto, analizando si una relación jurídica determinada es o no específica de la actividad empresarial. Aunque el Código de Comercio no sea el Código de la actividad constitutiva de empresa, el recurso a la actividad empresarial se utiliza para dar coherencia al defectuoso sistema codificado. Más aun, los criterios dispuestos por el legislador para la calificación como mercantil de determinados actos se integran con el concepto de actividad empresarial a fin de evitar la falta de estructura lógica subyacente del Código.

90

Sin embargo, el recurso a la noción de actividad empresarial no permite en todo caso la calificación de un determinado acto como acto de comercio y, en consecuencia, la aplicación de la normativa especial. *Existe un obstáculo fundamental con el que tropieza el automatismo de la operación integradora.* El de los *actos mixtos*, es decir, el de aquellos actos que ofrecen los requisitos del acto de comercio para una parte y no, en cambio, para la otra. La doctrina (GARRIGUES, URÍA, POLO) pretendió derivar del artículo 2 del Código de Comercio la vigencia en el sistema español de un principio general por cuya virtud los actos mixtos quedan sometidos a la normativa mercantil a pesar de ser civiles para una de las partes, porque, si ese acto se integra en la actividad empresarial, debe, sin más, quedar sometido a la normativa especial.

Sin embargo, *esa doctrina constituye una importación que carece de fundamento positivo en el sistema jurídico español.* Es significativo, ante todo, que esta doctrina esté en contradicción tanto con la tesis de los más autorizados autores españoles que escriben bajo la vigencia del Código de 1829 (GONZÁLEZ HUEBRA), como con la de la primera generación de mercantilistas tras la entrada en vigor del Código de 1885 (GÓMEZ DE LA SERNA y REUS, DE BENITO). Es en los

años treinta del presente siglo cuando se formula por vez primera en España, sin duda bajo la presión del modelo germano-italiano y quizá como manifestación de un afán de extensión doctrinal del ámbito del derecho mercantil.

Pero la tesis de la mercantilidad de los actos mixtos no resiste un riguroso análisis:

A) Como más tarde ha sido puesto de manifiesto (ROJO, VICENT, MUÑOZ-PLANAS, PAZ-ARES), el artículo 2 del Código de Comercio no sienta la regla de que aquellos actos que sean mercantiles para una de las partes y no para la otra deban someterse a la normativa especial. La finalidad de ese artículo es únicamente la de señalar que pueden existir actos de comercio sin intervención de comerciantes, porque trata de obviar las dificultades de haber prescindido de la calificación comercial de los sujetos para calificar el acto.

B) Además, no es esa tampoco la solución que se desprende de los complejos y plurales criterios de calificación establecidos por el Código de Comercio para la mercantilidad de cada uno de los contratos, ya que, salvo en el caso del transporte, la presencia de un comerciante no determina sin más la calificación como mercantil de un contrato:

a) La mercantilidad del *mandato* (comisión) estriba, según el artículo 244 del Código de Comercio, no sólo en que “sea comerciante o Agente mediador del comercio el comitente o el comisionista”, sino también en que “tenga por objeto un acto u operación de comercio”.

b) Según el artículo 303 del Código de Comercio, para que el *depósito* sea mercantil se requiere la concurrencia de tres elementos: “que el depositario, al menos, sea comerciante”; “que las cosas depositadas sean objeto de comercio”, y, lo que divide claramente a la doctrina, “que el depósito constituya *por sí una operación mercantil*, o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles”. Con independencia de las dificultades interpretativas que se suscitan, parece claro que un depósito efectuado por

un no comerciante de un bien de consumo no tiene carácter mercantil, aunque sea un contrato de empresa.

c) El *préstamo* será mercantil (art. 311) cuando concurren dos circunstancias: que alguno de los contratantes sea comerciante y que las cosas prestadas se destinaren a actos de comercio. Dejando también a un lado las dificultades interpretativas que se suscitan, al remitirse el legislador al fin a que se destina lo prestado, parece claro que los préstamos para el consumo no son mercantiles.

d) La *compraventa* será mercantil cuando concurren dos elementos (art. 325 C. de C.): que se trate de cosas muebles, y que el comprador actúe con un doble ánimo, de reventa y de lucro, lo que, dejando también a un lado las dificultades interpretativas, parece dejar claro el carácter civil de la compraventa de bienes para consumo del comprador.

92 e) Distinta es la solución prevista para el *transporte*, que será mercantil cuando concorra *alguna* de las siguientes circunstancias (art. 349 C. de C.): que tenga por *objeto* mercaderías o efectos de comercio, o “que, siendo cualquiera su objeto, sea *comerciante el porteador*, o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público”. El carácter mercantil del contrato se hace depender, pues, exclusivamente, del carácter mercantil del porteador. Las consecuencias sobre la tesis que se critica son, sin embargo, mínimas, porque, además de ser el único caso de mercantilidad del contrato mixto, no existe, en puridad, un “transporte civil”, o, al menos, éste no se sujeta a normas diferentes del transporte mercantil: los artículos 1.601 a 1.603 del Código civil se remiten al Código de Comercio y a las leyes especiales.

f) La *fianza* será mercantil cuando “tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil” (art. 439), lo que hace también difícil pensar en el sometimiento de los no comerciantes a las normas mercantiles.

Si en los contratos doblemente regulados no parece que pueda afirmarse el sometimiento de los no comerciantes a

las normas mercantiles, parece excesivo afirmar que los actos mixtos “unificados” deban considerarse mercantiles.

C) En fin, la doctrina de los actos mixtos resulta también inexacta desde la óptica de las *relaciones entre un derecho general, y un derecho especial*, que el Tribunal Supremo, al establecer que, cuando surjan dudas sobre la legislación aplicable, debe aplicarse el Código civil, entiende correctamente: la aplicación de un régimen especial sólo debe producirse cuando en el supuesto de hecho se den todos los requisitos de calificación exigidos por el legislador.

La doctrina de los actos mixtos sitúa a la doctrina de la empresa en un callejón sin salida y obliga a afirmar que el concepto del derecho mercantil como derecho de la actividad empresarial es *exacto, pero imperfecto* (GIRÓN). Exacto porque el estudio histórico del nacimiento y evolución de la materia jurídico-mercantil permite descubrir la función constante de la mercantilidad: la materia mercantil se manifiesta como materia especial al servicio de la actividad empresarial. *Pero este concepto es imperfecto*. En primer lugar, porque, a pesar del artículo 2.II del Código de Comercio, *los criterios positivos de mercantilidad no han traducido directamente ese concepto*. La codificación mercantil, preocupada primero de fijar los límites de la jurisdicción de comercio y sólo después del derecho especial, no acierta en la identificación del criterio de la mercantilidad sustancial.

93

En segundo lugar, porque *no todo derecho mercantil existe en cuanto derecho de la actividad empresarial, sino que, a menudo, se requiere además que esa actividad se despliegue no en relación con el destinatario de la producción o el cambio, sino en relación con otro profesional del tráfico*.

En fin, y sobre todo, porque la doctrina de la empresa indica que, cuando existe un derecho mercantil, ese derecho gira en torno a la actividad empresarial; pero *no indica que el derecho mercantil tenga que existir como derecho privado especial*. En otros términos, si el derecho mercantil es, es derecho regulador de la actividad constitutiva de empresa;

pero la doctrina de la empresa no ofrece criterio alguno para averiguar si el derecho mercantil debe seguir siendo o existiendo. Es significativo al respecto que el propio WIELAND considerara algo secundario que ese derecho fuese un derecho especial en sentido estricto (*Sonderrecht*) o se formulase en términos de vigencia general.

1.5.3. *El problema de la unificación en la doctrina española de la época.* Con el nacimiento de la “Moderna Escuela del Derecho Mercantil”, íntimamente vinculada a la doctrina de la empresa, se volverá a profundizar en el problema de la unificación del derecho privado, que había sido abandonado en los primeros años del siglo xx. Las discusiones alemanas, italianas y francesas en torno a la autonomía del derecho mercantil y, sobre todo, la unificación del derecho privado en Italia tuvieron un claro reflejo en España.

94

En efecto, en el año 1942 se publican dos trabajos que incidían sobre el tema, con conclusiones diversas. Mientras GARRIGUES, en el ya clásico artículo “Hacia un nuevo derecho mercantil”, publicado en la *Revista de Estudios Políticos*, postulaba una articulación del derecho mercantil en torno a la idea de la empresa y, por consiguiente, una concepción profesional del mismo, que lo distinguiría plenamente del derecho civil, LANGLE, en el artículo “La autonomía del Derecho mercantil. Revisión doctrinal y nuevos derroteros”, después de pasar amplia revista a las que denominaba “escuela autonomista del Derecho mercantil” y “escuela unificadora del Derecho privado”, se pronunciaba resueltamente a favor de la obra unificadora, matizando, sin embargo, que no debía llevarse a cabo una reforma legislativa apresurada, sino que era preciso esperar hasta que se alcanzase en España una homogeneidad sustancial de las relaciones económico-privadas. Además, desarrolla la idea, ya apuntada en su Manual (2.^a ed., 1941), del siguiente sistema: “La redacción de un *Código fundamental de obligaciones y contratos*,

de carácter genérico, en el cual se sentaran los principios básicos reguladores de las relaciones económico-privadas en general (civiles y mercantiles) y en la elaboración subsiguiente de una serie de *leyes particulares*, específicas, que de un modo más concreto, detallado y, sobre todo, fácilmente reformables según las mudables necesidades del comercio, desarrollasen cada materia determinada (seguros, transportes, sociedades, Bancos, etc.)”.

Pronto se demostró que hacer depender la autonomía del derecho mercantil y la unificación del derecho privado de la posición que se adoptase en torno al derecho mercantil como derecho de la empresa era una visión parcial del problema. Así, LANGLE profundizó sus ideas en el trabajo “Las directrices fundamentales del Derecho mercantil” (1947) y en el *Manual* (edición de 1950), sometiendo a crítica las tres teorías que, en su opinión, trataban de justificar la autonomía del derecho mercantil (derecho regulador de los actos de comercio, derecho de los actos en masa y derecho de la empresa) y culminó su tesis unificadora en el artículo “El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho mercantil” (1961).

En 1944, en la primera edición de su *Curso*, VICENTE Y GELLA lleva a cabo unas importantes reflexiones, que, si bien se dirigen a criticar la concepción del derecho mercantil como derecho de la empresa, no dejan de incidir en la cuestión de la unificación del derecho privado. Afirma que el derecho mercantil no es un derecho puramente subjetivo, porque se aplica también “a las operaciones realizadas por los no comerciantes cuando contraten con una empresa mercantil”, y que tampoco el criterio de los actos de comercio basta para delimitar lo mercantil, de modo que “habría que excluir del articulado de la mayor parte de los Códigos vigentes instituciones que tradicionalmente se regulan en los mismos”, concluyendo que “determinar qué debe entenderse por «materia mercantil» es, antes que nada, un problema histórico”, si bien termina pronunciándose a favor de la

especialidad del derecho mercantil, aunque sea matizadamente: “El comercio, el tráfico ... requiere reglas especiales; en *qué Código deban incluirse, cómo hayan de ser designadas*, son cuestiones que no pueden tener la menor importancia”.

En 1947, RUBIO, en el trabajo “Sobre el concepto de Derecho mercantil”, tras criticar la teoría de la empresa, se inclina “por el *Código único* que, sin perjuicio de un cierto número de disposiciones sobre la profesión mercantil como tal, parece más favorable al tratamiento orgánicamente uniforme de un Derecho único como lo es el Derecho patrimonial privado”. Más convencido todavía de la unificación se mostrará años después en su *Introducción al Derecho Mercantil*, propugnando un Código único y una serie de leyes especiales.

96

Decidido partidario, en cambio, de la autonomía del derecho mercantil, entendido como derecho de la empresa es A. POLO. Más dubitativo se muestra URÍA, cuya primera edición de su ya clásico manual es de 1958, quien se limita a vaticinar que el derecho mercantil acabará siendo el derecho ordenador de la actividad económica.

Entre los más fervientes partidarios de la concepción del derecho mercantil como derecho de la empresa y, por consiguiente, de su autonomía, se encuentra, sin duda, GIRÓN, desde su magnífico trabajo “El concepto del Derecho mercantil” (1954). Ahora bien, con su rigor característico, GIRÓN no rechaza a ultranza la unificación del derecho privado, sino que cree que existe una mercantilidad sustancial que está por encima de la unificación formal, situándose así en una posición intermedia, que después será también utilizada por otros autores. Estas son algunas de las frases de GIRÓN: “Lo que ocurre es que hay que plantearse de nuevo lo que cada autor entienda por *especialidad* de una rama jurídica; si se exige (...) que sólo haya Derecho especial cuando ante dos instituciones dogmáticamente paralelas (v. gr.: compraventa civil y mercantil) se haga separación por un

ingrediente que no tenga nada que ver con la naturaleza jurídico-formal de la institución, o se pide ese acotamiento en conjunto, entonces habría que concluir que no hay razones para hablar de un Derecho mercantil especial; si, por el contrario, se prescinde del paralelismo de dos cuerpos con un conjunto de instituciones igualmente calcables dos a dos por razón de su naturaleza y se atiende a la continuidad de los datos económico-sociales, que como constante, explican a veces desviaciones de una institución paralela, en ocasiones figuras o instituciones propias, y todas ellas, a su vez, planteando problemas que sólo en la cúspide de la unión con la línea de la estructura económica encuentran en ella explicación, entonces no puede aceptarse el argumento que se ha venido esgrimiendo”. Afirma igualmente que “la especialidad hay que verla *materialmente*, es decir, observar si, por excepción no odiosa o privilegiada respecto de normas de Derecho civil o por necesidades nuevas que el Derecho civil no ha tenido necesidad de contemplar, se dan instituciones, figuras o preceptos particulares para una realidad material específica”. Y concluye afirmando que “con la separación de ordenamientos por razón de clases sociales de donde nació el Derecho mercantil, se pudo dar el caso de que, incluso sin necesidad, surgieran reglamentaciones comunicadas y distintas de figuras conceptualmente iguales; al consumarse la evolución hacia la unidad del ordenamiento jurídico nacional y, con él, afirmarse la unidad fundamental de las Ciencias jurídicas y de su método..., ha resultado que se entienden mal los fenómenos que reflejan aquella unidad de operación del sistema jurídico positivo y la manera de construir doctrinalmente la interpretación y el juego de conceptos e instituciones. En estos dos sectores de ideas tiene necesariamente que haber unidad; pero tal cosa no impide la particularidad material de un grupo de preceptos o un grupo de instituciones que se reducen a grupo justamente por la realidad económico social que sirve de explicación constante a su existencia y contenido”.

En los años cincuenta, el indiscutible maestro del derecho mercantil español, JOAQUÍN GARRIGUES, inicia lo que LANGLE llamó su “conversión”. En su conferencia “La crisis del Derecho mercantil contemporáneo” (publicada en 1955); en su estudio “Qué es y qué debe ser el Derecho mercantil” (1959) y en la conferencia pronunciada en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, el día 27 de marzo de 1962, bajo el título “Derecho mercantil y Derecho civil”, al mismo tiempo que abandona, parcialmente, la concepción del derecho mercantil como derecho de la empresa, profundiza en las relaciones entre el derecho civil y derecho mercantil.

a) El abandono de la consideración del derecho mercantil como derecho de la empresa lo apoya en múltiples consideraciones: el fracaso de la doctrina en el intento de la construcción de un concepto unitario de acto de comercio, la imposibilidad de estructurar un derecho mercantil positivo sobre la base de la empresa, la dificultad de deslindar los contratos de empresa de los contratos civiles, la reacción del Estado dictando normas de derecho público que penetran en el campo mercantil.

b) Al profundizar en las relaciones entre el derecho mercantil y el derecho civil, GARRIGUES propugna la formación de un *Código único para las obligaciones*, que es la consecuencia a la que conduce inexorablemente la expansión del derecho mercantil. A pesar de eso, afirma que el derecho mercantil sobrevivirá de dos formas: a través de las normas generales de la contratación, que serán las originariamente mercantiles, de modo que “el Derecho mercantil no desaparece, sino que más bien perdura y tiene vigor para convertir al Derecho civil en Derecho mercantil, comercializándolo”, y a través de un reducidísimo conjunto de normas que seguirán constituyendo derecho especial, “porque hay instituciones mercantiles intransferibles al Derecho común”: las referentes a la empresa mercantil, las relativas a los empresarios mercantiles y las atinentes a los contratos “esencial-

mente mercantiles por estar ligados inseparablemente a la actividad de la empresa mercantil”.

Propone GARRIGUES, pues, una *unificación parcial*, aunque *sustancial*, reducida a las normas generales sobre obligaciones y a los contratos que se han convertido en contratos comunes, lo que le lleva a sugerir la conveniencia de tres Códigos:

a) Un *Código de las obligaciones*, que podría llamarse “Código del tráfico en general”, que contendría las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos, y, además, “los contratos que se han convertido ya en contratos comunes, en los que no hay razón para la dicotomía ni para la regulación por partida doble a la que sigue aferrado nuestro Derecho (la venta, la permuta, el arrendamiento, la sociedad simple, el mandato, el préstamo, el depósito, la transacción, la fianza, los contratos de garantía, los contratos aleatorios), y, además, estas innovaciones: las disposiciones generales sobre títulos-valores y sus clases. Añade, sin embargo, que no se pueden incluir figuras tales como las sociedades mercantiles, los apoderamientos mercantiles, la comisión, el cheque, el registro mercantil, la contabilidad, los signos distintivos, la competencia: “¿Por qué ha de ser eso Derecho común de las obligaciones, si han sido y serán siempre instituciones genuinamente mercantiles?”.

b) Un *Código Civil*, con las instituciones típicamente civiles: persona, propiedad, familia y sucesiones.

c) Un *Código de Comercio*. Para GARRIGUES, “la unificación del derecho de obligaciones no implica la desaparición del Derecho mercantil; supone, tan sólo, la reducción del Derecho mercantil, en materia de contratos, y quizá su ampliación en materia de empresas”. Tras afirmar que “no se puede decir que el Derecho mercantil sea el Derecho de las empresas. Es una parte del Derecho de la empresa”, sostiene que el Código de Comercio debería tratar de la empresa en tres aspectos: un *aspecto personal* (los empresarios y su estatuto jurídico), un *aspecto patrimonial* (signos distintivos, competencia, contabilidad, propiedad comercial y

contratos *sobre* la empresa) y un *aspecto contractual*, en el que encuentra graves dificultades, “porque ¿hasta qué punto es justo que la intervención de una empresa en un contrato, sin más, lleve ese contrato al campo del Derecho especial? ¿Por qué me he de someter yo a un Derecho especial, por el simple hecho de contratar con una empresa?”.

El criterio para determinar la mercantilidad o generalidad del contrato lo individualiza GARRIGUES en el dato de que la intervención de la empresa sea o no imprescindible: “hay contratos que aunque normalmente se realizan por empresas, pueden concebirse perfectamente sin que intervenga una empresa” (venta, préstamo, depósito, etc.); y “hay otro grupo de contratos que no se conciben sin la intervención de una empresa, que pertenecen, por así decirlo, ontológicamente, a la explotación mediante una empresa” (seguro, contratos bancarios, transporte, suministro).

100 Esta época culmina, sin duda, con las aportaciones de BROSETA (1965), BERCOVITZ (1976) y VICENT (1976), que se plantean derechamente el tema de la unificación del derecho privado, a partir del magisterio de GARRIGUES.

Para BROSETA, el derecho privado debería codificarse en tres partes:

a) Un *Código Civil*, que comprendería la reglamentación y las instituciones relativas a la persona, la familia, las sucesiones, la propiedad y los demás derechos reales.

b) Un *Código de las Obligaciones*, que contendría la teoría general de las obligaciones y de los contratos, la regulación de los contratos civiles (aquellos que no presupongan la presencia de una empresa), las disposiciones generales sobre títulos-valores, los diversos títulos-valores generalizados y los procedimientos concursales.

c) Un *Código de Comercio*, en el que se regulase al empresario individual y social y su estatuto jurídico, las normas sobre la competencia, la llamada propiedad comercial, la empresa como objeto del tráfico jurídico y los contratos de empresa.

BERCOVITZ se pronuncia más claramente a favor de la unificación del derecho privado, distinguiendo las tres materias que comprende el tradicional derecho mercantil: estatuto del comerciante o empresario, los actos de comercio y los estados de insolvencia. Tras realizar un somero análisis de las mismas, concluye que “debe afirmarse la conveniencia, a la vista de las circunstancias actuales, de proceder a la unificación del Derecho Privado. Para ello deben mantenerse las normas relativas al estatuto del comerciante o empresario mercantil, pero como normas de Derecho común. Por otra parte, debe procederse a la unificación del Derecho de obligaciones y contratos —el Derecho relativo a los Títulos-valores está unificado ya de hecho— y del Derecho concursal”.

Una posición similar, aunque desde postulados diversos, es la defendida por VICENT, para quien “el Derecho mercantil..., en su delimitación positiva, *queda reducido en el mejor de los casos al estatuto jurídico del gran comerciante* o, dicho en otros términos, al estatuto jurídico privado de las grandes empresas..., se habría de reconocer como normativa común y no especial la de las obligaciones y contratos; la de la propiedad industrial; la de la propiedad de mercancías, de buques y de aeronaves; la normativa del establecimiento mercantil; la del Derecho concursal; la del Derecho marítimo [o] de la navegación... *¿Podría subsistir con este limitado contenido* —el estatuto del gran comerciante o de la gran empresa— *toda una disciplina jurídica basada en la especialidad de las normas? Mucho nos tememos que no*”.

101

1.6. *La conveniencia lógica de la unificación sustancial del derecho privado.*

1.6.1. *Las dificultades de formular un concepto científico del derecho mercantil.* Las consideraciones expuestas abren serios interrogantes sobre la posibilidad de formular un con-

cepto científico del derecho mercantil y permiten afirmar, en consecuencia, la conveniencia lógica de la unificación, tanto formal como sustancial, del derecho privado.

En efecto, la doctrina es unánime a la hora de referirse a la *historicidad* y, en consecuencia, a la *relatividad* del derecho mercantil en sus distintas vertientes:

a) Es una categoría histórica el propio *derecho mercantil*. El derecho mercantil, como derecho especial, es una solución histórica, que no tiene alcance general, pues existen en el tiempo y en el espacio ordenamientos jurídicos que carecen de derecho especial. Así, pues, no siempre ha existido una separación entre derecho civil y derecho mercantil, sino sólo a partir de la Edad Media; la separación no se ha producido en todos los sistemas jurídicos (*common law*), ni se mantiene en todos los países de *civil law* (Suiza, Italia y, más recientemente, Holanda).

102 b) Cuando y donde el derecho especial existe, no responde siempre a iguales criterios ni se positiviza del mismo modo. La *materia mercantil* es también histórica: varía en función de las circunstancias socio-económicas de una época determinada; las instituciones jurídico-mercantiles nacen, evolucionan y, en ocasiones, mueren. De este modo, instituciones que son mercantiles en un ordenamiento determinado tienen carácter civil en otro sistema e instituciones mercantiles en una época son civiles en otra.

c) En fin, es histórico el *criterio de determinación de la mercantilidad*, como lo demuestra la alternativa entre sistemas objetivos y sistemas subjetivos y la existencia de múltiples fórmulas mixtas. Todo ello parece revelar un fracaso, al menos de carácter positivo, en la determinación de la mercantilidad.

No puede extrañar por eso que cobren mayor fuerza las tesis pesimistas sobre el concepto y la autonomía del derecho mercantil. La constatación de la relatividad del derecho mercantil y de la inutilidad de la codificación separada contribuye a extender la impresión de que no es posible encon-

trar un concepto universalmente válido del derecho mercantil que justifique su autonomía frente al derecho civil.

1.6.2. *La generalización de las instituciones jurídico-mercantiles.* La conveniencia lógica de la unificación del derecho privado no deriva sólo de la demostrada imposibilidad de hallar un criterio que justifique, *in abstracto*, la existencia de un derecho especial, sino, también y sobre todo de la circunstancia de que a lo largo de la historia se han ido produciendo dos claros fenómenos: la *progresiva extensión del derecho mercantil* y la *mercantilización del derecho civil*, fenómenos que tienen como presupuesto común la *generalización de las instituciones jurídico-mercantiles*.

a) Por *extensión del derecho mercantil* se entiende el *progresivo aumento de las relaciones sometidas al derecho especial*. El proceso se inicia prácticamente desde el mismo momento del nacimiento del *ius mercatorum* como derecho de los comerciantes en el tráfico profesional, al caer bajo su ámbito personas no comerciantes, y continúa de forma imparable. Como sintetiza VICENT, el derecho mercantil se extiende del comercio a la *industria*, separando a ésta del artesanado (arts. 325 y 326 C. de C.); de los contratos interprofesionales a los contratos mixtos (Alemania e Italia y, parcialmente, España) y a actos ocasionales, considerados mercantiles aunque se realicen por no comerciantes (contratos bursátiles, letra de cambio); del estatuto profesional del comerciante a todos los “empresarios mercantiles”, sea por la naturaleza de su actividad (“ejercicio habitual”: art. 1 C. de C.), sea por la forma (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada); de los procedimientos concursales nacidos para los comerciantes a todos los deudores insolventes.

Incluso los sectores menos proclives a ese proceso de extensión del derecho mercantil acaban influidos. Así sucede con las *profesiones liberales*, que, pese a mostrar una gran resistencia, se acercan paulatinamente al régimen de los empresarios (responsabilidad por prestación de servicios, forma-

ción de agrupaciones de interés económico, sometimiento a las normas de competencia); con la actividad artesanal, o en general, con la *pequeña empresa*, aunque tengan exigencias normativas menores; con el *sector agrícola* (la existencia de los llamados contratos de integración vertical en la agricultura produce un importante redimensionamiento de la actividad agrícola, que la aproxima claramente a la empresa); con el *sector inmobiliario*, a pesar de que en este caso la integración sea menor por la significación social de dichos bienes y por el peso específico del derecho hipotecario; con el *sector cooperativo*, que, nacido precisamente como alternativa a la actividad empresarial, acaba paradójicamente por servirse del *status* de empresario, e, incluso, con el *sector público*, que se vale cada vez más de las técnicas empresariales como medio de desburocratización (MENÉNDEZ). Después de esas constataciones poco sentido tiene seguir hablando de un derecho mercantil como un derecho especial cuando la actividad comercial ha sido completamente desbordada.

b) Por *mercantilización* se entiende el *traspaso al campo del derecho civil de principios e instituciones jurídicas nacidas en el derecho mercantil*. Especialidades surgidas para satisfacer las exigencias del tráfico mercantil (mayor libertad de formas, protección a la seguridad del tráfico, presunción de solidaridad) se transplantan al derecho civil.

1.6.3. *La absorción del derecho especial por el derecho común.* La dificultad de formular un concepto universalmente válido del derecho mercantil y la evolución del viejo *ius mercatorum*, que se manifiesta en una *progresiva extensión de su ámbito de aplicación* y en una *simultánea mercantilización del derecho civil*, conducen lógicamente a la unificación del derecho privado.

El derecho mercantil nació como un derecho privado especial por oposición al derecho civil o común, por razón de las personas (*derecho de los comerciantes*) y, sólo como consecuencia de ello, por razón de la actividad (*derecho del co-*

mercio), contando incluso con *fuentes propias* (los usos), con unos *principios informadores* (facilitar el tráfico de mercaderías) y con un *modo de aplicación* (la “jurisdicción” corporativa). Esa especialidad ha ido diluyéndose a lo largo de los siglos y llega un momento en que no puede justificarse: el derecho mercantil ya no es el derecho de unas personas determinadas ni de una actividad concreta, carece de fuentes propias, sus principios informadores se han generalizado y ni siquiera cuenta con una jurisdicción especial. El derecho mercantil pierde su homogeneidad interna y se convierte en una simple amalgama de normas acumuladas a lo largo de la historia como consecuencia de la presión de las fuerzas económicas sin que pueda encontrarse una idea que las unifique y dote de sentido.

Hay que dejar claro, además, que, en contra de lo que muchas veces suele afirmarse, al tráfico no le interesa la existencia de un derecho especial frente a otro general, sino una normativa uniforme, sencillamente por la seguridad de régimen jurídico aplicable que ello supone. No es razonable imponer a los contratantes la carga de conocer que determinados contratos pueden estar sometidos a normas distintas, en función de que sean calificados como civiles o mercantiles, siendo evidente, además, que la doctrina y la jurisprudencia no se pronuncian de forma unánime por un criterio claro de calificación. Se afirma incluso (VICENT) que la duplicidad normativa atenta contra el deber de los poderes públicos de respetar principios constitucionales básicos como el de seguridad jurídica.

De otro lado, debe descartarse el argumento de que la unificación del derecho privado sería un inconveniente para el acercamiento internacional de las legislaciones, porque la experiencia demuestra que los países que han unificado su derecho privado participan igualmente en la labor unificadora a nivel internacional, y porque la unificación internacional lleva muchas veces aparejada una *superación* de las normas civiles y mercantiles (v. gr., el Convenio de Viena sobre venta

internacional, de 11 de abril de 1980, establece expresamente que su aplicación se producirá sin consideración al carácter mercantil o civil de las partes o de los contratos).

La *civilización*, es decir, la *absorción del derecho especial por el derecho privado general*, debería ser el destino inevitable del derecho mercantil. Ello no sería más que la *consecuencia lógica de la evolución del derecho especial*: su definitiva generalización no sería más que la culminación de esa tendencia expansiva. Es probable, por ello, que esa civilización fuera al mismo tiempo comercialización o mercantilización del derecho civil. Así, señala GARRIGUES que “no es fácil decir, hablando propiamente, si hay *comercialización* del Derecho civil o *civilización* del Derecho comercial. En mi opinión, si lo que subsisten son las normas mercantiles que pasan al Derecho común, lo que en definitiva ha de sobrevivir, prescindiendo de los nombres, será un Derecho mercantil”. Como señaló ASCARELLI, cuando los principios del derecho especial se convierten en comunes, el derecho especial desaparece porque ya no tiene sentido una regulación distinta de la común. El derecho mercantil pierde su autonomía cuando sus principios triunfan sobre los comunes: “el derecho mercantil muere en el momento de mayor triunfo”.

106

Pero donde importa poner el acento no es en la comercialización o en la civilización, sino en la conveniencia de la unificación. *Si el nacimiento del derecho mercantil se explica por la insuficiencia, incapacidad o incompetencia de las instituciones civiles para atender a las exigencias de un sector de la realidad, su desaparición debe producirse cuando deje de cumplir la función que justificó su génesis y/o cuando el ordenamiento privado general asume esa función. Cuando el derecho común es capaz de asimilar las exigencias de los operadores económicos —cualquiera que sea la causa de ello—, el derecho mercantil debe dejar de existir.*

El paso siguiente consistiría en determinar si la unificación habría de realizarse mediante la confección de un

único código para las materias que constituyen tradicionalmente derecho civil y mercantil o si, por el contrario, ha de marcharse hacia un sistema de *leyes especiales*, que se situarían al lado de un Código único. Ciertamente, la solución preferible sería esta última. En primer lugar, porque, como puede constatarse fácilmente, la denominada “descodificación” es ya un hecho en el ámbito del derecho privado, en las más variadas materias.

En segundo lugar, porque, como ya señalaba LANGLE, a comienzos de los años cuarenta, postulando la redacción de un *Código fundamental de obligaciones y contratos* y la elaboración complementaria de un conjunto de *leyes particulares*, sectoriales, que desarrollasen cada materia determinada, mientras el Código “establecería los principios comunes en el orden civil y mercantil, las normas directrices fundamentales” y “representaría la integración de las instituciones y reglas en una unidad sistemática”, “en leyes especiales se daría desarrollo y reglamentación técnica a cada una de las instituciones mercantiles que lo reclamases..., cumplirían fines de especialización, más concretos y subalternos”. Como señalaba ASCARELLI, al mismo tiempo que se reclama la unificación del derecho civil y del mercantil, se reclaman las autonomías de las singulares ramas, antes comprendidas en el derecho civil o en el derecho mercantil.

En tercer lugar, porque ese sistema de leyes (de competencia, de derecho industrial, de sociedades, de títulos, de compraventa, de seguros, de transporte, del mercado de valores, de banca, concursal, etc.) *sustituiría ventajosamente la vieja contraposición derecho general/derecho especial por otra nueva derecho general/derechos especiales*, ya que *esas leyes podrían contener el régimen jurídico total —público y privado— de una determinada institución o de un determinado sector, que diera adecuada cabida a todos los intereses del tráfico*. En efecto, en los últimos años, el derecho privado ha sufrido importantes transformaciones, lo que incide evidentemente sobre el tema de su unificación.

2. El proceso de transformación del derecho privado y sus consecuencias sobre la unificación. Sectorialización del derecho privado.

2.1. *La crisis del derecho privado codificado.*

El derecho privado reflejado en la codificación europea del siglo XIX responde a un modelo económico-social determinado, el modelo liberal-burgués, que se apoya en unos presupuestos jurídicos considerados como auténticos “derechos naturales”: la propiedad privada, la libertad de comercio, la libertad de contratación. Ese “orden natural” se va erosionando progresivamente y se produce el *tránsito del Estado liberal al Estado social*: se cuestiona el funcionamiento del sistema de mercado y crece la injerencia del Estado en la economía. Se llega así a la *economía social de mercado*, lo que produce consecuencias importantes en el derecho privado.

108

Se aprecia, en efecto, una *clara transformación de las características tradicionales del derecho privado, que se democratiza o socializa* (GARRIGUES, URÍA, GIRÓN, MENÉNDEZ, DUQUE, GONDRA). Particularmente llamativa es la progresiva infiltración de normas de derecho público. Es indudable que el derecho mercantil ha estado en permanente relación con el derecho público: no sólo porque público es el origen de instituciones como la sociedad anónima, o por la frecuente identificación entre las nociones de interés público y de interés general del tráfico profesional, que explica —por ejemplo— la naturaleza pública del procedimiento de quiebra, sino sobre todo por la circunstancia de que, para los profesionales del tráfico, el derecho público ha constituido siempre el marco para el ejercicio de la actividad empresarial. Además, el derecho mercantil no ha sido nunca derecho exclusivamente privado; el propio Código de Comercio de 1885 contiene preceptos de derecho público.

Ahora bien, la influencia del derecho público se hace

más intensa, desarrollándose en un doble plano: a través del solapamiento de normas privadas y administrativas en la regulación de muchas instituciones y mediante la orientación intervencionista de la regulación de la actividad económica. Aunque en los últimos años el intervencionismo económico retrocede considerablemente, lo cierto es —como señala MENÉNDEZ— que la intensa —y extensa— regulación de las actividades económicas realizada al amparo de la economía social de mercado y las grandes modificaciones experimentadas en la producción, la distribución y el consumo han modificado las tradicionales relaciones entre el derecho público y el derecho privado y parecen conducir a una *instrumentalización del derecho privado (desprivatización)*, en función de las finalidades perseguidas por la ordenación pública de la economía.

Muchas son ya las manifestaciones de la transformación del derecho privado: al lado de la elaboración del llamado *derecho de los consumidores*, que influye decisivamente en el problema de la unificación del clásico derecho privado, pueden destacarse la tendencia hacia la democratización de la empresa, a través de la participación en su *gestión de los trabajadores y de la administración del Estado* y de una mayor *información* a todos los niveles; la introducción de *límites al ejercicio de los derechos subjetivos*; la previsión de normas de *control de las condiciones generales de los contratos*, tanto formales (inclusión en un documento) como sustanciales (contenido de las cláusulas); el *control público* de las más importantes actividades (bancaria, aseguradora, bursátil y de transporte), e incluso la *modificación del tradicional derecho concursal*, pues no sólo se postula una reorganización de la empresa, que posterga en mayor o menor medida los intereses individuales del deudor y de los acreedores, sino que incluso se sustituye por procedimientos administrativos.

No es de extrañar por ello que surjan nuevos intentos sistematizadores, de diverso signo, entre los que destacan la

“nueva” disciplina del “*derecho económico*” y la consideración del derecho mercantil como *derecho del mercado*.

A) Como ha puesto de manifiesto la doctrina, el *derecho económico* constituyó un intento de enmarcar jurídicamente la complejidad de la actividad económica. En realidad, el derecho económico proyecta su vigencia sobre el mismo ámbito que el derecho mercantil tradicional, pero con un sentido distinto, como expresión directa del poder del Estado en la vida económica. Esta nueva orientación doctrinal, que, en un primer momento, tuvo una pretensión puramente metodológica, derivó después hacia la elaboración de una nueva disciplina jurídica cuyo objeto era la regulación de la intervención del Estado en la economía.

Además, el concepto de “derecho económico” entra también en crisis. No sólo porque empieza a cuestionarse la idea misma de la intervención estatal en la economía, sino sobre todo porque no existe un mínimo acuerdo doctrinal sobre su contenido y esencia. En España, la constitucionalización de la “legislación mercantil” parece cerrar el paso a la configuración de un “derecho económico”.

B) Entre los intentos de ofrecer una explicación coherente y un concepto del derecho mercantil destaca el que afirma que se ha producido un tránsito del derecho mercantil, entendido como derecho de la empresa, a un derecho del tráfico económico o derecho del mercado, como centro de la constitución económica, de modo que el *criterio delimitador de la materia mercantil pasaría de la empresa al mercado* (MENÉNDEZ, DUQUE).

En el derecho mercantil como derecho del mercado el papel de la *empresa* seguiría siendo protagonista: constituiría el operador más importante —aunque no el único— del mercado. A su lado, aparecen el *Estado* y, sobre todo, los *consumidores*. Pero el centro del nuevo derecho del mercado sería, sin duda, el *derecho de la competencia*, que englobaría la regulación de los derechos de propiedad industrial, la regulación de la competencia desleal, la disciplina *antitrust*

y la tendencia hacia las concentraciones empresariales, y cuya misión fundamental sería controlar el poder económico privado, el *poder de mercado*, frente a las naturales aspiraciones del empresario a conquistar posiciones de dominio.

Dejando a un lado la apreciación de que la explicación etimológica no sería correcta, porque la palabra “mercantil” no alude al mercado, sino al “mercader”, el mayor problema se plantea —al igual que con la consideración del derecho mercantil como derecho de la empresa— con el término “mercado”, que se toma en préstamo de la ciencia económica. El concepto económico de mercado es tan general (lugar y/o modo de intercambio entre varios sujetos, mecanismo de distribución de bienes o servicios conforme al libre funcionamiento de los precios, etc.), que deberá ser precisado por el jurista, tarea que hasta ahora ha resultado infructuosa.

Por otro lado, la concepción del derecho del mercado —como la del derecho de la empresa— no tiene en cuenta que existen tantos mercados como bienes y servicios, algunos de ellos sin regular y otros “hiperregulados”, y, en todo caso, con diferencias fundamentales: en poco se parecen el mercado de bienes de consumo, el mercado inmobiliario y el mercado de trabajo.

En resumen: si la empresa no ha constituido un criterio técnico seguro para acotar la materia mercantil ni ha permitido averiguar tampoco si en unas concretas coordenadas espacio-temporales una determinada materia es civil o mercantil, parece que tampoco el mercado puede constituirlo, sin perjuicio de la utilidad del recurso para explicar, al menos parcialmente, lo que en un momento determinado se incluye en el derecho mercantil.

Así, el propio MENÉNDEZ se pregunta si la construcción del derecho del mercado no será sino un esfuerzo de la doctrina para asegurar la supervivencia del derecho mercantil y superar la crisis producida en el seno de ese derecho especial y privado, y si será mejor empezar a pensar que

no resulta posible individualizar un *sector de la realidad económica con el que identificar la materia mercantil.*

2.2. *Hacia la unificación sectorial del derecho privado.*

Son, sin duda, las plurales normas dictadas en defensa de los consumidores, que han llevado a hablar de un “derecho de los consumidores” como nueva rama separada y han suscitado la polémica de su “adscripción” al derecho civil o al derecho mercantil, las que más inciden en el problema de la unificación del derecho privado, pues en ellas se aprecia claramente la transformación experimentada por el derecho privado.

112

La normativa de *protección de los consumidores* surge como consecuencia necesaria de la evolución sufrida por el mercado en los países desarrollados. La imagen de una economía autorregulada en la que el consumidor decidía sobre la producción eligiendo libremente la cantidad y la clase de bienes o servicios que deseaba nunca se correspondió con la realidad. Si a ello se une la circunstancia de que los Códigos decimonónicos partían del erróneo principio de igualdad entre las partes contratantes, se comprenderá por qué los distintos legisladores han ido poniendo en vigor un conjunto de normas que, controlando la actividad de las empresas, tratan de mejorar la posición de los consumidores en el mercado.

Esa normativa produce una alteración sustancial del derecho privado. Sectores como el derecho de la competencia, el derecho cambiario, el de la responsabilidad civil y, sobre todo, el de la contratación están viendo modificados sus fines, principios o criterios de aplicación por la necesidad de tener en cuenta los intereses de los consumidores.

Como consecuencia de ello, el “derecho de los consumidores” incide claramente en el problema de la unificación del derecho privado, modificando parcialmente la perspectiva. Si con anterioridad se constataba una progresiva *genera-*

lización de las instituciones jurídico mercantiles a través de la *extensión del derecho mercantil* y de la *comercialización del derecho civil*, que había llevado a afirmar la conveniencia y la oportunidad de proceder a una unificación del derecho privado, sustancialmente mercantilizada, en los últimos años, y por influjo del llamado *derecho de los consumidores*, se aprecia, simultáneamente, una cierta *desmercantilización* de la vida social (GIRÓN, MENÉNDEZ, FONT GALÁN).

Esta desmercantilización del derecho privado no supone un alejamiento del derecho mercantil ni la búsqueda de un refugio en el Código civil, como, a veces, se ha pretendido, ni, por lo que ahora interesa, obstáculo alguno a la unificación del derecho civil y del derecho mercantil. En efecto, como se ha puesto de manifiesto, la conveniencia de la unificación no se justifica ya sólo por el proceso de generalización de las instituciones jurídico-mercantiles, que se mantiene, aunque sea parcialmente modificado y reconducido por la exigencia social y jurídica de la defensa de los consumidores, sino también en virtud de un proceso de recreación normativa que se realiza mediante una fusión de lo público y lo privado y una *integración* (distinta de la *absorción*) de lo civil y lo mercantil sobre nuevas bases (FONT GALÁN).

No han faltado, sin embargo, otras interpretaciones de esa normativa, como la que afirma, llevando a sus últimos extremos la idea del *destinatario* de la misma, que la existencia de un derecho de los consumidores implica la existencia de *tres regímenes jurídico-privados* distintos en atención a quienes sean los sujetos intervinientes: un derecho de las empresas (*Unternehmensrecht*), que comprendería el tráfico jurídico interempresarial; un derecho del consumidor (*Verbraucherrecht*), aplicable a las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores, y el derecho civil (*Bürgerrecht*), que regularía las relaciones entre los particulares.

Pero como se ha indicado el fenómeno es más complejo y trasciende al derecho privado. Las normas de protección

de los consumidores son, ante todo, normas de protección del modelo económico diseñado en la Constitución. Es muy ilustrativo, a estos efectos, el contenido del artículo 1.1.II de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, que afirma que, “en todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 (libertad de empresa) y 128 (iniciativa pública en la economía) y con sujeción a lo establecido en el artículo 139” (unidad de mercado). No se trata tanto de crear un *tertium genus* junto al derecho civil y al mercantil cuanto de superar la tradicional configuración del derecho privado y la distinción entre derecho privado y público.

114

No deja de ser significativa al respecto la declaración contenida en el artículo 7 de la misma Ley, a cuyo tenor “los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, *aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles* y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio”. Es decir, *las normas (generales) de la Ley de Consumidores se aplican preferentemente a las normas civiles y mercantiles*. Por lo demás, esa preferencia se deduce también de su consideración de *Ley General* que desarrolla un *mandato constitucional* (arts. 51 CE y 1.2 LGDCU) y consagra un *principio general del ordenamiento jurídico* (art. 1.1 LGDCU), público y privado, civil y mercantil, y de las propias palabras del Preámbulo (FONT GALÁN).

Una segunda consideración resulta todavía más evidente, si se tiene en cuenta que la propuesta se limita, en realidad, al derecho de la contratación: si el Código civil y el Código de Comercio no satisfacen hoy en día las necesidades del tráfico, no parece lógico pensar que la adición de un “tercer sistema” del derecho de la contratación fuera a solucionar las cosas. Si ya resulta confuso deslindar los contratos civiles de los mercantiles, *parece evidente que la intro-*

ducción de un tercer régimen de contratos aumentaría la confusión. En particular, con esa distinción se reproduciría, con grave daño para la *seguridad jurídica*, toda la añeja problemática de los *actos de comercio*, ya que sería absolutamente necesario calificar el contrato y, en muchas ocasiones, esa calificación conllevaría desigualdades de trato. En efecto, producida la distinción entre contratos celebrados por un empresario con otros empresarios o con consumidores, surgiría inmediatamente la duda de si no sería justo —e incluso exigido por el principio de paridad de trato de rango constitucional— equiparar a los *pequeños y medianos empresarios* con los consumidores.

Lo más razonable, pues, es el *replanteamiento de la codificación separada y la reconstrucción de un derecho privado (y público) del tráfico que tenga en cuenta las características de la moderna contratación*, empezando (BERCOVITZ) por “reconocer que determinados principios generales están en crisis y deben ser reelaborados para que puedan seguir cumpliendo su función”. Desde esta perspectiva cabe afirmar incluso (FONT GALÁN, BUSTOS) que el llamado “derecho del consumo” puede servir de *catalizador* para la unificación del derecho de la contratación (resulta emblemático el ejemplo del Código civil holandés que “consolida” las normas de las tres pretendidas “ramas”).

Por todo ello, no puede sorprender que, al mismo tiempo que se vuelve a hablar de la *disolución* del derecho mercantil (MENÉNDEZ, VICENT), se hable también de la desintegración del derecho privado tradicional. Como afirma MENÉNDEZ, “los privatistas debemos reconocer la imposibilidad de mantener el sistema del derecho privado tradicional. El derecho del siglo XIX de una sociedad individualista y liberal fue sustancialmente derecho privado; el derecho del siglo XX ha sido el derecho de la crisis de esa sociedad; el derecho del siglo XXI será el derecho de una sociedad post-industrial y tecnificada. Ya no será, sin duda, otro siglo de derecho privado del viejo *ius mercatorum* puesto al día.

Entonces sí se podrá decir, aunque sea con un alcance muy distinto al de la simple comercialización del derecho civil, que el derecho mercantil «muere en el momento de su mayor triunfo». Ya GARRIGUES llegó a decir que “pierde todo interés la vieja cuestión de la separación e independencia del Derecho mercantil frente al Derecho civil. Mientras —como buenos hermanos— mercantilistas y civilistas se entretienen en estas querellas familiares, el Derecho privado del tráfico, llámese civil o mercantil —que eso es lo que menos importa— va siendo reemplazado por un Derecho distinto de carácter público y social”.

116

No es posible entrar ahora en la polémica existente en torno a la posibilidad o no de una *codificación*; pero sí parece oportuno señalar que, en el ámbito de que se trata, la desaparición de los Códigos es ya una realidad, que responde tanto a razones puramente técnicas (la imposibilidad de reunir en un cuerpo legal todas las numerosas y complejas normas reguladoras del tráfico) como ideológicas (la crisis de las ideas que propiciaron la codificación supone, como consecuencia lógica, la crisis de los propios códigos), de modo que la solución de las *leyes sectoriales*, como afirma MENÉNDEZ, “es un camino medio, igualmente distante de una *codificación* ahora inviable o improcedente y de una *descodificación* acelerada y anárquica”.

La técnica de las leyes especiales permitiría, mejor que cualquier otra, la *integración de los aspectos privados y públicos de las diversas instituciones, llegando así a la superación de la dualidad derecho civil/derecho mercantil, que sería sustituida por un nuevo enfrentamiento derecho general/derechos especiales*.

Esa técnica presenta, en fin, la innegable ventaja de conseguir una legislación más fluida y, en consecuencia, fácilmente modificable para adaptarla a las cambiantes circunstancias. Así, indica GIRÓN que “posiblemente podría pensarse que con grandes Leyes que tengan conciencia de su recíproca concordancia y de su relación con el Derecho

civil, se podía tender simultáneamente a la finalidad básica de seguridad jurídica y a la permanencia de la concordancia de la legislación con el proceso evolutivo de la estructura social”.

La desmembración del derecho del tráfico y su consiguiente sectorialización aparecería avalada finalmente por la *disgregación didáctica del derecho mercantil*. El fenómeno, de cierta raigambre en otros países (v. gr., Italia, Alemania), comienza a producirse en España, donde —por influencia, sin duda, de los nuevos planes de estudios— aparecen cursos de derecho de sociedades, derecho bancario, derecho bursátil, derecho concursal, etc., y lo mismo sucede a nivel de manuales. Por esta vía es probable que se acabe desembocando en una *especialización* de signo distinto.

3. El problema de la unificación en la doctrina española actual.

117

Aunque el tema de la unificación del derecho privado apenas ha sido afrontado recientemente de una forma monográfica, puede afirmarse que la práctica totalidad de la doctrina mercantilista defiende la unificación del derecho civil y del mercantil.

El planteamiento no es siempre diáfano, pero lo que se postula, normalmente, como ya se señaló en las primeras páginas, es una unificación *formal* y *parcial* del derecho mercantil y del derecho civil.

MENÉNDEZ afirma expresamente la superación de la división derecho civil/derecho mercantil, hablando incluso del “error que supuso la otra gran pretensión de nuestro codificador mercantil: la independencia del Derecho mercantil como Derecho especial de las obligaciones frente al Derecho civil”, añadiendo que “la pretendida *independencia* del Derecho mercantil codificado va, pues, contra corriente, porque parece evidente que todo aquel proceso de *comercialización* debía conducir más bien a la *generalización* del De-

recho Mercantil, es decir, al desplazamiento del viejo Derecho civil patrimonial por el nuevo Derecho mercantil, *culminado así el proceso en la consiguiente unificación del Derecho de obligaciones*".

Más recientemente, el propio MENÉNDEZ aboga por la "superación de la *unidad del sistema* del Derecho mercantil que hemos conocido, por un *sistema de unidades* con el desarrollo de otros tantos sectores básicos de aquel Derecho, ahora con el impacto público y social del nuevo ordenamiento, y no ya como unos simples *Derechos informativos*".

SÁNCHEZ CALERO limita la necesidad de la unificación al derecho de obligaciones y contratos, como medio de "racionalizar su normativa evitando sus carencias, oscuridad y contradicciones".

118 OLIVENCIA no niega la posibilidad e incluso la conveniencia de la unificación del derecho privado, aunque ve un obstáculo importante en la consagración constitucional de la distinción entre derecho civil y derecho mercantil.

BERCOVITZ profundiza en su idea unificadora, a partir del derecho del consumo, y afirma que "parece imprescindible dar un paso más y considerar que el Derecho mercantil tiene que ser sustituido por un Derecho privado del tráfico económico", que incluiría las siguientes partes: El estatuto de los empresarios como sujetos profesionales del tráfico, con inclusión de las normas administrativas impuestas para el acceso a la condición de empresario, a través de las cuales se puede proteger a los consumidores; los principios ordenadores del tráfico económico —fundamentalmente, el derecho de la competencia, establecidos en interés de empresarios y consumidores; los objetos especiales del tráfico económico, fundamentalmente los títulos-valores; el derecho unificado de obligaciones y contratos, y el derecho concursal unificado, que también tomaría en consideración el interés de los consumidores.

GONDRA, pese a reconocer el derecho mercantil como derecho de la empresa, afirma que "la tendencia general va

en la línea de la *conversión de aquel Derecho Mercantil... en Derecho patrimonial común*, al generalizarse actualmente tales exigencias normativas a la mayor parte del tráfico económico, como consecuencia de la práctica generalización a su vez del aparato organizativo, propio y específico en otro tiempo del comercio, al conjunto de las actividades económicas de producción y distribución de bienes en la economía moderna”.

SUÁREZ-LLANOS, se muestra partidario de la unificación completa del derecho de obligaciones sobre la base de dudar de la corrección dogmática de la categoría de los contratos de empresa. En sus *Elementos de teoría general del derecho patrimonial*, que constituyen, según sus propias palabras, unos Prolegómenos a la exposición sistemática de un curso de *Derecho privado de la economía*, parece dar por hecha la unificación.

ROJO no ve tampoco graves problemas para la unificación del derecho privado, considerándolo, además, como la “culminación lógica” de su evolución.

VICENT, en su *Compendio*, se pronuncia a favor de la *sustitución* del sistema vigente en materia de obligaciones y contratos por otro nuevo, “seguramente en forma de un Código de Obligaciones y Contratos, con el marco general básico de la contratación y *suprimiendo la dicotomía civil/mercantil*”, añadiendo que “una alternativa más ambiciosa... de unificar todo el Derecho privado en un Código civil de nuevo cuño, siquiera con predominio del Derecho de obligaciones, podría ser más complicada”, y, con carácter general, afirma que la unificación “parece ineludible en las legislaciones continentales conforme se supera un determinado nivel de homogeneización de la economía, que hace injustificada la contraposición de actividades «mercantiles» y «actividades civiles»”, si bien acaba afirmando la especialidad del derecho mercantil por encima de la reunificación legislativa, “siquiera sea por la necesaria división del trabajo de los juristas”.

Mucho más rotundo se muestra VICENT en un reciente trabajo realizado en homenaje a Broseta, al señalar que “el núcleo normativo del Derecho mercantil en sentido estricto... ha sufrido varios fenómenos normativos que conducen o deben conducir, *inexorablemente, a la unificación, formal y también material, de todo el Derecho privado y, por tanto, a la desaparición del Derecho mercantil concebido en aquel sentido, como «Derecho especial»*”, y concluir que es necesario proceder a la “unificación inmediata del Derecho privado, abandonando la división en Derecho mercantil y Derecho civil y la propuesta de tres «Códigos» defendida en su día por los Profesores GARRIGUES y BROSETA. La unificación se haría de una sola vez, como en Argentina, bien con la promulgación en un solo acto de un único Código civil, o de manera progresiva, pero con arreglo a plan, como en el caso del Código civil de Holanda. Para ello debería preverse la derogación del Código de Comercio como tal cuerpo sistemático (con la desaparición de las especialidades normativas sobre el comerciante y los actos y contratos mercantiles) y el traslado de sus contenidos vigentes a leyes especiales —por la materia— cuya normativa supletoria sería el Código civil: Leyes de sociedades, de contratos de gestión, de contratos bancarios, de contrato de transporte, de insolvencia, de navegación marítima y de navegación aérea, entre otras”.

FONT GALÁN afirma igualmente —como ya se señaló— la conveniencia de la unificación, si bien no cifrada ya en la comercialización del derecho privado, sino en la “integración —que no «absorción»— de lo civil y mercantil sobre nuevas bases y presupuestos político-jurídicos democráticos, funcionales y solidarios”.

BUSTOS afirma la necesidad de acometer la *recreación* de un derecho patrimonial privado general, “a partir de los elementos existentes proporcionados por el Derecho civil, mercantil y de consumo, más la experiencia extranjera y un conocimiento cabal de nuestra práctica forense”.

En un sentido claramente contrario se pronuncia FIGA, quien llega a postular la radical autonomía del derecho mercantil, al que otorga la calificación de “ordenamiento jurídico”: “Quiero decir que la última etapa —ya recorrida en otros países— en la absorción del ordenamiento mercantil por el ordenamiento civil no lleva más que a la aniquilación de uno de los dos con el consiguiente sacrificio del grupo social al que servía y de sus fines o la creación de un ordenamiento híbrido, inservible o gravemente perjudicial para ambos grupos. No hace falta una gran agudeza para sospechar qué intereses —civiles o mercantiles— quedan sacrificados con aquella absorción”.

III. La unificación legislativa del derecho privado como necesidad. Los problemas derivados de la dualidad de regímenes. La realidad de la unificación legislativa

121

1. Consideración general.

Las dudas que pudiera suscitar la *unificación sustancial* del derecho privado, como consecuencia lógica de su propia evolución, no pueden, desde luego, reproducirse respecto de la *unificación formal o legislativa*, que resulta absolutamente necesaria, y cuya realización acabaría incidiendo forzosamente en la unificación sustancial.

Además, una sucinta consideración de la legislación más reciente muestra bien a las claras que, a pesar de las contradicciones existentes, recientemente denunciadas por VICENT, la unificación legislativa del derecho privado más que un simple deseo de la doctrina empieza a constituir una verdadera, aunque parcial, realidad legislativa. El avance en la unificación se produce por diferentes vías. Unas veces, simplemente, se produce el fenómeno de *generalización* que se ha comentado; otras veces, hay verdadera unificación, que puede ser *implícita*, cuando, sin entrar en el problema

de la dualidad de instituciones, se establecen principios comunes (v. gr., Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley Cambiaria y del Cheque; Ley de Crédito al Consumo), o incluso *explícita*, cuando se promulga una ley común para las instituciones anteriormente duplicadas (v. gr., Ley de Contrato de Seguro).

Es tradicional (VIVANTE, RIPERT, y en España GARRIGUES, BROSETA y BERCOVITZ), realizar el análisis de la unificación del derecho privado distinguiendo las materias de las que se ocupa el derecho mercantil, que, en un excesivo esfuerzo de síntesis, pueden reducirse a las siguientes: el empresario, las sociedades mercantiles, los títulos-valores, las obligaciones y contratos mercantiles, la suspensión de pagos y la quiebra y el derecho marítimo o de la navegación.

122

Al plantear el problema de la necesidad de la unificación legislativa, esas materias no merecen, evidentemente, idéntica consideración, porque la duplicidad normativa sólo existe realmente en el derecho de sociedades, el derecho de las obligaciones y contratos y el derecho concursal. Ello permite dejar fuera de esa perspectiva el *derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, que no sólo trasciende la contraposición derecho civil/derecho mercantil, sino incluso la división derecho público/derecho privado, y el *derecho de los títulos-valores*, que, como se reconoce de forma unánime, al tener características propias, podría perfectamente integrarse en el derecho común, si bien ambas materias resultan significativas desde el punto de vista de los avances existentes en la unificación legislativa. Por el contrario, el *derecho marítimo* (o en su vertiente más amplia el *derecho de la navegación*), queda completamente fuera del análisis, ya que se le reconoce normalmente autonomía y poco o nada incide en la cuestión de la unificación del derecho privado.

Dos observaciones generales resultan todavía necesarias:

a) En primer lugar, que *la duplicidad de regulaciones afecta a menos cuestiones de las que podría pensarse en una visión simplista del problema* y que casi todas ellas se expli-

can por la *precedencia temporal del Código de Comercio sobre el Código civil*, que obligó al legislador mercantil a tomar partido en materias que no correspondían en absoluto a un derecho especial (un ejemplo evidente lo constituye la regulación especial de las acciones rescisorias por fraude de acreedores en el procedimiento de quiebra), y también por la *propia "edad" del Código civil*, que ha impedido que se generalizaran soluciones nacidas en el derecho especial (al contrario de lo que sucedió, por ejemplo, en Alemania a finales del siglo XIX).

Si se tiene en cuenta, además, que la duplicidad normativa no significa siempre diversidad de régimen jurídico, porque en muchas ocasiones las soluciones de los dos Códigos son idénticas, se comprenderá que en el derecho español la tarea unificadora no sería tan ardua como a veces se ha insinuado.

b) En segundo lugar, que, en contra de lo que se ha sostenido reiteradamente, *no existe especialidad alguna del derecho mercantil en materia de fuentes*, lo que podría también dificultar la labor unificadora. La afirmación tradicional de que el artículo 2 del Código de Comercio regula las *fuentes del derecho mercantil* (URÍA, GONDRA), consagrando la preferencia de la costumbre mercantil sobre el derecho común en todo caso, debe ser rechazada porque esa es una cuestión que pertenece a la *teoría general de las fuentes del derecho*, de modo que el derecho mercantil ni plantea ni puede plantear especialidad alguna (DE CASTRO).

En realidad, como ha demostrado ALFARO, de lo que se ocupa el artículo 2 del Código de Comercio es de determinar el *orden de prelación de las fuentes de integración del contrato mercantil*, por lo que constituye el equivalente al artículo 1.258 del Código civil, del que separa anteponiendo al derecho dispositivo supletorio de segundo grado (el derecho común) los usos de comercio, pero colocando éstos, al igual que el artículo 1.258 del Código civil, tras el derecho dispositivo legal de primer grado (el derecho mercantil). De

acuerdo con ello, las normas del derecho común a las que se remiten los artículos 2 y 50 del Código de Comercio no son las mismas. El artículo 2 invoca las normas integradoras de los contratos del derecho común: las *normas dispositivas de cada tipo contractual* (v. gr., arts. 1.445 ss. C.c., en materia de compraventa) y las *normas dispositivas sobre obligaciones* (arts. 1.088 ss. C.c.). El artículo 50 se refiere a los “requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes”, es decir, a las *normas imperativas sobre los contratos* (arts. 1.261 ss. C.c.), que resultan, pues, *directamente aplicables a los contratos mercantiles*. En consecuencia, puede afirmarse ya que *el Código de Comercio omite, consciente y deliberadamente, la regulación de una “teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles”*).

2. El estatuto jurídico del empresario.

2.1. Consideración general.

Las cuestiones relativas a esta materia (noción de comerciante o empresario, individual y social, sus obligaciones profesionales, sus auxiliares, el sometimiento a las normas sobre competencia, los signos distintivos y las patentes que utilizan, el establecimiento mercantil) carecen, en su mayoría, de regulación en el derecho común, por lo que en nada afectarían a la unificación legislativa o formal del derecho privado.

Según una afirmación generalizada (RIPERT, BROSETA, BERCOVITZ), existe una parte del derecho mercantil que no es susceptible de generalización: el estatuto del empresario. Sin embargo, dejando a un lado la circunstancia de que no parecería lógico construir un derecho especial sobre una base tan exigua, siendo más congruente integrar dicho estatuto en un derecho profesional general, o, con un criterio más práctico, recogerlo en una o varias leyes especiales, o, incluso,

añadirlo al código único en la línea del derecho suizo, no debe olvidarse ahora que el *estatuto del empresario se ha extendido a muchos sujetos que históricamente no tenían esa condición*, de modo que la afirmación de que la parte relativa a la profesión de comerciante no es susceptible de generalización queda hoy claramente en entredicho: la actividad agrícola y pecuaria, las cooperativas o los profesionales liberales se aproximan cada vez más al viejo comerciante que dio origen al derecho especial; el Registro Mercantil deja de ser un registro exclusivamente de empresarios para convertirse en un registro de los sujetos o entidades que intervienen en el tráfico económico; las obligaciones contables se extienden igualmente. Hablar, pues, de un derecho especial para la regulación del estatuto del comerciante o del empresario resulta, cuando menos, excesivo, y no existiría inconveniente para ubicar su regulación en un derecho unificado, lo que incluso podría juzgarse como más racional.

125

Cabe afirmar, además, que, en la actualidad, no puede hablarse de *un* estatuto del empresario, porque existen, en realidad, *múltiples estatutos jurídicos correspondientes a las diversas actividades económicas*, que se regulan separadamente (Ley de Ordenación del Seguro Privado, Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, Ley del Mercado de Valores, etc.), en las que se produce una verdadera *superación* de las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil a través de leyes sectoriales.

2.2. *Los problemas de dualidad de regímenes.*

Las materias en las que existe duplicidad de regulaciones se reducen a cuatro y todas ellas —dicho sea de paso— encajarían mejor en sede de obligaciones y contratos.

a) El Código de Comercio contiene normas especiales en materia de *contratación con un comerciante casado en régimen de sociedad legal de gananciales* (arts. 6 a 12). Tales

normas, que pudieron justificarse en su momento por la supresión de la licencia marital, no sólo han planteado graves dudas interpretativas, creando más problemas de los que trataban de evitar, sino que además se han revelado inútiles tras la reforma del Código civil de 1981, que tutela suficientemente a quien contrata con un empresario. Así, pues, *la unificación no sólo es perfectamente posible, sino, en rigor, necesaria, porque la especialidad carece de sentido.*

b) Existen también unas normas especiales en materia de *auxiliares del comerciante* (arts. 281 ss.), que han llevado incluso a hablar de una *representación mercantil*. Los auxiliares del empresario gozan, sin necesidad de un otorgamiento expreso, de los poderes necesarios para el ejercicio de su función (contenido presuntivo de su ámbito de apoderamiento), como consecuencia de la *apariencia* que genera la actuación del auxiliar en el tráfico y de la protección de la *buena fe* de los terceros. Además, los auxiliares del empresario no pueden, sin consentimiento de sus principales, *delegar* en otros los encargos recibidos; y si lo hicieren, responderán directamente de las gestiones de los sustitutos y de las obligaciones contraídas por éstos (art. 296 C. de C.; v. art. 1.721 C.c.). En fin, el poder conferido a un factor no se extingue por la *muerte* de su principal, sino que subsiste mientras no sea expresamente revocado (art. 290 C. de C.).

No es éste el momento de detenerse en el tema, pero como ha demostrado DÍEZ-PICAZO en un libro de significativo título (*La representación en el derecho privado*), dichas "especialidades" no resultan tan llamativas cuando se analiza en profundidad el Código civil, que no contiene un régimen sistemático de la figura, y se construye una teoría general de la representación. De lo que no puede dudarse es de que, en cualquier caso, una adecuada regulación general de la representación permitiría contemplar todos esos aspectos sin necesidad de un doble régimen jurídico de la institución.

c) Por lo que se refiere a la regla de *irreivindicabilidad* contenida en el artículo 85 del Código de Comercio, y dejando a un lado sus diferencias con la regla general del artículo 464 del Código civil, lo cierto es que resultaría indiferente que estuviese contenida en el Código civil o en el Código de Comercio y, por tanto, en una regulación única. En efecto, si la compraventa realizada en establecimiento mercantil se considerase una compraventa mercantil, la regla sería “especial” tanto frente al derecho civil común como frente al derecho mercantil especial, porque no se aplicaría a las compraventas civiles ni a muchas compraventas mercantiles (arts. 325 ss. C. de C.). Y si, como parece más correcto, se considera que las compraventas realizadas en establecimiento mercantil son, en rigor, civiles (arts. 325 y 326 C. de C.), sólo cabrá afirmar que no estamos en presencia de una especialidad mercantil.

d) Como es sabido, en España, la *fe pública* se encuentra peculiarmente compartida por notarios y corredores colegiados de comercio. La competencia de los primeros es total y ordinaria en toda la esfera de derecho privado extrajudicial, abarcando, en consecuencia, tanto el ámbito civil como el mercantil, salvo determinación legal en contra (arts. 1 LN y 2 RN). La de los corredores de comercio aparece limitada de forma muy poco clara, al disponer el artículo 93 que se extiende “a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio”.

Sin entrar ahora en el problema de la conveniencia o inconveniencia de que existan dos cuerpos de fedatarios públicos, lo cierto es que la unificación del derecho privado en este punto no sólo no parece suscitar demasiados problemas, sino que, además, eliminaría el problema previo de delimitar la “competencia” de los corredores colegiados de comercio, que genera graves inseguridades en el tráfico.

2.3. *Los avances en la unificación.*

Las principales leyes dictadas en esta materia muestran, aun con diferente técnica, la progresiva *extensión* del derecho mercantil.

a) La Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma y Adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades considera destinatarios de los deberes de *publicidad* y de *contabilidad* a los *empresarios*.

b) La Ley 16/1989, de 17 de julio, de *Defensa de la Competencia*, es una de las manifestaciones más evidentes de la *superación* de la dualidad derecho civil/derecho mercantil e incluso de la *summa divisio* derecho público/derecho privado, porque trata al mismo tiempo de preservar —aunque sea limitando— la libertad individual (prohibición de prácticas colusorias, prohibición de actos de competencia desleal) como de asegurar el funcionamiento del mercado (prohibición de abuso de posición dominante, defensa de los consumidores): deja de ser un ordenamiento privado para salvaguarda de los derechos subjetivos de los empresarios y pasa a primar la idea de la protección institucional, inspirada en los principios rectores de la política económica y social.

c) La Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal*, una de las más avanzadas en el panorama comparado, es uno de los exponentes más claros de la *extensión del derecho mercantil*. Como señala su magnífica Exposición de Motivos, “para que exista acto de competencia desleal basta, en efecto, con que se cumplan las dos condiciones previstas en párrafo primero del artículo 2: Que el acto se “realice en el mercado” (es decir, que se trate de un acto dotado de trascendencia externa) y que se lleve a cabo con “fines concurrenciales” (es decir, que el acto —según se desprende del párrafo segundo del citado artículo— tenga por finalidad “promover o asegurar la difusión en el mercado de

las prestaciones propias o de un tercero”)... No es necesaria ninguna otra condición ulterior; y concretamente —según se encarga de precisar el artículo 3— *no es necesario que los sujetos —agente y paciente— del acto sean empresarios (la Ley también resulta aplicable a otros sectores del mercado: artesanía, agricultura, profesiones liberales. etc.)*”.

d) La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*, pese a sus contradicciones con las anteriores, regula (art. 2) “toda forma de comunicación realizada por una *persona física o jurídica*, pública o privada, en el ejercicio de una actividad *comercial, industrial, artesanal o profesional*, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

e) La Ley 11/1986, de 20 de marzo, de *Patentes*, dispone que podrán obtener los títulos de propiedad industrial regulados en la presente Ley cualesquiera *personas naturales o jurídicas de nacionalidad española* (art. 2.1), huyendo, pues, de la referencia a empresarios o comerciantes.

f) La Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de *Marcas*, se pronuncia en igual sentido respecto a las personas que pueden obtener el registro de marcas (art. 10.1).

g) La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *Arrendamientos Urbanos*, continúa de forma clara la *extensión del derecho mercantil*, en referencia ahora a la llamada propiedad comercial. Se distingue, en efecto, entre arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda y a *usos distintos del de vivienda* (art. 1), enumerando entre estos últimos “los celebrados para ejercerse en la finca una *actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualquiera que sean las personas que los celebren*” (art. 3.2). Hay, pues, una clara extensión o generalización de normas nacidas en el ámbito mercantil a cualquier actividad y, además, con independencia de la condición de las personas que celebren el contrato.

