



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

OCTUBRE~DICIEMBRE 1999

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

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

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-Radio
- D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
- D. Angel Martínez Sarrión
- D. Antonio Soto Bisquert
- D. Luis 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 Díe Lamana
- D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

REDAKCIÓN Y ADMINISTRACIÓN
DE LA REVISTA
"ANUARIO DE LINGÜÍSTICA"
C/ PASO DEL GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 46, 6.º
28010 MADRID
TELÉFONO: 91-308.72.32
FAX: 91-308.70.53

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

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

Homenaje al Excmo. Sr. D. Ramón M.^a Roca Sastre en el centenario de su nacimiento

- 1 PINTÓ RUIZ, José J.: "La conceptualización instrumental de Don Ramón M.^a Roca Sastre".
- 37 ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: "Roca Sastre en mi memoria".
- 117 VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: "El Derecho en el pensamiento de Ramón M.^a Roca Sastre".
- 155 BOLÁS ALFONSO, Juan: "Clausura del acto homenaje".
- 187 LÓPEZ BURNIOL, Juan José: "Roca Sastre: perfil humano de un jurista universal".
- 213 MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: "Don Ramón M.^a Roca Sastre, genuino romanista".
- 231 PUIG FERRIOL, Luis: "Roca Sastre, magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña".
- 257 PUIG SALELLAS, Josep M.^a: "Roca Sastre y la compilación de 1960".

Estudios

- 7 BAÑEGIL ESPINOSA, Adolfo: "La sociedad de garantía recíproca como sociedad *sui generis*: aspectos jurídicos de las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y de las entidades financieras".
- 43 GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?".
- 497 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "La dogmática del instrumento público y la glosa *accursiana*".

**HOMENAJE AL
EXCMO. SR. D. RAMÓN M.^a ROCA SASTRE
EN EL CENTENARIO DE SU NACIMIENTO**

El día 15 de abril pasado se celebró en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Madrid un acto homenaje a don Ramón M.^a Roca Sastre, conmemorativo del centenario de su nacimiento, organizado por la Academia Matritense del Notariado.

Recogemos en primer lugar las palabras pronunciadas por las personas que intervinieron en la sesión académica, y después las colaboraciones realizadas por cuatro autores con motivo del centenario:

Pintó Ruiz, José J.: "La conceptualización instrumental de Don Ramón M.^a Roca Sastre".

Roca-Sastre Muncunill, Luis: "Roca Sastre en mi memoria".

Vallet de Goytisolo, Juan B.: "El Derecho en el pensamiento de Ramón M.^a Roca Sastre".

Bolás Alfonso, Juan: "Clausura del acto homenaje".

Colaboraciones:

López Burniol, Juan José: "Roca Sastre: perfil humano de un jurista universal".

Martínez Sanchiz, José Ángel: "Don Ramón M.^a Roca Sastre, genuino romanista".

Puig Ferriol, Luis: "Roca Sastre, magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña".

Puig Salellas, Josep M.^a: "Roca Sastre y la compilación de 1960".

La *Revista Jurídica del Notariado* quiere así sumarse a este merecido homenaje.

LA CONCEPTUACIÓN INSTRUMENTAL DE DON RAMÓN M.^a ROCA SASTRE

JOSÉ J. PINTÓ RUIZ

Abogado

11

I. Exordio

Ante todo debo mostrar mi agradecimiento, Sr. Decano, por dos razones fundamentales. La primera, por el honor que significa el otorgarme que diserte desde esta importante, prestigiosa tribuna, y la segunda, por darme la oportunidad de que aun en la parvedad de mi verbo, pueda testimoniar mi admiración, agradecimiento a D. Ramón M.^a Roca Sastre, juez, registrador, magistrado, notario y abogado; agradecimiento por lo que me ha enseñado con su ingente obra escrita, y muchísimo también coloquialmente y por lo que me ha confortado, con su exquisita serenidad, en mis dudas y vacilaciones. Respeto así el deber de gratitud que, como ocurre con las prestaciones periódicas, nunca se extingue con los parciales cumplimientos sucesivos, antes bien, por el carácter ex-

celso de esta virtud, debe permanecer vivo e inextinguible. Yo siempre estaré en deuda con él y con su memoria.

Cuanto voy a decir pretende ser rigurosamente objetivo; al fin y al cabo, dentro de la mayor objetividad la personalidad del gran jurisconsulto no puede sino atraer toda suerte de veraces juicios encomiásticos de alta intensidad, que no acertaré a expresar.

II.

12

Han transcurrido algo más de 75 años, era en marzo de 1934 cuando D. Ramón M.^a Roca Sastre dio una conferencia, patrocinada por la Academia de Jurisprudencia y Legislación barcelonesa, desde la sede misma, del Colegio de Abogados de Barcelona. Y tantas y tantas conferencias ha dado D. Ramón que no parece hallarse razón para detenerse precisamente en este acto, de docencia, acaecido entre una multitud de otros semejantes. Pues sí, la conferencia versaba sobre el heredamiento fiduciario en el Pallars Sobirà. En esta comarca radicaba Sort, y allí Roca Sastre, en el año 1925, tomó posesión de su cargo de registrador de esta ciudad. Pronto advirtió la intimidad de la vida de aquella comarca gracias a su residencia y al Registro. Asiento de inscripción tras asiento de inscripción, la vida fluía, precisa y descriptiva de las mismas vivencias, varias y reales al folio registral.

Efectivamente, en 1934 don Ramón M.^a Roca Sastre pronunciaba en el salón de actos del Colegio de Abogados barcelonés esta famosa conferencia sobre: “El heredamiento fiduciario en el Pallars Sobirà”. ¡Y claro que fue famosa! Y lo fue por su contenido: divulgar aquella curiosa institución de heredero a favor de aquel de los hijos del otorgante que designaran dos parientes, lo que chocaba con aquello que siempre aprendimos de que el testamento es un acto personalísimo (*vide* D. XXVIII, tít. 5 *de heredibus instituendis*,

frag. 32), pero se trataba de conseguir el acierto en la designación de quien resultara ser el mejor, cosa que la estrechez económica de la poca generosa tierra de la comarca con la consecuencia de casamientos tardíos hacía difícil, pues los padres no sobrevivían lo suficiente para comprobar la calidad del hacer de sus queridos descendientes, comprobación que sí podía efectuar el colegio de parientes. Claro que fue famosa, porque Roca explicó la razón de aquello que parecía un rompecabezas sin sentido, tornándolo sencillo y claro, como simple resorte de acierto en la institución.

Claro que había instituciones, como el heredero de confianza, o en Castilla el testamento por comisario del Fuero Real, que tenían ciertas afinidades con el heredamiento fiduciario del Pallars Sobirà, claro que ya se vislumbraba que Roca Sastre captaba la realidad vital del hombre y hasta, como táctilmente, de la orografía y por esto había advertido que en la tierra alta, la dureza e ingratitud del agro hacían que el heredero exigiera una institución contractual con irrevocabilidad, en tanto que a medida que la altura se suavizaba, se suavizaba la vinculación, y cuando se llegaba a las feraces tierras llanas, bastaba el testamento con su clara y esencial nota de irrevocabilidad. Claro que esta conferencia era una muestra más de esta actitud de aproximación a la vida misma, claro que sí, pero su singularidad –y por esto la traigo aquí a colación– está en el exordio que viene a ser *como una especie de parábola que contenía –repito– esta filosofía que diera unidad a la obra de Roca.*

Ya explicaba Roca Sastre que en aquella comarca, en la noche de San Juan, al apuntar el solsticio de verano, los jóvenes, partiendo de sus sedes, de sus casas, que salpican de núcleos de recoleta vida las altas cumbres, rasgaban con ramas encendidas la obscuridad de la noche, formándose seguidamente largas filas de núcleos luminosos que descendían y convergían hacia el pueblo y llegaban hasta la plaza, en donde, acumulándose aquellas fuentes luminosas, se formaba una gran hoguera que ILUMINABA el pueblo.

Y mostrando así el maestro, D. Ramón María Roca Sastre, que aquella luz (*lumen sapientiae*) que iluminaba la ciudad no era más que la colección, el conjunto de singularidades de los sentires y vivencias de alrededor.

Era el fulgor objetivo, contrastado por la *lumen mentis* de Roca (como diría Vallet), el que proporcionaba una auténtica visión de la realidad jurídica, perfectamente *sistemizada, conectada con la tradición y la manifestación de ésta en el presente, digerida, dogmáticamente perfilada* como propia institución, inteligible y asimilable.

14 Así, Roca comenzaba enseñando una institución consuetudinaria que captaba de las mismas entrañas del pueblo, pero no sólo lo enseñaba, sino que quería mostrar que así debía hacerse; y Roca Sastre analizaba los antecedentes históricos, los elementos personales, reales y formales, actualizaba concepciones de la institución que tras descubrirla, la perfilaba para hacerla inteligible en su realidad vital. Muchos años después —recordaba Vallet y también su hijo Luis— al prologar el libro de PUIG BRUTAU, Roca lanzaba aquella significativa —y congruente— frase: “El Derecho «no se crea» sino que sólo SE DESCUBRE”, refiriéndose, claro está, al ordenamiento espontáneo como diría Figa.

No se trata de meras anécdotas. La actitud de Roca Sastre es profundamente consecuencial de su ser y de su quehacer, reconstruyendo lo que descubre con absoluto rigor lógico, y con un decidido y firme propósito pedagógico conducente a una evidente utilidad práctica, utilizando para ello un instrumental y bien perfilado dogmatismo.

Claro que Roca Sastre muestra grandes afinidades con SAVIGNY, y claro que Roca Sastre efectúa siempre un cierto examen del Derecho positivo; pero no puede decirse que olvide jamás la realidad misma de la vida, que penetra en la misma intimidad de su pensamiento jurídico y que —en su sentir— ha de perseguir y acomodarse a los ideales abstractos de forma tal que sean *realizables*, que sean efectivamente realizables para una sociedad *dada* de un *tiempo* determinado.

Es hermoso, por ejemplo, recordar el *usufructo universal de viudedad*, pese al desuso del *usatge vidua*, tal como lo explica, vive y siente el mismo Roca, como viviendo en la casa rural, a la sombra de aquella “señora, majora poderosa y usufructuaria”, y percibiendo que no es sólo un derecho real en cosa ajena, sino un usufructo de *regencia*, que cubre la gestión en el interregno de la muerte del contratante y la formación y capacitación del heredero. En medio del rigor lógico, fluye de la pluma de Roca Sastre, líricamente, la vida misma.

III.

Roca Sastre estudiaba, preparaba sus oposiciones, meditaba, *paseando, andando, circulando intensamente, caminando no tensamente ni tampoco relajadamente, sino vigorosamente*, como si así trascendiera (ese trascender es connatural al Derecho, que vale y sirve a su finalidad en tanto que trasciende) *el caudal de aprehensión, de captación y el tono de su síntesis intelectual* que se producía eficazísimamente.

15

Pero este *reflejo físico* de su actividad intelectual tan fructífera (juez, registrador, notario, magistrado) también se manifestaba cuando en la serenidad reflexiva de su despacho, cuando era preciso definir, perfilar, delimitar, es decir, *precisar*, se levantaba, y entonces el jubiloso esfuerzo mental y el subsiguiente hallazgo de la expresión feliz y certera transcendían de nuevo en el vigor de su deambular. Y este vigor de su deambular contrastado con la firmeza de sus paradas iba acompañado de una *oralidad* singularísima. Si su palabra escrita es serena, reposada, didáctica, conduciendo placentera y sosegadamente al lector al conocimiento de la cuestión, partiendo de un punto y generalizándose en espiral, lenta y firmemente; en cambio, en la narrada situación coloquial, traslucía su entusiasmo por la eficacia del resorte jurídico que contemplaba, casi diría como si sintiera un propio goce esté-

tico. Sus imágenes eran entonces agudas, mostrando cómo la *institución* retornaba, restituía a la vida aspectos, matices, distinciones que anidaban en su seno. En su entusiasmo, extensamente sobrio, pero por dentro intenso, transmitía inevitablemente a su interlocutor la sensación de que *la institución* cobraba vida propia, autosuficiente y creadora. Algo así como lo que Clemente de Diego decía de la ley, al manifestar que luego de promulgada vive y evoluciona. Dijo en una ocasión que la ley –el Derecho positivo– configura la institución por sus límites exteriores, sus contornos, y sus aspectos vistos desde fuera, pero dentro contiene un caudal riquísimo, utilísimo. Decía incluso que la ley era como la envoltura del caramelo, que muestra su forma externa, indica qué sabor tiene, pero sólo cuando se entra en su intimidad y se percibe su auténtico sabor, se puede matizar y recibir toda la plenitud de su contenido a veces ambivalente. De aquí pasa a la determinación del Derecho con suma facilidad. El salto en la manera de pensar es agilísimo. La dogmática jurídica estará siempre preocupada por extraer de la norma escrita, aun heterointegrándola, todo aquel contenido posible que las necesidades de la vida exijan. Pero el contenido literario real de la norma tiene sus límites de flexión, y los juristas están preocupados por no relajar de tal forma estas limitaciones a fin de que la determinación del Derecho no se torne subjetivista, y para evitar también que la determinación sea decidida por simples impresiones, o lesione el sistema de fuentes. Se preocupan los juristas por la pérdida de objetividad, se alarman si no se juzga con criterios objetivos e insisten en la perenne necesidad de saber a qué atenerse.

Pues bien, Roca Sastre proporciona a la vez objetividad y consiguiente seguridad jurídica, y justicia efectiva del caso concreto, mediante partir de que la ley define, perfila, contornea y establece objetivamente la institución.

Y es ésta –la institución– la que genera de forma lógica –lógica institucional– las consecuencias en cada caso, vertien-

do su propio contenido jurídico. El Derecho subjetivo discutido será definido por el contenido objetivo de la institución legitimada por la ley, y no directamente por la expresión, gramatical o literaria de la propia ley, y hasta del propio ordenamiento.

Así pues, no sólo para hacer la institución inteligible sino para que actúe en la determinación tanto cautelar como judicial del Derecho, ha hecho uso Roca de la dogmática, efectuando conceptualizaciones, pero siempre con esta finalidad, y dentro de esta técnica, ha profundizado en el conocimiento del Derecho romano, examinándolo como expresión de razón y lógica, y como objeto de corrección por los derechos locales. El conocimiento instrumental del Derecho romano era también exquisito.

IV.

17

Roca Sastre disponía de una mesa, inmensamente larga –así la veía yo– sobre la que solían pender varios libros de ilustres juristas, abiertos en lugares determinados, muchas veces abundantemente subrayados –muchos de ellos glosadores del *Corpus Iuris Civilis*– antojándoseme a mí el conjunto como algo sencillamente luminoso. Pero en el lado izquierdo de la mesa, según la posición del visitante que la contempla de frente, había un mínimo, pequeñísimo espacio, cuya superficie se alzaba a un nivel ligeramente inferior al resto de la mesa, en donde se fraguaba la ingente creación de Roca que teclaba fecundamente en la vieja máquina de escribir manual. Contrastaba el gran espacio destinado a la ciencia de los demás con la humilde y sencilla posición del destinado a la creación propia, actitud humilde y sencilla propia de los grandes genios. Y en la pared presidía un crucifijo, con toda la inmensidad sin límite que se predica de su significación.

Muchas, muchísimas veces, cuando el visitante osaba en-

treabrir la puerta e interrumpir el teclear de Roca Sastre, éste terminaba de estampar la frase y esbozaba una suave, pero profunda, íntima, sonrisa, diciendo, no con la palabra, sino con la amabilidad de su mirada, algo así como “No me molestas, estoy contento de charlar contigo”.

Roca Sastre entonces solía sentarse en un sillón, cuya espalda quedaba casi yuxtapuesta a un lienzo de la biblioteca. Allí, tras el sillón, un poco más arriba estaba el *Corpus Iuris Civilis*, en aquella tan conocida edición bilingüe de GARCÍA DEL CORRAL. Se comentaba, en una ocasión, una cláusula resolutoria expresa colocable dentro de la esfera del artículo 1.504 del Código civil. En un momento, el consultante, al referir el texto de la cláusula dijo algo así como “en caso de impago quedará *automáticamente* resuelto el contrato”. Vivamente se alzó la mano derecha de Roca Sastre, sus ojos, reprobantes, se iluminaron, y sin pizca de timidez dijo: “Eso no, quedará resuelto si el vendedor *VOLET*, «*SI VOLET*»”, repitió con firmeza. Y en aquel instante llevó su mano derecha hacia atrás, tomó uno de los tomos del GARCÍA DEL CORRAL, o sea, del *Corpus*, lo llevó frente a sí mismo, depositándolo en su regazo en tanto que su dedo índice estaba en el interior. Abrió el libro por la propia acción de su dedo índice y apareció abierto por el libro XVIII, título 3.º, y allí estaba el fragmento 3 de *ULPIANO* con el “... *si volet venditor exercebit, non etiam invitus*”.

Ciertamente es increíble; yo tampoco me lo creía, pero fue así. Claro que esto es anecdótico, pero es revelador de la firmeza y seguridad —nunca dicho con mayor exactitud— que tenía Roca Sastre en el manejo del Derecho romano. Y claro que el GARCÍA DEL CORRAL, aunque sólo en lápiz, aparecía subrayado.

Y es que el Derecho romano contribuía a la formación de la correspondiente estructura técnica de esta dogmática funcional.

V.

La cúpula de su concepción, “El Derecho institucional”, está soportada en un trípode que descansa en tres soportes fundamentales: su *realismo*, su *conceptualismo instrumental* y su *profunda y espontánea captación del espíritu del Derecho romano*.

Roca Sastre siente, vive, se conmueve, y penetra hasta la misma intimidad de la realidad. La conoce y hurga en ella hasta sus mismas raíces. Es un observador activo de ella. Y es que en el fondo mismo del alma anida un pintor, un artista pintor (Roca Sastre pintó en su juventud; un tío suyo fue pintor, su hijo José, q.e.p.d., fue famoso pintor, Luis, el notario y jurista, como su padre, también pinta) que la ve, la observa, la analiza, la capta, y la *recrea*, no ya sólo como una impresión, sino que la recrea para hacerla más visible, destacable, diferenciable, perceptible; para hacerla más aprehensible y asimilable por quienes contemplan su obra. La esencia que nos representa está en la realidad histórica de las vivencias que impresionan su aguda retina, que a su vez observa desde diversos puntos de vista para asumir y transmitir una imagen pluridimensional completa, entera, es decir, institucional. Y perfila sus contornos con el pincel certero –nada veleidoso– del dogmatismo, que es rigor científico, y muestra los claro-oscuros y el cromatismo con la realidad vital del romanismo, su proyección histórica, y su corrección efectiva e innegable por el Derecho local (por ejemplo, sólo vamos a citar uno, la acción pauliana romana y su significativa y aleccionadora simplificación y corrección por la constitución “Per tolre fraus”, que ROCA SASTRE analiza en dos jugosos e importantes monografías, una publicada en *ADC* y otra en *RJC* sustituyendo –resorte de eficacia y pragmatismo en beneficio del acreedor– la rescisión de la donación y el reingreso de su objeto en el patrimonio del deudor, para poder ser perseguido por el acreedor gracias a la simple inoponibilidad de la donación al acreedor, esterili-

zando así, tan elemental como eficazmente, la posible tercera de dominio utilizable por el donatario).

FIGA ("Mos italicus y los juristas catalanes", Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1976, tomo XX, pp. 273 y siguientes), dijo: "Hoy el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana, Federico de Castro, al continuar la obra de su vida, escribe un Tratado de Derecho Civil, edifica una catedral. Hoy el más grande entre los muchos y grandes juristas catalanes, Ramón M.^a Roca Sastre, al dar los últimos retoques a su obra, pinta un retablo. Podemos preguntarnos si Roca Sastre, atento a la aplicación práctica del Derecho, hubiera podido ser lo que es sin la sistematización y conceptualización del Derecho civil; podemos preguntar si Federico de Castro hubiera podido siquiera iniciar su obra sin tener el pensamiento fijo en las necesidades reales de la sociedad que le rodea. La respuesta en ambos casos es NO". Este pasaje de FIGA, abundantemente citado, lo es, finalmente, en el reciente libro del que es autor su hijo don LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL titulado *Ramón María Roca Sastre, jurista en su vida y en su obra*, que no es sólo un respetuoso libro de un hijo, sino una objetiva narración propia de un verdadero historiador, y un estudio de un auténtico jurista que sabe difundir con lealtad y respeto la ciencia del gran maestro.

20

Roca Sastre es aquel jurista inconmensurable que sigue y resigue las instituciones vitales del Derecho, con la curiosidad artística de un pintor, la sabiduría de un dogmático y la inquietud pedagógica del maestro. En su realismo, Roca Sastre, en su bondad natural, se nos reaparece inserto en el mismo Derecho, que según ULPIANO, CELSO, es *ars bono et aequi*.

Roca Sastre es un conceptualista instrumental. Toda la ciencia del Derecho la reierte Roca Sastre en la perfilación de las diversas instituciones jurídicas. El salto cualitativo de águila de Roca Sastre es memorable y genial. Recordemos cómo tanto en los albores de nuestra civilización, ARISTÓTE-

LES, como al tiempo de promulgación del Código civil, nuestro GARCÍA GOYENA, ya advirtieron que la ley, en trance de su creación, sufría una especie de purificación o expurgo de circunstancias y elementos poco frecuentes para hacerla lo más universal posible. Los elementos definidores corresponden a aquellas situaciones que ordinariamente ocurren y son suficientes. Pero suele acaecer que, en ocasiones extraordinarias, concurra algún elemento *no* expresamente mencionado por el legislador, pero al que sea especialmente sensible el caso, produciéndose así un resultado injusto. Entonces habría que echar mano de la equidad acaso correctiva y reintegrar, para el caso concreto, a la ley aquello de lo que se prescindió.

Pues bien, la técnica de Roca Sastre da un paso más, como hemos dicho, al configurar en su plenitud la propia institución, estudiarla, penetrarla y gustarla hasta su más último contenido. De este modo, aunque sólo se configuren sus contornos, la propia institución tiene un contenido dogmático y real, que permite siempre su plena reconstrucción en todos los aspectos y situaciones. Aunque la institución aparece arropada y enmascarada –envuelta– por la ley, es penetrando en la propia intimidad de la institución y gustándola como se percibe la plenitud de su contenido. Así, el conocimiento y la asunción de la esencia de las diversas instituciones y de las finalidades que con su erección se persiguen, y la percepción de su funcionamiento como resortes al servicio de estas finalidades, permiten extraer en cada caso las consecuencias que se siguen de su naturaleza y de la razón social de ser.