3. El derecho de sociedades.

3.1. *Los problemas de dualidad de regímenes.*

En esta materia, hay que comenzar realizando dos observaciones que reducen considerablemente las dimensiones del problema de la dualidad de regulaciones: que los tipos sociales que más importancia práctica tienen están regulados por *leyes especiales*, por lo que *no existe una duplicidad normativa*, y que la sociedad anónima —la forma social más extendida—, además de no ser una creación del derecho mercantil, en la actualidad se concibe como *técnica de organización que ha ampliado sus fronteras tradicionales mucho más allá del derecho mercantil*: sociedades anónimas laborales, sociedades anónimas públicas, sociedades anónimas deportivas, etc.

130 En los demás casos, la doble regulación de las sociedades de personas en el Código civil y en el Código de Comercio origina una de las cuestiones que más dificultades suscita dentro de nuestro ordenamiento, propiciada fundamentalmente por la confusa pretensión de calificación de mercantilidad que establece el Código de Comercio en su artículo 116 (GIRÓN). A la hora de resolver un litigio, surge siempre, como cuestión previa, de muy difícil solución, la relativa a la *calificación* de la sociedad como civil o como mercantil (e incluso civil con forma mercantil, en un claro ejemplo de *mercantilización* del derecho común), de modo que permanece plenamente vigente la afirmación de VIVANTE, según la cual “ni la doctrina ni la legislación han acertado a distinguir con un corte limpio las relaciones jurídicas que deben regularse con las normas mercantiles de aquellas que soportan la disciplina de las leyes civiles”.

En rigor, no existen obstáculos para la unificación: no sólo no hay inconveniente alguno para regular, como se ha hecho en otros ordenamientos (Suiza, Italia) diversos tipos de sociedad (*simple, colectiva, comanditaria, anónima, de res-*

ponsabilidad limitada) como integrantes todos del derecho común, sino que, además, se aprecia como una sentida necesidad la elaboración de una *doctrina general* —y de una *Ley General*— de las sociedades. Cabe recordar aquí las palabras de PAZ-ARES, quien, al estudiar la sociedad civil, desarrollando las ideas alemanas de GIRÓN, arranca de “la convicción de que el derecho de sociedades, en el curso de su evolución actual, ha desarrollado una *racionalidad propia de tipo formal o instrumental*, que es más fuerte que la racionalidad específica del derecho civil y mercantil en que tradicionalmente se ha ubicado”, y propugna como sistema del derecho de sociedades tres piezas: la sociedad general, las sociedades personalistas y las sociedades de estructura corporativa.

Ello hace que el derecho de sociedades tienda claramente a su unificación, en el sentido de dar un tratamiento conjunto a las sociedades civiles y mercantiles, y que se afirme cada vez más su *individualidad como rama propia dentro de las disciplinas jurídicas* (SÁNCHEZ CALERO).

131

3.2. *Los avances en la unificación.*

El estudio de la legislación más reciente en esta materia muestra claramente la existencia de dos fenómenos significativos en el tema de la unificación del derecho privado: la *superación del problema calificador*, ya que se afirma expresamente el carácter mercantil de las sociedades por su forma, y el *protagonismo de la sociedad anónima* como técnica de organización, tanto por lo que se refiere a la *imposición de esa forma* a determinadas actividades como por la utilización de sus *reglas típicas*. Como ya se señaló, el derecho de sociedades no sólo tiende claramente a su unificación, en el sentido de dar un tratamiento conjunto a las sociedades civiles y mercantiles, sino que se afirma cada vez más su individualidad como rama propia dentro de las disciplinas jurídicas.

Dejando a un lado la consideración de algunas Leyes en las que se observa la imposición de la forma anónima para la realización de las más importantes actividades (banca, seguro, inversión, etc.) y la aplicación directa de la técnica de la anónima al mundo laboral (sociedades anónimas laborales) y deportivo (sociedades anónimas deportivas), cabe referirse ahora a las siguientes:

a) La Ley 3/1987, de 2 de abril, *General de Cooperativas*, obvia todo problema calificador, al declarar expresamente el sometimiento de las cooperativas a la quiebra y a la suspensión de pagos (arts. 103.9.º, 105.II, 110 y 115), aunque todavía se discuta su carácter mercantil (arts. 116, 117 y 124 C. de C.) —e incluso su naturaleza de sociedad— (así, STS de 24 de enero de 1990, que casa la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de marzo de 1988).

132 b) La Ley 12/1991, de 29 de abril, de *Agrupaciones de Interés Económico*, al regular esta figura de discutida naturaleza, declara su *carácter mercantil* (art. 1) y el sometimiento a la suspensión de pagos y la quiebra (arts. 17 y 18.3.º), eliminando todo problema calificador. Además, incluye entre sus posibles socios a quienes desempeñen actividades *empresariales, agrícolas o artesanales* (art. 4), poniendo así de manifiesto la extensión del derecho mercantil.

c) La Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las *Sociedades de Garantía Recíproca*, supera igualmente el problema calificador al imponer la mercantilidad formal de esta clase de sociedad (art. 4). Sin embargo, a diferencia de lo que viene siendo habitual, delimita la posición de socio a través de la condición de empresario, lo que no sólo resulta algo anacrónico, sino que puede originar problemas interpretativos para su delimitación.

d) La Ley 2/1995, de 23 de marzo, de *Sociedades de Responsabilidad Limitada*, supera también el problema imponiendo la mercantilidad de estas sociedades (art. 3).

4. El derecho de títulos-valores.

Como señaló GARRIGUES, “la letra de cambio es, quizá, el exponente más típico de la generalización del Derecho mercantil, porque es un instrumento que nace entre comerciantes para respaldar operaciones de cambio de moneda y que luego, al convertirse en instrumento de crédito, accede a la comunidad en general. La letra de cambio debe dejar de ser un instrumento mercantil y ser regulado en un Código general de las obligaciones”.

Pues bien, la Ley 19/1985, de 16 de julio, *Cambiaria y del Cheque*, descodifica completamente el régimen jurídico de los títulos que regula. Su disposición derogatoria priva de vigencia a las antiguas normas contenidas en el Código de Comercio (arts. 443 a 543 y 950) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1.465). Ello hace que la mercantilidad o no de la letra de cambio tenga escasas consecuencias prácticas. Como apunta SÁNCHEZ ANDRÉS, “la falta de tratamiento duplicado resuelve de antemano los problemas de competencia judicial, ámbito de aplicación de la ley y en general los temas de fronteras”, es decir, de “delimitación de unas normas frente a otras que tratan la misma institución con diferente criterio”.

A pesar de eso, la propia técnica seguida por la Ley Cambiaria es suficientemente expresiva de la intención de *desmercantilización* de la disciplina, pues ningún inconveniente hubiera existido para que el texto de la Ley hubiese formado parte del Código de Comercio. En el mismo sentido apuntan claramente la sustitución explícita del régimen mercantil por el civil en materia de causas de interrupción de la prescripción de acciones (art. 89 LC) o el régimen previsto para la acción de enriquecimiento (art. 65 LC), que se orienta al tratamiento general del enriquecimiento injusto.

Señala, sin embargo, SÁNCHEZ ANDRÉS que la Ley Cambiaria ofrece también argumentos consistentes para seguir pensando en la mercantilidad de la letra de cambio. Así, la

Exposición de Motivos afirma que la nueva Ley “supone dar un paso decisivo encaminado a la *renovación de nuestro Derecho Mercantil*”, fundamentando la promulgación de la Ley en las circunstancias de “que el *Derecho Mercantil* ha reivindicado históricamente la nota de universalidad”, o en el restablecimiento de “la confianza... en uno de los valores fundamentales de la *vida empresarial*: la buena fe”, y se refiere a la “elaboración de un texto legal complementario y específico que establezca las normas que hayan de regir para las letras emitidas en operaciones realizadas por los consumidores y usuarios”.

Sin embargo, esas expresiones no deben sobrevalorarse. Las apelaciones al derecho mercantil o a la vida empresarial parecen obvias, porque la letra de cambio ha constituido históricamente uno de los paradigmas del derecho mercantil como derecho especial y la previsión de normas expresas para la defensa de los consumidores —recogidas hoy en la Ley de Crédito al Consumo— no se opone a la consideración unitaria del derecho cambiario.

Añade SÁNCHEZ ANDRÉS que existen en el texto articulado de la Ley testimonios demostrativos de la inspiración mercantil que orienta su tratamiento. Aunque esa afirmación no puede discutirse, porque es obvio que la Ley Cambiaria no podía desconocer la tradición, la argumentación no puede considerarse decisiva. En efecto, la corrección introducida en el artículo 60.II del Código de Comercio, respecto del cómputo de los plazos cambiarios, además de resultar innecesaria, no pasa de ser un ejemplo aislado de colocación de la nueva disciplina en el mismo lugar que ocupaba la derogada. La remisión a las normas del Código de Comercio en materia de cesión de créditos parecía obligada por la existencia de normas específicas en el Código de Comercio, aunque el régimen de la cesión no sea muy diferente en el Civil. La inclinación hacia el régimen característico de las obligaciones mercantiles (*natural onerosidad*: art. 6; *solidaridad pasiva* de los obligados cambiarios: art. 57;

prohibición de términos de gracia o cortesía: art. 91; representación: arts. 10 y 21), además de poderse entender cómo una manifestación de la generalización del derecho mercantil, significa únicamente que existe un régimen cambiario especial respecto del correspondiente al derecho común de las obligaciones; pero ello no tanto por ser derecho mercantil como por tratarse de derecho cambiario.

En efecto, todas esas cuestiones pueden fundamentarse en el *especial régimen cambiario* (PAZ-ARES), que lleva incluso a hablar de un *derecho cambiario*: aunque el legislador hubiese afirmado expresamente que la letra de cambio no tiene carácter mercantil, se habrían recogido igualmente esas soluciones. Por ejemplo, la solidaridad pasiva de los obligados cambiarios no se impone porque la letra de cambio sea mercantil —recuérdese que en el derecho mercantil español no existe expresamente presunción de solidaridad—, sino por el especial rigor de las obligaciones cambiarias y para favorecer el pago de la letra.

135

5. El derecho de la contratación.

5.1. *Consideración general.*

El derecho de las obligaciones y contratos es, sin duda, la piedra de toque de la tarea unificadora, a cuyo estudio se ha dirigido normalmente la doctrina, que en muchas ocasiones identifica unificación del derecho privado con unificación del derecho de obligaciones y contratos (la llamada *unificación parcial*), por cuanto se aprecia muy claramente la dualidad de regímenes.

La mayor parte de la doctrina, española y extranjera, se pronuncia a favor de la unificación del derecho de obligaciones y contratos, aunque difieran los cauces técnicos propuestos para ello. Baste ahora con señalar que las conclusiones del Coloquio de París, sobre unificación interna del derecho privado, celebrado en 1953, declaran, en un país en

el que aún subsiste la jurisdicción mercantil, que “en lo relativo al régimen del acto de comercio, el Coloquio parece aprobar las conclusiones presentadas por el señor Mazeaud y el señor Tunc y estimar que no está justificada ninguna particularidad”, y que “aun percibiendo esas divergencias de puntos de vista, el Coloquio se muestra al menos unánime para desear que se reduzca el particularismo del derecho mercantil y que se reduzca su ámbito”.

Este fue también el sentir general de la doctrina española en las Jornadas conmemorativas del centenario del Código de Comercio (1885-1985), celebradas en Madrid los días 18 a 21 de noviembre de 1985, en las que se concluyó, como resumió POLO, que, “discutida arduosamente en otro tiempo, parece existir hoy un general *consensus* en torno a la imperiosa necesidad de afrontar la *unificación* del derecho en este sector”.

136

5.2. *La unificación de las normas generales sobre las obligaciones.*

Como ya se ha señalado, aunque el fenómeno no esté presente de forma intensa en el derecho positivo español, la tendencia general es favorable a la emigración al Código civil de las normas especiales nacidas en el tráfico mercantil y recogidas en el Código de Comercio, por lo que la doctrina se muestra casi unánime a la hora de postular la desaparición de la *dualidad de teorías generales* en materia de obligaciones, que eliminaría de raíz muchos de los problemas de calificación.

Con todo, si se modifica la perspectiva y se analiza el *derecho positivo español*, se observa, además, que conviene desdramatizar el tema. En efecto, de un lado, el derecho civil es tan poco *formalista* como el derecho mercantil (v. art. 1.278 C.c.) y protege la *seguridad del tráfico* casi igual que el Código de Comercio (v. arts. 464 C.c. y 34 LH).

De otro lado, sobre todo, *la existencia de unas normas*

generales sobre contratación mercantil, que se opondrían a las normas generales sobre contratación civil, y que deberían ser aplicadas no sólo a los contratos doblemente regulados que fuesen calificados como mercantiles, sino también a todos aquellos de regulación única a los que se considerase mercantiles, cuya lista sería interminable (cabe citar, por encontrarse regulados en Leyes especiales, los de seguro, agencia y todos los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil) *es más aparente que real: no existe, en rigor, una teoría general de las obligaciones mercantiles.*

En efecto, de un lado, *el Código de Comercio omite, conscientemente, la mayoría de esas normas generales y se remite al derecho común*, a pesar de promulgarse antes que el Código civil: el artículo 50 establece que “los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en *todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común*”, es decir, por las *normas imperativas sobre los contratos* establecidas en el Código civil (arts. 1.261 ss.), que resultan, pues, *directamente aplicables a los contratos mercantiles.*

137

De otro lado, la lectura de los artículos 51 a 63, que contienen las “*disposiciones generales sobre los contratos de comercio*”, pone de manifiesto que *son escasos los preceptos que contienen verdaderas especialidades y que dichas especialidades son prácticamente irrelevantes.* En efecto, si se comparan con las normas del Código civil, se observa que, debido a su elaboración por separado, muchas de esas normas tienen contenido idéntico o deben interpretarse del mismo modo, o contienen diferencias poco relevantes que no harían nada complicada la unificación.

a) Ante todo, el Código de Comercio *no recoge* algunas de las más destacadas *especialidades normativas del derecho de las obligaciones*, presentes en muchos Códigos de Comercio y muchas veces después generalizadas: presunción de

solidaridad, a pesar de que la técnica de la responsabilidad solidaria se encuentre muy extendida; producción de intereses de pleno derecho desde el momento del vencimiento de la obligación; regulación de la cesión de contrato, etc.

b) Si se entra en la consideración singular de los preceptos del Código de Comercio, se observa, directamente que algunos de ellos no son más que repeticiones del Código civil, explicables por ser anterior la codificación mercantil. Así sucede con los artículos 51 y 52, respecto al principio de libertad de forma (v. arts. 1.278 a 1.280 C.c.); 53, respecto a las “convenciones ilícitas” (arts. 1.275 a 1.277 C.c.); 56, respecto a la cláusula penal (arts. 1.152 a 1.155 C.c.), ó 60, sobre cómputo de los plazos (arts. 5 y 1.130 C.c.).

138 c) Respecto a las “especialidades” de los restantes preceptos, puede afirmarse que no son contradictorias o incompatibles con las correspondientes normas del Código civil o, al menos, que no tienen demasiada relevancia: el artículo 51 se remite a los medios de prueba del Código civil (arts. 1.214 ss.), fijando algunas peculiaridades respecto al valor probatorio de los testigos y de los telegramas; el artículo 54 contiene una solución distinta a la del artículo 1.262.II del Código civil sobre perfección del contrato por correspondencia; los artículos 55 y 58 se explican únicamente por la intervención de corredores colegiados de comercio; los artículos 57 y 59 matizan en algunos aspectos las soluciones “civiles” a la interpretación de los contratos, pero sin contradicción insalvable; el artículo 61, que prohíbe a los tribunales conceder términos de gracia y cortesía, se opone al artículo 1.124,3.º del Código civil, pero no al 1.128; el artículo 62, sobre exigibilidad, y el artículo 63, sobre mora, no son tan diferentes de los correlativos civiles como a veces se ha afirmado.

d) Del mismo modo, las especialidades contenidas en el Código de Comercio en materia de *prescripción* (arts. 942 a 955), que, sin embargo, no permiten afirmar la existencia de una doctrina especial sobre la prescripción mercantil (GARRI-

GUES), se explican fácilmente por la anticipación del Código de Comercio respecto del civil, por lo que no constituyen obstáculo alguno para la unificación.

Se ha afirmado, por todo ello, con razón, que “sería sencillo refundir las escasas especialidades mercantiles dentro de una normativa unificada sobre obligaciones y contratos” (BERCOVITZ). Esta afirmación, adelantada ya por GARRIGUES y BROSETA, revela no sólo que la unificación sea fácilmente hacedera, sino también que, en el momento presente, la discusión sobre el carácter civil o mercantil de los contratos con regulación única dista mucho de tener trascendencia práctica y más bien debe entenderse como una disputa de autonomía didáctica. Existe, pues, una *cuasiunificación del derecho privado en esta materia*.

El verdadero problema no es, pues, el de la existencia de dos regímenes generales en materia de obligaciones y contratos, sino el de la *inexistencia de una normativa adecuada* —desde luego única—. Como afirma VICENT, “lo peculiar de nuestro Derecho es la oscuridad con que se establece esta división, que la doctrina no ha hecho más que aumentar. Contribuyendo así, más que en otras legislaciones, a poner de relieve el escaso fundamento que hoy tiene dicha división, frente a otras más inspiradas en la realidad del tráfico”. En efecto, la *teoría general* unificada de las obligaciones debe dar solución a las múltiples cuestiones que el Código civil y el Código de Comercio dejaron abiertas.

139

5.3. *La unificación de los contratos.*

En este punto, la cuestión fundamental ha sido siempre la del sometimiento de los no comerciantes a las normas dictadas para los comerciantes (contratos mixtos), que llevó a VIVANTE a exclamar: “Como si todos los ciudadanos estuvieran florecientes cuando florece el comercio; como si el interés supremo del consorcio social fuese la prosperidad de

los comerciantes, fuimos todos sujetos a la ley que éstos se han venido creando para proteger sus intereses. El Código ha dicho, poco más o menos, así: El que contrata con un comerciante debe sufrir la ley mercantil”.

Es evidente que, llevada a sus últimos extremos, la tesis es inadmisibile, porque el derecho mercantil no es un derecho excepcional y porque no está nada claro que el derecho especial de los comerciantes atentara a la igualdad (GIRÓN), pero no lo es menos que, ante los contratos con duplicidad de regímenes, la regla debe ser que el contrato en el que intervenga un no comerciante se rija por las normas comunes y no por las especiales.

140

Cabe tan sólo recordar aquí que la doctrina de los actos mixtos constituye, en realidad, un falso problema en el derecho español, porque no es cierto, con carácter general, que, cuando contraten un comerciante y un no comerciante, la disciplina aplicable vaya a ser la mercantil y no la civil, como no es tampoco cierto que pueda someterse a los particulares a los usos de comercio (v. art. 2 C. de C.), establecidos exclusivamente en interés de los profesionales del tráfico. Como ya se vio, *dicha solución no sólo no es la que se desprende de los complejos criterios de calificación establecidos por el Código de Comercio, sino que, además, resulta claramente desmentida a partir de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.*

Hay que señalar, además, que, como ocurre en el caso de las sociedades, los tribunales se ven obligados a una *compleja labor calificadora* previa para decidir si el contrato es civil o mercantil, sin que exista un único criterio para todos los contratos, que la doctrina se ha esforzado inútilmente en encontrar, y ni tan siquiera un criterio claro de delimitación para cada uno de ellos. Como ya se ha afirmado, los criterios de calificación de mercantilidad de los contratos doblemente regulados obedecen simplemente a una decisión legislativa de la época codificadora, lo que ocasiona graves dificultades interpretativas.

Si se desciende al análisis del régimen jurídico de los contratos doblemente regulados, se observa algo muy significativo: que *las diferencias son realmente escasas*. Los contratos con doble regulación son sólo siete: la comisión, el depósito, el préstamo, la compraventa, la permuta, el transporte y la fianza. Ningún problema plantean la *permuta* (art. 346 C. de C.), pues el Código de Comercio no sólo no la regula, sino que ni siquiera dice cuándo es mercantil, por lo que son extensibles las afirmaciones que se realicen para la compraventa; el *transporte*, ya que los artículos 1.601 a 1.603 del Código civil se remiten, en rigor, al Código de Comercio, y la *fianza* (arts. 439 a 442 C. de C.), porque las especialidades mercantiles son mínimas y de muy poca trascendencia, de modo que serían fácilmente eliminables.

Los demás contratos referidos tienen una *doble regulación* extensa; pero si se analizan con cierto detenimiento las normativas respectivas se comprueba fácilmente que *no sólo no hay obstáculos para la unificación, sino que la mayoría de las normas se inspiran en criterios similares, de modo que se alcanzan soluciones parecidas*:

a) Así sucede con el *mandato* y la *comisión*, cuyas diferencias son poco significativas y de carácter puramente dispositivo, reduciéndose al carácter naturalmente gratuito o retribuido (arts. 1.711 C.c. y 277 C. de C.), a la facilidad de designar sustitutos y al régimen de la sustitución (arts. 1.721 C.c. y 261 y 262 C. de C.), al privilegio —de dudosa justicia— del comisionista (art. 276; v. art. 1.730 C.c.) y a la extinción o no por fallecimiento del mandante (arts. 1.732 C.c. y 280 C. de C.). Las normas de la comisión se explican por la circunstancia de que el Código de Comercio es anterior al Código civil, de modo que abunda la repetición de normas (v. gr., arts. 245, 246, 247, 249, 250, 252, 253, 254, 256, 263, 278, 279 C. de C.), o por referirse a cuestiones específicas no reguladas en el Código civil (arts. 248, 251, 255, 257, 258, 259, 260, 264, 265, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274 y 275 C. de C.). Es sumamente significa-

tivo, en fin, que el Código de Comercio acoja, en materia de autocontratación la tradicional solución restrictiva propia del ordenamiento civil (art. 267 C. de C.; v. art. 1.459,2.º C.c.). Todo ello hace patente la inutilidad de una doble regulación.

b) Así sucede también con el contrato de *depósito*. En efecto, el Código de Comercio se limita a sancionar su carácter naturalmente retribuido (art. 304), frente al carácter naturalmente gratuito del depósito civil (art. 1.760 C.c.); a señalar que el depósito quedará constituido con la entrega (art. 305), lo que da por sentado el Código civil (art. 1.758); a establecer las obligaciones de conservación y devolución del depositario (art. 306 C. de C.) del mismo modo que el Código civil (arts. 1.766 y 1.770); a regular el depósito de numerario y de títulos, valores o efectos (arts. 307 y 308); a privar al depositario de la facultad de usar las cosas depositadas (art. 309; v. art. 1.768 C.c.), y a sentar una —hoy— incomprensible norma sobre la preferencia de los estatutos de las compañías (art. 310), terminando su regulación con la significativa referencia a que “las reglas del Derecho común (...) son aplicables a todos los depósitos” (art. 310 *in fine*).

Existe, además, una modalidad de depósito regulada de forma unitaria: el depósito en almacenes generales (RD de 22 de septiembre de 1917).

c) En el contrato de *préstamo*, puede observarse que la escasa regulación contenida en el Código civil no hace sino dictar reglas generales, reiterar algunas de las normas contenidas en la más extensa regulación del Código de Comercio, y, paradójicamente, dictar normas más “mercantiles” que sus paralelas del Código de Comercio: mientras en el préstamo mercantil el pacto de intereses ha de constar por escrito (art. 314 C. de C.), en el civil basta el pacto expreso (art. 1.755 C.c.); el artículo 1.756 del Código civil establece que “el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados no puede reclamarlos ni imputarlos al capital”. Todo

ello aboga también claramente por una unificación del régimen de este contrato, algo que se produjo ya parcialmente con la Ley de 23 de julio de 1908 sobre represión de la usura.

d) Las diferencias de régimen jurídico no son tampoco sustanciales en el contrato de *compraventa*, paradigma de la contratación y paradigma asimismo de las dificultades calificadoras por la peculiar estructura y contenido de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio. En efecto, de un lado, el Código de Comercio se limita a regular la compraventa de *bienes muebles* —lo que priva de sentido al problema de la calificación de la compraventa de inmuebles—, y, más en concreto de *mercaderías* —lo que hace, al menos, dudar del carácter mercantil de la compraventa de establecimiento mercantil, de buques, e incluso de títulos-valores—, y puede hablarse ya de unificación en los contratos de compraventa a plazos de bienes muebles (Ley 50/1965, de 17 de julio, de ventas de bienes muebles a plazos).

143

De otro lado, cuando se comparan las respectivas regulaciones, puede afirmarse (VICENT) que las diferencias legales no son tan marcadas como la interpretación doctrinal ha querido señalar y, sobre todo, que en los últimos tiempos se observa la tendencia a destacar las coincidencias y aproximar las soluciones de los dos Códigos. Junto a normas reiterativas y otras específicas del tráfico de mercaderías que no tienen acomodo en el Código civil, las diferencias básicas se centran en las obligaciones de entrega y saneamiento y en el problema de la transmisión de los riesgos, de forma que, aunque las diferencias son ciertamente significativas, la unificación sería fácilmente hacedera.

Todo ello hace inadmisibles aquellas posiciones doctrinales consistentes en acentuar —cuando no exagerar— las especialidades de los contratos mercantiles respecto de sus homólogos civiles, con la intención de “justificar” la sustantividad del derecho mercantil, y demuestra que las dificultades no están tanto en la tarea unificadora cuanto en el

establecimiento de un régimen jurídico adecuado, de carácter unitario.

5.4. *De la unificación formal a la unificación sustancial.*

La *unificación formal* del derecho privado de la contratación llevaría aparejada su *unificación sustancial*. Para llegar a esa conclusión, hay que recordar que, a la hora de plantear el problema de la unificación, una parte significativa de la doctrina considera *mercantiles los contratos celebrados entre empresarios y aquellos en que es necesaria la presencia de empresarios (contratos de empresa), con independencia del lugar en que se encuentren regulados.*

Con ese modo de argumentar se incurre en un grave prejuicio, porque el verdadero sentido de la unificación es, precisamente, evitar en el ámbito de la disciplina privada del contrato una dicotomía basada en un criterio subjetivo, cual es la presencia de un empresario. Como ya objetó LANGLE, “si el contrato fuese de los *inconcebibles* sin participación de una empresa, se regiría por el Código de Comercio, y si, por el contrario, fuese concebible sin aquélla, caería dentro del Código de obligaciones. No obstante, es claro que toda empresa mercantil, por el hecho de serlo, actúa siempre comercialmente, y es notorio, asimismo, que sus actividades siempre van dirigidas al público. Tememos que este criterio discriminativo tropezase en la práctica con serios escollos y no llegase a satisfacer a una ni a otra parte contratante”.

O, como se pregunta SUÁREZ LLANOS, con mayor rotundidad, “¿para qué descender a la mercantilidad del acto singular, si una y única es su disciplina jurídica? En pura lógica, la categoría de los contratos mercantiles sólo se concibe allí donde el ordenamiento positivo propone reglas jurídicas diferenciadas para realidades contractuales de un mismo tipo que, sin embargo, puedan ponerse en relación, bien con un tráfico profesional o bien con una actuación aislada y, por

tanto, no profesional. No existen contratos mercantiles *per se, sub specie aeternitatis*, a espaldas de un concreto modo de ser histórico del derecho positivo”. Añade el referido autor que “si la categoría de los contratos *ontológicamente* mercantiles ha de poseer alguna trascendencia fuera de un plano estrictamente especulativo y académico, no se ve la razón por la que esa trascendencia habría de limitarse a los contratos que así se califican y no debería extenderse a todos aquellos otros contratos que, no ya ontológicamente, pero sí existencialmente, forman parte de la actividad normal de otras empresas, como la compraventa de inmuebles, el depósito, el transporte y el arrendamiento de obras”. El verdadero problema, como apunta SÁNCHEZ CALERO, es que los llamados contratos de empresa tipificados socialmente cuenten con una tipificación legislativa, que se inserte en el sistema del derecho de obligaciones y contratos, cuya parte general pueda integrar las deficiencias de la parte especial y aportar soluciones a los problemas de la realidad que el legislador no haya podido prever.

145

Además, hay que ser respetuosos con el derecho positivo. El análisis de los criterios de mercantilidad dispuestos por el Código de Comercio para los contratos doblemente regulados demuestra —como ya se señaló— que la categoría de los contratos de empresa es una importación en el derecho español, porque la mayoría de dichos contratos de empresa son, en rigor, civiles, y el análisis de las normas de *protección de los consumidores* revela que *los actos mixtos se someten, ante todo, a las normas sobre consumidores, sustancialmente unificadas, y, subsidiariamente, a las normas civiles y mercantiles (art. 7 LGDCU)*.

5.5. *Los avances en la unificación.*

También en esta materia se pueden observar importantes progresos unificadores, partiendo del fenómeno de la sectorialización del derecho privado, que lleva a hablar de un

derecho bancario, de un derecho de seguros, de un derecho del transporte y de un derecho del mercado de valores, en los que el Código de Comercio y, en su caso, el Código civil resultan *superados* por toda una serie de leyes en las que se manifiesta claramente la *crisis* de la separación derecho público-derecho privado.

Además, se han dictado varias Leyes significativas:

a) La Ley 50/1965, de 17 de julio, de ventas de bienes muebles a plazos, claro precedente de las normas de defensa de los consumidores, unifica de hecho la compraventa a plazos de bienes muebles, ya que, en adelante, carece de sentido preguntarse por su carácter civil o mercantil.

b) La Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la defensa de Consumidores y Usuarios*, como se ha señalado reiteradamente, a pesar de su deficiente técnica, llega a un resultado relativamente unificador de la normativa de los contratos, al dejar sentado que la Ley se aplicará, en todo caso, con preferencia a las normas civiles y mercantiles (art. 7). Se trata, obvio es decirlo, de una *Ley General*, que se antepone a la legislación mercantil y a la legislación civil, lo que supone, en expresión gráfica de FONT GALÁN, una *desespecialización* del derecho mercantil, en cuanto cierto sector pasa a ser regulado por una ley *general* o *común*.

c) La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de *Contrato de Seguro* opta no sólo por la descodificación, derogando expresamente los artículos 1.791 a 1.797 del Código civil y 380 a 438 del Código de Comercio (disposición final), sino también por la *unificación* del contrato de seguro, ya que, a partir de entonces, no habrá contratos de seguro civiles y mercantiles. Encontramos, pues, una manifestación clara de la conocida admonición de ASCARELLI según la cual se sustituiría el articulado de los Códigos civil y de comercio por una nueva ley inspirada en principios más avanzados, propios del derecho mercantil contemporáneo.

d) La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad* establece (art. 9) que “los contratos publicitarios se

regirán por las normas contenidas en el presente Título y, en su defecto, por las *reglas generales de Derecho común*". Ya el *Estatuto de la Publicidad* de 1964 señalaba (art. 4) que los contratos publicitarios se regirían por los pactos celebrados válidamente entre las partes "que no sean contrarios a lo dispuesto en el presente Estatuto; en su defecto, por las normas de éste, subsidiariamente por los usos comerciales y, en último término, por las normas de Derecho común", lo que se interpretó (DE LA CUESTA) como una clara manifestación del fenómeno de la unidad del ordenamiento jurídico privado. La desaparición en la Ley de 1988 de la referencia expresa a los usos comerciales abona aún más esa tesis.

e) La Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre *Contrato de Agencia*, aunque supone, a primera vista, un paso atrás en la unificación, ya que su Exposición de Motivos afirma que "el *carácter mercantil* de este contrato está fuera de toda duda" y, a lo largo del articulado, se refiere repetidamente a la realización de "actos de comercio", no debe sobrevalorarse. La propia Exposición de Motivos reconoce que su calificación como mercantil resulta obligada "en los ordenamientos jurídicos que disponen de una doble disciplina contractual, como el español", afirmación que debe completarse en el sentido de que calificar ese contrato como mercantil carece, en rigor, de virtualidad práctica, porque no existe un contrato de agencia civil y porque las lagunas de la Ley deberán llenarse acudiendo al contrato de comisión —cuyas diferencias con el mandato no son significativas— y a la teoría general de las obligaciones y contratos, contenida en realidad en el Código civil. Como si la Ley fuera consciente de la inutilidad de la calificación como mercantil del contrato, dispone expresamente que, "salvo disposición contraria de la presente Ley, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de Comercio" (art. 4). En efecto, dicha aplicación se derivaría automáticamente del carácter mercantil

del contrato; además, la Ley regula de forma específica la prescripción (art. 31), de modo que no se comprende qué normas del Código de Comercio —y no del Código civil— serán aplicables, como no sea la relativa a la interrupción de la prescripción (art. 944).

Igualmente significativa es la afirmación de la Exposición de Motivos de que “dicho carácter mercantil no condiciona la solución al problema de técnica legislativa”. En efecto, se ha optado por una Ley especial y no por incluir la regulación en el Código de Comercio, que no hubiera sido técnicamente impropio.

Quizá la “obsesión” del legislador no vaya dirigida tanto a negar su carácter de contrato civil, y por ende, a entorpecer la unificación del derecho privado, cuanto a separarlo claramente de las relaciones laborales (arts. 1 y 2).

148 f) La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, merece una valoración idéntica a la de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Se trata de una Ley general, cuyos preceptos, como señala la Exposición de Motivos, “afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento, eficacia y ejecución de los contratos, en *materias reguladas por los Códigos civil y de comercio*”.

6. El derecho concursal.

Dejando a un lado ahora la circunstancia de que fue la doctrina española del siglo XVII (SALGADO DE SOMOZA) la que elaboró un sistema concursal de derecho común que tanta influencia tendría en el derecho alemán, existen dos argumentos que hacen que la unificación del derecho concursal sea, más que deseable, necesaria. El primero, se extrae de su naturaleza bifronte: existe una vertiente *procesal*, porque es esencial la intervención de un órgano jurisdiccional y porque consta de verdaderos procedimientos; pero existe también una vertiente *sustantiva*, porque la apertura de esos procedimientos produce efectos importantes sobre el

deudor, sus acreedores e incluso los terceros. Sin perjuicio de reafirmar el carácter unitario de ese conjunto normativo, que ha llevado a postular la *autonomía del derecho concursal*, parece obvio que a su propia complejidad intrínseca repugna la idea de procedimientos distintos por razones subjetivas.

El segundo argumento se deduce del mosaico legislativo en que consiste el derecho concursal español. Su regulación en textos tan variados y de tan diferente significación temporal y conceptual como el Código de Comercio de 1829 —aun vigente en buena medida—, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código de Comercio, el Código civil y la Ley de Suspensión de Pagos hace que la unificación legislativa sea estrictamente necesaria.

Por si ello fuera poco, las diferencias que pueden encontrarse entre el concurso de acreedores y la quiebra son escasas y radican, sobre todo, en el diferente trato que se aplica al comerciante (arresto, eventuales sanciones penales, mayores dificultades para la rehabilitación), a quien se consideraba que, por razón de su profesión, hay que tratar con mayor rigor, afirmación que hoy no puede mantenerse; en la existencia en la quiebra de un órgano añadido —el comisario— explicable históricamente por la complejidad del comercio para los jueces, y en la existencia en la quiebra de la temida retroacción, que, francamente, no puede mantenerse por más tiempo, ni siquiera reinterpretada por la doctrina y —en parte— por la jurisprudencia. La razón de esa similitud es que, a diferencia de lo sucedido en otras materias, el derecho concursal especial no es una rama desgajada del tronco común para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil, sino una creación primaria del ordenamiento, que, más tarde, es adoptada por el legislador común para dictar un conjunto de normas aplicables, como derecho común, a todas las situaciones concursales no especiales.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el derecho concursal es la verdadera piedra de toque para la calificación

de un sujeto como comerciante o no en el derecho vigente, pues cuando realmente importa determinar si alguien es “comerciante” es para someterlo o no al procedimiento de quiebra. En este sentido, destaca recientemente MENÉNDEZ que “las diferencias entre los procedimientos civiles y los mercantiles (...) hacen que situaciones similares sean tratadas de modo distinto, según que el deudor merezca o no la calificación —a menudo más formal que sustancial— de comerciante”. Esa desigualdad de trato no puede mantenerse por más tiempo.

De otro lado, la unificación del derecho concursal vendría, en buena medida, exigida por la unificación del derecho de sociedades y de obligaciones y contratos.

150 Obsérvese, en fin, que la unificación del derecho concursal está incluso más extendida que la del derecho de obligaciones y contratos. Baste citar los ejemplos recientes de Alemania (*Insolvenzordnung* —*InsO*— de 1994, aunque ya desde la *Konkursordnung* —*KO*— de 1877), Portugal (Ley de 1993), Francia (Ley de 1985).

No puede extrañar, por ello, que también en este punto reine casi la unanimidad en la doctrina española sobre la necesidad de la unificación. Para GARRIGUES, el derecho concursal también tendría que instalarse en el “Código del tráfico en general”. Haciéndose eco de esas palabras, ya en 1959, en el seno del Instituto de Estudios Políticos, se redactó un anteproyecto de Ley Concursal, que unificaba la legislación concursal para comerciantes y no comerciantes. Su Exposición de Motivos no podía ser más elocuente: “El derecho vigente, siguiendo la tradición de las Ordenanzas de Bilbao y el modelo del Código de Comercio francés a través del Código de Comercio español de 1829, regula la quiebra como institución propia y exclusiva de los comerciantes, y para los no comerciantes reserva el antiguo concurso de acreedores en el que aparece la cesión de bienes a éstos bajo la forma de juicio voluntario. En realidad *no hay ninguna razón de peso que justifique el diverso trata-*

miento de la insolvencia según que el deudor sea o no comerciante. Las razones que aconsejan establecer un sistema de ejecución colectiva cuando el patrimonio no es bastante para satisfacer todos los créditos pendientes son las mismas, sea cual fuere la naturaleza del deudor. En definitiva, lo que se perseguía con el procedimiento de quiebra destinado exclusivamente a los comerciantes era hacer más riguroso el procedimiento y las medidas personales contra el deudor... Pero una vez que en nuestro sistema se admitía el procedimiento de la suspensión de pagos..., en la que se dulcificaban las consecuencias de la quiebra descartando las sanciones personales contra el comerciante, realmente *no parece que exista ninguna razón atendible para mantener la separación* entre concurso de acreedores y quiebra”.

En la misma línea se movía el malogrado Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, elaborado por la Comisión General de Codificación, cuya Exposición de Motivos daba por sentada la necesidad de la unificación, limitándose a señalar que se supera “la diversidad de régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor”.

En fin, las Bases actuales para la elaboración de una Ley Concursal, de 23 de junio de 1994, vinculan a la Comisión General de Codificación para no distinguir entre procedimientos civiles y comerciales, de modo que los trabajos de elaboración de la futura Ley Concursal —ya avanzados— marchan por ese camino, previendo que “la declaración judicial de concurso procederá respecto de *cualquier deudor*”.

7. El pretendido obstáculo constitucional para la unificación legislativa del derecho privado.

7.1. *Planteamiento del problema.*

Se ha afirmado recientemente (OLIVENCIA) que la consagración constitucional de la diferencia entre legislación mercantil y legislación civil forzosamente ha de dificultar la

unificación del derecho privado, porque, mientras la competencia estatal sobre la legislación mercantil se ostenta de forma exclusiva y total, en materia civil se reconocen a las Comunidades Autónomas facultades “para la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales” (art. 149.1.8.º), lo que equivale a decir que, mientras *la legislación mercantil ha de ser única en todo el Estado*, como medio de lograr la *unidad de mercado*, la posibilidad de *regímenes civiles diversos* se encuentra expresamente reconocida. La consecuencia —afirma— es clara: la Constitución bloquea la posibilidad de lograr una *unificación sustancial* del derecho privado, ya que, mientras no se produzca una reforma constitucional, *será preciso distinguir entre materia civil y materia mercantil*, a efectos de determinar si la competencia corresponde en exclusiva al Estado o si, por el contrario, las Comunidades Autónomas pueden asumir alguna competencia en la materia.

7.2. *Relativización del obstáculo.*

Sin embargo, esas afirmaciones deben ser convenientemente matizadas. No se trata ahora de reiterar la afirmación de que la Constitución se limita a recoger una distinción entre legislación civil y legislación mercantil existente en el momento de promulgarse, sin consagrar, en absoluto, la autonomía sustancial del derecho mercantil. Se trata, más bien, de determinar el significado de la distinción constitucional, cuyo *carácter instrumental* parece manifiesto, y de valorar adecuadamente el *principio de unidad de mercado*.

La referencia constitucional separada a la legislación civil y a la legislación mercantil *no significa, en modo alguno, negar la posibilidad de una unificación formal del derecho privado*, que es lo que a la postre parece necesario. Ello es así porque la necesidad de determinar qué es lo mercantil y qué es lo civil se impone exclusivamente a efectos de dilu-

cidar si existe o no competencia de las Comunidades Autónomas, juicio que puede llevarse a cabo en cualquier ley de derecho privado, formalmente unificada o no. El reconocimiento constitucional de la distinción tiene, pues, *carácter simplemente instrumental*, por lo que no impide la unificación del derecho privado (Rojo).

El carácter instrumental de la distinción ha sido puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia de 8 de julio de 1993 sobre la regulación establecida por la Ley valenciana de Comercio en torno al “régimen administrativo de la actividad comercial”, cuyo artículo 3 dispone que la actividad empresarial “podrá realizarse por quienes tengan la capacidad jurídica necesaria y cumplan con la legislación vigente en la materia” y fija los “requisitos generales para el ejercicio de la actividad comercial”. El Tribunal Constitucional comienza señalando que, “como el Estado posee competencia exclusiva en *materia mercantil* (art. 149.1.6 CE), el legislador autonómico, en el ejercicio de su competencia sobre comercio interior, no puede entrar a regular ámbitos de la actividad mercantil que correspondan al Estado, como, precisamente, la capacidad para el ejercicio del comercio”. Añade que no es dudoso que “el legislador autonómico se halle facultado para establecer un registro de los comerciantes que operan en su Comunidad, si dicho registro sólo posee un carácter simplemente administrativo y, por tanto, la inscripción en el mismo no tiene carácter constitutivo para el ejercicio del comercio. Ni tampoco que pueda establecer requisitos de índole puramente administrativa para el ejercicio de la actividad comercial”. Pero más adelante se ve obligado a señalar que “el legislador autonómico se ha limitado a utilizar conceptos o categorías generales propios de la legislación estatal, cuyo significado jurídico sólo podrá establecerse por remisión a la *legislación civil o mercantil* a la que pertenecen”, *introduciendo de forma clara el dato de la relatividad en la pertenencia a la materia civil o mercantil*.

La lectura de otros preceptos constitucionales relativiza todavía más el obstáculo y lleva a pensar que es realmente inexistente. En efecto, la atribución al Estado de la competencia exclusiva para legislar sobre las “bases de las obligaciones contractuales” supone que la Constitución no impide la unificación sustancial en aquellos sectores en los que existe duplicidad de regulaciones (sociedades, obligaciones y contratos y procedimientos concursales). Es cierto que las competencias autonómicas en materia *contractual y de sociedades* distan mucho de ser residuales, tanto porque las Comunidades Autónomas con competencia sobre legislación civil podrán dictar normas respetando los principios básicos sentados por el Estado sobre las obligaciones contractuales (v. gr., Ley catalana de garantías), como porque el establecimiento por el Estado de las bases de una materia no puede llegar a tal grado de desarrollo que vacíe de contenido las competencias autonómicas (SSTC de 28 de enero y 8 de febrero de 1982); pero no lo es menos que el principio de unidad de mercado no proyecta su aplicación sólo sobre la “legislación mercantil”, sino también sobre las obligaciones contractuales, porque no puede desconocerse que el contrato es el instrumento fundamental de actuación en el mercado. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que a través de normas autonómicas no se deben introducir “derechos ni obligaciones en el marco de las *relaciones contractuales privadas*” (STC de 1 de julio de 1986).

El principio de unidad de mercado se extiende, lógicamente, al *derecho concursal*, ya que no puede admitirse la existencia de procedimientos concursales distintos en las diferentes Comunidades Autónomas. Además, al derecho concursal resultaría aplicable la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación procesal (art. 149.1.6.^a CE), que deja a salvo únicamente “las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho *sustantivo* de las Comunidades Autónomas”, particularidades que no pueden darse en esta materia.

A ello debe unirse, como ha señalado VICENT, la consideración de otros principios constitucionales que se pueden ver afectados por la duplicidad normativa. Así sucede con el principio de *seguridad jurídica*, respecto a la calificación de un contrato como civil o mercantil, o incluso con el de *igualdad ante la ley*, ante el reconocimiento de preferencia de los créditos mercantiles sobre los civiles en caso de quiebra.

IV. La unificación del derecho privado en los ordenamientos más significativos

1. Consideración general.

En los países de tradición jurídica anglosajona *no cabe plantear en rigor la separación entre derecho civil y derecho mercantil*, porque el *common law* es un ordenamiento general que se aplica a todas las personas y a todas las relaciones jurídicas. La “materia mercantil”, como la civil, esté regida por el *common law*, como ordenamiento general, y sujeta a la competencia de los tribunales ordinarios. La flexibilidad y capacidad de adaptación del sistema a las más variadas necesidades hace que no se sienta la necesidad de un derecho especial.

Como ya se señaló, en *Inglaterra* existieron usos mercantiles propios de los mercaderes que se aplicaban por tribunales especiales, tal y como sucedió en el continente, aunque contemplados como un cuerpo jurídico uniforme no nacional (*lex mercatoria* o *law merchant*). Con la formación de los Estados nacionales, los usos comerciales internacionales se incorporan a cada uno de los ordenamientos y es aquí donde se encuentra la razón de la diversidad: no hubo necesidad de crear un nuevo derecho, porque el *common law* fue absorbiendo (“nacionalizando”) poco a poco los usos internacionales de los comerciantes. Como hitos de

este proceso de absorción suelen citarse la desaparición de las jurisdicciones especiales con la correspondiente absorción por los tribunales comunes (1606), el caso *Bronwich versus Loyd* (1699), que es un claro exponente de *generalización* de la letra de cambio, y, como culminación, la labor de Lord Mansfield al frente de la corte de Londres entre 1756 y 1788, período en el que los usos comerciales terminan por integrarse en el sistema de *common law*. En definitiva, la fusión se produce por la absorción del *law merchant* por el *common law* como una consecuencia clara de la elasticidad del sistema, que hace innecesaria la subsistencia de un derecho especial.

156

Ciertamente, eso no significa negar que la *materia mercantil*, al modo en que se entiende en los sistemas continentales, tenga relevancia propia como categoría que describe un sector de la realidad, aunque tampoco resulta fácil acotar ese sector. Podría afirmarse que el derecho mercantil goza de una autonomía científica (*commercial law*); pero el problema de la división y de la unificación del derecho privado carece por completo de sentido. Como resume GIRÓN, “es inútil proponerse el tema: no existen cuerpos legales, como nuestros Códigos, que enfrenten partes del ordenamiento jurídico, que, a su vez, requieran, por razones de sistema, de un acotamiento o delimitación. Por ello los juristas ingleses, atentos primordialmente a este hecho, indican que el Derecho mercantil carece de sustantividad”.

Aunque esas afirmaciones son aplicables igualmente al *derecho estadounidense*, la diversidad legislativa estatal y federal, que origina un complejo sistema normativo en el que la interpretación judicial juega un papel preponderante, ha reconducido la cuestión a otros términos, propiciando la promulgación del *Uniform Commercial Code*. Con el objetivo de evitar las restricciones al comercio que la variedad de leyes estatales podían crear, un cuerpo de expertos, promovidos por el *American Law Institute*, elaboró ese texto, con la pretensión de recoger las reglas más importantes de esta

particular disciplina, a la vez que se establecía un amplio acuerdo de uniformidad e integración, que no era posible instaurar a través de una ley ordinaria (*statute ordinary*).

Ahora bien, el derecho comercial se configura como un apartado particular del *derecho de obligaciones*. Es imposible para el código comercial operar como un cuerpo legal independiente de la ley general. Por el contrario, habrá que observar los principios legales y de equidad, incluyendo tanto las reglas de los comerciantes como las relativas a capacidad para contratar, y sus causas de validez o invalidez. En este sentido, podría entenderse que *existe una verdadera unificación del derecho privado*, puesto que los principios generales son aplicables siempre, con independencia del sector específico del ordenamiento privado de que se trate.

En definitiva, en el derecho norteamericano hay que distinguir dos aspectos. Por un lado, *no es posible hablar de un derecho privado, ni siquiera comercial, uniforme*. Por otro lado, en el seno de esa diversidad sí puede entenderse que *existe un derecho privado unificado*, puesto que los principios y conceptos generales estipulados resultan aplicables a todos los sectores del ordenamiento privado, con independencia de que determinadas disciplinas reciban, de forma añadida, una regulación específica. Esa reglamentación no es obstáculo para la aplicación de las disposiciones generales elaboradas sin distinción alguna de sectores en el derecho privado. Más aún, gran parte de las disposiciones del *Uniform Commercial Code* se aplican sin distinguir entre transacciones comerciales y contratos entre empresas y personas privadas.

Es en los países de derecho continental donde se plantea el problema de la naturaleza del derecho mercantil como *especial*, separado del común y, en consecuencia, autónomo respecto del civil. Como se ha visto, la propia evolución del derecho especial hace que la culminación lógica sea la unificación del derecho privado: cuando la materia, en su origen especial, se extiende progresivamente hasta informar

todo el ordenamiento, es lógico que desaparezca la diferencia entre derecho civil y derecho mercantil, que el derecho especial sea absorbido por el derecho común.

Algunos derechos, como el suizo (Código de las Obligaciones, 1881), el italiano (*codice civile*, 1942) o el holandés (Código civil, 1992) han culminado el proceso: en esos ordenamientos no existe ya diferencia alguna entre obligaciones y contratos civiles y mercantiles. Desaparece la autonomía legislativa del derecho mercantil y, en consecuencia, el propio derecho mercantil como especial frente al derecho civil, aunque se discuta todavía si puede identificarse una materia que justifique la subsistencia del derecho mercantil. Es manifiesta la autonomía académica (docente e investigadora); pero, como señala OLIVENCIA, “más como una división de estas tareas que como identificación de una dicotomía del Derecho objetivo privado, que se ha extinguido en tales ordenamientos”.

158

Por el contrario, el derecho mercantil subsiste como categoría autónoma en países tan significativos como Francia y Alemania.

Tanto en los ordenamientos unificados como en los no unificados se aprecia una clara tendencia a la *disgregación* del clásico derecho mercantil, que se divide en nuevas ramas en un proceso que ya parece imparable: derecho de sociedades, derecho de los títulos-valores, derecho bancario, derecho bursátil, derecho de seguros, derecho de la navegación, derecho concursal, que, cada vez más, adquieren incluso autonomía didáctica.

2. Ordenamientos unificados.

2.1. Suiza.

Mientras en otros países europeos se discutía en torno a la doctrina de los actos de comercio y surgían las primeras tesis unificadoras, en 1881, en base a los trabajos de MUN-

ZINGER, se promulga la Ley Federal sobre el Derecho de Obligaciones. El *Obligationenrecht* contiene básicamente dos partes. La primera, referente a la regulación de las relaciones jurídico-obligacionales que constituirían formalmente “derecho civil”. La segunda, constituida por las disposiciones hasta entonces mercantiles, prescinde de toda referencia formal al comerciante. En 1897 se promulga el *Zivilgesetzbuch*, en el que se incluye el *Obligationenrecht*. En 1911 y en 1936 se procede a sendas revisiones y queda consumada la primera muestra continental de unificación del derecho privado.

Firme el dato de la *unificación formal* del derecho privado, se discute, sin embargo, en torno a la existencia o no de una *unificación sustancial*. La afirmación más extendida es la de que la promulgación del Código de las Obligaciones de 1881, que unifica la materia civil y la mercantil, obedeció a razones políticas, consistentes en fomentar la cohesión entre los diversos cantones, caracterizados por la diversidad en sus instituciones civiles, y en evitar la existencia de un derecho de clase, por lo que subsistiría un derecho mercantil sustancial (OFTINGER, GIRÓN); pero lo cierto es que el Código unifica el derecho privado y no dicta normas para delimitar la materia civil y la mercantil. No existe una dualidad de regulación (civil y mercantil) para las obligaciones y los contratos, sino una regulación única. MUNZINGER prescindió deliberadamente de la técnica de acotamiento mediante los actos de comercio, por considerar que su eficacia delimitadora era nula tanto desde un punto de vista dogmático como práctico. Como subraya otra parte de la doctrina (RAISCH, EIZAGUIRRE), no puede desconocerse el alto grado de *unificación funcional y efectiva* alcanzado en el ámbito de las relaciones obligacionales, en el que la regulación unitaria toma debidamente en consideración las necesidades del tráfico.

Se afirma también que existen instituciones típicamente mercantiles que se han llevado indebidamente al Código de

las Obligaciones, pero ello no constituye sino una petición de principio, porque la doctrina se esfuerza en delimitar el ámbito de la materia "mercantil" a través de los más diversos criterios en un esfuerzo claro por conservar la *autonomía académica*.

2.2. Italia.

Como ya se señaló, la tesis unificadora tuvo en Italia un magnífico defensor en la figura de VIVANTE, cuya influencia en la unificación del derecho privado en aquel país se mantendría a pesar de su posterior "conversión". Sin embargo, la polémica doctrinal que habría de desembocar en el *Codice Civile*, de 1942, se inicia con la recepción de la doctrina de la empresa, cuyo gran impulsor fue MOSSA.

160

El significado del *Codice civile* de 1942 sobre la unificación del derecho privado no deja de ser discutido. Mientras unos autores afirman que la idea de la contraposición entre derecho civil y derecho mercantil, que se mantuvo en los proyectos de reforma del Código de Comercio de 1923 (Proyecto Vivante), de 1925 (Proyecto de la Comisión Real) y de 1940 (Proyecto Asquini), fue vencida por la voluntad política del régimen fascista tendente a superar la lucha e intereses de clase en nombre de un superior interés corporativo de la nación, que impuso la unificación de ambos códigos, otros sostienen que la codificación italiana es frecuentemente poco conocida y mal valorada, como "obra del régimen"; que, en realidad, el *codice civile* tiene sus precedentes tanto en las numerosas Comisiones de reforma de los Códigos como, sobre todo, en la Comisión ítalo-francesa para un Código uniforme de las obligaciones, que influyó decisivamente en el Libro de las obligaciones, y, sobre todo, que la abolición del Código de Comercio no ha tenido un contenido puramente formal consistente en sustituir el derecho mercantil por un derecho de la empresa, sino que responde precisamente a aquel movimiento que, a través de la

progresiva extensión del ámbito de aplicación de las normas del derecho mercantil, había planteado el problema de la unificación del derecho de las obligaciones.

La unificación no se produce tanto por la desaparición del derecho mercantil cuanto por la generalización de los principios inspiradores del Código de Comercio, esto es, por la *comercialización del derecho privado*. Se advierte incluso que la Exposición de Motivos del Código justifica la desaparición del antiguo derecho civil por la circunstancia de que “el *bonus pater familias* ha devenido actualmente empresario”. La causa de esa evolución hay que buscarla tanto en las propias razones ideológicas del régimen fascista que impera en Italia a la promulgación del Código civil, ya que la existencia de un Código de Comercio que regulase las relaciones jurídico-económicas de una determinada clase social resultaba incompatible con las propias exigencias del corporativismo fascista, como, sobre todo, en la propia situación económica que subyace a la sociedad capitalista moderna, que provocó la extensión del derecho mercantil a todas las relaciones obligatorias surgidas en el derecho privado, de modo que se hace innecesario un derecho especial.

161

Ciertamente, la existencia de una mercantilidad académica hace que abunden los intentos de afirmar la *subsistencia* del derecho mercantil como categoría sustantiva. Así, se afirma que el derecho mercantil se diferencia del resto de las normas contenidas en el Código civil por la *especialidad de la materia regulada*, especialidad que actúa no ya desde el punto de vista formal, sino en relación al contenido, o que las relaciones económico-privadas de producción e intercambio de bienes, propias del derecho mercantil, presentan un carácter dinámico o funcional, mientras aquellas predicables del tradicional derecho civil se presentan más bien en un aspecto estático.

Lo que nadie discute es que ya *no es posible continuar hablando de dos sistemas normativos contrapuestos o autóno-*

mos que disciplinan de modo diferente una misma materia, sino que lo que existe es un sistema unitario que regula todas las relaciones. En este sentido, se observa que desaparece la posibilidad de la analogía preferente de las normas mercantiles sobre las civiles, o que desaparece la tradicional prevalencia de los usos mercantiles sobre las normas contenidas en el Código civil o que las normas dictadas en el ámbito civil, en cuanto que no sean derogadas por normas excepcionales o especiales, son de inmediata aplicación al ámbito mercantil como normas de un mismo sistema y no como normas de un sistema diverso.

2.3. *Holanda.*

162 Como señala HARTKAMP, la distinción entre el derecho civil y el derecho mercantil no existía en Holanda antes de la codificación francesa, por lo que, en realidad, la *reunificación* del derecho civil y del derecho mercantil holandés es el final de un proceso que comenzó con la promulgación del Código de Comercio en 1838, cuyo artículo 1 ya disponía que, salvo derogación expresa, el Código civil se aplica a todas las materias reguladas en el Código de Comercio. Además, los tribunales de comercio, creados en la época napoleónica, fueron abolidos en 1838; el derecho concursal fue llevado a una ley especial y no se aplica sólo a los comerciantes. En fin, en 1934, casi todas las diferencias que subsistían entre comerciantes y no comerciantes fueron eliminadas. En esas circunstancias, la duplicidad de códigos era difícilmente justificable. No debe olvidarse tampoco que Holanda contó con una figura señera para la unificación del derecho privado, MOLENGRAAF, que en el último tercio del siglo XIX profundiza en los trabajos de ENDEMANN. Aunque con cierto retraso, sus lúcidas reflexiones calaron en el legislador holandés.

En efecto, el nuevo Código Civil holandés (*Nieuw Burgerlijk Wetboek: NBW*), todavía inacabado, comenzó a elabo-

rarse en 1934. En 1970 entró en vigor el libro primero (De las personas y de la familia); en 1976, el libro segundo (De las personas jurídicas), y en 1992, los libros tercero, quinto y sexto, así como una parte del séptimo, relativos al derecho de bienes y de obligaciones. Con ello, el proceso de *recodificación* está próximo a su fin. Se trata de un Código *consolidado*, en el que se reúnen el derecho civil, el Código de Comercio (*Wetboek van Koophandel*) y el derecho del consumo.

3. Ordenamientos no unificados.

3.1. *Francia.*

Es sin duda el país vecino el paradigma de la división del derecho privado, porque, junto a la dualidad de códigos, existe dualidad de jurisdicciones. Sin embargo, la idea de la unificación ha estado siempre presente en la doctrina.

La doctrina tradicional, además de decantarse por la fusión del derecho privado (LAURENT), polemizó en torno a las influencias recíprocas entre el derecho civil y el derecho mercantil: es ya clásico el enfrentamiento entre THALLER, para quien la codificación napoleónica consagró la prevalencia del derecho común, que después se irá afirmando progresivamente, y LYON-CAEN, para quien es igualmente patente “la influencia del derecho mercantil sobre el derecho civil”, de modo que, aunque “habrá siempre algunas reglas que serán especiales para los comerciantes, llegará sin duda un momento en que no serán tan numerosas para constituir una rama del derecho”.

Con posterioridad, aunque la idea de la fusión se atempera, autores tan destacados como RIPERT, desde la comercialización del derecho común, y HAMEL, desde la recíproca influencia de ambas ramas del derecho privado, postulan también la unificación.

Las ideas unificadoras arrecian tras la segunda guerra

mundial, modificándose parcialmente la perspectiva de análisis. Sobre la base de la continuación de la división legislativa del derecho privado, prosigue la polémica acerca de las relaciones entre ambas ramas; pero comienza a observarse que el tradicional derecho mercantil ya no se adapta a la realidad. Y un movimiento análogo se produce en la doctrina belga.

En el Congreso de 1953, la doctrina francesa, mayoritariamente, reconoce la imposibilidad de realizar la unificación sustancial del derecho privado, la *conveniencia de unificar el derecho privado de obligaciones*, la imposibilidad de hacer desaparecer todas las reglas especiales para ciertas actividades profesionales y la necesaria reducción del ámbito del derecho mercantil como derecho especial.

En esa consideración influye, sin duda, la constatación de la insuficiencia del derecho civil tradicional para ofrecer las soluciones que la vida económica exige, configurándose el derecho mercantil como un derecho excepcional y pragmático frente al derecho civil: el derecho mercantil forma parte del derecho privado junto al derecho civil, sin confundirse: el derecho civil conformaría el derecho común, mientras el derecho mercantil comprendería las reglas particulares establecidas en interés del comerciante, configurándose, salvo excepciones, como un derecho dependiente del derecho civil. Son, pues, razones empíricas las que justificarían la separación de ambas ramas del derecho privado, y ello a pesar de que se reconoce que la unificación conllevaría la simplificación de las reglas jurídicas.

No obstante, destacadas voces se alzan contra la dualidad derecho comercial/derecho civil. Para ROBLOT, parece claro que una concepción puramente objetiva del derecho mercantil conduce a la defensa de la idea de unidad dentro del derecho privado: parece difícil justificar la dualidad, excepto en lo referido a las reglas relativas al ejercicio de la profesión de comerciante —que habrían de conformar un derecho profesional—, cuando numerosos contratos utilizados en la

vida comercial coinciden con los contratos utilizados en la vida civil, y ello máxime cuando en la sociedad moderna el espíritu comercial domina la vida civil. La conclusión es clara: un régimen uniforme sería en todo caso más simple y respondería mejor al ideal de igualdad y al espíritu de la lógica.

Para MARTY, el autor que con más detenimiento y profundidad se ha ocupado del tema en tiempos recientes, un análisis desapasionado del problema muestra dos claros fenómenos. El primero, el de los *progresos de la unificación del derecho civil y del derecho mercantil*: “el legislador ha continuado el movimiento tradicional de aproximación entre las instituciones civiles y las mercantiles, con lo que atenúa las consecuencias tradicionales de la distinción y acentúa la unificación del derecho civil y del derecho mercantil”. El segundo, el de la *superación de la distinción del derecho civil y del derecho mercantil*: “el legislador, para tener en cuenta la realidad económica, se abstrae cada vez más de la oposición tradicional entre los comerciantes y los no comerciantes para referirse a conceptos u oposiciones diferentes. Entre ellos, la noción de profesional, que supone una verdadera superación de la distinción del derecho civil y del derecho mercantil”.

165

3.2. Alemania.

Hay que comenzar recordando que en Alemania se han dado factores que llevan a contemplar de diferente forma las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil. En particular, la “generalización” del derecho mercantil tuvo una manifestación positiva en la promulgación del Código civil (*BürgerlichesGesetzbuch: BGB*), al que pasaron múltiples instituciones originariamente mercantiles desde el *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (ADHGB)*, lo que, al mismo tiempo que reduce considerablemente el contenido del Código de Comercio (*HandelsGesetzbuch: HGB*), permite

deslindar de una forma más adecuada las relaciones sometidas al derecho especial y al derecho común.

Como consecuencia de ello, en Alemania es bastante clara la existencia de materias desgajadas (*Sondermaterie*) del derecho mercantil tradicional: a la tradicional autonomía del derecho concursal —desde siempre unificado—, del derecho marítimo e incluso del derecho cambiario, se suma hoy el derecho de sociedades, como derecho de organización de las empresas, el derecho bancario, el derecho del transporte, el derecho de la competencia, que se manifiesta tanto en los manuales como en la docencia de la disciplina, y que han llevado a afirmar (ZÖLLNER) que “el derecho mercantil como derecho separado de los comerciantes y del comercio es tan sólo una forma de expresarse” y a subrayar su “utilidad académica”.

166

Aunque no han faltado defensores de la tesis de la unificación (EICHLER, MÜLLER-FREIENFELS y, sobre todo, MÖLLER, que, tras un amplio análisis de los dos Códigos alemanes y de la realidad del tráfico, se inclina por la conveniencia de abandonar la distinción entre derecho civil y derecho mercantil, a través de la elaboración de un amplio Código civil de carácter general y de múltiples leyes especiales sectoriales), la tendencia dominante es la de considerar al derecho mercantil como un derecho especial de los comerciantes, que forma parte del tronco del *Privatrecht* (LUTTER, K. SCHMIDT, ZÖLLNER).

3.3. *Argentina.*

Una buena piedra de toque para afirmar la posibilidad de la unificación del derecho privado la encontramos en la República Argentina. Un avanzado intento de unificación del derecho privado tuvo su punto de arranque en la creación, en 1986, de la “Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados”. La unificación se apoyaba en dos presupuestos

fundamentales señalados por la doctrina: la pérdida de vigencia del Código de Comercio y, sobre todo, la progresiva extensión del derecho mercantil que provocó una generalización de su ámbito de aplicación y la comercialización del derecho civil. Desde un punto de vista formal, la unificación trataba de llevarse a cabo a través de tres conjuntos normativos: la Ley de Unificación, el conjunto de reformas del Código civil (Anexo I) y el conjunto de reformas de la legislación complementaria (Anexo II). No se creaba, en consecuencia, un solo cuerpo legal que sustituyese a los dos Códigos de derecho privado, sino que se derogaba el Código de Comercio, se reformaba en profundidad el Código civil para acoger en su seno las normas “mercantiles” y se mantenía la vigencia de las leyes especiales desgajadas de ambos Códigos (títulos valores, sociedades, concurso de acreedores).

La reforma no llegó a cuajar, por dos razones fundamentales: su apresuramiento, ampliamente denunciado por la doctrina argentina, que era difícilmente compatible con los ambiciosos objetivos perseguidos, y la tendencia del derecho argentino a recibir, acriticamente, soluciones de otros ordenamientos. Pero lo que verdaderamente interesa ahora señalar es que *en ningún momento se cuestionó la conveniencia de la unificación del derecho privado*, sino tan sólo el apresuramiento con que se pretendía llevar a cabo, y que *la labor de unificación resultó relativamente sencilla*: las críticas de fondo no se dirigieron nunca contra las decisiones unificadoras, sino contra la previsión de instituciones sin raigambre en el derecho argentino.

V. Conclusiones

El sucinto análisis *histórico* muestra que el derecho mercantil no es más que una categoría jurídica nacida en un momento determinado como consecuencia de las exigencias de los comerciantes y de la insuficiencia del derecho común, que, consecuentemente, puede —y debe— desaparecer cuando esas circunstancias no concurren. Del mismo modo que fue innecesario un derecho especial en Grecia y, sobre todo, en Roma y que en los sistemas anglosajones el *common law* satisface las necesidades del tráfico sin necesidad de acudir a un derecho especial, la *generalización* del derecho mercantil (en la doble manifestación de su extensión a quienes no son comerciantes o empresarios y de la “mercantilización” del derecho común) lleva a la conclusión de que la unificación *sustancial* del derecho privado parezca, si no inevitable, algo fácilmente hacedero y muy conveniente para la seguridad del tráfico. A la dificultad de acotar el ámbito de aplicación del derecho mercantil se une la consideración de que el derecho común, debidamente evolucionado, puede satisfacer sin excesivas dificultades las “necesidades del tráfico”.

168

Esa conclusión se refuerza con el análisis de las tendencias actuales del derecho privado del tráfico, que llevan a propugnar una *disolución del tradicional derecho mercantil* y una *desmembración del derecho del tráfico* —público y privado— en múltiples sectores, que presumiblemente alcanzarán autonomía: derecho de la competencia, derecho industrial, derecho de sociedades, derecho de los títulos-valores, derecho de obligaciones y contratos, derecho bancario, derecho bursátil, derecho del seguro, derecho de la navegación, derecho concursal. De acuerdo con ello, la *técnica* más adecuada para llevar a cabo la unificación sería la *superación* de la dualidad derecho civil/derecho mercantil a través de la promulgación de *leyes especiales sectoriales*, que permitirían la contemplación global —pública y privada— de las diversas instituciones.

La unificación del derecho privado deja de ser simplemente conveniente y se convierte en necesaria cuando se descende a la consideración de la *autonomía legislativa* del derecho mercantil. La subsistente duplicidad de instituciones civiles y mercantiles en los campos del derecho de sociedades, del derecho de obligaciones y contratos y del derecho concursal carece de todo sentido, porque provoca problemas muy graves de orden teórico y, sobre todo, práctico, que se eliminarían de raíz con la unificación: competencia judicial (en aquellos ordenamientos donde se mantiene una jurisdicción mercantil separada de la civil), ámbito de aplicación de la ley (problema de *calificación*) y, en ocasiones, incluso trato desigual a las personas.

La *referencia constitucional* a la “legislación mercantil” como separada y distinta de la “legislación civil”, que parece dificultar, al menos a corto plazo, la unificación del derecho privado español, ante la necesidad de delimitar a diario el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, constituye un obstáculo más aparente que real: no sólo por la posibilidad de reforma constitucional y ni siquiera por el hecho de que la delimitación de lo mercantil vendría exigida única y exclusivamente a efectos de determinar la competencia estatal, lo que puede hacerse sin dificultades en el seno de una ley unificadora, sino también, y sobre todo, porque el propio texto constitucional propicia, al amparo de la unidad de mercado, la unificación de aquellos sectores en los que existe duplicidad normativa: derecho de sociedades, derecho de obligaciones y contratos y derecho concursal.

La consideración de la *legislación reciente* muestra claramente los indudables *progresos de la unificación* en el derecho español y lleva a concluir que la unificación del derecho privado es ya, más que un deseo, una verdadera realidad, aunque todavía no consolidada definitivamente. Salvo pequeñas excepciones, la desaparición de dualidad de instituciones y la superación de la tradicional confrontación civil/mercantil son las constantes.