Roca Sastre ha podido llegar a un conocimiento –y a su consecuente divulgación y difusión– de las instituciones, viviéndolas y examinándolas en su realidad histórica y sociológica, de la mano del dogmatismo y consiguiente conocimiento del Derecho romano, y su desenvolvimiento histórico y corrección por el Derecho local o especial.

Pero jamás se ha detenido en el examen puramente téc-

nico de las diversas instituciones, sino que las ha situado en su contexto histórico, ha percibido y divulgado la finalidad perseguida, su función de resorte, para conseguir un determinado efecto, y ha dado a cada una de ellas aquella individualidad que le permite extraer de su misma esencia interna la solución a cualquier problema que en su entorno se presentara.

Por esto, la actuación de Roca no es puramente conceptualista. Se trata de una técnica para descubrir la misma raíz del Derecho. Se manifiesta y descubre a través de las instituciones vividas, sentidas y practicadas. Instituciones que enunciadas y delimitadas por las fuentes formales, tienen *su propia energía vitalizadora, su específica función de resorte al servicio de determinadas finalidades, y vienen por ello a ser la real manifestación del mismo Derecho que siempre alcanzará sus verdaderos fines si se capta y siente como consecuencia de la naturaleza predicable de cada una de las instituciones.*

22

Cuando dicta como ponente la sentencia del TC de Catalunya de 17 de julio de 1937, que el TS, en magistral ponencia del maestro CASTÁN, reprodujo siguiendo respetuosamente parejo *iter ratiointinii*, a 5 de julio de 1944, muestra y jerarquiza toda la teoría de la investigación de la paternidad, en función de un principio superior, “la verdad biológica”, abandonando la tesis fácil, voluntarista y afrancesada que descansa en el reconocimiento, expreso o tácito, voluntario. Pero cuando sentó estos principios, extendidos después a todo el Derecho español y toda Europa, no habían devenido los actuales avances de la ciencia, y era muy discutible sino utópica, la atribución cierta positiva de paternidad. Pero con este dinamismo, defendió y abrió un glorioso portillo, ya iniciado por los derechos romano y canónico, congruente con la correspondiente institución.

VI.

Queremos terminar diciendo que la sola mención de las palabras Roca Sastre es automática evocación de ciencia del Derecho, Derecho institucional, conocimiento real de todo lo divino y humano en profundidad y proyección pragmática de todo ello, es decir, jurisprudencia en el sentido clásico de la palabra, como aquel decir prudente que se nutre no sólo de lo justo y de lo injusto sino del conocimiento de todo lo divino y lo humano.

Roca Sastre significa también docencia, aquella docencia que como la lluvia invernal, es suave, paulatina, larga y sincera, no violenta ni espectacular, vivifica la tierra, penetrando hasta la profundidad de las raíces, sin deshacer, destruir ni llevarse torrencialmente la tierra productiva, antes al contrario, tornándola esponjosa y fecunda y capacitándola para dar frutos cada vez mayores, más buenos y más congruentes con la necesidad del presente; de un presente capaz de crecer, cambiante y funcional que, a su vez, arraigado en la tradición se nutre de la conciencia social que en su carácter lleva el germen de su adaptación; el mensaje de Roca es en sí mismo un mensaje de carácter permanente en la polivalencia de las instituciones, en las que, así configuradas, yo también diré, como VALLET y como CASALS, que en su lógica interna y su vínculo de coherencia y actuación de normas, CONTIENE LOS ELEMENTOS DE INMUTABILIDAD, ABSOLUTIDAD Y SUPERTEMPORALIDAD propias de la lógica del iusnaturalismo.

No es que Roca Sastre sea un *ius naturalista* que proclama explícitamente como CASTÁN esta posición. Pero en el Derecho institucional de Roca Sastre, y en el juego de su misma lógica, viven y fluyen de ella los mismos efectos que se siguen de la virtualidad del *ius naturalismo*.

El Derecho se descubre en la vida, y las instituciones pre-estructuradas se adaptan a aquella situación coherente con el ordenamiento jurídico, y adoptadas como idóneas, ellas proporcionan el caudal y fuente bastante para su determina-

ción en el caso concreto, que queda así realizado por cauces objetivos. Así, Roca Sastre, uno de los grandes juristas de este siglo (VALLET) ha efectuado las consiguientes conceptualizaciones, para sistematizar, encuadrar y crear un marco dinámico evolucionante, flexible y adaptable, pero objetivo de la normativa jurídica.

Ya en octubre-diciembre de 1979 (ADC XXXII-IV), VALLET DE GOYTISOLO se había ocupado de analizar seriamente y en profundidad la noción que Roca Sastre tenía del Derecho institucional, y después ampliamente también en su *Metodología de las leyes* y en la parte histórica de la *Metodología de la determinación del Derecho*. Pero no podemos sustraernos a leer textualmente esta muestra del difícil poder de sintetizar y resumir que muestra el propio VALLET (Vide pp. 783-784, *Metodología de la determinación del Derecho*, tomo II) al señalar las características esenciales del pensamiento de Roca Sastre, diciendo que éstas son:

24

a) Sentido de la justicia, que ha de realizarse prácticamente conforme el *bonum commune* del pensamiento aquinatense.

b) Defensa de la *libertad civil*, en la línea tradicional catalana, y de la valoración de las *costumbres*, estimando que para la vida jurídica práctica «debe pedirse al legislador civil que no estorbe con sus normas». «Donde no llegue, o no debe llegar el legislador civil, debe llegar el notario».

c) Realismo, en la línea de la misma tradición jurídica catalana, consistente en «ver las cosas con visión orgánica y compleja, pues la vida jurídica es varia y varias deben ser las soluciones jurídicas».

d) Atención a la experiencia histórica, pero, adecuada a sus variantes en los distintos momentos y lugares.

e) Perspectiva básica de que «el derecho no se crea sino que sólo se descubre»; pues, en el mundo jurídico «existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos». Figuras o

instituciones jurídicas que pueden servir «sucesivamente, según las épocas, a distintos intereses».

f) Utilización de ese derecho institucional para interpretar e integrar el derecho. A ese efecto, Roca Sastre incluía este derecho institucional en la llamada a los principios generales del derecho que el Código civil efectúa, considerando que «al juez le servirá de cantera abundante», donde buscar «las normas integradoras en la aplicación del derecho positivo respectivo».

ROCA SASTRE EN MI MEMORIA

LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL

Notario

27

Conferencia leída por el secretario de la Academia, Francisco Lucas Fernández, quien pronunció previamente las siguientes palabras:

De entre los muchos méritos de Ramón M.^a Roca Sastre, independientemente de la “llamada genética” de que nos ha hablado Pintó, quiero ahora destacar uno muy importante como es el de haber comunicado a su hijo Luis una profunda vocación por el Derecho, y más concretamente por la función notarial.

Luis Roca-Sastre Muncunill es un jurista de cuerpo entero, teórico y práctico. Sus sólidos conocimientos del Derecho están suficientemente demostrados en sus estudios, en sus publicaciones, de entre las cuales cabe destacar sus *Estudios de Derecho Sucesorio* y las últimas ediciones del *Tratado de Derecho Hipotecario*, cuya ampliación y puesta al día entraña

siempre enormes dificultades. Tiene razón Pintó cuando afirma que los juristas acudimos a Roca-Sastre para consultar temas civiles. Yo lo he hecho en muchas ocasiones y he encontrado en él la respuesta adecuada.

Pero además de jurista estudioso del Derecho, Luis es también un jurista práctico. Notario en Barcelona, se ha ganado con su buen quehacer diario, un fuerte y reconocido prestigio.

Y sobre todo, Luis es un digno continuador de la obra de su padre. Por eso es mi deseo que este homenaje a Ramón M.^a Roca Sastre sea también en gran parte un homenaje a su hijo Luis.

Luis no puede en estos momentos hablar debido a su afonía, y me ha rogado que lea unos folios que ha escrito para este acto. Así lo voy a hacer con mucho gusto.

A partir de ahora es Luis Roca-Sastre quien habla por boca mía.

En el libro que escribí sobre mi padre para la colección "Biblioteca del Seminario Jurídico Jerónimo González", titulado *Ramón María Roca Sastre, Jurista en su vida y en su obra*, me refería a él en tercera persona. Lo hice así porque estimé que, si bien él estaba muy próximo a mí, empero, estaba ya lejano en el tiempo. También lo hice de tal manera porque la narrativa es un estilo literario en el que no encaja correctamente la utilización de la primera persona.

Asimismo, en un artículo que he escrito para la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, titulado "Ramón María Roca Sastre. Pinceladas", utilicé por las mismas razones el género narrativo en tercera persona.

En cambio, ahora, al tratar de recordar parte de lo que de mi padre ha quedado en mi memoria, sin duda es más adecuado referirse a él en primera persona.

Tanto al estudiar mi carrera universitaria de Derecho, como al preparar las oposiciones a notario, cotidianamente muchas veces intentaba introducirme en el despacho de notario de mi padre. Lo hacía a través de una especie de puerta secreta que conducía a un cuarto que él calificaba de “alcoba”, que era un antiguo cuarto de baño de La Pedrera. En el mismo se amontonaban sobre mesas y sillas, libros y revistas jurídicas abiertas o con puntos que señalaban las partes de ellos que interesaban en aquello sobre lo que estaba escribiendo o consultando.

Previamente, auscultaba si tenía visita. En caso negativo, encontraba a mi padre o bien enfrascado dándole a una máquina de escribir “underwood”, o bien paseando nerviosamente por dos caminos que le ofrecían libertad para ello por no estar ocupados por mesas, sillones o librerías. Casi nunca estaba sentado, salvo cuando escribía en su máquina, en que en su silla solamente se apuntalaba. Este pasear excitado fue la forma tradicional de llenar los paréntesis o vacíos de escritura material, que, según él, era la manera más eficaz para poder razonar y estructurar los pensamientos que luego cristalizarían en conclusiones de sus dudas y problemas jurídicos.

Sigilosamente sacaba la cabeza por la cortina que separa despacho y alcoba a fin de que mi padre advirtiera mi presencia. Era señal inequívoca de que yo tenía alguna duda o confusión que requería aclaración o desarrollo. Jamás se negó mi padre a prestarme su atención y su consejo o explicación.

Le preguntaba, pues, acerca de una determinada institución jurídica, sus elementos o sus efectos, o sobre una concreta sentencia o resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Su contestación era rápida y llana, y, casi siempre, empírica, con exposición de algunos ejemplos prácticos. Verbigracia, de esta manera sencilla, didáctica y pragmática se resolvió en mí el entendimiento profundo de muchas figuras jurídicas, como sobre la estructura,

finalidad y contenido de ciertas servidumbres (la *altius non tollendi* y la *de non aedificandi*) o la constitución futura de las mismas por signo aparente. También con ejemplos llegué a enterarme de lo que propiamente era el fidecomiso de residuo, el usufructo de disposición o la sustitución preventiva de residuo, así como la llamada *successio graduum e ordinum*.

30 En la preparación de mis oposiciones a notarías, luego de dar dos o más vueltas a los temas de Derecho civil y de Derecho mercantil, tuve que introducirme en el estudio del llamado Derecho hipotecario. Fue verdaderamente difícil en un principio entender esta rara disciplina jurídica y profundizar en ella. Todo había cambiado. La terminología y la técnica eran distintas de las del Derecho civil y mercantil. El principio de publicidad inmobiliaria registral, con sus dos aspectos de la legitimación y la fe pública registrales, implicaban para mí un inextricable misterio, que escapaba de entrada a mi novicia inteligencia jurídica. En la Universidad nos habían explicado muy poco de esta ciencia registral inmobiliaria. Era como una química diversa, presidida, según me pareció, al iniciar su estudio, por la teoría de la relatividad. Pues bien, mi padre, con una paciencia bíblica, se entretuvo en explicarme las grandes normas, llamadas principios, del sistema inmobiliario registral, su constante germánica y su separación de los sistemas de inspiración francesa. Con palabras y explicaciones sencillas y prácticas me brindó varios supuestos de actuación de tales normas. Con ellos, memorizados, pude al fin comprender el porqué de la adquisición *a non domino* derivada de la fe pública registral y las aplicaciones sustantivas y procesales de la legitimación registral.

Todo ello dio pie a que mi padre me encargara de la plena conexión y comprobación de las sentencias y resoluciones citadas en su obra *Derecho Hipotecario* con sus publicaciones oficiales, cuando estaba preparando una de las nuevas ediciones de dicha obra. Sin duda, esta lectura de tales sentencias y resoluciones me facilitó en gran manera la

comprensión de las consecuencias jurídicas de nuestro sistema inmobiliario registral en todos sus aspectos, incluso en las que se refieren al derecho real de hipoteca y a las anotaciones preventivas de embargo.

Más tarde, al preparar oposiciones a notarías, al fracasar, al menos por lo que a mí se refiere, el sistema de grupos de opositores, mi padre se ofreció para confeccionar algunos de los posibles temas del futuro programa. Adivinó algunos de ellos y al salir dicho programa me redactó definitivamente dos o tres temas de Derecho civil y cuatro o cinco de Derecho mercantil e hipotecario. Realmente, constituían verdaderas monografías sobre la materia correspondiente. No eran, pues, puros temas para desarrollar el ejercicio oral. A primera vista, me parecieron excesivamente largos y complejos. Luego de leerlos y de digerirlos, me di perfecta cuenta de que ellos, con las debidas adaptaciones, me servirían para exponer técnica y adecuadamente las materias respectivas. La sencillez en el lenguaje, su ordenada sistemática y su fácil comprensión y consecuente memorización fueron condiciones suficientes para poder calificarlos de plenamente didácticos y así asimilarlos mejor y retenerlos por más tiempo.

Siempre manifesté mi agradecimiento a mi padre por esta gran ayuda en las oposiciones restringidas, las cuales, para él y para mí, representaron el doctorado en el notariado.

Otra faceta de mis relaciones estudiantiles y opositoras con mi padre fue la relativa a que, tras las exposiciones y explicaciones que me daba en mis visitas a su despacho o de la entrega de temas que me había preparado, me recomendaba, si era oportuno, la lectura de uno o varios libros, algunos escritos en lengua extranjera, muchos en italiano, y de revistas jurídicas, que él tenía en su amplia biblioteca jurídico-privada. Me facilitaba no solamente tales libros y revistas sino también el lugar concreto en que se trataba la materia consultada, explicada o utilizada por él, para las explicaciones o la confección de temas. Con ello, cargado de dichos libros y revistas, me ocultaba en el llamado "cuarto

de los armarios”, donde estudiaba y repasaba con las persianas bajadas para aislarme de la vida exterior y lograr así la más plena concentración posible.

Por todas las anteriores razones, he considerado indefectiblemente un deber de agradecimiento y respecto a mi padre por su ayuda continua y eficaz en aquellas facetas. Estimo que con su grave sabiduría y con su oblicua mirada me condujo por los caminos del estudio y de la ironía.

El semblante serio y grave de mi padre era tan sólo aparente. En el fondo, utilizó la ironía para despreocuparse de los problemas de toda índole que le fueron surgiendo diariamente. En el fondo, repito, era un ironista y en cierto modo burlón. Consideró así que hay mucho de relativo en este mundo, incluso en las leyes de la física como demostró Albert Einstein. Pero, especialmente, es la relatividad la que preside las humanidades, como la moral, la literatura, el teatro, las artes plásticas y el derecho, dejando como capítulo aparte, por intención o voluntad tácita, la política.

32

Característica propia del derecho es, en efecto, su relatividad. Lo justo y lo injusto es difícil de deslindar la mayoría de las veces. Cabe acercarse a lo uno o a lo otro, pero es imposible lograr su exactitud, como no se trate de los grandes dogmas del *honeste vivere, alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*. Los grandes principios del Derecho positivo, las mismas normas jurídicas dictadas al amparo de un sistema democrático, la jurisprudencia y la doctrina de los autores, que pueden ser válidos y eficaces y, por tanto, justos o equitativos moralmente, en un determinado momento, pueden quedar obsoletos, y así ocurre en la práctica, cada vez más rápidamente, en otro tiempo o momento, presente o futuro. Por tanto, como manifestaba mi padre, hay que tomarse muchas cosas y problemas a beneficio de inventario.

Agradezco a todos ustedes y a las instituciones que representan que por su mediación pueda agradecer a mi padre cuanto él hizo por mí en el estudio del Derecho.

EL DERECHO EN EL PENSAMIENTO DE RAMÓN M.^a ROCA SASTRE

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO

Notario

33

No suelo emocionarme, pero, ahora, lo estoy. Me ha emocionado la exposición, llena de poesía, de J. J. Pintó, que me ha evocado tantos recuerdos; también me ha emocionado todo lo que Paco Lucas ha dicho de Luis Roca, que hago mío; y lo que éste ha contado de su padre. De don Ramón, visto desde la puerta pequeña de su despacho y de la solícita ayuda que le prestó para dominar los programas de sus oposiciones. Al narrar esto, me ha recordado cuando Luis ingresó en notarías en este mismo Colegio el año 1957. Yo formé parte del tribunal que le juzgó. Sus ejercicios fueron muy sólidos y obtuvo uno de los primeros puestos en la oposición.

Ramón M.^a Roca Sastre es uno de los maestros que más han contribuido a mi formación jurídica y a que la haya orientado con visión realista y práctica. Mi afición al dere-

cho y mi preocupación por penetrar en sus razones las había incubado en el tercer año de mi carrera de derecho, en el curso 1936-1937, en la Universidad Autónoma de Barcelona, con las enseñanzas que, en sus clases, recibí del malogrado catedrático, que tanto prometía, José Alguer Micó. Pero vino nuestra guerra y, acabada ésta, cuando comenzaba yo a preparar mis oposiciones de ingreso a notarías, un amigo me llevó al piso donde, entonces, tenía su vivienda y su despacho Ramón Roca Sastre. Allí preparaba a un selecto grupo de opositores. Asistí a sus últimas lecciones, hasta que dejó de darlas, para encerrarse en su propia preparación para lograr la notaría de Barcelona. Ningún honorario quiso percibir de mí por sus clases.

34

Después, siguió siendo siempre mi maestro, no sólo en sus escritos, sino por sus enseñanzas orales. No dejaba yo nunca de visitarle cuando iba a Barcelona, y siempre aprendía algo nuevo de él. Por eso, en la dedicatoria de mis *Apuntes de derecho sucesorio* pude escribir, con toda verdad:

“A Ramón M.^a Roca Sastre, que en los primeros años de nuestra postguerra volvió a despertar en mí la afición al derecho, que se me había adormecido con el olor de la pólvora y el ruido de las explosiones”.

Aunque él había estudiado en una época en la que prevalecía el método conceptualista, su formación vital en la tradición jurídica catalana y su dedicación profesional como registrador de la propiedad, magistrado del Tribunal de Casación de Catalunya, abogado y notario, hizo que prevaleciese en él una perspectiva del derecho realista y práctica (1). Esto, naturalmente, influyó en su modo de concebir lo que es el derecho.

(1) Cfr. lo que de él expuse en Ramón M.^a Roca Sastre, *ADC* XXXII, V, 1979, pp. 591-617, del que hay recogido un extracto “El método jurídico de Ramón María Roca Sastre”, en *Estudios sobre fuentes del...*, pp. 594-616, 1055-1090.

CASALS COLLDECARRERA (2) subrayaría que ese realismo de ROCA SASTRE, apoyado “con sólida formación romanista”, no sufrió la influencia de Kelsen, “propia de la época”, y destacaría que “sorprende con la afirmación de que el derecho no se crea, sino que se descubre, de tan subsumido como se halla en la realidad fáctica, que es lo que verdaderamente interesa a Roca”. Ciertamente, el propio ROCA SASTRE ha escrito (3):

“Bajo la idea básica de que el derecho no se crea sino que sólo se descubre, hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo como posibles fórmulas de protección de los intereses humanos, entre las que el legislador o la costumbre elige las más aptas para incorporarlas a su ordenamiento positivo. El derecho histórico (o experiencia vertical) y el derecho comparado (o experiencia horizontal) nos revelan este proceso de privatización de aquellas figuras o instituciones típicas, idóneas todas para dicha función protectora y que serán objeto de elección, según las particularidades de cada país, por parte del legislador (en sus diferentes órganos de manifestación), o la sociedad (mediante las costumbres, las decisiones jurisprudenciales o la doctrina de los juristas). En ocasiones, una misma figura o institución jurídica sirve sucesivamente, según las épocas, a distintos intereses”.

En esta visión del derecho enraizado en la realidad fáctica, sus ojos de jurista se hallaban guiados por el *sentido de la justicia*. De ahí su definición del derecho: “El derecho implica un condicionamiento de la conducta humana, dirigi-

(2) CASALS COLLDECARRERA, Miguel: *Metodología de la aplicación del derecho*, salutación, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1983 (discurso de ingreso), p. 10.

(3) ROCA SASTRE, Ramón M.º: prólogo a la obra de José PUIG BRUTAU, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel, 1951, pp. 18 y s.

do a proteger intereses legítimos en pro de la coexistencia social. Su fin u objetivo será esta misión protectora de los intereses humanos, pero, como su fin u objetivo remoto es la coexistencia social, no pueden ser tales intereses sino justos y legítimos. Solamente en este sentido de intereses respaldados por la justicia puede entenderse aquel verso de HORACIO: *utilitas iusti prope mater et aequi*" (4). Así, al definir la propiedad, "como derecho a gozar y disponer de las cosas con arreglo a su naturaleza, al servicio de la comunidad y para provecho del propietario", ROCA concluye: "En definitiva es el criterio que responde al *bonum commune* del pensamiento aquinatense" (5).

36

Ciertamente, según dijo el entonces presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona, CARLOS OBIOLS (6), en el ideario y directrices de ROCA SASTRE la finalidad práctica del derecho "es la realización de la justicia, cuyo sujeto es el hombre, no el hombre abstracto, sino el hombre social determinado por los grupos donde él mismo se organiza y se completa".

Ciertamente, los conceptos y el sistema no los buscó en el derecho positivo, sino en la realidad histórica y en lo que él denominaba derecho institucional, que —según dijo (7)— "fija las líneas fundamentales o perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas. Construye tipos o fórmulas básicas, con las cuales el derecho positivo se llena de contenido, eligiendo, entre los varios modelos institucionales que le ofrece en cada materia, el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo".

(4) Prólogo a la *op. cit.* de PUIG BRUTAU, p. 13.

(5) Prólogo al libro de CAMPS I ARBOIX, *La propiedad de la tierra y su función social*, Barcelona, Bosch Casa Ed., 1953, p. 6.

(6) OBIOLS TABERNER, Carlos: "Roca Sastre, en la misión de juzgar", en *Libro-homenaje a Ramón M.º Roca Sastre*, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1976, vol. I, pp. 23 y ss.