La unificación se está llevando a cabo por dos vías: unas veces es *implícita*, cuando, sin entrar en el problema de la dualidad de instituciones, se establecen principios comunes (v. gr., Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley Cambiaria y del Cheque); pero otras veces es *explícita*, porque se promulga una ley común para las instituciones anteriormente duplicadas (v. gr., Ley de Contrato de Seguro).

Los avances en la *sectorialización del derecho privado* son asimismo evidentes en el derecho de la competencia, de sociedades, del seguro, del mercado de valores, del transporte, y, a nivel prelegislativo, del derecho concursal.

El análisis exhaustivo de la *doctrina* que se ha ocupado específicamente de las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil muestra que la idea de la unificación del derecho privado está claramente enraizada entre los mercantilistas, sobre todo por lo que se refiere a los sectores donde existe duplicidad de instituciones, y que la división del derecho privado se manifiesta fundamentalmente como una cuestión académica, de forma que incluso los escasos autores que rechazan la unificación sostienen, al mismo tiempo, que la “autonomía sustancial” del derecho mercantil no se vería amenazada por la unificación formal o legislativa del derecho privado, que juzgan conveniente.

La *consideración de los principales ordenamientos* del entorno español confirma esas impresiones. Dejando a un lado los ordenamientos del sistema anglosajón, en los que —como en Roma— el problema de un derecho especial ni siquiera se plantea, es lo cierto que destacados ordenamientos (Suiza, Italia, Holanda) han llevado a cabo la unificación sin excesivas dificultades técnicas y, desde luego, sin consecuencias traumáticas para el tráfico; que en otros (Argentina) ha fracasado, al menos temporalmente, por cuestiones accesorias, y que donde se mantienen ambas “ramas” (Francia, Alemania), las constatadas dificultades de delimitación del derecho especial y las siempre existentes tesis unificadoras se unen a la más que patente sectorialización del derecho privado.

Bibliografía

- AA VV, *Centenario del Código de Comercio*, I, Madrid, 1986; AA VV, *La reforma del derecho de quiebra (Jornadas sobre la reforma del derecho concursal español)*, Madrid, 1982; AA VV, *La reforma de la legislación mercantil*, Madrid, 1979; AA VV, *L'unification interne du droit privé*, Paris, 1954; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, Barcelona, 1991; ALFARO, "El papel de los usos en el Código de Comercio (notas para una reinterpretación del art. 2 C.Co.)", en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Santander, 1993, II, 3; A. ALONSO, *Elementos de Derecho mercantil*, t. I, *Introducción (Concepto, método y sistema)*, Albacete, 1989; ALSINA, "El Proyecto de unificación de normas civiles y comerciales: Algunas de sus muy graves falencias", en *El Derecho*, 20 de octubre de 1987, 1; ALVAREZ DEL MANZANO, *Curso de Derecho mercantil, filosófico, histórico y vigente*, I, Madrid, 1890; ALVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA, *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, I, Madrid, 1915; ASCARELLI, "La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale", *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 1; *Corso di diritto commerciale* (3.^a ed.), Milano, 1962; AULETTA/SALANITRO, *Diritto Commerciale* (6.^a ed.), Milano, 1990.
- BELTRÁN, "La unificación del derecho privado en la República Argentina", *ADC*, 1988, 517; "Sobre los contratos de integración vertical en la agricultura", *ADC*, 1989, 445; BERCOVITZ, "Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil", en *Estudios Garrigues*, 1971, I, 1; "En torno a la unificación del Derecho privado", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, Madrid, 1976, I, 151; "La protección de los consumidores, la Constitución española y el derecho mercantil", en BERCOVITZ/BERCOVITZ, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, 22; BLANCO CONSTÁNS, *Estudios elementales de Derecho Mercantil según la Filosofía, la Historia y la legislación positiva vigente en España y en las principales naciones de Europa y América* (3.^a ed.), I, Madrid, 1910; BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; BONET CORREA, "Las transformaciones contemporáneas del ordenamiento patrimonial", en *Estudios De Castro*, cit., I, 271; BONET RAMÓN, "Proceso formativo del Derecho mercantil", *RJCat*, 1953, 210; BORRAJO, "Problemas comunes al Derecho mercantil y al Derecho del trabajo", *RDM*, 1957, 363;

BRADGATE/SAVAGE, *Commercial Law*, London / Dublin / Edinburgh, 1991; BROSETA, *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid, 1965; "Ponencia sobre el estado actual y perspectivas del derecho mercantil", en AA VV, *Centenario*, cit., 421; BUCHER, "Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht", *Festschrift Meier-Hayoz*, 1972, 1; BUONOCORE, "Contratti del consumatore e contratti d'impresa", *Riv. dir. civ.*, 1995, 1-41; BURIN DEL ROZIER, *La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais*, Paris, 1959; BUSTOS, "Derecho civil, derecho mercantil, derecho del consumo", *La Ley*, 1990, 3, 857.

H. CÁMARA, "Una aproximación al Proyecto de unificación legislativa civil y comercial", *RDCO*, 1987, 379; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Napoli, 1988, vol I; CARNAZZA, *Il diritto commerciale dei romani*, Catania, 1891; CASSANDRO, *Storia del diritto commerciale*, Bari, 1955; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral* (2.^a ed.), I, Madrid, 1926; COING, "Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte", en *Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, 1975, 102.

172

DAVID, "La distinction du droit civil et du droit commercial en Angleterre", en *Studi Mossa*, 1960, I, 40; J. DE BENITO, *Prólogo a la traducción de VIVANTE, La unificación del derecho privado*, Madrid, 1925; J. DE BENITO MAMPEL, "Por qué Roma ignoró la separación del Derecho civil y el mercantil", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, 31; L. DE BENITO, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, 1924; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1942; DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, I, Madrid, 1923; DE LA CUESTA RUTE, *Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974; DELAMARRE/LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, Paris, 1861; DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, Salamanca, 1977; DELL'AQUILA, "La commercializzazione del diritto privato al vaglio della tradizione", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1251; DERNBURG, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts* (2.^a ed.), Helle; DÍAZ DOMÍNGUEZ, *Tratado elemental de Derecho Mercantil*, I, Granada, 1908; DIDIER, *Droit commercial*, Paris, 1992; Díez-PICAZO, *La representación en el derecho privado*, Madrid, 1979; "Codificación, descodificación y recodificación", *ADC*, 1992, 473; DUQUE, "Constitución económica y Derecho mercantil", en AA VV, *La reforma de la legislación mercantil*,

- Madrid, 1979, 63; “El Código de Comercio de 1885 en el marco de la codificación mercantil de su época”, en AA VV, *Centenario*, cit., 85; DURÁN Y BAS, “Concepto del Derecho mercantil en la ciencia moderna”, *RJCat*, 1896, 5.
- EHRENBERG, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, Leipzig, 1913; EICHLER, “Die Einheit des Privatrechts”, *ZHR*, 1964, 184; EIZAGUIRRE, *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Bilbao, 1988; ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht. Systematisch dargestellt* (2.^a ed.), Heidelberg, 1868; ESCARRA, *Principes de droit commercial*, Paris, 1934; “L'autonomie du droit commercial”, en *Studi Vivante*, I, 379; ESPEJO, *Derecho mercantil* (5.^a ed.), I, Valencia, 1923; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, I, Madrid, 1951; ESTASÉN, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1890.
- FADDA, *Gli istituti commerciali del diritto romano*, Napoli, 1903; FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950; FERNÁNDEZ NOVOA, “Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos”, *RDM*, 1965, 7; FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale* (8.^a ed., a cura di Angelici y Ferri), Torino, 1991; FICK, *Das schweizerische Obligationenrecht vom 30 März 1911*, Zurich, 1911; FIGA, “Colisión intraestatal de ordenamientos. Derecho civil y Derecho mercantil, líneas de conflicto”, *ADC*, 1981, 41; “El ordenamiento jurídico mercantil”, *RGLJ*, 1982, 5; “Los civilistas y la evolución histórica del Derecho mercantil”, *ADC*, 1984, 369; FONT GALÁN, “¿Hacia un sistema jurídico mercantil de faz completamente nueva? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social”, *RDM*, 1985, 381; “El derecho del consumidor entre Códigos y Constitución: lugar de encuentro del derecho civil y del derecho mercantil”, *CDC*, 6 (1989), 79; FRANCESCHELLI, *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*, Milano, 1970; FRÉDÉRICK, “L'unification du droit civil et du droit commercial”, *Rev. dr. com.*, 1962, 203.
- GALÁN, “En torno a la competencia del corredor de comercio para la intervención de poderes”, *CDC*, 1 (1987), 10; GALTANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976; *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1979; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La competencia exclusiva del Estado sobre la «legislación mercantil»”, en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría)*, Madrid, 1991, V, 4081-4104; GARCÍA VILLAVARDE/FLORES/FRADE-

- JAS, "Diez años de Constitución, diez años de reformas del derecho mercantil español", *CDC*, 6 (1989), 7; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1.º, Madrid, 1947; "Hacia un nuevo Derecho mercantil", *REP*, 1942, 197; "La crisis del Derecho mercantil contemporáneo", *RDM*, 1955, 91; "Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil", *RDM*, 1959, 7; "Derecho Mercantil y Derecho Civil", *AAMN*, 1967 (separata); "Setenta y cinco años de Derecho Mercantil", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, 263; GAY DE MONTELLÁ, *Código de comercio español comentado*, Barcelona, 1936; GIERKE, "Der Entwurf des neuen HGB", *ZGR*, 1896, 449; GIRÓN, "El concepto de Derecho Mercantil: desenvolvimiento histórico y Derecho comparado", *ADC*, 1954, 695; "Concepto de Derecho mercantil en derecho español", *ADC*, 1954, 971; *Tendencias generales en el Derecho mercantil actual (Ensayo interdisciplinario)*, Madrid, 1985; *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (Estudios)*, Madrid, 1986; "Las sociedades mercantiles en el Código de Comercio", en *AA VV, Centenario*, cit., 167; GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, I (2.ª ed.), Stuttgart, 1875; *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891; GÓMEZ SEGADÉ, "Algunos problemas actuales del Derecho mercantil", en *Estudios Uría*, cit., 207; GÓMEZ DE LA SERNA/REUS, *Código de Comercio concordado y anotado precedido de una introducción histórico-comparada* (3.ª ed.), Madrid, 1859; GONDRA, *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992; GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1853; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, *Fundamentos de Derecho mercantil*, Madrid, 1956; GOODE, *Commercial Law*, London, 1982; "The codification of commercial law", en *Commercial Law, Aldershot / Hong Kong / Singapore / Sydney*, 1992, 537; GORDON, *Système de droit commercial des soviets*, Paris, 1933; GUYON, *Droit des affaires* (6.ª ed.), Paris, tomo I.
- HAMEL, "Droit civil et droit commercial en 1950", en *AA VV, Le droit privé français au milieu du xx siècle*, Paris, 1950; HARTKAMP, "Civil Code revision in the Netherlands 1947-1992", en *HAANAPPEL/MACKAAY, New Netherlands Civil Code patrimonial law (Property, obligations and special contracts)*, Boston, 1990; HECK, "Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesordnetes Handelsprivatrecht?", *AcP*, 1902, 438; HERNÁNDEZ GIL, *El concepto del Derecho civil*, Madrid, 1943; HOUIN, "L'unification interne du droit privé en France", en *AA VV*,

- L'unification interne*, cit., 99; HOUIN/PEDAMON, *Droit commercial* (9.^a ed.), Paris, 1990; HONDIUS, "Das neue niederländische Zivilgesetzbuch", *AcP*, 1991, 378; HUECK/KANARIS, *Derecho de los títulos-valor* (traducción), Barcelona, 1988; HUVELIN, *L'histoire du droit commercial*, Paris, 1904.
- IRTI, *La edad de la descodificación* (traducción), Barcelona, 1992.
- JIMÉNEZ DE PARGA, "Algunas cuestiones previas acerca del concepto y método del Derecho mercantil actual", en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, 1971, III, 477; "Condicionamientos históricos del Derecho mercantil en la fase inicial de su formación", en *Estudios Uría*, cit., 313; "Desarrollo y expansión del Derecho mercantil", en *Estudios Polo*, cit., 375; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "Aproximación al tema del concepto del Derecho mercantil", en *Estudios Uría*, 335; JORDANO, "Derecho civil, Derecho privado y Derecho público", *RDP*, 1963, 868; "Derecho civil y Derecho mercantil", *RDP*, 1964, 175.
- KASER, *Das römische Privatrecht* (2.^a ed.), München, 1971; KING, "Commercial Law: Times of change and expansion", en *Commercial and consumer law*, Oxford, 1993, 121; KRAUSE, "Kaufmannsrecht und Unternehmensrecht", *ZHR*, 1938, 68.
- LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona, 1988; LALAGUNA, "La relación entre el Derecho civil y el Derecho mercantil", *RGLJ*, 1968, 418; LANGLE, *Manual de Derecho mercantil español*, I, Barcelona, 1950; "La autonomía del Derecho mercantil", *RGLJ*, 1942, 465 y 581; "Las directrices fundamentales del Derecho mercantil", *RDM*, 1947, 317; "El inquietante problema de la homogeneidad y unidad interna del Derecho mercantil", *RDM*, 1961, 319; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho* (traducción), Barcelona, 1980; LAURENT, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, Paris, 1903; LEFEBVRE, "La spécificité du droit commercial. Réflexion sur la place tenue, en droit privé, par le droit commercial par rapport au droit civil", *Rev. trim. dr. comm.*, 1976, 285; LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1908; M. LEHMANN, *Bürgerliches Recht und Handelsrecht. Eine juristische und ökonomische Analyse*, 1983; LOCHER, *Handels-, Wechsel- und Seerecht*, Berlin, 1931; LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, Paris, 1807; LYON-CAEN, "Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial", *Rev. trim. dr. com.*, 1949, 557.
- MANARA, *Contro un codice unico delle obbligazioni*, Torino, 1893; MARÍN LÁZARO, *Comentarios del Código de Comercio español*, I, Madrid, 1932; MARTÍ DE EIXALA, *Instituciones del Derecho*

Mercantil de España, Barcelona, 1848 (9.^a ed., adaptada al Código de Comercio de 1885 por Durán y Ventosa, 1911); MARTÍN BALLESTERO, "La empresa y el Derecho civil", en *Estudios Serrano*, I, 585; MARTÍNEZ SARRIÓN, "Renacimiento de la idea de la codificación: el Código Civil holandés de 1992", *RJN*, 1992, 235; MARTY, "La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine", *Rev. dr. com.*, 1981, 681; MENÉNDEZ, "Código de Comercio y reforma de la legislación mercantil", en AA VV, *Reforma*, cit., 39; *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982; "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española", en AA VV, *Centenario*, cit., 45; "Reforma de las leyes y derecho mercantil", ponencia presentada en las Jornadas sobre el nuevo Derecho de la Empresa, celebradas en la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, del 18 al 22 de mayo de 1987 (separata); "La «Constitución económica» del Estado mercantilista y el Derecho mercantil", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, I, Madrid, 1988, 349; "El Derecho mercantil del siglo XXI", *La Ley*, 1990, 4, 1197; "Sobre la reforma del Derecho concursal y el apoyo de los estudios económicos", en *RCGAE*, 2, septiembre 1994, 6; MOISSET, "Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial en Argentina", *RDP*, 1988, 466; MOLENGRAAF, *Principes de droit commercial néerlandais* (traducción), Paris, 1931; MOLL, "El Derecho comercial del Estado nacionalmercantilista", *RJCat*, 1982, 667; MÖLLER, "L'unification interne du droit privé dans la République Fédérale allemande", en AA VV, *L'unification interne*, cit., 73; MOSSA, "I problemi fondamentali del diritto commerciale", *Riv. dir. civ.*, 1926, I, 233; MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, 1921/1924; MÜLLER-FREIENFELS, "Zur *Selbständigkeit* des Handelsrecht", en *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen, 1978, 583; MUÑOZ-PLANAS, "La objetivación del derecho mercantil en la codificación napoleónica", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, II, 2541-2570.

NUSSBAUM, "Die Auflösung des Handelsrechtsbegriff", *ZHR*, 1915, 325.

OFTINGER, "Le droit commercial et le droit civil dans la législation suisse", en AA VV, *L'unification interne*, cit., 35; OLIVENCIA, "El Derecho concursal: modernas orientaciones y perspectivas de la reforma", en AA VV, *La reforma*, cit., 315; "El

derecho mercantil. Origen y evolución histórica”; “El derecho mercantil de la codificación”; “Derecho mercantil y derecho de la empresa”; “La autonomía del derecho mercantil”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (dir.), *Derecho mercantil*, Barcelona, 1990, 3, 11, 21, 26.

PAOLI, “L’autonomia del diritto commerciale nella Grecia classica”, *Riv. dir. comm.*, 1935, I, 36; PASCUAL QUINTANA, “Aspecto histórico del Derecho mercantil”, *RDM*, 1958, 7; PATRY, “L’unité du droit des obligations”, en ROTONDI (dir.), *L’unité du droit des obligations. Enquête de droit comparé*, Padova, 1974, 422; PAZ-ARES, “De la sociedad”, en AA VV, *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, tomo II, 1299; “Naturaleza jurídica de la letra de cambio”, en MENÉNDEZ (dir.), *Derecho cambiario (Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque)*, Madrid, 1986, 96; A. POLO, “El nuevo Derecho de la economía”, *RDM*, 1946, 373; “El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia española”, *RDP*, 1956, 1175 y 1957, 3; “Reflexiones sobre la reforma del ordenamiento jurídico mercantil”, en *Estudios Uría*, cit., 547; “Reflexiones finales sobre el centenario del Código de Comercio”, en AA VV, *Centenario*, cit., 439; PUENTE, “Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho mercantil”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1971, III, 75; “De la unificación del Derecho patrimonial privado”, en *Homenaje Broseta*, cit., III, 3065-3074.

QUINTANA, “La materia mercantil en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”, en *La jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Zaragoza, 1985.

RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del Derecho* (traducción), Madrid, 1930; RAISCH, *Die Abgrenzung des Handelsrecht vom bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1962; *Geschitliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnvandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, 1965; “Die rechtsdogmatische Bedeutung der Abgrenzung von Handelsrecht und bürgerlichem Recht”, *JuS*, 1967, 533; REHME, *Historia del Derecho mercantil* (traducción), Madrid, 1941; REICH, *Mercado y Derecho* (traducción), Barcelona, 1985; RIESER, *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideem auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, Stuttgart, 1894; RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (2.^a ed.), Paris, 1951; “La commercialisation du droit civil”, en *Mélanges Maurovic*, 1934, 269; RIPERT/ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*,

I (12.^a ed.), Paris, 1986, con puesta al día de 1991; Rocco, *Principios de Derecho mercantil*, Madrid, 1931; ROJO, “José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española”, *RDM*, 1977, 121; “El derecho económico como categoría sistemática”, en *Estudios Polo*, cit., 977; “Codificación comercial italiana y española”, en AA VV; *1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Milano, 1984, 183; ROPPO, *Diritto commerciale* (3.^a ed.), Roma/Bari, 1991; ROTONDI, “Evoluzione ed involuzione dell’autonomia del diritto commerciale”, en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, 835; “La unificación del derecho de las obligaciones civiles y mercantiles en Italia”, *RDM*, 1967, 301; RUBIO, “Sobre el concepto de Derecho mercantil”, *RDM*, 1947, 317; Sainz de Andino y la *codificación mercantil*, Madrid, 1950; RUIZ Y TOMÁS, “La moderna doctrina ante el Código único de las obligaciones y contratos”, *RGLJ*, 1931, 271.

SACCO, “Codificare: modo superato di legiferare”, en *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 117; SÁNCHEZ ANDRÉS, “Marco histórico-comparativo de la nueva disciplina sobre la letra de cambio”, en MENÉNDEZ (dir.), *Derecho cambiario*, cit., 29; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil* (17.^a ed.), Madrid, 1994; “El Código de Comercio y los contratos mercantiles”, en AA VV, *Centenario*, cit., 211; SANTI ROMANO, *El ordenamiento jurídico* (traducción), Madrid, 1963; SANTINI, *Commercio e servizi (due saggi di economia del diritto)*, Bologna, 1988; SANTOS, “Sobre los conceptos, sistema y principios en el Derecho mercantil”, en *Estudios Battle*, 739; “Derecho económico y Derecho mercantil”, en *ADUM*, 1978, 37; SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d’aujourd’hui* (3.^a ed.), Paris, 1964; SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, s.f.; K. SCHMIDT, *Handelsrecht* (3.^a ed.), Köln / Berlin / Bonn / München, 1987; *Das HGB und die Gegenwartsaufgaben des Handelsrechts. Die Handelsrechtskodifikation in Sichte der Praxis*, 1983; “Vom Handelsrecht zum Unternehmensprivatrecht?”, *JuS*, 1985, 249; SCHMITTHOFF, “Il diritto commerciale in Gran Bretagna e nei paesi del’Europe continentale”, *Riv. dir. comm.*, 1973, I, 65; SECRETAN, “L’unité interne du droit suisse”, *Bull soc lég comparé*, 1947, 143; SILVELA, *Lecciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1881; SOTGIA, *Il diritto commerciale nell’ordinamento corporativo*, Padova, 1942; SPIRO, “Einheit der Kodifikation und Selbständigkeit des Handelsrechts in der Schweiz”, en ROTONDI (dir.), *L’unité*, cit., 566; SUÁREZ LLANOS, *Elementos*

- de teoría general del derecho patrimonial, Madrid, 1988; “Bases para una ordenación del Derecho de la Contratación mercantil”, en AA VV, *La reforma*, cit., 283; “Crítica del saber de los mercantilistas”, en *Estudios Polo*, cit., 1141.
- TALLON, “Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial”, en *Mélanges Jauffret*, 648; THÉZARD, “De l’influence des relations commerciales sur le développement du droit privé”, *Rev. crit. lég. jur.*, 1873, 103; THÓL, *Das Handelsrecht*, I (5.^a ed.), Leipzig, 1875.
- UREÑA, “Ensayo de un plan orgánico de un curso de Derecho mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América”, *RGLJ*, 1888, 35; URÍA, *Derecho mercantil* (21.^a ed.), Madrid, 1994; “En torno a la reforma de nuestro Derecho concursal”, en AA VV, *Jornadas*, cit., 411.
- VAN RYN, “Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial”, *Rev. dr. com.*, 1953, 565; VERDERA, “La Ley de Contrato de Seguro: encuadramiento general y directrices básicas”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, 29; “Código de Comercio y letra de cambio”, en AA VV, *Centenario*, cit., 261; VERGEZ, “El Derecho mercantil ante la Constitución española”, en *Lecturas sobre la Constitución*, II, 493; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil* (3.^a ed.), Barcelona, 1990/1991; “El Derecho mercantil del neocapitalismo”, *RDM*, 1976, 7; “Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del Derecho mercantil en la última década”, en *Homenaje Broseta*, cit., III, 4043-4121; VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado* (1.^a ed.), Zaragoza, 1944; (4.^a ed.), Zaragoza, 1960; VIVANTE, “Per un codice unico delle obbligazioni”, en *Arch giur*, 1888, 407; “Ancora per un codice unico delle obbligazioni”, *Riv. it. sc. giur.*, 1892, 378; *La unidad del Derecho privado en materia de obligaciones* (traducción), Madrid, 1925; VON THUR, *Allgemeiner Teil Des schweizerischen Obligationrechts*, Tübingen, 1924.
- WHITE/SUMMERS, *Uniform Commercial Code* (3.^a ed.), St. Paul [Minnesota], 1991; WIEDEMANN, *Handelsrecht* (6.^a ed.), München, 1992; WIELAND, *Handelsrecht*, I, München / Leipzig, 1921.
- ZÖLLNER, “Wovon handelt das Handelsrecht?”, *ZGR*, 1, 1983, 82; “Die politische Rolle des Privatrechts”, *JuS*, 1988, 5.

TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA Y DERECHO DE SUCESIONES *

RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA

Notario

181

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. GAMETOS, PREEMBIONES, EMBRIONES Y FETOS: STATUS JURÍDICO. **I.** Los gametos. **II.** Preembriones. **1.** *Concepto.* **2.** *Actuaciones sobre el embrión.* **3.** *Preembriones y negocio jurídico.* **3.1.** *Depósito y utilización de preembriones.* **3.2.** *Donación de preembriones.* **3.2.1.** *Los donantes.* **3.2.2.** *La revocación de la donación.* **3.3.** *Renuncia a los preembriones.* **3.4.** *Preembriones crioconservados y testamento.* **III.** Embriones. **IV.** Fetos. CAPACIDAD PARA SUCEDER Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. **I.** Capacidad para suceder. **II.** La supervivencia del sucesor al causante. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUCESIÓN

* El presente estudio fue presentado como Comunicación al XXI Congreso Nacional del Notariado Mexicano. Mazatlán, México 16-19 de noviembre de 1994.

TESTAMENTARIA. **I.** Disposición testamentaria a favor de los “hijos del testador”. **II.** Disposiciones testamentarias a favor de los parientes del testador. **III.** Institución del heredero bajo condición suspensiva. **1.** *Institución de heredero condicionada a que el heredero llegue a tener descendientes.* **2.** *Institución de heredero sujeta a la condición resolutoria de que el heredero llegue a tener descendientes, en cuyo caso serán éstos los herederos.* **III.** Las sustituciones. **1.** *La sustitución vulgar.* **2.** *La sustitución fideicomisaria.* **IV.** La nulidad del testamento por incumplimiento de las formalidades legales. **V.** La revocación del testamento. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUCESIÓN LEGITIMARIA O FORZOSA. **I.** Legítimas de los ascendientes y descendientes. **1.** *Inseminación artificial homóloga con semen de marido.* **2.** *Inseminación artificial homóloga con semen de conviviente more uxorio.* **3.** *Inseminación artificial homóloga y fallecimiento del marido o varón no casado: fecundación post mortem.* **4.** *Inseminación artificial heteróloga o con semen de donante.* **5.** *Derechos legitimarios de los ascendientes y descendientes y transferencia de embriones (TE) como consecuencia de FIV.* **5.1.** *FIVTE de mujer sola.* **5.2.** *FIVTE de mujer casada.* **5.3.** *FIVTE de mujer de pareja estable.* **6.** *Derechos legitimarios de los preembriones crioconservados.* **7.** *Derechos legitimarios y fecundación post mortem.* **II.** Preterición de legitimarios. **III.** Las reservas. **1.** *La reserva viudal.* **2.** *La reserva del art. 811 del Código civil.* **IV.** El derecho de reversión del artículo 812 del Código Civil. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y HERENCIA INTESADA. **I.** Sucesión intestada de los descendientes y ascendientes. **II.** El derecho de representación.

Introducción

Las técnicas de reproducción asistida humana fueron reguladas por el Parlamento español mediante la Ley 35/1988 de 22 de noviembre (BOE núm. 282, de 24 de noviembre). Consta de una Exposición de Motivos, siete capítulos que versan sobre el Ambito de aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida; Principios generales, Donantes, Usuarías de las técnicas, Los padres y los hijos; Crioconservación y otras técnicas, Diagnóstico y tratamiento, Investigación y experimentación; Centros sanitarios y Equipos biomédicos; Infracciones y sanciones; y Comisión Nacional de Reproducción Asistida; una Disposición transitoria; y cuatro Disposiciones finales.

La Exposición de Motivos declara: dado que la “fecundación in vitro y la crioconservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no sólo para realizar las técnicas de reproducción asistida en las personas que las aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación, es evidente que los *materiales embriológicos* no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los centros o servicios que los manipulen o en los que se depositen. La colaboración de donantes de *material reproductor* en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que *se pone en entredicho cuestiones del máximo interés relacionados con el Derecho de familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión*; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos”.

En este trabajo nos proponemos estudiar la naturaleza y régimen de esos llamados *materiales embriológicos* o también *material reproductor*, a que se refiere el legislador español, con el único fin de determinar si son objeto o sujeto de derecho subjetivo en el ámbito del Derecho de Sucesiones, así como, en general, la incidencia que las técnicas de reproducción asistida tienen en tal esfera del Derecho.

Considero imprescindible efectuar inicialmente una declaración: el estudiar las normas no implica en modo alguno compartir las ideas y la “ética” que las inspira, y desgraciadamente las creencias morales y religiosas del autor, como cristiano católico, nula influencia pueden tener en un texto legal ya promulgado y en vigor. Pero la influencia de las mismas no dejará de vislumbrarse a la hora de interpretar la norma, y defender los valores trascendentes del ser humano y de su derecho a la vida.

184

Gametos preembiones, embriones y fetos: Status jurídico

En el Derecho civil, y ¡de momento! —incluso— en el Derecho penal español, el ser humano en su desarrollo embriológico desde el momento de la fecundación o concepción hasta su nacimiento quedaba incluido en el concepto tradicional para el Derecho —desde el derecho romano, al menos— del *nasciturus*: “qui in utero est”, o “qui nasci speratur”.

El art. 29 del Código civil español recoge la máxima “concepturus pro iam nato habetur”, que como dice D’ORS (1) se basa, aunque no literalmente en Gai. 1, 147; D. 1,5,7, y 26; 38,16,7; 50,16,231, al establecer:

“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

(1) *Derecho privado romano*. Eunsa. 1989, pág. 254.

El artículo 30 C.c., siguiente expresa:

“Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Como ha destacado ROCA TRÍAS (2), “el concepto de persona que refleja el art. 29 C.c. es el resultado de una evolución histórica, con influencia de la totalidad de doctrinas filosóficas: a partir de la conclusión de que el hombre es persona, resultará necesario delimitar el ámbito de aplicación de esta conclusión en el Derecho y determinará la eliminación de desigualdades ligadas a la clase social; de este modo se llegará a la consagración de la igualdad”.

A partir de los postulados liberales del siglo XIX tendentes a proclamar la preeminencia del individuo frente al poder público (teorías sobre los derechos de la personalidad) “resulta evidente —dice ROCA TRÍAS— que el concepto de persona debe unirse al hecho físico hombre, y que éste es persona para el Derecho”, y el hombre tiene personalidad, es decir, aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Mas el reconocimiento —que no la concesión— de la personalidad exige, conforme al art. 29 C.c. el hecho del “nacimiento”, y para los efectos civiles sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (art. 30 C.c.).

Sin embargo, al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30 C.c.

“De ahí se desprende —dice ENCARNA ROCA (3)— que para el Derecho, el concebido aún no goza de la categoría de persona, que sólo se adquirirá por el hecho del naci-

(2) ROCA TRÍAS, ENCARNA: En *Comentario del Código Civil*. T. I. Ministerio de Justicia, págs. 223 y sgs.

(3) *Ob. cit.*, pág. 229.

miento, independientemente que exista o no una protección constitucional de la vida”.

El art. 15 de la Constitución Española proclama: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...” e incluidos en la palabra **todos** se hallan los concebidos pero no nacidos, como declaró el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 53/1985 de 11 de abril: “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la *gestación*, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte” y si la “Constitución protege la vida... no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental *la vida humana* garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional” (4).

186

Sin embargo, ello no le lleva a reconocer al *nasciturus* como “titular” del derecho fundamental a la vida, sin perjuicio de que el Estado deba protegerlo; para ello se requiere la producción del hecho del nacimiento y la vida independiente, razón por la cual, la cualidad de persona no se tiene antes de que tal hecho acaezca.

¿Qué significación tiene la norma excepcional del art. 29? Con razón afirma ROCA TRÍAS (5) que “el art. 29 C.c. no atribuye derechos al concebido, sino que se limita a declarar en suspenso determinadas atribuciones de derechos a otras personas a la espera de que el nacimiento se produzca; en este momento, el nacido adquirirá los mencionados derechos, que si no hubiera nacido, adquirirían otros, pero lo hará con efectos retroactivos al momento de la concepción”.

(4) Los subrayados son míos.

(5) *Ob. cit.*, pág. 230.

En el Derecho romano, recuerda D'ORS (6), el póstumo no adquiere ningún derecho hasta que nace, pero desde que está concebido sus expectativas hereditarias son defendidas, a través de recursos como el que concede el Pretor a la madre del nasciturus, a través de la *missio ventris nomine* para asegurar a aquélla las condiciones materiales para el eventual nacimiento del hijo y preservar sus expectativas hereditarias (7), entre otros.

El Tribunal Constitucional al referirse al nasciturus, parece entender que existe este desde la *gestación*; en el mismo sentido la exposición de motivos alternativa de la enmienda de totalidad a la proposición de la Ley española, núm. 46 del Grupo Parlamentario Vasco (PNV), afirmaba: “¿cuál es el derecho que se discute? No puede ser otro que la atribución al preembrión de la protección jurisdiccional que se debe otorgar a todo nasciturus”, pues “éste tiene suficiente entidad humana para ser valedor de la debida tuición desde el momento de la *gestación* (desde el momento de la formación del cigoto, existe en éste toda la programación necesaria para que se consume el proceso de individualización del ser humano existente desde el momento de la concepción).

187

Gestación significa según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española acción y efecto de gestar o gestarse, y también embarazo, preñez; en cualquier caso gestar equivale a “llevar y sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto”.

La cuestión no tendría mayor trascendencia si no se conocieran, precisamente, las técnicas de reproducción asistida humana, y más en concreto la Fecundación *in vitro*, que posibilita la concepción fuera del vientre materno, de tal manera que puede haber concepción sin embarazo estando vivo el fruto de aquella. ¿Quiere ello decir que el ser hu-

(6) *Ob. cit.*, pág. 254.

(7) D'ORS: *Ob. cit.*, pág. 129.

mano irrepetible y vivo, que todavía no se halla en las entrañas de la madre no es un nasciturus, un concebido pero no nacido?

Nosotros consideramos que sí lo es, y lo es, desde el momento de la concepción, momento exactamente determinable en la FIVTE, y no desde que comience la gestación. No puede servir de argumento la declaración del Tribunal Constitucional, porque no creemos tuviera la intención de definir que es un nasciturus con carácter general, sino tan sólo a los efectos de determinar la legalidad o ilegalidad de los tres supuestos de aborto legalizados por el Código penal español, en el art. 417 bis. Evidentemente, para hablar de aborto tiene que haber embarazo, pues abortar quiere decir tanto como “parir antes del tiempo en que el feto puede vivir” (8), y para parir es preciso llevar al feto en el útero, y por lo tanto estar gestándolo.

188 Sin embargo las leyes españolas 35/1988 de 22 de noviembre de Técnicas de Reproducción Asistida humana, y 42/1988 de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, consideran dividido el desarrollo embrionario del ser humano, en tres fases: preembrión, embrión y feto, con el fin de poder establecer un diverso tratamiento, con una protección superior al que ya ha sido transferido al útero de la madre, y por tanto ha comenzado la gestación.

La exposición de Motivos de la ley 35/1988 expresa que “con frecuencia, se plantea la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario” —es decir, aquel desarrollo que abarca desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento— “especialmente en los primeros meses, pero hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del

(8) *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española.*

status biológico o embrionario, tal como indica el Consejo de Europa en su Recomendación 1.046, de 1986”.

La conclusión es clara si las “distintas fases son embriológicamente diferenciables” “su valoración desde la ética, y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones”.

Lo que nunca puede justificar la distinción es una desigual protección al ser humano producido por la fecundación, que posibilite quitarle la vida; también es difícilmente disculpable la muerte de los preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, efecto que origina el que se cuestione —acertadamente— la moralidad de las técnicas de FIVTE.

Por esta razón diversas enmiendas a la proposición de Ley, por supuesto no atendidas, pedían la supresión del término preembrión, por considerar que “preembrión es un concepto acientífico y que supone una distinción de tratamiento jurídico respecto al embrión, no acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional” (9), o que “la invocación que se hace... a la recomendación 1.046 del Consejo de Europa es abusiva. No puede justificar la distinción entre embrión y preembrión (más de catorce días y menos de catorce días), invocando tal recomendación, para gradualizar la protección jurídica. El Consejo de Europa alude a estos plazos tan sólo para poner límite a actuaciones que entiende no deben ser toleradas más allá de este término de días, en concreto: 1. Mantenimiento de los embriones in vitro (Recomendación 1.046). 2. Experimentaciones o investigaciones orientadas a prevenir, curar y diagnosticar graves enfermedades de embriones. Esto es muy distinto a justificar una total desprotección del mal llamado «preembrión»” (10).

(9) Enmienda 271, de D. José Enrique Martínez del Río (CP).

(10) Enmienda núm. 289 del Grupo de Minoría Catalana.

Es cierto que las enmiendas no fueron atendidas y que el término preembrión pasó a la legislación española, pero como veremos no ha quedado totalmente desprotegido —hay que reconocerlo— en esta ley al menos, si es viable, a diferencia del no viable al que se considera como una cosa.

Cualquiera que sea el estadio del ser humano no nacido ante que nos hallemos, preembrión, embrión o feto, si están vivos y son viables, deben ser considerados como nascituri o concebidos pero no nacidos, a todos los efectos legales.

No son para el Derecho personas, ni tienen, pues, personalidad, pero aún cuando no puedan ser titulares del derecho a la vida consagrado por el art. 15 de la Constitución, tienen derecho a que los poderes públicos aseguren su protección. Y a ella nos referimos a continuación, estudiando el régimen establecido por las leyes antes citadas. Si no se protege su derecho a la vida huelga hablar de sus posibles restantes derechos subjetivos.

190

Previamente vamos a referirnos a los gametos, en cuanto material biológico reproductor, y origen del hombre por proceder de ellos de manera inmediata la vida misma, con el fin de determinar su status jurídico conforme a la legislación española.

I. Los gametos.

Desde el punto de vista biológico no son sino células reproductoras, que pueden ser producidas, pero no nacer como los embriones, ni tener vida independiente como las personas; para el Derecho no pueden ser sino cosas; entendiéndose por cosas como dice CLAVERÍA GOSÁLBEZ (11), siguiendo a LACRUZ BERDEJO, los cuerpos individualizados en dos o tres dimensiones, con existencia corporal comproba-

(11) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, HUMBERTO: En *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia, pág. 922.

ble mediante los sentidos o mediante instrumentos; o bienes (aun cuando hay bienes que no son cosas), ya que el Código no reconoce la distinción entre cosa, bien y objeto del derecho subjetivo.

No obstante, se trata de cosas a las que cabría añadir el calificativo de “especiales”, ya que a los gametos no cabe aplicar en rigor y totalmente el régimen que nuestro decimonónico Código civil estableció para las cosas en un momento de la Historia en que el tema de la reproducción humana asistida carecía en absoluto de relevancia social, dado el estadio en que se hallaba el conocimiento y experimentación al respecto: recuérdese que en 1799, HUNTER —citado por SHIELDS (1950)— obtiene por primera vez la fecundación de una mujer con semen de su marido, afectado de hipospadias (12), que en 1883, GIRAULT refiere diez casos de inseminación artificial con éxito en Francia (13), y que incluso las transferencias embrionarias eran practicadas con animales por VON BAER ya en 1827 (14).

191

Son apropiables (art. 333 C.c.), bien que limitadamente (15); caben en el concepto que de bien mueble, como el que no es inmueble, consagra el C.c. (arts. 333 y 335 C.c.), incluso les sería aplicable el calificativo de bien mueble fungible, ya que “no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman”; y de propiedad privada, al no ser de dominio público (arts. 338 y sgs. del C.c.); esa propiedad, entendida en el sentido del Código civil como “derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”, está, efectivamente, regulada y limitada por ley especial, y modalizada por la pro-

(12) POUS-IVERN y MARINA: “Indicaciones y contraindicaciones de la IAD”, en *Clínica Ginecológica*, 5/2, Salvat, pág. 1.

(13) PORTUONDO, ECHANOJAUREGUI y FERNÁNDEZ-LLÉBREZ: “Inseminación artificial humana con semen fresco de dador”, en *Clínica Ginecológica*, 5/2, Salvat, pág. 7.

(14) BONILLA y PELLICER: “Desarrollo histórico y estado actual de la fertilización *in vitro*”. En *Clínica Ginecológica*, 9/2, Salvat, pág. 7.

(15) En contra CLAVERÍA. *Ob. cit.*, págs. 922-923, las excepciona de las cosas apropiables.

tección constitucional de los derechos fundamentales a la intimidad personal, y a la personalidad, lo cual sin embargo no excluye la posibilidad de la pérdida de su disponibilidad por no uso, y la adquisición de la disponibilidad de ellos por otros, como tendremos ocasión de examinar.

Los gametos humanos en cuanto “cosas especiales” o de “régimen especial”, pueden ser objeto, según la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida humana, de crioconservación si se trata de semen (art. 11.1), y no si se trata de óvulos para reproducción asistida (art. 11.2), de depósito en los Bancos autorizados (el art. 19.9 de la Proposición de Ley hablaba de depósito, hoy el art. 11.1 lo presupone), donación con finalidad reproductora (art. 5), de investigación o experimentación (art. 14), pero no puede ser objeto ni de ninguna otra clase de negocio jurídico intervivos excepto depósito, renuncia y donación, ni de sucesión mortis causa, ni testada —excepto en favor de Centro o Banco autorizados— ni intestada, ya que aún cuando el art. 9.2 y 3 de la Ley se refiera al testamento, es éste simple vehículo formal, equiparado a la escritura pública (art. 9.2), en el que se contiene no una “disposición de los gametos”, sino un “consentimiento para que” los mismos, que fueron obtenidos con el fin de fecundar a su esposa o compañera estable, puedan ser utilizados tan sólo por ella tras la muerte del marido. Vamos a examinar esta posibilidad que incide sobre el Derecho de sucesiones.

La Proposición de Ley establecía en su art. 9.1, que “los miembros de un matrimonio o pareja estable deberán expresar por escrito si el material reproductor crioconservado se podrá utilizar por el otro miembro de la pareja, cuando ellos hayan fallecido, y con fines reproductores”; para establecer su primogenitura se tenía en cuenta la fecha del nacimiento y no de la fecundación, criterio que operaba “con los hijos nacidos por utilización post mortem de los gametos del varón fallecido o de los óvulos, fecundados con su semen, de la mujer con la que constituyó matrimonio o

pareja estable hasta su muerte” (art. 9.4); los hijos nacidos de tal fecundación post mortem “no serán tomados en consideración a fines de sucesión o herencia” del fallecido/a (art. 9. 2 y 3).

En consecuencia se admite la fecundación post mortem, utilizando la mujer el semen crioconservado del marido, o el hombre los óvulos de la mujer, pero basta para ello con que conste el consentimiento “por escrito”. Por tanto el testamento escrito ológrafo, abierto y cerrado, o los especiales escritos, podían ser vehículo idóneo para expresar el consentimiento para la fecundación post mortem.

Se admitió por la Ponencia la enmienda 371 del Grupo Socialista, que limitó la posibilidad de fecundación post mortem a la que puede consentir el marido o varón no unido por vínculo matrimonial en “escritura pública o testamento”, para que se lleve a cabo en los “seis meses siguientes a su fallecimiento” (art. 9.2 y 3); se admitía la posibilidad de revocación del consentimiento “prestado por los miembros de la pareja” (art. 9.4), cosa que no era posible pues al parecer sólo podía consentir el marido; y también carecía de sentido el apartado 5 del precepto que reproducía el apartado 4 de la Proposición de Ley sobre la primogenitura, y contemplaba la posibilidad de que el marido utilizase óvulos de la mujer fallecida. Así resultó aprobado el texto por la Comisión con competencia Legislativa Plena.

La consecuencia es clara, tan sólo la mujer puede utilizar los gametos del marido o compañero more uxorio —no puede el marido utilizar los óvulos de la mujer fallecida— para ser *fecundada* post mortem; el marido o compañero deben consentir en “escritura pública o testamento”, y la revocación del consentimiento debe referirse a los varones, porque la mujer no puede revocar un consentimiento que no puede prestar.

El artículo 9 de la Ley dice: “1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurí-

dica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad. 4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas”.

194

Las consecuencias que pueden sacarse del precepto son las siguientes:

a) El consentimiento prestado en vida por el marido, para “la aplicación de las técnicas” además de poder “ser revocados en cualquier momento anterior a la realización de” las técnicas (art. 9.4) —lo que implica un acto de voluntad propio— quedan sin efecto, por el fallecimiento de quien lo prestó. Por ello el art. 9.1 sienta la regla general de que “no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”. El texto, introducido por la enmienda 371 del Grupo Socialista, contempla sólo al “marido”; no obstante se deduce de la posibilidad excepcional que también le concede al varón no unido por vínculo matrimonial, que en el caso de fallecimiento de éste sea aplicable la misma norma por analogía.

b) Se admite, sin embargo, que en escritura pública o testamento “el marido”, o “el varón no unido por vínculo matrimonial”, puedan autorizar la fecundación post mortem, en los seis meses siguientes, de la esposa o compañera *con el material reproductor* del marido o compañero. Ese “material reproductor” no es otro que los gametos. No se trata de que los gametos sean objeto de la disposición testamentaria, pues no pueden ser objeto de la sucesión testada —excepto a favor de Centro autorizado— ni de la intestada, ya que la Ley no autoriza disposición sobre ellos, sino “consentimiento sobre la técnica”: es decir el varón —marido o conviviente— autoriza a que los gametos conservados sean utilizados para la fecundación, simplemente. La cuestión tiene trascendencia, pues si fuere una disposición testamentaria de los gametos, “el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar” (art. 738 C.c.). El testamento, como la escritura pública, en consecuencia, es simplemente el vehículo formal del consentimiento.

c) El legislador es impreciso al hablar del testamento. ¿A qué clase de testamento se refiere? Con ocasión de comentar el art. 120 del Código civil que se refiere al reconocimiento en testamento o en otro documento público, la doctrina estaba dividida, pues mientras algunos sosteníamos (16) que se trataba del testamento abierto notarial, un gran sector de la doctrina estimó, tanto antes como después de la reforma de 1981, que era cualquier clase de testamento. En esta ocasión el testador repite la hazaña y en lugar de decir, testamento u otro instrumento público, habla de escritura pública (que es únicamente la autorizada por notario) o testamento. ¿Si el testamento no es el notarial, qué sentido tiene exigir la escritura pública y no un escrito cualquiera como se decía en el art. 10.8 de la Proposición de

(16) GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, RAFAEL: “Reconocimiento de hijos naturales en testamento”. *Revista de Derecho Notarial*, 1968.

Ley? Si el legislador pasa de exigir un simple escrito a demandar que el consentimiento conste indubitadamente en escritura pública, parece lógico pensar que el testamento ha de reunir idénticas garantías.

d) La cláusula testamentaria deberá contener la referencia a la esposa o a la compañera conviviente. Si es la esposa no planteará especial dificultad, si es la mujer conviviente habrá que mencionarla de manera tal que sea identificable, lo que no eximirá de la necesidad de prueba de la estabilidad de la convivencia, lo que podrá hacerse mediante acta notarial de notoriedad.

El problema puede plantearse en este caso, al igual que cuando la mujer contrae matrimonio sin haber dejado transcurrir los trescientos días desde el fallecimiento del marido, en que puede haber una concurrencia de presunciones, pues se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio, luego jugaría la presunción de paternidad del nuevo marido de la ex-viuda, y la presunción a favor de la filiación procedente del padre fallecido, por haber nacido antes de los trescientos días siguientes a su disolución (art. 116 C.c.).

196

Parece evidente, en todo caso, que si la mujer se volvió a casar no podrá llevarse a cabo la fecundación, sin que el nuevo marido lo consienta (art. 6.3 de la Ley). Si el marido consiente por analogía con lo dispuesto en el art. 8.1 el hijo nacido será también hijo matrimonial del segundo marido y el padre o la madre no podrán impugnar la filiación. Sí lo podrá hacer el hijo, quien tiene derecho a impugnar la del padre legal-no genético, y la declaración del genético como progenitor legal. En tal caso será hijo matrimonial de un matrimonio disuelto, nacido de una mujer casada con otro varón distinto del padre...

También deberá consignarse el Banco donde se hallen crioconservado el "material reproductor", con el fin de que pueda ser localizado, o al menos ofrecer referencia que permita su localización.

El consentimiento que presta el testador lo es para que su esposa o la mujer conviviente, sea fecundada (art. 9.2) con su “material reproductor”. Este material genético, sólo pueden ser sus espermatozoides, que sirven para “fecundar a su mujer” o en el caso del varón no unido por vínculo matrimonial, a su mujer conviviente.

Por lo que atañe al plazo para la fecundación, parece evidente que el testador puede determinar un plazo inferior a los seis meses para que tenga lugar la fecundación, ya que la Ley habla de “en los seis meses siguientes”; si nada dice ha de entenderse que la fecundación se ha de producir en los seis meses siguientes al fallecimiento. La finalidad, tanto en un supuesto, como en otro es evitar una situación permanente de inseguridad jurídica en el ámbito sucesorio del propio disponente. En el caso de que se estableciera por el testador un plazo superior, no devendría nula la cláusula testamentaria: la fecundación no podrá tener lugar pasados los seis meses a contar desde el fallecimiento.

197

e) En cuanto a la revocación del consentimiento para la aplicación de las técnicas, el art. 9. 4 de la Ley manifiesta que “el consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas”.

Resulta curioso que pueda ser revocado “en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas”, cuando la norma está incluida en el precepto que regula la fecundación post mortem, y es difícil... que después de su fallecimiento y antes de la fecundación pueda el marido o varón no unido por vínculo matrimonial revocar el consentimiento. Hay que interpretar que el consentimiento, sencillamente, es revocable, ya se haya consentido en escritura pública o en testamento, en cualquier momento en que sea posible.

Nada dice la ley acerca de la forma de la revocación. Cabría pensar que debe ser la misma que contiene el consentimiento, entre otras razones y tratándose de testamento porque “el testamento no puede ser revocado en todo ni en

parte sino con las solemnidades necesarias para testar” (art. 738 C.c.), sin embargo el legislador no exige forma alguna para ello, bastará simplemente que quede acreditado, como ocurre con la revocación del consentimiento de la mujer (art. 2.4).

f) Para que surta efecto el consentimiento del testador, se requiere que al tiempo de aplicación de las técnicas haga menos de dos años que están crioconservados, ya que si hubiera superado la crioconservación más de dos años, los gametos quedan a disposición de los Bancos correspondientes (art. 11.4.). Ello no quiere decir, que si al fallecimiento del testador los gametos crioconservados no han sido utilizados por el Banco, y este consiente —pese haber transcurrido los dos años— en que sean utilizados para la fecundación post mortem, podrá realizarse la misma con todos los efectos que determina el art. 9 de la Ley, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 5.2. si estuvieren disponibles. Lo que sí es preceptivo, es que los gametos no lleven crioconservados más de cinco años (art. 11.1), pues entonces deben considerarse como no viables o no transferibles al útero de la mujer.

g) Aunque la ley no prevé esta posibilidad, consideramos que puede el testador disponer de sus gametos sobrantes o no utilizados en las técnicas de reproducción asistida, que se hallen crioconservados, a favor de Centro sanitario o Banco de semen autorizado.

Nos inclina a pensarlo así el hecho de que es posible la renuncia (art. 5.8) y la donación (art. 5.1.) solamente a favor de dichos Centros; que el anonimato, exigido para el donante, también alcanza al renunciante, y por tanto también al testador, ya que el anonimato lo es para la receptora de las técnicas, para el hijo y en general para las demás personas excepto para el Centro; y significa que por el Centro receptor no se debe facilitar noticia de la procedencia de los gametos que, en su caso, se utilizarán en las técnicas de reproducción humana asistida, salvo excepciones

(art. 5.5.); y por último porque en todo caso, “pasados dos años de crioconservación de gametos que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los Bancos correspondientes” (art. 11. 4).

Fuera de este caso de disposición testamentaria a favor de Centro sanitario o Banco autorizado, no cabe otra que tenga por objeto los gametos.

h) La redacción de la ley es desafortunada al utilizar la expresión varón no unido por vínculo matrimonial, ya que literalmente interpretado el precepto permitiría al varón casado la posibilidad de establecer la disposición a favor de mujer distinta de la esposa, con la que “no está unido por vínculo matrimonial”; y cualquier soltero podría hacer lo mismo puesto que se trata de varón no unido por vínculo matrimonial.

Sin embargo no es tal la interpretación que debe prevalecer: el legislador se debe estar refiriendo a los matrimonios (art. 9. 1 y 2), y a las uniones de hecho estables (art. 9.3).

Nos induce a pensar así el hecho de que durante toda la tramitación parlamentaria los textos hacen referencia a los miembros de un matrimonio y a la “pareja estable”, definida por el art. 7.1 de la Proposición de Ley como “pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio y, asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquel”.

Cabe concluir, por tanto, que los gametos humanos, tienen jurídicamente la consideración de cosas especiales o de régimen especial, y en consecuencia pueden ser objeto limitadamente de derecho subjetivo, entendiendo por objeto del derecho subjetivo con CLAVERÍA (17) “aquello sobre lo que el derecho recae y aquello sobre lo que el negocio jurídico constitutivo de tal derecho se refiere como realidad social afectada por la causa y por el contenido”. Pero en dicha fase no pueden ser titulares de derechos subjetivos de clase alguna.

(17) *Ob. cit.*, pág. 921.

No obstante su existencia en caso de fallecimiento de su productor plantea problemas en el ámbito sucesorio si llegan a usarse para llevar a cabo una fecundación post mortem cuando ésta se halla autorizada y consentida, máxime si se logra un embarazo.

II. Preembriones.

1. *Concepto.*

200

“Generalmente —afirma la Exposición de Motivos— se viene aceptando el término **preembrión** —también denominado **embrión preimplantatorio**, por corresponderse con la fase de preorganogénesis—, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes—, y aparece en él la línea primitiva. Esta terminología ha sido adoptada por los Consejos Europeos de investigación médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica), en su reunión de los días 5 y 6 de junio de 1986 en Londres, bajo el patrocinio de la Fundación Europea de la Ciencia”.

Hemos afirmado ya, que no está justificado que se le otorgue jurídicamente un trato distinto que al embrión o al feto, salvo el que resulte de sus propias circunstancias biológicas. Si se halla ya en el útero de la madre nos hallamos ante un nasciturus desde la fecundación y no desde la implantación que determina el comienzo de la gestación —como sostiene la Exposición de Motivos—, al que le serán de aplicación las normas que el Código civil a ellos refiere, y las de protección que a su favor establece el ordenamiento jurídico (art. 29 C.c.).

Si se halla in vitro, concebido está y debe ser considera-

do igualmente como nasciturus a los efectos previstos en el art. 29 del Código civil; es efecto especialmente favorable que su destino sea la transferencia al útero materno para que su implantación le permita su desarrollo, y que se observen las siguientes normas: está prohibida la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana (art. 3); a diferencia del semen que “podrá” crioconservarse (art. 11.1), los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero “se crioconservarán” —repárese en el imperativo—, lo que quiere decir a nuestro juicio que sólo pueden ser creados los preembriones para practicar una fecundación in vitro (FIV) con Transferencia de Embriones (TE), como remedio a la esterilidad (art. 1), estando limitadas las posibilidades de actuación sobre ellos (art. 15, 16 y 17).

MORO ALMARAZ (18) y CABANILLAS SÁNCHEZ (19), entre otros, comparten igualmente esta opinión. “Que en el momento de redactarse el artículo 29 del Código civil [no] se pensara en el embrión in vitro no es justificación bastante para rechazar la aludida asimilación, cuando el artículo 3, 1, del mismo cuerpo legal exhorta a la interpretación de las normas en relación con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas... El embrión vivo, en la medida en que existe vida en él, tiene que ser protegido antes de ser introducido en la mujer y equiparado al nasciturus. El embrión y el nasciturus no son realidades distintas, porque si lo fueran se podría llegar a la conclusión de que los seres nacidos de mujer tras la fecundación natural o artificial no son equiparables. Esta conclusión no es deseable ni deseada por nadie; el nasciturus en el que podía pensar el legislador del siglo pasado, o, muchos siglos atrás, los juristas roma-

(18) MORO ALMARAZ, MARÍA JESÚS: *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Bosch, 1988, págs. 116-117.

(19) CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO: *En Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo I, Vol. 3, Segunda edición, págs. 794-795.

nos, no es en absoluto distinto, real y materialmente del producto de la fecundación in vitro”.

2. Actuaciones sobre el embrión.

La Disposición final 1.^a de la Ley 42/1988 de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, dice que “la donación y utilización de... óvulos fecundados y en desarrollo, in vitro o in vivo, *hasta el día catorce* que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y las disposiciones que la desarrollen”: se está refiriendo, claramente, a los preembriones.

202

Los óvulos humanos sólo se pueden fecundar con el fin de procrear seres humanos (arts. 3 y 20. 2. B) a). Esa fecundación puede realizarse mediante la unión sexual de hombre y mujer, o mediante las técnicas de reproducción asistida humana, ya sea la IA, la FIVTE, o la TIG, estando prohibida, en el caso de utilización de estas técnicas, la creación de preembriones con esperma de individuos diferentes para su transferencia al útero (art. 20.2.B). t) y la transferencia al útero, en un mismo tiempo, de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres (art. 20.2.B). u).

Los preembriones así creados, están llamados a ser protegidos para que completen su desarrollo y lleguen a convertirse en seres humanos facilitando su nacimiento, cualquiera que sea la técnica utilizada para su creación, ya se hallen in vivo o in vitro. De ahí que se prohíba obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin (art. 20.2.B) b), transferir al útero preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad (art. 20.2) B) i), y mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que pudieran haber estado criopreservados (art. 20.2.B) c), por cuanto los preembriones producidos in vitro deben ser o transferidos a mujer o crio-

conservados para evitar su muerte hasta su posterior transferencia.

La Ley admite, sin embargo, ciertas actuaciones sobre ellos, que resumidamente, son las siguientes:

a) Pueden ser objeto de *investigación y experimentación* pero tan sólo en condiciones muy especiales y debidamente regladas, con fines diagnósticos, terapéuticos, y preventivos (art. 1. 4 de la Ley), y si se trata de preembriones in vitro viables previa prueba de que el modelo animal no es adecuado para los mismos fines (art. 16.2).

b) Está admitida la *intervención* sobre ellos con fines diagnósticos, para valorar su viabilidad o no, o detectar enfermedades hereditarias, y tratarlas, siendo posible, o desaconsejar su transferencia para procrear” (art. 12.1); también cabe intervenir sobre ellos con fines terapéuticos para el tratamiento de enfermedades o para impedir su transmisión (art. 13.1), sin que en ningún caso puede influirse sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni buscar la selección de los individuos o la raza (art. 13.3).

c) Han de ser *crioconservados*, en el plazo legal; considerándose falta muy grave el “mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos, más allá del día catorce siguiente al que pudieran haber estado crioconservados” (art. 20.2.B) d). Pueden crioconservarse los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años (art. 11.3), lo que implica que pasados los cinco años no pueden utilizarse para la reproducción humana asistida, debiendo considerarse como no viables.

3. *Preembriones y negocio jurídico.*

La falta de existencia autónoma de los preembriones, y su estado de conservación permite que al igual que los gametos, los preembriones pueden ser objeto de negocio jurídico, ya que pueden ser depositados, o donados.

3.1. Depósito y utilización de preembriones.

Si con relación a los gametos la doctrina está dividida acerca de si puede hablarse de “depósito” de los mismos, RIVERO HERNÁNDEZ (20) habla del “mero depósito (acepción vulgar)” e incluso fue negado taxativamente por el Tribunal de Grande Instance de Creteil, Francia, en su sentencia de 1 de agosto de 1984, en el famoso caso Parpalaix, porque no se trataba de cosa in commercium sino de una secreción que contiene el germen de la vida y destinada a la procreación de un ser humano, con mucha mayor razón de ser lo está al referir el contrato de depósito a los embriones.

204 Nuestra opinión, que por razones de espacio y atendido el objeto de este trabajo no puede ser expuesta extensamente, es que existe, realmente, un contrato de depósito necesario, con relación a los preembriones sobrantes de una FIV (art. 11.3). La mayor dificultad radica en determinar quien tiene derecho a la devolución de los depositados en el Banco autorizado.

Para poder utilizar las técnicas de reproducción asistida humana entre las que se encuentra la FIV (art. 1.1. de la Ley), se requiere el consentimiento de la mujer sola, o de los esposos, pudiendo consentirla el varón de los convivientes more uxorio. Esa técnica que no puede, hoy por hoy, limitarse a la fecundación in vitro de un sólo óvulo, implica la necesidad de fecundar varios de ellos, y una vez obtenida la fecundación, sólo se transferirán al útero el “número de embriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo” (art. 4).”

Los preembriones sobrantes de la FIV, se crioconservarán en un Banco autorizado (art. 11.3.).

El artículo 10.9 de la Proposición de Ley se refería a esta situación diciendo: “mientras permanezcan en depósito”;

(20) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: “La fecundación artificial *post mortem*”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, pág. 54.

y a nuestro juicio se trata de un auténtico depósito y no en sentido vulgar como dice RIVERO.

¿Quién puede disponer de ellos? O lo que es previo: ¿quién puede exigir su devolución?

El art. 10.7 de la Proposición de Ley decía que “los preembriones crioconservados... serán *patrimonio de la pareja* de la que proceden, la cual podrá disponer de ellos durante 2 años para una nueva gestación, siempre que sean viables y transferibles”. El precepto fue suprimido en el Senado y dejó subsistente en consecuencia el interrogante.

Los preembriones crioconservados quedan depositados-para-utilización-por-la-usuaria-de-las-técnicas: depósito necesario, especial y causalizado. El consentimiento de los varones intervinientes no admite condición —a tener un hijo o varios—, sino a que la mujer pueda ser usuaria de ellas y, tanto si fracasa como si no el intento podrán repetir —si lo desea pues sólo ella lo puede decidir— la transferencia embrionaria con los preembriones depositados en el Banco, siempre que lo efectúe dentro de los dos años siguientes a la crioconservación, pues transcurrido dicho plazo “quedarán a disposición de los Bancos correspondientes” (art. 11.4) o antes, si la mujer hubiere dispuesto su donación o para el caso de su fallecimiento con anterioridad (Disposición final 3, b) de la Ley 35/1988).

No obstante aún transcurridos los dos años (art. 11.4) —sin haber sobrepasado los cinco (art. 11.1)— puede ser exigida la devolución en caso de infertilidad sobrevenida de la mujer, si estuvieren disponibles, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 5.2. para la donación, y porque en principio es una medida beneficiosa para el futuro hijo. Cosa distinta es la cuestión de la paternidad y de los derechos sucesorios en la herencia del padre genético, como veremos.

El marido o compañero no puede oponerse a ello, pretendiendo hacer uso de lo prevenido en el art. 9.4 de la

Ley cuando dice que “el consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas”.

La revocación debe producirse en cualquier momento “anterior a la realización de aquéllas”, y la FIV ya ha sido realizada.

Se protege así el derecho de la madre a gestar a su propio hijo, y el del hijo a que sea protegida su vida conforme al art. 15 de la Constitución.

Fallecida la madre o habiendo renunciado a su utilización, el padre genético podrá reclamarlos para transferirlos a una madre gestante —nueva esposa o compañera— porque es beneficioso para el posible nacido, pues tendría además de madre legal —no genética— padre genético conocido, con paternidad determinable conforme al art. 120 C.c. En otro caso está llamado a morir pasados los cinco años de la crioconservación (art. 11.1) o a tener padre anónimo si de ellos dispusiera el Banco, transcurridos los dos años desde aquélla.

206

Si el que fallece es el marido, la mujer tiene derecho a exigir que se le transfieran los preembriones, aunque no exista testamento del marido al respecto, a diferencia de lo que ocurre con los gametos.

El art. 9 se refiere exclusivamente a la fecundación post mortem, no a la transferencia post mortem de embriones, pues alude al *material reproductor* del marido, o del varón no unido por vínculo matrimonial, pero no a los preembriones que de ser *material* sería de ambos; después de fallecido el marido o conviviente, se va a utilizar su semen para fertilizar post mortem los óvulos de la esposa, cuando éste ha prestado su consentimiento (art. 9) y el nacido será hijo del fallecido, filiación que se le niega “cuando el material reproductor *de éste* no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”; pero el preembrión no es material reproductor *de éste*, sino producido por ambos, bien físicamente, bien con su consentimiento previo, y es un

ser humano ya concebido destinado a ser gestado y parido, cuya paternidad ya corresponde al padre conocido, porque ya ésta concebido, siempre que no haya transcurrido el plazo de los dos años (art. 11.4).

3.2. Donación de preembriones.

El art. 5 de la Ley establece que “la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado”.

Es aplicable a la donación de preembriones la normativa establecida en el art. 5 de la Ley, común para la donación de gametos y de preembriones.

Sin embargo existen unas peculiaridades en la donación de preembriones que no se ofrecen en la de gametos y que son las siguientes:

207

3.2.1. Los donantes.

El donante de gametos siempre es una sola persona, ya sea el hombre que regala su semen, ya la mujer que facilita los óvulos; si se trata de donación de preembriones, éstos son óvulos femeninos fecundados con espermatozoides de varón; por lo tanto pertenece el embrión a sus dos padres genéticos. Ambos, en consecuencia, deberán celebrar el contrato de donación con el Centro autorizado (art. 5.1), en la forma y condiciones determinadas en el art. 5 de la Ley.

3.2.2. La revocación de la donación.

El art. 5.2. de la Ley expresa: “La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revo-

cación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al Centro receptor”.

Al referirse exclusivamente a “los gametos donados” cabe interrogar si el precepto no se aplica en las donaciones de preembriones.

La situación puede ser la misma: matrimonio, hombre y mujer unidos de hecho, e incluso mujer sola, que hacen donación de los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, que se hallan crioconservados en los Bancos autorizados (art. 11.3), y que por infertilidad sobrevenida precise para sí los preembriones donados; parece que debe poder revocar la donación siempre que en la fecha de aquella estén disponibles los preembriones, por aplicación del art. 4.1. del Código civil, ya que no concurre en esta ley ninguna de las características que la excluyen, conforme al art. 4.2. C.c.

208

Sabido es que para que proceda la aplicación analógica se requiere la semejanza entre el supuesto de hecho no regulado con el regulado, que no se trate la falta de regulación de una omisión deliberada del legislador que no ha querido regular el supuesto, y que la norma no sea excepcional.

El elemento de identidad es en este caso el siguiente, persona que facilita material genético (gametos) para que otro pueda tener descendencia, y con posterioridad se encuentra con que él mismo no puede tenerla por infertilidad sobrevenida, por lo que desea recuperar dicho material propio pues prefiere tener un hijo con el suyo propio que con el ajeno.

En el caso de los preembriones el supuesto es semejante: quien regaló preembriones sobrantes de una FIV, deviene infértil y desea tener descendencia. Teniendo la posibilidad de que la descendencia sea genéticamente propia desea recuperar sus preembriones.

Se trataría en consecuencia de un supuesto de analogía legis, perfectamente posible si se tiene en cuenta que la Ley

35/1988, no es una ley excepcional, sino una ley especial.

La Exposición de Motivos de la ley declara que “no pretende esta ley abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pueda dar lugar la utilización de estas técnicas, ni parece necesario ni obligado que así sea, y se ciñe por ello a la realidad y a lo que ésta refleja y señala como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, para dejar a las reglamentaciones que lo desarrollen o al criterio de los jueces la valoración de problemas o aspectos más sutiles. La evaluación de las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que se vayan produciendo con el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, abrirán nuevos caminos a nuevas respuestas éticas o jurídicas”.

Sin embargo, la revocación por uno sólo de los donantes no puede convertir en padre a quien no revocó su consentimiento prestado para la donación. Habrá que entender que es hijo del padre o madre anónimo (el que no reclamó).

209

3.3. *Renuncia a los preembriones.*

No prevé la ley tampoco la renuncia a los embriones sobrantes de la FIV, que no han sido transferidos al útero, salvo para determinar que sean crioconservados en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años. Sin embargo, el art. 5.8, ya examinado al estudiar el status de los gametos dispone lo siguiente:

“Las disposiciones de este artículo serán de aplicación en los supuestos de entrega de células reproductoras del marido, cuando la utilización de los gametos sobrantes tenga lugar para fecundación de persona distinta de su esposa”.

Esa “entrega de las células reproductoras” no puede tener su origen en una donación, ya que entonces sería superfluo el precepto, sino en la renuncia a “la utilización de los gametos sobrantes”, que son entregados al Centro sanitario.

Creo que el precepto es aplicable por analogía, a la renuncia de los embriones sobrantes de la FIV: los padres genéticos conocidos se equiparan a los donantes, y a la renuncia le es de aplicación las disposiciones del art. 5 sobre la donación de gametos y preembriones.

3.4. *Preembriones crioconservados y testamento.*

Transferidos al útero de la madre el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo (art. 4), los sobrantes deben ser “necesariamente” crioconservados y depositados en un Banco autorizado (art. 11.3) para su posterior transferencia a la madre si lo desea, o en su defecto quedan a disposición de los Bancos correspondientes (art. 11.4). ¿Es necesario que el marido o varón no unido por vínculo matrimonial otorgue testamento (o escritura pública) consintiendo la transferencia post mortem de los preembriones o posible que revoque el consentimiento anteriormente prestado? Lo primero es innecesario y lo segundo no es eficaz, si la transferencia embrionaria se produce antes de que transcurran dos años desde la crioconservación.

210

El art. 10.7 de la Proposición de Ley establecía que “los preembriones crioconservados en un Banco que no hayan sido donados a este en los términos del presente Anteproyecto de Ley, serán *patrimonio de la pareja* de la que proceden, *la cual* podrá disponer de ellos durante 2 años para una nueva gestación, siempre que sean viables y transferibles”. El 10.8 añadía que “los matrimonios o parejas con gametos o preembriones crioconservados para su propia reproducción, deberán expresar por escrito su voluntad sobre su utilización para el caso de fallecimiento de uno de los miembros del matrimonio o pareja...”. Parece evidente que equiparaba el régimen de los gametos y de los preembriones; no se aceptó ninguna enmienda, así se aprobó por la Comisión, y en el Senado, pasó a ser el número 11,

desapareciendo el apartado 8 “para evitar reiteraciones innecesarias de aspectos que ya se contemplan en otras partes de la proposición de Ley”: he aquí un ejemplo de indefinición.

La solución probablemente más sencilla sea aceptar que esté o no expresamente establecido por disposición legal, los preembriones son generalmente fruto de la pareja, ambos los han depositado en el Banco, y por tanto han de solicitar la devolución del depósito actuando de común acuerdo, por ser —al parecer— el criterio del legislador que no lo reguló expresamente “para evitar reiteraciones innecesarias de aspectos que ya se contemplan en otras partes de la proposición de Ley”.

Sin embargo la conclusión olvida que el art. 1.172 del Código civil cuando la cosa no admite división remite a las reglas de los artículos 1.141 y 1.142 creando como dice ROCA JUAN (21) un supuesto de solidaridad legal y, se aparta —acaso sin ninguna justificación— del criterio del artículo 1.139, que para la indivisibilidad establece una actuación colectiva necesaria. La aplicación de la solidaridad —añade— cuando “la cosa” no admita división es por tanto, una excepción que el Código establece al criterio que mantiene al regular la indivisibilidad.

Además desconoce el derecho del preembrión a ser gestado por su propia madre, genética o de deseo, que ha provocado su creación.

El art. 9 de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sólo se refiere a que “el marido” o “el varón no unido por vínculo matrimonial”, consienta, “en escritura pública o testamento, que *su material reproductor* pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento *para fecundar* a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”.

(21) ROCA JUAN, JUAN: En *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Albaladejo, Tomo XXII, Vol. 1, pág. 260.

Se está refiriendo sólo a los gametos del padre, pero no a los embriones fruto de la unión de los gametos del marido o varón no unido por vínculo matrimonial y la mujer.

Conclúyese de todo ello que no era necesario regular este supuesto, cuando sí se ha regulado el de la fecundación post mortem, porque una vez producidos los embriones, e implantados los necesarios para asegurar razonablemente el embarazo (art. 4), aunque fallezca el marido, la mujer puede pedir la transferencia embrionaria, porque su marido ya consintió, y ya en vida de él había sido concebido el que tras la gestación será hijo suyo, considerándose al preembrión como nasciturus para todos los efectos que le sean favorables y entre otros el tan importante de su derecho a la vida y que sus padres —especialmente si son los genéticos—, sean igualmente los legales.

212 Ese era el destino de los preembriones sobrantes, es beneficioso para la vida del ser humano (“todos” tienen derecho a la vida como dice la Constitución española —art. 15), y el marido o varón no unido por vínculo matrimonial, prestó su consentimiento a la utilización de las técnicas (art. 6.4), y **el consentimiento alcanza a la totalidad del proceso, que no termina sino dos años después de la crioconservación**, en que los preembriones quedan a disposición de los Bancos correspondientes (art. 11.4).

La criatura nacida gozará de la filiación matrimonial de la mujer y del marido, o no matrimonial de la mujer y del varón no unido por vínculo matrimonial (previo ejercicio de la acción judicial de reclamación), y consecuentemente tendrá derechos sucesorios en la herencia de sus padres fallecidos. La razón es la siguiente: El art. 8.1 de la Ley expresa que “ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación. *Repárese que no lo hace depender de la transferencia embrionaria, sino de la fecundación.*”

Esa fecundación puede ser tanto por IA, como por FIVTE. En consecuencia la misma regla habrá que aplicar en los supuestos de inseminación artificial homóloga, no siendo excepción la regla del art. 9, porque en el supuesto contemplado no hay todavía *fecundación*. Además la proposición de Ley contenía en el art. 10. un apartado 9 que no pasó a la Ley, que decía que “mientras permanezcan en depósito, los preembriones no tendrán ningún derecho jurídico hereditario, y tampoco si se utilizan después del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja o matrimonio”, luego puede entenderse que ahora sucede lo contrario.

La consecuencia de cuanto llevamos expuesto es, como afirmábamos inicialmente, que la disposición testamentaria aunque sea posible es innecesaria ya que la mujer tiene el derecho a la transferencia dentro del plazo, y fuera si estuvieren disponibles, exista o no disposición testamentaria, y cualquiera que sea el alcance de ésta.

No cabe a nuestro juicio la revocación del consentimiento que el padre dio para la utilización de las técnicas (art. 6.3 y 4), tal como se deduce del art. 8. 1 de la Ley, ni siquiera si se fecundaron con semen de donante, pues no es aplicable ni el art. 9.1 ni el art. 9.3 porque no se trata de material de marido y la realización de las técnicas ya comenzó (art. 9.4), y ya se produjo la fecundación.

III. Embriones.

Son contemplados por la ley como el segundo período del desarrollo embrionario, tras la fase de preembrión.

Según la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre por “embrión” propiamente dicho, se entiende tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y

medio más; se corresponde esta fase con la conocida como de “embrión posimplantatorio”.

La Disposición final primera de la Ley 42/1988 de 28 de diciembre sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, dice que “la donación y utilización de... óvulos fecundados y en desarrollo, in vitro o in vivo, *hasta el día catorce* que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y las disposiciones que la desarrollen”.

A sensu contrario, si los óvulos fecundados y en desarrollo tienen más de catorce días, les es de aplicación la Ley 42/1988 de 28 de diciembre y no la 35/1988 de 22 de noviembre.

214

Sin embargo, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana, dedica algunos preceptos a los embriones, que no han sido derogados ni modificados por la posterior ley 42/1988, de 28 de diciembre.

Los embriones, al estar implantados ya en el útero de la mujer, y en fase de crecimiento, son en este caso con toda claridad nascituri (art. 29 C.c.), no pueden ser objeto de negocio jurídico alguno lícito, ya que el único posible sería el de la gestación por sustitución, y el art. 10.1 de la Ley determina que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

El embrión ha de ser protegido para que complete su desarrollo y llegue a nacer. De ahí que toda intervención sobre el embrión vivo en el útero, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente (art. 12.2 de la Ley 35/1988), y con fines terapéuticos, no esta permitida salvo la que propicie su bienestar y favorezca su desarrolllo (art. 13.2 de la Ley 35/1988),

y en todo caso si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza (art. 13.3. d.) de la Ley 35/1984).

La Ley 42/1988 de 28 de diciembre desarrolla lo establecido en esta materia por la Ley 35/1988, regulando las actuaciones de carácter diagnóstico, terapéutico o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes (art. 5.1) autorizándose investigaciones básicas en embriones o fetos humanos o en sus estructuras biológicas si se cumple lo establecido en la Ley sobre la base de proyectos debidamente desarrollados que estudiarán y, en su caso, aprobarán las autoridades públicas sanitarias y científicas, o, si así se delega, la Comisión Nacional de Seguimiento y Control de la donación y utilización de embriones y fetos humanos” (art. 7.1).

La aplicación de la tecnología genética se podrá autorizar con *finés diagnósticos*, con el carácter de diagnóstico prenatal de enfermedades genéticas o hereditarias, para evitar su transmisión o para tratarlas o curarlas; con *finés terapéuticos*, principalmente para seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas a los cromosomas sexuales y especialmente al cromosoma X, evitando su transmisión; o para crear mosaicos genéticos beneficiosos por medio de la cirugía; y finalmente, con *finés de investigación y estudio* de las secuencias del ADN del genoma humano, y determinados procesos genéticos, y de origen y cura de enfermedades (art. 8.2 de la Ley 42/1988).

Está prohibida la realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico, creación y mantenimiento de embriones vivos, en el útero o fuera de él con cualquier fin distinto a la procreación, y la experimentación con embriones o fetos vivos viables (art. 9 de la Ley 42/1988).

IV. Fetos.

La Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, considera al “feto” como la fase más avanzada del desarrollo embriológico, siendo definido por ella como “el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto”.

Al igual que con el embrión, toda intervención sobre el feto vivo en el útero o fuera de él, con fines diagnósticos, no es legítima si no tiene por objeto el bienestar del nasciturus y el favorecimiento de su desarrollo, o si está amparada legalmente” (art. 12.2 de la Ley 42/1988); y con fines terapéuticos sólo cuando propicie su bienestar y favorezca su desarrollo (art. 13.2. Ley 42/1988), y no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos, ni se busca la selección de los individuos o la raza (art. 13.3 Ley 42/1988).

216

Capacidad para suceder y técnicas de reproducción asistida

I. Capacidad para suceder.

El requisito para poder suceder al causante es tener personalidad, para lo que se requiere nacer —el nacimiento determina la personalidad (art. 29 C.c.)— con las condiciones del art. 30 del Código civil: tener figura humana y vivir veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Si el preembrión ha sido transferido al útero de su madre, después de la FIV, no cabe duda de que nos hallamos en presencia de un “nasciturus” en el más puro sentido del C.c., al que se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30 C.c. (art. 29).

Si se encuentra crioconservado, como afirmamos al principio de este estudio, y así se sostiene por parte de la doctrina (MORO ALMARAZ, HERRERA CAMPOS y CABANILLAS SÁNCHEZ, entre otros) nos hallamos en presencia de un nasciturus. Literalmente se encuentra comprendido en el art. 29 del Código civil, pues se halla “concebido”, pese a que no esté siendo “gestado” (Tribunal Constitucional Sentencia 53 de 11 de abril de 1985).

De existir “nasciturus”, la delación no se produce a su favor en el momento de la muerte del causante; hay una situación de interinidad al estar la herencia sin titular: “en el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, o se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio de testamentaría” (art. 965 C.c.); “la división de la herencia se suspenderá hasta que se verifique el parto o el aborto, o resulte por el transcurso del tiempo que la viuda no estaba encinta” (art. 966 C.c.). Los llamados a la herencia que puedan perder sus derechos o verlos reducidos si se produce el nacimiento son, como recuerdan DÍEZ PICAZO y GULLÓN, herederos condicionales, consistiendo la condición en que no nazca aquél o sin las condiciones del artículo 29 (22).

217

Cuando existen preembriones crioconservados, la especialidad radica en que en la *sucesión de la madre genética* al haber fallecido ésta no puede ya gestarlos y al no poder transferirse al marido, una de dos, o a los dos años pasan a disposición del Banco autorizado (art. 11.4), en cuyo caso se debe considerar a todos los efectos con las mismas consecuencias que si procedieren de donación, y por lo tanto por la remisión que efectúa el art. 5.5. al art. 8.3. “la reve-

(22) DÍEZ PICAZO, LUIS y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV*, 2.ª edición, pág. 420.

lación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación”, o fallecida la madre o renunciando a ellos será la gestante la madre legal, no la madre genética (art. 10.2 por analogía) y ningún derecho tiene en la herencia de ésta.

¿Qué ocurre en la *herencia del padre*? Ya hemos manifestado reiteradamente nuestra opinión, de que la viuda, haya hecho o no manifestación al respecto el marido en el testamento, *durante los dos años siguientes a la crioconservación* de los preembriones tiene derecho a exigir la transferencia a su útero del número considerado científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo (art. 4) y los hijos nacidos tras la transferencia y gestación serán hijos matrimoniales o no matrimoniales del testador causante, esposo o conviviente.

218 Consideramos aplicable por analogía lo prevenido en los artículos 965 y 966 del Código civil. Durante el tiempo que falte para concluir los dos años desde la crioconservación—cualquiera que sea la fecha del fallecimiento del causante dentro de dichos dos años— y producida la transferencia embrionaria, hasta que se verifique el parto o se adquiera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, se deberá suspender la división de la herencia y proveer a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría.

La duda, como dice ALBALADEJO (23) puede surgir cuando alguien instituye herederos o legatarios a determinadas personas, no siendo seguro si su voluntad comprende además de los vivos a los concebidos, igualmente. El Tribunal Supremo en las conocidas sentencias de 18 de octubre de 1899 y 27 de octubre de 1903 los entendió comprendidos en las disposiciones que se otorguen a favor de los nacidos, salvo que expresamente sean excluidos, y por tanto

(23) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Derecho Civil*, I-1, ed. 1991, pág. 220.

habrá que entender comprendidos a los preembriones aunque estén crioconservados para el caso de que sean transferidos al útero durante los dos años siguientes a su crioconservación.

No puede decirse lo mismo, en principio, de los gametos crioconservados, pues mientras no hayan sido utilizados y hayan formado el preembrión, no dejan de ser bienes o cosas, y al no haber concepción puede pensarse que no cabe aplicarles la ficción del art. 29, limitada a los “concebidos”; en principio, y a lo sumo, se trataría de *nondum concepti* o *concepturi*, a los que tradicionalmente se les efectuaban las atribuciones patrimoniales *mortis causa* mediante la sustitución fideicomisaria y la designación condicional de heredero.

Sin embargo, es a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1963 cuando cambia la tendencia, no sólo jurisprudencial, sino doctrinal. Se admite la posibilidad de que los *nondum concepti* puedan ser designados directamente herederos, siempre que no haya duda sobre su identificación, y que el nacimiento del *concepturus* constituya el contenido de una condición suspensiva (Sentencia de 3 de abril de 1965). Admite igualmente la posibilidad del llamamiento directo de los no concebidos, además de a través de la sustitución fideicomisaria, la Dirección General de Registros y Notariado en Resoluciones de 27 de diciembre de 1982 y 29 de enero de 1988, entre otras.

No obstante la cuestión puede haber variado sustancialmente con la promulgación de la ley sobre técnicas de reproducción asistida, pues en el supuesto de que existan gametos del marido o conviviente crioconservados y disposición testamentaria o escritura consintiendo la fecundación *post mortem* de la esposa o compañera, creemos que el hijo que nazca de la fecundación producida dentro del plazo legal debe dársele igual tratamiento jurídico que al *nasciturus*, por analogía.

Esta solución es la adoptada por el Código de Sucesiones de Cataluña, aprobado por la Ley de la Generalitat 40/1991 de 30 de diciembre, en su artículo 9, cuando después de establecer la regla general de que “tienen capacidad para suceder todas las personas nacida o concebidas al tiempo de la apertura de la sucesión y que sobrevivan al causante”, expresa en su párrafo tercero que “si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida post mortem, el hijo que nazca dentro del período legal también se considerará concebido al tiempo de la apertura de la sucesión”.

Y por tal razón, el art. 46 de dicha ley ordena que “la partición de la herencia se suspenderá en los siguientes casos: ... 4. Si el causante ha expresado de forma fehaciente su voluntad de fecundación asistida post mortem, hasta que se produzca el parto o transcurra el plazo correspondiente según la Ley”.

220

Solución igualmente aplicable al Derecho común por analogía con lo dispuesto en los artículos 965-967 C.c.

II. La supervivencia del sucesor al causante.

Para adquirir el *ius delationis*, debe el sucesor sobrevivir al causante. Este principio aún no consignado en ningún precepto en concreto, resulta de diversos artículos del Código civil: así del art. 33 C.c. para los supuestos de conmorencia, en que no hay transmisión de derechos entre dos personas llamadas a sucederse, el art. 758 C.c. conforme al cual “para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate”, y en fin del art. 766 que dispone que el heredero voluntario que muere antes que el testador no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los arts. 761 y 857 (sobre las legítimas, incapacidad y desheredación).

Al *nasciturus* se le tiene por nacido, con las consecuencias que hemos visto, pero ¿quid si el testador designa he-

redero o legatario a sus hijos que no se hallan concebidos siquiera al tiempo de su muerte?

Si el sucesor ha de tener capacidad en el momento de la apertura de la sucesión (art. 758) parece que existe dificultad legal para que adquiera el *ius delationis* un no concebido. Así lo declaró el Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de noviembre de 1935, basándose en el precepto aludido, el art. 29 ya examinado y el art. 745 cuando declara que son incapaces de suceder, las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el art. 30.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN (24) manifiestan que “privar al causante de la posibilidad de llamar a personas no concebidas en el momento de la muerte choca con una tradición histórica arraigada en la naturaleza humana. Siempre ha ocurrido que los testadores llamen sucesivamente a los herederos, o en otros términos, a una posteridad que ellos no conocen al morir por no existir”. Para ello se ha utilizado la figura de la sustitución fideicomisaria (art. 781), conforme a la cual “se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia”, siendo válidas y surtiendo efecto “siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”. Concluyen dichos autores declarando que “seguramente, lo que hay en el tema de los *nondum concepti* es simplemente una excepción que formula el artículo 781 a la regla general del artículo 758 en la expresión “segundo grado”. Pero también parece que hay una prohibición implícita en el sistema del Código de la llamada directa a una persona que no está concebida a la muerte del testador, que supondría una herencia yacente por tiempo indefinido y sometida a un régimen de administración sin beneficio actual para nadie y con posible perjuicio del que llegue a nacer. En cambio, a tra-

(24) *Ob. cit.*, pág. 432.

vés de la sustitución fideicomisaria esa misma herencia es disfrutada y conservada por una persona para entregarla posteriormente a aquél”.

¿Qué ocurre, en consecuencia, cuando el testador consiente la fecundación post mortem de su esposa o mujer con la que convive, con su material reproductor que se halla crioconservado, lo que obligatoriamente ha de hacerse dentro de los seis meses siguientes? ¿Puede otorgar disposición testamentaria directa a su favor, o por tratarse de no concebidos o concepturi, tiene que ser a través de una sustitución fideicomisaria?

222

El legislador del C.c. no pudo prever la contingencia a que nos referimos, o sin más no la previó, pero si ninguna razón se ve para que no puedan ser llamados directamente los nondum concepti, excepto esa yacencia de la herencia por tiempo indefinido, sin beneficio para nadie de los vivos y con posible perjuicio para el que llegue a nacer, en el caso que nos ocupa no existe, pues como máximo dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del testador debe haber sido fecundada la esposa o mujer conviviente, por lo que el plazo de yacencia queda reducido a quince meses aproximadamente. Creo que pueden ser instituidos directamente, y se tratarán de herederos condicionales sometidos a la condición de nacer.

En la doctrina, la cuestión no es pacífica. Así, MORO ALMARAZ (25) ve clara la solución tratándose de sucesión testamentaria, pero no tanto en la intestada. Dice: “El hijo tendrá derecho a lo que el padre hubiera dispuesto en su favor en testamento, puesto que la jurisprudencia viene admitiendo con amplitud las disposiciones testamentarias en favor de los nondum concepti y no tiene por qué ser menos... el concebido de esta forma, siendo conveniente aplicar al efecto las medidas precautorias de los artículos 959-967 C.c. respecto a la viuda encinta desde que la mujer tiene la

(25) *Ob. cit.*, pág. 389.

intención de hacer uso de la práctica en los términos antes establecidos. Sigue existiendo el problema en el supuesto de inexistencia de testamento. Era necesario una norma que lo declarara expresamente, porque no es del todo claro que pueda deducirse de la expresión “los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”, ya que el fallecimiento no sólo es anterior al nacimiento sino a la concepción”.

La misma opinión es defendida por CABANILLAS SÁNCHEZ (26) quien dice: “Si alguien me pregunta ahora mis posiciones en materia de filiación y derechos sucesorios del nacido a consecuencia de una fecundación post mortem, mi respuesta será muy simple: es un hijo no matrimonial (aunque figurará como matrimonial si nace dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido), que carecerá de derechos sucesorios legales (a salvo, llamamientos testamentarios en favor de concepturi) en la herencia de su padre, por la sencilla razón de que ni siquiera estaba concebido en el momento de la muerte de aquél. Lo que sí tendrá es una preciosa pretensión indemnizatoria contra (su madre y) el médico que llevó a cabo la fecundación post mortem. Para terminar preguntando: desde la postura permisiva de la ley ¿cómo es posible que no se haya incorporado un precepto que indique qué hacer con la herencia del difunto durante los seis meses en que consintió la fecundación con su semen de su mujer o compañera more uxorio?”.

(26) *Ob. cit.*, nota 34, en pág. 780.

Técnicas de reproducción asistida y sucesión testamentaria

I. Disposición testamentaria a favor de los “hijos del testador”.

El supuesto sería el siguiente: el testador instituye herederos a sus hijos. Todos los hijos habidos por aplicación de las técnicas de reproducción asistida cuya filiación matrimonial o no haya sido determinada conforme a las normas de la Ley 35/1988, deben entenderse incluidos en la expresión.

II. Disposiciones testamentarias a favor de los parientes del testador.

224 El art. 751 del Código civil expresa que “la disposición hecha genéricamente en favor de los parientes del testador se entiende hecha en favor de los más próximos en grado”. Cabe reiterar lo dicho anteriormente, y en consecuencia deben ser considerados como parientes del testador los hijos habidos por aplicación de las técnicas, con derecho a heredar salvo que el testador establezca el límite de que vivan al tiempo de su fallecimiento.

III. Institución de heredero bajo condición suspensiva.

El art. 790 del Código civil establece que “las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición”, rigiéndose por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales (art. 791 C.c.).

Puede en consecuencia el testador disponer en su testamento que una persona determinada sea heredera si tiene hijos, o que los bienes pasen a otra persona si fallece sin descendientes el heredero.

Se hace necesario examinar la repercusión que la legislación sobre técnicas de reproducción asistida humana puede tener en esta materia.

1. *Institución de heredero condicionada a que el heredero llegue a tener descendientes.*

Sabido es que la doctrina discute en este caso: si la delación se produce en el momento de la apertura de la sucesión, y son los efectos de la delación los que se retrasan al momento del cumplimiento de la condición; o por el contrario es la propia delación la que se pospone hasta el momento del cumplimiento de la condición, solución que parece más acorde con las regulación del Código civil, especialmente del régimen del art. 991 del Código civil, conforme al cual “nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia”. La herencia se pone en administración (arts. 801-804 C.c.), sin perjuicio del derecho del heredero de adoptar las medidas de conservación que estime oportunas (art. 1.121, 1, por remisión del art. 791). Si se cumple la condición el heredero lo es con carácter retroactivo desde el momento de la apertura de la sucesión, si se incumple habrá que estar a lo dispuesto en el testamento, si hubiere llamamiento sucesivo, o procederá la apertura de la sucesión intestada.

La especialidad del supuesto que contemplamos es que la condición consiste precisamente en que el heredero tenga descendencia. Y además de poder recurrir a la adopción, o a la unión sexual natural con otra persona, la aplicación de las técnicas de reproducción “facilita” las posibilidades —dentro de la dificultad técnica—.

Ni que decir tiene que los hijos pueden igualmente proceder de una fecundación post mortem, o de la transferencia post mortem de embriones sobrantes de una FIVTE anterior, pero mientras no nazcan no se entiende cumplida la condición, aunque existan preembriones crioconservados, ya que no existe relación de filiación establecida y determinada mientras no se produzca el nacimiento.

2. *Institución de heredero sujeta a la condición resolutoria de que el heredero llegue a tener descendientes, en cuyo caso serán éstos los herederos.*

Como dicen DÍEZ PICAZO y GULLÓN (27) “en las instituciones de heredero con condición resolutoria el intérprete debe proceder como si estuviese en presencia de una sustitución fideicomisaria condicional, porque en esencia se dan los requisitos de la misma (llamamientos sucesivos y obligación de restituir). El evento que pondrá en juego la restitución hace que la adquisición por los segundos llamados esté condicionada”.

226

Parece evidente que esos hijos pueden proceder de las técnicas de reproducción asistida, y quedará cumplida la condición, una vez determinada la filiación matrimonial o no de los mismos, con arreglo a ley, sean o no hijos genéticos del heredero, y cualquiera que sea el momento del nacimiento.

En el caso de que existan *gametos crioconservados* del marido o conviviente de hecho, y autorizase en escritura pública o en testamento la fecundación de la esposa o conviviente con su material reproductor (art. 9. 2 y 3), dichos hijos de nacer, serán matrimoniales o no matrimoniales del heredero, pero en cualquier caso legalmente hijos: se habrá cumplido la condición resolutoria, y los hijos serán los llamados a la herencia, por las razones que expusimos en su momento y por la similitud con la sustitución fideicomisaria de este supuesto.

Si existen *embriones crioconservados*, mientras dentro de los dos años siguientes a la crioconservación no sean transferidos al útero de la esposa o conviviente, no puede decirse, pese a la existencia de un ser humano en formación, que esté cumplida la condición por cuanto legalmente no son personas: sin embargo los preembriones entran dentro del concepto de “concebidos”, por lo que deben adoptarse

(27) *Ob. cit.*, pág. 502.

las medidas para posibilitar que puedan heredar si llega a feliz término en su caso su nacimiento por haber sido solicitada por la esposa la transferencia al útero, dentro del plazo legal antes indicado.

IV. Las sustituciones.

Como dicen DÍEZ PICAZO y GULLÓN (28) “La sustitución es la disposición del testador por la que ordena que otra persona se coloque en el lugar ocupado por el heredero primeramente instituido”, o por el legatario (art. 789 C.c.).

El Código civil regula cuatro tipos de sustituciones: la vulgar, la pupilar, la ejemplar y la fideicomisaria. Vamos a examinar la incidencia de las técnicas de reproducción asistida humana en el régimen de las sustituciones vulgar y fideicomisaria.

227

1. *La sustitución vulgar.*

Dispone el art. 774: “Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario”. Como dice ALBALADEJO (29), “tal especificación es imperfecta —aparte de que sea inútil— puesto que, en todo caso, hubiera bastado con decir que el sustituto es llamado para cuando el primer instituido no quiera (*casus voluntatis*) o no pueda (*casus impotentiae*, que comprende el de premoriencia del instituido al causante) aceptar la herencia, cuyos dos supuestos se resumen en el de que no llegue a ser heredero”.

(28) *Ob. cit.*, pág. 507.

(29) ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, pág. 1904.

La cuestión consiste en dilucidar qué ocurre en aquellos supuestos en que el testador declara sustitutos vulgares del heredero o legatario a sus descendientes, con relación a los preembriones crioconservados, ya que los embriones transferidos son nasciturus a los que se tiene por nacidos para todos los efectos que les sean favorables, pues a ellos específicamente se refiere el art. 29 del C.c. español.

a) Si la heredera es la mujer y la causa de que tenga lugar la sustitución vulgar es la premoriencia, los preembriones crioconservados no serán nunca herederos por sustitución vulgar, porque la mujer no puede solicitar, por haber fallecido, la transferencia embrionaria (TE), y si quien los gesta es otra mujer, en los casos en que así ocurra, los nacidos serán hijos de la madre gestante, y no de la madre genética; si la causa de la sustitución es distinta de la premoriencia, la mujer puede durante los dos años siguientes a la crioconservación (art. 11.4) solicitar la transferencia a su útero; en tanto no lo decide, consideramos no obstante que por la protección debida al posible nasciturus, como por el hecho de quedar literalmente comprendido en el art. 29 C.c., puesto que ya están concebidos, deben adoptarse, siendo como son herederos instituidos, las medidas de los arts. 965 y 966 del C.c. Transcurridos los dos años sin haberse producido la transferencia embrionaria, o fracasada ésta, las medidas deben ser suspendidas.

b) Si el heredero es el varón, cualquiera que sea la causa que da lugar a la sustitución vulgar, durante los dos años siguientes a la crioconservación, la esposa o la conviviente, pueden solicitar la transferencia a su útero; mientras esto no ocurre o si transcurre el plazo o fracasa la implantación, debe aplicarse la misma conclusión adoptada anteriormente.

Idéntica solución habrá que adoptar en el caso de herencia de varón de existir gametos crioconservados, si está autorizada la fecundación post mortem en los términos del artículo 9, 2 y 3 de la Ley.

2. La sustitución fideicomisaria.

“Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador” (art. 781 C.c.).

Siendo el objeto de este trabajo el estudio de las repercusiones que en el Derecho de sucesiones tienen las técnicas de reproducción asistida, vamos a referirnos a tres cuestiones, los llamamientos a favor de los no concebidos, la sustitución “*si sine liberis decesserit*”, y al usufructo vitalicio con propietarios indeterminados a la muerte del causante.

A) Los llamamientos a favor de los no concebidos.— Conforme al art. 781 del Código civil, mediante la sustitución fideicomisaria pueden ser llamados a la herencia el instituido o fiduciario, y con posterioridad cuantos llamamientos se deseen a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador, o tan sólo dos llamamientos más si los fideicomisarios no viven al óbito del testador.

Estos fideicomisarios pueden ser no concebidos, estando sujeto el llamamiento al cumplimiento de dos condiciones: el nacimiento y la sobrevivencia al fiduciario.

En consecuencia ningún inconveniente existe en que sean designados fiduciarios hijos todavía no concebidos al tiempo del fallecimiento del testador, y por tanto que procedan éstos de gametos crioconservados del testador o del fiduciario o del primer fideicomisario, incluso procedentes de fecundación post-mortem consentida (art. 9).

B) La sustitución “*si sine liberis decesserit*”. En ella, como dicen DÍEZ PICAZO y GULLÓN (30) “el testador llama

(30) *Ob. cit.*, pág. 524.

a su herencia a una persona y sucesivamente a otra para el supuesto de que la primera muera sin hijos.

Los hijos están puestos en la condición, no en la sustitución, de tal manera que si los tiene podrá disponer libremente de los bienes, y si no los tiene pasan al siguiente llamado.

Si cuando fallece el heredero varón deja preembriones crioconservados habrá que esperar al transcurso de los dos años desde la crioconservación para saber si la mujer o conviviente del mismo los transfiere a su útero. De no hacerlo habrá fallecido sin hijos y pasarán al fideicomisario siguiente. De hacerlo habrá que esperar al nacimiento, quedando los bienes en administración (art. 965-967 C.c.).

Si deja material reproductor y consiente la fecundación post mortem habrá que atender a si se produce o no la fecundación y el nacimiento o no, para saber si se ha cumplido o no la condición: la herencia queda en administración (art. 965-967 C.c.).

230

C) El usufructo vitalicio con propietarios indeterminados a la muerte del causante. Los propietarios indeterminados pueden ser *nondum concepti*. En la doctrina española se ha considerado por un sector doctrinal que nos hallamos ante una sustitución fideicomisaria a favor de los concebidos pero no nacidos, cuyas cuotas se reordenarán conforme vayan naciendo, y siempre que sobrevivan al usufructuario-fiduciario; otros por el contrario sostienen que hay un usufructo con una nuda propiedad transitoriamente indeterminada hasta la muerte del testador, quedando mientras tanto en administración (art. 801 y sgs. C.c.), reducida por los derechos del usufructuario.

¿Quid con relación a los preembriones crioconservados al tiempo del fallecimiento del usufructuario? Si fueren llamados los descendientes de una persona que sobrevivan al usufructuario, consideramos que deben ser equiparados a los concebidos pero no nacidos (art. 29 del Código civil) y por tanto se les tiene por nacidos para todos los efectos que les

sean favorables, siempre que sean implantados en la forma y plazos dichos y nazcan con las condiciones del art. 30 C.c. Respecto de los gametos para inseminación post mortem consentida por el marido o conviviente (art. 9), habrá que esperar el transcurso del plazo de los seis meses y comprobar la fecundación y en su caso el alumbramiento.

V. La nulidad del testamento por incumplimiento de las formalidades legales.

La cuestión que se plantea es la siguiente: habiendo prestado el testador su consentimiento a la fecundación post mortem de su esposa o compañera conviviente, el testamento es declarado nulo por incumplimiento de las formalidades legales. ¿Cuál es la suerte de la disposición relativa a la fecundación post mortem?

A nuestro juicio se produce un supuesto claro de conversión documental si el testamento fuere abierto, es decir, puede entenderse que valdrá como escritura pública si reúne los requisitos que para la validez de ésta determina la legislación notarial, y en consecuencia surtirá efectos el consentimiento.

231

VI. La revocación del testamento.

Cabe preguntarse qué repercusión puede tener en materia de fecundación asistida post mortem la revocación del testamento donde el testador prestaba el consentimiento.

Si el testador otorga nuevo testamento en que revoca expresamente el consentimiento prestado en el anterior a la fecundación post mortem, queda dicho consentimiento, a nuestro juicio revocado por aplicación del art. 9.4 de la Ley, ya que no existe precepto similar al art. 741 para el reconocimiento de hijos en que apoyarse.

Mayores dudas ofrece el supuesto de que revoque el testamento anterior sin que expresamente se revoque en el nuevo el consentimiento para la fecundación post mortem;

sin embargo creo que queda revocado dicho consentimiento, por la misma razón de ausencia de una norma como la del art. 741 del Código civil, ni se ve semejanza de supuestos o identidad de razón para aplicación analógica del mismo.

Finalmente si el testador revoca el testamento posterior —contenga o no revocación expresa del consentimiento para la fecundación—, el anterior recobra su fuerza y con él el consentimiento que contenía para la fecundación post mortem, si declara expresamente ser su voluntad que valga el primero (art. 739 C.c.).

Técnicas de reproducción asistida y sucesión legitimaria o forzosa

I. Legítimas de los ascendientes y descendientes.

232

Conforme al art. 806 del C.c.: “la legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”.

En el régimen del C.c. son herederos forzosos en la herencia de los padres y ascendientes los hijos o descendientes; en la de los hijos y descendientes sus padres o ascendientes, a falta de descendientes de aquéllos; el cónyuge viudo además es legitimario si no está separado o lo estuviere por culpa del difunto, cualquiera que sea el heredero con quien concurra (arts. 807 y 834 C.c.).

Quienes sean por tanto legitimarios cuando han sido utilizadas las técnicas de reproducción asistida, resultará de la determinación de la filiación conforme a la ley que regula dichas técnicas; siendo de advertir, ya inicialmente, que en el caso de donación de gametos o de embriones, ningún vínculo de parentesco existe entre los padres genéticos anónimos y los hijos habidos por aplicación de las técnicas de reproducción asistida (art. 8.3).

1. Inseminación artificial homóloga con semen de marido.

En este caso los padres legales son los padres genéticos. La filiación del hijo fruto de tales técnicas se determinará por las normas del Código civil, puesto que el art. 7.1 de la Ley 35/1988 determina que “la filiación de los nacidos con las técnicas de Reproducción Asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo las especialidades contenidas en éste capítulo”.

Conforme a las normas vigentes, “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 C.c.): en consecuencia si el hijo nace entre dichas fechas se presume del marido; la maternidad resulta del hecho del parto (art. 139 C.c.); y la filiación materna y paterna quedará determinada como *matrimonial*, por la inscripción de nacimiento junto con la de matrimonio de los padres (art. 115.1).

233

La proposición de Ley 122/000062, preveía en el art. 7.3 que “el matrimonio... a cuya mujer se realicen estas técnicas de Reproducción Asistida, con colaboración de donantes o sin ella, serán *los padres legales* del hijo o hijos así nacidos, siempre que hayan dado consentimiento previo y fehaciente una vez conocidos todos los términos de la utilización de las técnicas a que hace referencia este Anteproyecto de Ley o las normas que lo desarrollen”. Además el art. 8.3 determinaba que “el hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo gestó y del varón con el que ésta constituye matrimonio..., siempre que éstos lo hayan aceptado previamente en los términos de este Anteproyecto de Ley”.

La enmienda 190 de Don Antonio Uribarri Murillo (PDP) pedía su supresión “por superfluo. Manteniéndose la utilización de las técnicas de reproducción asistida en el matrimonio, en virtud del artículo 39 de la Constitución Espa-

ñola, lo prescrito para los cónyuges no tiene sentido, por obvio”.

El informe de la Ponencia, que añadió lo que hoy constituye el apartado 1 de este artículo, no obstante mantuvo el texto, que pasó a ser el apartado 4 del mismo art. 7, así como el art. 8.3, pues fueron rechazadas las enmiendas presentadas a éste último, una de las cuales, la 195, presentada por Don Antonio Uribarri (PDP), con toda razón pedía la supresión por aplicación del art. 39 de la Constitución española, y “porque la atribución legal de la paternidad o maternidad no puede quedar al arbitrio de la madre que lo gestó ni del valor con que constituye matrimonio... como dice el texto. Y con dicha redacción inicial fue aprobado por la Comisión de Política Social y Empleo de la Cámara baja con competencia legislativa plena.

234 Mediante Mensaje motivado a la proposición de Ley, del Senado, pidió éste la supresión del apartado 3 del art. 7 y suprimió, igualmente, el texto del art. 8.3, que fue sustituido por el texto del actual art. 8. 3 de la Ley.

La consecuencia es clara: en la inseminación artificial homóloga, la paternidad o maternidad, no resultan de que el marido o la mujer hayan prestado su consentimiento a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, sino de que resulten ser madre o padre, conforme a las normas civiles generales vigentes (art. 7.1), y por tanto por aplicación del régimen de las presunciones, por lo que respecta al marido, y por el hecho del parto para la mujer, y la filiación matrimonial quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, aunque a efectos sucesorios es indiferente que sea matrimonial o no matrimonial ya que conforme al art. 108 del C.c. “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, consecuencia del principio de no discriminación por razón de nacimiento que proclama el art. 14 de la Constitución española.

En conclusión: el hijo nacido de la inseminación artificial homóloga de mujer casada con semen de su marido es legítimo tanto en la herencia del padre como de la madre, y éstos o el que de ellos le sobreviva en la herencia de aquél, a falta de descendientes del hijo.

2. Inseminación artificial homóloga con semen de conviviente more uxorio.

Durante el iter legislativo, todos los textos dieron el mismo trato a los cónyuges unidos en matrimonio y a las que llamaban los textos “parejas estables” y en concreto, los textos transcritos en el apartado anterior eran de aplicación igualmente a las mismas, pues donde figuran los puntos suspensivos en la transcripción figuraba dicha expresión.

Regulándose pues la filiación de los nacidos con las técnicas de Reproducción Asistida por las normas vigentes, a salvo las especialidades contenidas en este capítulo (art. 7.1), la maternidad de los hijos nacidos de la inseminación artificial homóloga de la mujer de la pareja estable, resultará del hecho del parto, y quedará determinada conforme al art. 120 del C.c. por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil —se refiere al expediente del art. 49 de dicha Ley—, por sentencia firme, y respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

La especialidad contenida en el capítulo III de la Ley, que deja a salvo el art. 7.1. está constituida por el art. 6.4 de la misma, conforme a la cual “el consentimiento del varón [se está refiriendo al varón no marido] prestado antes de la utilización de las técnicas, a los efectos previstos en el artículo 8, apartado 2, de esta Ley, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”;

el art. 8, 2 a que se remite determina que “se considerará escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad”.

Por lo tanto, si cuando se trata de inseminación artificial heteróloga de mujer de pareja estable, el consentimiento del varón conviviente, se considera escrito indubitado para iniciar el expediente de determinación de la filiación no matrimonial, por analogía cabe decir, con mayor razón, lo mismo si se trata de semen propio.

236 Si el varón no casado reconoce al hijo tras su nacimiento, o ha otorgado escrito indubitado haciendo constar su consentimiento a la inseminación con semen propio, o en defecto de todo ello así resulta de sentencia firme, queda así determinada la filiación no matrimonial del padre.

Conclusión: los hijos nacidos de parejas estables mediante la inseminación artificial con semen del varón de la pareja, son legitimarios por ser hijos no matrimoniales de ambos, y éstos o el que de ellos le sobreviva, en la herencia de aquél, a falta de descendientes del hijo.

3. *Inseminación artificial homóloga y fallecimiento del marido o varón no casado: fecundación post mortem.*

Si antes de llevar a cabo la inseminación artificial homóloga, fallece el marido o conviviente estable, aun cuando ambos hayan prestado su consentimiento para que tenga lugar la aplicación de la técnica, “no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la

mujer en la fecha de la muerte del varón” (art. 9.1), a menos que el marido o varón no unido por vínculo matrimonial lo consientan en escritura pública o en testamento, y dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento (art. 9.2 y 3).

Por lo tanto, de no mediar el consentimiento en escritura pública o testamento —lo que hace en consecuencia aconsejable que además del escrito que pueda firmarse en el centro médico se otorguen dichos documentos al tiempo de consentir la utilización de las técnicas— el hijo nacido será no matrimonial de la madre —pues el matrimonio se disuelve por la muerte—, y en consecuencia, legitimario de ésta, y la madre en la herencia del hijo, si le sobrevive y aquél no tiene descendientes. Por el contrario no será legitimario en la herencia de su padre genético.

Por el contrario si el marido ha consentido en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial, y en consecuencia será legitimario en la herencia de su padre genético, una vez nacido y determinada la filiación matrimonial.

Tratándose de varón no unido por vínculo matrimonial, si presta su consentimiento en escritura pública o testamento, “sirve tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad”. Determinada la filiación no matrimonial, el hijo habido post mortem, será legitimario del fallecido.

4. Inseminación artificial heteróloga o con semen de donante.

Si el marido ha prestado su consentimiento, previa y expresamente, a la fecundación con contribución de semen de donante, no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo

nacido por consecuencia de tal fecundación (art. 8.1.), que en consecuencia será hijo matrimonial del marido y de la mujer, que es su madre genética, una vez determinada la filiación respecto a la misma. Por lo tanto el hijo habido como consecuencia de inseminación artificial consentida con semen de donante, es legitimario en la herencia de su madre genética y legal, y de su padre legal no genético, y ambos padres o el que de ellos sobreviva en la herencia del hijo si fallece sin descendientes.

Si el marido no prestó consentimiento a la inseminación heteróloga, el hijo no será legitimario si el presunto padre o sus herederos (art. 116 C.c.) ejercitan la acción de impugnación de la paternidad (art. 136); recaída sentencia, el hijo nacido será hijo no matrimonial de su esposa, y sólo legitimario en la herencia de ésta, y la madre en la del hijo si fallece sin descendientes.

238

Si se trata de varón no casado y ha prestado su consentimiento previo para la inseminación artificial con semen de donante de su compañera, “se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad”. Determinada ésta como no matrimonial, el hijo será legitimario en la herencia de su madre-genética y legal y de su padre legal-no genético, y ambos padres o el que de ellos sobreviva en la herencia del hijo fallecido sin posteridad.

Si el consentimiento no se prestó previamente, el hijo nacido será hijo no matrimonial de su conviviente, y sólo legitimario en la herencia de ésta, determinada la filiación, y la madre en la del hijo muerto sin posteridad si le sobrevive.

En cualquier caso, “la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al ar-

título 5, apartado 5, de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación” (art. 8.3), por lo que donante e hijo nunca serán respectivamente legitimarios.

5. Derechos legitimarios de los ascendientes y descendientes y transferencia de embriones (TE) como consecuencia de FIV.

Conviene efectuar al respecto las siguientes distinciones:

5.1. FIVTE de mujer sola.

Tanto en el caso de que los óvulos pertenezcan a ella, como en el caso de que le sea transferido un embrión procedente de donación anónima (art. 5), el hijo será no matrimonial de la mujer, y una vez determinada dicha filiación el hijo será legitimario en la herencia de la madre y ésta en la del hijo fallecido sin posteridad. En ningún caso lo será del donante ya que conforme al art. 8.3 de la Ley “la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Ley, no implica en ningún caso, determinación legal de la filiación”.

239

5.2. FIVTE de mujer casada.

Si el preembrión procede de la fecundación de óvulo propio, con semen del marido, se aplican las normas antes vistas para el supuesto de inseminación artificial homóloga con semen del marido.

Si el preembrión procede de la fecundación de óvulo propio con semen de donante, se aplican las normas antes vistas para el supuesto de inseminación artificial heteróloga de mujer casada.

Si el preembrión ha sido producto de una donación anónima, “ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su

consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o *donantes*, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación”, art. 8.1). Ciertamente es que fecundar significa “unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser” [acepción 3 del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española], y que en este caso no se trata de que consentan la fecundación, sino la transferencia embrionaria, pero el término fecundación debe estar utilizado en el sentido de hacer fértil [en sentido figurado] a la mujer, como lo prueba el hecho de que hable de donante —que será el de semen— o donantes, que no puede ser sino de embriones, ya que prohíbe la ley “mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVTE, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVTE o la TIG” (art. 20.2)B) h), y no consideramos admisible la creación de preembriones ad hoc por el Centro sanitario o Banco pues ello conduciría a procedimientos eugenésicos. En consecuencia será el hijo legitimario de sus padres legales y éstos o el que de ellos sobreviva al hijo sin descendencia, de éste, determinada la filiación.

Si el marido no prestó el consentimiento, y ni él o sus herederos (art. 136 C.c.) ejercieran la acción de impugnación de paternidad (art. 8.1 de la Ley y 136 C.c.) atribuida como consecuencia de las presunciones legales (art. 116 C.c.), serán legitimarios en la forma reiteradamente expuesta; obtenida sentencia como consecuencia de la impugnación de la filiación no existirán derechos legitimarios entre él y el hijo habido de la FIVTE.

5.3. *FIVTE de mujer de pareja estable.*

Si la FIV se ha producido con gametos de la pareja, son de aplicación las conclusiones expuestas al tratar de la inseminación artificial homóloga en tales parejas.

Lo mismo cabe decir, cuando la FIV se efectúa con oocitos de la esposa y espermatozoides de donante de semen.

Si el preembrión ha sido donado, con relación a la madre la norma aplicable es la misma que en el caso de mujer sola, y en cuanto al conviviente con ella se aplicará lo prevenido en el art. 8.2, si el varón prestó su consentimiento con anterioridad a la transferencia. Determinada la maternidad y paternidad no matrimonial (art. 120, especialmente 2 y 3 C.c.), el hijo será legitimario de ambos padres, y éstos del hijo fallecido sin posteridad, o el que de ellos sobreviva.

6. *Derechos legitimarios de los preembriones crioconservados.*

¿Son legitimarios los preembriones crioconservados en la herencia de sus padres conocidos?

Habiendo afirmado con reiteración que los preembriones se consideran nascituri, y en consecuencia se les tiene por nacidos para todos los efectos que les sean favorables (art. 29 del C.c.); de existir preembriones crioconservados, durante los dos años en que se hallan disponibles para su transferencia al útero de la madre (art. 11.4) se adoptarán las medidas prevenidas en los artículos 965 y 966 del C.c., y en consecuencia se suspenderá la división de la herencia, y se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaría. Una vez verificado el nacimiento tienen derecho a la legítima que por ley les corresponda, hijos y padres en su caso, en la forma anteriormente expuesta, y lo demás prevenido en el art. 967 C.c.

241

7. *Derechos legitimarios y fecundación post mortem.*

En el supuesto de fallecimiento del marido o varón no unido por vínculo matrimonial, habiendo otorgado escritura pública o testamento consintiendo la fecundación con su ma-

terial reproductor de su esposa o conviviente, durante los seis meses siguientes (art. 9. 2 y 3), consideramos que por analogía deben aplicarse las normas de los arts. 965 a 967. Una vez producido el nacimiento en su caso al ser considerados como hijos matrimoniales o no matrimoniales, serán legitimarios, hijos y padres en la forma anteriormente estudiada.

II. Preterición de legitimarios.

La preterición (art. 814 C.c.) es la falta de mención o de atribución patrimonial en el testamento de un legitimario que sobrevive al testador. Por tanto hay preterición tanto si no se menciona al heredero, como si mencionándolo nada se le deja. Si se le hace atribución patrimonial insuficiente no hay preterición, sin perjuicio del derecho del legitimario a exigir el complemento (art. 815 C.c.), discutiéndose por la doctrina si lo hay pese a no haber mención testamentaria si en vida recibió atribución a título lucrativo (donación).

242

Puede ocurrir que el heredero forzoso viviese y ello fuese sabido por el testador que lo silenció al tiempo de testar, o que nazca después de otorgar el testamento, ya lo conozca, ya lo ignore el testador, que no lo mencionó en su última voluntad; o en fin que nazca después de su muerte.

El art. 814 distingue entre preterición no intencional o errónea de quienes son hijos o descendientes del testador, que puede ser total o parcial; y preterición simple, que a su vez puede ser intencional y errónea de quienes no son hijos o descendientes.

A la preterición intencional, cualquiera que sea el heredero forzoso, y a la errónea de quienes no son legitimarios en línea recta dedica el Código civil, el artículo 814 C.c., párrafo primero: “La preterición de un heredero forzoso no perjudica la legítima. Se reducirá la institución de herederos antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias”.

“Sin embargo —dice el párrafo segundo del art. 814 C.c.—

la preterición no intencional de hijos o descendientes producirá los siguientes efectos:

1.º Si resultaren preteridos todos, se anularán las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial.

2.º En otro caso, se anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras ordenadas por cualquier título, en cuanto unas y otras no sean inoficiosas. No obstante la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas”.

No se produce preterición, pese a no haber sido mencionados en el testamento, por aplicarse el derecho de representación —tan sólo en la legítima— cuando los omitidos sean descendientes de otro descendiente no preterido. El art. 814 párrafo tercero así lo determina al disponer que “los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”.

243

Ninguna especialidad existe en materia de preterición si los hijos son habidos por técnicas de reproducción asistida. Si se mencionaron en el testamento y recibieron atribución patrimonial, no habrá preterición; si no se mencionaron o no recibieron atribución patrimonial, están preteridos ya se encuentren nacidos, ya sean nascituri, por cuanto al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables (art. 29 C.c.).

Las dudas pueden surgir en los siguientes casos:

a) El ascendiente menciona en el testamento a su descendiente que le ha premuerto, pero no a los descendientes de éste. No se consideran preteridos dichos descendientes por aplicación del art. 814, párrafo tercero, ya estén nacidos, ya se trate de preembriones crioconservados pero disponibles, ya de simples gametos crioconservados cuando el marido o conviviente *more uxorio* han consentido la fecundación *post mortem*, pues si llegan a nacer, como hemos visto serán legitimarios, aplicándose mientras tanto las medidas de garantía y administración de los arts. 965-967 C.c.

b) Fallece un varón, casado o miembro de pareja estable, no mencionando o no efectuando atribución en el testamento a los posibles hijos que puedan nacer de preembriones crioconservados generados con gametos propios ajenos consentidos (art. 8.1) o con gametos crioconservados y con escritura pública o testamento consintiendo la fecundación post mortem. Si llegan a nacer unos y otros han de considerarse preteridos, los procedentes de preembriones por ser nascituri a los que les es de aplicación el art. 29 del C.c., y respecto de los procedentes de gametos crioconservados por analogía, como hemos expuesto con reiteración. Lo que puede ser discutible es si la preterición es intencional o no intencional o errónea —recuérdese que sus efectos son diversos—. Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (31) señalan acertadamente que “no hay una presunción favorable, ante una preterición, de que ésta sea de una clase u otra, luego será una cuestión de prueba a realizar por quien pretenda calificarla”. En estos casos sin embargo nos inclinamos por considerar que se trataría de una preterición no intencional, como suele ocurrir, generalmente, con los no nacidos al tiempo de otorgar el testamento, y mucho más al tiempo de fallecer el testador.

III. Las reservas.

En el régimen del Código civil existen dos reservas que tienen interés para nosotros, la viudal y la lineal, que pueden plantear dudas en relación con las técnicas de reproducción asistida.

1. *La reserva viudal.*

Dice el art. 968 del C.c. que “el viudo o viuda que pase a segundo matrimonio estará obligado a reservar a los hijos

(31) *Ob. cit.*, pág. 600.

y descendientes del primero la propiedad de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, por sucesión intestada, donación u otro cualquier título lucrativo; pero no su mitad de gananciales”. El art. 969 C.c. dispone: “La disposición del artículo anterior es aplicable a los bienes que, por los títulos en él expresados, haya adquirido el viudo o viuda de cualquiera de los hijos de su primer matrimonio, y de los que haya habido de los parientes del difunto por consideración a éste”. Y finalmente el art. 980 C.c. establece: “La obligación de reservar impuesta en los anteriores artículos será también aplicable: 1.º Al viudo que durante el matrimonio haya tenido, o en estado de viudez, tenga un hijo no matrimonial. 2.º Al viudo que adopte plenamente a otra persona. Se exceptúa el caso de que el adoptado sea hijo del consorte de quien descienden los que serían reservatarios. Dicha obligación de reservar surtirá efecto, respectivamente, desde el nacimiento o la adopción del hijo”.

Observemos que los reservatarios son “los hijos y descendientes del primero. Los hijos por tanto han de ser comunes y matrimoniales o adoptivos (32), pero también pueden ser comunes y no matrimoniales, siendo igualmente reservatarios, pues lo contrario implicaría una discriminación contraria al art. 108 C.c. y 14 de la CE, e iría contra el espíritu de la institución. Los descendientes pueden ser matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos de hijo premuerto, aunque como dice VALLET DE GOYTISOLO: *Ob. cit.*, pág. 2298] “estas extensiones a favor de los descendientes no matrimoniales o adoptivos de un hijo premuerto, concordes con el principio igualatorio de la Constitución de 1978, van contra la razón familiar y los presupuestos de la reserva clásica si dichos descendientes mediatos no hubieran sido plenamente aceptados en la familia”.

(32) VALLET DE GOYTISOLO, JUAN: *En Comentario del Código civil*. Ministerio de Justicia, pág. 2298.

Esos “hijos y descendientes del primero” puede haber tenido su origen en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y por tanto ser fruto de una inseminación artificial homóloga, o heteróloga consentida por el marido (art. 8.1 de la Ley), o mediante transferencia embrionaria, tras una FIV de gametos propios de los cónyuges o no, pero consentido por ambos, o por una Transferencia intratubárica de gametos (art. 1.1 de la Ley).

Pero tratándose de descendientes del hijo premuerto, pueden existir preembriones crioconservados, o gametos depositados en un Banco autorizado y escritura o testamento del hijo premuerto consintiendo la inseminación de su esposa o compañera. Los nacidos de la aplicación de las técnicas en este caso serán igualmente reservatarios, los preembriones por ser nascituri y los procedentes de los gametos por analogía.

246

Si la viuda ha tenido durante su matrimonio hijos sin consentimiento del marido por inseminación artificial de donante, o por transferencia de embriones, bien tengan su origen en óvulo propio y semen de donante o sean genéticamente ajenos, si el marido o sus herederos impugnan la filiación matrimonial que resulta del juego de las presunciones del art. 116 del Código civil, conforme al art. 8.1 de la Ley, y 136 del C.c., desde que quede viuda la esposa, nace la obligación de reservar (art. 980 C.c.).

2. *La reserva del art. 811 del Código civil.*

El art. 811 del Código civil establece: “El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido de otro ascendiente o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden”.

Son reservatarios siempre que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proce-

den, además de los ya nacidos, también los nascituri (art. 29 C.c.), y por tanto los preembriones crioconservados si llegan a nacer por su utilización dentro de los dos años siguientes a la crioconservación (puesto que son igualmente nascituri), y las criaturas procedentes de fecundación post mortem, en los casos autorizados, por analogía.

IV. El derecho de reversión del artículo 812 del Código civil.

El art. 812 del Código civil dispone: “Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes *muertos sin posteridad*, cuando los mismos bienes donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió”.

247

Nos interesa fijarnos, exclusivamente, en la posteridad del hijo o descendiente. Como dice VALLET DE GOYTISOLO (33) “cualquiera que sea su filiación, la descendencia ya sea matrimonial, no matrimonial o adoptiva plena del descendiente donatario, excluye la reversión. Si al fallecer el donante no hubiere posteridad nacida, pero sí concebida, será de aplicación el art. 29 C.c. No importa que la posteridad del descendiente donatario renuncie a la herencia de éste, o sea indigna o desheredada, pues el art. 812 no impone otro requisito que la premoriencia “sin posteridad” del donatario”.

En consecuencia y a nuestro juicio, existiendo preembriones crioconservados con menos de dos años de crioconservación, o gametos igualmente tratados del hijo o descendiente, con posibilidad legal de fecundación post mortem, habrá que esperar al transcurso de los plazos legales y médicos, para determinar si existe o no posteridad del descendiente.

(33) *Ob. cit.*, pág. 2005.

Técnicas de reproducción asistida y herencia intestada

I. Sucesión intestada de los descendientes y ascendientes.

El art. 913 del C.c. determina que “a falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado”. “La sucesión corresponde en primer lugar a la línea recta descendente” (art. 930 C.c.). “Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación” (art. 931). “A falta de hijos y descendientes del difunto le heredarán sus ascendientes” (art. 935). A falta de descendientes y ascendientes heredan el viudo o viuda, y luego los parientes colaterales hasta el cuarto grado y posteriormente el Estado.

248

Nos interesa tan solo referirnos a la herencia intestada de los descendientes y de los ascendientes.

En la herencia intestada de los ascendientes son llamados en primer lugar los hijos, pues los nietos y demás descendientes heredan por derecho de representación (art. 933). Habiéndose utilizado las técnicas de reproducción asistida, son herederos abintestato todos los **nacidos** como consecuencia de las mismas, los concebidos pero no nacidos, los preembriones crioconservados siempre que se transfieran al útero materno dentro de los dos años siguientes a la crioconservación en el Banco autorizado (art. 11.4 a sensu contrario) por considerarlos nascituri, y los concepturi que pueden proceder del semen crioconservado cuando es posible la fecundación post mortem, conforme al art. 9. 2 y 3 de la Ley.

En cuanto sea posible, en la herencia de los descendientes hayan nacido por procedimientos naturales o mediante las técnicas de reproducción asistida, incluida la transferencia de preembriones y la fecundación post mortem, son herederos abintestato los padres y ascendientes.

II. El derecho de representación.

El Código civil define incorrectamente el derecho de representación en el artículo 924: “Llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar”. La incorrección del precepto ha sido —de siempre— subrayada, tanto por lo que se refiere a la denominación del derecho —el representante ejercita derecho propio y no del representado—, como por su contenido, ya que el representante sucede al causante y no al representado.

El derecho de representación opera siempre en la sucesión legal o intestada y requiere la premoriencia del heredero, ya que tan solo en los supuestos de incapacidad o desheredación se puede heredar a una persona viva (art. 929 C.c.), y nunca en la testada, donde se aplican las normas de la sustitución vulgar, y en su defecto se abre la sucesión intestada (arts. 774 y 912-3 C.c.). En el art. 766 el Código civil dice que “el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmite ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los arts. 761 y 857”; este precepto es fundamental para la negación del derecho de representación en la sucesión testada; el art. 761 dice: “Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”, y por tanto no a los tercios de mejora y libre disposición, de ahí que como dicen DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS (34) si se quiere hablar de representación, hay que puntualizar: en la simple —cualidad— de legitimarios, que indiscutiblemente poseía el incapaz, se daría dicha representación; por lo que atañe a la desheredación el art. 857 dispone: “Los hijos o descendien-

(34) *Ob. cit.*, pág. 442.

tes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima: como dijo la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de agosto de 1959, supone el mero reconocimiento, innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzosos de los hijos del incapaz o desheredado, establecido en común norma sucesoria ordinaria; lo que es discutible si hay representación no sólo en el tercio de legítima, sino también en el de mejora, lo que niega parte de la doctrina por considerar que su naturaleza se asimila más a la parte de libre disposición (35); finalmente digamos que en caso de premoriencia al testador de un heredero forzoso, que deja hijos o descendientes, no mencionados no constituye un supuesto de preterición, porque el propio art. 814 donde se regula la institución declara que “los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representarán a éste en la herencia del ascendiente y no se considerarán preteridos”.

250

En este lugar —que no tiene por objeto el estudio del derecho de representación— tan solo interesa destacar que conforme al art. 925 del Código civil: “El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente. En la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado”.

¿Qué incidencia tiene la utilización de las técnicas de reproducción asistida en orden al derecho de representación?

Resulta evidente que los hijos procreados mediante inseminación artificial, ya sea homóloga ya heteróloga, podrán representar a su madre en la herencia de los ascendientes, y tíos, en la forma dicha, por cuanto son hijos por naturaleza, matrimoniales o no de su madre genética y gestante.

(35) DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Ob. cit.*, pág. 443.

Más dificultades ofrece determinar si gozan del derecho de representación en la herencia del ascendiente, los descendientes del hijo, cuya esposa ha sido inseminada con semen de donante. Tales hijos son hijos matrimoniales de ambos cónyuges ya que conforme al art. 8 de la Ley, “ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación”. En consecuencia representarán a su padre legal no genético, en la herencia del ascendiente no genético pero sí legal; como dice VATTIER FUENZALIDA en su comentario del art. 925 (36) “se comprenden... parientes matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, tanto en la línea recta como en la colateral, salvo respecto de los sobrinos ex fratre de vínculo sencillo, a los que se les defiere la mitad de la cuota de los de vínculo doble (art. 951)”. Porque lo que importa es que sea descendiente “legal” del descendiente, lo contrario implicaría una discriminación por razón del origen, contraria a los arts. 14 y 39 de la Constitución y al art. 108 del Código civil, conforme al cual “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”. Lo mismo ocurre con el hijo adoptivo, que representa a su padre en la herencia de los ascendientes de éste, familia legal y no genética, y por el contrario “la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior” (art. 178.1 C.c.), salvo excepciones.

Y es que como dice RIVERO HERNÁNDEZ (37) “no siempre la relación jurídica de filiación coincide con la biológica. La primera es mucho más rica y compleja que el mero dato

(36) VATTIER FUENZALIDA, CARLOS: En *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, pág. 2231.

(37) *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, pág. 427.

o lazo biológico en cuanto categoría jurídica y social que es y en la que se integran elementos volitivos, afectivos, sociales, formales; destacan en ella, además, unos importantes roles que la sociedad y el Derecho confieren a los protagonistas de dicha relación, donde lo funcional y lo social tienen a veces mayor trascendencia que el elemento natural o biológico”.

Y refiriéndose en concreto a las procreaciones asistidas por donación de gametos reconoce que “se diseñan... unas *filiaciones puramente civiles* en las que, aún contrapuestas a las biológicas o “por naturaleza, sus protagonistas desempeñan el rol de padre/madre e hijo y atienden a sus intereses jurídicamente protegidos de igual modo que en aquéllas. Son también, *filiaciones*, en sentido jurídico: por distintos caminos y motivos, se va separando la idea de filiación jurídica de la de procreación biológica, mucho más amplia aquélla que ésta”.

252

Habría que añadir, que la Ley 35/1988, ha modificado incluso los propios conceptos del art. 108 del Código civil, donde la filiación matrimonial o no matrimonial se consideran especie del género “filiación por naturaleza”, pues es especialidad (art. 7) que los hijos nacidos de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, mediando el consentimiento, ya la fecundación sea con contribución de un solo donante o de ambos son matrimoniales, pese a no ser la “filiación por naturaleza” (art. 8.1).

Lo mismo cabría decir en consecuencia de los hijos fruto de una FIVTE cuando proceden de donación tanto el óvulo como el semen, o en fin el embrión, que se han transferido a la mujer casada (el art. 8 se refiere a la fecundación con contribución de donante o donantes): el hijo nacido por aplicación de dicha técnica representará a su madre legal, no genética, en la herencia de sus ascendientes o tíos (art. 925), y a su padre legal no genético, en la de los suyos, en ambos casos porque su filiación será matrimonial.

Hemos de referirnos también al derecho de representación que corresponde a los hijos del varón no unido por vínculo matrimonial, en la herencia de sus ascendientes o tíos. Ninguna dificultad existe si genéticamente son hijos suyos, una vez determinada la filiación por los procedimientos legales (art. 120 C.c.).

El problema surge cuando el hijo lo es de la mujer con quien convive establemente —aportante del óvulo— y de un donante anónimo —de quien procede el semen crioconservado o fresco—. Si el varón no prestó —pues ninguna obligación tiene— su consentimiento para que su compañera fuere receptora o usuaria de las técnicas, el hijo que nazca como consecuencia de ellas, no será hijo suyo —ni genética ni legalmente—, y por lo tanto no ha lugar a hablar de que pueda ser titular del derecho de representación. Por el contrario si prestó el consentimiento antes de la utilización de las técnicas (art. 6.4), el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, o lo que es lo mismo se equipara al *reconocimiento expreso de la filiación*, lo que permite inscribir la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, en la forma procedente. Además la ley deja a salvo la acción de reclamación judicial de la paternidad, para que el hijo pueda reclamarla aun no siendo hijo biológico del varón cuya paternidad reclama, pero que consintió en la utilización de las técnicas. El hijo, en consecuencia, una vez determinada la paternidad legal, gozará de *filiación no matrimonial legal*, y tendrá derecho a representar a su padre legal no genético, en la herencia de sus ascendientes y hermanos.

Por último es necesario formularse la pregunta de las repercusiones de la fecundación o transferencia post mortem en el derecho de representación.

Es preciso distinguir entre la herencia del ascendiente o hermano del causante que dejó gametos crioconservados, y otorgó escritura pública o testamento consintiendo la fecundación post mortem, del caso en que no la hubiere otorgado, y finalmente de quien dejó preembriones crioconservados, haya otorgado o no escritura o testamento consintiendo la transferencia embrionaria post mortem.

Si se trata de marido y consiente en escritura o testamento que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, y se utiliza, tal generación produce los efectos legales que se derivarían de la filiación matrimonial (art. 9.2). En consecuencia el hijo sería considerado como hijo legal, por naturaleza —en este caso cierto por ser hijo genético de su padre y de su madre— y matrimonial, y por lo tanto representará a su padre en la herencia de los ascendientes o hermanos de su progenitor.

254

Si nos hallamos en presencia de varón no unido por vínculo matrimonial que consiente en escritura o testamento que su material reproductor sea utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su compañera conviviente, y se utiliza, tal consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil (art. 9.3). Una vez determinada legalmente la filiación no matrimonial (art. 120. 2 C.c.), el hijo representará a su padre en la herencia de sus ascendientes o tíos del nacido.

Si lo que quedare tras el fallecimiento del marido o varón (padres genéticos o no) fueren preembriones crioconservados, como ya hemos reiteradamente expuesto, a nuestro juicio, dentro de los dos años siguientes a su crioconservación (art. 11.4) la madre genética o no tiene derecho a exigir que le sean transferidos al útero. De efectuarse, los hijos nacidos serán hijos matrimoniales del padre fallecido que consintió en la técnica, si estuvieren casados ambos progenitores, o no matrimoniales si no estuvieren casados, y por

tanto representarán a sus padres en las herencias de sus ascendientes o tíos, una vez determinada su filiación matrimonial o no matrimonial.

En cualquier caso, en las herencias en las que concurren habrá de aplicarse el régimen de los arts. 965 y 966 C.c. a que nos hemos referido con anterioridad, durante la fase previa al nacimiento de los procreados mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

EL REENVÍO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL: UNA INTERPRETACION ACTUALIZADA

A. PÉREZ VOITURIEZ

*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de La Laguna*

257

SUMARIO: **I.** EVOLUCIÓN HISTÓRICA. **1.** El reenvío como delimitación de competencias soberanas. **2.** El reenvío-expediente y su interpretación funcional. **2.1.** *El reenvío-expediente y su crítica.* **2.2.** *La interpretación funcional.* **3.** Criterio de aplicación sincrónica. **II.** LA APLICACIÓN DEL REENVÍO EN EL DERECHO VIGENTE. **1.** Derecho convencional internacional. **1.1.** *Solución unitaria de armonización de legislaciones.* **1.2.** *El reenvío en el actual Derecho convencional internacional.* **2.** Derecho vigente comparado. **2.1.** *Actitud formal de admisión o rechazo.* **2.2.** *Flexibilización y relativización en la aplicación.* **3.** La doctrina jurisprudencial comparada. **3.1.** *La jurisprudencia francesa, con referencias com-*

parativas a la alemana. 3.2. *La jurisprudencia inglesa.* III. EL REENVÍO EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. La jurisprudencia española. 1.1. *Desarrollo anterior a la Reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974.* 1.2. *Concreción de la jurisprudencia inglesa en materia sucesoria española.* 1.3. *Jurisprudencia actual.* 2. La doctrina española. 2.1. *La doctrina anterior a la Reforma del Título Preliminar del Código civil.* 2.2. *El análisis posterior a la Reforma.* 3. Perspectivas de actualización. 3.1. *Exclusión de materias.* 3.2. *Relativización en los sectores admitidos.* 4. Consideraciones finales.

El objeto del presente estudio es el intento de puntualizar el sentido y alcance actual de la figura clásica del *reenvío* en el marco del Derecho positivo español. La primera reflexión que debemos plantearnos es si se puede partir del texto del art. 12.2 del Código civil, calificado por FERNÁNDEZ ROZAS “como una reliquia histórica en unos momentos en que la doctrina ya se ha cansado de entonar el *réquiem* por el reenvío, una institución que ha sido utilizada como ejemplo vivo de técnica dogmática” (1) o hay que forzar al legislador hacia un expreso *aggiornamento* de la norma.

La fórmula contradictoria del Código civil es, ciertamente, una expresión que compagina bien con el modelo tradicional del Derecho internacional privado de principios de siglo. Por tanto, no es que ahora se haya envejecido, sino

(1) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho internacional privado*. 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 521. FOYER, J.: *Réquiem pour le renvoi?* Travaux du Comité français du Droit international privé, 1980-81, pp. 105-120.

que en su mismo origen, en las fechas de la promulgación del Título Preliminar del Código civil, ya nació anticuada. No obstante ello, pensamos que el texto es válido, siempre que se interprete conforme a los criterios de orientación actual de la doctrina contemporánea y en el marco sistemático que limita su alcance en una perspectiva parcial supeditada a una visión global del conjunto normativo.

Este planteamiento nos conduce a una segunda reflexión: nuestro estudio va a gravitar fundamentalmente sobre el análisis del Derecho positivo español con una visión crítica que haga posible la efectiva adaptación a las exigencias actuales de la realidad del tráfico jurídico internacional. Es, por demás, un enfoque que ha caracterizado el estudio de la práctica jurisprudencial española en la doctrina actual (2).

De aquí que insistamos en los supuestos que tienen una grave incidencia en la práctica, como es el caso de su aplicación a la sucesión testamentaria, pues la motivación del estudio se originó en una consulta de un grupo de notarios, preocupados por posibles problemas de responsabilidad profesional.

259

I. Evolución histórica del reenvío

Históricamente, la doctrina de Derecho internacional privado toma cuerpo en el estudio de la teoría del reenvío a partir del caso *Forgo*, denominada por NIBOYET "sentencia

(2) PÉREZ VOITURIEZ, A.: *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el Derecho español*. Ed. Universidad de La Laguna, 1975. Id. *La Ley extranjera ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo español*, pp. 6 a 78. MARÍN LÓPEZ, A.: "Jurisprudencia española de las Audiencias Territoriales en materia de Derecho internacional", *REDI*, vol XX n.º 2, 1967. PUENTE EGIDO, J.: *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*. Ed. Universitaria de Barcelona, 1981. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*. Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1990. Un análisis actual del Derecho positivo en MINISTERIO DE JUSTICIA: *Comentario del Código Civil*. Madrid, 1991. Referencia a la sucesión y reenvío. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., en los respectivos comentarios de los arts. 9.8 y 12.2.

memorable” (3). Ciertamente que en la jurisprudencia se plantearon supuestos prácticos anteriores e incluso podemos encontrar en la doctrina alusiones de autores que tomaron referencias de “manifestaciones doctrinales y jurisprudenciales del retorno en tiempos bastante remotos” (4). Aquí nos detendremos solamente en destacar los hitos del desarrollo posterior, en la comprensión de sus diferencias de base.