(7) ROCA SASTRE, Ramón M.º: "Crítica institucional del Código civil", *RCDI*, XVI, 1940, p. 407.

A su juicio, la visión de ese derecho “se halla fuera de la órbita del llamado derecho natural, tanto en su noción clásica (de contenido fijo e inmutable) [pienso que mi maestro se refería a la noción traída por la Escuela del derecho natural y de gentes] como en su acepción stammleriana (de contenido variable). Pero, con todo, funciona en él cierto logicismo iusnaturalista, pues el estilo dominante en cada construcción jurídica impone, en sus consecuencias, la rigidez de una verdadera lógica institucional. Y no se crea tampoco que, al apartarse del derecho natural, caiga el derecho institucional bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico. No obstante, hay en el derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la gran exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la historia y de la positividad del derecho”.

Ese derecho institucional no es para ROCA SASTRE sólo una cantera de soluciones neutras ni de modelos técnicos; pues —como él mismo dice (8)— el fin del derecho, “su objetivo inmediato”, es la protección de los intereses humanos “legítimos, en pro de la coexistencia social”; pero —recalca— que, “como su fin u objetivo remoto es la coexistencia social, no pueden ser tales intereses sino justos y legítimos”.

Entiende que ese derecho institucional sirve de inspiración al legislador, de puente mediador a los principios generales del derecho y de ayuda a jueces y tribunales para hallar la solución adecuada de los casos jurídicos. Él mismo lo explica (9): “Cuando el legislador, para proteger un interés, adopta (a veces inconscientemente) una determinada figura o institución jurídica entre las varias que puede suministrarle el derecho institucional, dicta las normas pertinentes, pero cabe —y ocurre con frecuencia, en gran parte por el criterio de que los códigos han de ser breves— que deje de normar ciertos extremos, con lo que se produce una la-

(8) Prólogo al cit. libro de PUIG BRUTAU, p. 13.

(9) *Ibid*, pp. 14 y ss.

guna o insuficiencia legislativa que habrá de llenarse mediante la aplicación analógica o la interpretación extensiva y, en último término, con los principios generales de derecho de que nos habla el artículo 6.º del Código civil español (hoy 1, 4); pues, según este precepto, el juez nunca puede dejar de sentenciar por tal motivo. Pues bien, el juez, para mejor desempeñar este cometido, contará con un resorte excelente, mediante el derecho institucional, pues le bastará con averiguar el tipo institucional adoptado por el legislador para extraer de él la norma adecuada, con lo cual no creará normas sino que, sin extravasar su función, aplicará por lógica institucional la norma querida por el legislador al elegir este tipo de figura o institución escogida”. El derecho institucional servirá así de “cantera abundante” para que el juez busque en ella “las normas integradoras en la aplicación del derecho positivo respectivo”.

38 De esa concepción de mi maestro ROCA SASTRE me he ocupado especialmente en mi *Metodología de las leyes* (10), donde hice notar que, con ella, puso la impronta de la escuela jurídica catalana, con sentido racional, no voluntarista ni racionalista, con realismo, practicismo en continuidad histórica y razonable sentido natural –*seny natural*– de lo equitativo; y, al propio tiempo, salvó y superó el positivismo de la dogmática conceptualista.

Ese derecho institucional es vivido en las costumbres, porque es en la realidad –es decir, en la naturaleza de las cosas– donde lo hallan los pueblos que viven en simbiosis cultural con ella, y se lo adecuan como agentes activos, con su racionalidad y su libertad. En su desenvolvimiento histórico, lo tejen tal como en cada momento se requiere, guiados por sus juristas prácticos. Después, si es preciso, recibe su justa delimitación por el juez y por el legislador, velando para que esa adecuación sea moral y socialmente justa.

De ahí ese carácter complejo de las instituciones y del

(10) *Metodología de las leyes*, 220, pp. 605-609.

pio derecho institucional, en el que confluyen principios generales del derecho y los de la respectiva institución, imbricados en la tradición de cada país, siendo elaborados en las costumbres, por la labor de los jurisprudentes, con su *auctoritas*, y, en las sentencias judiciales, con la fuerza del precedente.

Como buen continuador de la escuela jurídica catalana, y pieza clave de ella en el segundo tercio de este siglo XX, ROCA SASTRE seguiría también la línea de la *libertad civil* y de la *revalorización de las costumbres*, por las que propugnaba al decir, en 1942 (11): “debe pedirse al legislador civil que no estorbe con sus normas”, ya que debe darse prevalencia “al pacto, a las regulaciones voluntarias y a la fuerza fecundante de la costumbre, basta que el legislador establezca las líneas institucionales” (referíase, entonces, en concreto, al régimen sucesorio del que se ocupaba); así como “los preceptos necesarios para evitar abusos. Lo demás ya lo regularán las partes dirigidas por el notario o letrado”.

39

Concretamente, respecto del notario, al que considera “un elemento básico de nuestro derecho privado”, dice: “Donde no llegue, o no debe llegar la presión del legislador, debe llegar el notario, o sea, ese consejero nato de los otorgantes”, que “en España no es un mero redactor de instrumentos públicos, sino, sobre todo, es un jurista en pleno contacto con la realidad de la vida del derecho. De la vocación y hondo sentido que de las instituciones jurídicas vividas tenga el notario, dependen muchas cosas”.

De esta visión del derecho que tuvo RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, es secuencia su perspectiva del Registro de la Propiedad inmobiliaria y su clara percepción de la debida limitación de sus efectos a las relaciones con terceros que, de buena fe, adquieran de quien tenga inscrito su derecho en

(11) ROCA SASTRE, Ramón M.^a “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio”, *AAMN*, I, pp. 376 y s.

el Registro. Así, ya en la primera edición de su *Derecho hipotecario* (12), indicó con elogio que el sistema registral inmobiliario español es un sistema de protección a terceros, dirigido para dotar de la plena seguridad de que, una vez inscrito, el título no se invalidará en perjuicio del tercero que de buena fe y a título oneroso haya adquirido de quien en el Registro figuraba facultado para transmitirlo. Ciertamente es que entonces era partidario de que la inscripción fuese obligatoria y en ese caso constitutiva, y criticaba los agujeros que dejaba la primera redacción del artículo 34 Lh (por los cuales podía dejar de actuar ese juego adquisitivo *a non domino*). Y, en la edición de la misma obra que ya pudo considerarse definitiva (13), cuando en la reforma de la Ley hipotecaria de 1944 se habían subsanado los defectos de la anterior redacción del artículo 34; al incluir explícitamente el requisito de que el tercero haya adquirido de buena fe (exigencia introducida por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo) y al suprimir la reforma las limitaciones y requisitos que añadía la primera redacción, considerando ya suficiente el sistema de protección a tercero adquirente de buena fe y a título oneroso del titular registral, que haya inscrito su adquisición, ROCA SASTRE hizo notar que, incluso en los sistemas, como el alemán, de inscripción constitutiva, subsiste la figura del tercero, pues, si bien las acciones de quien no sea tercero contra su transmitente serán obligacionales, puede hacerlas valer contra quien él contrató, e invalidar la transmisión en tanto no exista un subadquirente tercero de buena fe.

Es más, en un tema que estaba en el programa de oposiciones a notarías cuando apareció la primera edición de su obra —y que, al desaparecer en los programas siguientes, no

(12) *Ibid*, *Instituciones de derecho hipotecario*, vol. II, Barcelona, Bosch Casa Ed., 1941, temas XXX y XXI, pp. 153-217.

(13) *Ibid*, *Derecho hipotecario*, 6.ª edición, vol. I, Barcelona, Bosch 1964, temas XI y XII, pp. 567-822.

se conservó en las ulteriores ediciones—, ROCA SASTRE (14), entre otras cosas, escribió:

“La propiedad inmueble, siempre constituirá una parte del *suelo nacional*; siempre será el asiento territorial de la *familia*, considerada ésta como ente semi-público interferido entre el Estado y el individuo: siempre en ella habrá que apreciarse un *valor de afección, de historia familiar y de linaje*, o abolengo, imposible de adscribir, en general, a los bienes muebles; siempre habrá en ella un elemento de *estabilidad*, de *tradición* y de *conservadurismo* bien entendido; siempre en ella habrá de procurarse cierta permanencia, pues el cambio incesante de dueños perturba las condiciones de producción; siempre habrá de procurarse que ella vaya a parar a *manos aptas*; siempre, en una palabra, habrá que ver en ella, especialmente tratándose de la propiedad rústica, el aspecto de *propiedad-institución* más que el de propiedad-simple elemento económico.

41

El afán de movilizar hasta el máximo la propiedad territorial desconoce este carácter institucional y sólo atiende unilateralmente a su valor de elemento negociable, como si se tratara de una vulgar mercadería. Esta noción, tan sólo excepcionalmente, o sea, tratándose de solares, puede ser tomada en cuenta.

Además, en la actualidad, se ha recrudecido —según diciendo— el ambiente hostil —que en ciertos sectores no ha faltado nunca— a la movilización de la propiedad inmueble. Esto se debe a que aquel ambiente de liberalismo ultraeconómico, de fiebre desvinculadora y desamortizadora y de reintegración y recomposición del dominio dividido o desmembrado, ha sido superado por otro ambiente o clima de signo contrario, que mira aquellas medidas con recelo.

Hoy —decía— nos encontramos en plena revisión de ciertos principios que, si en el fondo son clásicos, su exageración los desnaturalizaba. No es que tenga que irse al siste-

(14) *Ibid*, *Instituciones*, cit., vol. III, tema LXVII, II, pp. 567 y s.

ma opuesto, sino más bien a centrarse en una fórmula ponderada, equidistante de una movilización exagerada y de un quietismo enervador...”.

Y sigue ROCA SASTRE explicando en el párrafo siguiente:

“A base de la función social de la propiedad, de la necesidad de arraigar en el suelo a la familia rural y asentar al proletariado agrícola en el terruño, de combatir el absentismo y el éxodo a la ciudad de los trabajadores de la tierra, de descongestionar los grandes centros urbanos, de propulsar una colonización y repoblación interior, de proceder a una ponderada reforma agraria liquidadora del latifundismo, de intensificar la producción agrícola como base de una racional autarquía económica, etc., etc.” ... “surgen las figuras del *homestead*, *Anerbenrecht*, *biens de famille* o *patrimonio familiar inalienable*, y también la del asentamiento agrario, en virtud de todas las cuales, se colocan patrimonios enteros bajo un régimen de *res extra commercium*, sometiendo su transmisión hereditaria a normas predeterminadas o estatutarias de juego fideicomisario y declarándolos intransmisibles por actos entre vivos, y no sujetos a hipoteca, embargo o gravamen”.

42

Hoy, esta tendencia se halla, en parte, contrarrestada por la estimación del libre comercio internacional; pero permanece la necesidad de que la protección registral se circunscriba al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, que es lo único requerido en las justas soluciones que ROCA SASTRE propugnaba.

Es evidente que RAMÓN M.^a ROCA SASTRE concebía el derecho dirigido a la defensa de los intereses justos y legítimos, y, por esto, respaldados por la justicia.

CLAUSURA DEL ACTO HOMENAJE

JUAN BOLÁS ALFONSO

Notario

43

Tras estas intervenciones que hemos tenido todos el privilegio de escuchar, como Presidente de esta Academia, me corresponde el gran honor de cerrar el acto-homenaje a don Ramón.

El tiempo apremia. Han hablado quienes tenían y podían hablar por su categoría; en consecuencia, el que más debe resumir soy yo.

Por ello, me limitaré: en primer lugar, a agradecer que en este acto entrañable nos hayan acompañado la Subdirectora General de los Registros y del Notariado, Cristina Santaolalla, y el Decano del Colegio de Registradores; y, en segundo lugar, a dejar constancia de que se han recibido diversas cartas y telegramas de personas que se han adherido al homenaje, pero que no podían asistir.

De estas cartas, quisiera destacar una que me ha llamado mucho la atención porque es de un compañero que

acaba de cumplir noventa y ocho años, razón por la cual no puede estar aquí porque se encuentra en un estado muy delicado de salud y, además, sufre de ceguera: don Antonio Moxó Ruano.

Moxó dice en su carta *«me asocio de todo corazón al más que justísimo y merecidísimo homenaje que rinde nuestro Colegio a la figura eminente de don Ramón M.^a Roca Sastre, lamentando mucho no poder ir en persona por mi estado de invalidez; pero sí puedo hacer constar en ésta la admiración y el cariño que tenía por don Ramón M.^a»*.

Y añade en uno de sus párrafos: *«Roca, además de un eminente jurista, era un hombre buenísimo, siempre dispuesto a ayudar a los compañeros»*.

Por lo tanto, yo sólo quiero añadir a todo lo que se ha escuchado aquí que, efectivamente, si Roca fue un gran notario, tuvo que serlo –para los que no pudimos conocerlo en persona– no sólo por sus grandes conocimientos científicos, sino también por ser una buena persona: un hombre recto, un hombre honesto, un hombre generoso.

Por eso, termino con una reflexión muy personal.

Desde mi punto de vista, como Presidente de los notarios, hoy me pregunto: ¿Cuántos Rocas nos faltan? Nos faltan muchos Rocas. Y lo malo es que no se fabrican.

Estoy convencido de que este colectivo profesional no sería difícil de dirigir si nuestros compañeros notarios actuales, unos jóvenes, otros menos jóvenes, no sólo siguieran las doctrinas científicas de Roca y sus criterios, sino también el ejemplo de su vida.

Nada más. Muchas gracias. Queda clausurado el acto.

ROCA SASTRE: PERFIL HUMANO DE UN JURISTA UNIVERSAL (*)

JUAN JOSÉ LÓPEZ BURNIOL

Notario

45

Muchas gracias. Buenas tardes. Les ruego que me permitan, con el pretexto de un hecho puntual, efectuar una breve consideración en torno al talante jurídico de Ramón M.^a Roca Sastre, el primero –y el más representativo– de los juristas catalanes de este siglo, puesto de manifiesto en la génesis de una de las leyes más conflictivas de la moderna historia de Cataluña.

En efecto, de acuerdo con las normas fijadas por el Estatuto de Cataluña, el Consejo provisional de la Generalidad republicana convocó elecciones al Parlamento de Cataluña para el domingo día 20 de noviembre de 1932. Una vez celebradas, la sesión constitutiva del Parlamento recuperado tuvo

(*) Palabras pronunciadas en el homenaje a don Ramón M.^a Roca Sastre organizado por el Ayuntamiento de Tárrega (Lleida), en mayo de 1999.

lugar el día 5 de diciembre siguiente. El Consejo de la Generalidad, apenas constituida la Cámara legislativa, solicitó a la Comisión Jurídica Asesora que preparase un anteproyecto de Ley sobre Contratos de Cultivo, susceptible de aportar al campo catalán la paz y la concordia entre todos sus estamentos, que estaban gravemente alterados por la cuestión rabasaire. Según Camps i Arboix, el presidente del organismo asesor, Joan Maluquer i Viladot, visitó al presidente Macià para inquirir la orientación que convendría dar al texto. El presidente contestó que disponían de la más amplia libertad de orientación y redacción. Lo que, dadas la ciencia y la ponderación de los componentes de la Comisión –según apostilla Camps y Arboix–, constituía la respuesta más hábil y procedente.

46

El órgano encargado de la misión nombró una ponencia especial formada por los juristas Amadeu Hurtado, Antoni Borrell i Soler, Joan Martí i Miralles y Francesc de Paula Maspons i Anglasell, con Ramón M.^a Roca Sastre como secretario, quien de hecho actuó con una especie de “subponencia unipersonal”, encargada de llevar a término el honroso encargo. El resultado fue un documento técnicamente tan correcto e ideológicamente tan progresista que el consejero de Justicia y Derecho, Coromines, lo convirtió, con ligeras modificaciones, en proyecto del Gobierno y como tal lo presentó al Parlamento. Esto ocurrió en la sesión del 20 de abril de 1933. El consejero Coromines comenzó su intervención ante el pleno del Parlament haciendo un elogio de la tarea desarrollada por la Comisión Jurídica Asesora en los términos siguientes: “Hemos tenido la suerte de contar con unos ciudadanos ejemplares, hombres ilustres en el estudio del Derecho, que han tratado esta cuestión con una imparcialidad y con una profundidad de conocimiento que yo creo que pocas veces se ha producido en nuestro país; y, sobre todo, hemos tenido la fortuna de poder utilizar el saber, la experiencia y el espíritu de justicia de un hombre que es preciso que todos nosotros recordemos, el ponente Ramón

M.^a Roca Sastre. Yo me complazco en hacer aquí su elogio". Estas palabras fueron acogidas por toda la Cámara, según los testimonios presentes, con expresiones de beneplácito.

La "espinas dorsal" de la ley era la configuración de la propiedad de la tierra desde la perspectiva de su función social. Y, consecuentemente, estaba informada por el respeto a los principios de la evolución de la facultad jurídica de dominio, siguiendo el ritmo marcado por el progreso y por la historia. Nadie podía tildarla de extremista, pero es bien cierto que, socialmente, la regulación de un derecho nuevo —denominado "derecho de adquisición"—, con la finalidad de facilitar al cultivador el acceso a la propiedad, representaba un fuerte avance respecto a la situación preexistente. Esta figura novedosa, así como el procedimiento arbitral previsto para resolver los conflictos que surgiesen, eran, por tanto, dos hallazgos dignos de ser destacados. Las vicisitudes ulteriores de la ley —de tan gran trascendencia política en su día— no nos importan ahora. Es bien conocido que la naturaleza de la Ley de Contratos de Cultivo era de tipo liberal y eminentemente reformista, como lo prueba su explícito reconocimiento ortodoxo de la legitimidad de la propiedad privada de la tierra: la ley no expoliaba a nadie, porque expropiar no es lo mismo que corregir, evitar abusos existentes y asegurar la emancipación y el bienestar de los payeses demasiado vejados o sometidos a través de los siglos. "Clamar contra estos intentos y los medios pertinentes para conseguirlos —escribe Camps i Arboix— no autoriza la actitud obtusa y feroz adoptada por gran parte del estamento de los propietarios catalanes, y no se explica si no es por el despecho de perder unos privilegios indebidos con gestos desequilibrados impropios de la serenidad y de la comprensión que parece que deberían haber poseído". El clima de exasperación estaba servido y culminó con la proposición incidental presentada a las Cortes por diputados de la Lliga y otros, pidiendo al Gobierno que considerase la sugerencia de interponer recurso de inconstitucionalidad contra la ley. El

recurso se presentó. El camino hacia los trágicos sucesos del 6 de octubre estaba abierto.

Pero, justo en medio de esta lucha, tan sólo nos interesa remarcar cómo Roca Sastre, un jurista formado en la disciplina del Derecho Romano y en el estudio de las leyes y las costumbres de su país, fue capaz de captar los signos de los tiempos, así como las necesidades de su gente, y tuvo el talento y la fuerza de buscar y hallar fórmulas nuevas que hiciesen compatible el cabal mantenimiento del orden jurídico, imprescindible en toda sociedad civilizada, con la realización de un ideal de progreso social, inaplazable en toda comunidad que se quiera regir por un ideal de justicia.

¿Dónde se hallaba el secreto de Roca Sastre?

48

JUAN VALLET DE GOYTISOLO dedicó —el año 1979— un estudio a este tema, bajo el título “El método jurídico de Ramón María Roca Sastre”, que volvió a utilizar —el año 1989— en su libro *Reflexiones sobre Cataluña*. En este último dice así: “Roca Sastre continuó la característica de la escuela jurídica catalana —antigua y moderna— de tener una gran receptibilidad ante las nuevas corrientes, pero sin perder nunca la identidad de las líneas maestras tradicionales. (De este modo), Roca Sastre, siguiendo la dogmática conceptualista, llegada en su época de estudiante, le supo quitar el veneno de su positivismo genuino y desvincularla de la rigidez de su método de inversión, para alcanzar el —que denominaba— **derecho institucional**, caracterizado porque sus figuras las forjaba en la realidad, aplicando los criterios de adecuación histórica y local; adoptando así la construcción que estimaba más conveniente para el bien común y, en definitiva, para la realización de la justicia, a cuyo fin introducía juicios éticos y de utilidad común”. Así —advertiría— se trata de que las fórmulas encajen, se adapten “a las necesidades y circunstancias del caso, de que respondan a una necesidad sentida en cada situación específica”. Y, por eso —añadía—, “deben evitarse las consecuencias perturbadoras de la posible

pugna entre la realidad jurídica vivida y el rígido pragmatismo de los textos legales positivos”; y prevenía contra el peligro “de desviarse hacia doctrinarismos estériles y perturbadores exponiendo al legislador a un evidente fracaso al formular normaciones que la vida jurídica deja inoperantes”.

Roca, por tanto, no formuló sus conceptos, ni dibujó sus instituciones, tomándolas del Derecho positivo, ni de las construcciones de la dogmática conceptualista, sino de la realidad. Roca Sastre, consecuentemente, no era un positivista. Para Roca, como jurista formado en la mejor tradición romana, no había más justicia que la justicia del caso concreto; y, por ello, la virtud jurídica por excelencia no era para él la justicia, sino la prudencia.

Pero tampoco puede sostenerse, con plenitud de sentido, que Roca fuese un ius-naturalista. Roca no fue, ni más ni menos, que un extraordinario jurista de talante realista, formado en el estudio cuidadoso de la mejor tradición jurídica de su país, que contrastó con la práctica observada y vivida a lo largo de su prolongada, variada y rica peripécia funcionario-profesional (juez-registrador-notario), y que interpretó dicha tradición, no como un dogma inmutable y rígido, sino como la plasmación contingente –según las circunstancias de tiempo y de lugar– de unos principios que perduran generación tras generación, y entre los que figura de forma destacada el principio de libertad civil.

Su hijo, LLUIS ROCA-SASTRE, lo ha percibido claramente. En la biografía de su padre –de 1998– escribe “Por tanto, es posible proclamar que el realismo propio de los más insignes juristas catalanes fue la divisa de Roca Sastre. Los conceptos y la sistemática, acaso dogmáticos, eran solamente empleados por él como meros instrumentos mediales para la resolución de problemas concretos de la práctica y para la sistematización clara y didáctica de las instituciones jurídicas en las obras que escribió, a fin de que fuesen nítidamente entendidas e interpretadas. A este último fin tenía siempre patente, al escribirlas, los supuestos prácticos que el ejercicio

de todas sus profesiones (abogado, registrador de la propiedad, notario, juez y magistrado) le habían suministrado". Por ello, "Roca Sastre estructura sus obras a base de retablos que hacen referencia a todas y cada una de las instituciones jurídicas que se viven y practican en la actualidad".