1. El reenvío como delimitación de competencias soberanas.

Lo que nos importa destacar es la base jurídica común del planteamiento inicial. Una cosa es la contraposición doctrinal, a favor o en contra de la aplicación del reenvío, que animó las grandes disensiones centradas en el análisis del caso *Forgo* y de la posterior jurisprudencia de los diversos Estados, que podemos encontrar sistematizada en cualquier manual actual, como, asimismo, las preferencias por una clase u otra de solución y otra cosa distinta es la fundamentación del mismo proceso. Es aquí donde se perfila la naturaleza jurídica peculiar de aquellos planteamientos. Se trata de una concepción jurídico-formal de competencia delimitadora de ordenamientos jurídicos enraizados, todos ellos, en una manifestación de la soberanía estatal. Y no podía ser de otra manera porque la figura del reenvío surge en el marco del Derecho internacional privado clásico en su pleno apogeo.

No es, pues, necesario detenernos en la argumentación de este extremo. A modo de breves reflejos ilustrativos traemos a colación varias referencias doctrinales: En las argu-

(3) NIBOYET, J. P.: *Cours de Droit international privé français*. París, 1949, p. 470.

(4) HERRERO Y RUBIO, A.: *Derecho Internacional Privado*. T. I, Valladolid, 1964, pp. 505 y 506; GOLDSCHMIDT, W.: *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*. T. I, 2.ª ed., Buenos Aires, 1952, pp. 343 a 345. MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*. T. I, 6.ª ed., pp. 283-284. ORTIZ DE LA TORRE: *Derecho Internacional Privado*. T. II, 2.ª ed., Madrid, 1990, pp. 101 a 105.

mentaciones a favor del reenvío de retorno late implícito el resultado de la aplicación de la *lex fori*. Es, en definitiva, un recurso para extender la propia soberanía a supuestos en los que el legislador se desentiende del esfuerzo de reglamentación material. Se trata, en cierto modo, de un subterfugio para volver al imperio de la *lex fori*. Las teorías que lo justifican buscan razones de supuestos “desistimientos” del legislador extranjero o en la necesidad de formular una norma subsidiaria... Pero la expresión más clara la encontramos en VON BAR, que viene a decir que si a pesar de la remisión del ordenamiento extranjero (norma de conflicto) se aplica el derecho material, *lo que se produce es un ataque a la soberanía extranjera* (5).

DERRUPÉ sintetiza este planteamiento: “... todas las tesis que consideran el reenvío como una solución necesaria y una consecuencia lógica del derecho de conflicto se basan en la idea de que *no se debe aplicar una ley extranjera contrariamente a la voluntad del Estado que la dicta*. Aplicar la ley inglesa a la capacidad de un inglés domiciliado en Francia es atentar a la soberanía legislativa inglesa y es aplicar una ley que no existe puesto que no hay ninguna ley inglesa sobre la capacidad de los ingleses domiciliados fuera de Inglaterra” (6).

En las doctrinas detractoras del reenvío también subyacen los cimientos de la soberanía estatal. El juez acudirá al derecho material, “nunca a las normas conflictuales, pues tienen que aplicar las propias, jamás las extrañas, lo contrario supondría una *abdicación de soberanía*. Contra el reenvío se ha hecho notar la improcedencia de tener en cuenta las reglas conflictuales extranjeras por su carácter de derecho público y, como tal, eminentemente territoriales” (7). En la expresión de soberanía de BARTIN, “Francia abdicaría

(5) Vid. ORTIZ DE LA TORRE, *op. cit.*, p. 111.

(6) DERRUPÉ, J.: *Droit international privé*. 7.^a ed., Mementos Dalloz, París, 1982, pp. 67, 68.

(7) HERRERO Y RUBIO, A., *op. cit.*, pp. 508, 509.

de su soberanía si no procediera por sí mismo en la distribución de competencias legislativas y en particular (en el reenvío de primer grado) si permitiera a un Estado extranjero extender los límites de la competencia de la ley francesa” (8).

La prueba más contundente de la integración del concepto de soberanía en el reenvío cabría atribuirla a los casos que cita NIBOYET de aplicación del *reenvío jurisdiccional*, producto de una confusión entre competencia legislativa y competencia jurisdiccional que se produce en algunos casos de la jurisprudencia francesa (9).

262

La doctrina, la legislación y la jurisprudencia españolas corren con parejo resultado a la expuesta en la fase inicial. Acaso la diferencia está en que, antes de la reforma del Título Preliminar del Código civil, no había ningún texto legal que asumiera una u otra de las soluciones clásicas y la jurisprudencia se caracterizaba por su escasez (10). Sin temor a exagerar podemos afirmar que la fundamentación en el concepto clásico de la soberanía estatal es fiel reflejo del planteamiento judicial español y buena muestra de ello es el ejemplo similar de *reenvío jurisdiccional* que hemos puesto de relieve en otra ocasión (11).

2. El reenvío-expediente y su interpretación funcional.

El planteamiento inicial, que hemos sintetizado en páginas anteriores, alcanza sus máximas expresiones institucionalizadas en el marco del Instituto de Derecho Internacional

(8) Vid. MAYER, P.: *Droit international privé*. 4.^a ed., París, 1991, p. 150.

(9) NIBOYET, J. P.: *Droit international privé*. París, 1928 (n.º 404), pp. 480, 481. PÉREZ VOITURIEZ, A., *op. cit.*, p. 26. HOLLEAUX, D.; FOYER, J.; GEOUFFRE DE LA PRADALLE, G.: *Droit international privé*. París, 1987, pp. 255, 256.

(10) La doctrina repite una y otra vez las dos sentencias de la Audiencia de Granada y del Juzgado del Hospital de Barcelona y algún autor descubre un presunto *reenvío oculto*, referido a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1935. PUENTE EGIDO, J., *op. cit.*, pp. 293 a 296.

(11) PÉREZ VOITURIEZ, A., *op. cit.*, pp. 27, 28.

en las sesiones de La Haya de 1898 y de Neuchâtel en 1900, con independencia de las mayorías establecidas. Pero esta situación, amparada en el dogmatismo germánico y en la metodología exegética francesa de la lógica jurídica abstracta, terminó por separar de la realidad social y de los problemas concretos a la doctrina europea, con la salvedad del tradicional enfoque judicialista anglosajón.

Este divorcio con la realidad no puede menos que producir una crisis, que se desarrolla sin estridencia. Tanto es así que los mismos autores protagonistas de la crítica o defensa abstractas van admitiendo, con progresiva frecuencia, excepciones al principio general contradictorio o favorable al reenvío.

2.1. *El reenvío como expediente y su crítica.*

En la doctrina francesa se produce un cambio en el sentido indicado, protagonizado por NIBOYET, que de la negación categórica del reenvío evoluciona rápidamente a la aceptación práctica. Acaso sea MAURY, con su concepción autonómica del Derecho extranjero, quien formule el término de *expediente*: sin postular el reenvío como sistema —afirma— puede ser aceptado excepcionalmente como *expediente útil* en situaciones especiales (12). Este planteamiento se produce entre “los autores que consideran que doctrinalmente el reenvío carece de fundamento, aunque suelen admitirlo en la práctica como un *expediente*, como un subterfugio o recurso (BEEHELFF), cuantas veces lleve a dar a un caso concreto soluciones sanas y justas” (13).

Esta primera apertura a consideraciones prácticas de la realidad, fuera del mundo dogmático apriorístico, va a extenderse aun cuando genere su propia crítica. La simple consi-

(12) Andre Yoly, así como Falconbridge, Makarov y Valladao aceptan la aplicación como expediente útil. Ver amplias referencias en PÉREZ MONTERO, J.: *Consideraciones sobre el reenvío, op. cit.*, p. 190.

(13) *Id.*, p. 189.

deración de expediente no parece suficiente para una fundamentación jurídico teórica. Pero el impacto de la realidad, solamente comprendida por el mundo anglosajón de entonces, abre una brecha que modificará la orientación doctrinal hacia nuevos planteamientos, progresivamente superadores de la concepción tradicional de la soberanía y del Derecho internacional privado como orden delimitador de competencias soberanas.

Interesa detenernos en una de las últimas polémicas sobre el reenvío desarrolladas en el seno del Instituto de Derecho Internacional en torno a la ponencia del profesor MARIDAKIS, que dura desde 1956, en que presenta su primera redacción de Ponencia provisional, hasta 1961 en la sesión de Salzburgo donde se decidió (11-IX) encargar a la XXIII Comisión que prosiguiera su tarea. Basta leer el amplio resumen de PÉREZ MONTERO para comprobar la difícil evolución doctrinal que se produce. A nuestro entender, son de considerar algunos atisbos significativos que explican la evolución posterior hasta nuestros días:

264

— La teoría del reenvío-expediente que inicia el camino de aproximar la técnica del reenvío a la realidad, con la excepción de aplicarla en los casos en que sirviera para obtener un resultado concreto, es criticada porque introduce la inseguridad en el proceso y se desvía el resultado hacia quedarse siempre en la *lex fori*. Son nuevas motivaciones las que MARIDAKIS va a sostener como excepciones, pues su criterio general es la remisión al Derecho material.

En la argumentación de MARIDAKIS podemos observar, en efecto, dos innovaciones: la crítica al reenvío deja de plantearse en consideraciones teóricas sobre la soberanía, para bajar al terreno real con razones de su inutilidad práctica y, por otra parte, las excepciones construidas en el segundo párrafo de su propuesta contrastan con el dogmatismo de las teorías y el legalismo de las soluciones dadas en otros tiempos y supone una concesión a los partidarios de aumentar el arbitrio judicial (14).

(14) PÉREZ MONTERO: *La contribución del profesor Maridakis a la doctrina sobre el reenvío en Derecho Internacional Privado*, en Extracto del ERANION en honor a Maridakis, VIII, Atenas, 1964, p. 276.

Por su parte, MARIDAKIS recibe una crítica mayoritaria tan fuerte por la alusión a la equidad en la fundamentación de esta excepción que opta por suprimirla, en su última formulación, con un contenido que se aproxima a las posturas más actuales:

“De todas maneras, si las normas de Derecho internacional privado vigentes en el Estado cuyo Derecho material fue designado aplicable, prescribe que la capacidad de las personas, sus relaciones de familia y de sucesión, son regidas por el Derecho material de otro Estado, la aplicación de este último Derecho no debería ser excluida, siempre que circunstancias particulares lo impongan por ser el más apropiado” (15).

En este texto, último intento de síntesis, MARIDAKIS hace una apertura a criterios de mayor actualidad. Por un lado, la concreción a determinadas materias y, por otro, que la aplicación del reenvío habrá de ser relativa, en el sentido de que circunstancias particulares lo impongan.

265

En cuanto al fundamento teórico de su doctrina y, sobre todo, de alguno de sus adictos, como es el caso de PÉREZ MONTERO, respecto a la concepción de la justicia absoluta y de la equidad, ya se opuso la doctrina predominante de su época. La mejor crítica, a nuestro entender, fue la redactada por KELSEN en un largo “escrito-comentario” a la ponencia de MARIDAKIS que, en parte, fue asumida por BATTIFOL. Desde el punto de vista del positivismo jurídico —afirma KELSEN— no hay duda de que el legislador puede estipular una u otra (la norma de conflicto o el Derecho material). La cuestión de conocer cuál de las dos posibilidades es la preferible es una *cuestión de política jurídica...* (16). Menos aún está de acuerdo con MARIDAKIS en la idea de un Derecho superior (Derecho natural y de una justicia absoluta). Frente a tales ideas afirma que “no hay una noción única del Derecho, como no existe tampoco una sola idea de la

(15) *Id.*, pp. 309, 310.

(16) *Id.*, p. 281, nota 130.

justicia (...) es evidente que para una idea científica del Derecho, es decir, para una teoría ni metafísica ni teológica, no es aceptable la idea de una justicia absoluta, de una sola idea de justicia que excluya la posibilidad de cualquier otra” (17).

En definitiva, KELSEN plantea la disyuntiva de la política legislativa en la elección entre dos valores o dos principios de justicia: el de la seguridad jurídica, que sólo puede realizarse no tomando en consideración ciertas particularidades de los casos concretos y el de *flexibilidad del Derecho*, que exige tener en cuenta, en cuanto sea posible, todas las circunstancias particulares... (18).

Si la doctrina actual destaca los planteamientos de MARIDAKIS, elogiados por WENGLER, de la introducción de la cláusula 2 de su proyecto como el primer ejemplo de *cláusula general de excepción* (19) es, para nosotros, la argumentación crítica de KELSEN la que explica su mecanismo de aplicación o función. No se trata de que el juez cree derecho, sino que el legislador delega en el juez la adaptación concreta de la normativa abstracta a las circunstancias más adecuadas.

Ciertamente que volveremos más adelante sobre el tema de las *cláusulas de excepción* (cláusula de escape, cláusula correctiva, cláusula de interpretación, etc.) (20), pero hay que destacar, desde ahora, su importancia decisiva por su función de adaptar la rigidez de la ley al conjunto de circunstancias particulares, es decir, flexibilizando la aplicación

(17) *Id.*, p. 282. KELSEN, H.: *¿Qué es justicia?*, en Ariel, 1982, pp. 69, 91, 149.

(18) *Id.*, p. 284. La crítica a Kelsen de Pérez Montero sigue la pauta de la doctrina escolástica, que encorsetó una generación española al transvasar al campo de los conflictos de intereses de la realidad que ha de resolver el Derecho las máximas teológicas de la Iglesia católica de una justicia absoluta, arquetipo de la Divina Intelligencia.

Por el contrario, es sobre la relatividad jurídica de Kelsen como se puede explicar el desarrollo del DIPr de nuestros días.

(19) DUBLER, C. E.: “Les clauses d’exception en Droit international privé”, en *Etudes suises de Droit international privé*, V.35, Ginebra, 1983, p. 22.

(20) *Id.*, pp. 34, 35.

de la norma de conflicto, criterio que toma cuerpo hoy en día en Ordenamientos jurídicos internos como el Proyecto de Derecho suizo, cuanto en el Derecho convencional internacional y constituye una de las características del método actual de la doctrina (21).

2.2. *La interpretación funcional del reenvío.*

En la doctrina francesa el criterio finalista del Derecho, especialmente en la escuela de BATTIFOL, imprime un nuevo sentido de racionalidad y, al mismo tiempo, de realidad en la apreciación de los intereses privados. Así podemos observarlo en la monografía de FRANCESCAKIS, quien concluye considerando el reenvío como “un medio o un procedimiento de reglamentación cuya eficacia debe ser controlada en relación con los fines que se le asignan (...) puede rendir servicios en su consagración a determinadas materias particulares” (22). En todo caso se ha de aplicar cuando el mantenimiento de la validez de un acto, en cuanto al fondo o en cuanto a la forma, resulte deseable a la aplicación alternativa de la ley interna extranjera o de la ley interna que designe la norma de conflicto extranjera (23). De esta manera se llega a la aplicación de excepciones al reenvío cuando su resultado se contrapone a los efectos de la autonomía de la voluntad o si se produce la nulidad del acto o si conduce a un resultado contrario a la legitimación del hijo natural, etc..., conforme destacaremos más adelante (24).

Pero no solamente se restringe su aplicación por razón de la materia, sino también por su función concreta. Así aparece, frente a la fórmula *reenvío-expediente*, el llamado *reenvío-coordinación*. El reenvío de primer grado, sin em-

(21) AUDIT, B.: *Droit international privé*. París, 1991, pp. 79, 80.

(22) FRANCESCAKIS: *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit international privé*. Ed. Sisey, París, 1958, p. 261.

(23) *Id.*, p. 262.

(24) DERRUPÉ, J.: *Droit international privé*. 7.^a ed., París, 1984, p. 70.

bargo, no se justifica con nociones amplias de armonía internacional entre Ordenamientos jurídicos, ni por favorecer el *forum shopping*, sino que se comporta como una excepción que ha de sustentarse en circunstancias de oportunidad (25). La evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se produce en el Derecho comparado y, de manera incisiva en el Derecho convencional internacional, implica el tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud de aceptación o rechazo, sino de ponderada flexibilidad y aplicación restrictiva y muy condicionada.

268

Con AUDIT se llega a la justificación de una aplicación selectiva del reenvío. La actitud frente al reenvío no depende de la interpretación de la norma de conflicto en general o abstractamente concebida, como vimos en la concepción tradicional, sino de la interpretación teleológica de cada una, de tal modo que el reenvío se justifica en ciertas materias y debe ser desechado en otras, en función de un análisis propio de cada una (26). Sobre esta base se puede acotar el campo de aplicación del reenvío, dentro de las preferencias tradicionales por el estatuto personal, derecho de familia y sucesiones, a situaciones muy restrictivas:

Exclusión del sector de la ley de la autonomía.

En materia de contratos y de régimen matrimonial, la elección de ley por las partes conduce normalmente al Derecho material interno de un país y no a su norma de conflicto. Cuando no se produce la voluntad expresa o tácita parece que desaparecería el motivo de excluir el reenvío,

(25) MAYER, P.: *Droit international privé*. 4.^a ed., París, 1991, pp. 153, 154; GRAULICH, P.: *Principes de Droit international privé. Conflit de lois, conflit de juridictions*. París, 1961, pp. 144 a 146; HOLLEAUX, D.; FOYER, J.; GEOUFRE DE LA PRADELLE, J.: *Droit international privé*. París, 1987, pp. 246 a 249; AUDIT, B.: *Droit international privé, op. cit.*, p. 182.

(26) AUDIT, B.: *Droit international privé, op. cit.*, pp. 187, 190.

pero en el silencio de las partes parece más apropiado buscar la ley del país con el que el contrato tenga vínculos más estrechos (27).

Reenvío y regla Locus regit actum.

En principio parece que aceptar un reenvío respecto a la forma de los actos, que desviaría de la aplicación de la ley del lugar de celebración, supondría introducir un elemento de inseguridad, a no ser que condujera a la convalidación del acto. Pero hay que tener en cuenta que precisamente el espíritu en favor de la validez inspira el principio *locus regit actum*, por lo que, en todo caso, incita a aceptar un reenvío *ad validitatem*. Este criterio ha sido aplicado en algún caso de la jurisprudencia francesa respecto a la *forma del matrimonio* (c. Zaghera 15 VI 1982). Como límite a la aplicación del reenvío *ad validitatem* el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 señala la forma de los testamentos (28).

269

Reenvío y sociedades.

La aplicación del reenvío a las sociedades puede producir variantes. Se citan supuestos, como el caso del Banco otomano (Trib. Com. París 1982), en el que la aplicación del reenvío de segundo grado es oportuno, mientras que excluye la aplicación del reenvío de primer grado, pues podría conducir a situaciones tan absurdas como tolerar que una sociedad se constituya y funcione conforme al Derecho francés, teniendo su sede real fuera de Francia (29).

(27) HOLLEAUX, D.; FOYER, J.; GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G.: *Droit international privé, op. cit.*, p. 249; AUDIT, B.: *Droit international privé, op. cit.*, p. 189; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Curso de Derecho internacional privado, op. cit.*, p. 519.

(28) *Id.*, p. 250.

(29) *Id.*, p. 251.

3. Criterio de aplicación sincrónica.

Además de las excepciones puntuales que hemos descrito, la aplicación de la técnica del reenvío no puede hoy dejar de someterse a una valoración específica sintonizada con los otros criterios de flexibilización existentes.

A nuestro entender, la técnica del reenvío ha perdido la consistencia teórica como elemento diferenciador en los resultados. Parte de la doctrina todavía se detiene en la cuantificación diferente del resultado de aplicar o no una u otra fórmula del reenvío. Sin embargo, si partimos de los principios que se vienen abriendo paso en el Derecho convencional internacional, e incluso en casos de jurisprudencia en Derecho comparado, acerca de tener en cuenta los efectos de las normas imperativas extranjeras, se puede observar una aproximación real en la aplicación de las diferentes vías.

270

La doctrina actual ve con buenos ojos la aplicación del reenvío de segundo grado, puesto que parece constituir un hito de la armonía internacional de soluciones. En realidad, la razón de esta interpretación favorable está en que la *lex fori* siempre quedaría resguardada por la tradicional limitación del orden público. Es decir, en ningún caso la aplicación del Derecho material extranjero eludirá el control del juez competente, por muchas cortapisas que se quiera poner en su aplicación efectiva.

A *sensu contrario*, parece razonable que, como efecto evidente del principio de la reciprocidad, cuando el juez aplique el reenvío de primer grado tendría que filtrar la aplicación de su propio Derecho material de la *lex fori* con los criterios básicos de las normas materiales imperativas del Derecho extranjero. Ya la doctrina ha llegado a postular un criterio que va en la misma línea. Así, señala MAYER que en la concepción del *reenvío-coordinación* la norma tenida en consideración debe ser interpretada según los

conceptos del Estado extranjero que la ha promulgado (30).

De todas maneras, aunque todavía no se haya llegado a practicar una mentalidad tan abierta (la prueba son las reservas al art. 7.1 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980), lo que no cabe duda es que, junto a la técnica del reenvío aparecen otras exigencias actuales, como es el caso de las *cláusulas de excepción*, que obligan a una aplicación reflexiva que valore los resultados concretos y la compatibilidad del contenido sustantivo en consonancia con los principios básicos de los Ordenamientos jurídicos concurrentes, según la mejor técnica actual de los criterios de adaptación y sustitución.

Con independencia del Derecho positivo interno e internacional y de las pautas de interpretación jurisprudencial, cuestiones que analizaremos enseguida, hay que someter o no la aplicación de las clases de reenvío como un proceso supeditado a obtener la armonía internacional de soluciones, entendida ésta al modo actual de efectiva concordancia de contenidos materiales y no en la inteligencia tradicional de coincidencia jurídico formal de soluciones interestatales. Mal se podría aceptar que el efecto de aplicar el reenvío de primer grado pudiera imposibilitar el cumplimiento de una institución básica del Ordenamiento jurídico extranjero.

El criterio predominante, que ilumina la doctrina y la práctica con perspectiva de futuro, propende a buscar la reglamentación que presente vínculos más estrechos con el supuesto concreto. Y esta consideración de coherencia jurídica se introduce en todos los mecanismos complejos del Derecho internacional privado, bien transformando el sentido de aplicación de las técnicas tradicionales, como es la figura del reenvío, bien sustituyéndola o complementándola. Buena referencia de este enfoque es la consideración hecha por DUBLER, respecto a la utilización de *cláusulas*

(30) MAYER, P.: *Droit international privé*, op. cit., p. 154.

de excepción en el proceso de aplicación del reenvío, hasta el punto de considerar que son aptas para reemplazar al reenvío (31).

II. La aplicación del reenvío en el Derecho vigente

Hemos visto cómo el reenvío surge en la jurisprudencia en casos aislados, fruto del debate procesal y de la lógica jurídica, aplicada a supuestos muy particulares. Nace desnudo de fundamentación ideológica y, por más decir, sin nombre de pila. Es la doctrina la que construirá toda una trama compleja de clasificaciones y buscará con ahínco en la filosofía fundamentos diversos y, con frecuencia, contradictorios. Lo llenarán de nombres y apellidos, según hemos subrayado en los epígrafes anteriores.

272

Con una apreciación realista del Derecho, fuimos observando una evolución global de la doctrina, desde su apego a criterios abstractos del concepto de la soberanía estatal hasta la actual apertura a los condicionamientos sociales de las exigencias reales, complejas y concretas del comercio internacional actual. No podemos seguir, ahora, una descripción paralela en la evolución del Derecho vigente en el plano estatal y convencional internacional, ni siquiera en la práctica jurisprudencial. Esta situación no se produce únicamente por la escasez de pronunciamientos y su difícil enmarque sistemático, sino además, porque el interés y relevancia jurídica se plasma de manera decisiva en la expresión actual. Sobra, en realidad, el origen histórico, en cuanto no implique una prueba para la mejor caracterización del contenido vigente.

Con esta perspectiva nos interesará puntualizar la orientación actual del Derecho convencional internacional, las reducidas alusiones del Derecho comparado y los hitos de las,

(31) DUBLER, C. E.: *Les clauses d'exception...*, *op. cit.*, p. 119.

también escasas, prácticas jurisprudenciales que faciliten la comprensión de los criterios actuales de utilización.

1. Derecho convencional internacional.

La doctrina se detiene a clasificar en razón de Convenios internacionales que aceptan o que rechazan el reenvío. Aludiremos muy brevemente a estos criterios, pero nos interesa más, desde ahora, fijarnos en otra consideración, la de los criterios abstractos o concretos, rígidos o flexibles con los que el Derecho convencional internacional da la solución al problema o institución planteada. Partiendo de nuestro enfoque podemos distinguir dos fases bien diferentes.

1.1. *Solución unitaria de armonización de legislaciones.*

El primer ejemplo lo constituye el art. 1 del Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre conflicto de leyes en el matrimonio:

“La capacidad para contraer matrimonio se regirá por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos, *a no ser que una disposición de esta ley se refiera a otra distinta*” (32).

Aquí vemos claramente que el reenvío aparece como una fórmula técnica para ampliar, sin límite alguno de orden material, la armonía legislativa en el supuesto reglamentado. No se expresa ninguna distinción entre las diversas clases de reenvío, ni sobre los diferentes puntos de conexión en que se pueda basar la correspondiente norma de conflicto. Idéntica consideración genérica podemos encontrar en el Convenio sobre Unificación del Derecho relativo a la letra de cambio y pagaré (La Haya, 23 de julio de 1912) que en su artículo 74.1 afirma: “La capacidad de una persona para obligarse por letra de cambio está determinada por su ley

(32) MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho internacional privado español*. T I, 6.ª ed., Granada, 1992, p. 224.

nacional. Si esta ley nacional declara competente la ley de otro Estado, esta última ley es aplicable". Y la misma solución genérica sobre unificación de conflictos de leyes en esta materia, en el art. 2 del Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930 y en el de materia de cheques de Ginebra de 18 de marzo de 1931 (33).

En la VII Conferencia de La Haya de 1951 el profesor MEIJERS redujo su proyecto general sobre la materia al aspecto concreto de los conflictos entre los principios de nacionalidad y domicilio, ante la oposición de los países escandinavos (34). Aun cuando se pueda sostener que en este Convenio se perfila la teoría clásica del reenvío, podemos ponderar dos diferencias de matiz. La más importante, que *se restringe la alternativa a sólo dos puntos de conexión*, nacionalidad y domicilio. La otra diferencia, que también tiene entidad, que se adopta un *criterio selectivo de la coincidencia del domicilio* (arts. 1.º y 2.º) o *de la ley nacional* (art. 3.º) (35).

274

En cierto modo, cabe afirmar que este convenio configura el tránsito a la transformación radical que emprende la Conferencia a partir de la post-guerra *de revisión del pasado y de afirmación de nuevos criterios de orientación con objetivos concretos de soluciones específicas*. De aquí que, con frecuencia, se inicia un proceso de denuncias de Convenios que hayan quedado obsoletos para cubrir las necesidades de la dinámica actual de cooperación internacional, o su revisión a iniciativa de la propia Conferencia, o por estímulo del Consejo de Europa que viene desarrollando, según pone de relieve AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, cierta labor de impulso de la Conferencia de La Haya, que se ha ocupado de algunas cuestiones a requerimiento de aquél (36).

(33) ORTIZ DE LA TORRE, J., A., T.: *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 125.

(34) VERPLAETSE, G. F.: *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 19.

(35) MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., 224; RIGAU, F.: *Derecho internacional privado. Parte general*. Madrid, 1985, pp. 310, 311.

(36) AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: "La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado". *REDI*, vol. XLV, 1993, n.º 1, pp. 7, 9.

1.2. *El reenvío en el actual Derecho convencional internacional.*

Normalmente los Convenios, al remitirse expresamente a la ley interna de un Estado, testimonian una voluntad contraria a la aceptación del reenvío que sus normas de conflicto pudieran efectuar al Derecho material designado por ellas como competente. Así, el Convenio sobre protección de menores de 1961 (art. 2.3, ley interna del Estado de la nacionalidad del menor); el Convenio sobre obligaciones alimenticias de 1973 con la remisión sucesiva a la ley interna de la residencia del acreedor (art. 4), la ley nacional común (art. 5) y la ley interna de la autoridad que conozca de la reclamación. Todavía queda más clara la nueva metodología de favorecer una multiplicidad de leyes internas en el Convenio sobre regímenes matrimoniales de 1978 que defiende subsidiariamente *la competencia de las leyes internas*:

- designada por los esposos antes del matrimonio (art. 3)
- de su primera residencia habitual después del matrimonio
- del Estado de la nacionalidad común de los esposos
- del Estado con el que el régimen matrimonial presente los vínculos más estrechos (art. 4).

En ocasiones —subraya AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO— la referencia genérica al “Derecho del Estado”, en vez de la más específica a su “ley interna”, supone la posible aceptación del reenvío efectuado por la norma de colisión extranjera a la ley interna designada por ella como competente. Así, el Convenio sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de 1978 en su art. 4.2 prevé la sumisión del régimen matrimonial a la ley interna del Estado de la nacionalidad común de los esposos “cuando este Estado no sea parte en el Convenio, *si su ley interna es aplicable según su Derecho internacional privado* y los esposos establecen su primera residencia habitual después del matrimonio: a) en un Estado que haya hecho la declaración prevista por

el art. 5, o b) en un Estado que no es parte en el Convenio y cuyo *Derecho internacional privado prescriba igualmente la aplicación de su ley nacional*". Entiende BATIFFOL que la solución b) curiosamente consagra el reenvío de segundo grado (37).

Con esta mera descripción basta para comprender la valoración diferente que adquiere el reenvío en el Derecho convencional internacional contemporáneo: su aplicación, muy excepcional y limitada por condicionamientos precisos de contenido material y, conforme pondremos de relieve más adelante, sujeto a la valoración y criterios de aplicación judicial. Una aplicación interesante del reenvío —destacada por la doctrina— aparece en el art. 43, párrafo primero, del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 para regular las diferencias relativas a las inversiones entre Estados y particulares nacionales de otro Estado:

276

"El Tribunal decide las diferencias conforme a las normas jurídicas *adoptadas por las partes*. En defecto de acuerdo entre las partes, el Tribunal aplica el *Derecho del Estado contratante* parte en la diferencia —*incluidas las normas relativas a los conflictos de leyes*— así como los *principios de derecho internacional en la materia*" (38).

Aquí vemos la primacía de la autonomía de la voluntad y, en su defecto, un marco amplio de posibilidades, que comprende el Derecho interno material y las normas de conflicto, así como los principios generales del Derecho internacional. No se trata, pues, de aplicar el reenvío como fórmula mágica de armonización legislativa, sino de válvula de escape para el juez en su planteamiento anglosajón de buscar la solución más apropiada al caso.

Lo importante del Derecho convencional internacional actual es la preocupación por la búsqueda de la ley del país

(37) *Id.*, p. 27. Asimismo destaca los arts. 2 y 3.2 del Convenio sobre celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios de 1978 (pp. 27, 28).

(38) RIGAUX, F.: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 312. Un análisis general en DELAUME, G., R.: *Transnational contracts, applicable law and settlement of disputes*. Nueva York, Oceana, 1979-1983.

con el que presente *los vínculos más estrechos* y para ello abrir un amplio abanico de posibles conexiones, pero concatenadas entre ellas por criterios concretos de racionalidad. El ejemplo más acabado es, indudablemente, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ciertamente que el interés de analizar de manera prolija las circunstancias que puedan presentar *vínculos más estrechos* es difícilmente compatible con la técnica del reenvío, por lo que resulta coherente su exclusión en el art. 15. La conclusión es que cuantas más alternativas de concreción material se haga, menos necesidad hay de acudir al expediente complementario del reenvío.

2. Derecho vigente comparado.

La utilización del reenvío en los Convenios internacionales se justifica menos que en el Derecho internacional privado estatal, porque el haz de conexiones posibles se puede hacer de manera directa, pero lo que sí es trasladable a los Ordenamientos jurídicos estatales es la preocupación por la búsqueda de los vínculos más estrechos, para lo cual la aplicación del reenvío tendrá, en todo caso, que quedar supe-
ditada a la valoración del resultado concreto obtenido. Por ello, analizar el contenido variable de los diversos Ordenamientos jurídicos estatales en la materia del reenvío, como hiciera en su día PHILONENKO (39), no tiene mayor interés en el marco limitado de nuestro estudio. Nos preocupa más comprobar las formulaciones legislativas que hayan adoptado los nuevos criterios de flexibilidad y funcionalidad, así como la práctica jurisprudencial más avanzada en interpretaciones de progresivo ajuste a valoraciones concretas.

(39) PHILONENKO: *La théorie du renvoi en Droit comparé*. París, 1939. En la doctrina española actual Ortiz de la Torre se explaya con una copiosa clasificación (*op. cit.*, pp. 128 a 134).

En esta perspectiva habremos de poner de relieve la aplicación analógica de las innovaciones del Derecho convencional internacional, anteriormente aludidas, a la esfera interna estatal, pues constituye un reconocido influjo de la dinámica internacional actual. Este planteamiento significa invertir el proceso de evolución tradicional del Derecho internacional privado. Frente a la consideración de que el Derecho convencional es el resultado de la evolución media del Derecho comparado estatal, es partir, por el contrario, de considerar que el Derecho convencional internacional va por delante e impulsa la evolución del Derecho interno estatal. Esta es la realidad del desarrollo del Derecho vigente y su explicación radica en el papel incisivo de las organizaciones internacionales y del Derecho comunitario europeo en el continuo estímulo y programación realista del Derecho convencional internacional, cuestión que tendremos en cuenta de manera primordial, a la hora de interpretar la aplicación concreta del Derecho interno español.

Una segunda consideración previa al análisis del contenido normativo del Derecho comparado actual, es su exigencia de comprensión global. La referencia a una disposición legislativa que comprenda la exclusión o admisión del reenvío, aunque lo fuera de manera expresa no conduce a ningún resultado, si se aísla del contexto general.

En el análisis de la doctrina, efectuado en epígrafes anteriores, hemos llegado a la conclusión de que la concepción actual, al menos la predominante, parte de un enfoque funcional de la aplicación del reenvío, con lo que se supedita su aplicación a un resultado u objetivo concreto. Con esta visión el legislador puede utilizar la fórmula del reenvío, bajo control de cláusulas de excepción, o llegar a análogas situaciones admitiendo directamente variedades de alternativas de derecho material. Habrá, pues, que tener en cuenta las cláusulas generales de evicción que no tienden únicamente a asegurar la armonía internacional, sino también y

primordialmente la armonía interna (40). Permiten al juez corregir, cuando las circunstancias lo exigen, las normas de conflicto y tienden a impedir *la aplicación artificial del reenvío* y de otros mecanismos propios del método conflictual (41).

Finalmente hay dos cuestiones, a nuestro entender, que están en íntima relación con nuestro tema: la relevancia que en cada Ordenamiento jurídico se otorgue al principio de la autonomía de la voluntad y al criterio básico, de trascendencia sociológica si se quiere, de la *relación más fuerte o vinculación más estrecha* con un determinado país. Mientras no se observe, conjuntamente, el papel desempeñado por el tema del reenvío con la aplicación de estos criterios, la valoración que se predique del Derecho comparado es pura elucubración teórica, alejada de la realidad jurídico positiva.

2.1. *Actitud formal de admisión o rechazo.*

279

Afrontando el comentario del Derecho comparado en la proyección que acabamos de delimitar, son de reseñar los siguientes aspectos:

La regla general ha sido tomar *una actitud formal de admisión o rechazo*, con posibles matizaciones. La admisión se inaugura con la ley húngara de 1894 (42) y en el art. 27 de EGBGB. Con el precepto alemán, el reenvío se abrió camino y pasó a integrarse en textos más o menos directamente influidos por la Ley de Introducción (43). Si esta orientación se inicia con el reenvío de retorno (primer grado), la ley polaca de 1926 en su art. 36 lo extiende a cualquier otra remisión.

(40) DUBLER, C., E.: *Las cláusulas de excepción*, op. cit., p. 39.

(41) *Id.*, p. 40. KREUZER, K.: "Berchtigungsklauseln in internationalen Privatrecht" en *Mélanges Zajtay*, 1982, pp. 295 y ss.

(42) AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho Internacional Privado*. Vol. I, T. II, Parte segunda, p. 162.

(43) *Id.*, p. 163. En la reforma de 25 de julio de 1986 se transforma en el art. 4.

Esta acepción amplia reaparece en la actualidad en un Ordenamiento jurídico como la Ley turca sobre Derecho internacional privado de 1982; en la reforma de 1987 del Código civil mexicano y, con limitaciones al estado civil, en la Ley Federal suiza sobre Derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987 (art. 14).

Un texto con pautas de ponderación, comentado por BYSTRICKY, es el art. 35 del Código checo de 1963, que admite tanto el reenvío de retorno como el de segundo o ulterior grado, “si tal aceptación corresponde a una *reglamentación razonable y equitativa de la relación*” (44). Una formulación que merece destacar, por su adaptación a las situaciones concretas, es el *Restatement of the Law Second, Conflicts of Laws* norteamericano de 1971, que lo admite, *excepcionalmente* (párrafo 8) cuando:

— el objetivo de la regla de conflicto del *forum* sea que el Tribunal *consiga el mismo resultado* que, ante los mismos hechos, *obtendría el Tribunal del Estado cuyo Derecho sea aplicable* según la citada regla, se aplicará la regla de conflicto de dicho Estado extranjero.

— *El forum no tiene una relación sustancial* con la cuestión discutida o las partes en ella y los Estados interesados *designan el mismo Derecho material aplicable* al asunto, el *forum* aplicará normalmente el Derecho material (45).

El rechazo frontal del reenvío se produce a partir del Código griego de 1940 y se extiende por Italia (1942), Hungría (1947), Egipto (1948), Siria (1949), Irak (1951), Jordania (1977) y en América, desde Brasil (1942), hasta Quebec (1978) y Perú (1984) (46). Acaso el art. 32 del Código griego sea el más lapidario: “Las reglas del Derecho internacional privado del Estado extranjero no quedan comprendidas en la ley extranjera aplicable” (47).

(44) *Id.*, p. 163.

(45) ORTIZ DE LA TORRE, J., A., T.: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 133.

(46) *Id.*, pp. 133-134.

(47) AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 163.

2.2. Flexibilización y relativización en la aplicación.

Ahora bien, conforme indicábamos más arriba, una vez señalado el texto formal legislativo, es necesario, enseguida, juntar otras normas o disposiciones que relativizan y flexibilizan su aplicación, en los supuestos de admisión, o lo sustituyen cuando es rechazado. Así, afirma FRANK VISCHER, respecto del Derecho suizo, no se podrá tener en cuenta el reenvío sino *en la medida que permite asegurar la armonía de decisiones* (48).

Una de las modernas técnicas de sustituir la función del reenvío o, en su caso, de flexibilizar y adaptarlo a los objetivos concretos de su aplicación son las “cláusulas de excepción” y éstas aparecen en las codificaciones estatales actuales anteriormente citadas. Veamos como ejemplos sintomáticos algunas referencias específicas:

— En el *Derecho suizo* aparece expresamente en el art. 8.º pfo. 3 LRDC en materia de establecimiento y reclamación de la filiación (49), aunque la jurisprudencia la extienda a casos concretos de venta, préstamo, trabajo, agencia, etc. (50).

— En *Austria*, la ley de 15 de junio de 1978 consagra en el art. 18, pfo. 2, en materia de efectos personales del matrimonio:

“Si los esposos tienen, sin embargo, una *vinculación más fuerte* con un tercer Estado, según cuyo Derecho el matrimonio es *igualmente válido*, el Derecho de este Estado es aplicable en lugar del Derecho austríaco” (51).

Y, respecto a las acciones extracontractuales, donde la regla general es la *lex loci delicti commisi* (art. 48 d.1):

“Sí existe, sin embargo, para las partes una *vinculación más fuerte* con el Derecho de un solo y mismo Estado, este Derecho es aplicable” (52).

— En *Alemania* y *Turquía* se procede a la incorporación textual de las disposiciones del Convenio de Roma (53).

(48) VISCHER, F.: *Droit international privé*. Friburgo, 1974, p. 145.

(49) DUBLER, C., E.: *Les clauses d'exception, op. cit.*, p. 51.

(50) *Id.*, pp. 56-57.

(51) *Id.*, p. 52.

(52) *Id.*, p. 58.

(53) *Id.*, pp. 55 y 58.

Hemos insistido en estas reiteradas alusiones a la aplicación de las *cláusulas de excepción* porque en su contenido queda evidente la conclusión que venimos desarrollando sobre los criterios de aplicación actual de la técnica del reenvío, restringida por razón de la materia a sectores muy concretos del estatuto personal y Derecho de familia y, sobre todo, atemperado a específicos condicionamientos funcionales de consecución de resultados de aproximación a la ley de vinculación más estrecha con el supuesto particular. Por si fuera poco, se coincide incluso en destacar, como supuesto ejemplificador, el mismo *Restatement Second* indicado más arriba respecto al reenvío.

Lo mismo podríamos afirmar de la aplicación diversificada de una multiplicidad normativa a través del fraccionamiento o *depeçage* (54).

282

Finalmente hemos de referirnos de nuevo a la incidencia de los patrones de orientación del nuevo Derecho convencional internacional, de su incorporación, incluso textual, y del proceso de aplicación analógica, cuya exposición remitimos al posterior análisis del Derecho español.

3. La doctrina jurisprudencial comparada (francesa e inglesa).

No es el caso de aportar un acopio exhaustivo de la jurisprudencia comparada, ni siquiera de sistematizar por países las diferentes orientaciones. Nos interesa, más bien, destacar los hitos relevantes que sirven de pautas al desarrollo de la doctrina y aplicación de la normativa anteriormente descrita, limitándonos a la francesa, con referencias a la alemana y la inglesa.

(54) MAYER, P.: *Droit international privé, op. cit.*, n.º 165, 264, 265, 480, 698. LAGARDE: "Le depeçage dans le droit international privé des contrats", *Rev. Dir. Int. Priv. Proc.* 1975, n.º 649; PEYREFITTE: *Le problème des contrat dit "sans loi"*, D. 1965, Chr. 113. AUDIT, B.: *Droit international privé, op. cit.*, pp. 633 y ss. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, 1.ª ed., Madrid, 1992, pp. 268, 313 y ss.

El cuerpo central lo constituye la jurisprudencia francesa de la cual no sólo se puede predicar el origen básico de la figura del reenvío, sino que ha profundizado en sus más actuales enfoques. Tampoco aquí nos vamos a extender en su enumeración global, sino en poner de relieve algunas de las “*grands arrêts*” que trazan los cambios progresivos de dirección.

En cuanto a la inglesa restringiremos aún más la descripción para reducirnos a algunos ejemplos sintomáticos, dejando para epígrafe posterior los supuestos referidos a la aplicación del Derecho español.

3.1. *La jurisprudencia francesa, con referencias comparativas a la alemana.*

Si queremos perfilar los trazos de una evolución paralela a la doctrina, cabe ponderar varias fases:

283

3.1.1. *Formulación inicial.*

El reenvío aparece en el horizonte doctrinal en torno al *caso Forgo* de la jurisprudencia francesa. Bueno será, por tanto, comenzar con el análisis de su desarrollo actual, aunque hagamos forzadas menciones históricas. Es bastante curioso —observa ANCEL— que sea la jurisprudencia francesa y no la doctrina la que está en el origen de lo que se ha convenido en llamar “el reenvío”, la más famosa controversia que ha agitado el mundo entero de la teoría del Derecho internacional privado (55).

(55) Para el análisis actual del desarrollo de la jurisprudencia francesa, con visión de conjunto, seguimos la obra reciente de ANCEL, B., y LEQUETTE, Y.: *Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*. Sirey, 2.^a ed., París, 1992, p. 55. Precedentes anteriores los hubo, pero sin la trascendencia doctrinal que motivó el caso Forgo. Respecto a los supuestos de Alemania e Inglaterra *vid.* LEWALD: *La theorie du renvoi*. R. des C. La Haya, 1929, p. 533, y para la estatutaria francesa *vid.* NIBOYET: “Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi”, *Revue Critique de Droit international privé*. 1926, I, n.º 998.

Sin entrar en los aspectos doctrinales polémicos, nos interesa comprobar cómo es en la misma jurisprudencia donde se argumenta acerca de la fundamentación jurídico-teórica. Así, frente a la doctrina, especialmente la alemana (VON BAR, WESTLAKE), que, barajando conceptos de soberanía, recalcan la imposibilidad de jugar con las normas materiales de un Estado extranjero contrariamente a su voluntad, el Tribunal de Casación en la sentencia sobre el *caso Soulié*, próximo al de *Forgo*, reafirma con gran solemnidad el principio del reenvío, al sostener que “la ley francesa de Derecho internacional privado no sufre de ninguna manera del reenvío que se haga a la ley interna francesa por la ley de Derecho internacional privado extranjera, pues no hay sino ventajas a que de esta forma se suprima todo conflicto y a que la ley interna francesa siga, según sus propios criterios, los intereses que nacen en su territorio” (56).

284 El asunto *De Marchi della Costa* (57) también plantea un supuesto de hecho muy similar al de *Forgo*:

“Carlos Alberto de Marchi della Costa, ciudadano argentino, muerto en territorio francés, donde tenía su principal establecimiento, pero sin obrar las condiciones del artículo 13 del C.c. francés, vigente hasta 1927” (58).

Conforme al artículo 3.282 del Código argentino, la ley aplicable es la ley del domicilio de hecho, mientras que en el Derecho francés de la época se precisaba la conformación legal del domicilio mediante las formalidades y condiciones de autorización del Gobierno francés. Con esta última argumentación la defensa de la otra parte, señora de Bagneux,

(56) *Id.*, pp. 59-60. Sin responder a la doctrina, el último argumento de esta sentencia afirma con un realismo innegable que “el reenvío de primer grado permite al juez aplicar su propio derecho. Ahora bien, ésta es una realidad a la que no son insensibles los magistrados”.

(57) *De Marchi della Costa c. Esposa de Bagneux*, Court de Cassation (Chambre civile), 7 de marzo de 1938 en ANCEL, B. y LEGUETTE, Y.: *Grands arrêts, op. cit.*, n.º 16, pp. 127 y ss.

(58) *Vid. supuestos de hecho, Id.*, p. 128.

pretende rechazar el reenvío argentino al Derecho francés. En cambio, la argumentación de la *Cour de Cassation* partía de que “escapa al control de los jueces franceses la interpretación de una ley extranjera”. Es decir, que para esta Corte de Casación la norma de conflicto extranjera debe ser interpretada conforme a sus propios conceptos, por lo que será “a la ley que pronuncia el reenvío a la ley del domicilio, a la única que corresponda definir lo que entiende por domicilio” (59). Es una opinión absolutamente contraria a la de la jurisprudencia alemana, que acepta controlar el sentido de una ley extranjera que reenvía a la alemana, pero no, en cambio, si el reenvío es a una ley tercera (60).

La diferencia entre ambas no es de simple matiz, sino que responden a dos perspectivas teóricas distintas. Mientras la doctrina jurisprudencial francesa parte de considerar *la norma de conflicto que reenvía al Derecho francés como una legislación extranjera, cuya interpretación escapa al control del Tribunal de Casación francés*, la doctrina alemana acepta controlar el sentido del Derecho extranjero (61). Se pierde, por tanto, la noción de límite y el Derecho extranjero se convierte en un mero expediente para extender el ámbito interno de aplicación de la *lex fori*.

Hasta tal punto esto es así que en la doctrina francesa aparecen formulaciones de técnica jurídica para facilitar la extensión del Derecho propio a estos supuestos. Es el caso de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE y NIBOYET con la incidencia de un *reglamento subsidiario* que conduce al Derecho interno francés a través de una regla de conflicto de segundo rango o simplemente por efecto directo del orden público, frente al planteamiento más actual de BATTIFOL, LAGARDE y FRANCESKAKIS que pretenden articular una coordinación intersistémica (62).

(59) *Id.*, p. 129.

(60) MEZGER, PAAPF y STURN: *Internationales Privatrecht I*, 1977, p. 313.

(61) ANCEL, B. y LEQUETTE, Y.: *Grands arrêts*, *op. cit.*, p. 130.

(62) *Id.*, p. 132.

Es interesante que retengamos este planteamiento, que, de alguna manera, puede servir para explicar la función de armonización que asume la normativa extranjera y que resurge actualmente en la atención al posible papel de las normas imperativas extranjeras. Volveremos sobre ello más adelante. Por otra parte, en la sentencia *De Marchi* se plasman dos características peculiares: “El carácter, en principio, *obligatorio del reenvío* ... en la legislación sucesoral y la aceptación del *reenvío de segundo grado*:

La primera consideración parece deducirse del rango independiente del Derecho extranjero que fuerza al Tribunal a expresarlo de la siguiente manera: “después de haber reconocido *el carácter, en principio obligatorio, del reenvío* hecho por la ley nacional de un extranjero a la ley sucesoral de otro Estado, pudiendo ser, en el supuesto caso *la legislación francesa...*” (63).

Aun cuando en el supuesto concreto de la sentencia *de Marchi* se refiere a un reenvío de primer grado, *la generalidad de la fórmula* parece suficientemente explícita como para comprender el reenvío de segundo grado, hasta el punto de que “*este obiter dictum* permanece todavía hoy como el mejor argumento jurisprudencial en favor de su admisión” (64).

286

En síntesis podríamos señalar una primera fase de la jurisprudencia francesa que completa el círculo de aplicación del reenvío:

1) El caso *Forgo* que inicia el camino del reenvío de retorno en forma de simple coordinación jurídico formal entre el Ordenamiento jurídico francés y bávaro en materia de sucesiones. Por demás no existían conexiones fuertes, ni actuación de la autonomía de la voluntad, al ser sucesión abintestato. Una reafirmación del planteamiento con fundamentaciones expresas la sigue en el caso *Soulié*.

(63) *Id.*, pp. 128 y 134. De nuevo sobre esta consideración en el asunto *Gout-hertz*, *id.*, n.º 52, pp. 425 y ss.

(64) *Id.*, p. 130. En el mismo sentido *MOTULSKY* (en nota *Revue Critique de Droit International Privé*) y *DERRUPÉ*: “*Plaidoyer pour le renvoi*” en *Travaux du Comité français de Droit International Privé* (1964-1966, pp. 181 y ss.).

2) El caso *Marchi della Costa* plantea criterios más desarrollados, que indirectamente dan pie a la fundamentación del reenvío de segundo grado, además de definir la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, respecto a las competencias del Tribunal de Casación en su interpretación, distanciándose del enfoque de la jurisprudencia alemana y posibilitando la posterior fundamentación de la doctrina francesa.

3.1.2. Superación de formalismos clásicos.

En el caso *Verdier c. Tasoniez* va a incidir un nuevo criterio que trasciende del tema concreto del conflicto móvil al planteamiento general. Se trata de un caso de investigación de la paternidad correspondiente a la hija de una italiana nacida en 1940, nacionalizada francesa en 1943 y que plantea la acción de declaración judicial de paternidad en 1942.

287

El Tribunal de Casación parte, sin lugar a dudas, del criterio de aplicación de la ley personal del hijo a la investigación de la paternidad, superando las controversias doctrinales, hasta el punto de que FOYER la califica como “verdadera norma jurisprudencial de carácter por poco cuestionable, casi axiomática y de alcance general” (65). Pero el problema que se plantea en la sentencia es si habrá de aplicarse al conflicto móvil la ley italiana imperante en el momento de iniciar el proceso y que prohíbe la acción de investigación de la paternidad, o el Derecho francés, asumido con posterioridad.

(65) *Id.*, p. 165. FOYER, J.: “Filiation” en *Répertoire Dalloz de Droit International*, n.º 80. La polémica doctrinal se centra en la materia de filiación. CHEVALIER: “Filiation naturelle simple et filiation alimentaire” en *Droit international privé français*, 1967, pp. 19 y ss. NIBOYET: “Filiation”, en *Répertoire Lapradelle*. Si en el caso *Fontaine* de 1938 se dejaba ver una cierta ambigüedad (ANCEL, B. y LEQUETTE, *op. cit.*, n.º 17, pp. 135 y ss.) ya se definía claramente en el caso *Henrich* de 1957 (*Id.*, pp. 138, 139), doctrina que se incorpora al artículo 311.17 del Código civil francés.

Dejando a un lado la argumentación concreta de la sentencia que se aparta de la formulación tradicional del *caso Bisbal* e incorpora elementos del planteamiento de la aplicación de normas de conflicto alternativas “en cascada”, lo decisivo es *la subordinación al resultado material*, sin que suprima totalmente al aspecto conflictual. Este análisis repercute en ciertos aspectos de la teoría general del conflicto de leyes. “Así el reenvío en sentido clásico queda excluido, puesto que la norma de conflicto supone para su aplicación la intervención de su destinatario (juez o parte) quien *escogerá la ley extranjera, no en base a su vocación, sino a su contenido*; solamente es concebible un reenvío *in favorem* (66).

288

Siguiendo en materia de conflicto móvil, ANCEL pone de relieve el *caso Macht c. Revelu* del Tribunal de Apelación de Rabat en 1950. Se trata de una francesa y un italiano casados en Francia en 1918, que adquieren por matrimonio la nacionalidad italiana. A partir de 1920 se instalan en Marruecos, entonces Protectorado francés. Planteada la separación en Rabat, las pretensiones aducidas respecto al régimen económico matrimonial, son la aplicación del régimen legal francés de la comunidad de bienes, por una parte, y de la separación regida por el Derecho italiano, por la otra.

Aparte de la curiosa originalidad de la sentencia de ignorar los criterios propios del Derecho internacional privado marroquí (*lex fori*) para plantear la solución en base a la alternativa de un Ordenamiento jurídico extranjero, tanto más significativo que conforme a la norma de conflicto marroquí sería aplicable el Derecho italiano y a una solución análoga podría llegarse teniendo en cuenta el reenvío del Derecho francés, el interés se centra en la base del razonamiento que se separa de la idea clásica de la armonía inter-sistemática para trascender al contenido material.

(66) *Id.*, p. 170. Es un precedente del planteamiento actual del *caso Fouthertz*.

La argumentación atiende a dos aspectos complementarios: las partes no habían podido prever que su situación, conectada al Ordenamiento jurídico francés e italiano, podría ser sometida a uno tercero (67) y el de que el sistema de conflicto de leyes del fuero no tenía por qué intervenir respecto a situaciones jurídicas que se realizaron enteramente en el extranjero, en cuanto que no presentaron a lo largo de su desarrollo ninguna conexión con la *lex fori* (68).

Es cierto, sin embargo, que la sustitución de la solución de la cooperación formal, mediante el reenvío (excluido, por otra parte, en razón a la materia matrimonial) que procura remediar las consecuencias nefastas de la aplicación mecánica de las normas de conflicto del foro a través de una solución material que integra las consideraciones concretas y psicológicas del supuesto real, puede acarrear nuevas dificultades en la apreciación psicológica e imprecisión de matices que condicionan el juego de la aplicación de la *teoría de la apariencia* (69).

Asunto Patiño c. Mme. Patiño. Es uno de los casos más complicados, con un proceso que dura 20 años y comprende cerca de 20 sentencias, apodado por la doctrina como “umbroglio” jurídico extraordinario o “cuento” político jurídico (70) que atañe a múltiples cuestiones generales del Derecho internacional privado.

El esquema central, desde la perspectiva judicial francesa que se declara competente en base al domicilio conyugal en París, queda así resumido: Antenor Patiño, diplomático boliviano, se casa en Madrid (8 de abril de 1931) con María Cristina de Borbón, de nacionalidad española que en el acto adquiere la boliviana. Fijan su domicilio conyugal en París y

(67) *Id.*, p. 198. Ancel relaciona este supuesto con la posterior formulación del caso *Patiño*.

(68) *Id.*, p. 199.

(69) *Id.*, pp. 203, 204.

(70) *Id.*, p. 301. Cita a P. Lagarde en *Revue Critique*, 1964, p. 535 y a Ph. Malaurie en *Clunet*, 1963, p. 1020.

el 16 de abril de 1946 dedujo demanda de divorcio ante los Tribunales franceses. Conforme a la norma de conflicto francesa es aplicable el estatuto personal común que conduce a la ley nacional boliviana y tras resolver la pluralidad legislativa del Derecho interno relativo al divorcio en Bolivia y España (71) contempla en el Ordenamiento jurídico de Bolivia “un reenvío parcial a la legislación de un tercer Estado”, es decir, un reenvío de segundo grado.

Aún con mayor precisión el Tribunal distingue entre las causas y los efectos del divorcio que queda regulado por la ley boliviana, ley personal de los esposos y la *disolubilidad del matrimonio* que, conforme al Derecho internacional privado boliviano, correspondía decidir a la *lex loci celebrationis*, que reenviaba de este modo al Derecho español.

290 La doctrina, en general, asume el caso como un supuesto típico de reenvío de segundo grado (72). Sin embargo, P. MAYER se plantea si en verdad más que un reenvío de la ley boliviana a la española se trata de una hipótesis de toma en consideración de *ciertas disposiciones sustantivas*. Es un recurso que se produce con frecuencia en Derecho público (v. gr. art. 21.1. 2.º del Código de la nacionalidad francesa) y que a diferencia de la remisión clásica, no hay *transmisión*, sino que los efectos los realiza el Derecho boliviano que los *condiciona* a un requisito material extranjero (73).

En este mismo sentido de superación del aspecto jurídico formal hay que entender la definitiva aplicación del orden público internacional por la Court de Cassation. No se justifica por el tradicional argumento de preferencia de la *lex fori*, sino que entra en consideraciones de la realidad

(71) ORTIZ DE LA TORRE, J. A. T.: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 137.

(72) *Id.*, p. 138. MOTULSKY en “Nota” en la *Revue Critique de Droit international privé*, 1951, p. 652; incluso BATIFFOL y LAGARDE: *Droit international*, *op. cit.*, T. II, n.º 307.

(73) MAYER, P.: *Droit international privé*, *op. cit.*, n.º 140, p. 99. Ancel insiste en la peculiaridad de obtener un objetivo material preciso (*op. cit.*, p. 312).

concreta: cualquiera que fuere la solución preferida el resultado sería absurdo. Los esposos Patiño no podrían, *ni divorciarse*, porque la ley española lo prohibiría, *ni separarse*, porque en la ley boliviana era una institución desconocida. De hecho, no se podía admitir que el matrimonio se convirtiera en una “prisión sin salida”, incluso para el Derecho canónico (74).

— Especial relevancia tiene en materia de reenvío el caso *Fouthretz c. Fouthretz* del Tribunal de Cassation de 1 de febrero de 1972.

Casimiro Fouthretz, francés, se casa con Natalia Riabimine, rusa y francesa por matrimonio, en Odessa en 1915, fijando el domicilio común en Rusia. Instalados en Francia a partir de 1921, Fouthretz compra un apartamento en Francia el 15 de julio de 1955 y lo vende el 20 de julio de 1959, habiéndose presentado, entretanto, demanda de separación desde el 15 de octubre de 1954.

La discrepancia del contenido material del Derecho ruso y francés comprende la aplicación del régimen de separación de bienes en el Derecho ruso y el de la comunidad de bienes en el francés. La aplicación por el juez francés del Derecho ruso se basa en la conexión del *domicilio conyugal* y, conforme al Derecho internacional privado ruso, en la *ley nacional del marido*.

De la tramitación en diferentes instancias merece destacar el planteamiento efectivo de análisis concreto del Tribunal de Casación frente al clásico silogismo teórico en el que se han fundado las diversas teorías a favor o en contra del reenvío:

Si se considera que la ley rusa debe aplicarse a ciudadanos franceses, “la intención de los esposos de fijar su domicilio en el extranjero debe establecerse de manera cierta y no a través de deducciones hipotéticas fundadas en motivos contradictorios; si pertenece al juez apreciar la condición del domicilio común, puede valorar también los elementos de apreciación posteriores a la celebración del matrimonio...” (75).

(74) ANCEL, B. y LEQUETTE, Y.: *Grands arrêts*, op. cit., p. 312.

(75) *Id.*, p. 427.

La *sentencia Fouthertz* condena el reenvío en materia de régimen matrimonial, pero su condena no representa una simple peripecia en el inagotable debate del reenvío, sino que, en conjunción con la doctrina de BATIFFOL, aborda el sentido mismo de la norma de conflicto de la institución, reflejo del principio de la autonomía. Más que referirse al reenvío recalca el principio de la autonomía en el matrimonio, tanto expresa como tácitamente:

“La elección *del régimen* matrimonial depende de la voluntad *expresa o implícita* de los esposos, la cual se conforma sobre las reglas materiales del orden jurídico de localización, la *ley interna rusa*, con exclusión de sus normas de conflicto” (76).

292

El principio de la libertad de los convenios matrimoniales alientan en el mismo derecho interno el pluralismo jurídico para respetar y exaltar la singularidad de cada pareja. La uniformización pretendida por el reenvío de primer grado chocaría de frente con uno de los pilares que sostienen la concepción francesa del régimen matrimonial, inspirada en el principio de la autonomía (77).

En conclusión de los profesores ANCEL y LEQUETTE el reenvío debe ser rechazado cuando la designación de la ley aplicable no se deduzca directamente de una conexión abstractamente definida (la nacionalidad, el lugar de aparición de un hecho, la situación de una cosa...), pero, por el contrario, requiere para su realización la intervención del destinatario de la norma de conflicto (la ley más favorable o la que presenta vínculos más estrechos...) (78).

La lección que, a nuestro entender, ofrece esta sentencia es la de analizar los supuestos del reenvío en un plano de relatividad, como un mecanismo supeditado a la obtención de resultados concretos y limitados por la aplicación de la autonomía de la voluntad. No se enfrenta en teoría al

(76) *Id.*, p. 430.

(77) *Id.*, p. 431.

(78) *Id.*, p. 433.

reenvío, sino que lo pone al descubierto en su aplicación práctica.

— El caso *Leppert c. Mme. Grauschopf y otros* (79).

Hace referencia a un supuesto de sucesión relacionado con un conflicto transitorio de derecho extranjero en materia de filiación natural.

— En 1944 una alemana (Manfred Leppert) da a luz un hijo natural, cuando el recurso a la investigación de la paternidad se admite a los solos efectos de obligaciones alimenticias.

— En 1974, después de que la reforma del Derecho alemán (Ley de 16 de julio de 1969) la *extendiera a efectos sucesorios*, plantea la demanda a los causahabientes del pretendido padre (fallecido entre tanto) ante la jurisdicción francesa.

El problema suscitado presupone la previa resolución del conflicto móvil, respecto a la aplicación del Derecho alemán vigente en el momento del nacimiento o el actual. *El Tribunal de Colmar* hace suyo el criterio doctrinal de la aplicación de la *lex fori*, tanto al conflicto móvil, cuanto al derecho transitorio extranjero, fijando su contenido en la aplicación del Derecho vigente en el momento del nacimiento, conforme establece el art. 311.14 C.c. francés, mientras que la *Cour de Cassation* establece un criterio bien diferente y definitivo:

“En caso de modificación (...) de la ley extranjera designada, es a esta ley a quien corresponde resolver los conflictos en el tiempo” (80).

Los profesores ANCEL y LEQUETTE valoran positivamente esta sentencia extendiendo su planteamiento general al tema del reenvío. Frente a la doctrina del Tribunal de París, que procede a la designación directa e imperativa de la ley extranjera, que sobreentiende la exclusión radical del reenvío, la *sentencia Leppert* se ha empeñado en un camino que conduce a reafirmar el principio del reenvío. De ahí que, en

(79) *Id.*, pp. 569 y ss.

(80) *Id.*, p. 572.

efecto, la norma de conflicto que se desprende del artículo 311.14 designa no solamente el derecho sustantivo extranjero sino también las normas de conflicto en el tiempo y, por ende, en buena lógica también sus normas de conflicto en el espacio (81). Si traemos a colación el comentario hecho a la anterior *sentencia Gouthertz*, podemos comprobar que se compaginan ambos criterios: la idea de proximidad puede justificar el descarte del reenvío cuando se encarna en una norma que requiere para su realización la intervención de su destinatario (ley que presenta los vínculos más estrechos, cláusulas de excepción...), pero no ocurre lo mismo cuando se expresa a través de una conexión abstractamente definida.

294

En una síntesis de los criterios actuales de la jurisprudencia francesa, cabe afirmar que por la vía de progresivas limitaciones específicas, en razón de la exclusión de materias de implantación del principio de la autonomía y de relatividad funcional, ha quedado reducido a un mecanismo de armonización legislativa supeditado a su utilización según la justificación práctica que en supuestos concretos produzca resultados adecuados a la solución de los conflictos de intereses en juego.

3.2. *La jurisprudencia inglesa.*

Aun cuando volveremos a insistir sobre los mismos supuestos en la próxima reflexión acerca de nuestra jurisprudencia en torno a la aplicación del Derecho británico, por ser uno de los casos más frecuentes en la realidad actual española, especialmente en determinadas Comunidades Autónomas, nos interesa puntualizar algunos aspectos del reenvío en la jurisprudencia anglosajona.

Conforme señala SUAY MILIÓ, el origen de la doctrina del doble reenvío radica en el principio formulado por el juez Lord Stowell en el *caso Darlymple c. Darlymple* en 1881:

(81) *Id.*, p. 575.

“Debatido en un Tribunal inglés el asunto debe juzgarse conforme al Derecho inglés aplicable a tal causa. Pero el único principio a ésta aplicable es que su validez (la de los derechos litigiosos) debe ser determinada conforme a la ley del país que les ha hecho nacer (...). El Derecho inglés se borra completamente (82).

Pero es en la *sentencia Annesley* donde se consagra:

“Mrs. Annesley había dispuesto por testamento de su propiedad mueble francesa, no dejando nada a sus dos hijos, cosa que podía hacer de conformidad con su ley nacional inglesa, mas no de acuerdo con la francesa, por cuanto el art. 913 del C.c. francés restringe (en tal supuesto) la facultad de libre disposición al tercio del caudal relicto, bajo pena de nulidad del testamento” (83).

El juez Russell atribuye el domicilio a Francia “en función del hecho de la residencia prolongada en dicho país, mientras que en el Derecho francés se reenvía a la ley aplicable en la nación a que éste pertenezca (*in casu* a la ley inglesa). Pero desde la perspectiva del juez francés éste aceptaría el reenvío a su propio Derecho, por lo que, en definitiva, *aplicó el Derecho interno francés* (84).

En varios casos se contemplan supuestos similares de sucesión de súbdito británico residente en el extranjero con bienes inmuebles.

Por una parte, dos referentes a Italia:

Caso Ross c. Waterfield: Inglesa con domicilio de origen en Inglaterra y posterior en Italia donde murió, habiendo dispuesto por testamento de sus bienes y desheredado a su único hijo de toda parte de su sucesión. Como en el caso *In Re Annesley*, es válido en el Derecho inglés, pero no en el italiano, que restringe el poder de disposición a la tercera parte de los bienes (85).

(82) SUAY MILIÓ, J.: “Una solución jurisprudencial inglesa: el doble reenvío”, en *REDI*, vol. IX, n.º 1-2, pp. 92-93.

(83) *Id.*, p. 97 (S. de 21 de mayo de 1826).

(84) *Id.*, p. 98. El juez Russell manifiesta al final del texto haber deseado llegar a la misma conclusión por un camino más directo, sin suscitar el problema del reenvío (*Id.*, p. 99).

(85) *Id.*, p. 100 (S. de 14 de noviembre de 1929).

El juez Luxmoore siguió las pautas lógicas análogas al anterior: 1.º) Por norma conflictual inglesa, ley domiciliar (entendiendo por tal “the whole of the law of that country, including its rules of private international law”); 2.º) Si un tribunal italiano conociese del asunto aplicaría la ley nacional de la difunta; 3.º) Italia no acepta el reenvío que le haría la ley inglesa; 4.º) Luego aplicaríamos Derecho material inglés. El fondo es, en efecto, idéntico pero hay diferente actitud del Derecho extranjero (aceptación o rechazo del reenvío), por lo que el resultado es contradictorio (86).

En el caso *In Re O’Keefe* se llega a la misma solución, aunque se trate de sucesión abintestato:

Mary Alice O’Keefe, de nacionalidad británica, con domicilio de origen (paterno) en el Eire, murió intestada en Nápoles donde vivió durante 47 años y había fijado allí su domicilio de elección (87).

296 Finalmente en el caso *In Re the sixth Duke of Wellington* el problema no se plantea sobre la situación del domicilio, puesto que la sucesión testamentaria se formaliza en Inglaterra y el único domicilio del sexto Duque de Wellington es también Inglaterra. La única conexión con España es relativa a la sucesión inmobiliaria de una finca y al título del Ducado de la Ciudad de Rodrigo.

“Por Derecho inglés, el Ducado de Wellington pasaba al tío del fallecido; por Derecho español, el Ducado de Ciudad de Rodrigo estaba sujeto a la ley española, debiendo pasar a su hermana. Ahora bien, parte de la sucesión española era inmobiliaria. Conforme al Derecho conflictual inglés, había que aplicar *la lex rei sitae*, es decir, la española, lo relativo a la propiedad inmueble española del testador debía ser resuelto de acuerdo con el Derecho inglés, ya que el nuestro (insistiendo en el principio de la universalidad de la sucesión) rige toda la propiedad, tanto mueble como inmueble, por la ley nacional del causante” (88).

(86) *Id.*, pp. 100-101.

(87) *Id.*, p. 105 (S. de diciembre de 1939).

(88) *Id.*, p. 107.

El juez Wynn-Parry, siguiendo el criterio trazado por los precedentes anteriores, se plantea la consideración del Derecho español respecto al reenvío. “El Tribunal se guía por el testimonio de expertos en Derecho extranjero, pero si los expertos no están de acuerdo, o si la cuestión a resolver no está solucionada por la ley extranjera, el Tribunal puede decidir con toda independencia” (89).