Esta concepción institucional del Derecho —añade LLUIS ROCA-SASTRE— "se halla fuera de la órbita del derecho natural, tanto en su noción clásica (de contenido fijo e inmutable) como en su concepción «stamleriana» (de contenido variable)". No obstante, "se oyó frecuentemente afirmar a Roca Sastre que este Derecho institucional no es simplemente abstracto, en el sentido de no tomar en consideración la ética o la moral, sino todo lo contrario, ya que la fórmula elegida por todo legislador ha de ser ética y moralmente adecuada a las personas, materia y lugar en que se aplica".

50 Con esta formación clásica cuidadosamente labrada, esta mentalidad práctica profundamente sedimentada y un rigor intelectual de alta calidad nunca relajado, afrontó Roca la que fue, sin duda, una de las dos grandes tareas de su vida: la redacción de la parte fundamental de la *Compilación del Derecho civil de Cataluña*. Esta tarea dio lugar a un doble efecto de incalculable trascendencia ulterior: en primer lugar, evitó la erosión progresiva e incesante del Derecho catalán efectivamente aplicado; y, en segundo término, lo "puso al día", es decir, aprovechó el pretexto compilador para dotar a las viejas normas de una nueva configuración técnica, concorde con las exigencias de la dogmática jurídica moderna.

Ha de decirse. La *Compilación* —la gran obra de Roca— fue, por consiguiente, la culminación del esfuerzo sostenido sin desmayo a lo largo de los siglos por todos los juristas catalanes, más allá y con independencia de su adscripción ideológica o partidista, con el objetivo clarísimo de mantener viva y operante la tradición jurídica catalana. Una tradición jurídica entendida, no como una reliquia histórica que da testimonio de una etapa de plenitud pretérita; sino una tradición jurídica concebida como una herramienta fundamen-

tal para hacer viva y efectiva una de las características propias de los pueblos que no sólo tienen conciencia histórica de su personalidad, sino voluntad de proyectarla al futuro en forma de autogobierno y de autocontrol de los propios recursos; es decir, que tienen la aspiración de autorregular sus propios intereses. O, dicho más claramente, que mantienen la voluntad de recuperar la competencia normativa en materia de Derecho civil. Sin la Compilación, esta recuperación no hubiera sido posible en los muy amplios términos en que se ha consumado. No habrían podido promulgarse –tras la transición democrática– ni el Código de Sucesiones ni el Código de Familia. Este es el significado profundo de la labor de los compiladores y, en concreto, de don Ramón Roca. Decía el poeta SALVADOR ESPRIU que, en tiempos de tribulación, a los literatos catalanes les había incumbido una obligación principal: “salvar el mots”, salvar las palabras, salvar “el nombre de cada cosa” en lengua catalana. Los juristas catalanes –y Roca el primero– salvaron otra de las señas de identidad que han perfilado a lo largo de la historia la personalidad nacional catalana: las leyes, su Derecho.

51

Lo que explica que, en definitiva, el Derecho fuese para Roca Sastre una realidad histórica, que no tiene otro valor que el estrictamente instrumental para realizar y hacer efectivo, en cada momento, un determinado plan vinculante de convivencia en la justicia, que es expresión de la convicción social dominante en una determinada comunidad, y que se expresa en sus leyes, pero también en sus costumbres y usos, en la forma en que se viven las instituciones jurídicas. Este es el trasfondo que explica la actuación de Ramón M.^a Roca Sastre como juez y como legislador: conservadora y progresiva a la vez, prudente e innovadora, valiente y realista. Esta es la razón de su vigencia y este es el fundamento de su ejemplaridad, que en el día de hoy –cien años después de su nacimiento–, conmemoramos con gratitud, con orgullo y con alegría.

El filósofo vasco XAVIER ZUVIRI escribió, en su libro *Na-*

*tural*eza, *Historia*, *Dios*, que “la metafísica griega, el Derecho romano y la religión de Israel (dejando de lado su origen y destino divino) son los tres productos más gigantescos del espíritu humano”. Estos “productos” constituyen las raíces más profundas de la cultura europea y, en concreto, de su tradición jurídica. Y a esta tradición jurídica europea, defensora de la libertad humana, pertenece Ramón M.^a Roca Sastre. La misma tradición jurídica que explica las palabras de RAMÓN TRÍAS FARGAS con las que cierro mi intervención: “Cataluña ha sobrevivido porque ha unido su causa a la causa eterna de la libertad. Y porque hemos sabido defender la libertad e identificarnos con ella, con sacrificios enormes, aún existimos y formamos parte, modestamente pero dignamente, del concierto de las naciones”. Ramón M.^a Roca Sastre participó, de forma destacada, en esta lucha por la libertad.

DON RAMÓN M.^a ROCA SASTRE, GENUINO ROMANISTA

JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ

Notario

53

Me dice Juan Vallet que está preparándose un número monográfico de la *Revista Jurídica del Notariado* sobre la figura de don Ramón M.^a Roca Sastre a raíz del centenario de su nacimiento. La deuda de gratitud que todos tenemos para con el maestro acrece en mi caso con la preparación de las oposiciones a cargo de su hijo Luis.

Estas páginas pretenden un doble homenaje, al padre y al hijo, que ha sabido conservar y actualizar la obra de don Ramón, así como prolongarla con la suya propia. Recuerdo la impresión que me produjo mi primera visita al despacho de Luis en La Pedrera, hace veinticinco años, para oír recitar a otros opositores más avanzados. Durante cuatro años más nos recibiría en grupo los jueves a las siete de la tarde. En la biografía de su padre, Luis evoca las explicaciones que le daba, a menudo en las comidas, sobre los más

abstrusos temas jurídicos, como las sustituciones fideicomisarias, por las que tenía predilección. Al leer aquellas páginas me apercibo de que su hijo procedía con nosotros del mismo modo que su padre. Nos transmitía, a la postre, el fideicomiso recibido.

En fin, no puedo olvidar las raras ocasiones en que, casualmente, tropezábamos en La Pedrera con don Ramón. Le mirábamos en silencio. Su persona encarnaba para todos nosotros una sapiencia que apenas atisbábamos pero que sentíamos con fuerza. Era un sabio, lo que en Cataluña entraña no sólo una condición, sino una categoría objeto del respeto general, en la mejor tradición del *seny*. Decía JOSEP PLÁ (1), “*Si el fet de la Compilació es pot condensar al voltant d’una persona, aquesta persona és el seynor Ramon M. Roca i Sastre, notari de Barcelona, que es considerat –i el fet és perfectament compatible amb la seva naturalissima modestia– com un dels homes que sap més Dret de la Península, potser, segons una opinió molt generalitzada, el que sap més.*”

54

Voy a referirme a don Ramón como romanista, cualidad que impregna por completo sus trabajos, sus casos y dictámenes y aun su proceder cotidiano en la notaría, con el Digesto a mano, cual nos contaba Pintó en su reciente disertación en la Academia Matritense del Notariado.

No pretendo estudiar sus fuentes científicas. Es bien conocida la influencia de determinados autores, MAYNZ, SOHN, BIONDI, además de SAVIGNY, WINSCHIED, o la del mismo IHERING, acaso de mayor calibre de lo que habitualmente se reconoce. Sin embargo, no es posible ignorar su admiración por BONFANTE cuya investigación califica de formidable (2) y del que asume su tesis sobre la sucesión (3), en la medida en que se acopla a su percepción del fenómeno sucesorio

(1) “El Notari Ramon M. Roca Sastre i la Compilació del Dret” en *Homenots*.

(2) *Vid.* “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano”.

(3) *Vid.* el trabajo supra citado, así como en la “Crítica institucional del Código Civil”.

tal como lo observara en la Cataluña rural. Hay que señalar que su aceptación nunca es ciega, se encuentra siempre subordinada, no sólo a la lógica, sino de modo especial a la realidad social y a la justicia. Así, en “El *beneficium separationis*” (4) se aparta del autor italiano a fin de reconocer la posibilidad de reclamar a los acreedores hereditarios, demandantes de la separación, que queden insatisfechos, el pago a cargo del patrimonio particular del heredero, una vez los acreedores propios hayan sido a su vez convenientemente resarcidos, conforme el parecer de PAPIANO (5) que reputa más justo y equitativo.

Me interesa subrayar una faceta que considero más importante. Don Ramón conocía el Derecho Romano en su aplicación práctica. Y es que, con antelación a la Compilación, era Derecho vigente en Cataluña: aunque Jaime I promulgó en 1243 una Constitución en la que prohibía su invocación ante los tribunales, en las Cortes de Barcelona de 1251 ordenó que los jueces dictaran las sentencias de acuerdo con el *seny* o razón natural, en defecto de leyes y costumbres, lo que llevó a los jueces a la aplicación del Derecho Romano como exponente de la buena razón, por lo que el rey don Martín, en las Cortes de Barcelona de 1409, reconoció que era aplicable supletoriamente. Si bien esta evolución no resulta discorda con la acontecida en otros lugares —se incardina en la problemática propia de la recepción, de si el Derecho Romano debía aplicarse como Derecho imperial (*ratione imperii*) o como razón escrita (*imperio rationis*) a cuyo amparo sobrevivió en Europa (6)— en Cataluña, fortísimamente romanizada, la vigencia de este Derecho se prolongará hasta la Compilación.

Roca Sastre gozaba de una condición de la que carecen hoy los estudiosos del Derecho Romano, era nada menos que

(4) Publicado en el *Anuario de Derecho Civil* en 1960.

(5) *Vid.* D. 42, 6, 3, 2.

(6) *Vid.* KOSCHAQUER, *Europa y el Derecho Romano*.

un romanista práctico, aplicó aquel Derecho, registrador, juez, abogado y, sobre todo, como notario que fue la mayor parte de su vida. En los textos del *Corpus* supo encontrar soluciones a las necesidades de la práctica y su profesión notarial le permitiría sin duda recurrir a las viejas fórmulas, caso necesario, por la vía concordada.

El Derecho Romano, todo el Derecho, era para Roca Sastre una realidad vivida. Me explico: Luis (7) nos ofrece las dos primeras experiencias jurídicas de su padre, ambas en su entorno familiar, en concreto, una súbita aparición de la *Ley Hac Edictali* y la atribución testamentaria de un usufructo de disposición, de los que luego incluiría en el tipo de los de regencia. El Derecho sale al encuentro de don Ramón. No es de extrañar su adscripción a la idea de que el Derecho no se crea sino que se descubre.

56

En esta frase tan expresiva se advierte igualmente al romanista. El Derecho institucional de ROCA SASTRE es, según JUAN VALLET, original suyo en su desarrollo y aplicación. Acaso se inspirara, de seguir a CASALS COLLDECARRERA (8), en la concepción de REINACH, aunque VALLET advierte que los conceptos jurídicos son para este último objetos ideales de la ciencia pura del Derecho, en tanto para ROCA SASTRE el Derecho institucional es realista al servicio, no de la ciencia pura, sino de la práctica (9). Así, concluye, que si bien había estudiado en un tiempo en el que en los tratados y en la enseñanza universitaria predominaba el método de la escuela de la exégesis o del conceptualismo dogmático, “... *su formación en el agro y en el sentido práctico del derecho catalán le habían dotado de un claro realismo jurídico, no en el sentido del legal realist angloamericano ni del denominado realismo escandinavo, sino en el que tenía el derecho*

(7) *Don Ramón María Roca Sastre jurista en su vida y en su obra.*

(8) “Metodología de la Aplicación del Derecho: discurso de recepción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación”.

(9) “La interpretación según Ramón María Roca Sastre”, en *RCDI* 651 conmemorativo del centenario.

romano clásico y la tradición del «*ius commune*» en línea del «*mos italicus*», método que se venía viviendo intensamente en el derecho catalán. Esto le impedía aplicar normas o conceptos de modo mecánico” (10).

Esta observación de VALLET encaja perfectamente con esa idea clave para comprender la figura del maestro: el método de filiación romanista se corresponde con una realidad vivida.

Se trata de una realidad vivida que cobra vida o sustancia en los hechos, pues, entretanto, las fórmulas, reglas, conceptos, sólo tienen valor potencial pendiente de realización por intermedio del jurista, quien debe operar, atento a la realidad, en busca de la solución más justa y equitativa posible, si hace falta más allá –no en contra– de las leyes, susceptibles de adaptación mediante su interpretación conforme a la lógica institucional y aun de integración a través de los que llamará principios generales institucionales.

ROCA SASTRE gustaba repetir “No hay fórmula jurídica mala. Lo importante es utilizarla en los casos y en la medida exigida para la satisfacción de un interés lícito” (11). “Todas las que reúnan la condición de jurídicas son fórmulas aceptables; el problema consiste en que encajen, que se adapten a las necesidades y circunstancias del caso, o sea, que respondan a la necesidad sentida en cada situación específica. De aquí que propugnemos las soluciones históricas, o sea, las que se apoyan en la experiencia, sin perjuicio de que de la realidad vivida ascendamos después a la construcción institucional de la figura jurídica contemplada” (12).

No hay fórmula jurídica mala con tal de que se adapte al caso concreto. Esa adaptación requiere del jurista el conocimiento de la realidad vivida, de sus necesidades, y así contrasta, por ejemplo, la familia rural dentro del tipo de la

(10) Vid. opus antes citada.

(11) *El fideicomiso “si sine liberis decesserit” y el Código Civil.*

(12) “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano”.

troncal y la urbana en el ámbito de la conyugal. En esta conferencia su fina intuición jurídica le lleva hacia una innovadora, aunque incipiente, utilización de tipos, que no otra cosa son los expresados troncal y conyugal, como vía para describir la realidad, en una línea que con tanta fecundidad ha desarrollado VALLET, a fin de conectar con aquélla de una manera integral.

El problema para el jurista (pensamiento aporético) estriba en encontrar la fórmula adecuada. ¿Dónde buscarla? Obviamente el primer punto de referencia corresponde a las leyes. Ahora bien, ROCA SASTRE pertenece, como destaca VALLET en el trabajo señalado, a una escuela que abandera la libertad civil. En el fondo se encuentra a disgusto con los códigos civiles de tipo moderno, "*sus preceptos figuran apretujados en artículos numerados (que según el patrón francés han de ser pocos y breves; como si la complejidad de la vida jurídica pudiera encerrarse en fórmulas simples)*" (13). En otro lugar declara, "*La vida jurídica desborda muchas veces las construcciones del legislador. Como dice Jerónimo González, la definición del testamento (del Código Civil), ya censurada por el Sr. Azcárate en la discusión parlamentaria, no alteró en lo más mínimo los conceptos tradicionales, y antes sirvió para exteriorizar la falta de respeto que merece la ley escrita cuando no se ajusta a la realidad jurídica*" (14). En este mismo trabajo concluye, "*De esta suerte los principios generales del derecho (...) serán los principios institucionales del sistema elegido, pues hay que tener en cuenta que el articulado de un código, por completo que sea, no llega a agotar toda la materia a normar, y así, en la aplicación analógica de la ley positiva y al tratar de llenar las lagunas fatalmente existentes en los códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera de donde el*

58

(13) "Los elementos componentes de la Compilación", Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, año 1961.

(14) "Crítica institucional del Código Civil", *RCDI*, 1940, n.º 148.

juzgador sacará los materiales necesarios para integrar la norma legal insuficiente. (...) Dicho derecho (institucional) y por ende la lógica institucional, podrá servir de valioso auxiliar.”

A ROCA SASTRE la ley le parece insuficiente, así, manifiesta (15) “Pero para que esto sea un hecho vivo (los valores de la familia rural) es preciso que las leyes no desconozcan la realidad social, pues de lo contrario ésta, más fuerte que la norma, tenderá a desbordarla. (...) Lo que debe pedirse al legislador civil es que no estorbe con sus normas, pues con la acertada técnica de la escuela histórica del derecho que da prevalencia al pacto, a las regulaciones voluntarias y a la fuerza fecundante de la costumbre, basta que el legislador establezca las líneas institucionales del régimen jurídico sucesorio y los preceptos necesarios para evitar abusos. (...) La verdadera fórmula solucionadora es la estrictamente romana, o sea, que los códigos adopten fórmulas amplias en la materia sucesoria, es decir, normas elásticas que permitan el libre juego de la voluntad de los interesados, posibilitando la adaptación a cada caso de los diversos regímenes adecuados.”

59

Parece claro que ROCA SASTRE guarda un gran respeto a la escuela histórica del Derecho, a la que cataloga de “acertada técnica”. En este punto acorde con la tradición catalana que entronca con SAVIGNY a través de DURÁN Y BAS, su divulgador, que no en balde prologó el sistema de Derecho Romano actual, traducido probablemente del francés pues se refiere al autor como M. (de Monsieur) F. C. (FEDERICO CARLOS) SAVIGNY, conforme ponía de relieve ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN (16). DURÁN Y BAS había creado en Barcelona la “Fundación Savigny” en 1869, de la que —en el narrar de PLÁ— (17) formaron parte los grandes jurisconsultos de la época. El mismo Colegio de Abogados se adhirió corporati-

(15) “La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano”.

(16) Conferencia en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, con ocasión del centenario del fallecimiento de SAVIGNY.

(17) *Homenois*.

vamente a la escuela histórica. Según esta escuela, informa muy acertadamente PLÁ, el pueblo es el sujeto por el cual el Derecho positivo adquiere existencia. Es el espíritu popular que vive y obra en todos los individuos el que engendra el Derecho positivo.

Sin embargo, ROCA SASTRE en lo que recalca es en el valor de la experiencia, en la realidad vivida que condensan las instituciones que "... funciona con un cierto logicismo iusnaturalista (...) sin que caiga (...) bajo la influencia de la escuela histórica y del positivismo jurídico. No obstante, hay en el Derecho institucional una gran dosis de realidad jurídica, manifestada bajo la exuberancia de fórmulas e instituciones vividas a través de la historia y positividad del derecho."

60

ROCA SASTRE aprecia la historia como exponente de fórmulas e instituciones que encierran soluciones potenciales para los problemas presentes y futuros. En este sentido, se aproxima a SAVIGNY, del que se aleja, sin embargo, a la hora de adjudicar al espíritu del pueblo la producción del Derecho. En este extremo intuyo que se halla próximo a IHERING cuando impugna (18) la tesis acerca de la sustancia del Derecho, que para el fundador de la escuela histórica consiste en el entero pasado de la nación, "*El Derecho romano se dice ha llegado a ser, con el transcurso de los años el nuestro, y esquivando la cuestión creen poderle cubrir con el principio de las nacionalidades. El hecho es posible, pero ¿cómo se justificará que el Derecho romano se haya convertido en nuestro Derecho? Cuando por primera vez llamó a nuestra puerta no lo era ciertamente aún: «el pasado de nuestra nación, sus entrañas, su historia» se levantaban contra él, y sin embargo, hemos franqueado el paso al advenedizo. ¿Por qué? He aquí el problema que la escuela de que se trata deja sin respuesta: pero dadas sus conclusiones la aceptación del Derecho romano no se comprende sino como un extravío inexplicable de la historia, como la apostasía de un*

(18) *El Espíritu del Derecho Romano.*

principio histórico y en una palabra como un enigma indecifrado de la ciencia."

ROCA SASTRE contrasta la exuberancia de fórmulas e instituciones que ofrece la historia con la insuficiencia normativa. En esta idea coincide con IHERING, al que sin duda conoce, ya que cita con frecuencia alguno de sus trabajos y simpatiza con su tesis de que el derecho subjetivo consiste en un interés jurídicamente protegido (19). Nos dice el gran jurista alemán (20), "*La intención y el cálculo humano contribuyen sin duda a formar el derecho, pero la una y el otro encuentran más que crean (...) ¿Qué gran diferencia no hay por consiguiente entre el derecho real y el derecho formulado? La fórmula será unas veces muy concisa, otras demasiado amplia. (...) Esta diferencia entre el derecho formulado y el derecho real es tan cuantitativa como cualitativa, tan extensiva como intensiva; en otros términos, al lado de las reglas expresas del derecho están las latentes del mismo. (...) Entre las reglas del derecho y el derecho real existe la conexión que indica el jurisconsulto romano (Paulo, D 50, 17)*" "*regulae iuris: regula est, quae rem, quae est, BREBITER enarrat: NON UT EX REGULA IUS SUMATUR, se ex iure, QUOD EST, regula fiat.*"

61

Para IHERING, de la aplicación del espíritu sistemático a las reglas del Derecho resulta una transformación interna de las mismas: "*Estas se amalgaman en una agregación mucho más delicada cuando se despojan de la forma de prohibiciones y mandatos para revestir la de elementos y cualidades de las instituciones jurídicas. Así es como nacen, por ejemplo, las definiciones de los principios generales*". En definitiva, el análisis (lógico-dogmático) de las reglas no sólo tiene la ventaja de la simplificación (reducción a reglas sencillas de las que deducir las amalgamadas) sino que "... *suministra la possibili-*

(19) "L'herència jacent. Construccions jurídiques sobre la seva titularitat" y la "Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nascituri»".

(20) *El Espíritu del Derecho Romano.*

dad de acrecer el derecho mismo por medio del derecho mismo, y de ampliarlo y engrandecerlo en virtud de sus propias fuerzas intrínsecas. La combinación de los diversos elementos permite a la ciencia crear nuevas nociones, que, en su fecundidad encastan y engendran otras."

Las analogías son evidentes, si bien no faltan las diferencias. Volvamos al IHERING de *El Espíritu del Derecho Romano*, "El ordenamiento sistemático de las reglas del derecho ejerce sobre el derecho mismo influencia que consiste en encumbrar las reglas del derecho a la categoría de elementos lógicos del sistema; y esta operación como se comprende, tiene también para el mundo la más alta importancia, porque nos suministra, por decirlo así, los reactivos simples para los hechos concretos de la vida, tan numerosos como complicados. El que quiera resolverlos, valido sólo de las reglas del derecho, se vería confuso, porque la vida social tiene tan inagotables combinaciones que el casuismo más abundante de un Código sería siempre mezquino ante las especies incesantemente renovadas. Por el contrario con un pequeño número de reactivos resolvemos cada caso que se presente. Sirviéndome de otra comparación podría llamar a esa estructura sistemática o lógica el alfabeto del derecho."

62

El planteamiento de la problemática presenta bastantes coincidencias, si bien difiere en el excesivo valor que el IHERING de la primera época otorga al ordenamiento sistemático de las reglas del Derecho. Para ROCA SASTRE no se trata de encontrar unos cuantos reactivos simples llamados a resolver la mezquindad de los códigos. El hecho estriba en que los códigos —sobre todo los ajustados al patrón francés— resultan mezquinos. Tenemos así que para el jurista catalán las instituciones no son necesariamente expresión del espíritu del pueblo, ni tampoco una mera sistematización simplificada de las reglas del Derecho, sino estructuras lógicas que absorben una gran dosis de realidad jurídica.

Esas instituciones considera, de modo similar a IHERING, poseen una lógica interna. A ROCA SASTRE le molesta pro-

fundamente que tras recoger la institución, la ley fuerce las cosas de manera que contradiga la lógica institucional. Le molesta, pero no tanto como interpreta CASALS (21) cuando escribe, "*Pues bien, como señaló ampliamente Roca Sastre esta conjunción orgánica y esta estructura normativa, se dan con un abstracto rigor lógico. Aquí no hay relatividad lógica alguna*".

Creo que esto no es enteramente cierto. Basta al respecto un botón de muestra: en la crítica institucional del Código civil lamenta la falta de lógica institucional al no recoger la regulación romana del prelegado. Esto no quita que "... *en los elementos componentes de la Compilación...*" signifique no ha sido acogida en la misma "... *porque en la práctica casi siempre era incomprendido...*".

Ahora bien, si las leyes son insuficientes, si han de ser interpretadas o integradas con arreglo a la lógica institucional o los principios institucionales, con ello no se hace sino seguir una suerte de remisión establecida en la norma que regula fragmentariamente la institución. Pero, el derecho institucional está llamado no sólo a completar la ley merced a su relación implícita o explícita con ella, sino también a depurar soluciones sobre aquellos temas o problemas carentes de regulación, ¿a dónde acudir en tal caso?

En diversos trabajos, ROCA SASTRE contrapone el sistema germánico y el romano (22). En alguno de esos trabajos extrema la oposición (23), en otros nos explica su distinta utilidad (24) y no faltan casos (25) en que llega a la conclusión de que las diferencias son más aparentes que reales. Detrás se esconde la idea fuerza de que no hay fórmula

(21) *Metodología de la aplicación del derecho*.

(22) Paradigmáticamente en la "Crítica institucional del Código Civil", pero también en "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano" o en *El fideicomiso "si sine liberis decesserit"* y el Código Civil y aun en la "Naturaleza jurídica de la legítima".

(23) "Crítica institucional del Código Civil".

(24) "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano".

(25) "La adquisición hereditaria de la posesión".

jurídica mala; pero, a fuer de ser sinceros, si proviene del Derecho Romano, mejor; así señala, "*Això demostra una vegada més el valor actual d'aquesta gran experiència jurídica que constitueix el Dret romà, en la rica pedrera del qual s'hi troben les solucions que la tècnica i l'afany de construcció jurídica moderna basteixem, la qual cosa contrasta evidentment amb la pobresa dels nostres Codis moderns, especialment llatins*" (26).

Incidentalmente esta pobreza, la desconfianza en los preceptos parcos, la consideración con JAVOLENO de que "*omnis definitio periculosa est*" le lleva a hacer uso en sus definiciones de fórmulas descriptivas, que acopian caracteres de la institución, piénsese en su noción de hipoteca, anticresis, derecho de superficie, ...

64

Pero, retomando el hilo de la exposición, la auténtica cantera del jurista, la más perfecta técnicamente, la encuentra en el Derecho Romano. De ahí deriva otra faceta suya con la que concluyo este artículo, su dimensión universal. ROCA SASTRE es, incuestionablemente, un egregio representante de la escuela jurídica catalana, pero su vocación jurídica no se colma en un tratamiento "*... excesivamente tipista o folklórico que impida penetrar en la esencia de ciertas figuras interesantísimas y audaces, fuertemente adaptadas a la realidad de la vida jurídica*" (27). NO, ROCA SASTRE, tras la esencia de aquellas figuras, no limita su crítica y sus estudios al ámbito del Derecho Foral, con no ser escasa su contribución a través, sobre todo, de la Compilación, sino que, coherentemente con su concepción institucional del Derecho, trató de acoplar los preceptos del Código civil por medio de la lógica institucional a las determinaciones ofrecidas por el Derecho Romano.

(26) "L'herència ja cent. Construccions jurídiques". *Revista Jurídica de Catalunya*, 1936.

(27) "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano".

En alguna ocasión se le ha criticado por haber intentado aproximar el Código civil al Derecho catalán (28) a fin de rebatir la acusación de intento foralizador, según PEÑA, “... no fue justo el reproche (...) se trata, es cierto, de una posición que, consecuentemente con la singular preparación romanista de los que la propugnan (ROCA SASTRE y VALLET), aproxima el Derecho castellano al Derecho común. Mas es un intento que reproduce el que, en otro momento, realizaron, en su generalidad, los juristas castellanos de la época clásica: también ellos pretendieron explicar el peculiar sistema castellano con las ideas cardinales del Derecho común, el cual sirvió de trasfondo, directamente o a través de Las Partidas y de la influencia de las escuelas, a los sistemas sucesivos de España”.

En esta nota PEÑA, al tiempo que rebate el reproche deja caer la pertenencia de los citados autores a la escuela catalana, lo que sugiere, por vía subliminal, una suerte de condicionamiento para la correcta comprensión de las instituciones castellanas. Nada más lejos de la realidad. Existe, se quiera o no, un sustrato común que no es dable desdeñar. El Derecho Romano jamás entrará de la mano del principio de las nacionalidades (29), tiende a la universalidad. Por eso, es injusto GONZÁLEZ PALOMINO cuando tacha a ROCA SASTRE de foralista. No, simplemente un gran romanista, que, con las matizaciones que se quieran, marcó la pauta de una mejor comprensión de nuestro Código civil.

ROCA SASTRE (30) tropieza con demasiados artículos ajenos al sistema romano; pues si el código en lo esencial aparenta asumir el concepto de sucesión generalmente romano, luego incurre en múltiples incoherencias al recoger en la mayor parte de sus preceptos inspiraciones de corte germá-

(28) GONZÁLEZ PALOMINO, *Estudios Jurídicos de Arte Menor I*, Pamplona, 1964, p. 252, al que cita PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en “La naturaleza de la legítima”, *ADC*, 1985, t. XXXVIII.

(29) IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano*.

(30) “Crítica institucional del Código Civil”.

nico (31). Pues bien, en lo sucesivo intentará en méritos de la lógica institucional, adaptar el Código civil, no al Derecho catalán, sino al Derecho Romano (32).

En fin, retorno al principio, ROCA SASTRE fue un romanista práctico. Tenía clara cuál era la función del Derecho Romano, más clara que los actuales tratadistas de la materia en el umbral del año 2000.

Pienso que sus escritos revelan su apasionada dedicación al Derecho, no como ciencia teórica, sino como instrumento para solventar las necesidades humanas de la vida en relación. Entiendo que esta vocación jurídica, con la que se encontró, acabó hallando acomodo en la institución notarial a la que dedicó la mayor parte de su vida. JOSEP PLÁ (33) retrata que, tras la Compilación *"... una editorial argentina le ofreció millones de pesetas para una obra análoga, pero de Derecho civil, proposición a la que renunció, porque escarmentado por el cansancio y la enfermedad, creyó que la elaboración de la obra no le permitiría el ejercicio de la Notaría, cosa que probablemente consideró inconcebible"*.

66

En la conferencia que dio en la Academia Matritense del Notariado sobre *"La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano"*, evidencia su alta concepción de la actividad notarial y al ponerla de manifiesto se retrata a sí mismo y a su vocación, *"Pero, además, todo esto requiere la actuación de un elemento básico en la vida de nuestro derecho privado: el Notario. Donde no llegue la previsión del legislador, debe llegar el Notario, o sea, este consejero nato de los otorgantes, que tanto puede hacer en este proceso de adaptación"*

(31) En *"La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano"* asume, sin embargo, el carácter básicamente romano de aquella regulación y en *"L'herència jacent"* pone de manifiesto su predilección por la cantera que suministra el Derecho Romano.

(32) En este sentido, cabe citar a título enunciativo, *"L'herència jacent"*, *"Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los «nascituri»"*, *"La adquisición hereditaria de la posesión"*, *"El término incierto implica, en los testamentos, condición, salvo que pueda colegirse la voluntad contraria del testador"* y *El fideicomiso "si sine liberis decesserit"* y *el Código civil*.

(33) *Homenots*.

o ajuste del régimen sucesorio a cada caso concreto (...) pues el Notario en España, no es un mero redactor de instrumentos públicos, sino, sobre todo, es un jurista en pleno contacto con la realidad de la vida del Derecho. De la vocación y hondo sentido que de las instituciones jurídicas vividas tenga el Notario dependen muchas cosas”.

Dependen muchas cosas ..., las mejores revoluciones, decía PLÁ (34), las de efectos más sólidos, son las que se llevan a cabo ante estos señores (notarios). “*El notario –escribe un poco antes– es la única autoridad real que ha funcionado en Cataluña, en cuanto se perdió la personalidad pública.*” ROCA SASTRE ha sido y es una autoridad en Cataluña y fuera de ella. Su memoria trae consigo distintos sentimientos –admiración, orgullo, nostalgia– pero junto con ellos sobreviene la sensación de obligación ante nuestra sociedad y ante nuestros predecesores de rendir los importantes servicios que de nosotros se esperan.

(34) *El payés y su mundo.*

**ROCA SASTRE,
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL
DE CASACIÓN DE CATALUÑA**

LUIS PUIG FERRIOL

*Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia de Cataluña*

69

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** EL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE CATALUÑA. **III.** LAS PONENCIAS DE ROCA SASTRE COMO MAGISTRADO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE CATALUÑA. **1.** En sede de Derecho civil patrimonial. **2.** En cuestiones de Derecho de familia. **3.** En materia de Derecho de sucesiones. **A)** *El testamento como acto formal.* **B)** *La herencia fideicomisaria.* **C)** *La legítima.* **D)** *La cuarta marital.*

I. Introducción

Don Ramón M.^a Roca Sastre ha sido a buen seguro el jurista catalán más ilustre del siglo XX y, sin duda también, uno de los juristas españoles más eminentes de la última centuria. No es de extrañar, pues, que durante el año 1999, que es el del centenario del nacimiento de don Ramón M.^a Roca Sastre, se hayan celebrado tanto a nivel nacional como en el de la comunidad autónoma catalana, donde nació y donde ejerció sus actividades profesionales, diversos y emotivos actos para celebrar este centenario y para recordar la labor de tan eminente jurista durante toda una vida dedicada plenamente al Derecho.

70

Como se ha puesto de relieve a lo largo de todo el año del centenario, don Ramón M.^a Roca Sastre ejerció durante su vida una amplia gama de profesiones jurídicas, como son las de registrador de la propiedad, notario, juez, magistrado y abogado, actividades que supo compatibilizar de forma admirable con una impresionante labor investigadora, que culmina con su *Derecho Hipotecario*, que en realidad es un tratado de Derecho civil, y con una poca divulgada pero también fundamental aportación a los trabajos que culminaron en el *Anteproyecto de Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* del año 1955. Creo que para nadie es un secreto que las aportaciones de don Ramón M.^a Roca Sastre al texto que después cristalizó en la *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, aprobado por ley de 21 de julio de 1960, fueron fundamentales y decisivas, y sin que ello suponga desmerecer en absoluto las aportaciones que con abnegación y entusiasmo realizaron otros ilustres juristas catalanes de la época, en el loable empeño de llegar a una compilación del tradicional Derecho civil catalán. Quisiera precisar todavía que las aportaciones de tan ilustre jurista fueron especialmente significativas en el ámbito del Derecho de sucesiones por causa de muerte, que sin duda constituía la parte fundamental del texto compilado catalán,

materia en la que siempre se reveló como un auténtico maestro. Creo que no sólo sus profundos conocimientos sobre el *ius commune* romano-canónico, donde se contienen los precedentes de las instituciones propias del Derecho sucesorio de Cataluña, sino también sus acabados conocimientos sobre el Derecho sucesorio según la tradición germánica, que se concretaron en unas precisas y elocuentes notas de adaptación al Derecho civil español del *Derecho de sucesiones* de THEODOR KIPP, obra que pienso no ha tenido la repercusión que sin duda merece, determinaron que el Derecho sucesorio que recogió después la Compilación catalana del año 1960, fuera una de las partes del texto compilado con mayor proyección de futuro. Buena prueba de ello es que el desarrollo del Derecho sucesorio catalán que recoge la ley 40/1991, de 30 de diciembre, Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, tenga sus raíces en el texto del anteproyecto de Compilación, que en muchos aspectos y de modo muy personal redactó don Ramón M.^a Roca Sastre.

No debo olvidar de todas formas que el encargo que se me ha hecho, y que agradezco de forma bien sincera, es el de glosar en este trabajo otro aspecto, como es el de “ROCA SASTRE, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN DE CATALUÑA” y a esta faceta se dedican las páginas siguientes. Si bien creo oportuno destacar en esta introducción el acierto que supone, por parte de los organizadores de este homenaje, el incluir un apartado relativo a la labor que realizara don Ramón M.^a Roca Sastre como magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña. Por cuanto si la labor de nuestro personaje como notario y como registrador de la propiedad son bien conocidas, como son también ampliamente conocidas sus valiosas y numerosas aportaciones a la doctrina jurídica española, en cambio –seamos sinceros– muchas veces ha quedado algo así como en la penumbra su actuación como magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña.

No olvidemos que este organismo jurisdiccional se enmarca en un entorno que con frase gráfica y elocuente se ha venido en denominar de la tradición prohibida o, dicho más claramente, de una tradición jurídica catalana prohibida o que, por lo menos, convenía dejar en el olvido. Es significativo al respecto el artículo único de la ley de 8 de septiembre de 1938, según el cual quedaban sin efecto y por tanto dejaban de aplicarse desde su fecha todas las doctrinas emanadas del Tribunal de Casación de Cataluña. Disposición esta que, evidentemente, tuvo sus repercusiones en la práctica; como lo acredita el hecho de que el primitivo artículo primero de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña contuviera una referencia expresa a la tradición jurídica catalana para interpretar los preceptos del texto compilado, tradición jurídica que se identificaba con las “antiguas leyes, costumbres y doctrina”, es decir, que sólo se concedía una limitada eficacia interpretativa a la tradición antigua, con el fin —cabe pensar— de excluir la tradición, valga el giro, moderna, que encarnaba la labor legislativa y jurisprudencial que se produjo en Cataluña con base al Estatuto de Autonomía catalán de 9 de septiembre de 1932. Sólo después de la vigencia de la actual Constitución española del año 1978 ha podido recuperarse esta tradición jurídica prohibida durante un buen número de años. Como resulta, por ejemplo, del artículo primero de la Compilación del Derecho civil de Cataluña (en la redacción que se deriva de la ley 13/1984, de 20 de marzo), que ordena tomar en consideración las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina —tanto antiguas como modernas, pues el precepto no distingue— como elementos integrantes de la tradición jurídica catalana; y también de la disposición final segunda de la Compilación, que proviene igualmente de la reforma del texto compilado del año 1984, conforme a la cual “la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Casación de Cataluña, en materia de Derecho civil catalán, no modificada por la pre-

sente Compilación o por otras leyes, forma parte de la tradición jurídica catalana, y podrá ser invocada como doctrina legal a los efectos del recurso de casación”. Con ello se convertía en realidad la proposición 47 de la sección primera del II Congreso Jurídico Catalán del año 1971, que propugnaba que la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Cataluña se equiparara a la “doctrina legal” a efectos del recurso de casación.

II. El Tribunal de Casación de Cataluña

Con el fin de enmarcar, aunque sea de forma muy sumaria, la labor de don Ramón M.^a Roca Sastre como magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña, parece oportuno hacer unas referencias a los orígenes, composición y funciones de este Tribunal.

Tiene sus raíces en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 9 de septiembre de 1932, y más concretamente en su artículo 12, cuyo apartado cuarto establecía que correspondía a la Generalitat de Cataluña el nombramiento de los magistrados del Tribunal de Casación conforme a las normas que determinara el Parlamento catalán; añadía el apartado octavo del precepto que el Tribunal tendría jurisdicción sobre todas las materias civiles y administrativas cuya legislación fuera atribuida a la Generalitat; precisaba el apartado siguiente del precepto que conocería, además, de los recursos sobre calificación de documentos que hicieran referencia al Derecho propio de Cataluña y que pudieran originar la práctica de asientos en el Registro de la Propiedad; y hemos de hacer referencia, finalmente, a su apartado décimo, que le confería la función de resolver los conflictos de competencia y de jurisdicción entre las autoridades judiciales de Cataluña. Complementaba esta normativa el denominado Estatuto Interior de Cataluña, cuyo artículo 65 prevenía que el presidente del Tribunal de Casación de Cataluña sería desig-

nado por elección; y que una ley complementaria regularía el procedimiento y condiciones de elección del presidente del Tribunal y la forma de proceder para el nombramiento de sus magistrados y demás funcionarios judiciales.

Con base a estos preceptos estatutarios el Parlamento catalán aprobó la ley de 10 de marzo de 1934, que creaba el Tribunal de Casación de Cataluña. Según su artículo 1.º dicho Tribunal ejercía su jurisdicción en todo el territorio de Cataluña; integraban el Tribunal su presidente y doce magistrados (artículo 2.º); y estaba formado por una Sala de lo Civil y otra Contencioso-Administrativa. El nombramiento de los magistrados que habían de formar parte del Tribunal se atribuía al Consejo ejecutivo de la Generalitat catalana y para la provisión de vacantes se establecían cuatro turnos, tres de los cuales correspondían a propuestas hechas por el Tribunal de Casación en pleno y el cuarto turno a oposición directa. Tal vez sea oportuno recordar aquí que el único magistrado de la Sala de lo Civil que formó parte del Tribunal por el turno de oposición directa fue don Ramón M.^a Roca Sastre, hecho que siempre valoró positivamente, según tuve ocasión de comprobar en conversaciones privadas que mantuve con él mismo.

Por cuanto hace referencia a las competencias de la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación de Cataluña, interesa precisar que con arreglo al artículo 21 de su ley reguladora, conocía de los conflictos de competencias y de jurisdicción entre las autoridades judiciales de Cataluña, de los recursos de casación por infracción de ley o de doctrina legal y de las formas esenciales del juicio en materia civil, cuya legislación exclusiva fuera atribuida a la Generalitat; de los recursos extraordinarios de revisión sobre las mismas materias y de los demás recursos sobre materias de competencia de la Generalitat atribuida por ley autonómica. Precisaba después el artículo 23 de la propia ley que en la Sala de lo Civil funcionaría también una sección de recursos gubernativos, que conocería en última instancia de la calificación de

documentos relativos al Derecho propio de Cataluña que pudieran provocar algún asiento en los libros del Registro de la Propiedad; y de los recursos sobre resoluciones de carácter disciplinario que afectaran a notarios, abogados, procuradores o secretarios judiciales que ejercieran sus funciones en Cataluña.

El Tribunal de Casación de Cataluña tuvo una vida efímera por razones de todos conocidas. La ley de 5 de abril de 1938, en su preámbulo, ya negada toda validez al Estatuto de Autonomía de Cataluña en el orden jurídico español desde el día 17 de julio de 1936. Y la posterior ley de 8 de septiembre del mismo año, artículo único, extendía el correspondiente certificado de defunción: “Quedan sin efecto, y por tanto dejarán de aplicarse desde esta fecha, todas las leyes, disposiciones y doctrinas emanadas del Parlamento de Cataluña y del Tribunal de Casación, restableciéndose en toda su integridad el Derecho existente al promulgarse el Estatuto”. Que todavía reafirma, aun cuando en algún aspecto lo matiza de forma interesante, el auto de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1943, en el cual puede leerse: “... sin que pueda ser aceptada la tesis del recurrente, según la cual la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Casación de Cataluña tiene todavía un valor normativo, equiparable al de las disposiciones dictadas por el Parlamento catalán, con relación a los hechos producidos en el tiempo al que alcanzó su eficacia, pues ni el texto ni el espíritu de la citada ley de 8 de septiembre de 1939 permiten suponer que haya querido conceder a la jurisprudencia catalana, que prácticamente anula y suprime, esa desorbitada autoridad normativa, y, por el contrario, es forzoso entender que, independientemente del valor que pueda corresponder por sí mismo al derecho aplicado por las resoluciones que dictó el extinguido Tribunal de Casación de Cataluña, no pueden hoy las mismas ser invocadas como origen de doctrina legal, toda vez que la jurisprudencia que llegasen a formar, y que pudo, cuando más, ser estimada,

en concepto de tal, como base de interposición de recurso ante la respectiva jurisdicción de casación regional, no tiene hoy relevancia ni virtualidad alguna en el ámbito de la jurisdicción del Tribunal Supremo español”.

III. Las ponencias de Roca Sastre como magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña

76 El Tribunal de Casación de Cataluña no sólo tuvo una vida efímera por las razones que se han apuntado en el apartado anterior, sino también una vida un tanto azarosa, pues durante el tiempo de su efectivo funcionamiento buena parte de este período se enmarca en las difíciles condiciones de la guerra civil de 1936-1939. Como Sala de lo Civil el Tribunal de Casación de Cataluña dictó cuarenta y una sentencias. Las mismas se recogen íntegramente en el libro de la profesora MARÍA-ENCARNA ROCA I TRÍAS, *El dret civil català en la jurisprudència*, que es el tomo IV-1.º de la obra *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*, publicado en el año 1977 por la cátedra “Duran i Bas” de Derecho civil catalán. Las sentencias que se glosan en las páginas siguientes se han recogido de este volumen.

En atención al carácter y finalidad de este trabajo, se hace referencia únicamente a las sentencias de casación en las que aparece como ponente don Ramón M.^a Roca Sastre, que son en número de nueve. Valga la aclaración, sin duda innecesaria, de que las referidas sentencias exponen el parecer de la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación de Cataluña. Aunque por razones evidentes y sobradamente conocidas, el magistrado ponente tiene siempre una intervención más directa e intensa en los razonamientos que conducen, en último término, a la estimación o desestimación del recurso de casación.

En la exposición que sigue, agrupamos las sentencias en las que fue ponente don Ramón M.^a Roca Sastre de acuer-

do con la sistemática más común en nuestros tiempos sobre las denominadas partes especiales del Derecho civil.