“Basándome en todos estos datos, llego a la conclusión de que iría contra el espíritu y sentido del Código civil español sostener que, en un caso como éste, el Derecho español aceptaría el reenvío que el Derecho inglés le hace como ley de la situación. En consecuencia, declaro que, de acuerdo con el Derecho español, las cuestiones planteadas en este caso requieren que la sucesión de la propiedad inmueble del testador sita en España deba resolverse conforme al Derecho material inglés” (90).

En la doctrina española este caso va a centrar, en buena medida, la controversia acerca de las bondades de la teoría del doble reenvío. Mientras MIAJA DE LA MUELA cita el caso como prueba de que “tampoco el doble reenvío resuelve el problema en el caso en que el sistema conflictual del país cuyo Derecho hay que aplicar no ha tomado posición definida sobre el reenvío” (...) “es así que el juez Winn-Parry dio por resuelto lo que aún en España es una incógnita” (91), CARRILLO SALCEDO persiste en su exaltación: “Pese a estos límites pienso, sin embargo, que la *Foreign Court-Theorie* expresa perfectamente la neutralización y relativización aceptadas por el Ordenamiento inglés respecto de la localización de supuestos de tráfico externo y muestra la función que el reenvío puede llevar a cabo en la búsqueda de la armonía internacional de soluciones” (92).

(89) *Id.*, p. 108.

(90) *Id.*, p. 108.

(91) MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado I*, *op. cit.*, pp. 299-300.

(92) CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho Internacional Privado*. Ed. Tecnos, 1971, p. 209.

En el plano teórico no cabe duda de que es atrayente un enfoque jurisprudencial que pueda basar un criterio funcional, con el objetivo ideal de la armonización internacional de soluciones. Porque comprende una doble satisfacción: el logro de la aspiración teórica suprema de la cooperación internacional y su implicación en el terreno de la realidad práctica que parece manifestar la aplicación jurisprudencial (93). En la perspectiva de nuestro estudio, sin embargo, estas apreciaciones son secundarias, ya que no buscamos formulaciones teóricas, sino criterios de solución adaptados a las situaciones reales. De ahí que nuestras conclusiones difieran.

A nuestro entender, la orientación jurisprudencial inglesa que hemos analizado, constituye una primera fase que corresponde, en cierto modo, al planteamiento tradicional en el que hemos clasificado la formulación inicial de la jurisprudencia francesa o, si se quiere, la europea continental. Se trata, en definitiva, de un tratamiento jurídico formal del proceso de aplicación de la ley extranjera, aun cuando dentro del marco peculiar anglosajón de la concepción *Judge make law*.

En este sentido, la última sentencia reseñada, referente al Duque de Wellington, tiene especial interés, precisamente porque, al no quedar nítida la alternativa española respecto al reenvío, el juez inglés se ve forzado a analizar la concepción material del Derecho de sucesión español, por lo cual nos volverá a interesar en epígrafe posterior.

Actualmente la jurisprudencia inglesa ha cambiado de enfoque. El doble reenvío es una institución que está perdiendo importancia y cada vez se aplica menos en la práctica. Conforme señala GRAVESON, se tiende a su eliminación, in-

(93) El análisis de la práctica jurisprudencial ha sido siempre considerado por nosotros como elemento fundamental para la formulación teórica, pero no siempre entendido como el oráculo de la realidad. Es, pues, necesario hacer, a su vez, una crítica realista de las resoluciones jurisprudenciales. Vid. PÉREZ VOITURIEZ, A.: *Naturaleza y valoración de la ley extranjera...*, op. cit., pp. 11, 19, 27, 62, 63.

cluso en el ámbito de las sucesiones (94). Volveremos sobre este aspecto al referirnos a su incidencia en la práctica española actual.

III. El reenvío en el Derecho español

Un estudio actualizado del reenvío en nuestro Derecho ha de seguir, forzosamente, una sistemática diferente a la que hemos trazado hasta aquí porque el Derecho y la jurisprudencia vienen separados de la doctrina (95). De aquí que, a diferencia de la distribución ordinaria de materias, que se inicia por la doctrina y Derecho vigente para finalizar con el análisis de la jurisprudencia, invertimos la clasificación, por considerar que es tan escasa y desvinculada de nuestra propia doctrina que el mejor método para su valoración es aislarla.

299

La doctrina española y así lo ha expresado algún autor, nace y se desarrolla en el origen como reflejo del exterior, de espaldas a toda observación de las situaciones reales, que, por otra parte, tampoco trascienden a nuestra jurisprudencia. En cuanto al Derecho vigente, ha sido tardío y deficientemente formulado, por lo que los jueces, tanto españoles como extranjeros, han debido funcionar en el confuso ámbito de las presunciones.

(94) GRAVESON, R. H.: "Le renvoi dans le Droit anglais actuel", *Rev. Crit. DIPr.*, 1986, pp. 259-265. Referencias al caso *In Re Adams* en IRIARTE ANGEL, J. L.: "Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones" en *Rev. General del Derecho*, n.º 537, Valencia, 1989, pp. 3572-73; MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho Internacional Privado*, I, *op. cit.*, p. 227.

(95) Más adelante tendremos ocasión de poner de relieve su similitud al Código de los Emiratos Arabes Unidos de 1985 o de la República Popular del Yemen del Sur.

1. La jurisprudencia española.

A diferencia de lo que ocurrió en otros países y de manera especial en Francia, donde la doctrina va a desarrollar sus diferentes corrientes partiendo del análisis de la jurisprudencia —recordemos el caso Forgo—, la doctrina española de la época también planteará diversas tesis, pero en base a razonamientos teóricos y de Derecho comparado. La referencia jurisprudencial es muy escasa, acaso podamos enumerarla en contados supuestos.

1.1. Desarrollo anterior a la Reforma del Título Preliminar del Código civil de 1974.

300 Así, TRÍAS Y GIRÓ en su dictamen en el caso del Juzgado del Hospitalet argumenta a favor, opinión que seguirá defendiendo TRÍAS DE BES (96). En cambio GESTOSO TUDELA advierte la situación precaria de la jurisprudencia española:

“(…) se comprenderá que una sola decisión de un juzgado de primera instancia y otra en sentido opuesto de una Audiencia Territorial, no constituyen jurisprudencia. En España no tenemos, pues, jurisprudencia” (97).

Además de las sentencias del juzgado del Hospitalet de Barcelona y de la Audiencia de Granada, en el caso Larios, tenemos que referirnos a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de junio de 1956:

(96) Texto de la Sentencia del Juzgado del Hospitalet de Barcelona de 3 de agosto de 1900 y del dictamen de TRÍAS Y GIRÓ, J. DE: “La solución del retorno ante los Tribunales de España”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1901, pp. 173 y ss.; TRÍAS DE BES, J.: “Règles Générales des conflits de lois” en *R. des C.*, 1937-IV, pp. 53 y ss.

(97) GESTOSO Y TUDELA: “La teoría de la Referencia en Derecho internacional privado” en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1947, p. 61.

“Como quiera que el art. 7 del Código civil argentino otorga la preferencia a la ley del domicilio, que el causante tenía establecido en territorio español, procede aplicar la ley española conforme a la cual cabría admitir el nombramiento de contador partidor” (98).

MIAJA DE LA MUELA valora con visión realista la trascendencia práctica de esta Resolución. En primer lugar hace una disección de los diferentes criterios seguidos en su tramitación: a) la consideración del notario recurrente de que no se trata de una materia de estatuto personal, sino de una regulación formal de aplicación del art. 11 C.c., con lo cual “la discrepancia aparecía, no como una cuestión de reenvío a la ley española, sino de calificación” (99), b) la orientación de la Dirección General de los Registros que parte de dos premisas: criterio de conexión domiciliar de la norma de conflicto requerida y concreción del domicilio en España, que admite plenamente el reenvío de primer grado (100).

En segundo lugar describe la catalogación legal de la denominada jurisprudencia hipotecaria (101).

Pero lo que nos interesa más de la opinión del profesor MIAJA DE LA MUELA es la valoración práctica que hace de esta Resolución en el marco funcional de la Dirección General:

“Las Resoluciones que dicta la Dirección General en estos recursos constituyen actos administrativos, encaminados directamente a ordenar, denegar o suspender la inscripción de los títulos de legalidad discutida, pero, indirectamente, la interpretación dada a los textos legales por las Resoluciones de la Dirección marcan una guía para el futuro a Notarios y Registradores en el cumplimiento de sus funciones respectivas (...)”.

“Pero en la práctica notarial, en la que muchas veces ha de resultar más cómodo aplicar la legislación material española que la de un país extranjero, la Resolución de 3 de junio de 1956 abre el

(98) MIAJA DE LA MUELA, A.: “Un caso de aplicación del reenvío de primer grado en España” en *REDI*, 1958, Vol. XI, n.º 3, p. 580.

(99) *Id.*, p. 577. Análoga argumentación en la resolución del Presidente de la Audiencia (*Id.*, p. 580).

(100) *Id.*, p. 581.

(101) *Id.*, pp. 583-584.

camino a los Notarios para aceptar el reenvío de la ley nacional del otorgante a la española y a los Registradores de la Propiedad para no encontrar en este reenvío un defecto para negar la entrada en el Registro a los títulos en cuyo otorgamiento se haya apreciado por el Notario según la legislación española la capacidad de un extranjero domiciliado en España, cuando la regla de conflicto del país al que pertenece aquel extranjero sigue el criterio del domicilio en materia de capacidad” (102).

En pocas líneas MIAJA DE LA MUELA puso de relieve dos cuestiones: El nacimiento en la práctica española del reenvío, al margen de la jurisprudencia principal y, sin embargo, la trascendencia real de este planteamiento que, actualmente, podemos corroborar sigue teniendo plena efectividad en el marco de la práctica notarial.

En el desarrollo judicial podemos citar la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 17 de febrero de 1966 en la que se rechaza el reenvío del Derecho argentino al español en materia de sucesiones por cuanto la remisión que hace el precepto español no es total, sino limitado al orden de suceder, cuantía de los derechos sucesorios y validez intrínseca de las disposiciones, que obviamente se refieren a normas sustantivas argentinas con exclusión de las conflictuales (103) y favorables al reenvío, el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Madrid, de 18 de febrero de 1974 (104) y resolución de 13 de octubre de 1976 (105).

302

(102) *Id.*, pp. 584-585.

(103) MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho Internacional Privado*, T. I, *op. cit.*, p. 234; ORTIZ DE LA TORRE, J. A. T.: *Derecho Internacional Privado*, V., II, *op. cit.*, pp. 166 a 168.

(104) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. D.: *Derecho Internacional Privado. Materiales de Prácticas*, 1983, pp. 147-149. ORTIZ DE LA TORRE, J. A. T.: *Derecho Internacional Privado*, VII, *op. cit.*, pp. 168, 169.

(105) ANUARIO DE LA DGRN, 1976, p. 309.

1.2. Concreción de la jurisprudencia inglesa en materia sucesoria española.

Es oportuno abrir un paréntesis para analizar, específicamente, el supuesto de testamentos de ingleses en España.

Hemos visto ya cómo en el caso de Wellington el juez Wynn-Parry llegó a la conclusión de que el Tribunal Supremo en la hipótesis de decidir un supuesto de sucesión testamentaria de un inglés domiciliado en España, no aplicaría el reenvío. Esta sentencia la formula consciente de que todavía en España no se había decantado, ni la doctrina, ni la jurisprudencia, a favor o en contra de la aceptación del reenvío (106). Pero, más tarde, el juez Browne-Wilkinson “construyó una curiosa sentencia” (107) en la que se llega al mismo resultado, pese a la reforma del Título Preliminar del C.c. y a la expresa manifestación del art. 12.2 C.c.

Interesa destacar la argumentación inglesa acerca de la aceptación o no del reenvío en Derecho español, siguiendo lo que califica IRIARTE de “arriesgado razonamiento jurídico” (108):

303

“Basándose en el informe de la parte demandada, el juez sostiene que el art. 12.2 es un precepto confuso y contradictorio, que sólo puede ser aplicado por los Tribunales españoles en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de tal manera que será aplicado cuando los juzgadores lo estimen oportuno, o sea, que éstos sólo aceptarán el reenvío de retorno cuando éste lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español. Lo cual, aplicado a este supuesto concreto, implica que los Tribunales españoles no aceptarían el reenvío de retorno respecto de la ley que debe regir la sucesión de los inmuebles, porque esto sería contrario al principio de unidad de tratamiento de la sucesión, al quedar unos bienes sometidos al Ordenamiento español y otros al Ordenamiento inglés.

(106) IRIARTE ANGEL, J. L.: “Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones”, en *Revista General del Derecho*, n.º 537, Valencia, 1989, n.º 4, p. 3563; ORTIZ DE LA TORRE: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 143.

(107) *Id.*, p. 3565.

(108) *Id.*, p. 3566.

Llegado a este punto, el juez pone especial énfasis en destacar cómo el principio de unidad de la sucesión, recogido en la ley de bases, es un principio general del Derecho español, que no admite ningún límite y que no puede ser contrariado por los jueces españoles. Por tanto, en la sentencia se concluye que, dado que en este caso *los Tribunales españoles no aceptarían el reenvío de retorno*, por ser contrario a la unidad de la sucesión, el juez inglés debe aplicar la ley inglesa y, por tanto, rechazar la pretensión de la parte actora sobre las legítimas instituidas en el Derecho español” (109).

El profesor IRIARTE rechaza de plano la tesis del juez Browne-Wilkinson en el caso *Adams v. Adams*. Su valoración negativa se basa en criterios tradicionales, entre los que destaca la consideración del reenvío como posible coordinación de sistemas, la tendencia natural del juez a aplicar su propio derecho y, de manera destacada, la posibilidad de excepciones al principio de unidad y universalidad de las sucesiones (110).

304 Sin entrar en encasillamientos doctrinales, aun cuando no oculto que me parece atractiva la consideración de la “unidad de la sucesión como un límite al reenvío de retorno”, lo que deseo subrayar es su alejamiento de la realidad concreta cuando, paradójicamente, pretende buscar soluciones prácticas. Y es que la aplicación al caso del reenvío de retorno y del Derecho material español, lo que consigue es, *por el contrario*, impedir la solución a favor de las relaciones personales del causante en el ámbito de su residencia española y preservar los intereses de sus parientes que se quedaron en su domicilio originario.

Nos extraña, además, esta conclusión cuando reconoce, con acierto, la doctrina inglesa de hacer prevalecer lo más posible la voluntad del testador sobre la *lex rei sitae*, por considerarlo un principio primordial para el Derecho inglés en el campo de las sucesiones (111) y que, al final, com-

(109) *Id.*, p. 3575.

(110) *Id.*, p. 3579, cita de Alfonso Calvo Caravaca.

(111) *Id.*, p. 3568.

prende que el juez podría justificar sus criterios de justicia material, aplicando el Ordenamiento inglés, de manera que se evitasen *las legítimas españolas* (insistimos que se favorecerían los parientes ingleses...) y los bienes principales de la herencia fuesen a parar a la parte que aparecía como más débil económicamente (112).

A nuestro entender la indicada sentencia forma parte de la nueva orientación de la jurisprudencia británica, cada vez más reticente a la aplicación del reenvío en materia de sucesiones y consideramos positiva esta actitud por sus efectos prácticos favorables a los intereses en España que sean previstos en la sucesión de ingleses residentes en nuestro país.

GRAVESON pone en claro el desarrollo empírico del Derecho inglés a través de su jurisprudencia. El problema particular de los Tribunales ingleses a mediados del siglo XIX fue el de la validez de los testamentos de ingleses que eran miembros de las colonias británicas del extranjero y la solución va a resolverse a través de la doctrina, entonces nueva, del reenvío (113). Pero las dificultades de la doctrina, junto al nuevo espíritu de la búsqueda no legalista de la solución justa, parecen conducir al abandono del reenvío como instrumento jurídico (114). Este criterio trasciende al campo convencional, del Convenio de La Haya, basada en una propuesta británica en la que la palabra "interna" fue inserta deliberadamente para excluir la utilización del reenvío (115).

Puede observarse, a partir de 1945, un movimiento a favor de la solución justa, en cuanto fundamento de las nuevas sentencias en Derecho internacional privado, que alcanza su más alto grado de realismo en la decisión de la Cámara de los Lores en 1967 en el asunto *Indyka v. Indyka* (116).

(112) *Id.*, p. 3582.

(113) GRAVESON, R. H.: "Le renvoi dans le droit anglais actuel", en *Revue Critique de Droit international privé*, 1968, pp. 259, 260.

(114) *Id.*, p. 261.

(115) *Id.*, p. 262.

(116) *Id.*, pp. 264, 265.

En el mundo real, día a día, de la actividad notarial ha cundido una gran inquietud de manera específica en relación a las sucesiones testamentarias de ciudadanos anglosajones en nuestro país. Su expresión podemos comprobarla en el Boletín del Ilustre Colegio notarial de Granada. Así, el notario M. SÁINZ LÓPEZ-NEGRETE inicia su artículo “Problemas de reenvío en la sucesión de inmuebles de extranjeros en España” con la siguiente frase preocupante:

“y por encuesta particular realizada entre algunos Notarios de la costa me da la impresión que estos compañeros aplican estrictamente las normas contenidas en el art. 9 del Título Preliminar del Código civil, pero, en la mayor parte de los casos, olvidan que el párrafo segundo del artículo 12 del mismo cuerpo legal existe y debe ser tenido en cuenta en la ley aplicable a muchos extranjeros, que, además constituyen una mayoría manifiesta entre los que nos visitan y adquieren inmuebles en nuestra nación” (117).

306 Esta preocupación por la práctica notarial la hemos palpado también en Canarias como elucubración muy preocupada a la vista de los posibles riesgos inherentes a la “responsabilidad profesional”. En los casos muy frecuentes de testamentos británicos se viene aplicando el principio de absoluta libertad, peculiar de su Derecho, descartando sin más la aplicación del reenvío. Ante los temores arriba indicados, están en la tesitura de cambiar de práctica, incluso la solución drástica, que parece que han decidido respecto de Derechos no europeos no bien conocidos, que es la de no formalizarlos.

En el artículo comentado, después de un somero análisis de la jurisprudencia inglesa (c. in re Annesley y c. in re Ross) inquiere la siguiente pregunta: “¿Qué sucedería si hoy se le planteara al juez inglés un problema similar? Creemos que no tendría grandes dudas al *resolver de conformidad*

(117) SÁINZ LÓPEZ-NEGRETE, M.: “Problemas de reenvío en la sucesión de inmuebles de extranjeros en España”, en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Abril, 1993, *Sucesión de extranjeros: Legislación aplicable*, p. 879. Los subrayados son nuestros. La encuesta cubre la actividad notarial de la costa turística del sur.

con la ley española...” y a continuación afirma contundentemente:

“No obstante, el notario español debería felicitar, con independencia de la justicia o injusticia de la norma, de que ésta le indica el camino a seguir: aplicar la ley española siempre que no se trate de italianos, de griegos o algunos ciudadanos de unos pocos países más que no admiten el reenvío” (118).

El Derecho internacional privado es, a Dios gracias, más complejo y equilibrado que las visiones simplistas que lo quieren encajonar en casillas blancas o negras. Así, en este supuesto, el notario granadino no acertó respecto a la decisión del juez inglés, conforme indicamos en la sentencia de Browne-Wilkinson que se libera de las fórmulas legalistas. Pensamos si, acaso, pudo ser influido desafortunadamente por su Audiencia Territorial de Granada (Sala 2.^a) en la sentencia de 22 de diciembre de 1988 que comentaremos enseguida.

Con planteamiento tan angustioso, nos parece coherente que, al final, formule sugerencias, muy precavidas, para sus compañeros:

a) En primer lugar, deberá advertir a los ingleses, franceses, belgas, norteamericanos y luxemburgueses, que la ley aplicable a su sucesión, respecto a los inmuebles que posean en España será la ley nacional española y, en consecuencia, *deberá informar de las características principales de dicha ley, en especial sobre la preterición de herederos forzosos sobre el sistema de legítimas*. Esta información, sin duda, causará sorpresa a los clientes de origen anglosajón, pero les evitará disgustos posteriores (119).

Animado por la lectura de este artículo, DE MAURICE E., THOMAS, notario público inglés, escribe unos comentarios adicionales desde el punto de vista de la ley inglesa. Aporta datos periodísticos complementarios como el de 750.000 ingleses que han comprado una vivienda radicada en Espa-

(118) *Id.*, p. 881.

(119) *Id.*, p. 890. Los subrayados son nuestros.

ña. Repite, también, un rumor que denomina “las tres famosas falsedades”:

(...) “que habiendo comprado una vivienda española, hace falta otorgar un testamento español, que la forma de un testamento español solucionará todos los problemas sucesorios españoles y que, en su defecto, la Administración española secuestrará todos sus bienes en el momento de su fallecimiento” (120).

Del contenido de este artículo nos interesa destacar algunas frases aisladas que son bien sintomáticas del ambiente:

Aludiendo a la función del notario inglés en la certificación de su Derecho:

(...) “El notario inglés está obligado a emitir un certificado de la ley inglesa, con base en el cual sus colegas españoles darán fe de sucesiones extranjeras. En ausencia de Derecho sustantivo sobre este tema (carencia de normas sobre vecindad civil), el único remedio para el notario inglés es el de estudiar *todas las circunstancias del tema, incluyendo el estilo de vida del causante* y concluir si la ley inglesa se aplicará o no. Es claro que su *responsabilidad profesional* frente a los herederos es muy grave (...)” (121).

308

Aquí puede observarse el análisis pormenorizado de las situaciones concretas, propias del jurista anglosajón, alejándose de los criterios formales de legalidad.

En su alegato se ataca aquellas tres falsedades y, especialmente, la exigencia de “testamento español”:

“Sin embargo, en mi opinión, el testamento español no le ofrece al testador inglés grandes ventajas en comparación con su testamento inglés, pese a que disponga de bienes españoles y que sea redactado en castellano”.

En cuanto a la forma alude a la aplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 y, en cuanto al fondo:

(120) THOMAS, DE MAURICE, E.: “El heredero inglés. El proceso sucesorio inglés y los problemas de las normas de conflicto de la ley inglesa” en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, noviembre de 1993, Sucesiones de extranjeros: Proceso sucesorio inglés, p. 2651.

(121) *Id.*, p. 2652.

(...) “el testamento inglés no plantea ningún problema siempre y cuando el testador, en lo que atañe a sus bienes españoles, respete el sistema español de legítimas y mejoras” (122).

Aquí se produce una absoluta confusión entre la “remisión” al Ordenamiento jurídico español y el “reenvío” (123) y un total desconocimiento de la jurisprudencia inglesa anteriormente citada. Parece como si se hubiera situado en España, siguiendo el planteamiento del notario español, contradiciendo expresamente su inicial enfoque al plantearse los problemas exclusivamente desde la perspectiva inglesa.

1.3. *La jurisprudencia española actual.*

Hemos querido romper el análisis de lo que se podría llamar evolución de la doctrina jurisprudencial española, con la observación paralela de la reacción inglesa a la Reforma del Título Preliminar del Código civil español. Es un contraste que puede servirnos para relativizar la sensación de continuismo que producen las escasas sentencias posteriores de nuestros jueces.

La sentencia de 20 de diciembre de 1988 de la Audiencia Territorial de Granada (Sala 2.^a) presenta, sin más, la solución afirmativa del reenvío “que lo aborda con carácter principal” (124). En efecto, en el segundo Considerando afirma:

“*La primera cuestión que se plantea en este litigio es la del Derecho internacional privado relativa a cuál sea la legislación que haya de regir la sucesión hereditaria de aquél (...) pero no se debe olvidar el fenómeno conocido en Derecho internacional como “reenvío”, en sus dos formas de “reenvío de retorno” (...), de tal forma que si la ley española remite a la extranjera y ésta, ya sea formal o material, remite, a su vez, a la española, la legislación material aplicable será la española*” (125).

(122) *Id.*, p. 2655.

(123) *Id.*, p. 2654.

(124) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 520.

(125) *Revista General del Derecho*; Audiencia Territorial de Granada, n.º 543, p. 8653.

A pesar de la contundencia de esta sentencia, no parece decidida la controversia española. Conforme se afirma en su texto, se reconoce la parquedad de precedentes (“todavía no legalmente acogida”) y la única fundamentación estriba en la lectura literal del art. 12.2 C.c.:

“según se infiere claramente de las últimas palabras transcritas del precepto...” (126).

Si comparamos el texto de esta sentencia, que debería constituir el pórtico jurisprudencial que clarificara la interpretación de la postura actual del legislador español en torno al reenvío, con las aquí analizadas, se queda en la superficie de *mera lectura jurídico formal*. Por muy pintoresca que parezca la sentencia inglesa del juez Browne-Wilkinson, entra en la fundamentación de los principios del Derecho español e inglés. Pero la Audiencia de Granada no se justifica, ni siquiera en los comentarios doctrinales a la Reforma del art. 12.6 C.c. Y, lo que es más grave, viene a consolidar los criterios de orientación de la DGRN en la práctica de la actividad notarial.

310

La práctica notarial, conforme se reconoce en la encuesta reseñada más arriba por el notario SÁINZ, tenía en cuenta directamente el Derecho material inglés, sin plantearse el reenvío, tanto en la fase previa a la Reforma del Título Preliminar del Código civil, como con posterioridad. Ahora se cuestiona seriamente su proceder, incluso hasta el extremo de desistir o de incluir cláusulas y advertencias que puedan eludir su posible responsabilidad en la legalización de los testamentos. Esta sentencia, que coincide en el lugar y en la orientación con las opiniones vertidas en el Boletín del Colegio Notarial de Granada, antes comentadas, corre el peligro de que se valore en la práctica notarial como la expresión acabada del criterio jurisprudencial español. De

(126) *Id.*, p. 8653. Referencia al comentario de Mercedes Moya Escudero en nota 143.

aquí que sea necesario hacer una valoración global de nuestra jurisprudencia antes de emprender el estudio de nuestra doctrina.

La primera conclusión, avanzada por la doctrina e incluso objeto de reflexión en más de una sentencia en sus considerandos justificativos, es la carencia de jurisprudencia en un sentido estricto sobre el reenvío. Esta conclusión es válida, no sólo respecto a la fase anterior a la formulación actual del art. 12.2.º C.c., sino que persiste en la actualidad. Pero, además, esta aseveración queda confirmada y complementada por los siguientes considerandos respecto a la valoración de las sentencias existentes:

—No hay suficiente nivel de jurisprudencia, al tratarse de sentencias comprendidas en la denominada “jurisprudencia menor” que no pueden representar, de ningún modo, el valor de precedente del criterio continuado del Tribunal Supremo.

—Los Autos, Sentencias de Audiencias y Tribunales Superiores y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no responden de forma unánime a una visión unificada, pues, aunque escasa, es también contradictoria, ni conforman un bloque común con la doctrina española al respecto.

311

En segundo lugar, no responden a las transformaciones actuales del Derecho vigente, ni a la doctrina. La sentencia comentada en último lugar es un ejemplo bien sintomático de esta reflexión. Basta una doble referencia abstracta “a la doctrina del Derecho internacional privado” respecto a la existencia de una institución denominada reenvío y una reseña formal al último párrafo del artículo 12.2.º C.c., para resolver el caso. Parece como si la mera lectura de un artículo de divulgación y la existencia de un texto legal, diera la plena seguridad de un tema ya resuelto.

Y esto, abstracción hecha de la abundante crítica doctrinal a la misma formulación de la Reforma del Título Preliminar, al desarrollo y cambio de orientación legislativa en el Derecho material vigente, a incidencias, incluso, en la materia del reenvío y al efecto automático del Derecho conven-

cional internacional. Recordemos, de nuevo, las reflexiones de la sentencia paralela del juez Browne-Wilkinson arriba comentada, que entra en el análisis crítico del art. 12.2.º C.c., en consonancia con la doctrina española y los criterios del Derecho español que inspiran los principios generales del Derecho de sucesión.

De estas conclusiones ha de inferirse que la práctica demanda un análisis actualizado del reenvío, que parta de la comprensión global del Derecho vigente, en parangón con la evolución del Derecho convencional internacional y las nuevas connotaciones doctrinales. No se trata de una mera descripción de la doctrina española, sino de romper su tradicional aislamiento de nuestra realidad sociológica en una clásica evocación comparatista o utópica y abordar con todo su rico bagaje la perspectiva concreta de la práctica española. Difícil cuestión, de todas maneras, pues no basta con la exposición doctrinal, por muy crítica y específica que sea, para llegar, favorablemente, al oído de nuestros jueces y tener éxito en convencerles de un cambio en su cómodo y rutinario camino.

312

Esta última reflexión nos conduce a un tema ajeno, pero atractivo: La conveniencia o no de crear una jurisdicción especializada en materia de aplicación del Derecho internacional privado en los supuestos de existencia relevantes del tráfico jurídico externo.

2. La doctrina española.

Afirmar que no hay sintonía entre la práctica jurisprudencial y la teoría es una evidencia. Lo difícil es saber si los jueces no se plantearon el reenvío porque no encontraban comprensión y soluciones en los teóricos o éstos, según indicamos al analizar la jurisprudencia, se quedaron en las elucubraciones teóricas de la doctrina comparada porque los jueces no se planteaban cuestiones conflictivas que dieran base a la crítica doctrinal. Lo cierto es, conforme hemos

comprobado más arriba, que el Derecho internacional privado español en la materia se desenvuelve antes en la teoría que en la crítica al Derecho inexistente y a la práctica jurisprudencial. Estos factores iniciales van a repercutir en la evolución posterior de los diferentes ámbitos de desarrollo:

2.1. *La doctrina anterior a la Reforma del Título Preliminar del Código civil.*

Basta referirnos a las citas doctrinales que hemos señalado en la fase de evolución histórica conceptual o al Derecho convencional internacional o al análisis del Derecho comparado, para comprobar la preocupación de nuestra doctrina volcada hacia la bondad de unas u otras de las soluciones teóricas en boga en el campo internacional de las doctrinas europeas. Reflexión que hemos vuelto a destacar en el comentario a la primera fase de nuestra jurisprudencia.

313

Por tanto, no merece la pena traer a colación los diferentes posicionamientos de nuestros autores clásicos transcritos en sus respectivos manuales.

Un botón de muestra son los dos proyectos previos a la reforma legislativa, debidos a los profesores YANGUAS MESSÍAS Y TRÍAS DE BES, respectivamente, que fueron superados por el desarrollo doctrinal y legislativo comparado sin lograr su formulación legislativa. El mismo YANGUAS MESSÍAS señalaba, con eufemismo, la falta de interés del legislador:

“La Comisión General de Codificación redactó en 1944 una propuesta de reforma de las normas de conflicto, de la que fue ponente el autor de este libro; y en 1962 otro proyecto que abarcaba en su totalidad el Título Preliminar del Código civil, en el que, de la parte relativa al conflicto de leyes, fue ponente el profesor TRÍAS DE BES. El Gobierno remitió a las Cortes en 1966 un Proyecto de Ley de Bases para la reforma del citado Título, que hasta ahora no ha sido objeto de deliberación” (127).

(127) YANGUAS MESSÍAS, J. DE: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 203, 204. La reforma se redactará conforme a la Ley 3/1973, de 17 de marzo y Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. Los subrayados son nuestros.

Para mayor evidencia, hagamos una sucinta referencia a dos manuales de la época inmediatamente anterior a la reforma de 1973:

MIAJA DE LA MUELA, que siempre se ha interesado por el problema del reenvío, lo analiza en la 6.^a edición de su manual de 1972, desde la página 281 hasta la página 300, donde se describe desde la historia hasta “la nueva problemática del reenvío” y no aparece ningún comentario crítico sobre la jurisprudencia española.

YANGUAS MESSÍAS dedica todo el capítulo XV (pp. 269 a 294) y buenas referencias a la jurisprudencia y legislación española, que destacamos:

“El Tribunal supremo no ha tenido ocasión de fijar posición respecto al reenvío”.

314 La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 30 de junio de 1965 aplicó el reenvío de retorno, *sin razonar los motivos* (...). Se redujo a declarar: “que la norma de conflicto argentina aplica la ley del domicilio y el domicilio radicaba en España” (128).

“Nuestro Código Civil nada dice a este respecto. El Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1944 (...) rechazaba el reenvío, el Anteproyecto de la misma Comisión de 1962, admite el de primer grado” (129).

2.2. *El análisis posterior a la Reforma.*

La incógnita parecía plantearse ahora con la reforma del Título Preliminar del Código civil y la formulación del texto ambivalente del artículo 12.2.º

La reacción doctrinal, sin embargo, no ha sido tan contundente como se hubiera debido esperar. Se puede hablar

(128) *Id.*, p. 274.

(129) *Id.*, p. 276.

de una primera reacción epistemológica en la que todos nos hemos escandalizado un tanto, desde una perspectiva lógico doctrinal.

El concepto de “reenvío” presupone la remisión al Ordenamiento jurídico extranjero en su plenitud, comprensivo de sus normas de conflicto. Por tanto, si en la mayor se precisa “que se entenderá hecha a su ley material”, en buena lógica queda descartada la posibilidad del reenvío (130). Sin embargo, ningún autor se ha fijado en un dato doblemente comparativo: La misma redacción, que podríamos tachar de descuidada e improvisada de aquellas Cortes españolas, es recogida, a veces textualmente, por las más modernas legislaciones, según indicamos al esquematizar el Derecho comparado y, segunda connotación, se trata de legislaciones sintomáticas del mundo actual del subdesarrollo.

Una segunda aproximación entra en el contenido, pero mayormente para criticar la solución chauvinista del reenvío de retorno, echando de menos los objetivos superiores de la armonía internacional. Es un enfoque bastante extendido y expuesto con hincapié primordial por CARRILLO SALCEDO (131). MIAJA DE LA MUELA, para quien el legislador ha optado por *el modelo menos afortunado* y que hubiese preferido la negación a la italiana, también considera la solución favorable a la armonía intersistemática del reenvío de segundo grado (132).

Esta crítica doctrinal queda hoy resuelta por los artículos 98 y 162 de la Ley 19/85, de 16 de julio, que admite las dos modalidades de reenvío.

(130) Argumento esgrimido, como petición de principio, por Pérez Montero, en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Comentarios a la Reforma del CC*, op. cit., p. 147-149; en MARÍN LÓPEZ: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 235.

(131) CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., 3.ª ed., 1983, pp. 211 y ss.; *Id.*, en *Comentarios a la Reforma del Código Civil*, V., I, Madrid, 1977, pp. 660 y ss.

(132) MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacinal Privado*, op. cit. Madrid, 1977, p. 365.

Finalmente, se puede hablar de una tercera generación, ya iniciada en los autores reseñados, pero que alcanza mayor incidencia en los planteamientos actuales, en los que aparecen nuevos criterios de solución provenientes tanto de la obligada aplicación del Derecho convencional internacional, cuanto del análisis finalista de los principios de nuestra legislación sustantiva. Es con base en estos nuevos planteamientos de limitación de materias donde predomina la autonomía de la voluntad (desde los contratos a la sucesión testamentaria), de flexibilización de las soluciones concretas con participación decisoria del arbitrio judicial, del principio de proximidad con la aplicación de la ley de la vinculación predominante, etc..., como habremos de abordar las perspectivas actuales.

3. Perspectivas de actualización.

316

Hasta aquí hemos visto e insistido repetidas veces, la comprobación de que el Derecho vigente español y la jurisprudencia no están al nivel del Derecho y la doctrina jurisprudencial comparada, que han nacido atrasadas y no evolucionan en el sentido de la actualización comparada progresiva. La doctrina, por su parte, atemperada a los avances teóricos y criterios nuevos de solución, no desciende, por lo general, a la crítica específica de nuestro Derecho y jurisprudencia, e incluso, a veces, se queda en análisis abstractos referidos a criterios aislados como el de la armonía intersistemática que, en sí misma, sin conexión con las circunstancias específicas de la práctica, se convierte en obsoleta.

No obstante, nuestra doctrina actual acomete con mejor acierto el análisis específico del reenvío en la parte especial, en contacto con las concretas instituciones y éste es el camino que conviene poner de relieve por si llega alguna vez al conocimiento de quienes aplican en la práctica real el Derecho vigente, interno y convencional internacional. Esta puede ser nuestra primera consideración: Dejar las posturas generales

acerca del reenvío como una puerta abierta y enmarcarla dentro de límites específicos en las posibilidades de aplicación concreta. Y aquí se puede, incluso, llegar a establecer restricciones de orden objetivo y fundamentaciones teóricas.

3.1. *Exclusión de materias.*

Hay materias que han de quedar absolutamente excluidas de su aplicación:

— *Los Derechos reales* sobre cosas, donde la *lex rei sitae* es comúnmente aceptada, su carácter territorial hace impensable utilizar la técnica del reenvío. Ciertamente que se pueden plantear cuestiones de calificación sobre la naturaleza mueble o inmueble, también es aplicable el orden público respecto a formalidades de control y protección o, incluso, los conflictos móviles, pero nuestra institución es inconcebible en un sector tan importante.

— *El Derecho contractual.* Si en el anterior campo el principio de territorialidad produce una frontera objetiva que impide el juego de remisiones indirectas, aquí es el *principio de la autonomía de la voluntad*. En el Derecho convencional internacional actual (pensemos en el Convenio de Roma) y en la doctrina, es incuestionable el rechazo a la utilización del reenvío que falsea la voluntad expresa, e incluso tácita, inherente en el acuerdo contractual. El Convenio de Roma, vigente en el Derecho español, es concluyente en su artículo 15:

“Cuando el presente Convenio prescribe la aplicación de la ley de un país, comprende las reglas en vigor en este país, *con exclusión de las reglas de Derecho internacional privado*” (133).

(133) En este mismo sentido de contrarios al reenvío en materia contractual, Marín López destaca el Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales (art. 2), el Convenio de 15 de abril de 1958 (art. 3) y el art. 6 del Convenio sobre contratos de intermediarios de 1978, MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 225. El art. 10.5 C.c., a pesar de su carácter abstracto, determina la autonomía de la voluntad como la primordial fuente de determinación de la ley aplicable y, de resto, remisiones ciertas que no dan lugar a la intervención del reenvío.

El Convenio plantea una amplia posibilidad de remisiones expresas y tácitas, e incluso se da entrada a conexiones concretas, en defecto de elección, superando las limitadas presunciones del artículo 10.5 del Código civil, con un sistema de base flexible que introduce como solución general el principio de los vínculos más estrechos (134), pero, en cambio, no cabe escamotear la autonomía de la voluntad cambiando estos criterios y presunciones específicos y directos por una referencia normativista indirecta que produzca el reenvío. Una cosa es que la voluntad presunta por un proceso de objetivación se configure en la *voluntad-tipo* y otra cosa sería que las conexiones concretas dejaran paso a las referencias abstractas y valores abstractos que alejarían las situaciones reales de su vinculación más estrecha a la justicia del resultado.

318

— *Instituciones de protección*. Razones también de proximidad entre la situación planteada y la reglamentación aplicable fuerzan a excluir el reenvío de las técnicas de protección, tanto en materia de familia, como en otras actividades del tráfico jurídico externo. Las exigencias de ejercer una protección a la parte débil parece estar reñida con la compleja reflexión del estudio global de los Ordenamientos jurídicos conectados, base para determinar la posible aplicación del reenvío, aunque fuera en beneficio de la *lex fori*. De aquí que en Derecho convencional internacional, e incluso en el Derecho interno, se opta por la técnica de normas materiales de aplicación directa, normas imperativas e incluso remisión directa a la autoridad más próxima al supuesto de protección:

— *En materia de Derecho de familia* es ejemplificador el Convenio sobre ley aplicable a las *obligaciones alimenticias*, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973 y ratificado por España el 16 de mayo de 1986 (BOE n.º 222, de 16 de

(134) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y varios: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

septiembre del mismo año) (135) establece soluciones concretas para la regulación de los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias (art. 2), determinando como ley aplicable “la ley interna” en aplicación sucesiva, en cascada (arts. 4, 5, 6 y 8), condicionadas por el resultado. Se trata, por tanto, de lograr una solución que trascienda al juego intersistemático del reenvío que resulta, además, del carácter *erga omnes*, de aplicación universal del Convenio (art. 3).

— *Patria potestad y protección de menores*. En la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se establece con carácter predominante la ley personal del hijo y aparece el empleo de normas imperativas españolas en la protección de la infancia abandonada que se encuentra en territorio español, aunque sea de nacionalidad extranjera, pero nunca por utilización del reenvío, sino por medidas directas de protección (art. 9.6 C.c.).

El “Convenio sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores” hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, ratificado por España el 29 de abril de 1987 (BOE n.º 199 y 287 de 1987) (136) innova el procedimiento mediante la coordinación entre la ley interna del Estado del que es nacional el menor (art. 3) y la aplicación de las leyes internas de los Estados correspondientes a las autoridades judiciales y administrativas de los de la residencia o de donde posea sus bienes (arts. 1, 6 y 9). Es la nueva metodología de flexibilidad, eficacia y coordinación entre autoridades, bien alejadas de la técnica del reenvío. La incidencia en Derecho español de este Convenio, juntamente con el Viena de 1963 sobre relaciones consulares, ha sido puesta de relieve por GONZÁLEZ CAMPOS, que, extendiéndolo a la protección de los incapaces mayores, afirma que: “en concreto la competencia de la autori-

(135) ESPLUGUES MOTA, C.: *Código de Derecho internacional privado español*, op. cit., pp. 232 y ss.

(136) *Id.*, pp. 323 y ss.

dad tendrá su base en el domicilio o residencia habitual del incapacitado, en tanto que sobre *la determinación de la ley aplicable* nos encontramos en el ámbito de las *normas materiales imperativas* (137).

— *El Derecho de sucesiones*. La doctrina española se ha detenido en esta materia, respecto de la cual hemos observado que la jurisprudencia tampoco es concluyente.

El planteamiento que predomina parte de un criterio general de contraponer el reenvío al principio de la unidad de la sucesión que se desprende de la redacción del art. 9.8 C.c. MARÍN LÓPEZ lo expone de manera muy sintética:

“Pero el reenvío no puede actuar, por aplicación de nuestra norma de conflicto, cuando conduzca a la fragmentación de la sucesión, en el supuesto de que el causante deje bienes inmuebles en España y en el extranjero, por lo que debe aplicarse una sola ley y no aquéllas del lugar de situación de los inmuebles” (138).

320

CALVO CARAVACA construye una brillante fundamentación:

“Hay dos buenas razones para defender esta solución. Primera: ante la eventual colisión, más aparente que real, entre la norma que establece el estatuto sucesorio (art. 9.8 C.c.) y la que ordena el reenvío de retorno (art. 12.2 C.c.), *debe prevalecer la norma que, en concreto, regula esta materia* y no la segunda, que es de alcance general. Segunda: las normas de aplicación o de funcionamiento —y el art. 12.2 C.c. es una de ellas— no pueden ser entendidas aisladamente, sino que *deben ser interpretadas conjuntamente con las normas reguladoras* (y el art. 9.8 es una de ellas). Es decir, sirve para resolver los problemas de aplicación que éstas últimas suscitan, no para destruir los principios —como es el caso de la unidad y universalidad de la sucesión *mortis causa*— en ellos formulados” (139).

Más problemática nos parece la aplicación que pretende el mismo autor del anterior criterio cuando afirma:

(137) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y varios: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 129.

(138) MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 239.

(139) CALVO CARAVACA, A. L.: “Sucesión testamentaria”, en GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y varios: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, p. 544.

“(…) una solución acorde con el principio que inspira el art. 9.8 C.c. podría ser la siguiente: (...) excluir el reenvío de retorno del art. 12.2 C.c. cuando el causante fallezca domiciliado en el extranjero; acogiendo, en cambio, cuando tenga su domicilio en España” (140).

A nuestro entender, esta solución, que parece atemperarse a la realidad, desde una perspectiva hipotética de armonía intersistemática, se aleja en la práctica de las situaciones sociológicas. Por una parte, se restringe a los supuestos de que el causante sólo tenga bienes inmuebles en uno de los dos países, Inglaterra y España en el supuesto planteado, y como rectifica a renglón seguido, “si ante juez español se abre la sucesión de un nacional inglés, que posee bienes en España y *en un Estado distinto del de su nacionalidad* (...) cabe preguntarse cuál es la ley que debe aplicarse a la sucesión”: Frente a la solución dada en la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 22 de diciembre de 1988, afirma que (...) “*parece preferible* excluir el reenvío a la ley española respecto al inmueble sito en España y estar a la solución inicial. Esto es, *aplicar al conjunto de la sucesión la ley nacional del de cuius, cualesquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren*” (141).

321

Esta última solución, que coincide con nuestro planteamiento, aparece dubitativa (“parece preferible”) y excepcional (bien inmueble en un Estado distinto al de su nacionalidad). Para nosotros, en cambio, es el criterio general porque resuelve todos los supuestos conforme a los vínculos más estrechos de carácter material. Y con esta precisión advertimos el error de considerar como razón de “justificarse en atención a la más estrecha vinculación del causante en el Ordenamiento español”. Ya vimos, en el análisis de la práctica jurisprudencial, que la aplicación del Derecho material español en tales supuestos conduce, paradójicamente, a la protección de los intereses de los parientes que no siguieron

(140) *Id.*, p. 545.

(141) *Id.*, p. 546.

fuera de su país de origen al causahabiente y perjudica su última decisión de favorecer a quienes convivieron en la fase española de su vida.

Sintetizando nuestro planteamiento en el supuesto concreto de la apertura en España de la sucesión de un inglés, cabría destacar los siguientes puntos:

1. El juez español, al tener en cuenta el reenvío establecido en el art. 12.2 C.c. respecto a la norma de conflicto británica en materia de sucesiones inmobiliarias, que nos remite al Derecho español por razón de la situación de los bienes inmuebles sitos en España del causahabiente, deberá supeditar la aplicación del contenido material de nuestro Derecho interno a los principios rectores básicos que informan la reglamentación institucional inglesa. Sería un contrasentido por mor de la aplicación de la normativa conflictual británica llegar a unos resultados aberrantes al pensamiento fundamental de aquel legislador. En este sentido CALVO CARAVACA, apoyándose en la doctrina francesa del efecto reflejo del orden público, afirma que “el juez, cuando aplica Derecho extranjero a través del reenvío, aplica también el orden público de éste o de que, cuando se le solicita la ejecución de una sentencia extranjera que el juez que la dictó ha resuelto recurriendo a su orden público, lo tenga en cuenta” (142).

Si hemos indicado que el derecho conflictual extranjero aplicable habría de interpretarse de acuerdo con las pautas que establezca el Ordenamiento jurídico al que nos remite nuestra norma de conflicto, estos principios no pueden quedar reducidos a la glosa de los términos jurídico formales de su norma de conflicto, sino que ha de comprender la asimilación por aquel Ordenamiento jurídico de los resultados materiales y concretos a que se llega por la aplicación

(142) CALVO CARAVACA, A. L.: “La técnica normativa de la doctrina del interés nacional”, en *REDI*, vol. XXXI, n.º 1-3, 1978-79, p. 132.

del Derecho español interno. Es decir, a tener en cuenta sus principios rectores para “controlar” nuestro Derecho.

En materia de sucesiones el principio supremo de la *concepción anglosajona es la libertad absoluta del testador* que responde, además, a la misma idea de la familia y al predominio de la autonomía de la voluntad. ¡Poner cortapisas a la libérrima voluntad del testador es inconcebible con la mentalidad británica en la que está inmersa! Por tanto, no es aplicable el reenvío.

Cabría entender, en esta perspectiva, una diferencia de matiz entre la versión testamentaria y la abintestato, basada en inferir en ésta la voluntad tácita por el hecho del cambio de residencia, aunque nos parece ir muy lejos para suponer que el supuesto de residir en un lugar de sol y playa sea suficiente para deducir una modificación radical de su mentalidad, al morir con pasaporte de S. M. británica y, probablemente, con su originario domicilio en aquellas islas.

323

2. Otra directriz a tener en cuenta en el modelo de sucesión testamentaria es la aplicación analógica del Derecho convencional internacional. No cabe duda de que el modelo que alcanza primacía en las soluciones del Derecho convencional internacional y culmina en el Convenio de Roma de 1980 es la conjunción de *la autonomía de la voluntad* con la conexión objetiva con el país de *la vinculación más estrecha*.

Ciertamente que el Convenio de Roma no es aplicable a las sucesiones y ni siquiera el Convenio de La Haya de 1989 sobre materia de sucesiones vincula formalmente. Pero los postulados de autonomía de la voluntad y del derecho con vinculación estrecha con el supuesto real, que son la guía de su común orientación, sí que merecen una aplicación analógica. El testamento de un inglés en el Puerto de la Cruz, por ejemplo, está inspirado en la autonomía de la voluntad —es evidente— y en el contexto real de su medio ambiente, cuyas costumbres ancestrales sigue conservando en el nuevo hábitat.

3. Finalmente habría que sopesar el resultado concreto y los intereses en juego, en la medida que reclamen una equitativa protección. Y aquí se pone al descubierto la contradicción flagrante a que nos conduciría la vía jurídico formal de aplicar el reenvío sin más. Sin necesidad de aportar datos estadísticos, la conclusión de estos testamentos abona a favor de beneficiar en gran medida a las personas, incluso a los animales, que han colaborado estrechamente en la postrer fase de la vida del testador. Es el círculo de convivencia más íntimo y de relaciones sociales más próximas. Esta consideración es absolutamente independiente de los lazos formales de parentesco.

324

El corolario de esta situación es que la aplicación del Derecho material inglés llevaría a consolidar jurídicamente los estrechos lazos producidos por la convivencia efectiva en el medio social establecido en la residencia habitual en territorio español, mientras que la aplicación del Derecho de sucesiones español supondría romper con este cúmulo de intereses concretos, a favor de unos parientes de vinculación sanguínea pero alejados de la postrer vida y solidaridad humana del causahabiente. Es tan contundente esta conclusión que es la razón por la cual son escasas las reclamaciones sucesoriales de los parientes próximos domiciliados en el país de origen.

La conclusión de todas estas reflexiones no puede ser otra que *la exclusión del reenvío de la materia sucesoral*. En todo caso, considerar que el reenvío nunca podría ser la regla general, como aparece en la jurisprudencia citada, sino un mero instrumento técnico de aplicación excepcional cuando haya motivos específicos de justicia concreta en el resultado que lo aconsejen. En este sentido es como parece explicar o justificar la sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 22 de diciembre de 1988 MOYA ESCUDERO (“para evitar la complejidad...”). E incluso esta supuesta aplicación excepcional del reenvío tiene, a nuestro entender, riesgos imprevisibles que conducen a buscar explicaciones a

posteriori que no aparecen expresadas en la documentación de la sentencia (143).

3.2. *Relativización en los sectores admitidos.*

Eliminado del Derecho de familia, las instituciones de protección y las sucesiones, queda un último reducto donde parece lógico la subsistencia del reenvío. Bien entendido que este mismo enunciado es significativo, en cuanto implica el reconocimiento de una transformación de funciones: El reenvío deja el papel de criterio general de aplicación obligatoria y se queda reducido a una excepción de aplicación subsidiaria, como fórmula técnica de instrumentalización facultativa cuando sea oportuno para la resolución de supuestos concretos.

GONZÁLEZ CAMPOS, al tratar de los problemas de aplicación de las normas de Derecho internacional privado sobre *la capacidad*, considera que “la discrepancia de los distintos sistemas en orden a la ley aplicable a la capacidad, ámbito tradicional del enfrentamiento entre la ley nacional y la ley del domicilio, genera frecuentes situaciones de reenvío”. En el sistema español —por ejemplo— por la acción del artículo 12.2 C.c. se considerará capaz al argentino mayor de 18 años domiciliado en España, pese a lo dispuesto en la ley material argentina al respecto.

325

(143) MOYA ESCUDERO, M.: “Reenvío a la ley española como ley del lugar de situación (Lowenthal c. Greenspan Lowenthal)”, en *REDI*, vol. XLII, n.º 2, 1990, pp. 634 a 637. En el campo central de su contenido, siguiendo a N. Bouza, defiende la exclusión del reenvío, pero al final trata de “explicar” el buen sentido del Tribunal por razones de simplificación práctica y: “A ello ha de añadirse que dicha solución le permite la interpretación del supuesto de acuerdo con los criterios y categorías del Ordenamiento jurídico del foro y que la calificación de desheredación sin causa es la que corresponde a los propios planteamientos de la autoridad que conoce de los hechos” (p. 637).

Estas “explicaciones” acaso podrían indicarse en cuanto a la subsiguiente operación de “adaptación del contenido del Derecho extranjero en su ejecución judicial” pero contradice todo lo dicho si se trae a colación para justificar la aplicación del reenvío.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que al lado de esta norma general, la reglamentación cambiaria introducida por la Ley 19/85, de 16 de julio, admite, al haber incorporado el Derecho uniforme ginebrino, el reenvío de segundo grado. En efecto, tras declarar en los artículos 98 y 162 que la capacidad de una persona para obligarse por los títulos valores se determina por su ley nacional, establecen que si “esta ley declara competente la ley de otro país, se aplicará esta última” (144).

326

En otra ocasión, refiriéndose a los derechos de la personalidad, en cuanto a los problemas generales de la aplicación de la ley personal, concretamente respecto al *derecho al nombre*, afirma que “las posiciones enfrentadas entre la ley nacional y la ley del domicilio, pueden dar origen a conflictos negativos de leyes y, consiguientemente, a *supuestos de reenvío*. Esto ocurrirá en el caso español cuando se trata de inscripción del nombre de un argentino, de un brasileño o de un suizo domiciliado en España. La solución vendría dada, lógicamente, por la aplicación de la ley española por aplicación del art. 12.2 C.c.” (145).

Esta redacción, que podría entenderse como un principio general ampliamente extendido, debe, sin embargo, atemperarse a unos límites cada vez más restringidos. Y así lo percibe el mismo autor: Unas veces por la *aplicación de normas materiales*, como es el caso de la declaración de fallecimiento (... de Lake Success 1950 (146)) o el Convenio de Atenas de 14 de septiembre de 1966 (147). En una perspectiva más amplia manifiesta que “*la dimensión conflictual* de los derechos de la personalidad está en la actualidad *reducida* por una característica sustancial en las relaciones privadas internacionales de nuestros días: la acción de la normativa internacional de los derechos humanos” (148).

(144) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 94-95.

(145) *Id.*, p. 74.

(146) *Id.*, p. 60.

(147) *Id.*, p. 62.

(148) *Id.*, p. 63.

4. Consideraciones finales.

El análisis que acabamos de realizar sobre el comportamiento de la doctrina y de la jurisprudencia española nos obliga a insistir en la necesidad de una aproximación real entre ambas. Es preciso que los jueces tengan a mano los criterios más actualizados de la doctrina de Derecho internacional privado en la materia, que haga posible, por nuestra parte, poner en práctica los planteamientos más del día del protagonismo judicial en la resolución práctica del Derecho internacional privado.

No es tarea fácil, nada fácil, porque lleva consigo un cambio de mentalidad. No se trata de dar fórmulas de interpretación legal: El artículo 12.2 C.c. “significa en Derecho internacional privado el reenvío y esto consiste en ...” (lo cual conduciría directamente a la generalización practicada ya en algunas sentencias comentadas). Tampoco vale decir: El artículo 9.8 C.c. tiene el carácter de norma especial que desplaza al artículo 12.2 C.c., que es general y de naturaleza instrumental o funcional, con lo que se justifica la solución práctica que venía utilizándose en la actividad notarial arriba indicada y se suprimía absolutamente el reenvío. Tampoco sirve cierta costumbre aplicada en nuestros comentarios que, después de escribir páginas sobre los aspectos teóricos del supuesto planteado y, a veces, con críticas inherentes, se termina “adivinando las intenciones subliminares del juez que ha buscado acertadamente la solución pragmática del Derecho material de la *lex fori*...”.

A nuestro entender *hay que implicar a los jueces*, que han sido nuestros alumnos en el último curso de la carrera, a estudiar cada caso en función de los supuestos reales y su vinculación más estrecha con uno u otro de los Ordenamientos jurídicos, con la atención a la autonomía de la voluntad en la colisión de los intereses de las partes, a que adopten una actitud positiva en la adaptación de nuestra normativa a las exigencias concretas.

Volviendo a los planteamientos doctrinales de nuestros días, indicados al principio, parece oportuno detenernos en un título, que traducido dice: *hacia una nueva definición de la función de juzgar: del silogismo a la ponderación de intereses* (149).

“En la concepción tradicional, el juez es aquél que realiza y transforma en acto las decisiones abstractas de la ley (...). El acto de juzgar adquiere, en esta representación, *una forma silogística* (...). La búsqueda de la norma legal acarrea la solución que es la que dicha prescripción impone; el valor de verdad legal de la decisión encuentra ahí su justificación” (150).

328 Frente a estos planteamientos tradicionales cabe observar de entrada que este silogismo no es expresión del proceso natural del razonamiento judicial: “El instinto del juez lo conduce a partir de los hechos para llegar después al Derecho; sólo el análisis minucioso de la situación de hecho le permite descubrir la regla de derecho competente. En otros términos, el orden silogístico de premisas hace pasar de la abstracción a lo concreto, de la regla general a la aplicación particular, mientras que el pensamiento del juez sigue más naturalmente el proceso inverso” (151).

La evolución actual de la función judicial se produce en dos planos: Por una parte en las relaciones existentes entre el juez y los textos generales y, por otra parte, en la nueva dimensión que le concede el poder de apreciación ampliamente discrecional.

En las ramas más tradicionales del Derecho, se encuentran “principios-marco” que el legislador deja a la jurisprudencia el cuidado de precisarlos, de modularlos en base a su grado y en función de las circunstancias. Conceptos como “orden público”, “buenas costumbres” que el juez ha de des-

(149) VAN COMPERNOLE, J.: “Vers une nouvelle définition de la fonction de juger?: Du silogisme á la pondération des intérêts”, en el Libro Homenaje a François Rigaux: *Nouveaux itinéraires en Droit*, Bruselas, 1993, pp. 495 y ss.

(150) *Id.*, p. 495.

(151) *Id.*, p. 496.

pejar inspirándose en consideraciones extrajurídicas vinculadas a los usos, costumbres y a factores sociales y económicos. Ello conduce al juez a realizar un equilibrio entre el espíritu y la letra del Derecho, entre las exigencias literarias y las implicaciones del objetivo perseguido por el legislador (152).

Un paso suplementario aparece con la intensificación del Derecho convencional internacional. El papel activo y creador del juez no se desarrolla únicamente por la existencia, en el orden jurídico interno, de nociones “standard” o textos genéricos. Otra categoría dada a la función de juzgar viene a reforzar el análisis: El principio de la primacía de las disposiciones directamente aplicables de un tratado internacional en relación al Derecho interno ya no se discute. Nosotros añadiríamos que también se produce en España y de manera especial en el Derecho comunitario. “Esto confiere al juez —a todo juez— un medio de censura incidental y negativa de la ley, incluso posterior al Tratado, que no observe su contenido” (153). La indeterminación de conceptos de estas normas permite al juez, al igual que se indica más arriba respecto al Derecho interno, *disponer de un amplio margen de apreciación y de interpretación*.

Por otra parte, indicábamos que actualmente alcanza relieve una nueva dimensión, la de intervenir en materia de protección de la concurrencia económica que lleva inexorablemente al método de la *ponderación de los intereses*, que se aleja de la función de pronunciar la extensión de un derecho subjetivo para concretarse en hacer balance de los intereses respectivos de las partes en presencia a la luz del interés general (154).

Es asimismo interesante comprobar en un plano paralelo la apreciación en la doctrina actual más avanzada del papel ejercido por el principio de la autonomía de la voluntad en las sucesiones, que conduce, también, a concretar los intere-

(152) *Id.*, pp. 498-499.

(153) *Id.*, p. 500.

(154) *Id.*, pp. 504, 505, 506.

ses prevalentes, particularizando cada situación. VON OVERBECK, basándose en la aplicación analógica de una vieja disposición suiza en las relaciones intercatorales a los casos internacionales, considera la posibilidad de permitir a un extranjero domiciliado en Suiza, la opción de someter su sucesión a su ley nacional en lugar de la ley del domicilio objetivamente aplicable. *Esto permitiría escapar a las leyes suizas, muy restrictivas.*

La siguiente observación viene a propósito de los supuestos que nos hemos planteado:

“Paradójicamente, son sobre todo nacionales de países del *Common Law*, cuyo Derecho internacional privado se basa en el domicilio, quienes aprovechan esta posibilidad de recurrir a la ley nacional. En los años sesenta, una importante sucesión americana preocupó a los internacionalistas suizos (...) la mayoría de la doctrina suiza es de la opinión que la opción queda abierta a los americanos...” (155).

330

Se trata, en definitiva, de posibilitar la alternativa al testador de tener opción entre la aplicación de la ley de la nacionalidad o del domicilio (156). Pero enseguida hay que añadir que el testador no se plantea, en el momento de testar, un problema tan intrincado como el de comparar ambos Ordenamientos jurídicos y todavía menos analizar los correspondientes conflictos de leyes y, de ninguna manera le será posible en el momento de la muerte, por lo que debe entenderse que su expresión de la autonomía de la voluntad estará implícita en el contenido del testamento, es decir, que el resultado equivaldría a la aplicación del principio del Convenio de Roma de aplicación del Derecho que tenga los *vínculos más estrechos*, “teniendo en cuenta la conveniencia práctica de cada conexión”. “La valoración debe siempre

(155) VON OVERBECK, A. E.: “L’irrésistible extension de l’autonomie en Droit international privé”, en *Nouveaux itinéraires en Droit*, op. cit., p. 628.

(156) *Id.*, p. 630. Von Overbeck coincide con Batiffol en permitir esta opción.

Llevado este planteamiento a nuestro tema del reenvío queda reforzado por el planteamiento actual del Derecho suizo, que es, sin lugar a dudas, la solución más avanzada en la actualidad y de más depurada técnica jurídico-internacional.

partir del contexto que proporciona el propio contrato, su naturaleza y su finalidad” (157).

Ahora bien, para que este planteamiento pueda darse sin los posibles inconvenientes que pone de relieve ANDRÉS BUCHER en su análisis de la *professio iuris* del art. 90.2.º C.c. (158) del Derecho suizo se precisa una función judicial amplia y responsables criterios de ponderación. Y aquí está el principal escollo del Derecho internacional privado español. Es la pesada losa tradicional española de la deplorable función judicial en nuestro campo. Pero también es la hora nueva que puede despejar horizontes futuros. En reiteradas ocasiones hemos insistido en la necesidad de aplicar criterios de especialización en la actividad judicial española (159). Pero ahora podemos comprobar un dato muy favorable: que *se va imponiendo en la práctica en determinadas materias*. Es por esta vía y no por la recreación de la figura histórica del *juez conservador*, como se podrá avanzar en dar el efectivo protagonismo judicial en su función internacional que demanda la práctica de nuestro Derecho en la adecuada canalización del comercio internacional. Y, lo que es también valioso, que nuestra doctrina se haga eco de esta exigencia. Así FERNÁNDEZ ROZAS lo ha puesto de relieve:

331

“(…) la complejidad que por su propia naturaleza presentan las cuestiones de Derecho internacional privado *exige una cierta especialización de la judicatura*, que permita manejar con la soltura suficiente un conjunto de categorías y técnicas no siempre fáciles de articular” (160).

(157) GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 233.

(158) BUCHER, A.: “Rapporti patrimoniali fra coniugi? e successioni”, en *Quaderni giuridici italo-svizzeri: El nuovo Diritto internazionale Privato in Svizzera*, Ed. Giuffrè, Milán, 1990, pp. 125 a 137.

(159) El autor es director principal de un proyecto de investigación interdepartamental con el siguiente título: *El principio de la especialización en la aplicación judicial del Derecho positivo interno estatal, Derecho convencional internacional y Derecho comunitario*. La Laguna, 1989.

(160) FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 147. GUENGER, F. K.: “Trends in European Conflicts Law”, en *Cornell Law Review*, vol. 60, 1975, pp. 985 y ss.

Para finalizar hemos de volver al Derecho suizo, que nos ofrece la mejor guía de proyección normativa. TITO BALLARINO, en su análisis comparativo de las codificaciones recientes, afirma con contundencia que la solución preferible en materia de reenvío es la ley suiza que “en lugar de prever un reenvío general, instituye un *reenvío específico*, mediante disposiciones expresas de remisión al Derecho convencional” (161).

332 A diferencia de la visión amplia de la reforma del Derecho alemán (EGBGB, 1986; art. 4.1.º) y del Derecho austriaco (1978), la Ley de Derecho internacional privado suiza es bastante restrictiva, no sólo en cuanto que reduce expresamente los supuestos, sino también porque “el marco práctico del reenvío es tanto más restringido, cuanto que el Derecho internacional privado moderno permite un amplio campo a la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable” (162). En efecto, el artículo 14 comprende como principio *la exclusión del reenvío de primer y segundo grado*, admitiéndolo sólo respecto al nombre de las personas físicas (art. 37) y para la sucesión de un extranjero con último domicilio en el extranjero (art. 91.1.º). En estos casos sigue un método próximo al de la *Foreign-Court-Theory* inglesa (163) y en materia de estado civil (164).

Enlazamos, de esta manera, con las reiteradas afirmaciones indicadas al tratar de la situación actual en la doctrina y Derecho comparado, así como con nuestro planteamiento respecto a las exigencias prácticas de actualización del Derecho español. Son planos complementarios, los de limitación objetiva de sectores materiales y de flexibilización concreta

(161) BALLARINO, T.: “La codificationi recenti dil Diritto internazionale privato in Europa”, en Quaderni Giuridici (...) *Il nuovo Diritto*, op. cit., p. 430.

(162) KNOEPFLER, F. y SCHWEIZER, Ph.: *Précis de Droit international privé suisse*, Berna, 1990, pp. 141-142.

(163) VISCHER, F.: “La loi fédérale de Droit international privé. Introduction générale”, en CEDIDAC *Le nouveau Droit international privé suisse*, Lausanne, 1989, p. 20.

(164) *Id.*, p. 21.

en su resolución, que exigen un cambio de mentalidad en el enfoque general del tema y un esfuerzo muy especial en la valoración de los intereses en conflicto. Y, desde luego, hoy en día la solución no está en favorecer la *lex fori* con el reenvío de primer grado o de buscar una teórica armonización internacional con el de segundo grado, ambas formulaciones dogmáticas que se alejan de los problemas e intereses concretos. Desde la perspectiva española estas conclusiones pueden parecer aventuradas y de gran complejidad. Incluso en su fundamentación teórica puede entenderse por jueces y abogados que se trata de criterios novedosos sin experimentación planteados en el campo utópico de *lege ferenda*. Por el contrario, nuestro planteamiento corresponde a una larga lista de autores que desde la década de los cincuenta viene afirmando una visión realista del Derecho internacional privado, comprendido, no como un mero problema de elección entre sistemas de Derecho, sino entre normas materiales. El juez —advertía ya en 1953 CAVERS— “ha de resolver confrontando esas normas, comparando críticamente las soluciones que de ello resultan para la aplicación de la más adecuada” (165). Acaso, corregidas algunas de sus confusiones como la presunción de que la aplicación de la *lex fori* favorezca la solución concreta, cuando hemos comprobado que puede alejar el resultado más adecuado y efectivo.

(165) CAVERS: “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, *R. des C.*, 1970-III, T. 131, pp. 150 y ss.; CURIE: *Select Essays on the Conflict of Laws*, 1963; EHRENZWEIG: *Private International Law*, Leyden, 1967, pp. 25-69; FERRER CORREIA, A.: *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?*, Valladolid, 1978, p. 22; FRANCESCAKIS: *La théorie du renvoi en Droit International Privé*, Paris, 1958; PÉREZ VOITURIEZ, A.: *La información de la ley extranjera en Derecho internacional privado*, Ed. Tecnos, 1988, pp. 32, 33.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: "La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", *REDI*, vol. XLV, 1993, n.º 1.
- AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho internacional privado*, Vol. I, T. II. Parte segunda.
- ANCEL, B. y LEQUETTE, Y.: *Grands arrêts de la jurisprudence française de Droit international privé*, Sirey, 2.ª ed, París, 1992.
- AUDIT, B.: *Droit international privé*. París, 1991.
- BALLARINO, T.: "La codificazioni recenti dil Diritto internazionale privato in Europa", en *Quaderni Giuridici (...) Il nuovo Diritto Internazionale Privato in Svizzera*, Ed. Giuffri, Milán, 1990.
- BORRAS RODRÍGUEZ, A.: "Comentario al art. 9.8" y "Comentario al art. 12.2" en Ministerio de Justicia: *Comentarios del Código Civil*, Madrid, 1991
- BUCHER, A.: "Rapporti patrimoniali fra coniugi e successioni", en *Quaderni giuridici italo-svizzeri: "Il nuovo Diritto Internazionale Privato in Svizzera"*, Ed. Giuffri, Milán, 1990.
- 334 CALVO CARAVACA, A. L.: "La técnica normativa de la doctrina del interés nacional", en *REDI*, vol. XXXI, n.º 1-3, 1978-79.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *El contrato internacional (Fraccionamiento versus unidad)*, 1.ª ed., Madrid, 1992.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Comentarios a la Reforma del Código Civil*, V. I, Madrid, 1977.
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho internacional privado*. Ed. Tecnos, 1971.
- CAVERS: "Contemporary Conflicts Law in American Perspective", *R. des C.*, 1970-III, T. 131.
- CURIE: *Select Enssays on the Conflict of Laws*, 1963.
- CHEVALIER: *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en Droit international privé français*, 1967.
- DELAUME, G. R.: *Transnational contracts, aplicable law and settlement of disputes*, Nueva York, Oceana, 1979-1983.
- DERRUPE, J.: *Droit international privé*, 7.ª ed., Mementos Dalloz, París, 1982.
- DERRUPÉ, J.: *Droit international privé*, 7.ª ed., París, 1984.
- DERRUPÉ: "Plaidoyer pour le renvoi", en *Travaux du Comité français de Droit International Privé (1964-1966)*.
- DUBLER, C. E.: "Les clauses d'exception en Droit international privé", en *Etudes suises de Droit international privé*, V. 35, Ginebra, 1983.