1. En sede de Derecho civil patrimonial.

Se incluye en este apartado la sentencia de 10 de octubre de 1936, que trata fundamentalmente cuestiones que hacen referencia a la comunidad de bienes y división de cosa común. El recurso tiene su origen en una comunidad de bienes entre tres hermanos, coherederos de su padre, sobre unos bienes sitos en Premià de Mar, con respecto a los cuales uno de los copropietarios ejercita una acción contra sus dos hermanos sobre división de cosa común, puesto que considera indivisibles los referidos bienes y por ello interesaba se sacaran a pública subasta con intervención de licitadores extraños y que el precio obtenido, se repartiera entre los copropietarios en proporción a sus respectivas cuotas. Uno de los hermanos demandados compareció en el litigio a los solos efectos de evitar la situación procesal de rebeldía; y el otro se opuso a las pretensiones del actor negando que las fincas tuvieran el carácter de indivisibles, que los hermanos habían suscrito un convenio el día 6 de agosto de 1929 sobre división de los bienes que tenían en comunidad mediante subasta entre los copropietarios, pero sin intervención de licitadores extraños y se alegaba, finalmente, la conformidad del demandado no sólo con la extinción de la comunidad respecto a los bienes que se relacionaban en el escrito de demanda, sino con todos los que tenían en régimen de comunidad. La sentencia de primera instancia estima la demanda no sólo con respecto a los bienes descritos en la demanda, sino también sobre la totalidad de los bienes que los litigantes poseían en común, con admisión de licitadores extraños. La sentencia de apelación, que recae como consecuencia del recurso que había interpuesto el codemandado que no se opuso a la demanda, declaraba extinguida la comunidad de bienes que se había creado entre los litigan-

tes, la venta en pública subasta de los bienes que poseían en común con intervención de licitadores extraños con respecto a un lote de bienes y con observancia de lo acordado en el convenio de 6 de agosto de 1929 con respecto a los otros bienes. El mismo codemandado interpuso después recurso de casación.

78

El primer motivo del recurso alegaba incongruencia en base al artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues según la parte recurrente en la demanda se interesaba únicamente la extinción de la comunidad de bienes mediante la subasta pública de los bienes comunes de acuerdo con los trámites de la Ley Procesal Civil, mientras que la sentencia ordenaba que con respecto a determinados bienes, la extinción de la comunidad se realizara conforme a lo prevenido en el convenio del año 1929, cosa que nadie había pedido. La sentencia de casación desestima este primer motivo del recurso, por cuanto aduce que el otro codemandado, en su escrito de contestación a la demanda prestó su conformidad sobre la división de una parte de los bienes conforme al convenio del año 1929, aunque tal petición no apareciese en el suplico del escrito de contestación a la demanda, pero que aun así tenía el valor procesal de una petición o súplica; que dada la especial naturaleza de los procedimientos divisorios, todos los litigantes persiguen esencialmente lo mismo y por ello todos asumen a la vez la condición jurídica de demandantes y demandados; que no obsta a este pronunciamiento la circunstancia de que la parte recurrente no se opusiera a la demanda, por cuanto en las cuestiones sobre comunidad de bienes existen entre los comuneros unos vínculos de solidaridad que la lógica institucional impone y que, además, en el caso del litigio la parte que recurría en casación, apeló también la sentencia de primera instancia, lo cual equivale a decir que aceptó sus pronunciamientos; y que en los procedimientos divisorios, que a veces se configuran como actos de jurisdicción voluntaria, el juzgador ha de atenerse a lo convenido por los interesados.

El segundo motivo del recurso de casación alegaba infracción del artículo 1.091 del Código civil y jurisprudencia que relacionaba, pues según el citado precepto los contratos válidos y perfectos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. También se desestima el segundo motivo del recurso, por cuanto se precisa que la declaración de extinción de la comunidad de bienes con respecto a los que se encontraban en Premià de Mar relacionados en el escrito de demanda, era un pronunciamiento obligado para no incidir en incongruencia.

2. En cuestiones de Derecho de familia.

También en este apartado se incluye una sola sentencia, la de 17 de julio de 1937, sobre reclamación de filiación no matrimonial. El litigio tiene como antecedentes el nacimiento de una niña de madre soltera el día 22 de junio de 1920, y demanda de reclamación de paternidad no matrimonial interpuesta en el año 1935 por la madre, como representante legal de la hija, contra los herederos del presunto padre, en la cual alegaba la existencia de una relación íntima ininterrumpida entre los progenitores y que la hija había gozado de la posesión de hija con respecto al presunto padre. La sentencia de primera instancia estima la demanda, pero fue revocada en grado de apelación. La actora interpuso recurso de casación contra dicho fallo.

El primer motivo del recurso invocaba infracción del artículo 43 de la Constitución española del año 1931, que establecía la igualdad de todos los hijos ante la ley con independencia de su filiación y la libre investigación de la paternidad; así como infracción del decreto de la Generalitat catalana de 18 de septiembre de 1936, en el cual se establecía que cuando las leyes vigentes no se adaptaran a las exigencias revolucionarias, los organismos jurisdiccionales habrían de resolver según su conciencia, de forma que la norma que aplicaran al caso concreto, pudiera ser elevada a nor-

ma general que plasmara el sentimiento jurídico del pueblo. Mientras que el motivo cuarto del recurso de casación invocaba infracción de las Decretales de Gregorio IX, que regulaban la investigación de la paternidad, determinando la pertinencia de todos los medios de prueba y admitiendo como tales las pruebas de presunciones y la testifical.

La sentencia de apelación había desestimado la demanda por entender que el artículo 43 de la Constitución precisaba de un desarrollo normativo y, también, por entender que no existiendo en el Derecho civil catalán normativa concreta en sede de investigación de la paternidad, procedía aplicar los artículos 140 y 141 del Código civil —en su redacción original— claramente contrarios al principio de libre investigación de la paternidad. La sentencia de casación revoca la de segunda instancia. Con respecto al cuarto motivo del recurso, se precisa que la sentencia de instancia ha incurrido en error al declarar que no existe normativa catalana sobre investigación de la paternidad, por cuanto en Cataluña, desde hacía siglos, estaban vigentes normas sobre libre investigación de la paternidad de los hijos no matrimoniales, citándose al respecto las abundantes manifestaciones de este principio que se encuentran en las Decretales de Gregorio IX, en el *Digesto* y en el *Código de Justiniano*, que han servido de soporte a la doctrina jurídica, recibida y consolidada en Cataluña, favorable a la reclamación y declaración judicial de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, con la posibilidad de valerse de todos los medios de prueba, incluso la de presunciones y sin duda la pericial biológica. Interesantes son también las consideraciones que se hacen con referencia al primer motivo del recurso de casación, precisándose al respecto que el organismo jurisdiccional de instancia bien pudiera haberse abstenido de revocar la sentencia apelada e inaplicar los artículos 140 y 141 del Código civil mediante una aplicación generosa del artículo 43 de la Constitución, el artículo 8.º del Estatuto In-

terior de Cataluña y el decreto antes referido de la Generalitat catalana de 18 de septiembre de 1936.

La lectura de esta sentencia lleva intuitivamente al preámbulo de la ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones, que señala como uno de los principios informadores de la misma el de la libre investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, bien conocido y reconocido históricamente en todo el Derecho catalán; criterio que reproduce igualmente el apartado III del preámbulo del Código de familia, aprobado por ley del Parlamento catalán 9/1998, de 15 de julio. Y que aplican también las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de julio de 1991, 16 de diciembre de 1997 y 29 de junio de 1998.

Todavía una última precisión con respecto a esta sentencia. Como es después de la guerra civil de 1936-1939, y como consecuencia de haberse privado de todo valor a las doctrinas emanadas del Tribunal de Casación de Cataluña, el recurso de casación se reproduce ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. La sentencia del alto tribunal de 5 de julio de 1944 estima también el recurso, argumentando sobre la aplicación preferente de las normas del Derecho romano y canónico que mencionaba el Tribunal de Casación de Cataluña en su sentencia, que regían en Cataluña con preferencia a los primitivos artículos 140 y 141 del Código civil; y con la precisión de que la sentencia del Tribunal Supremo no hace referencia alguna a la sentencia y doctrina que mantiene el Tribunal de Casación de Cataluña.

81

3. En materia de Derecho de sucesiones.

Son con mucho las más numerosas y que se desarrollan en las páginas siguientes con base al siguiente esquema:

A) *El testamento como acto formal.*

Es el caso que dio origen a la sentencia de 24 de marzo de 1937, que tiene como antecedentes un testamento notarial abierto otorgado en Vic el día 17 de diciembre de 1919, cuya validez se cuestiona después de la muerte de la testadora por entenderse que los dos testigos instrumentales no conocían a la testadora, que se había omitido la intervención de dos testigos de conocimiento que fuesen conocidos del notario y de los testigos instrumentales, que éstos últimos fueron llamados y rogados por el notario autorizante y no por la testadora, que no se consigna que ésta se hubiese enterado del contenido de la disposición testamentaria ni que la misma estuviese de acuerdo con su voluntad, que no se hacía constar la hora del otorgamiento y que al final de la disposición el notario no daba fe de haberse cumplido las formalidades que exige la ley. La demanda fue desestimada en la primera y en la segunda instancia, habiendo interpuesto la parte actora recurso de casación, en el que se alegaba infracción de los artículos 685, 686, 687, 695, 699 y 743 del Código civil y de los artículos 23 y 29 de la Ley del Notariado.

82

Se desestima el recurso en base a considerar que los referidos artículos del Código civil no estaban vigentes en Cataluña y, por tanto, no podían considerarse infringidos, toda vez que con respecto a las formas y solemnidades de los testamentos se han de observar únicamente las que establece el Derecho civil de Cataluña, complementado por las Ordenanzas de 29 de noviembre de 1736 y 24 de julio de 1755 y el Real Acuerdo del mismo año, régimen jurídico que no alteró el Código civil, que por tanto no puede regir en este punto como supletorio. Por cuanto las formalidades testamentarias no pueden ampliarse ni restringirse por estar sujetas a unos moldes claramente impuestos y considerados suficientes por cada legislación, con la consecuencia de que un silencio normativo no puede entenderse como una impre-

visión, sino como el rechazo de una formalidad considerada innecesaria; por lo cual debe entenderse que en este punto el Derecho civil catalán es completo, de lo cual se deriva que una mayor simplicidad en relación con el Código civil, no autoriza para calificarlo de insuficiente o menos perfecto, pues en esta materia la bondad de un sistema legislativo no ha de establecerse en relación con el número de requisitos formales que deban cumplirse, porque algunos de ellos pueden resultar no indispensables o superfluos, especialmente ante el prestigio de la institución notarial, e incluso pueden resultar perturbadores por constituir una especie de cebo que atrae al litigio a quienes aspiran a una herencia, cuando ven que se esfuman sus expectativas.

Se rechaza también que la sentencia de instancia hubiese infringido los preceptos antes referidos de la legislación notarial, por cuanto del artículo 29 de la Ley del Notariado resulta que no son aplicables sus preceptos a los testamentos otorgados en Cataluña.

La doctrina que sienta esta sentencia, de alguna forma nos lleva al artículo 101,I de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, que en relación con las formalidades generales del negocio testamentario establecía que “en los testamentos ante Notario se observarán las formalidades exigidas por el Código civil, salvo, respecto de los testigos, que serán siempre dos, sin requerirse que sean rogados ni que aprecien la capacidad del testador, ni que en su carácter de testigos instrumentales hayan de conocerle, pero deberán firmar”. Para el Derecho actual las formalidades generales de los testamentos se regulan en los artículos 105, 106 y 107 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, que aportan como novedad más significativa, respecto del Derecho anterior, la supresión de los testigos en el otorgamiento del testamento notarial para los casos generales.

B) *La herencia fideicomisaria.*

El Tribunal de Casación tuvo oportunidad de dictar tres sentencias, siendo en ellas ponente don Ramón M.^a Roca Sastre, en relación con el típico fideicomiso familiar catalán, es decir, el gravamen fideicomisario impuesto al heredero fiduciario, o a los herederos fideicomisarios instituidos en lugar preferente, para el caso de que el primer o el anteriormente instituido fallecieran sin dejar descendencia. La primera de estas sentencias es la de 8 de octubre de 1936, que tiene como antecedente un testamento, en el cual el causante de la sucesión instituía heredero a su hijo, con el gravamen de que si fallecía sin descendencia que llegara a la edad de testar, la herencia haría tránsito a la primera hija del testador y si ésta fallecía en las mismas circunstancias, la herencia haría tránsito sucesivamente a favor de la segunda, tercera y cuarta hijas del testador y, en último término, haría tránsito a favor de una hermana del testador. El heredero fiduciario falleció sin dejar descendencia en el año 1916, bajo testamento en el que instituía heredero a un extraño a la familia. Las herederas fideicomisarias premurieron al heredero fiduciario, si bien la primera heredera fideicomisaria falleció dejando descendencia. Uno de sus hijos, nieto por tanto del fideicomitente, interpuso una demanda contra los herederos del heredero fiduciario muerto sin descendencia, en reclamación de la herencia fideicomitida de su abuelo. Los demandados alegaron que en la disposición testamentaria se había ordenado una sustitución fideicomisaria condicional para el caso de que el primer o anteriormente instituido falleciera sin dejar descendencia, en la cual los nietos del testador se encontraban puestos en condición en la cláusula testamentaria, pero no fueron llamados directamente a la herencia de su abuelo. Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda, habiendo interpuesto el actor recurso de casación.

La sentencia constituye el más acabado estudio que se

ha hecho del clásico problema de los hijos puestos en condición en el fideicomiso familiar catalán, sentencia que puede calificarse de modélica. El primer considerando precisa de forma certera que el problema consiste en determinar si los hijos puestos en condición, han de entenderse puestos en disposición o sustitución; es decir, si los hijos, que son los hijos de los llamados de forma expresa a la herencia y que generalmente son nietos del testador, han de considerarse tácitamente llamados a la herencia y ocupan el lugar de su padre muerto antes de haberse producido la delación fideicomisaria a su favor, en base a la circunstancia de haber sido utilizados como elemento del hecho condicionante, toda vez que la existencia o no de tales hijos al tiempo de morir el padre que no llegó a heredar, depende de que éste se convierta en heredero libre o que continúe vigente el gravamen fideicomisario.

Precisa el mismo considerando, y con igual acierto, que el problema de los hijos puestos en condición es, realmente, un problema de interpretación de la voluntad del fideicomitente. En relación con el caso que originó el recurso, se desestima su primer motivo, en el cual el recurrente pretendía tener derecho a la herencia fideicomitada de su abuelo en base a la disposición del Digesto 35,1,102, denominada comúnmente entre nosotros caso de la ley *cum avus*, que se recoge actualmente en el artículo 191 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, por cuanto dicha norma en el fondo no hace otra cosa que transformar un gravamen fideicomisario absoluto o incondicionado en un gravamen fideicomisario condicional, que deja por ello sin resolver el problema de si los hijos puestos en condición han de entenderse tácitamente llamados a la herencia de su abuelo; y por otra parte, en el caso de la ley *cum avus* el causante no contempla la posible existencia de unos nietos, mientras que en el caso de los hijos puestos en condición el fideicomitente piensa y prevé la existencia de unos nietos, aunque se refiere a ellos sólo en un senti-

do formal como elemento de la condición, pero nada dispone a favor de ellos.

Al hilo de este razonamiento, se examinan después los principales argumentos que se han aducido favorables a considerar que los hijos puestos en condición han sido llamados por el abuelo como herederos fideicomisarios, de entre los que destaca que el hecho de servirse de los hijos por vía de condición, revela una voluntad de que tales hijos sean destinatarios subsidiarios de los bienes fideicomitados; que razones de equidad obligan a evitar que los hijos de un heredero fideicomisario premuerto, hayan de cargar con la doble desgracia de haber perdido a su padre y de perder una herencia que éste seguramente habría adquirido de no haber premuerto; que según disposiciones del Derecho romano vigente en Cataluña, generalmente la expresión hijos comprende también a los nietos; que las sustituciones fideicomisarias impuestas a un hermano del causante y con designación de extraños como sustitutos fideicomisarios, si el hermano muere antes de adquirir la herencia dejando descendencia, la herencia se transmite a esta descendencia y no a los herederos fideicomisarios designados por el testador; que el relajamiento del primitivo formalismo romano con respecto a la institución de heredero, facilitó la admisión de los llamamientos hereditarios tácitos o conjeturales; que el sentimiento popular valora la estirpe con preferencia al grado de parentesco; que por regla general el abuelo profesa tanto o más cariño a los nietos que a los hijos; el sentido estrictamente familiar del fideicomiso *si sine liberis decesserit*; la corriente del Derecho romano de la última época favorable al *ius transmissionis*; la tendencia del Derecho catalán favorable a la vinculación de los bienes; y el criterio de la antigua Rota romana favorable a los hijos puestos en condición por razones de piedad.

El considerando siguiente de la sentencia de casación hace un examen de los principales argumentos contrarios a considerar llamados como fideicomisarios los hijos puestos en con-

dición, de entre los que destaca que si el heredero fiduciario o fideicomisario muere dejando descendencia, hereda los bienes fideicomitidos con el carácter de libres; que las razones de equidad que aduce la tesis contraria no son decisivas, por cuanto es normal que el abuelo prefiera a los hijos antes que a los nietos; que no guarda relación con el problema que aquí se examina, el hecho de que en los casos generales la expresión hijos comprenda también a los nietos; que el relajamiento de las formalidades testamentarias en orden a la institución de heredero, no permite prescindir de la voluntad del fideicomitente; que la concepción popular favorable a la estirpe no es de obligado cumplimiento; que la tendencia favorable al *ius transmissionis* nada tiene que ver con el problema de los hijos puestos en condición; que no es cierto que el ordenamiento jurídico catalán sea favorable a las vinculaciones; y que las decisiones de la Rota romana no pueden prevalecer sobre la doctrina común de los autores, recogida por los tribunales y recibida en Cataluña.

87

Después de contraponer los argumentos favorables al llamamiento de los hijos puestos en condición como herederos fideicomisarios del abuelo, y los argumentos contrarios a tal llamamiento fideicomisario, la sentencia de casación se decide por la tesis contraria a la regla *positus in conditione, positus in substitutione*, lo cual determina el rechazo del primer motivo del recurso. Tesis que acepta también el Derecho vigente, pues inicialmente el artículo 175 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, y actualmente el artículo 198 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, establecen como regla general que los hijos puestos en condición no se consideran sustitutos fideicomisarios, a menos que sean llamados expresamente como tales o como sustitutos vulgares.

El motivo segundo del recurso de casación, dando por bueno que los hijos puestos en condición no vienen llamados como herederos fideicomisarios, alegaba la procedencia de aplicar en el caso del litigio una de las excepciones que

tradicionalmente se han admitido a tal principio, como es la de que los hijos puestos en condición se consideraban llamados como sustitutos fideicomisarios cuando el fideicomitente llamaba una persona extraña como último heredero fideicomisario, en atención al carácter esencialmente familiar de esta modalidad fideicomisaria. La sentencia de casación entiende concurre esta excepción en el caso del recurso, lo cual determina la estimación del mismo, por cuanto a los efectos del fideicomiso familiar catalán debe considerarse extraña toda persona que no sea descendiente del fideicomitente. Tesis esta que recogía también el artículo 175,2.º de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y actualmente el artículo 198,2.º del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña. (Estos razonamientos del magistrado ponente se desarrollan de forma más extensa en su monografía *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, publicado en Barcelona, en el año 1948.)

La segunda sentencia sobre el fideicomiso familiar catalán es la de 7 de junio de 1937, que tiene como antecedentes un testamento en el cual la madre instituía heredero a su hijo, con la prevención de que para el caso de que falleciera sin dejar descendencia, instituía herederos a sus demás hijos el uno para después del otro. El hijo instituido en primer lugar desapareció y como consecuencia de este hecho, se posesionó de la herencia materna una de las hijas, que murió sin dejar descendencia en el año 1911 y bajo testamento en el que instituía heredero a su marido, que después vendió una de las fincas que procedían de la herencia de su esposa. La última hija de la testadora inicial murió en el año 1881 y otra hija en el año 1892 dejando un hijo, que falleció en el año 1930, sucediéndole su padre y un hermanastro. Éste dedujo demanda contra su padre y el adquirente de la finca, en la cual interesaba se declarara que dicha finca y sus edificaciones pertenecían por partes iguales al actor y a su padre, como sucesores de la heredera fidei-

comisaria nombrada por la testadora. En el escrito de contestación a la demanda el adquirente de la finca alegó haberla adquirido de su legítimo propietario, pues la hija del testador, causante de los actores, premurió a su hermana instituida heredera fideicomisaria en lugar preferente. Las sentencias de primera y de segunda instancia desestiman la demanda, habiendo interpuesto el actor recurso de casación.

La sentencia de casación se centra en primer lugar en la interpretación de la cláusula testamentaria que originó el litigio, que la sentencia recurrida configuraba como un fideicomiso *si sine liberis decesserit*, en el cual había un solo sustituto fideicomisario, que sería el hermano de mayor edad del heredero fiduciario muerto sin dejar descendencia; mientras que para el Tribunal de Casación la cláusula contenía un fideicomiso de la misma clase, pero con sucesivos herederos fideicomisarios condicionalmente llamados el uno después del otro con el mismo gravamen condicional impuesto al heredero fiduciario, pues aunque el gravamen fideicomisario para el caso de morir sin descendencia sólo se imponía de forma clara al primer instituido, había de entenderse afectaba igualmente a los demás herederos fideicomisarios que llegaran a adquirir la herencia materna.

Una vez establecida la configuración jurídica del fideicomiso ordenado por la madre, la sentencia de casación precisa que habiendo fallecido la primera heredera fideicomisaria sin dejar descendencia, ello no fue obstáculo para que adquiriera los bienes fideicomitidos en concepto de libres del gravamen fideicomisario por haber premuerto las herederas fideicomisarias instituidas en orden sucesivo; pues si bien es cierto que una de ellas murió dejando descendencia, no se alegó en el litigio la existencia de presunciones o conjeturas de llamamiento o transmisión del fideicomiso a favor de los hijos puestos en condición o de los herederos del fideicomisario premuerto, por lo cual la cuestión había de resolverse aplicando la regla de que en las sustituciones fideicomisarias condicionales, si el heredero fideicomisario muere antes de ha-

berse producido la delación fideicomisaria a su favor, no transmite ningún derecho sobre la herencia fideicomitada a sus sucesores. Pronunciamiento que lleva a la desestimación del primer motivo del recurso de casación y a la confirmación de la sentencia recurrida, aunque fuera en base a unos razonamientos distintos a los que aparecían en la sentencia de apelación.