- EHRENZWEIG: *Private International Law*, Leyden, 1967.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho internacional privado*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 1993.
- FERRER CORREIA, A.: *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?*, Valladolid, 1978.
- FOYER, J.: "Filiation", en *Répertoire Dalloz de Droit International*, n.º 80.
- FOYER, J.: "Réquiem pour le renvoi?", *Travaux du Comité français du Droit international privé 1980-81*.
- FRANCESSAKIS: *La théorie du renvoi et les conflits de systemes en Droit international privé*, Ed. Sisey, París, 1958.
- GESTOSO Y TUDELA: "La teoría de la Referencia en Derecho internacional privado", en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1947.
- GOLDSCHMIDT, W.: *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, T. I, 2.^a ed., Buenos Aires, 1952.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. D.: *Derecho Internacional Privado. Materiales de Prácticas*, 1983.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *Derecho internacional privado español, Textos y materiales*. Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ CAMPOS y OTROS: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Madrid, 1993.
- GRAULICH, P.: *Principes de Droit international privé. Conflit de lois, conflit de juridictions*, París, Dalloz, 1961.
- GRAVESON, R. H.: "Le renvoi dans le Droit anglais actuel", *Rev. Crit. DIPr*, 1986.
- GRAVESON, R. H.: "Le renvoi dans le droit anglais actuel", en *Revue Critique de Droit international privé*, 1968.
- GUENGER, F. K.: "Trends in European Conflicts Law", en *Cornell Law Review*, vol. 60, 1975.
- HERRERO y RUBIO, A.: *Derecho internacional privado*. T. I, Valladolid, 1964.
- HOLLEAUX, D.; FOYER, J.; GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G.: *Droit international privé*. París, 1987.
- IRIARTE ANGEL, J. L.: "Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones", en *Rev. General del Derecho*, n.º 537, Valencia, 1989, n.º 4.
- KNOEPFLER, F. y SCHWEIZER, Ph.: *Précis de Droit international privé suisse*, Berna, 1990.
- KREUZER, K.: "Berchtigungsklauseln in internationalen Privatrecht", en *Mélanges Zajtay*, 1982.

- LAGARDE: "Le depeçage dans le droit international privé des contrats", *Rev. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1975, n.º 649.
- LEWALD: "La theorie du renvoi", *R. des C.*, La Haya, 1929.
- MARÍN LÓPEZ, A.: "Jurisprudencia española de las Audiencias Territoriales en materia de Derecho internacional", *REDI*, vol. XX, n.º 2, 1967.
- MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho internacional privado español*, T. I, 6.ª ed., Granada, 1992.
- MAYER, P.: *Droit international privé*, 4.ª ed., París, 1991.
- MEZGER, PAAPE y STURN: *Internationales Privatrecht I*, 1977.
- MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado*, T. I, 6.ª ed. Madrid, 1972.
- MIAJA DE LA MUELA, A.: "Un caso de aplicación del reenvío de primer grado en España", en *REDI*, 1958, vol. XI, n.º 3.
- MOYA ESCUDERO, M.: "Reenvío a la ley española como ley del lugar de situación (Lowenthal c. Greenspan Lowenthal)", en *REDI*, vol. XLII, n.º 2, 1990.
- NIBOYET, J. P.: *Droit international privé*, París, 1928 (n.º 404).
- NIBOYET, J. P.: *Cours de Droit international privé français*, París, 1949.
- NIBOYET: "Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi", *Revue Critique de Droit international privé*, 1926, I.
- NIBOYET: "Filiation", en *Répertoire Lapradelle*.
- ORTIZ DE LA TORRE: *Derecho internacional privado*, T. II, 2.ª ed. Madrid, 1990.
- PÉREZ MONTERO: "La contribución del profesor Maridakis a la doctrina sobre el reenvío en Derecho Internacional Privado", en *Extracto del ERANION en honor a Maridakis*, VIII, Atenas, 1964.
- PÉREZ VOITURIEZ, A.: *La información de la ley extranjera en Derecho internacional privado*, Ed. Tecnos, 1988.
- PÉREZ VOITURIEZ, A.: *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el Derecho español*. Ed. Universidad de La Laguna, 1975.
- PHILONENKO: *La théorie du renvoi en Droit comparé*, París, 1939.
- PUENTE EGIDO, J.: *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*. Ed. Universitaria de Barcelona, 1981.
- RIGAUX, F.: *Derecho internacional privado. Parte general*, Madrid, 1985.
- SÁINZ LÓPEZ-NEGRETE, M.: "Problemas de reenvío en la sucesión de inmuebles de extranjeros en España", en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, Abril 1993, Sucesión de extranjeros: Legislación aplicable.

- SUAY MILIÓ, J.: “Una solución jurisprudencial inglesa: el doble reenvío”, en *REDI*, vol. IX, n.º 1-2.
- THOMAS, DE MAURICE E.: “El heredero inglés. El proceso sucesorio inglés y los problemas de las normas de conflicto de la ley inglesa”, en *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, noviembre 1993, Sucesiones de extranjeros: Proceso sucesorio inglés.
- TRÍAS DE BES, J.: “Règles Générales des conflits de lois”, en *R. des C.*, 1937-IV.
- VAN COMPERNOLE, J.: “Vers une nouvelle définition de la fonction de juger?: Du syllogisme á la pondération del intérêts”, en el Libro Homenaje a François Rigaux: *Nouveaux itinéraires en Droit*, Bruselas 1993.
- VISCHER, F.: “La loi fédérale de Droit international privé. Introduction générale”, en *CEDIDAC Le nouveau Droit international privé suisse*, Lausanne, 1989.
- VISCHER, F.: *Droit international privé*, Friburgo, 1974.
- VON OVERBECK, A. E.: “L' irrésistible extension de l'autonomie en Droit international privé”, en *Nouveaux itinéraires en Droit*, Bruselas, 1993.

A) Derecho Notarial

COLABORACION ENTRE NOTARIAS Y REGISTROS DE LA PROPIEDAD PARA LA SEGURIDAD DEL TRAFICO JURIDICO INMOBILIARIO (R.D. 2537/1994, de 29 de diciembre) (*)

341

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario

A mis padres. Por la vida y el ejemplo

SUMARIO: **A)** NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 175 DEL REGLAMENTO NOTARIAL. **B)** NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 249 DEL REGLAMENTO NOTARIAL. **C)** INTRODUCCIÓN EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 354 a). **D)** NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 418 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. **E)** ADICIÓN DE UN PÁRRAFO SEGUNDO AL ARTÍCULO 418 a), DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. **F)** NUEVA REDACCIÓN DEL APARTADO 1, DEL ARTÍCULO 418 c), DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. **G)** ADICIÓN DE UN INCISO AL ARTÍCULO 5 DEL ANE-

(*) Circular n.º 33, de 28 de abril de 1995, de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares.

XO TERCERO DEL REGLAMENTO NOTARIAL. **H)** ADICIÓN DE UN PÁRRAFO SEGUNDO AL ARTÍCULO 15 DEL ANEXO TERCERO DEL REGLAMENTO NOTARIAL. **I)** INTRODUCCIÓN DE UNA NORMA DE DERECHO TEMPORAL EN EL MODO DE LLEVAR EL LIBRO DIARIO. **J)** INTRODUCCIÓN DE UNA NORMA DE DERECHO TRANSITORIO RESPECTO DE LA REGLA QUINTA DEL ARTÍCULO 354 a), DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. ANEXOS.

342

Escribimos una vez (*vide* Circular n.º 30/1993 de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares) que una interpretación “cómoda” del entonces vigente art. 175 del Reglamento Notarial había permitido adormecer más de una conciencia notarial y pensar que con la consignación en la escritura de la advertencia de la conveniencia de haber consultado antes los libros del Registro todo quedaba solucionado y bendecido, y que si después se descubría que el transmitente no era tal o que la finca vendida estaba gravada, eran meros detalles que en nada tenían por qué afectar ni turbar a nuestro particular “Pepito Grillo”.

También, y en la misma Circular, continuábamos diciendo que, por el contrario, una interpretación “sensata” del propio 175, en conexión con el artículo 147 reformado del mismo Reglamento, desvelaba que los Notarios estábamos obligados a advertir sobre el estado de cargas, no para salvar nuestra responsabilidad, sino para cumplir con el sacrosanto deber de asesoramiento y de esta manera proporcionar al adquirente seguridad jurídica e informar al transmitente sobre las responsabilidades (civiles y/o penales) en que podía incurrir. Es por todo ello por lo que los Notarios teníamos, y seguimos teniendo, el deber de aconsejar la consulta al Registro y el deber de prestar nosotros este servicio.

En evitación de personales interpretaciones, el legislador —cumpliendo el mandato constitucional de garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 de nuestra Carta Magna)— dio nueva redacción al citado art. 175 del R.N. en el R.D. 1558/1992, de 18 de diciembre, imponiéndonos a los Notarios la obligación de haber obtenido información del Registro de la Propiedad sobre la descripción de la finca, su titular y las cargas, gravámenes o limitaciones vigentes antes de autorizar cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles. Real Decreto que fue publicado en el B.O.E. n.º 32, del 6 de febrero de 1993 y entró en vigor, según su Disposición final segunda, a los seis meses de su publicación, o sea, el 6 de agosto siguiente. Tres días después de esta entrada en vigor —en el B.O.E. n.º 189, correspondiente al 9 de agosto de 1993— se publicaba la Orden de 2 de agosto de dicho año, para conseguir una más adecuada aplicación del nuevo sistema. (*Vide* al respecto Circular 84/1993 de la citada Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares). En la Disposición adicional única de esta Orden se preveía que “Una comisión integrada por tres Notarios y tres Registradores de la Propiedad, designados respectivamente por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España y por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, evaluará la experiencia adquirida en el tiempo previsto en la disposición final de esta Orden (tres meses a contar desde su publicación en el B.O.E.), y elevará el correspondiente informe a la Dirección General de los Registros y del Notariado, pudiendo incorporar al mismo las sugerencias de reforma del sistema de colaboración entre Notarios y Registradores para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario que se consideren oportunas”.

El nuevo R.D. recoge —con una miaja de retraso, evidentemente— la provechosa experiencia obtenida desde la entrada en vigor del R.D. 1558/1992 y, como se destaca en su preámbulo, “cuyos resultados, evaluados por una Comi-

sión paritaria de ambas clases de los citados funcionarios (Notarios y Registradores) ... se han traducido en conclusiones precisas y meditadas que se han incorporado en gran medida al texto del presente Real Decreto”.

Esta experiencia y la completa introducción en la sociedad española de los procedimientos telemáticos y su progresivo perfeccionamiento, han hecho posible —seguimos leyendo en el preámbulo— que la colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad se pueda realizar en todo el territorio nacional y de forma más intensa que la presenta hasta ahora.

¿Cómo? Conjugando por una parte la necesidad de obtener con celeridad información del Registro de la Propiedad y la de incorporar al mismo con igual prontitud la actuación notarial, y por otra, la necesidad de conceder al Registrador el tiempo mínimo indispensable para que pueda obtener y ofrecer una información exacta y del máximo rigor del contenido de los asientos registrales. No son palabras nuestras, son del legislador y están expuestas en el repetido preámbulo.

Las reformas introducidas en el nuevo R.D. versan sobre los siguientes extremos:

A) Dar nueva redacción al art. 175 del Reglamento Notarial (art. 1.º).

B) Idem, eadem, ídem al art. 249 del propio Reglamento Notarial (art. 2.º).

C) Introducir en el Reglamento Hipotecario el art. 354 a) (art. 3).

D) Dar nueva redacción al art. 418 de este último Reglamento (art. 4.º).

E) Añadir un párrafo segundo al art. 418 a) de este mismo Reglamento Hipotecario (art. 5.º).

F) Dar nueva redacción al apartado 1 del art. 418 c), también del Reglamento Hipotecario (art. 6.º).

G) Añadir un inciso al art. 5 del anexo tercero del Reglamento Notarial (art. 7.º).

H) Añadir un párrafo segundo al art. 15 de este anexo tercero (art. 8).

I) Introducir una norma de Derecho temporal en el modo de llevar el Libro Diario (adicional única).

J) Introducir una norma de Derecho transitorio respecto de la regla quinta del art. 354 a), del Reglamento Hipotecario (transitoria única).

K) Dictar tres normas derogatorias (Disposiciones derogatorias primera, segunda y tercera).

L) Y dos Disposiciones finales (primera y segunda).

Aunque se nos pueda tachar de anárquico (equivalente a falta de sistemática o metodología, o lo que es lo mismo, a empezar la casa por el tejado) nos sentimos atraídos por iniciar el examen del R.D. por donde termina, y por ello exponemos:

— que el R.D. entró en vigor el 1.º de marzo de 1995 (Disp. final segunda),

— que el Ministro de Justicia e Interior ha quedado autorizado para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de lo previsto en el nuevo R.D., y la Dirección General de los Registros y del Notariado para establecer modelos normalizados de solicitud y expedición de telecopias sobre información registral (Disp. final primera). Esto de los modelos debe ser tarea *molto difficile* pues una norma equivalente habíala ya en el derogado R.D. 1558/1992 (Disp. final primera) y también en la Orden para su desarrollo de 2 de agosto de 1993 (arts. 1 y 2), y hasta ahora esos modelos normalizados han brillado por su ausencia,

— que han quedado derogadas las normas que se acaban de mentar: la Orden de 2 de agosto de 1993 (derogatoria tercera) y el R.D. 1558/1992 (derogatoria segunda),

— y que también ha quedado derogado el art. 418 e), del R.H. (derogatoria primera). Artículo 418 e), que había introducido el R.D. 1558/1992 y que no nos parece merezca el honor de ser derogado “nominatim”, toda vez que se ha dejado sin efecto el R.D. 1558/1992 y con él el propio 418 e),

del R.H. Opinión que estamos seguros no será aislada y que el propio legislador ha compartido en el apartado 5.º, inciso final, del preámbulo del nuevo R.D.

Dejamos de dar marcha atrás y comenzamos el examen de las novedades por donde suelen hacerlo las personas normales: por el principio.

A) Nueva redacción del artículo 175 del Reglamento Notarial

346

Según la redacción que le dio el R.D. 1558/1992 el art. 175 —en lo que de momento nos interesa— decía: “1. Antes de autorizar cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles, el Notario deberá haber obtenido, dentro de los cuatro días hábiles anteriores al otorgamiento, información del Registro de la Propiedad sobre la descripción de la finca, su titular y las cargas, gravámenes o limitaciones vigentes, incluidas las que afecten a las Viviendas de Protección Oficial... La nota simple informativa podrá solicitarse y obtenerse por medio de telefax”.

Esta redacción se modifica en el nuevo R.D., según el cual “El Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos, deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada, mediante un escrito con su sello, que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax.= El otorgamiento de la escritura deberá realizarse antes de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de la información registral”.

¿Qué diferencias cabe destacar? Además de la puramente gramatical —en cuanto que el sujeto (Notario) pasa a ocupar el primer lugar de la oración— las siguientes:

a) En vez de referirse a “cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles”, ahora se habla de

escrituras “de adquisición de bienes inmuebles o de constitución de un derecho real sobre ellos”. ¿Supone esta deferencia algún cambio de carácter sustantivo? Consideramos que no; es sólo un cambio de punto de mira. Escritura de transmisión es equivalente a escritura de adquisición. Toda escritura de transmisión conlleva para la otra parte una adquisición y a la inversa.

¿Es también equivalente “escritura de gravamen” a “escritura de constitución de un derecho real”? Parécenos, en principio, que la respuesta también debe ser afirmativa, en tanto en cuanto que al Registro de la Propiedad sólo pueden acceder los gravámenes que sean derechos reales (arts. 1 y 2 de la L.H.). Y hemos dicho en principio, puesto que, hilando más fino, la expresión “gravamen de bienes inmuebles” de la anterior redacción nos parece más amplia que la actual de “constitución de un derecho real”, toda vez que en la primera cabría considerar comprendidos, por ejemplo, los arrendamientos inscritos, si es que nos decidimos a considerarlos gravámenes, los cuales no parece puedan incluirse en la segunda, a menos que aceptemos, lo que parece excesivo, que el arrendamiento sea un derecho real. Por lo dicho, quizás hubiera sido conveniente continuar hablando de “gravamen de bienes inmuebles”, sobre todo después de la entrada en vigor de la nueva L.A.U. que tanto preconiza la inscripción de los arrendamientos.

b) En la anterior redacción se decía que antes de autorizar cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles “El Notario *deberá haber obtenido...* información del Registro de la Propiedad”. En la actual: “El Notario, antes de autorizar... *deberá solicitar* del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada”.

Evidentemente no es lo mismo “haber obtenido” que “haber solicitado”. Según la primitiva redacción el Notario debía tener en su poder la información antes de autorizar; de acuerdo con la vigente parece bastar que el Notario la haya solicitado.

¿Es esto así? Una lectura rápida y aislada de este apartado del nuevo art. 175, unido a la derogación de la Orden de desarrollo de 2 de agosto de 1993 —que en su art. 9 establecía que “en los casos en que por obstáculos materiales no pueda obtenerse la información registral... y, además, existan razones de urgencia o necesidades por parte del adquirente, la escritura podrá ser autorizada...”— pueden llevarnos a la conclusión de que el sistema hoy vigente es más permisivo que el anterior y que será suficiente que el Notario haya solicitado la información. Conclusión que, sin embargo, debemos rechazar: de una parte, el R.D. 2537/1994 ha sido dictado, según el propio preámbulo, para alcanzar una mayor seguridad jurídica; y de otra, según el párrafo 2.º de este número 1 del art. 175, “el otorgamiento de la escritura deberá realizarse dentro de los diez días naturales siguientes a la *recepción* por el Notario de la información registral”. Recepción que equivale a “haber obtenido”.

c) En la redacción de 1992 en este número 1 del art. 175 R.N. se precisaba que la información del Registro debía comprender “la descripción de la finca, su titular y las cargas, gravámenes o limitaciones vigentes, incluidas las que afecten a las Viviendas de Protección Oficial”. En la nueva redacción en este número 1 se eliminan los puntos sobre los que debe versar la información, extremo que se traslada al Reglamento Hipotecario, concretamente al nuevo art. 354 a), y que estudiaremos más adelante. Como técnica legislativa entendemos que es un acierto del legislador. Es al Registrador al que hay que imponer sobre qué debe informar; al Notario basta con obligarle a que solicite “información adecuada”.

d) “La nota simple informativa podrá solicitarse y obtenerse por medio de telefax”, según la redacción de 1992. De acuerdo con la vigente, el Notario solicitará la información “mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax”.

Tanto en una como en otra redacción el “fax” no se impone como único medio para solicitar la información. En

la anterior redacción “podrá solicitarse”; en la actual “podrá remitirse (la solicitud) por cualquier procedimiento, incluso telefax”.

Lo que sí se precisa ahora es el modo de solicitar. Durante la vigencia del R.D. 1558/1992, éste callaba y fue la Orden de desarrollo de 1993 la que, en su art. 2.º, establecía que “Los Notarios se ajustarán en sus solicitudes de información al modelo oficial que se aprobará por la Dirección General”; modelo que nunca vio la luz. El nuevo R.D. —no obstante reiterar en su ya examinada Disposición final primera la misma autorización que contenía la correspondiente del anterior R.D., a nuestra Dirección General para establecer los modelos normalizados— es un poco más explícito y establece que la solicitud se hará por el Notario “mediante un escrito con su sello”.

La reciente Circular 2/95, del 24 de febrero último, del Consejo General del Notariado lleva unida el Anexo 1 (que se incorporará al final de este trabajo) referido a la solicitud de información, que suscribimos plenamente. También estamos de acuerdo con esta Circular cuando mantiene que “La remisión de la solicitud al Registro se podrá efectuar por telefax (que será lo más frecuente) o “por cualquier otro medio”. Entre estos otros medios cabe, naturalmente, la entrega directa en el Registro, sea por el Notario o a través de alguno de sus empleados, así como la remisión de la solicitud por correo u otro medio de envío de documentos”.

Dos preguntas debemos formularnos en orden a este número 1: ¿Quién debe solicitar la información? Y, ¿puede el Notario en los supuestos no exceptuados del número 2 del propio art. 175 R.N. autorizar escrituras de adquisición de inmuebles o de constitución de derechos reales sobre los mismos sin haber solicitado la información registral? Examinemos ambas cuestiones por separado.

¿Quién debe solicitar la información? En la Circular 30/1993, citada al principio de este estudio, escribíamos: “¿Quiérese decir que la obtención de la información sólo

será “fetén” si la ha pedido el Notario personalmente o a través de sus empleados o colaboradores (léase, gestores administrativos), como máximo, y que no podremos utilizar la nota registral que nos facilite el vendedor o el comprador?” La redacción no es clara y no parece que haya razón para rechazar la nota registral que se nos presente siempre que su fecha no sea anterior a los cuatro días hábiles previos. No nos convence que se nos contraargumente que el nuevo artículo sólo se refiere al Notario (“el Notario deberá haber obtenido”, “esta información podrá obtenerla el Notario”). No se olvide que estamos en sede de Reglamento Notarial cuyo destinatario somos los Notarios, por definición. La interpretación de que sólo será buena la información obtenida personalmente por el Notario, nos llevaría al absurdo de condenarnos a pasarnos el día en el Registro o transmitiendo por “fax”. En cualquier caso, dado que la expedición de la nota no provoca el cierre registral, el fraude no se va a evitar. Si sólo es válida la solicitada por Notario, puede haber más de uno que la haya pedido. Si es apta la obtenida por cualquiera de los otorgantes, éstos podrán presentar tantas cuantas hayan pedido en las Notarías que tengan a bien. Repetimos, el fraude no se evitará, aunque sí se reducirá el tiempo para cometerlo.

¿Podemos mantener tras la entrada en vigor del R.D. 2537/1994 lo que se acaba de reproducir? Creemos que no. Con el anterior sistema el Notario antes de autorizar debía “haber obtenido”, o lo que es lo mismo, el Notario debía tener ante sí una nota simple registral que podría haber obtenido “per se” o se la podía haber entregado por otro antes de la autorización. De acuerdo con la nueva redacción el Notario debe haber solicitado la información. Añádase a ello que toda la reforma está inspirada en la idea de información solicitada por telefax, o sea, comunicación directa Notaría-Registro; que la solicitud debe llevar el sello del Notario y que el Registrador debe despachar y enviar, también por telefax, al Notario la información (art. 354 a) R.H.)

y no sólo la información inicial sino también la continuada avisándole de cualquier asiento que, con posterioridad, se haya practicado en el Diario y pueda afectar o modificar la información previa, así como de cualquier solicitud procedente de otro Notario (art. 354 a), regla 5.^a, R.H.). Si, además, todo lo que se acaba de exponer se aplica igualmente cuando el Notario no emplee telefax para obtener la información (regla 8.^a del propio art. 354 a) R.H.), parece más claro que el legislador estima que es el Notario quien, personalmente o a través de sus empleados, debe solicitar la información registral. La Circular de la Junta de Decanos confirma esta interpretación que viene, además, ratificada por el hecho indiscutible de habérsenos confiado, juntamente con los Registradores, la fundamental misión de velar por la seguridad jurídica.

La segunda pregunta que nos hacíamos es si podemos los Notarios, en los supuestos no exceptuados, autorizar escrituras de adquisición de inmuebles o de constitución de derechos reales sobre los mismos sin haber solicitado la pertinente información registral. La respuesta, en buena técnica jurídica, no puede ser más que una: podemos, pero no debemos.

¿Por qué podemos? Por aplicación del principio de jerarquía normativa (art. 8.3 de nuestra Constitución y art. 1.2 del C.c.). Son normas sustantivas de rango superior las que regulan los modos de adquisición de inmuebles y de constitución de derechos reales sobre los mismos y estas normas no pueden quedar derogadas por un Reglamento aprobado por R.D. En materia de compraventa no mercantil, por ejemplo, es el Código civil el que regula sus requisitos y en modo alguno puede el Reglamento Notarial añadir al consentimiento y precio el que el Notario haya solicitado y obtenido la correspondiente información registral.

¿Por qué no debemos? Por ser las normas del nuevo art. 175 R.N. de carácter imperativo (“el Notario... deberá solicitar”, “el otorgamiento de la escritura deberá realizarse...”) y su incumplimiento originará la subsiguiente responsabilidad

civil y/o penal, caso de probarse el dolo o culpa y, en todo caso, la responsabilidad disciplinaria correspondiente.

En este mismo sentido la citada Circular de la Junta de Decanos deja bien claro que todos los Notarios debemos utilizar en el más alto grado posible los medios de información previa al otorgamiento y de presentación por telefax, que las Juntas Directivas de los Colegios deben prestar especial atención a la vigilancia del cumplimiento de la norma —a cuyos efectos nos impone la obligación de remitir, junto con el índice mensual y con igual periodicidad, el impreso del Anexo 3 (que se incorpora al final de este trabajo), debidamente cumplimentado—; y que las instrucciones dictadas lo son a los efectos de unificación de la práctica notarial y colaboración con la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 344, A, 4, R.N.), cuyo incumplimiento, por tanto, ocasionará falta susceptible de corrección disciplinaria (arts. 348 y ss., R.N.).

352

e) Según el R.D. 1558/1992, el Notario antes de autorizar “deberá haber obtenido, dentro de los cuatro días hábiles anteriores al otorgamiento, información del registro...”. Los problemas que este plazo ha planteado en la práctica (escasa duración, no correspondencia entre la fecha de la nota simple informativa y la de remisión, etc.) han llevado al legislador —no cabe duda que recogiendo las recomendaciones de la Comisión paritaria Notarios-Registradores— a introducir las siguientes modificaciones:

- ampliación del plazo a diez días,
- supresión de toda referencia a días hábiles. Los diez días son naturales, y
- cambio del “días a quo”: desde la recepción por el Notario. Fecha fácilmente acreditable con la exhibición del “fax” correspondiente.

Como corolario de este cambio del “días a quo” se hace necesario modificar la redacción del apartado relativo a la información registral, haciéndose constar en él que la nota informativa ha sido recibida por “fax” el día tal. No hay

que aludir a la fecha de la nota, si es que los Registradores continúan consignándola, lo que no me parece necesario a la luz de la nueva regla 5.^a del art. 354 a) R.H. Respecto de la fecha de la nota véase nuestro comentario a la regla 6.^a de este mismo art. 354 a) en este mismo trabajo.

Las *excepciones* a la necesidad de solicitar información contenidas en el número 2 del propio art. 175 R.N. también han sufrido modificaciones. A saber:

1.^a Excepción a): Según la redacción derogada “cuando la escritura sólo contenga actos a título gratuito”. Según el R.D. vigente: “cuando se trate de actos de liberalidad”. En principio parece que estamos ante una mera modificación de estilo o expresión literaria. Recordemos que según el art. 618 C.c. “la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. En este sentido la Comisión de Información del Colegio Notarial de Bilbao en su Circular n.º 1/95 dice “Casos en que no es preciso solicitar la información.= Al igual que antes de la reforma, no es preciso solicitarla si se trata de actos de liberalidad...”.

Apurando, sin embargo, un poco más y pensando en que el legislador cuando modifica, modifica de verdad (al igual que antes, dicese, besaban las españolas), podríamos encontrar una zona de sombras en las particiones hereditarias. Parece claro que la partición es un acto a título gratuito, pero ¿es un acto de liberalidad? Entendemos que no y que, por tanto, en las particiones hereditarias será necesario que el Notario haya solicitado la información y respete el plazo de los diez días naturales siguientes a la recepción de la misma.

Quizás opinemos así influenciados por la idea que ya teníamos al comentar la anterior reforma en la repetida Circular 30/1993. Allí dijimos —y seguimos opinando lo mismo— que “parece lógico presumir que cuando se transmite una finca a título gratuito no exista “animus defraudandi”, pero

entendemos que para el adquirente sigue siendo importante y condicionante de su aceptación el conocimiento de la situación real del bien. Si vamos en pro de la seguridad jurídica perdida, la supresión de los actos a título gratuito no nos parece el camino más adecuado”.

2.^a Excepción b): “Cuando el transmitente del bien o constituyente del derecho sea una entidad de derecho público, cualesquiera que fueran su ámbito y naturaleza”. Se corresponde con la excepción c) de la anterior redacción (“Cuando el disponente sea el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad Local y, en general, cualquier Entidad de Derecho Público”). Dado que el Estado, las CC.AA. y las Entidades Locales lo son de Derecho Público cabe considerar más acertada la nueva formulación que la anterior, por suprimir enumeraciones innecesarias. En su día (Circular 30/1993) opinamos que no se nos alcanzaba el porqué de esta excepción, que no aparecía en el texto del primigenio proyecto, y que esta presunción de inocencia era también predicable respecto de “todos” ex art. 24.2 de nuestra Carta Magna, y aun cuando el principio de igualdad contenido en su art. 14 parece sólo referido a las personas físicas estimamos, puede que equivocadamente —y seguimos haciéndolo— que esta excepción es discriminatoria *lato sensu*.

354

3.^a Excepción c): Equivalente a la anterior letra b). En la anterior redacción se decía “Cuando el adquirente declare su voluntad de prescindir de la información registral por su conocimiento de la situación jurídica del inmueble. Esta manifestación se hará constar expresamente en la exposición de la escritura”. En la repetida Circular 30/1993 calificamos esta excepción como peligrosa por poderse convertir en cláusula de estilo que redujera a cenizas la finalidad perseguida por la reforma.

El vigente R.D. 2537/1994 ha modificado la redacción de esta excepción al establecer: “Cuando el adquirente del bien o beneficiario del derecho se declare satisfecho por la información resultante del título, de las afirmaciones del trans-

mitente y por lo pactado entre ellos, siempre que, además, haga constar la urgencia de la formalización del acto en la escritura que autorice y todo ello sin perjuicio de que el Notario podrá denegar su actuación si no considera suficientemente justificada la urgencia alegada o si alberga dudas sobre la exactitud de la información que posee el adquirente”.

La renuncia a la información registral, que es lo que realmente implica esta excepción, se ha perfilado con mayor rigor en la nueva redacción. En la primera bastaba que el adquirente declarara su voluntad de prescindir de la información por su conocimiento de la situación jurídica y así se hiciera constar en la exposición de la escritura. En esta segunda redacción se precisa:

1.º) Que el adquirente o beneficiario del derecho, se declare satisfecho por la información resultante del título, de las afirmaciones del transmitente (o constituyente, si de derechos reales se tratase, a pesar del olvido del legislador) y por lo pactado entre ellos. Estas tres circunstancias deben darse conjuntamente; no son alternativas toda vez que figuran unidas por la copulativa “y”.

2.º) Además, que el adquirente o beneficiario manifieste al Notario su urgencia en la formalización. El Notario hará constar esta urgencia pero no su causa. En este mismo sentido la Circular de la Junta de Decanos.

3.º) Y, además-además, que el Notario considere suficientemente justificada la urgencia alegada y no albergue dudas sobre la exactitud de la información que posea el adquirente. En todo caso —leemos en la repetida Circular de la Junta de Decanos— será la prudencia y buen criterio del Notario los que habrán de valorar las circunstancias de hecho a fin de autorizar la escritura o denegar su actuación.

Estamos asimismo conformes con la Junta de Decanos en que esta excepción “es de interpretación restrictiva y así debe ser aplicada. La renuncia a la información constituye una declaración causalizada del otorgante y susceptible de

valoración por el Notario, ante la cual éste debe informarle suficientemente sobre su valor y alcance (art. 147 R.N.). En todo caso, se evitará que la renuncia se configure como cláusula habitual en las escrituras que el Notario autorice, lo que puede constituir, de hecho, una contravención del art. 175.1 R.N., susceptible de ser sancionada disciplinariamente”.

356 Ha desaparecido en la nueva regulación, como ya hemos indicado anteriormente, la cuarta excepción a la regla general de necesidad de haber solicitado y obtenido la información registral previa y que había introducido —quizás excediéndose en su cometido— el art. 9 de la Orden de desarrollo de 2 de agosto de 1993. Nos referimos, claro está, a la imposibilidad de obtener dicha información por obstáculos materiales siempre que, además, existieran razones de urgencia o necesidades por parte del adquirente. Este supuesto —que dados los nuevos plazos concedidos puede ser no más que de laboratorio— deberá reconducirse a la últimamente examinada excepción c) y será la prudencia del Notario la que le lleve a la autorización o a su denegación. No parece aconsejable que sea el Notario el que manifieste que autoriza sin información por existencia de obstáculos materiales en su obtención, aunque si pudiera probar haber actuado con la diligencia propia y exigible a todo buen Notario, la no obtención de la información pudiera ser defendida como un caso de fuerza mayor (art. 1.105 C.c.).

La *solicitud de información* no aparecía regulada en el R.D. de 1992, y únicamente en su Disposición final primera se autorizaba a la Dirección General de los Registros y del Notariado para establecer modelos normalizados. La Orden de desarrollo tampoco fue mucho más allá, puesto que en sus arts. 1 y 2 se refería a que debían ajustarse a los modelos que apruebe dicha Dirección General. Quizás el único extremo desarrollado fue la admisión, en su citado art. 1.º,

de que la solicitud remitida por telefax pudiera comprender varias fincas, con lo cual se aceptaba el criterio expuesto por la Junta de Decanos en su preceptivo informe (*vide* citada Circular 84/1993).

El nuevo R.D. en su número 3 sí regula el contenido de la solicitud de información, sin perjuicio de la ya examinada autorización reiterada en favor de la Dirección General de los Registros y del Notariado para establecer modelos normalizados (Disposición final primera).

Según el número 3 del vigente art. 175 R.N. “La solicitud de información, que podrá referirse a una o varias fincas, contendrá, además del nombre del Notario, su domicilio y número de telefax, la descripción de la finca o fincas con sus datos registrales y situación conocida de cargas, o bien solamente reseña identificadora en la que se haga constar su naturaleza, término municipal de su situación, extensión y linderos, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número, si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y si fueren conocidos, los datos registrales de ellas y los del titular registral o al menos los del transmitente”.

357

Los requisitos, pues, de la solicitud de información —que podrá referirse a una o varias fincas— son:

1) *Respecto del Notario*: Nombre (y apellidos aunque no se diga), domicilio y número de telefax. No se olvide que, de acuerdo con el n.º 1 del propio art. 175, en el escrito debe figurar el sello del Notario. No es necesario que la suscriba el Notario y aun cuando ya conocemos opiniones en que se estima que no debiera ser así y se mantenga que es una omisión no querida y que debiera haberse impuesto la firma al igual que se hace en las comunicaciones para solicitar el asiento de presentación, particularmente no lo consideramos una equivocación ya que en modo alguno pueden equipararse los efectos de la solicitud de información con los de la comunicación a efectos de asiento de presentación.

2) *Respecto de la finca o fincas*: Su descripción, datos registrales y situación conocida de cargas. La descripción deberá ajustarse, cuanto más mejor, a las reglas establecidas en los arts. 9 L.H. y 51 de su Reglamento, y siempre que se conozcan los datos concretos no sólo facilitará la labor del Registrador, sino que le permitirá despachar la solicitud de acuerdo con la regla 3.^a del art. 354 a), del R.H. (haciendo constar la circunstancia de no existir diferencias al dorso o a continuación del documento de solicitud).

Si no fuera posible, por desconocimiento, ajustarse a lo expuesto, la solicitud deberá contener una reseña identificadora que hará referencia a su naturaleza, término municipal de situación, extensión y linderos. Si fuera rústica se añadirá el sitio o lugar en que se hallare y si su naturaleza fuese urbana la localidad, calle, plaza o barrio, número si lo tuviere y piso o local. Caso de ser conocidos se indicarán los datos registrales y los del titular registral o al menos los del transmitente.

358

El Anexo I de la Circular de la Junta de Decanos se ajusta a lo que prescribe este número 3 del art. 175 y, en tanto no se publique por nuestra Dirección General un modelo normalizado a él deberemos acomodar nuestras solicitudes.

Supone también novedad respecto de la regulación anterior lo prevenido en el n.º 4 del propio art. 175 R.N.: “La información podrá ser solicitada sin expresión de plazo o para un día determinado dentro de los quince naturales siguientes al de la petición”.

Cuando el Notario solicita la información sin expresión de plazo, el Registrador estará a lo prevenido en la regla 4.^a del nuevo art. 354 a), R.H. Es decir, que remitirá la información en el plazo más breve posible y siempre dentro de los tres días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud, salvo las excepciones que la propia regla contiene.

Si el Notario solicita la información para un día determinado, este día deberá ser encuadrable dentro de los quince naturales siguientes al de la petición. Y el Registrador ¿cuándo debe remitir la información? Pues cumpliendo lo

prevenido en la mentada regla 4.^a: en el plazo más breve posible y siempre dentro de los tres días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud, salvo las excepciones contenidas en dicha regla. Cumplirá, además, el Registrador lo dispuesto en la regla 6.^a del nuevo art. 354 a), R.H.: “si el Notario solicita expresamente la información para un día determinado, el Registrador la enviará el día señalado con referencias a lo que resulte del cierre del Diario al día inmediatamente anterior”. ¿Y si el Notario solicita la información de hoy para mañana? La interpretación conjunta de las normas expuestas nos lleva a la conclusión de que el Registrador debe enviar la información el día en que se le ha solicitado, o sea, al día siguiente. El plazo que tiene el Registrador es “el más breve posible”, no los tres días hábiles siguientes, y si la solicitud es para un día determinado la debe enviar “el día señalado con referencia a lo que resulte del cierre del Diario el día inmediatamente anterior”. No es una interpretación partidista, consideramos que es lo que dice el legislador y así lo exponemos. Legislador que, evidentemente, mantiene una postura de dureza frente al Registrador, pero si lo hace en aras de la seguridad jurídica, que es bien superior y constitucionalmente protegido. Personalmente estimo que ningún Notario pedirá por capricho la información de un día para otro y que sólo lo haremos en los casos imprescindibles. No se nos conteste que cabe salvar la urgencia acudiendo a la renuncia de la letra c) del n.º 2 del art. 175 R.N., pues ello supondría preconizar la muerte de la reforma y toda interpretación “ad absurdum” debe ser rechazada.

359

Y no queremos terminar el examen de este art. 175 R.N. sin dejar constancia de las siguientes observaciones:

— que en la anterior redacción se establecía que el Notario podía obtener información del Registro “por cualquiera de los medios de publicidad formal”; medios que son de todos conocidos: manifestación de los libros, certificaciones

y notas simples informativas (Títulos VIII de la Ley y del Reglamento Hipotecario). El nuevo 175 prescribe que el Notario “deberá solicitar del Registro de la Propiedad que corresponda la información adecuada, mediante un escrito con su sello que podrá remitirse por cualquier procedimiento, incluso telefax”. El legislador se inclina o muestra su preferencia porque la información registral se solicite por telefax y que el Registrador remita, por la misma vía, la correspondiente nota que “formalizará bajo su responsabilidad” (regla 2.^a art. 354 a), R.H.). Al examinar el precepto del R.H. que acabamos de citar volveremos sobre el tema. Ahora sólo queremos destacar que no se prohíbe la utilización de ninguno de los medios de publicidad formal y, por tanto, que el Notario podrá obtener la información que necesita por cualquiera de ellos. Repárese al efecto lo expuesto en la Circular 30/1993,

360 — que según la redacción anterior: el resultado de la información, el medio utilizado y su fecha se tenía que hacer saber a los otorgantes y se debía reflejar en la parte expositiva de la escritura, sin perjuicio de las manifestaciones del transmitente o constituyente sobre la titularidad y cargas, que se harán constar, en su caso, a continuación. En la nueva redacción esta exigencia ha desaparecido. No obstante, entendemos que nada ha cambiado. El buen hacer notarial, el buen asesoramiento, nos exige trasladar a las partes —especialmente al adquirente del bien o beneficiario del derecho— el resultado de la información, el medio utilizado y su fecha (fecha de recepción y de expedición, si figuran ambas); al igual que tenemos que seguir consignando las manifestaciones del transmitente o constituyente sobre la titularidad y cargas. Nadie niega la extraordinaria importancia de la función de publicidad del Registro, pero nadie puede tampoco negar que en nuestro Ordenamiento Jurídico la adquisición de la propiedad y de los demás derechos sobre los bienes se adquieren con arreglo al sistema del título y el modo (art. 609 C.c.), y que siendo en nuestro Derecho la

inscripción voluntaria y no constitutiva, salvo excepciones, es muy posible que el Registro no coincida con la realidad jurídica extrarregistral y que el adquirente o beneficiario se declare satisfecho con esta situación. No valen engaños, pero nadie engaña cuando dice la verdad aunque ésta no coincida con lo que el Registro refleja,

— que ha desaparecido, asimismo, el anterior n.º 3 del artículo de que se trata. El nuevo 175 ya no nos dice expresamente que cuando no haya necesidad de obtener la información registral o en los casos en que el inmueble no esté inmatriculado, o no se halle inscrito el título del disponente, las cargas y gravámenes se harán constar por las manifestaciones de la parte transmitente y por lo que aparezca en los títulos que se exhiben al Notario. La desaparición en el texto del artículo no implica su real desaparición. A los Notarios no nos queda otra alternativa. No hace falta insistir en lo que acabamos de exponer sobre el título y el modo. Es el transmitente o constituyente del derecho el que afirma que es titular y la situación en materia de cargas y gravámenes. El modo más simple de hacerlo es manifestarlo; mejor es que aporte título y mucho mejor es que el Notario haya podido obtener información del Registro. Será el adquirente o beneficiario del derecho el que se conforme o no con las manifestaciones del transmitente o constituyente. El Notario lo que debe hacer es asesorar, asesorar bien, y expresar con claridad en la escritura cómo se acredita la titularidad, cargas, gravámenes, etc.,

— y que también ha desaparecido el n.º 4 del repetido precepto. Ya no es necesario que los Notarios hagamos la advertencia expresa en la parte expositiva de la escritura de que prevalecerá sobre la información registral obtenida, o sobre las manifestaciones del transmitente o constituyente, la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada. Tampoco esta desaparición en el texto del artículo supone para nosotros que haya desaparecido la obligación de ase-

sorar a las partes sobre este extremo. Es más, debemos insistir en ello e informarles de que es posible solicitar por telefax asiento de presentación el mismo día y las consecuencias de ello. Y todavía más, debemos concienciarnos y acostumbrarnos a hacerlo *motu proprio*, por nuestra propia voluntad como dice el n.º 2 del nuevo art. 249 R.N. Si así lo hacemos contribuiremos generosamente a alcanzar la seguridad jurídica con la que todos soñamos; tarea que de siempre ha sido nuestra y cuyo cumplimiento tanto se nos facilita con la última reforma.

B) Nueva redacción del artículo 249 del Reglamento Notarial

362

El R.D. 1558/1992 había añadido dos nuevos párrafos —el cuarto y el quinto— al artículo de que se trata. En el primero de ellos el plazo máximo para expedición de copias que establece el párrafo primero (el de presentación a liquidación del impuesto) se reducía extraordinariamente respecto de las escrituras que contengan actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad a cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, salvo justa causa debidamente acreditada. En el segundo se introducía la gran novedad de permitir remitir, siempre que así lo solicitare el interesado y cuando estuviere en otra población el Registro competente, copia por telefax de la escritura en el mismo día del otorgamiento o en el siguiente hábil, a los efectos de la práctica de su asiento de presentación.

El R.D. 2537/1994 da nueva redacción al precepto, refundiendo su total contexto e introduciendo importantes novedades que examinaremos por separado.

1) *Plazo para la expedición de copias.* Se mantiene la regla general: en el plazo más breve posible, dando preferencia a las más urgentes, y, en todo caso, dentro del plazo en

que ha de ser presentada a liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y General sobre las Sucesiones y Donaciones (párrafo 1.º del n.º 1).

Por excepción, las copias autorizadas de cualquier escritura que contenga actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad, deben “quedar a disposición del adquirente, dentro de los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento” (párrafo 3.º del n.º 1). Se reitera la redacción que introdujo la reforma de 1992 y se da una vuelta más a la llave al suprimirse el inciso “salvo causa justificada debidamente acreditada”.

Una de las “ratio” de la reforma ha sido y continúa siendo el ganar prioridad. El medio para conseguirlo es imponernos a los Notarios la obligación de expedir las copias con la mayor rapidez para así conseguir incorporar cuanto antes al Registro nuestra actuación. En la tantas veces citada Circular 30/1993 escribimos que “es indudable que la reducción (del plazo para expedir copias) es importante y que en casos de exceso anormal de trabajo —que hoy día se pierden en el horizonte y no se vislumbra cuándo volverán— puedan plantearse algunos problemas, si bien somos de los convencidos —quizás por ser nuestra práctica habitual— que nadie se va a rasgar las vestiduras por ello. Con los medios mecánicos de que se dispone nos parece que el plazo impuesto es de fácil cumplimiento. Claro que otra cosa es que el Notario cumpla y el interesado o la persona a quien éste encargue la tramitación no lo haga”.

Hoy podemos reiterar lo dicho y añadir que la supresión de toda referencia a “causa justificada” no impedirá que su concurrencia pueda alegarse y ser apreciada evitando tanto la responsabilidad civil como la disciplinaria (art. 1.105 C.c. y arts. 8 y 9 del Código Penal, referidos a eximentes y atenuantes).

2) *Medios puestos a disposición del interesado.* Al igual que en la redacción originaria del Reglamento Notarial el

interesado podrá acudir al Delegado de la Junta o a esta misma para que, cuando no se hubiere puesto a su disposición la copia dentro del plazo en que debía haber sido presentada a liquidación de los correspondientes impuestos, se le señale al Notario un término prudencial para su entrega, lo que no le liberará de la correspondiente responsabilidad civil y de la disciplinaria (párrafo 2.º del art. 249).

Introduce, no obstante, el nuevo R.D. dos reformas al respecto:

1.ª) El término que puede conceder el Delegado de la Junta o esta misma sigue siendo prudencial, pero prudencial con un tope máximo: en ningún caso puede ser superior a diez días. Diez días que deberán contarse desde el siguiente a aquel en que el Notario tuviere conocimiento de la decisión del Delegado o de la Junta (por aplicación analógica del párrafo 2.º del art. 1.262 y del n.º 1 del art. 5, ambos del C.c.) y del que, por ser un cómputo civil, no se excluirán los días inhábiles (art. 5.2 C.c.).

364

2.ª) Desaparece la excepción que afectaba a las copias de particiones y que regulaba el originario párrafo 3.º del repetido art. 249.

Una pregunta nos queda por formular. Cuando se trate de escrituras que contengan actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad el plazo para la expedición es de cinco días hábiles siguientes al otorgamiento. En este supuesto y cuando el Notario no hubiere expedido la copia ¿podrá el interesado acudir al Delegado o a la Junta para que se señale un plazo no superior a diez días para expedir la copia? La estructuración del n.º 1 del art. 249 en tres apartados independientes separados por punto y aparte nos lleva inexcusablemente a entender que la posibilidad de acudir al Delegado o a la Junta sólo se configura para la regla general del apartado primero, y que tratándose de cualquier escritura inscribible en el Registro de la Propiedad, habrá que acudir en recurso de queja ante la Dirección General ex-art. 231 R.N., sin perjuicio de que la responsabilidad civil

y disciplinaria del Notario haya surgido desde el momento en que no haya expedido la copia en el especialísimo plazo de cinco días hábiles. No es una solución que nos satisfaga pero, repetimos, la estructuración del precepto nos obliga a esta interpretación toda vez que el apartado segundo sólo puede referirse al primero (“Transcurrido éste”; el plazo para liquidar el impuesto). ¿Será posible una aplicación analógica?...

3) *Asiento de presentación por telefax.* Frente a la reforma introducida por el R.D. 1558/1992 —que establecía que “el Notario, siempre que así lo solicite el interesado y cuando esté en otra población el Registro competente transmitirá a éste por telefax la copia autorizada de la escritura en el mismo día del otorgamiento o en el siguiente hábil”— la lectura del B.O.E. n.º 20, correspondiente al martes 24 de enero del año en curso, en donde se publicaba el R.D. 2537/1994, nos sumía en un mar de dudas ya que se nos imponía a los Notarios la inexcusable obligación de remitir “el mismo día del otorgamiento por telefax o por cualquier otro medio, al Registro de la Propiedad competente, comunicación, suscrita y sellada, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación”.

Mar de dudas, mar arbolada, que se salía de nuestros esquemas: si la inscripción en nuestro Derecho es voluntaria o facultativa ¿cómo se nos impone el asiento de presentación con carácter obligatorio? ¿Es posible que las excepciones contenidas en el nuevo art. 175 R.N. relativas a la obligación de pedir información registral previa, no se recojan en el 249 que afecta a “toda escritura susceptible de ser inscrita”? ¿Puede el Reglamento Notarial, aprobado por R.D., modificar a la L.H. vulnerando el principio de jerarquía normativa? ¿Cómo una novedad tan fundamental no es ni siquiera mencionada en el preámbulo del propio R.D.?

No podía ser y no fue. Por vía de rectificación de errores (B.O.E. n.º 45, del 22 de febrero siguiente) las aguas volvieron a su cauce y el revolucionario inciso inicial del n.º 2 quedó redactado del modo siguiente: “El Notario, por su propia voluntad o necesariamente cuando así lo solicite el interesado, remitirá el mismo día del otorgamiento, por telefax o por cualquier otro medio, al Registro de la Propiedad competente, comunicación suscrita y sellada, de haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita, que dará lugar al correspondiente asiento de presentación...”.

El que las aguas hayan vuelto a su cauce —y sin tener que hacer el esfuerzo interpretativo, magnífico por cierto, de MEZQUITA GARCÍA-GRANERO (*La Notaría*, diciembre 1994), para encajar las piezas del “puzzle”— no quiere decir que no haya novedades.

366 *¿Cuándo se ha de remitir comunicación al Registro?* Necesariamente cuando así lo solicite el interesado y voluntariamente cuando el Notario lo estime procedente. En la regulación anterior este segundo supuesto no se contemplaba y el Notario sólo tenía que remitir la comunicación cuando lo hubiere solicitado el interesado. La novedad nos parece plenamente acertada. Es el Notario el que conoce los entresijos de cada instrumento que autoriza y es él quien dentro de su función imparcial de asesoramiento debe decidir si conviene, aunque el interesado no lo pida, solicitar por telefax el asiento. “In dubio pro consumidor”. Esta posibilidad está en perfecta comunicación con la que nos confiere la letra c) del n.º 2 del examinado art. 175: aun cuando el adquirente o beneficiario se considere satisfecho sin información registral y alegue urgencia en el otorgamiento, podrá el Notario denegar su actuación si no se traga lo de la urgencia o alberga dudas. Si la voz de la experiencia —treinta y ocho años nos contemplan— sirve para algo, recomendaríamos un uso generoso de esta posibilidad. Más vale pecar por exceso que por defecto y todos conoce-

mos lo que dice la sabiduría popular: “piensa mal y acertarás”. El deseo del legislador va por ese camino: conjugar la celeridad de la información registral previa, con la prontitud en la comunicación al Registro de nuestra actuación.

¿Quién ha de remitir la comunicación? Según la letra del precepto el Notario. ¿Quiérese decir que el Notario personalmente? No nos parece que pueda mantenerse este criterio restrictivo. Lo que es indiscutible es que el responsable será el Notario, no se olvide que toda comunicación debe ir suscrita por él, pero ello no supondrá, en modo alguno, que sea el Notario el que deba en persona quedar condenado a verificar la labor material de comunicación, ni siquiera en el caso de telefax y menos cuando se utilice cualquier otro medio, ya sea entrega física en el Registro o remisión por correo. La suscripción de la comunicación por el Notario equivaldrá en estos supuestos a un apoderamiento tácito o implícito en favor del presentante.

367

¿En qué plazo? El mismo día del otorgamiento. Se ha reducido el plazo: antes, el mismo día o en el siguiente hábil; ahora, el mismo día. También hay que aplaudir este acortamiento del plazo. Cuanto antes mejor. Acabamos de referirnos a ello y no hace falta insistir más.

Podemos sí preguntarnos: y si se comunica por telefax al día siguiente o al otro, ¿deberá el Registrador extender el asiento de presentación? Pregunta similar se hace TERRASA JAUME en la Circular n.º 26/95 de este Ilustre Colegio, sin atreverse a dar respuesta. Para nosotros la interpretación literal de los preceptos reformados —muy especialmente el n.º 4 del art. 418 R.H. (“Las comunicaciones de haber autorizado escrituras públicas, enviadas por los Notarios por medio de telefax, según lo dispuesto en el art. 249 R.N...”)—nos debería llevar a una categórica respuesta negativa. Sin embargo, consideramos que el bien superior, constitucionalmente protegido, de la seguridad jurídica nos conduce a la

solución contraria, amparada en la *ratio* de la reforma y en que no es descabellado interpretar el recién reproducido n.º 4 del art. 418 R.H. en el sentido de que a lo que se refiere es a los requisitos formales de la comunicación, o sea: que los Registradores extenderán el asiento siempre y cuando la comunicación por fax del Notario reúna los datos que enumera el n.º 2 del art. 249 R.N. (fecha, número de protocolo, identidad de los otorgantes, etc., etc.) y esté suscrita y sellada por él, prescindiendo de si se remite el mismo día del otorgamiento o en fecha posterior. El que responderá por no remitir a tiempo será el Notario. Si el Registrador extiende el asiento no vemos por dónde pueda exigírsele responsabilidad; si no lo extiende... más discutible.

368

¿A qué hora? No hay ninguna limitación al respecto, pudiendo, por tanto, remitirse fuera del horario del Registro. Las comunicaciones recibidas en el Registro fuera de las horas de oficina se asentarán el día hábil siguiente, inmediatamente después de la apertura del Diario, simultáneamente con las que se presenten físicamente a la misma hora en la forma que prevé el art. 422 R.H. (nuevo n.º 4 del art. 418 R.H. que examinaremos más adelante).

¿A qué Registro? Al competente. Aquí nos encontramos con la novedad más destacable. En la redacción precedente sólo era posible la comunicación cuando el Registro estuviera en otra población. Ahora se ha rectificado esta postura, que fue unánimemente criticada por propios y extraños (*vide* Circular 30/1993), y la comunicación puede hacerse al Registro competente, incluso el de la población donde se haya autorizado la escritura.

¿Por qué medio? Por telefax o por cualquier otro medio. ¿A qué se puede referir el legislador cuando habla de “cualquier otro medio”? En la Circular de la Junta de Decanos se nos dice que “parece deducirse del Preámbulo del Real

Decreto que esta expresión hace referencia a otros procedimientos telemáticos, existentes o que pudieran desarrollarse en el futuro, que permitan también la conexión entre las Notarías y los Registros”.

Respuesta válida y de futuro, pero hoy día ¿qué es “cualquier otro medio”? Estamos de acuerdo con MEZQUITA GARCÍA-GRANERO en que los medios idóneos solamente pueden ser la presentación en mano y por correo ordinario. La citada Circular 1/1995 de la Comisión de Información del Colegio de Bilbao también considera como válida la presentación hecha por correo.

La presentación en mano o física sólo podrá realizarse durante el horario de apertura al público (art. 418,2 R.H.), extendiéndose el asiento por el orden de entrada en el Registro (art. 417 R.H.). La comunicación deberá ajustarse a las formalidades prescritas en el párrafo 2 del artículo 249 R.N., que estamos estudiando. La presentación física después del día del otorgamiento puede plantear las mismas dudas que antes expusimos respecto de la presentación extemporánea por fax y que damos por resuelta en el mismo sentido.

369

Menos aconsejable es la remisión por correo ya que inevitablemente la llegada de la comunicación al Registro se retrasará. De acuerdo con la nueva redacción del art. 418,3 R.H., el Registrador estará obligado a extender el asiento de presentación —antes sólo se le imponía esta obligación cuando se trataba de documentos remitidos por autoridades judiciales o administrativas—, considerará presentante al remitente (al Notario) y él lo practicará en el momento en que proceda a la apertura del correo recibido en el día. No es, pues, un medio aconsejable pero habrá casos extremos en que no pueda utilizarse otro y ya sabemos todos que a falta de pan...

¿En qué forma y con qué requisitos? Por comunicación, suscrita por el Notario y sellada con el de su Notaría.

En esta comunicación —relativa a haber autorizado escritura susceptible de ser inscrita— constarán “testimoniados en relación” los datos mínimos (“al menos”) que enumeran las letras a) a d) del precepto que repasamos. La expresión “testimoniados en relación” no nos parece técnicamente acertada, por cuanto todo testimonio en sentido estricto debe estar autorizado con el signo, firma y rúbrica del Notario (art. 196 R.N.) y para esta comunicación sólo se exige que esté “suscrita y sellada”. La supresión del inciso de que se trata no perjudicaría en nada (El Notario remitirá... comunicación, suscrita y sellada,... y en la que constarán, al menos, los siguientes datos...).

Los datos que han de constar son los siguientes:

a) Fecha de la escritura matriz y su número de protocolo. Es decir, su C.I.N. (Código de Identificación notarial).

370 b) La identidad de los otorgantes y el concepto en que intervienen. Tampoco nos parece muy acertado el legislador en este punto. El compareciente puede intervenir en nombre propio (compareciente otorgante) o en representación de otro (compareciente no otorgante). Al Registro, al Registrador, le interesa saber la identidad del otorgante parte en el negocio, no la del compareciente que interviene en representación de otro. Por ello, debería haber bastado exigir la identidad de los otorgantes, sin más; no nos parece que deba solicitarse la del otorgante simplemente compareciente y que, por tanto, interviene en nombre de un tercero. En este sentido el añadido párrafo quinto del R.N. según la redacción que le dio el R.D. 1588/1992, hoy derogado. Obsérvese también cómo el art. 249 L.H., al enumerar las circunstancias que deben expresar necesariamente los asientos del Diario, se limita a “el nombre y apellidos de la persona a cuyo favor se pretende hacer la inscripción o asiento de que se trate”.

La forma de individualizar a los otorgantes, de reflejar su identidad, puede ser la general prevenida en los arts. 156

y siguientes del R.N. (nombre, apellidos, etc.). La Circular de la Junta de Decanos alude al nombre y apellidos del titular registral o transmitente con su D.N.I., si es persona física, y a la denominación social si es jurídica, con su C.I.F. El 249 L.H., como acabamos de reproducir, sólo exige el nombre y apellidos de la persona a cuyo favor se pretende el asiento de que se trate.

c) El derecho a que se refiera el título que se pretende inscribir. Según la redacción del R.D. 1558/1992 había que notificar al Registro “la denominación del negocio documentado”, su “nomen iuris”. Ahora hay mayor precisión ya que con la expresión utilizada lo que se nos exige es un dato más; por ejemplo, no bastará decir “compraventa”, sino que habrá de puntualizarse de qué: de pleno dominio, de la nuda propiedad, o de lo que fuere. Reforma acertada y acorde con el art. 249 L.H. que para los asientos del Diario demanda que se haga constar “el derecho que se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga por el título que se pretenda inscribir”.

d) La reseña identificadora del inmueble haciendo constar su naturaleza y el término municipal de su situación, con expresión, según los casos, del sitio o lugar en que se hallare si es rústica, nombre de la localidad, calle, plaza o barrio, el número si lo tuviere, y el piso o local, si es urbana, y, salvo los supuestos de inmatriculación, los datos registrales. La anterior redacción de 1992 era más parca (la descripción del inmueble y los datos registrales). Nada que objetar a esta expansión. (*Vide* los arts. 249 L.H. y 423 de su Reglamento). En la práctica se impondrá la reproducción íntegra de la descripción contenida en la matriz.

Esta letra d) sólo contempla un supuesto, el de inmatriculación, en el que pueden omitirse los datos registrales, pero consideramos que esta enumeración no debe ser interpretada como “*numerus clausus*”. Pensemos en los casos en que no es necesario obtener información registral previa y el transmitente ignore estos datos y con ello se conforme

el adquirente. ¿Podrá el Registrador negarse a extender el asiento por considerar incompleta la comunicación? A la vista de los recién citados arts. 249 L.H. y 423 R.H., que no incluyen los datos de inscripción entre los que necesariamente se han de consignar en el Libro Diario, la respuesta negativa se impone. Al comentar el último párrafo de este número 2 del art. 249 R.N. volveremos sobre el tema más general de las facultades de los Registradores para practicar o denegar la extensión del asiento de presentación.

372

En el sistema que introdujo el R.D. 1558/1992 al Notario se le ofrecían dos posibilidades de comunicar al Registro competente la autorización de cualesquiera escritura susceptible de ser inscrita a fin de obtener el correspondiente asiento de presentación. Una era la transmisión por telefax de copia autorizada de la misma (la llamada “telecopia”, expresión que todavía utiliza la Disposición final primera del nuevo R.D.); y la otra, la remisión de un escrito similar a la actual comunicación. Tras la reforma, ¿puede ser posible obtener asiento de presentación remitiendo por telefax copia autorizada de la escritura? Parécenos que la respuesta debe ser afirmativa ya que se cumplen todos los requisitos formales exigidos para la comunicación. Mientras no haya modelo normalizado establecido por nuestra Dirección General no hallamos ningún motivo que justifique una respuesta contraria a la expuesta.

La Junta de Decanos, a la espera del modelo normalizado, en su repetida Circular ha elaborado un modelo de comunicación al que debemos atenernos los Notarios. Figura como Anexo 2 de la Circular y lo reproducimos al final de nuestro estudio.

¿Debe hacerse constar por el Notario, en la matriz o en la copia, la remisión de la comunicación al Registro? Ni en la anterior redacción ni en la actual el legislador lo ha impuesto de modo directo. Según la de 1992 “El Notario que expida la telecopia hará constar por notas al pie de la escri-

tura y de la copia auténtica la confirmación de la recepción dada por el Registro”. De acuerdo con el nuevo R.D. “El Notario hará constar en la escritura matriz, o en la copia si ya estuviere expedida ésta, la confirmación de la recepción y la decisión de practicar o no el asiento de presentación, que el Registrador deberá enviar el mismo día o en el siguiente hábil”. En ambos casos la constancia del envío no se impone, aunque indirectamente el reflejo de la recepción presupone que se ha remitido. Para mayor claridad consideramos que la remisión de la comunicación debe consignarse en la matriz por nota y reproducirse en las copias que de la misma se expidan.

Entre la redacción de 1992 y la vigente cabe apreciar las siguientes diferencias:

1.^a) Antes el Notario debía hacer constar por notas al pie de la escritura y de la copia auténtica la confirmación de la recepción dada por el Registro.

Ahora la nota de confirmación de la recepción se nos presenta como una disyuntiva: por nota en la escritura matriz o en la copia si ya estuviere expedida ésta.

La redacción —que la Comisión de Información del Colegio Notarial de Bilbao considera defectuosa— peca de incompleta o quizás sería mejor decir que no es acertada. Entendemos que la confirmación de la recepción debe hacerse constar en la matriz siempre, y en cuanto a la copia: según y cómo. Nos explicamos. En la matriz: si no se ha expedido la copia, antes de su nota de expedición; si ya se ha expedido la copia, después de la correspondiente nota. En la copia: si la confirmación del Registro nos llega antes de haberla expedido, se reproducirá la nota ya puesta en la matriz; si la copia ya está expedida pero obra en nuestro poder, consignando que en la matriz figura la nota de su recepción; y si la copia ya está expedida y circula por el mundo, cuando vuelva a nuestro poder, si es que vuelve.

2.^a) La nota de la redacción anterior sólo debía reflejar la confirmación de la recepción dada por el Registro. En la actual, además de esta confirmación, se debe consignar la decisión del Registrador de practicar o no el asiento de presentación y que éste debe enviarnos el mismo día o en el siguiente hábil.

La redacción del R.D. 2537/1994, antes de la rectificación de errores, inducía a confusión —como muy bien observó MEZQUITA GARCÍA-GRANERO— ya que parecía que el sujeto que tomaba la decisión de practicar o no el asiento de presentación era el Notario y no el Registrador. Afirmaba este autor “me temo, sin embargo, que ello no basta, al menos todavía, para suponer que se nos confía a nosotros (los Notarios) la decisión de practicar tal asiento. ¡Eso sí que sería la antesala del sistema de reserva de rango...!”. Evidentemente no ha bastado y creemos que no podía bastar por cuanto que el, al mismo tiempo, reformado art. 418 R.H. en el inciso final del párrafo segundo de su número 4 ya mantenía con claridad y precisión que “por igual medio (telefax), el mismo día o el siguiente hábil, confirmará (el Registrador) la recepción y comunicará su decisión o no de practicar el asiento de presentación”. Aquí no había más sujeto que el Registrador y la decisión era suya y muy suya.

Lamentamos que se vuelva a los plazos de días hábiles, pues ello siempre inducirá a confusión. Indudablemente se refiere a días hábiles para el Registrador, no para el Notario receptor, pero dadas las diferencias entre CC.AA. las dudas no faltarán.

La confirmación remitida por el Registrador fuera de plazo no parece deba impedir que el Notario extienda la correspondiente nota, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir el perezoso (arts. 563 y ss. R.H.).

Anticipábamos hace unos instantes que trataríamos del tema de las facultades de los Registradores en orden a la práctica o no del asiento de presentación solicitado. La lectura aislada del art. 248 L.H. nos conduce a la conclusión

de que el Registrador al presentársele un título debe extender necesariamente un breve asiento de su contenido: el asiento de presentación. Nuestra Dirección General, al amparo de leyes anteriores (art. 179 R.H. de 1870), así lo mantuvo en sus Resoluciones de 25 de junio de 1873 y 25 de noviembre de 1876. La L.H. —se decía— impone a los Registradores la obligación de extender en el momento de presentarse cada título un breve asiento de su contenido, cuya obligación no dejará de cumplirse en ningún caso, aunque se observe que el título presentado carece de algún requisito legal. Dicho art. 179 R.H. de 1870 desapareció en el Reglamento de 1915.

La doctrina dominante (JERÓNIMO GONZÁLEZ, ROCA SASTRE, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, etc.) consideran que el asiento de presentación no debe practicarse irreflexiblemente y sin examen del documento presentado. Al contrario, el Registrador puede rechazar los que notoriamente caigan fuera de su competencia por razón de la materia o del lugar y hasta por falta de requisitos esenciales. Si bien —afirmaba JERÓNIMO GONZÁLEZ— “no conviene ir muy lejos en el empleo de estas facultades, cuyo oportuno ejercicio ha de reservarse para el momento de la calificación, debiendo reconocerse que, en la práctica, nuestros Registros se inclinan a asentar en el Diario cuanto se presenta y más bien ha de señalarse algún abuso”.

Y en tiempos más recientes CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE considera que el Registrador debe realizar previamente una somera calificación del documento para determinar si éste debe o no tener acceso al Registro. Calificación limitada sólo a este extremo en atención a la forma externa del documento, sin alcanzar a la jurídica y de fondo que debe llevar a efecto “después” de extendido el asiento de presentación.

Esta calificación previa, que puede originar la negativa del Registrador a extender el asiento de presentación, ha sido reconocida por la jurisprudencia (Res. 17 de febrero de 1955), y en el actual art. 416 R.H. (tras la redacción que le

dio el R.D. de 12 de noviembre de 1982) se regula un recurso especial para cuando el Registrador se negare a practicar el asiento de presentación por imposibilidad material o por otro motivo (queja ante el Juez de Primera Instancia y, en su defecto, ante la autoridad judicial de la localidad, quienes, oyendo al Registrador, resolverán lo procedente. Si la resolución ordenare practicar el asiento, se procederá a dar cuenta de ello a los efectos de la correspondiente corrección disciplinaria (arts. 573 y ss. R.H.), sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere de llegar, con arreglo al art. 296 L.H.). Artículo que indudablemente tiene como única finalidad el proteger a los interesados contra una posible arbitrariedad del Registrador.

376

Además, el art. 420 R.H. (también reformado por el citado R.D. de 1982) prescribe que los Registradores no extenderán el asiento de presentación de los siguientes documentos: 1.— Los privados, salvo en los casos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral; 2.— Los relativos a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios; y 3.— Los demás documentos que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación alguna. Entiende CAMY que en estos supuestos el recurso que cabe interponer debe ser el ordinario regulado en el art. 19 L.H. y desarrollado en los arts. 111 y ss. de su Reglamento.

Toda vez que la comunicación que por telefax remite el Notario al Registro solicitando asiento de presentación de escritura por él autorizada susceptible de ser inscrita, por definición excluye que se trate de un documento privado, quedan como posibles supuestos en que el Registrador puede negarse a practicar el asiento solicitado, los siguientes:

— escrituras relativas a fincas radicantes en otros distritos hipotecarios. Caso que no debería darse pues el telefax ha de enviarse al Registro de la Propiedad competente, y

— escrituras que por su naturaleza, contenido o finalidad no puedan provocar operación alguna. Caso que en la práctica tampoco debiera producirse, de una parte por la califi-

cación notarial previa (las escrituras deberán ser “susceptibles de ser inscritas”) y de otra, por la imposibilidad de que el Registrador con los datos de la comunicación pueda entrar en el fondo o naturaleza jurídica del acto o contrato instrumentado.

Rechazando, asimismo, y por impensables, las negativas arbitrarias de los Registradores —que caerían dentro del ámbito del indicado art. 416 R.H.— llegamos a la conclusión de que en poquísimos casos nos encontraremos los Notarios con la sorpresa de que el Registrador nos ha denegado la práctica del asiento de presentación solicitado por telefax en los términos del art. 249.2 R.N.

¿Qué efectos produce la remisión por el Notario de la comunicación del Registro? El efecto normal será el de la extensión del correspondiente asiento de presentación, de acuerdo con el art. 418.4 R.H. (nueva redacción). El anómalo, según lo que se acaba de exponer, será la recepción de un fax del Registrador notificándonos su decisión de no practicar el asiento solicitado.