La última sentencia que se incluye en este apartado es la de 24 de diciembre de 1937, que tiene su origen en un testamento otorgado en el año 1905, en el cual el testador instituía herederos a sus tres sobrinos con sustitución recíproca entre ellos para el caso de premoriencia, y con facultad de disposición de los bienes hereditarios para el caso de fallecer dejando descendencia, y para el caso de fallecer sin dejar descendencia, les sustituía por otro sobrino a sus libres voluntades y si éste hubiese premuerto, a su descendencia. Los herederos realizaron diversos actos de disposición sobre los bienes hereditarios y en el año 1934 uno de los coherederos inicialmente instituidos dedujo demanda contra las sociedades adquirentes de los bienes fideicomitados, en la cual interesaba se declarara la ineficacia de los actos dispositivos realizados por los herederos instituidos con gravamen fideicomisario, demanda que fue desestimada en la primera y en la segunda instancia, habiendo interpuesto el actor recurso de casación.

Los dos primeros considerandos de la sentencia de casación formulan la distinción entre las sustituciones fideicomisarias puras o a término, en las cuales el heredero gravado de restitución fideicomisaria no puede disponer de los bienes hereditarios, como no sea para pagar deudas de la sucesión, legados, dotes o legítimas, y las sustituciones fideicomisarias condicionales que de acuerdo con lo prevenido en el Código 6,43,3-2 y 3, permiten al heredero fiduciario disponer de los bienes fideicomitados con subsistencia del gravamen fideicomisario. De lo cual se deriva que cuando el heredero fiduciario dispone de los bienes fideicomitados en los

fideicomisos condicionales o a término en los casos referidos de pago de deudas, legados, dotes o legítimas, los mismos se transmiten en concepto de libres del fideicomiso, por cuanto representan una fracción del valor hereditario originariamente exento del gravamen y que económicamente no pertenece al heredero fiduciario, por cuanto tales bienes se encuentran adscritos al cumplimiento de obligaciones que están por encima de la voluntad del fideicomitente. Mientras que en las sustituciones fideicomisarias condicionales los actos de disposición realizados por el heredero fiduciario con subsistencia del gravamen fideicomisario, los bienes circulan conservando su condición de bienes fideicomitidos, no pudiéndose por ello calificar los referidos actos dispositivos de nulos o inexistentes, como pretendía la parte recurrente, sino de válidos, sin perjuicio de la revocabilidad o resolución de la transmisión en su día, si se cumpliera la condición de fallecer el enajenante sin dejar descendencia; a diferencia de los actos dispositivos realizados por el heredero fiduciario en las sustituciones fideicomisarias a término fuera de los casos exceptuados por la ley que pueden ser calificados de nulos o inexistentes, pues aun cuando el heredero fiduciario sea propietario y no simplemente usufructuario de los bienes fideicomitidos, carece del *ius disponendi*. Estas consideraciones de la sentencia de casación de alguna forma se reflejan en los artículos 186 y 187 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y, actualmente, en los artículos 217 y 218 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

En el mismo primer motivo del recurso de casación, el recurrente alegaba la ineficacia de las renunciaciones otorgadas con respecto a sus derechos sobre las participaciones hereditarias de los otros herederos fiduciarios, alegando a favor de su tesis el principio de la irrevocabilidad de la aceptación hereditaria según el artículo 997 del Código civil y Código 6,31,4. Pretensión que igualmente se rechaza, por cuanto la irrevocabilidad de la aceptación sólo actúa respec-

to a la condición de heredero según la regla *semel heres semper heres*, que por tanto permite al heredero fideicomisario, en la fase de pendencia de la condición, renunciar a sus derechos eventuales o condicionales, pretensiones y expectativas sucesorias; tesis que reafirma el principio de que todos los derechos son renunciables mientras la renuncia no provoque un perjuicio a los intereses generales o ajenos, la doctrina de los actos propios y la especialidad propia del Derecho local de Barcelona, aplicable al caso objeto del recurso, que permitía al llamado que había aceptado la herencia, repudiarla o ceder sus derechos.

92

El motivo segundo del recurso alegaba infracción del artículo 1.271 del Código civil y de la disposición contenida en el Código 2,30,20, que prohíbe los pactos sobre sucesión futura, preceptos que el recurrente consideraba infringidos por cuanto uno de los herederos fideicomisarios había renunciado a sus expectativas sobre los bienes fideicomitidos y el renunciante ocupaba en el orden de llamamientos un lugar posterior al del recurrente. La desestimación del segundo motivo del recurso se basa en que la prohibición alcanza únicamente a las herencias futuras o no abiertas por cuanto vive el causante de la sucesión, de suerte que no supone un pacto sobre herencia futura, prohibido por la ley, la renuncia hecha por el heredero fideicomisario en vida del heredero fiduciario.

El motivo tercero del recurso se fundamentaba en la infracción del artículo 109 de la Ley Hipotecaria, que se desestima; por cuanto no era cierto que el precepto prohibiera, como pretendía la parte recurrente, los actos de disposición en la fase de pendencia de la condición, sino que por el contrario permitía tales actos dispositivos, dejando a salvo las posibilidades restitutorias de la condición.

C) *La legítima.*

La sentencia de 20 de julio de 1937 se refiere, inicialmente, a un problema de computación legitimaria. Con el fin de centrar la cuestión litigiosa, el primer considerando de la sentencia de casación distingue entre el concepto propio de herencia, que supone configurarla como un *universum ius* o conjunto de derechos y obligaciones no intransmisibles del causante o como complejo patrimonial de activo y pasivo sobre el cual actúa la *successio*; y el denominado concepto estricto de herencia, o más concretamente de porción hereditaria, que vendría representado por el remanente de bienes del difunto después de deducidas las deudas hereditarias, legítimas y legados. En base a esta distinción, y en contra del criterio de la parte recurrente, la sentencia de casación entiende que para el cálculo de la legítima no debe partirse del concepto estricto de herencia, sino del concepto de herencia global líquida, que contempla el caudal relicto desde el punto de vista económico. Por ello, y con invocación de la sentencia del propio Tribunal de 22 de marzo de 1937, precisa que la legítima implica una titularidad sobre una cuota del valor en cambio de la herencia líquida, o *pars valoris bonorum*, que atribuya al legitimario un derecho de realización del valor hereditario, con la consecuencia de que para fijar el importe de la legítima global o individual es necesario deducir el pasivo del activo hereditario, y agregar, si procede, el valor de las donaciones computables; pero, y en contra de lo pretendido por la parte recurrente, no deben deducirse previamente los legados, puesto que el derecho de los legitimarios, derivado de la ley, es anterior y superior al derecho de los legatarios.

El considerando siguiente alude, de forma más bien incidental, a la inoportunidad de plantear el juicio de testamentaría en las cuestiones que atañen a la reclamación de la legítima catalana. Criterio que después hizo suyo el artículo 140,III de la Compilación del Derecho civil de Ca-

taluña y, actualmente, el artículo 366,II del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

94 Otra cuestión que plantea el recurso es la aplicación al litigio de la denominada presunción muciana establecida en perjuicio de la esposa, que tiene su origen en el Digesto 24,1,51 y Código 5,16,6, que pasó a informar el primitivo artículo 23 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, y que fue suprimida y sustituida por otra presunción muciana establecida en beneficio de los acreedores tras la reforma del texto compilado por ley 13/1984, de 20 de marzo, en aplicación del principio de equiparación jurídica de los cónyuges. En el caso que da origen al recurso, el testador alegó haber recibido de su segunda esposa una cantidad de dinero, que destinó a la extinción de una deuda, y al respecto precisa la sentencia de casación que la presunción muciana se refiere a las adquisiciones onerosas hechas por la esposa durante el matrimonio, con la consecuencia de que no era aplicable al caso del litigio, en el cual la esposa había de percibir con cargo al caudal hereditario del marido premuerto la referida cantidad, ya fuera a título de devolución o de legado. Con la precisión, además, de que la presunción muciana no es sino una presunción, con la posibilidad por tanto de que pueda ser destruida por otra presunción o de originar un conflicto de presunciones; y en el caso del recurso se atribuya especial significación al hecho de que la esposa ejerciera el comercio, con la posibilidad por tanto de que el dinero hubiera salido del negocio y no de una donación que le hubiera hecho el marido.

Incidentalmente se alude también a la aplicación de la denominada ley *Hac edictali*, que imponía al testador no atribuir al cónyuge del causante bínubo unos beneficios superiores a los que obtuviera el hijo menos favorecido, que no se aplica al caso, por considerarse que la atribución hecha a favor de la esposa no fue a título de legado, sino en pago del crédito a favor de la esposa, y por tanto no venía afec-

tada por las disposiciones de la ley *Hac edictali*. Esta limitación aparecía también en el artículo 253 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y fue suprimida del texto compilado por la reforma del año 1984, por considerarse poco acorde con los principios constitucionales y con las corrientes actuales.

La segunda sentencia en materia de legítima es la de 22 de marzo de 1937 que plantea, inicialmente, el problema de la eficacia de los gravámenes impuestos sobre la legítima. En este punto se estima el recurso, por cuanto la sentencia recurrida reconoció eficacia al plazo de cuatro años que se había concedido al heredero para el pago de la legítima, toda vez que según el Código 3,28,30 y 32 la legítima no admite ningún gravamen o aplazamiento, a menos que lo acepte el legitimario. En el mismo sentido se había pronunciado el artículo 133 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña y, actualmente, el artículo 360 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

95

Los restantes motivos del recurso, que se desestiman, ofrecen la oportunidad de hacer un estudio exhaustivo sobre las diferencias entre la legítima y el suplemento de legítima y, más concretamente, sobre los intereses del suplemento de legítima. No se cuestiona que la legítima devenga intereses desde la apertura de la sucesión del causante, pero se constata que no existe la misma unanimidad con respecto a los intereses del suplemento de legítima.

A favor de la tesis de que sólo pueden reclamarse los intereses posteriores a la *litis contestatio*, aduce la sentencia de casación que el heredero posee de buena fe los bienes y derechos que forman parte del caudal hereditario, porque cree que el legitimario ha percibido aquello que realmente le corresponde en concepto de legítima, buena fe que sólo se pone en entredicho después de la reclamación judicial del suplemento de legítima; que esta teoría de la posesión de buena fe es conforme con los principios científicos modernos

favorables a los negocios jurídicos abstractos y es también conforme con la equidad; que es también la más conforme con la naturaleza jurídica de la legítima catalana, que desde las reformas de los años 1363 y 1585 ya no se configura como *pars bonorum* o *pars hereditatis*, sino como un derecho de realización de valor; que no puede aceptarse la tesis de una equiparación absoluta entre la legítima y el suplemento de legítima, pues la parte, por el simple hecho de ser tal, merece una consideración especial, que la diferencia del todo; que la situación del heredero obligado al pago del suplemento de legítima es equiparable a la situación en que se encuentra el heredero fiduciario, que hace suyos los frutos y rentas de la herencia fideicomitida mientras no haya sido interpelado para la restitución; que igual cabe decir con referencia a los legados, puesto que si el heredero ignora la existencia del legado, sólo debe sus frutos o intereses desde la reclamación; que el poseedor de buena fe de una cosa hace suyos los frutos separados y como los frutos tienen la consideración jurídica de bienes muebles, puede adquirirlos por la usucapión de los tres años; que el suplemento de legítima no origina la *vindicatio* de un valor hereditario retenido por el heredero, sino una mera acción personal dirigida a obtener el cumplimiento de una obligación, con aplicación de la doctrina de la mora *salvendi*; que con esta tesis no se infringe la Novela 18, capítulo 3.º, porque cuando se trata del suplemento de legítima, entra en colisión esta norma y la que consagra la atribución de los frutos al poseedor de buena fe, que parece oportuno resolver a favor de esta última por el trato de favor que merece la buena fe; que si la legítima devenga intereses desde la muerte del causante, es porque la legítima se configura como *portio successionis* o *ius universale* y el legitimario es heredero *pro ea portione* y por tanto hace suyos los frutos e intereses *sed dominii*, cosa que no ocurre con el suplemento de legítima, que según la doctrina recibida en Cataluña se considera como un simple derecho personal o de crédito; que si bien algu-

nos autores clásicos dan el mismo tratamiento a la legítima y a su suplemento en materia de frutos e intereses, en los últimos tiempos se ha producido en el Derecho civil catalán una corriente doctrinal contraria, favorable a la tesis de que el suplemento de legítima sólo devenga frutos o intereses desde su reclamación; y que el Derecho catalán se orienta de forma clara a procurar que las repercusiones de las legítimas sobre los patrimonios familiares, formados y vividos en un ambiente de libertad dispositiva, no llegue a poner en peligro su subsistencia.

Después de este exhaustivo examen del problema, la sentencia de casación opta por la tesis de que el suplemento de legítima sólo devenga frutos o intereses desde su reclamación, tesis que fundamenta especialmente en la protección de la buena fe, la seguridad jurídica y la estabilidad de los patrimonios. Razones que de alguna manera pueden haber influido en el trato más bien desfavorable que se ha dado, tanto a los intereses de la legítima como a su suplemento, en el Derecho actual, según resulta del artículo 365 del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

Por último, la sentencia de casación examina el problema derivado de la atribución a la actora de una suma de dinero en paso de sus derechos de legítima paterna y materna, con la subsiguiente cuestión de determinar qué parte de la cantidad asignada debe imputarse a una y otra legítima. Se acoge la tesis de que debe imputarse proporcionalmente a la cuantía de los patrimonios paterno y materno, aduciéndose fundamentalmente que cuando los padres dotan o señalan legítimas a sus hijos, no pueden ser tratados como unos puros y simples deudores o como personas que actúan aisladamente, sino que actúan conjuntamente en interés del patrimonio familiar; toda vez que la tesis de la imputación por mitad es más bien propia de los regímenes de comunidad de bienes o adquisiciones, citándose como ejemplo las normas del Derecho local de Tortosa. Estos argumentos, con-

vincentes desde un punto de vista dogmático, no se han tenido después en cuenta, a buen seguro por razones de carácter práctico y con el fin de evitar enojosas investigaciones de los patrimonios familiares. Por ello, el artículo 15 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña, y después el artículo 21.1 del Código de familia, establecen que las donaciones otorgadas por el padre y la madre a favor de los hijos comunes, sin designación de partes, se entienden hechas por mitades.

D) *La cuarta marital.*

98

La multiseccular institución de la cuarta marital o cuarta *uxoria* aparece en la sentencia de 8 de marzo de 1937, como consecuencia de una demanda interpuesta por los herederos del marido contra la viuda, dándose además la circunstancia de que los cónyuges se habían separado, en la cual se interesa la declaración de que la demandada no era viuda pobre ni indotada y, por tanto, no podía reclamar la cuarta marital. Las sentencias de primera y de segunda instancia desestiman la demanda y reconocen el derecho de la viuda a exigir dicho beneficio. La parte actora interpuso recurso de casación contra dicho fallo.

Esta única sentencia que dictó el Tribunal de Casación de Cataluña sobre la materia, es también un magistral estudio sobre la institución y su incardinación en el Derecho sucesorio y familiar catalán. La sentencia empieza con un profundo estudio sobre los orígenes de la cuarta marital en el Derecho romano, de entre los que interesa destacar que aparece como un sucedáneo de la dote, puesto que vino a cumplir la función de medio de subsistencia que se asignaba a la dote en los matrimonios indotados, de suerte que para la viuda pobre e indotada la cuarta marital venía a representar una compensación o cristalización patrimonial para el caso de silencio dispositivo del marido y para después de su muerte, de suerte que en esta tesitura la cuarta marital

era más bien una institución propia del Derecho de familia y no del Derecho de sucesiones. Precisa después la sentencia de casación cómo durante la época del *ius commune* se reconoce el derecho a reclamar la cuarta marital no sólo a la viuda indotada, sino también a la que había aportado al matrimonio una dote escasa.

De acuerdo con este planteamiento, se estudia en profundidad cuándo la viuda puede considerarse pobre o indotada a los efectos de la cuarta marital, señalándose las cuatro orientaciones siguientes: la dote no se considera congrua cuando con sus frutos la viuda no puede mantener el nivel de vida que llevaba durante el matrimonio; la que distingue entre *statum conjugalem* y *statum viuditatis*, que consideraba congrua la dote que permitía sostener dignamente la situación de viuda del marido; la que considera congrua la dote que proporciona lo estrictamente necesario para vivir y evitar que la viuda se encuentre en situación de indigencia; y la que estima la dote congrua si lo era al tiempo de la celebración del matrimonio. Se desestima esta última opción por las razones que ampliamente detalla la sentencia de casación, de entre las que destaca por su actualidad la derivada de la devaluación monetaria.

Con respecto a las restantes opciones se propone fundamentar la dote congrua en relación con los alimentos naturales y con los alimentos civiles. Se descarta la primera de estas opciones, que sólo permitiría reclamar la cuarta cuando los frutos de los bienes dotales no proporcionaran los indispensables para la vida, porque haría inasequible este beneficio en la generalidad de los casos. Resta pues como tesis más ajustada la que califica de congrua la dote en relación con los alimentos civiles, que a su vez admite dos variantes, según se proyecten *secundum statum conjugalem* o *secundum statum viuditatis*, que se considera oportuno conciliar, aunque atribuyendo una cierta prevalencia a la segunda opción; porque con ella no se hace caso omiso del estado conyugal ni de la dignidad y patrimonio del marido, pues

los alimentos se consideran civiles porque precisamente se toman en consideración las circunstancias de posición y consideración de que gozaba la viuda durante el matrimonio, si bien apreciables con la notable reducción que implica el nuevo estado de viudedad, es decir, que la dote congrua ha de graduarse atendiendo la conservación del estado de viudedad como viuda de un marido concreto.

En base a estas consideraciones se niega que la cuarta marital pueda configurarse jurídicamente como un derecho legitimario y se opta por configurarla como una fórmula de sobrevivencia vidual propia del Derecho de familia. Y se precisa además que la doctrina jurídica moderna no ha recogido el concepto de dote congrua, sino que pretende fundamentar la cuarta marital en la situación de pobreza de la viuda, que puede también delimitarse con base a los criterios antes expuestos en relación con la dote congrua; toda vez que la determinación de una persona como rica o pobre es una cuestión de relatividad, pero no una relatividad que se obtiene con base a comparar el valor económico del patrimonio de cada uno de los cónyuges, sino en una relatividad fundada en la comparación del nivel de vida que llevaba la viuda en vida del marido, en relación con la que puede mantener en el nuevo estado de viudedad. Todos estos razonamientos llevan a la estimación del recurso de casación y a negar a la viuda, en el caso del litigio, el derecho a obtener la cuarta marital por considerarse congrua la dote, el *escreix* que le había prometido el marido, el legado de pensión que le había atribuido el marido y las cantidades que le pagaba después de la separación de los cónyuges.

Por último, se examina el problema derivado del hecho de que los cónyuges habían vivido separados durante los últimos siete años de matrimonio, y si tal circunstancia obstaba a que la viuda pudiera reclamar la cuarta marital. Se opta por la tesis afirmativa, pues como pone de relieve la sentencia de casación, no se trataba en el caso del recurso de una simple separación, sino de una separación expresa-

mente acordada por los cónyuges por motivos de discordia y formalizada documentalmente, que unida a las circunstancias antes referidas, revelan que los interesados pretendieron otorgar consistencia al nuevo estado de suspensión de la vida matrimonial, con pretensiones de semilegalización, lo cual determina que a dicha separación se le haya de atribuir el efecto de impedir la reclamación con éxito de la cuarta; citándose también en apoyo de esta tesis el artículo 25 de la ley de sucesión intestada catalana de 7 de julio de 1936.

La institución de la cuarta marital, y con la misma denominación, se recogía en los primitivos artículos 147 al 154 de la Compilación del Derecho civil de Cataluña. La reforma del texto compilado del año 1984 supuso un cambio significativo con respecto a la misma, pues incluso pierde su denominación original y pasa a denominarse cuarta vidual, pues en obsequio al principio de equiparación jurídica de los cónyuges, se atribuye el derecho a reclamar la cuarta tanto al marido como a la esposa, cuando el sobreviviente de ellos carezca de medios económicos suficientes para su congrua sustentación, en atención al nivel de vida que habían mantenido los cónyuges y el patrimonio relicto (art. 380 del Código de sucesiones catalán). De todas formas, las modificaciones van más allá de un cambio de denominación y bilateralización del beneficio. La importante sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña a la que se acaba de hacer referencia, aparece citada por su innegable autoridad en las sentencias de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de diciembre de 1989 y 26 de enero de 1995. Pero las considerables transformaciones que ha experimentado la sociedad y la familia catalana desde la época del Tribunal de Casación de Cataluña a los tiempos actuales, han llevado a fundamentar la cuarta vidual, no en la existencia o no de una dote más o menos congrua, sino en unos parámetros muy distintos. La comparación de la sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña con las sentencias del actual Tribunal Superior de Justicia son aleccionadoras al respecto.

ROCA SASTRE Y LA COMPILACIÓN DE 1960

JOSEP M.^a PUIG SALELLAS

Notario

103

No cabe duda que la primera época de la trayectoria jurídica de Roca Sastre fue más que idónea, si de lo que se trataba era de obtener una visión panorámica del derecho de su país, fundamentalmente, en la perspectiva del derecho privado. Se desarrolla toda antes de la Guerra Civil.

En 1924, deviene, por oposición naturalmente, registrador de la propiedad de Belchite y, al año siguiente, de Sort. Su estancia en el Pallars se prolongará hasta 1932. Se inicia entonces un denso encadenamiento de destinos. Ganadas las correspondientes oposiciones, pasa a ser notario de Vilafranca del Penedès. Pero este destino será fugaz y, después de opositar por tercera vez, al año siguiente es juez de instrucción, primero, en Montblanc, después, en Cervera.

En 1935 regresa a su profesión inicial: es registrador de Fraga. Pero, en el entretanto se había producido un cambio

importante en la vida política del país: en septiembre de 1932, se aprueba el primer Estatuto de Autonomía, que, como suprema instancia judicial de Cataluña, crea el Tribunal de Casación. En 1936, pues, Roca Sastre, nuevamente por oposición, pasa a ser uno de sus magistrados.

En realidad, su colaboración con la autonomía republicana será doble. Antes de este último nombramiento, pertenecerá también a la Comissió Jurídica Assessora, lo que le dará un protagonismo en la producción legislativa de la autonomía republicana, en el ámbito del derecho civil.

Son quince años de intensa vida jurídica –hasta 1939, el final de la Guerra Civil–, que abren aquel conocimiento amplio y profundo de la realidad jurídica civil catalana. Desde la elaboración de las leyes hasta su aplicación pacífica o conflictiva. Porque, además, después de la guerra, habrá de pasar por el trance de la depuración, lo que, para completar aquel denso curriculum, le llevará a ejercer de abogado en Barcelona. Hasta el año 1944: gana entonces su notaría en la capital catalana y se instala, ya definitivamente, en su amplio despacho del edificio gaudiniano de La Pedrera, en pleno Paseo de Gracia.