Si el asiento se ha practicado y no se deja caducar habremos logrado incorporar al Registro con la máxima celeridad el resultado de nuestra actuación, cerrando así el paso, siempre y cuando la información registral previa haya funcionado con precisión, a la casi totalidad de los intentos de fraude inmobiliario. La finalidad del R.D. se habrá alcanzado y la seguridad jurídica habrá quedado altamente robustecida.

377

C) Introducción en el Reglamento Hipotecario del artículo 354 a)

Introduce el R.D. este nuevo artículo en el Reglamento Hipotecario donde incorpora, con mejor técnica legislativa, parte de las reformas que el de 1992 había incorporado en

el art. 175 R.N. y que posteriormente desarrolló la Orden de 1993. Por cierto, y como mero hecho anecdótico, hacemos constar que en el ejemplar del B.O.E. que estamos manejando —supongo que igual a los demás— el artículo ya no es el 354 a), sino simplemente el 354, ya que la a) se nos ha desplomado y ha pasado a encabezar el primer párrafo del precepto, lo que parece indicarnos que más adelante, cuando menos, habrá un párrafo b) que no hallamos ni hallará nadie. ¿Por qué no se aprovechó la rectificación de errores?

Contiene el artículo las reglas a las que deben atenerse los Registradores para despachar las solicitudes de información pedidas por los Notarios relativas a la descripción, titularidad, cargas, gravámenes y limitaciones de fincas registrales.

378

Depositando el legislador su confianza en el telefax establece, en el párrafo 1.º del precepto de que se trata, que “las solicitudes de información... pedidas por los Notarios por telefax serán despachadas y enviadas por el Registrador al solicitante, por igual procedimiento...”. ¿Y si el Notario no formaliza la solicitud por esta vía, toda vez que según el 175 R.N. puede hacerlo por “cualquier procedimiento”? Pues, en todo caso el Registrador debe remitir la información por telefax. En este sentido la regla 8.ª del propio art. 354 a) del R.H. (“Cuando el Notario no emplee telefax para obtener la información... se aplicará igualmente lo dispuesto en este artículo”). A los Notarios se nos ha regalado (¡Gracias!) la parte ancha del embudo; a nuestros compañeros Registradores se les impone la parte estrecha. Recordemos que el mismo criterio se derivaba del art. 11 de la Orden de desarrollo de 1993, interpretado según su propio preámbulo, que se refería a la “expedición por los Registradores de la información registral por medio de telefax”.

Las demás reglas son las siguientes:

Regla 1.ª “Si al recibir la solicitud el Registrador comprueba que la finca está situada en otra demarcación regis-

tral, lo comunicará inmediatamente al Notario”. Reproduce el art. 3.º de la Orden si bien omitiendo que la comunicación inmediata debe hacerse por telefax. Omisión lógica y tendente a evitar redundancias, toda vez que según el párrafo 1.º y la regla 8.ª las contestaciones de los Registradores siempre serán por telefax.

Regla 2.ª “La información, que el Registrador formalizará bajo su responsabilidad en una nota en la que se transcribirá la descripción de la finca si sus datos variaren respecto de los de la solicitud de información del Notario y se relacionarán su titular y, sintéticamente, los datos esenciales de las cargas vivas que le afecten, deberá comprender no sólo los datos del folio registral de la finca a la que la solicitud se refiera y el contenido de los asientos de presentación concernientes a ella practicados en el libro diario antes de la remisión, sino también las solicitudes de información respecto de la misma finca recibidas de otros Notarios, pendientes de contestación o remitidas en los diez días naturales anteriores”.

Durante la vigencia del R.D. de 1992 y su Orden de desarrollo la información la podía obtener el Notario por “cualquiera de los medios de publicidad formal”, esto es, a través de las manifestaciones de los libros, de las certificaciones y de las notas simples informativas (Títulos VIII de la Ley y del Reglamento Hipotecarios). Si bien el legislador manifestaba su preferencia por “la nota simple informativa” solicitada y obtenida por medio de telefax (art. 175 R.N. y arts. 4, 6 y 8 de la Orden).

Respecto de esta nota simple informativa escribimos, en la tantas veces repetida Circular 30/1993, que había sido introducida en el art. 332 R.H. en la redacción que le dio el D. de 17 de marzo de 1959 como una modalidad de las manifestaciones de los libros, cuando en puridad lo sea de las certificaciones; que no ofrecen garantías, pues así lo indica expresamente el citado art. 332 R.H.; pero que ello no implicaba que se puedan expedir a tontas y a locas, y

es de todos reconocido que las normas sobre certificaciones deben ser de aplicación a estas notas salvo, claro está, las de su eficacia, ya que no producen efecto alguno a terceros y menos aún en cuanto a otras Autoridades u Organismos.

¿Podemos mantener lo mismo tras la nueva regulación? La Junta de Decanos, en su citada Circular 2/95, considera que “la información registral al Notario ya no se emite por medio de nota simple informativa (sin garantía ni responsabilidad para el Registrador), sino a través de una “nota” bajo su responsabilidad, lo que constituye una de las innovaciones más relevantes de la nueva regulación”. Frente a este criterio ya ha habido comentarios —véase a TERRASA JAUME en la Circular 26/95 de este Ilustre Colegio— que consideran que las nuevas notas no son distintas de las anteriores y como ya ha recibido “notas” de Registradores que advierten que tienen valor meramente informativo, citando incluso los pertinentes artículos de la Ley y Reglamento Hipotecarios.

380

Personalmente opinamos que las nuevas “notas” no pueden ser las simples “notas informativas” del art. 332 R.H., sino que son unas nuevas notas que, sin alcanzar a ser certificaciones, suponen un *tertium genus* en cuanto que el Registrador las formaliza bajo su responsabilidad. Nos inclina a ello no nuestra actual condición de miembro de la Junta de Decanos, sino las siguientes consideraciones: las propias palabras utilizadas por el legislador, y la *ratio* de la reforma: evitar fraudes y alcanzar la mayor seguridad jurídica posible, para lo cual el nuevo R.D. tiene que suponer un segundo paso frente al anterior que, según el propio preámbulo, fue el primero.

Se nos puede argüir que el vehículo adecuado para introducir estas nuevas notas debiera haber sido la reforma de la L.H. A lo cual podemos replicar que las notas simples informativas tampoco están reconocidas en la Ley (*vide* arts. 221 a 237 constitutivos de su Título VIII) y que nacieron

por vía reglamentaria (citado art. 332 introducido por el D. de 17 de marzo de 1959). ¿Por qué no conceder el mismo valor al R.D. 2537/1994 y al nuevo art. 354 a)?

Las nuevas “notas responsables” comprenderán:

—la descripción de la finca, siempre que sus datos varíasen respecto de los de la solicitud de información del Notario,

—relación de su titular,

—relación en síntesis de las cargas vivas que afecten a la finca. El R.D. de 1992, fuera de lugar para nosotros pues enumeraba estas circunstancias en el art. 175 R.N., hablaba de “descripción de la finca, su titular y las cargas, gravámenes o limitaciones vigentes, incluidas las que afecten a las Viviendas de Protección Oficial”. Ha desaparecido la insólita referencia a este tipo de Viviendas, lo que nos parece un acierto indudable,

—el contenido de los asientos de presentación concernientes a la finca de que se trata practicados en el libro Diario antes de la remisión de la nota,

—y, además, la relación de las solicitudes de información respecto de la misma finca recibidas de otros Notarios, pendientes de contestación o remitidas en los diez días naturales anteriores. Se reproduce así —también acertadamente— el contenido del art. 8 de la Orden de desarrollo, con lo que se trata de evitar sorpresas desagradables de última hora, v. gr., posibles dobles ventas, etc. Lógicamente una conducta diligente impondrá un contacto telefónico o telemático entre los Notarios de que se trate.

No se olvide, como destaca la Circular 2/95 de la Junta de Decanos, que no cumple con los requisitos enumerados la remisión por telefax de las hojas de los libros del Registro relativas a la finca cuya información se solicita y que en otros casos lo adecuado es comunicar al Registro las deficiencias de la información recibida, a fin de que ésta sea remitida en la forma y con el contenido que establece la normativa vigente.

Regla 3.^a “Si no existe ninguna diferencia entre los datos descriptivos y jurídicos proporcionados por el Notario y los que consten en el Registro, se hará constar únicamente esta circunstancia al dorso o a continuación del documento de solicitud”. Regla que reproduce en esencia el art. 5.º de la Orden de desarrollo y que no necesita de mayor explicación.

Regla 4.^a “El Registrador remitirá la información en el plazo más breve posible y siempre dentro de los tres días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud. En el caso de que el número de fincas de las que se pida información o la especial complejidad del historial registral de la finca haga imposible el cumplimiento del citado plazo, el Registrador comunicará al Notario, el mismo día en que reciba la solicitud, la fecha en que remitirá la información, que deberá estar comprendida dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de aquélla”.

382

El R.D. de 1992 no indicaba el plazo en que debían expedirse las notas simples informativas por el Registrador. En la Circular 30/1993 escribimos que no era el lugar para ello y que el silencio debía interpretarse considerando aplicables las normas vigentes, o sea, en el más breve plazo posible, pero sin que éste pueda exceder nunca del correspondiente a cuatro días para cada finca cuyas inscripciones, libertad o gravámenes se trate de acreditar (art. 236 L.H. respecto de las certificaciones e Instrucción de 5 de febrero de 1987 en cuanto a las notas simples). Este silencio fue roto por la Orden de desarrollo, que en su art. 4.º impuso a los Registradores la obligación de remitir la nota simple en el plazo más breve posible y siempre dentro de los dos días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud; recogiendo, además, la excepción referente al supuesto de que el número de fincas imposibilite cumplir dicho plazo, que se ampliaba a seis días.

Esta normativa se ha modificado y los plazos establecidos son:

1.º) Regla general: el plazo más breve posible. Brevedad que no queda indeterminada de manera absoluta, toda vez que —salvo la regla excepcional a que nos referiremos seguidamente— el plazo máximo es el de “los tres días hábiles siguientes al de la recepción de la solicitud”, un día más que el establecido en la Orden de desarrollo. El plazo general no es, pues, el de tres días hábiles, sino el “más breve posible”. A lo que expusimos en su momento al comentar el n.º 4 del art. 175 R.N. (información solicitada para un día determinado), nos remitimos.

2.º) Excepción: cuando el número de fincas de las que se pida información o la especial complejidad del historial registral de la finca haga imposible cumplir con la expuesta regla general, al Registrador se le concede el plazo especial de cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. Un día menos que en la Orden de desarrollo y ampliada la excepción a las solicitudes de información relativas a una sola finca en el caso de historial registral complejo.

Téngase en cuenta que la regla general es de aplicación incluso cuando la solicitud de información se refiera a más de una finca (art. 175.3 R.N.), salvo que el número de éstas permita acogerse a la excepción. ¿Qué número? Sigue estando indeterminado lo que deja campo abierto a su valoración subjetiva. No obstante, continuamos con nuestra idea (*vide* Circular 84/1993) de que el principio general de buena fe que inspira a nuestro Ordenamiento jurídico y la profesionalidad y el deseo de colaboración que preside las normales relaciones Registradores-Notarios, deben ser suficientes para rechazar cualquier sombra de duda.

La referencia a días hábiles, en vez de naturales, vuelve a poner sobre la mesa la incertidumbre de qué días merecen este calificativo. Problema que estaba agudizado en la redacción anterior del art. 360 R.H. en cuanto que se remitía expresamente a lo establecido para Juzgados y Tribunales y algunas fiestas planteaban la duda de si eran o no inhábiles a efectos judiciales. El R.D. de 30 de diciembre

de 1987 dio nueva redacción al art. 360 R.H. y suprimió la reforma expuesta; discútese, no obstante, si este silencio implica que por días hábiles hay que considerar los que lo sean a efectos administrativos o cabe todavía pensar si hay que acudir al calendario judicial. Calendario que la L.O. del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 aclaró en su art. 182.1 al establecer como inhábiles “los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad”. Hoy día parece que no debe dudarse de la aplicación del calendario laboral oficial que publica anualmente la Dirección General de Trabajo en consonancia con lo dispuesto en el art. 45.4 del R.D. 2001/1983, de 28 de julio, según la redacción dada al mismo por el R.D. 1346/1989, de 3 de noviembre y el art. 48.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común.

Regla 5.^a “El Registrador dentro de los nueve días naturales siguientes al de remisión de la información, deberá comunicar también al Notario, en el mismo día en que se haya producido, la circunstancia de haberse presentado en el Diario otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial. Idéntica obligación incumbe al Registrador respecto de las solicitudes posteriores de información registral relativas a la misma finca y que, procedentes de otros Notarios, reciba en el plazo indicado”.

La reforma contenida en el R.D. 1558/1992 no hacía referencia para nada a la regla que se acaba de transcribir. Fue su Orden de desarrollo de 1993 la que en su art. 8.º introdujo esta información continuada que supuso una importante novedad. En el preámbulo de la Orden leíamos: “...para dotar de mayor eficacia al propósito del citado Real Decreto de evitar la comisión de fraudes en el tráfico inmobiliario, se ha considerado conveniente imponer a los Registradores de la Propiedad la obligación de comunicar a los Notarios, además de los datos de titularidad y cargas que

prevé el Real Decreto, toda presentación que se haga en el Registro, dentro de los cuatro días siguientes a la expedición de la certificación o nota, de documentos relacionados con las fincas de las que se informó con anterioridad. La obligación de informar se extiende también a las peticiones de certificación o notas posteriores a otras que ya se hubieran expedido con relación a las mismas fincas”.

Con la salvedad de los plazos la normativa contenida en el art. 8.º de la Orden se reitera en esta regla 5.ª De este modo el legislador, cuando menos, ha soslayado en parte la crítica que se le pudo hacer —y personalmente hicimos en la Circular 84/1993— de haber “olvidado” el principio de jerarquía normativa.

El sistema mantenido de la información continuada no cierra de un modo absoluto, a cal y canto, la puerta por donde puede penetrar el fraude, pero evidentemente deja una muy pequeña rendija por donde éste pueda colarse. El que la información registral, la que hemos denominado “nota responsable”, no cierre el Registro o cause una reserva de rango a un negocio concreto —como decíamos en la repetida Circular 84/1993— es el pero que todos los que hemos escrito sobre el tema hemos puesto de relieve (*vide*, entre otras, la Circular 30/1993 de la Comisión de Cultura del Ilustre Colegio Notarial de Baleares, cuya autoría nos corresponde; el artículo de MEZQUITA DEL CACHO, publicado por entregas y bajo el título “Otro parto de los montes”, en *Expansión* los días 31 de mayo y 1, 2 y 3 de junio de 1993; y el estudio de GARCÍA MAS en el n.º 150 del *Boletín de Granada*, correspondiente a junio de 1993). Después de la Orden y después del nuevo R.D. podemos repetir que el problema no se ha solucionado, pero... que menos es nada. No hay cierre, no se obtiene rango, pero información previa más completa sí existirá.

De conformidad con esta regla 5.ª al Registrador se le impone una doble obligación: una, la de comunicar al Notario, al que hubiere remitido por telefax o hubiere obtenido

por cualquier otro medio la información registral, la circunstancia de haberse presentado en el Diario otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial; y otra, la misma obligación respecto de las solicitudes posteriores que, relativas a la misma finca, procedan de otros Notarios.

¿Cuándo debe realizar el Registrador esta comunicación, que podemos calificar “de oficio”? El legislador, dentro de su dureza, se ha mostrado compasivo con nuestros compañeros y les concede un respiro. Hasta el 1.º de marzo de 1996 el plazo es el de “dentro de las veinticuatro horas siguientes de haberse producido variación en la información registral a que se refiere la regla cuarta del art. 354 a) del R.H.” (Disposición transitoria única). A partir de dicho 1 de marzo de 1996 —fecha en la que deberá quedar informatizado el Diario en todos los Registros de la Propiedad de España (¡menos mal que no se incluyen los de Tanzania, por ejemplo!), según la Disposición adicional única— la comunicación debe realizarse “el mismo día en que se haya producido” (regla 5.ª).

386

El engranaje entre la regla 5.ª y la transitoria única aparentemente no es todo lo suave que debiera. Hemos dicho hace unos instantes que en la regla 5.ª se le imponen al Registrador dos obligaciones de información: una, relativa a los asientos del Diario que modifiquen la inicial; y otra, que afecta a las solicitudes posteriores procedentes de otros Notarios. Pues bien, según la transitoria única parece que hasta el 1 de marzo de 1996 el plazo se alarga sólo en cuanto a la primera obligación, ya que al referirse al cómputo de las veinticuatro horas se nos dice que éstas se contarán desde “haberse producido variación en la información registral a que se refiere la regla cuarta del mismo artículo”, es decir, del 354 a). Regla cuarta que para nada alude a las solicitudes de información recibidas de otros Notarios. La respuesta, sin embargo, no debe ser ésta por cuanto la regla cuarta ha de conectarse con la segunda —que sí se refiere a las dos obligaciones— y porque, además, el inciso

inicial de la transitoria única alarga el plazo de remisión respecto de la comunicación “a que se refiere la regla quinta del artículo 354 a), del Reglamento Hipotecario” y en ella se recogen, asimismo, las dos obligaciones.

Donde no nos parece que haya engranaje es entre el plazo en que el Notario puede autorizar la escritura (diez días naturales siguientes a la recepción de la información registral, según el párrafo 2.º del art. 175.1 R.N.) y el plazo dentro del cual el Registrador debe mantener viva la información continuada (nueve días naturales siguientes al de remisión de la información inicial, ex regla 5.ª que examinaremos). Y no hay engranaje o, si lo prefieren, nos queda al aire un día en que el Registrador no debe informar al Notario y éste puede autorizar “confiadamente” la escritura. Veamos un ejemplo y hagamos la cuenta de la vieja:

Nota informativa remitida por telefax el día 10 de un mes cualquiera. El Notario lo recibe el 10 —para eso se envía por fax— y puede autorizar dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción, o sea, entre el 11 y el 20, ambos inclusive.

Por su parte el Registrador, que ha enviado la información inicial el indicado día 10, sólo debe comunicar al Notario los asientos del Diario o solicitudes de otro Notario dentro de los nueve días naturales siguientes. Es decir, información inicial del 10; información continuada actualmente los días 11 a 19, también ambos inclusive.

El día 20, pues, nos queda huérfano de toda información. Puede que este error de cálculo —si es que estamos en lo cierto— sea debido a que el legislador se haya fijado en lo dispuesto en la transitoria única, en la que se conceden veinticuatro horas más. Pero no es así, por cuanto el plazo de nueve días se cuenta desde el siguiente al de remisión de la información. Alerta, pues, con este día “desinformado” que puede provocar alguna que otra sorpresa y puede ser utilizado por el listo de turno... o de profesión.

Regla 6.^a “Si el Notario solicita expresamente la información para un día determinado, el Registrador la enviará el día señalado con referencia a lo que resulte del cierre del Diario el día inmediatamente anterior”.

Cuando repasábamos el nuevo art. 175 R.N., concretamente su apartado 4, ya pusimos de relieve que la posibilidad de solicitar información para un día determinado suponía una novedad respecto del régimen anterior y cuál era nuestra interpretación en orden al cuándo debía remitir el Registrador la información. A lo dicho en ese lugar nos remitimos en evitación de repeticiones inútiles.

La regla 6.^a del nuevo 354 a) R.H. no hace sino trasladar a la legislación hipotecaria esa posibilidad de pedir información para un día concreto. No parece que el Registrador pueda negarse a ello —los términos de la regla son imperativos (“el Registrador la enviará”)— y su aplicación podrá originar problemas en los casos en que el número de fincas o la especial complejidad del historial registral de la finca hagan imposible el que se pueda facilitar la nota el día X. No parece que la excepción de la regla 4.^a sea aplicable a este supuesto, pero sí esperar que el diálogo y el sentido común se impongan a cualquier exigencia extemporánea.

Hay un punto sobre el que deberíamos meditar y es el referente a qué información deben facilitar los Registradores a los Notarios. No nos referimos a su contenido —ya que ello está contemplado en las reglas 2.^a y 5.^a del artículo del que estamos hablando—, sino a la fecha; es decir, si la nota se remite por fax al Notario el día 10 con fecha 9 ¿la información es la que resulta del cierre del Diario del día inmediatamente anterior (8) o debe ser el mismo día 9? La regla 6.^a que acabamos de reproducir es específica para el supuesto en que el Notario haya solicitado especialmente la información para un día determinado, supuesto en que el Registrador la enviará con referencia a lo que resulte del cierre del Diario el día inmediatamente anterior. ¿Y en los

demás supuestos, o sea, cuando no se pida para un día determinado? La pregunta no deja de tener importancia, por cuanto las notas que recibimos los Notarios por fax, por ejemplo, el día 10, llevan fecha de un día antes (del 9) y si el Registrador aplica la regla expuesta —con referencia al Diario del día anterior— resultará que la información recibida es del 10, tendrá vigencia hasta el 20 (art. 175.1 R.N.), pero se referirá al estado de la finca del día 8. Vuelve a aparecer una zona de sombra que pueda favorecer conductas no recomendables. Evidente es que este efecto queda paliado con la información continuada (regla 5.^a), pero también lo es que hasta el 1 de marzo de 1996 para enviar esta nueva comunicación el Registrador tiene un día (24 horas) más. O sea, que un asiento contradictorio del día 9 no estará incluido en la primera información del día 10, por ser de fecha 9 y referida al día anterior (el 8). Si el Notario autoriza el día 10 amparado en la información primigenia y nada más llegada ésta a sus manos, puede suceder que media hora más tarde reciba una nueva información donde se le haga saber que en el Diario ya figuraba extendido el 9 un asiento de presentación de una compraventa, hipoteca, etc., de la misma finca. Quisiere haberme dado a entender con claridad y que este jeroglífico de fechas haya sido digerido. De momento no parece que sea posible otro criterio que el contenido en la repetida regla 6.^a, y no porque la misma sea aplicable, sino porque ésta es la solución general establecida respecto de las certificaciones —cuya normativa se aplica analógicamente a las notas informativas— en el art. 350 R.H., redactado según el R.D. de 27 de agosto de 1977 (“Las certificaciones se entenderán expedidas después del cierre del Diario...”), debería imponerse en la práctica que la nota informativa “faxeada” el 10 fuera del mismo día, aunque referida al cierre del Diario del día anterior, o mejor aún, que se indicara expresamente además de la fecha la hora (base para ello también la encontramos en el último inciso del invocado art. 350 R.H.)

y que ésta fuera lo más próxima posible a la de la remisión telemática. Si hacemos esta sugerencia es en aras de la seguridad jurídica y confiamos en que ningún compañero Registrador lo tome a mal; nada más lejos de la realidad. Deseamos incluso habernos equivocado en nuestros cálculos y que cualquier otra opinión mejor fundada nos abra los ojos.

Regla 7.^a “Si la finca no estuviere inmatriculada, el Registrador hará constar esta circunstancia, sin perjuicio de que deba mencionar, en su caso, los documentos relativos a ella, pendientes de calificación y despacho y cuyo asiento de presentación esté vigente”.

390 Esta regla reproduce el art. 6 de la Orden de desarrollo. Como ya indicamos en la Circular 84/1993 la lógica de la norma es aplastante. Es imposible que el Registrador remita nota informativa de lo que no está en el Registro. También es evidente que si la finca se está inmatriculando y existen asientos de presentación vigentes respecto de la misma, pendientes de calificación y despacho, así lo haga constar (dedúcese así ya de la regla 2.^a actual).

También decíamos en dicha Circular que lo que ya no nos parecía tan simple era cómo iba a averiguar el Registrador la coincidencia entre la finca no inmatriculada cuya información registral solicita el Notario y la existencia de asientos pendientes de calificación y despacho respecto de la misma, sobre todo si la finca es rústica. En la solicitud de información (art. 175.3 R.N.) el Notario remitirá al Registro una reseña indentificadora de la finca con expresión de su naturaleza, término municipal de su situación, extensión y linderos, y siendo la finca rústica, además, el sitio o lugar en que se hallare; si fueren conocidos los datos registrales —no lo serán si de inmatriculación hablamos—; y al menos los datos del transmitente. En los asientos del Diario (art. 249 L.H. y 423 de su Reglamento) no constará la extensión ni tampoco los datos del transmitente. ¿Cabrá así identificar al “asesino”, léase, a la finca?

Regla 8.^a “Cuando el Notario no emplee telefax para obtener la información a que se refiere el art. 175 R.N. se aplicará igualmente lo dispuesto en este artículo”.

Aludimos a esta regla al comenzar el examen del art. 354 a) y nada tenemos que añadir a lo ya dicho.

Y terminamos nuestros comentarios sobre este art. 354 a) R.H. destacando que la nueva regulación no contempla la posibilidad de que la Dirección General apruebe modelos normalizados de notas informativas, a diferencia de lo que hacía el art. 7 de la Orden de desarrollo y de lo que se prescribe respecto de los Notarios (Disposición final primera).

D) Nueva redacción del artículo 418 del Reglamento Hipotecario

El R.D. 1558/1992 introdujo en el Reglamento Hipotecario el art. 418 e), con la siguiente redacción: “1. Lo dispuesto en el apartado 1 del art. 418 c) será de aplicación a las telecopias remitidas por los Notarios a los Registros de la Propiedad, conforme a lo previsto en el art. 249, párrafo quinto (el equivalente al apartado 2 actual), del Reglamento Notarial.= 2. Los asientos que se practiquen en este caso caducarán a los diez días hábiles desde su extensión si en este plazo no se presenta en el Registro la copia auténtica de la escritura autorizada cuya telecopia o datos esenciales se hubieran remitido. Esta segunda presentación se hará constar por nota al margen del primer asiento y a partir de la fecha de esta nota correrán los plazos de calificación y despacho”.

Al comentar el apartado 1 en la Circular 30/1993 decíamos:

“La aplicación conjunta de ambas normas supone que el Registrador que reciba la telecopia remitida por el Notario..., deberá:

— “Calificar su competencia,

— “Confirmar la recepción. Acuse de recibo que no se regula, aunque ex apartado 3 del art. 418 b) R.H., deba de-

ducirse que se hará mediante telecopia o procedimiento similar. A lo que habrá que añadir que el legislador olvida especificar plazo alguno para la confirmación,

—“y extender el asiento de presentación solicitado. El art. 418 c) precisa cuándo debe extenderse el asiento: al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre y, si fueren varias las telecopias, por el orden de su recepción. Realmente si esto es así poco habremos ganado en seguridad. Al Notario se le obliga a remitir por telefax la copia o escrito a uña de caballo...; la telecopia llega al Registro y el Registrador ha de esperar precisamente todo el día para extender al final el asiento de presentación. ¿Dónde está el “prior tempore...”? ¿Por qué razón el asiento de presentación no se extiende de acuerdo con la hora marcada en el fax? ¿Por qué motivo a un fax recibido en el Registro a las diez de la mañana se le antepone una escritura que contenga un asiento contradictorio y que se ha presentado al Registro a las doce del mismo día? ¿Las telecopias quedan fuera de lo previsto en los arts. 24 y 25 L.H.?”

392

“A estas preguntas —continuábamos en la Circular 84/1993— había que haber sumado una más, y que se nos quedó en el tintero, a saber: ¿Qué ocurre con las telecopias recibidas después de las horas de despacho? Dos respuestas se podrían haber dado: 1.^a) Serán las primeras del día siguiente; y 2.^a) serán las últimas de dicho siguiente día, por la aplicación conjunta de lo dispuesto en el art. 252 L.H. (“Los asientos de presentación hechos fuera de las horas en que deba estar abierto el Registro, serán nulos”) y arts. 351, 418 c) y 418 e) del R.H.

“Esta segunda solución es la que ha preferido nuestro legislador en el ...transcrito art. 10 de la Orden de desarrollo del R.D., aunque implique un “atentado” más contra el principio de prioridad. En efecto, las telecopias o escritos remitidos por los Notarios ex-art. 249, párrafo 5.º, R.N. y que se reciban después de las horas de despacho (normalmente las catorce horas, según el art. 360 R.H.), se presen-

tarán —se anotarán en el Libro Diario— por su orden de recepción antes de la diligencia de cierre del día siguiente. Y aún más: si en la mañana de este día siguiente, y antes de las horas de despacho (nueve horas, según el invocado art. 360 R.H., como regla general), se reciben otras copias (léase telecopias) o escritos se presentarán inmediatamente después de las anteriores”.

Tantas calamidades nos llevaron a concluir: “Como si de Alfonso XII se tratara, nos parece que los niños podrán cantarle al principio de prioridad el conocido soniquete *Dónde vas, triste de ti?*” (Circular 84/1993).

¿Seguimos igual tras el R.D. 2537/1994? Afortunadamente no. La situación ha cambiado. El novedoso art. 418 e) R.H. ha sido derogado (Disposición derogatoria primera) —al igual que el R.D. 1558/1992 y su Orden de desarrollo (Disposiciones derogatorias segunda y tercera)—, y la nueva redacción dada al art. 418 R.H. restaura el principio de prioridad, eliminando con ello el calificativo de “cenicienta” que, sin comerlo ni beberlo, habían conquistado las telecopias notariales.

El anterior art. 418, según la redacción que le dio el R.D. de 12 de noviembre de 1977, contemplaba la extensión de los asientos de presentación de los títulos remitidos por correo, distinguiendo: documentos remitidos por autoridades judiciales o administrativas, respecto de las cuales la extensión del asiento era obligatoria; y restantes documentos, en los que no lo era, pudiendo el Registrador, a su elección, presentarlos y despacharlos o devolverlos o conservarlos en su archivo a disposición de quien tuviera derecho a ellos. También se establecía en esta redacción que en estos supuestos de presentación por correo el Registrador consideraría como presentante al solicitante o al remitente del documento y como hora de entrada en el Registro la de su determinación de despacharlo. Finalizaba el precepto estableciendo que cuando el Registrador optare por la no presentación —la no extensión del asiento de presentación— debía notificar su decisión al remitente.

El nuevo art. 418 R.H. tiene como finalidad —según indica el preámbulo del R.D. reformador— precisar “con carácter de generalidad el tiempo en que debe entenderse presentado en el Registro de la Propiedad cualquier título o documento, aplicando a todos ellos el principio de igualdad” y extender “la transmisión telemática a los documentos judiciales y administrativos”.

En esta línea el precepto establece la siguiente normativa:

1. “Los títulos y documentos a que se refiere el artículo 416 de este Reglamento, cualquiera que haya sido su modo de ingresar en el Registro, se asentarán en el Diario por su orden de recepción si la presentación se produce dentro del horario establecido reglamentariamente”.

Esta regla general es conforme con el principio de prioridad (arts. 17, 24, 25 y demás concordantes de la Ley y Reglamento Hipotecarios). Recordemos al efecto el art. 249 R.H. donde se establece que “los asientos del Diario se extenderán por el orden con que se presenten los títulos, sin dejar claros ni huecos entre ellos, se enumerarán correlativamente en el acto de extenderlo, y...”.

Para su aplicación se exige:

— que la presentación se produzca dentro del horario establecido reglamentariamente. Horario que, según el ya invocado art. 360 R.H., es desde las nueve a las catorce horas de todos los días hábiles; horario que, si el Registrador lo estima conveniente, puede ser ampliado en una hora o alterado adelantando en una hora la apertura y el cierre, según el propio art. 360,

— que se trate de título o documentos que puedan producir en el Registro alguna inscripción “anotación preventiva, cancelación o nota marginal”, según la dicción del art. 416 R.H., al que se remite el precepto que examinamos,

— y que su ingreso en el Registro se haya producido por cualquier medio o modo; es decir, por presentación física, por correo o por telefax. Medios o modos de ingreso en el

Registro que merecen un tratamiento especial y que aparecen regulados en los apartados siguientes.

2. “La presentación física sólo podrá realizarse durante el horario de apertura al público del Registro”.

Es la regla general de la regla general establecida en el art. 361 R.H. en relación con el repetido 360. Según el 361 “Los Registradores no admitirán documento alguno para su presentación, sino durante las horas señaladas en el artículo anterior —horas de oficina—; pero podrán, fuera de ellas, ejecutar las demás operaciones a su cargo”.

3. “Si el título se recibe por correo se considerará presentante al remitente del documento y se practicará el asiento de presentación en el momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día”.

Antes de esta reforma, ya lo dijimos, los Registradores sólo estaban obligados a extender asientos de presentación de los títulos que recibían por correo cuando se trataba de documentos remitidos por autoridades judiciales o administrativas (antiguo art. 418 R.H.). Ahora —en base al principio de igualdad proclamado por el preámbulo— cualquier título y cualquier persona puede remitir el documento por correo y si éste es uno de los susceptibles de causar algún asiento en el Registro (arts. 2, 3 y 4 L.H. y concordantes de su Reglamento, especialmente sus arts. 34 y ss.) el asiento de presentación deberá ser extendido, sin perjuicio del derecho del Registrador a negarse a ello en los términos ya examinados (art. 416 R.H.).

A estos efectos se considerará como presentante el remitente del documento —en la redacción anterior, referido a documentos judiciales o administrativos, podía considerarse como tal al solicitante o al remitente— y como hora de entrada la del “momento en que se proceda a la apertura del correo recibido en el día”. Evidentemente este momento queda en el aire y a pleno arbitrio del Registrador. Tam-

bién la hora de presentación en la redacción anterior del 418 se dejaba indeterminada o a voluntad personal del Registrador, ya que se consideraba como tal aquélla en que éste hubiese adoptado “su determinación de despacharlo”. Difícil es hallar otra solución más justa o práctica. Normalmente el correo —si llega— se recibe una o dos veces al día y lo lógico es abrirlo cuanto antes para así no perjudicar a los presentantes por correo.

En este supuesto de presentación por correo no ha previsto el legislador que en el momento de la apertura de las cartas haya más de un título remitido por dos o más personas relativos a una misma finca y que resulten contradictorios, a diferencia de lo que sucede con las comunicaciones enviadas por los Notarios por telefax y que se reciban fuera de las horas de oficina (apartado 4 del propio art. 418). Consideramos que la norma del art. 422 R.H. debe también aplicarse en este caso y que dado que no estarán los interesados presentes para manifestar a qué título debe darse preferencia, el Registrador deberá tomar anotación preventiva de cada uno, expresando que se hace así por no ser posible extender la inscripción, o, en su caso, la anotación solicitada, hasta que por los propios interesados o por los Tribunales se decida a qué asiento hay que dar preferencia.

396

4. “Las comunicaciones de haber autorizado escrituras públicas, enviadas por los Notarios por medio de telefax, según lo dispuesto en el artículo 249 del Reglamento Notarial, se asentarán en el Diario de acuerdo con la regla general a excepción de las que se reciban fuera de las horas de oficina, que se asentarán el día hábil siguiente, inmediatamente después de la apertura del Diario, simultáneamente con las que se presente físicamente a esa misma hora en la forma que prevé el artículo 422 de este Reglamento...”.

Ya expusimos antes el trato desfavorable o discriminatorio que recibían las telecopias remitidas por los Notarios como

consecuencia de la aplicación combinada de los arts. 418 c) y 418 e) del R.H., a los efectos de la extensión del asiento de presentación. El legislador —influido sin duda por los informes recibidos de la Comisión paritaria de Registradores y Notarios— ha rectificado su postura y establece:

— que las comunicaciones enviadas por los Notarios por medio de telefax se asentarán en el Diario de acuerdo con la regla general, es decir, por su orden de recepción, y

— que si la comunicación ha sido recibida fuera de las horas de oficina, se asentarán el día hábil siguiente inmediatamente después de la apertura del Diario y simultáneamente con las que se presenten físicamente a esa misma hora en la forma prevista en el art. 422 del R.H. (la misma hora para todos los títulos, salvo en el caso de que los hubiere contradictorios relativos a la misma finca, supuesto en que se extenderá la anotación preventiva a que se refiere el párrafo 2.º de dicho art. 422 y a la que hemos hecho referencia al comentar el precedente apartado 3 —evidentemente anotación del art. 42.9 L.H. “por imposibilidad del Registrador”—). Podría el legislador haber sido más generoso con las comunicaciones notariales remitidas por telefax y dado que en todas ellas figura la hora de su envío, haber aplicado con rigor el *prior in tempore*, pero ello hubiera supuesto, sin duda, un trato de favor que se ha negado a los títulos remitidos por correo y que hubiese exigido la reforma de todas las normas relativas al modo de llevar el Libro Diario y quizás incluso la del art. 252 L.H. —imposible por vía reglamentaria— que declara la nulidad de los asientos hechos fuera de las horas en que deba estar abierto el Registro. Reforma, por otra parte, deseable para conseguir la máxima eficacia del principio de seguridad jurídica y la erradicación del fraude inmobiliario. No nos impacientemos y confiemos esperanzados en futuros pasos hacia adelante.

Los asientos de presentación de las comunicaciones enviadas por los Notarios por medio de telefax no son asien-

tos de presentación “definitivos”, ya que exigen un algo más, quizás, más que quizás, sin duda, por no ser dichas comunicaciones en puridad un título o documento auténtico de los definidos por nuestro Ordenamiento jurídico. Ese algo más es la presentación en el Registro, en el plazo de los diez días hábiles siguientes, de copia auténtica de la escritura que lo motivó. De no hacerse así el asiento de presentación caducará (inciso 2.º del párrafo 1.º del apartado 4). “La presentación dentro de dicho plazo se hará constar por nota al margen del primer asiento y a partir de la fecha de esta nota correrán los plazos de calificación y despacho” (inciso final del expresado párrafo 1.º del apartado 4). Se reitera el contenido del hoy derogado art. 418 e) R.H.

398

Ha quedado fijado el plazo para la presentación de la copia auténtica lo que motivará la nota marginal correspondiente, y el que los plazos de calificación y despacho se contarán desde la fecha de dicha nota marginal. Pero nos quedan dos preguntas en el aire:

La primera es: ¿desde cuándo produce sus efectos el asiento de presentación, o sea, desde qué fecha no mantienen cerrados provisionalmente los libros de inscripciones a títulos que se opongan o que sean incompatibles con el ya presentado? ¿Desde el primer asiento (el que causó el telefax) o desde la nota marginal que lo “ratifica”, por así decirlo? Parécenos que la respuesta sólo puede ser la del primer asiento, lo que equivale a dar efecto retroactivo a la segunda presentación; de mantenerse lo contrario para nada serviría la remisión del telefax y nos habríamos cargado el invento (interpretación *ad absurdum*).

La segunda: ¿ha supuesto esta innovación una ampliación del plazo de vigencia del asiento de presentación, que de sesenta días puede pasar a setenta? También nos parece que la respuesta ha de ser afirmativa y que esto es lo que ha querido decir el legislador al hablarnos de “plazos de calificación y despacho”. Se nos puede alegar que se opone a esta interpretación el principio de jerarquía normativa. Lo

admitimos, pero en defensa, quizás débil, de nuestra posición invocamos el art. 97 R.H. que, también por vía reglamentaria, contempla un supuesto de ampliación de su vigencia del asiento de presentación referido al caso de que el título presentado tuviere defecto subsanable y los documentos subsanatorios se presentaren al Registro dentro de los diez últimos días (coincidencia en el número de días) de vigencia de tal asiento de presentación. Téngase en cuenta, además, que la interpretación contraria —sesenta días desde el primer asiento— supondría acortar los plazos normales de calificación y despacho en detrimento de la función del Registrador e ignoraría la propia letra del precepto.

Según el inciso 1.º, párrafo 2.º del apartado 4, del propio art. 418 R.H. “si al recibir la comunicación el Registrador comprueba que la finca está situada en otra demarcación registral se pondrá en conocimiento del Notario autorizante inmediatamente por medio de telefax”. El R.D. 1558/1992 nada establecía al respecto, ni tampoco lo hacía la Orden de desarrollo de 1993. Sí encontrábamos en esta Orden, concretamente en su art. 3.º, una normativa similar pero con referencia, no a la comunicación notarial para extender asiento de presentación de la escritura autorizada, sino a la solicitud de información registral.

El supuesto contemplado en el actual art. 418.4 es un tanto rebuscado, no parece normal que se produzcan errores de este tipo y si se producen será en el supuesto excepcional de que el Notario no haya solicitado la información registral previa, bien por no ser necesaria o bien por tratarse de un caso de urgencia acreditada.

La utilización del adverbio “inmediatamente” ha sido criticada por GARCÍA-ARANGO (“Ilegalidad del nuevo artículo 418.4 del Reglamento” en el número 164, 2.ª Quincena, marzo, 1995, de la *Revista Lunes 430*), alegando que “mientras para la actuación notarial no existen días y horas inhábiles, en el Registro sin duda existen por imperativo legal. Conforme a ello ¿puede entenderse que el art. 418.4 esta-

blece la obligación de mantener el fax abierto las veinticuatro horas del día? ... ¿O que el Registrador, que ha de comunicar “inmediatamente” que la finca pertenece a otra documentación registral, debe organizar turnos de guardia en torno al aparato?”. Con el respeto que siempre nos merecen todas las interpretaciones en Derecho y como opinión meramente personal y sin deseos, ni posibilidades, de pontificar, consideramos:

— que a la primera pregunta (obligación de mantener el fax abierto las veinticuatro horas del día), debemos responder que sí; que el fax de los Registradores debe estar permanentemente abierto. Puesto que los Notarios no tenemos ni días ni horas inhábiles, es posible que para cumplir lo prevenido en el art. 249.2 R.N. tengamos que remitir la comunicación (telecopia) fuera de horas de oficina del Registro, que gozarán de la preferencia que les reconoce el art. 418 R.H., que literalmente se refiere a las comunicaciones “que se reciban fuera de las horas de despacho”. Si el fax está cerrado ¿cómo se pueden recibir fuera de hora?,

400

— y que a la segunda pregunta (hay que organizar turnos de guardia), replicamos que no. Y que no en los términos que el propio GARCÍA-ARANGO admite como explicación menos drástica: es decir, informar inmediatamente al Notario, si la comunicación se recibe en horas de oficina; e inmediatamente a primera hora del día siguiente si se remitió fuera de esas horas. Interpretación que nos parece congruente con el sistema implantado y que se asienta sobre la piedra angular de la seguridad jurídica. Quizás convenga, además, que no nos olvidemos del espíritu similar que inspiró la reforma introducida por el R.D. 430/1990, de 30 de marzo, al añadir los arts. 418 a), b), c) y d) al R.H.

Finaliza el párrafo 2.º del apartado 4 del artículo que estamos examinando estableciendo que, también por telefax, el Registrador confirmará, el mismo día o el siguiente hábil, la recepción de la telecopia y comunicará su decisión de prac-

ticar o no el asiento de presentación. A lo que expusimos en su momento al comentar el art. 249 R.N. nos remitimos.

5. “Los órganos judiciales podrán enviar por telefax al Registro de la Propiedad competente las resoluciones judiciales que puedan causar asiento registral, el día de su firma o en el siguiente hábil. En el mismo plazo, a través del mismo medio y a los mismos efectos, las autoridades administrativas podrán enviar al Registro de la Propiedad los documentos que hayan expedido.= A los referidos envíos les será de aplicación el régimen de asientos y de caducidad de los mismos previsto en el apartado 4 de este artículo, así como las disposiciones, en él contenidas, sobre comunicaciones al remitente respecto a la situación de la finca, a la confirmación de la recepción del envío y a la decisión del Registrador de proceder o no a practicar el asiento de presentación”.

Como ya hemos dicho, los documentos remitidos por correo por autoridades judiciales o administrativas gozaban, según la anterior redacción del art. 418 R.H. (la que le había dado el R.D. de 12 de noviembre de 1982), de un privilegio especial, a saber: la obligatoriedad impuesta al Registrador de extender en todo caso el correspondiente asiento de presentación. La reforma de 1992 no modificó este criterio, si bien omitió toda referencia a la posibilidad de que fueran remitidos por telefax, lo que ya preveía la L.E.C. para las resoluciones judiciales (arts. 288 y 299). La nueva regulación rectifica este criterio y, en aras del principio de igualdad, “extiende la transmisión telemática a los documentos judiciales y administrativos”, como leemos en su preámbulo. El régimen instaurado en el mismo que hemos examinado respecto a los documentos notariales, con la única excepción de ampliar el plazo de remisión. En vez del mismo día, las autoridades judiciales y las administrativas podrán enviar por telefax al Registro competente las resoluciones o documentos que puedan causar asiento registral “el día de su firma o en el siguiente hábil”.

Duda GARCÍA-ARANGO de la legalidad de la reforma; considera que la equiparación entre documentos notariales-judiciales y administrativos, establecida quizás a efectos exculpatorios, puede ser más aparente que real; alega que no todos los juzgados disponen de fax y que muchas oficinas administrativas sólo tienen horarios de mañana; y se pregunta si podría ganar prioridad el mandamiento remitido desde el fax del Procurador de la parte que lo ha obtenido a su favor.

El que no todos los juzgados dispongan de fax no nos parece argumento digno de ser tomado en consideración; el que las oficinas administrativas sólo tengan horario de mañana, tampoco —puede que por ello se les conceda, al igual que a los órganos judiciales, un día más para remitir la comunicación—; y en cuanto al fax enviado por el Procurador entendemos que no debe admitirse —salvo que el Juez o Tribunal lo hubieren autorizado expresamente, en interpretación benevolente del art. 299 L.E.C.—, por referirse la letra del precepto literalmente a los órganos judiciales, debiendo ser ellos —por sí o a través de los funcionarios a su servicio— y no las partes quienes remitan el fax, al igual que, según el 249.2 R.N., debe ser el Notario —por sí o mediante sus empleados o auxiliares— el que remita la comunicación por telefax y no el adquirente del bien o beneficiario del derecho.

402

No nos cansaremos de reiterar siempre el mismo argumento: todo reforzamiento de la seguridad jurídica y toda medida encaminada a evitar el fraude inmobiliario nos parecen dignos de alabanza, aunque ello se intente conseguir por vía reglamentaria y de desarrollo de la Ley, siempre que no sea contraria o conculque lo establecido en ella.

Lo que sí puede decirse, y lo decimos, es que la rúbrica o título del R.D. 1558/1992 es incongruente con su contenido, por cuanto ya no se limita a la colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, sino que se amplía a la colaboración de dichos Registros con los órganos judiciales y las autoridades administrativas.

E) Adición de un párrafo segundo al artículo 418 a), del Reglamento Hipotecario

Según el primer párrafo de este artículo, introducido por el R.D. 430/1990, de 30 de marzo, “si concurren razones de urgencia o necesidad, cualquiera de los otorgantes podrá solicitar del Registro de la Propiedad del distrito en que se haya otorgado el documento, que se remitan al Registro competente, por medio de telecopia o procedimiento similar, los datos necesarios para la práctica en éste del correspondiente asiento de presentación”.

Como norma de régimen interno, y quizás para evitar luchas fratricidas, se añade un párrafo segundo en el que se prescribe que “en las poblaciones donde exista más de un Registro se establecerá entre los existentes un turno semanal para el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior”.

La introducción de este Registro de guardia para casos de urgencia o necesidad no merece un mayor comentario. Quizás solamente recordar que su horario continuará siendo el normal de horas de oficina (art. 360 R.H.).

403

F) Nueva redacción del apartado 1, del artículo 418 c), del Reglamento Hipotecario

En la redacción que a este apartado 1 le había dado el repetido R.D. 430/1990 se establecía que el Registro de destino competente —el que recibía la comunicación del Registro de origen (el del distrito donde se había otorgado el documento)— debía extender el asiento de presentación solicitado al final del día, inmediatamente antes de la diligencia de cierre; y que si fueren varias las telecopias, los asientos se practicarían por el orden de su recepción.

Con este sistema el principio de prioridad recibía un golpe bajo que le dejaba al borde del K.O. ¿Para qué servía

acudir con prisas al Registro del distrito, si el asiento solicitado iba a incorporarse necesariamente al pelotón de cola de la etapa del día?

Las aguas vuelven a su cauce con la nueva redacción: el asiento de presentación se extenderá conforme a la regla general, o sea, por su orden de recepción.

¿Y si el telefax del Registro de origen se recibe fuera de horas de oficina? Este supuesto puede darse en cuanto que ambos Registros pueden tener distinto horario de apertura y cierre (art. 360 R.H.). El art. 418 d), R.H. —también introducido por el R.D. 430/1990— establece que “sólo se podrán practicar las operaciones a que se refieren los artículos anteriores (presentación en el Registro del distrito en que se haya otorgado el documento y su remisión por telecopia o procedimiento similar al Registro de destino competente) durante las horas que sean comunes. Igual criterio se aplicará respecto a días hábiles”. Norma que actualmente ha de ser aplicada de acuerdo con la regla general del apartado 4 del nuevo art. 418, lo que implica que la telecopia del Registro de origen que se reciba en el destino fuera de las horas de despacho se asentará el día hábil siguiente inmediatamente después de la apertura del Diario y simultáneamente con las que se presenten físicamente a esta misma hora en la forma que prevé el art. 422 del propio Reglamento Hipotecario.

404

G) Adición de un inciso al artículo 5 del Anexo Tercero del Reglamento Notarial

El R.D. 1558/1992 había añadido al Anexo Tercero del Reglamento Notarial un inciso en el que se establecía que la nueva regulación del art. 175 (obligación de obtener nota simple informativa del Registro de la Propiedad sobre la descripción de la finca, su titular, etc.) y del párrafo quinto del art. 249 (transmisión al Registro competente por telefax

de copia o escrito en relación de la escritura autorizada el mismo día del otorgamiento o en el siguiente hábil), ambos del Reglamento Notarial, no era de aplicación a los Agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero.

La derogación de dicho R.D. por la Disposición derogatoria segunda del nuevo, obligaba al legislador a reiterar lo prescrito en aquél, para lo cual reproduce en su artículo séptimo la misma normativa, si bien adaptada a los nuevos textos (“No será de aplicación lo dispuesto en los artículos 175 y 249, apartado 2, del Reglamento Notarial”).

H) Adición de un párrafo segundo al artículo 15 del Anexo Tercero del Reglamento Notarial

El artículo octavo del nuevo R.D. reitera lo prevenido en el art. 1.4 de su precedente R.D. 1558/1992, consecuencia asimismo de la derogación de éste por aquél.

Ambas normas son literalmente idénticas y suponen una reproducción del primigenio art. 175 R.N.: “La designación de cargas, gravámenes o responsabilidades a que puedan estar afectos los bienes objeto del contrato se hará constar, en primer término, por lo que resulte de la declaración de la parte transmitente o de la que constituya un gravamen y, en segundo lugar, por lo que aparezca de los títulos o documentos que se exhiban al agente diplomático o consular. También podrán hacerse constar, cuando en ello estén conformes los contratantes, remitiéndose a lo que resulte de los libros del Registro de la Propiedad”.

Cuando comentábamos, en la tantas veces citada Circular 30/1993, la regulación introducida —y ahora reiterada— por el R.D. 1558/1992, y que acabamos de exponer en la letra G precedente y en esta letra H, dijimos, y nos mantenemos en ello, que “Las razones de distancia geográfica son al parecer las que han podido inducir al legislador a establecer esta excepción, que conserva el régimen preexistente respec-

to de nuestros Notarios en el extranjero. No nos convence la razón —porque kilómetro en mano no es cierta en muchos casos— ni, por tanto, la diferencia de trato. Si lo que se pretende conseguir es la defensa del consumidor evitando los fraudes, la nueva normativa debería ser aplicada con carácter general. Pensando mal más de uno podrá imaginar que se está invitando a los pocos puros a vender o gravar en el extranjero ante nuestros representantes” y que “tampoco estamos de acuerdo en que se haya suprimido la advertencia expresa del derogado art. 175, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial: conveniencia de que se acredite el estado de cargas con la certificación del Registro o la comprobación directa examinando sus libros”.

1) Introducción de una norma de derecho temporal en el modo de llevar el Libro Diario

A este respecto la Disposición adicional única del R.D. establece que “en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de este Real Decreto, deberá quedar informatizado el Diario en todos los Registros de la Propiedad de España”.

Como de todos es sabido, los Registradores de la Propiedad deben llevar un libro llamado Diario (art. 248 L.H.) o Diario de las Operaciones del Registro (art. 362 R.H.), donde en el momento de presentarse cada título extenderán un breve asiento de su contenido. La Resolución de nuestra Dirección General de 27 de agosto de 1987, al mismo tiempo que estableció la obligatoriedad de los libros de hojas móviles de inscripciones, previó que el Libro Diario podía llevarse en libros encuadernados y foliados o en libros de hojas móviles.

La adicional única que acabamos de reproducir da un paso más hacia delante: la informatización del Diario. La razón de ello es clarísima: poner a los Registradores de la

Propiedad en situación de cumplir las obligaciones que les impone la nueva normativa. Ya lo hemos dicho, y no nos cansaremos de repetirlo, que el peso de la colaboración entre las Notarías y los Registros se ha cargado sobre los Registradores. Son los Registradores los que deben remitir información responsable a los Notarios a la mayor brevedad, incluso para un día determinado; son los Registradores los que deben velar por cumplir la información continuada; son los Registradores los que deben extender los asientos de presentación de las comunicaciones remitidas por los Notarios, órganos jurisdiccionales y autoridades administrativos; son los Registradores los que deben confirmar la recepción de estas comunicaciones y los que deben notificar su decisión o no de practicar el asiento de presentación, lo que implica una precalificación. Para poder cumplir adecuadamente todas estas nuevas obligaciones, en el tiempo mínimo indispensable y con el máximo rigor (así lo leemos en el preámbulo) es necesario estar al día y este estar al día pasa hoy por los procedimientos telemáticos. Ya la Orden de 24 de febrero de 1993 impuso la instalación en todas las Oficinas de los Registros de la Propiedad de un nuevo telefax con línea de comunicación independiente, destinado a la recepción de peticiones de información registral y su remisión al Notario solicitante, y para la recepción de las telecopias y/o escritos del Notario. Ahora se cierra el círculo y en el plazo de un año (1.º de marzo de 1996) el Libro Diario deberá quedar informatizado en todos los Registros de la Propiedad.

407

J) Introducción de una norma de derecho transitorio respecto de la regla quinta del artículo 354 a), del Reglamento Hipotecario

Según esta regla quinta el Registrador, dentro de los nueve días naturales siguientes al de remisión de la infor-

mación responsable al Notario, deberá comunicar también a éste, en el mismo día en que se haya producido, la circunstancia de haberse presentado en el Diario otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial, así como cualquier solicitud posterior relativa a la misma finca procedente de otro Notario.

Este plazo del “mismo día en que se haya producido” queda ampliado hasta “las veinticuatro horas siguientes de haberse producido la variación” durante el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor del nuevo R.D., según la Disposición transitoria única de éste; o sea, hasta el 1.º de marzo de 1996.

El legislador estima que la informatización del Diario permitirá a los Registradores las comunicaciones de que se trata en el mismo día en que se hayan producido.

408

Finalizamos así el repaso que hemos hecho de la nueva regulación que, según lo expuesto, estimamos que ha mejorado el intento precedente. Hay puntos de interpretación dudosa; nos hemos hecho muchas preguntas y hemos dado muchas respuestas, de las que más de una, de seguro, no será compartida; y es evidente —como ha puesto de relieve el Presidente del Consejo General del Notariado, ANTONIO PÉREZ SANZ en el n.º 65/1995, febrero, de la *Gazeta de los Notarios*— que hay espacios no cubiertos al no ser instantánea todavía la conexión Notarías-Registros. No obstante lo dicho y con él y como él confiamos esperanzados en que el interés y buen hacer de Notarios y Registradores reduzcan, con su diligencia, al mínimo los períodos de tiempo, verdadera zona “negra” o de “oscuridad” del sistema. Sistema que, como todo en esta vida, es mejorable y de seguro que lo será en un futuro no muy lejano. El primer paso será la ya impuesta informatización del Libro Diario, el segundo podría ser su consulta a distancia por ordenador seguido de la presentación en el Libro Diario por el mismo sistema que provocaría simultáneamente a la autorización el cierre

registral previsto en el art. 17 L.H. No es idea de este amanuense, que continúa anclado en el pasado y escribiendo todos sus originales a mano, sino del Delegado de la recién creada Sección de Informática de la Junta de Decanos, nuestro compañero MARÍN CALERO, que lo considera un “coser y cantar”. El tiempo nos lo dirá.

SOLICITUD DE INFORMACION (ART. 175 RN Y 354 RH)

NOMBRE Y APELLIDOS DEL NOTARIO: _____

DIRECCION DE LA NOTARIA:

Calle: _____ Localidad: _____

NUMERO TELEFAX: _____ (Prefijo _____)

NUMERO TELEFONO: _____ (1)

=====

SOLICITUD DE INFORMACION REGISTRAL N.º _____

FECHA DE SOLICITUD: _____

FINCA: La finca se describirá, alternativamente, mediante:

a) NATURALEZA: (2)

SITUACION: (3)

EXTENSION: (4)

LINDEROS:

b) o bien la descripción completa de la finca en la solicitud o por anexo.

DATOS REGISTRALES: (Si los tuviere y fueren conocidos) _____

CARGAS: (Si fuesen conocidas) _____

TRANSMITENTE: _____

TITULAR REGISTRAL: (Si fuese conocido): _____

FECHA PARA LA QUE SE SOLICITA LA INFORMACION: (5) _____

OBSERVACIONES:

SELLO DEL NOTARIO

- _____
- (1) Aconsejable para comunicar problemas recepción o información continuada.
 - (2) Urbana o rústica.
 - (3) Término municipal, calle, plaza o barrio, número, piso o local, si es URBANA o sitio o lugar, si es RUSTICA.
 - (4) Siempre aconsejable para detectar posibles segregaciones, que de otro caso no resultan de la información.
 - (5) Dentro de los 15 días NATURALES siguientes como máximo.

**COMUNICACION A LOS EFECTOS DE PRACTICAR
EL ASIENTO DE PRESENTACION DE LA ESCRITURA DE:
(naturaleza del acto o contrato)**

NUMERO PROTOCOLO: _____

FECHA: _____

OTORGANTES Y CONCEPTO INTERVENCION: (sucintamente)

DERECHO A QUE SE REFIERE LA ESCRITURA QUE SE PRE-
TENDE INSCRIBIR: _____

FINCA: URBANA O RUSTICA _____

TERMINO MUNICIPAL DE _____

CALLE, PLAZA O BARRIO, NUMERO, PISO O LOCAL: _____

(Caso de ser rústica SITIO o LUGAR): _____

(o bien descripción completa)

DATOS REGISTRALES:

REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE _____ (N.º _____)

TOMO _____, LIBRO _____, FOLIO _____, FINCA _____

411

DOY FE, que no existe contradicción entre los datos que figuran en esta comunicación y los que constan en la escritura anteriormente consignada.

NOTARIO AUTORIZANTE Y FIRMA

SELLO DE LA NOTARIA

PARTE ESTADISTICO

NOTARIO SR. _____

MES _____ AÑO _____

— SOLICITUDES DE INFORMACION _____

— ASIENTOS DE PRESENTACION REALIZADOS POR TELEFAX

— ESCRITURAS AUTORIZADAS SIN INFORMACION REGISTRAL

A) POR IMPOSIBILIDAD DE OBTENERLA:

a) POR FALTA DE REMISION DEL REGISTRO _____

b) POR OTRAS CAUSAS _____

B) POR RENUNCIA DEL INTERESADO _____

C) NEGOCIOS A TITULO GRATUITO _____

D) TRANSMITENTE ENTIDAD PUBLICA _____

OBSERVACIONES:

FIRMADO:

“La responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente”, SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M. C. Bosch, 1994.

Constituye este trabajo un interesante estudio sobre las técnicas jurídicas para la protección del medio ambiente desde el punto de vista del Derecho privado. El tema no solamente es oportuno; a su actualidad se une la necesidad que hay de una profunda reflexión jurídica sobre las instituciones y técnicas de derecho que a nivel preventivo y represivo protegerían el medio ambiente.

Con acierto, se comienza por reconocer la importancia y la trascendencia de su protección. Como se hace referencia, éste es uno de los problemas capitales que la humanidad tiene planteada desde la segunda mitad de siglo; desde la explotación intensiva de los recursos naturales, el desarrollo tecnológico, la industrialización o el proceso de urbanización de grandes áreas territoriales. Con palabras de GERMANO y ROOK BASILE, (“Agricultura y ambiente”, *Il Diritto dell’Agricoltura*, n.º 1, 1994), la realización del fin de producción de la riqueza solicita que la misma actividad económica se ejercite según técnicas que respeten las condiciones biológicas, no sólo como un hecho necesario y connatural a la actividad misma sino para asegurar la calidad de vida, así, las normas dirigidas a regular la modalidad de los bienes y de los recursos deben yuxtaponerse a normas dirigidas a hacer posible la intervención de los ciudadanos en el control y en la represión de prácticas incorrectas. De lo contrario, a largo plazo, se podría añadir, a la degradación y destrucción del entorno ambiental acompañará además, como otro mal irrefrenable, el retroceso económico; en efecto —como se reconoce en el prólogo y en el trabajo de VERA JURADO, *La Disciplina ambiental de las actividades industriales*, 1994— “la depreciación del capital natural y la destrucción progresiva del entorno ambiental y de los recursos naturales

tiene () una traducción inmediata en los costes económicos de todos los países sin excepción, (cuya) incidencia es más acusadamente grave en las economías de los países no desarrollados. Por ello, degradación ecológica y retroceso económico han pasado a ser ya compañeros de viaje inseparables y su mutua interacción tenderán a intensificarse en el futuro”.

Ante todos estos problemas e inminentes peligros, algunos ya irreversibles, sobre todo la mayor concienciación de la población ha conseguido un sustancial cambio en la actitud de lucha contra la degradación ambiental. Y así, se propugna desde todos los ámbitos —como también se refiere la autora— un planteamiento equilibrado que concilie el incremento de la producción de los bienes, el sostenimiento de un suficiente grado de desarrollo, con la conservación y protección del medio ambiente. Textos constitucionales como comunitarios así lo reconocen.

Dada la constitucionalización del derecho al medio ambiente y su novedad como bien jurídico con entidad propia, se parte de un breve análisis de su noción, como se resalta la importancia de delimitar consecuentemente el de daño ecológico; cuestiones no exentas de dificultades.

Tales nociones destacan que estamos en presencia de un problema colectivo y multidisciplinar, sobre todo hay que resaltar la importancia y resolución que en este ámbito desempeña la normativa de Derecho público —como también se apunta—, en cuanto que “el bien jurídico medio ambiente se conforma () como un bien colectivo desde el punto de vista de la titularidad de su disfrute”, por lo que su defensa de entrada será principalmente de naturaleza pública, a través de una normativa administrativa y de Derecho penal, pero “aun cuando es precisamente la primacía de intereses colectivos en el derecho ambiental lo que determina en este ámbito la insuficiencia del Derecho privado () no cabe negar el papel que () puede desempeñar (este último)”.

Desde este punto de vista iusprivatista, analiza la autora como instituciones de actuación en este ámbito: la doctrina del abuso del derecho, la responsabilidad civil y las relaciones de vecindad, intentando reflejar una nueva óptica hacia posiciones más evolucionadas y avanzadas que permitan la comprensión y resolución de este actual problema, si bien reconoce que *a priori* “el carácter comunitario de los conflictos ambientales pugna por la comprensión individualista del sistema tradicional civil pensado para resolver conflictos entre particulares”. Defendiendo, en cualquier caso, la preferencia, lógicamente y como se hace también desde el punto de vista del Derecho público, de instrumentos de prevención, aun reconociéndose las dificultades y problemas de actuación de dichos medios.

La primera de las instituciones abordadas se refiere a las relaciones de vecindad, “que empiezan a ser analizadas —cita— con una óptica nueva de acuerdo con el llamado derecho vecinal industrial”. No obstante, parte en este análisis de su consideración tradicional o de las formas históricas de resolver los conflictos vecinales; insuficientes o inapropiados para formulaciones actuales, sin embargo, en virtud de una necesaria actualización

defiende que es el cauce más apropiado con el que cuenta el Derecho privado para la defensa y protección del medio ambiente. “Si el aspecto más importante del tema de las inmisiones no es el de reparar el daño, sino evitar que se produzca () esto únicamente se consigue () si el afectado () puede exigir, frente a quien la causa, que ejercite su derecho dentro de unos límites”. Y en concreto, con base en el art. 590 del C.c. se puede dar lugar a “una limitación de carácter real que consistiría en hacer cesar de modo directo en el comportamiento abusivo”. Reconociéndolo como “cauce de resolución a la principal objeción que se hace a la tutela civil del medio ambiente: su escasa virtualidad preventiva”. Si “por sí solo, y desde el punto de vista de la protección al medio ambiente, no es determinante, la obligación que el mismo artículo impone en orden a la observancia de medidas correctoras alcanza la mayor importancia”, dado su carácter ordenatorio y preventivo que no exige la causación de un daño para poder fundamentar una reclamación en orden a evitar un riesgo.

Así, destacada su trascendencia como técnica jurídica de defensa del medio ambiente procede a un análisis exegético de dicho precepto, complementario, si se quiere, del art. 1.908 del C.c., en cuanto que si hay un daño indemnizable el artículo aplicable sería éste, de tal modo que respecto de la anterior técnica ésta tiene un carácter represivo o reparatorio. “Consagra así un principio tradicional del derecho de daños, según el cual el que causa un daño está obligado a repararlo, encarnando en el ámbito de daños medioambientales el, presentado como novedoso, principio, el que contamina paga”.

E igualmente hace un estudio exegético del art. 1.908 C.c.: sujeto responsable, ámbito de aplicación o supuestos de integración, el fundamento de tal responsabilidad; examina asimismo el alcance y la naturaleza de las licencias de apertura y funcionamiento de industrias causantes de posibles riesgos para relacionar el papel que desempeñan en la aplicación por los arts. 590 y 1.908 C.c., y el carácter que dentro de las relaciones de vecindad se asigna al art. 1.908, para con posterioridad relacionar ambos artículos con el fin de dar una respuesta al problema que presentan las inmisiones en el ámbito de las relaciones de vecindad; tratando antes la cuestión del daño indemnizable ex art. 1.908, valorando el criterio que se sigue hoy en día como idea rectora de las relaciones de vecindad. Concluyendo al respecto que “los dos artículos (590 y 1.908 C.c.) aun teniendo distinto alcance y naturaleza se integran posibilitando su aplicación conjunta y así sustentando ambos las relaciones de vecindad formando éstas un cuerpo al servicio de la protección del medio ambiente... Forman así un conjunto coordinado de técnicas jurídicas que aportarán su imprescindible ayuda a la protección del medio ambiente desde la óptica del ordenamiento jurídico privado”.

Este amplio estudio referido a la regulación de las relaciones de vecindad en el Código civil aún se ve completado por las disposiciones que al respecto se contienen en otros cuerpos legales, en leyes especiales,

en concreto abunda en la Ley de Arrendamientos urbanos, en la Ley de Propiedad Horizontal y en la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

También hace una alusión a los derechos positivos extranjeros en relación con esta institución de las relaciones de vecindad y las líneas que inspiran la doctrina y la jurisprudencia de estos países, en concreto, en Alemania, Francia, Italia y el Derecho angloamericano. Finalizando con una exposición de las acciones derivadas de las relaciones de vecindad: la acción negatoria y la defensa interdictal, y posteriormente sobre la acción de responsabilidad ex art. 1.908, analizando la jurisprudencia correspondiente a tales situaciones.

A su juicio "las relaciones de vecindad son una opción, la más importante () que ofrece el Derecho privado a los particulares, en orden a la defensa del medio ambiente, pero no es la única porque el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos y el instituto de la responsabilidad extracontractual puede servir de basamento jurídico en el caso de que causen daños a los bienes materiales e inmateriales cuando son provocados por una gestión deficiente o antijurídica del medio ambiente".

418

En este orden de actuación, la intervención de la técnica establecida en la regla general de la responsabilidad civil concretada en el art. 1.902 C.c. resulta también destacable, aunque esta fórmula, como reconoce, no está exenta de problemas en su papel de defensa del medio ambiente, entre otros —relaciona—, uno de ellos, es la facilidad de elusión de la imposición de esta responsabilidad o la dificultad en la determinación de la relación causal, o la imposibilidad, en algunos supuestos, de reparación del daño causado por indeterminación de los sujetos causantes. Sin embargo, no hay que olvidar, en efecto, que tal institución positivamente crea incentivos para la reducción del riesgo, como toda norma sancionadora y coactiva; que no se ve diluido a través del fenómeno de la interposición de patrimonios entre el daño y el causante de éste en los casos en que existe un seguro de responsabilidad civil, toda vez que la figura tradicional del seguro no está provista para solucionar todas las incidencias ambientales, como podrían señalarse otras dificultades para su total operatividad. También a este interesante aspecto del seguro de responsabilidad civil y los daños medioambientales dedica un apartado especial, al final de su obra.

Considera a este medio, frente a cualquier obstáculo técnico y jurídico, una defensa de la sociedad contra las agresiones medioambientales. Así, en su estudio de la institución de la responsabilidad ex art. 1.902 en su enfoque respecto al medio ambiente parte de un análisis primero de las ideas generales de este tipo de responsabilidad y su evolución, fundamento, elementos que la componen; Los problemas referentes a la acción u omisión ilícita, el daño indemnizable, la relación de causalidad, la producción del daño por varios sujetos, la legitimación activa (con alusión al Derecho comparado); todo ello completado con una referencia jurisprudencial. Concluyendo con el apartado dedicado a la responsabilidad civil del delito ecoló-

gico: relación de la obligación nacida del acto ilícito con el proceso penal y la responsabilidad civil derivada del delito ecológico.

Pero incluso la técnica del Derecho privado pone a disposición en orden a esta defensa otra institución cual es el abuso del derecho, medio preferente invocado por algún sector doctrinal, aunque en cualquier caso citado como de útil aplicación. De igual modo, esta figura es tratada desde el punto de vista que interesa al problema del medio ambiente teniendo en cuenta al respecto jurisprudencia, doctrina y legislación.

Por último, este trabajo es sin duda, además de por la propia importancia de la materia en sí, referencia necesaria para el estudio y solución de tales problemas, parada obligada para todos aquellos que se interesen por este tema, que se expone con una gran claridad y transparencia, lo que hace más amena y fácil su lectura.

Esther Muñiz Espada
Universidad de Valladolid