Estamos ya cerca de la fecha en la que la comisión encargada de redactar el anteproyecto de Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, nombrada por orden de 10 de febrero de 1948, inicia su labor. El acto de constitución tiene lugar el 8 de marzo siguiente, y Roca Sastre se integra en los trabajos. Pero, como observa FIGA FAURA (*Manual de Derecho Civil Catalán*, 1961, p. 2) los trabajos no se aceleran hasta que se designa una comisión delegada, el 12 de marzo de 1954. Roca forma parte de ella, junto a otros dos notarios –Faus y Porcioles–, dos abogados –Condomines y Duran i Ventosa– y dos profesores de derecho –Maluquer y Mans–.

Los resultados del trabajo, con un texto de 569 artículos, se entregaron al entonces Jefe del Estado el 14 de octubre de 1955, al año y siete meses, pues, de aquella designación.

Pero, al lado de la historia oficial de la Compilación —resumida por FRANCESC D’A. CONDOMINES y RAMON FAUS, en *Derecho civil especial de Cataluña*, 1960, pp. 9 y ss.—, está la historia discreta y, cuando la Comisión de Codificación se niega a aceptar un texto que consideraba excesivo para lo que entendía sólo como una excepción a la vigencia general del Código civil, se impone la necesidad de reelaborar el texto en un fin de semana.

Es la reunión de Andorra. Y nuevamente Roca Sastre está en el centro de la tarea, también junto a Faus y Porcioles, pero, además, junto a Figa, entonces ya, como sus tres compañeros, notario de Barcelona. Queda clara, pues, la poderosa presencia de Roca a todo lo largo de la elaboración del texto compilado y, especialmente, en sus momentos determinantes. Pero esto es sobradamente conocido por todo el mundo.

De hecho, al lado de la presencia física en las tareas de redacción del articulado, Roca había marcado ya antes las grandes pautas con su tratamiento científico de algunas de las instituciones que podríamos calificar de centrales en el sistema jurídico catalán, en aquellos ámbitos donde más importantes son las diferencias con el derecho castellano: el derecho de familia y el de sucesiones. En este sentido, estudios monográficos aparte, ni que decir tiene que las consideraciones de estricto derecho civil, contenidas en su *Derecho Hipotecario* y sus *Estudios de Derecho Privado*, tuvieron un impacto grande entre los juristas catalanes.

Es natural, pues, que existan rastros evidentes de sus puntos de vista en diferentes pasajes del texto de 1960. No creo, sin embargo, que quepa situar entre ellos la supresión de la licencia marital por el artículo 49. En realidad, como es sobradamente sabido, la aplicación de la licencia del Código civil a Cataluña era una imposición de la doctrina del Tribunal Supremo, siempre dispuesto a facilitar la expansión de los preceptos de este cuerpo legal. De hecho, cuando la primera autonomía política del siglo, la de 1932, en base al

artículo 15.1 de la Constitución de 1931, restituye a Cataluña la posibilidad de legislar en materia de derecho civil, la ley catalana de 19 de junio de 1934 afirma, de una parte, que la mujer tiene la misma capacidad jurídica que el hombre y, de otra, que el matrimonio no es causa modificativa de la capacidad de obrar de aquélla.

Naturalmente, esta primera supresión de la licencia marital dura hasta la abrogación de la legislación emanada del Parlamento de Cataluña y, en general, de las instituciones autonómicas, por ley de 5 de abril de 1939, completada por decreto de 8 de septiembre siguiente, acabada la Guerra Civil. Se produce entonces la reaparición de la licencia, situación a la que pondrá fin definitivamente la entrada en vigor de la Compilación.

106 Hay, en cambio, otros aspectos que han de situarse claramente, al menos desde mi punto de vista, en la influencia del magisterio de Roca. Y creo que, al cabo de casi cuarenta años, corresponde hacer algunas consideraciones, en parte —desde el mayor respeto para el maestro—, incluso críticas, especialmente en la perspectiva que nos ofrece la segunda recuperación competencial en materia de derecho civil. La del Estatuto de 1979, en base ahora al artículo 149.1.8 de la Constitución.

El heredamiento como institución contractual

Empezaría por el heredamiento. La doctrina clásica catalana había tenido siempre serios escrúpulos, a la hora de definirlo como pacto sucesorio. La concepción romana del ordenamiento de la sucesión, que lo contemplaba como un acto unilateral, esencialmente revocable, creaba un obstáculo insalvable. Y, sin embargo, el pacto era una necesidad social, impulsado por la necesidad de conseguir un cierto grado de estabilidad en el gobierno de los grandes, medianos y pequeños patrimonios rurales.

Se trataba de un pacto que interesaba a las dos generaciones que estaban en escena y que hacía patente el traspaso del poder de la generación mayor a la joven. Aquélla conseguía la seguridad de la continuidad en la gestión familiar del patrimonio, precisamente en una sola mano –el heredero único–, para impedir una fragmentación que lo habría convertido, de hecho, en improductivo. La generación joven, a cambio de su compromiso, conseguía la seguridad futura: su llamamiento, al revés del testamentario, era irrevocable.

Sin embargo, el respeto a los principios romanos impedía la definición clara de lo que estaba pasando y, así las cosas, la doctrina se situaba en el ámbito de la donación, evidentemente universal, con efectos después de la muerte del donante. No había, pues, institución contractual de heredero, e incluso el donante se reservaba algo, poco o mucho, para testar. Porque, naturalmente, nadie podía negar que el contrato existía. Baste al respecto la definición de FONTANELLA (*De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialibus tractatus*, tomo I, 1.612, cl. IV, gl. VI, núm. 3), que presenta al heredamiento como “*contractus fit inter vivos, propterea quod censetur pater donando filio in contractu matrimonii praevenire diem supremi iudicii*”.

Roca Sastre, en cambio, optará por definir claramente la situación como pacto sucesorio. Su posición, por ejemplo, en los *Estudios de Derecho Privado* (1948, tomo II, p. 356) es clara; sencillamente, se trata de una “institución de heredero, hecha en contrato, por causa o derivación de matrimonio”. Es, pues, una definición en la cual se integran tres elementos, de los que destacan sin duda la rotundidad de los dos primeros: la afirmación de que estamos en presencia de una institución de heredero y el aspecto contractual. El tercero –el ámbito matrimonial– es sólo un aspecto circunstancial.

Y este es el punto de vista que pasó al artículo 67 de la Compilación. El heredamiento confiere, “con carácter irrevocable la cualidad de heredero contractual del heredante y

le transmitirá los bienes que éste le hubiese donado de presente”, en un precepto, que, al lado del heredamiento llamado simple –el que confiere sólo la condición de heredero–, contempla la posibilidad de que aquél conviva con una donación simultánea de bienes de presente.

Desde un punto de vista dogmático, la solución, a primera vista –esto es, en una óptica sólo de derecho sucesorio–, es impecable, y el texto transcrito ha pasado al artículo 71 del Código de Sucesiones. Ahora bien, más allá de los conceptos, ¿es realmente el heredatario un simple heredero que habrá de esperar a la muerte de su padre o, en una perspectiva social –para la gente–, es algo más? Dicho de otra manera, más allá de las limitaciones de índole moral, ¿es lógico que el heredante, después del pacto con el heredatario, conserve el *ius disponendi* sobre los bienes del patrimonio familiar? ¿Estamos realmente en una relación entre un futuro causante y un futuro heredero o, en cambio, el hecho contractual está introduciendo algún elemento nuevo, difícil de diseñar jurídicamente condicionando la posición del primero?

108

El artículo 75 de la Compilación –y el artículo 79 del Código de Sucesiones, hoy– opta por la primera interpretación. Según el cual, “el heredamiento simple o de herencia confiere únicamente la cualidad de heredero contractual” y, por tanto, “el heredante conservará hasta su muerte la propiedad de sus bienes”. Es decir, aquel *ius disponendi*, que podría acabar vaciando de contenido o deteriorando de manera importante el heredamiento.

Cierto es que del propio artículo 75 resulta un sistema corrector. De una parte, la imposibilidad de que el heredante lleve a cabo actos de disposición a título gratuito, con las excepciones –perfectamente normales– que cita. De otra, que, si el acto de disposición tiene lugar a título oneroso y se otorga en fraude del heredamiento, el heredatario o sus herederos tienen a su disposición una acción correctora de anulabilidad. Pero, ¿es suficiente este diseño jurídico, a la

vista del compromiso de adscripción asumido por el heredatario?

El examen de la documentación antigua nos da alguna pauta. Es decir, al lado de casos en los que el heredante conservaba de manera nítida el control del patrimonio familiar, aparecen otros en los que padre e hijo actúan de manera conjunta, e incluso algunos en los que el heredatario toma decididamente las riendas de la situación. E incluso las tres posibilidades pueden entrecruzarse.

Es evidente, sin embargo, que aquellos eran otros tiempos y los notarios, a la hora de cualificar las titularidades, actuaban bajo planteamientos mucho más empíricos. Nuestra época, en cambio, se ha ocupado mucho más en la definición de los conceptos jurídicos y, por tanto, las situaciones de titularidad ofrecen un margen mucho menor. Aquella fluidez de posibilidades dispositivas a la que acabo de aludir es actualmente inimaginable; pero, construcciones jurídicas aparte, en una óptica más sociológica, lo que hay que ponderar es si realmente el interés del heredatario queda suficientemente cubierto con aquella acción de anulabilidad.

Desde mi punto de vista, uno ha de ser consecuente con la nueva base de partida, esto es, con la configuración del heredatario como un heredero contractual, que me parece indiscutible. Pero aquí no se acaba todo y relegar al mundo etéreo de las definiciones la dimensión precisamente contractual de la relación es tanto como contemplarla sólo desde una de las dos perspectivas posibles. Naturalmente, la sucesoria, cuando es así que existe, además, un convenio entre padre e hijo, que ha de tener también su incidencia en la regulación de la relación entre partes. Habría de generar, por tanto, una cierta limitación de la actuación dispositiva del heredante, naturalmente, sólo en lo que afecta al estricto patrimonio familiar.

En este sentido, no es lógico omitir el hecho evidente de que el heredatario está teniendo ya una dedicación a este patrimonio, lo que, a mi modo de ver, configura una situa-

ción de interés que habría que amparar a través de aquella mediatización de la actuación dispositiva del heredante. Éste, por tanto, al margen de actos concretos –como los actualmente previstos como libres por el legislador–, habría de necesitar el consentimiento del heredatario o, en otro caso, la autorización judicial.

Lo que ocurre es que quizás estamos perdiendo el tiempo y estamos hablando de una situación que está desapareciendo de la escena jurídica catalana de manera evidente. Si en el año 1921, que es el primero con estadística especializada, se otorgaron en Cataluña –que, en 1920, había llegado a los 2.344.697 habitantes– 2.696 capítulos matrimoniales, su número en 1998, cuando los habitantes superan los seis millones, ha caído a 546. Más aún: los protocolos catalanes han dejado de ser el paraíso del documento y, también en 1998, en la ciudad de Madrid, a la busca de la separación de bienes, los capítulos otorgados han sido 7.075; en Valencia, 1.982, y en Bilbao, 952. En Barcelona, sólo 239.

Por lo que es muy probable que, dentro de poco tiempo, las conversaciones jurídicas en torno al heredamiento acaben no interesando a nadie.

La legítima como *pars valoris bonorum*

Hablemos ahora de la legítima y, más concretamente, de su naturaleza jurídica. Aquí, la posición de Roca Sastre era evidente: se trataba de una *pars valoris bonorum*. La posición doctrinal anterior, para no viajar demasiado atrás en el tiempo, la resumía perfectamente BORRELL I SOLER (*Derecho civil vigente en Cataluña*, tomo V, 1944, p. 359): el legionario era “heredero cuando se le instituye tal o la ley lo llama a la sucesión”, era, en cambio, “legatario si el testador le deja algún legado en pago de legítima” o incluso “legatario parciario si le deja la legítima sin fijar la cuantía”, pero simple “acreedor legal, si se le deja algo menor que

lo debido, que le autoriza a pedir suplemento de legítima”.

Desde mi punto de vista, las dos últimas eventualidades contempladas por Borrell son las que verdaderamente interesan. Pues bien, ambas ponían en evidencia el aspecto personal de la relación entre el legitimario y el heredero y, por tanto, la concepción de aquél como un titular de un derecho de crédito frente al heredero.

El hecho es que, sin embargo, la concepción de Roca se había introducido ya en la reforma hipotecaria de 1944-46, dirigida –no lo olvidemos– por Porcioles, entonces titular de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con lo que la colaboración entre ambos notarios es perfectamente presumible. El artículo 15 de la Ley Hipotecaria, en efecto, introdujo la llamada mención legitimaria, cuya eficacia –la sujeción de todos los bienes de la herencia al pago de la legítima– podía durar hasta veinte años después de la muerte del causante.

111

Era, si no cuantitativamente, sí cualitativamente, una actitud que, en cierta manera, alteraba el sentido del camino seguido hasta entonces en la evolución de la legítima catalana. De una parte, se había impulsado una reducción cuantitativa, que se inicia en 1284, cuando el capítulo II del *Recognoverunt Proceres* –privilegio concedido a Barcelona por Pere II– introdujo una primera brecha en la legítima gótica, consagrada en el libro II, título I, ley II, del Fuero Juzgo: “*item poud haereditas defuncti dividatur in quendicem partes, & quod octo partes sunt legitima*”. Es el inicio de un interesante proceso, que prosigue en el siglo siguiente y que trataba de ampliar al máximo la libertad de disposición y, por ende, la parte del patrimonio familiar que adquiriría el *hereu* –o la *pubilla*–.

Era, por otra parte, una dinámica impulsada desde la sociedad. El hecho es evidente, si se tiene en cuenta el carácter pactado que tienen las grandes disposiciones catalanas, especialmente desde Pere II, bajo cuyo mandato, con las constituciones “*Volem, statuim*” y “Una vegada lo any”, ambas

de 1283, se configuran las Cortes. En esta línea, las Cortes de Montblanc, en 1333, bajo Alfons III, en su capítulo 27, dan entrada a la legítima romana del tercio, que subía a la mitad, si el número de hijos era superior a cuatro.

De hecho, ésta era ya la legítima que, antes que el privilegio barcelonés incluso, habían consagrado las *Consuetudines ilderdenses*, de 1228, y el *Llibre de les Costums de Tortosa*, de 1279. La legítima del cuarto, en cambio, aparece por primera vez al cabo de sólo diez años de aquellas Cortes, el 1 de diciembre de 1343, pero nuevamente sólo como privilegio de Barcelona, que concede ahora Pere III. Y habrán de pasar más de dos siglos para que se alcance su aplicación general. Será en 1585, en las Cortes de Monzón, cuando el futuro Felipe II, como lugarteniente de su padre, la extiende a toda Cataluña: era la constitución *Zelant la conservació de les cases principals*.

112 Pero si, de una parte, la sociedad había avanzado notablemente en la reducción cuantitativa del derecho del legitimario, de otra, la Constitución de 1585 significaba un paso cualitativo importante en la misma dirección: había consagrado la posibilidad que el heredero pagase, a su elección, en bienes de la herencia o en dinero. Con lo que la condición del legitimario era aquella de acreedor, al que su deudor ni siquiera tenía que pagar en dinero; podía hacerlo mediante insolutumdación.

La posibilidad de pago en metálico, por tanto, alejaba al legitimario del núcleo de la herencia. Hasta que Roca Sastre altera la situación. Dignifica, si esta es la palabra, su condición; es decir, si su derecho no conecta directamente con la herencia, es algo más que un simple crédito y, a través de la idea de valor, que se substantiviza, se conecta de alguna manera con los bienes que la integran. Naturalmente, esta construcción podía tener una traducción concreta sólo si el patrimonio era inmobiliario, pues la mención del artículo 15 podía afectar, obviamente, sólo bienes inmuebles. No la tenía, en cambio, en el patrimonio mobiliario.

Esto era, sin duda, un desequilibrio conceptual que llamaba la atención, más en una época en la que este segundo patrimonio iba cobrando cada vez mayor relevancia. Por otra parte, aquella traba potencial de veinte años representaba un notable problema en un momento, como el actual, de notable dinámica inmobiliaria. Pero, al margen de estas consideraciones, más o menos economicistas, había también problemas estrictamente jurídicos que no quedaban resueltos.

No es el momento de entrar en el examen de la cuestión, que tratamos en su día PÉREZ TORRENTE (“El suplemento de legítima en la Compilación y en la Ley Hipotecaria”, en *Estudios sobre la legítima catalana*, Cátedra Duran i Bas, 1973, pp. 249 y ss.) y yo mismo (“Sobre preterición errónea y desheredación injusta”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1975, pp. 119 y ss.). Es decir, del conjunto de su articulado, resultaba que había en la Compilación dos legítimas, una que ciertamente era *pars valores bonorum*, es decir, aquélla en la que sólo se legaba precisamente la legítima, y otra que daba lugar sólo a un derecho de crédito: la del “que ha sido objeto de institución de heredero o de legado, aunque rechace tal disposición, (que) queda reducido a la acción personal de suplemento”.

El caso es que, al final, se volvió al punto de partida y la ley catalana 8/1990, de 9 de abril, de modificación de la regulación de la legítima, recupera la concepción de la legítima como derecho de crédito. Y esta concepción se mantiene en el Código de Sucesiones. En realidad, la definición de este último —artículo 350— no difiere prácticamente de la del que fue artículo 122 de la Compilación: “la legítima confiere por ministerio de la ley a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste puede atribuir a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera”.

Es el respeto debido a la posición doctrinal del maestro. Pero, según el artículo 360, “el heredero responde personalmente del pago de la legítima y del suplemento de ésta”,

por lo que, si bien se contempla la anotación preventiva de la demanda de su reclamación en el Registro de la Propiedad, “la legítima no da lugar por ella misma a ningún otro asunto en el mencionado Registro, salvo la anotación preventiva de legado, si correspondiese”.

De manera discreta, elegante, si se quiere, se había vuelto al punto de partida: el derecho de crédito.

La substitución fideicomisaria

No creo que pueda haber la menor duda de que la completa regulación de la substitución fideicomisaria contenida en la Compilación fue, fundamentalmente, obra de Roca Sastre. Regulación que hoy mantiene intacta el Código de Sucesiones.

114

Se trata de una institución que, junto a la del heredero único, completaba el peculiar sistema sucesorio de aquella sociedad rural catalana. Sistema que se fundamentaba en dos grandes principios, el de integridad y el de permanencia. Es decir, integridad del patrimonio y permanencia de éste en la familia. El primer objetivo se obtenía con el sistema de heredero único y legítima corta al que se acaba de hacer referencia. El segundo, precisamente con la substitución fideicomisaria, que gravaba al heredero que moría sin posteridad, predeterminando la entrada en el patrimonio de los otros hijos del causante, no todos juntos, sino uno solo, siempre con las preferencias de masculinidad, primogenitura y estirpe.

Pero hoy, en Cataluña, transformada radicalmente su sociedad de rural –hoy, menos del 3 por 100 de la población activa– en urbana, la substitución fideicomisaria es ya, de hecho, una situación de derecho transitorio y puede decirse que es excepcional en los testamentos. Aquella preocupación por el mantenimiento del patrimonio en la familia se ha relativizado y, por otra parte, la expansión urbanística con-

vierte al gravamen en un obstáculo engorroso a la hora de aceptar ofertas tentadoras de compra.

Por eso, de lo que se ha preocupado el legislador es de facilitar la disposición de los bienes gravados de fideicomiso, más allá de los casos ya previstos pacíficamente hasta ahora. En este sentido, la Compilación estableció una regulación al respecto en su artículo 189, sobre la base de la autorización judicial y el juego de la subrogación real. Es, en definitiva, el sistema actual del artículo 221 del Código de Sucesiones, que recoge la posibilidad de que el fiduciario enajene bienes para “reemplazarlos por otros, con el fin de obtener más rendimiento o utilidad, a juicio y con autorización del juez competente”.

Diríamos, pues, que, reducido notablemente el ámbito de la sociedad que sentía aquella necesidad de integridad y permanencia patrimonial, el sistema, con una coherencia perfecta, ha comprendido que lo que demandaba la nueva circunstancia económica era precisamente la mitigación de las rigideces resultantes. El legislador se ha preocupado, pues, de abrir el marco inicial, al objeto de introducir una mayor agilidad dispositiva. Y, como hemos visto, este fue ya el mérito de los compiladores.

Al margen de esta consideración, la regulación inspirada por Roca Sastre supone, técnicamente, un esfuerzo notable, en general, en materia de substitución fideicomisaria, pero, especialmente, en lo que afecta a la regulación de una institución tan importante en Cataluña como la substitución *si sine liberis decesserit*.

La sucesión intestada del viudo

Desde mi punto de vista, hay aún otro aspecto –menos claro– de la influencia de Roca Sastre en la Compilación, que me gustaría comentar: el del derecho del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

La aplicación por el Tribunal Supremo a Cataluña de la regulación del entonces artículo 952 del Código civil, situaba el derecho del viudo —como heredero— después del de los hermanos y sobrinos del causante. Pero no es este el aspecto que me interesa comentar: me interesa, en cambio, el derecho que al cónyuge viudo concedió el artículo 250 de la Compilación. Esto es, el derecho al usufructo de la mitad de la herencia, si concurría con hijos o descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, y el derecho al usufructo de la totalidad, en otro caso.

116 Históricamente —y estadísticamente—, el problema es femenino y se concentra en la definición de la posición de la viuda en la sucesión de su marido, cuando éste, como es aún más frecuente, premoría a la esposa. El primer elemento de juicio lo tenemos en el *usatge* 147, denominado *Vidua*, que, desde mi punto de vista, confería a la viuda el que hoy llamamos usufructo de regencia. Según la traducción de su parte inicial, “Viuda si honestamente y casta vivirá después de la muerte de su Marido en la honor, nutriendo bien los hijos, tenga la substancia de su marido, tanto como estará sin marido”. De forma que “si cometerá adulterio y el lecho de su marido violará, pierda su honor y todo el haber de su marido, y la honor venga en poder de los hijos”.

El *usatge* se incorporó tardíamente al código, cuya consolidación tiene lugar bajo Ramon Berenguer IV, tesis de Abadal, o quizás bajo Ramon Berenguer III, tesis de Bastardas. Concretamente, en la época de Jaume I; estamos, pues, en pleno siglo XIII y, por tanto, en plena recepción del Derecho romano. Pero a veces la técnica del redactor de los textos jurídicos no era tan depurada y este debió ser el caso del de referencia; en definitiva, la causa de que en el *usatge* se hable de honor y no de patrimonio o de substancia y no de frutos.

Pero este es un aspecto marginal. Lo que importa es que el planteamiento respondía a una circunstancia social que es-

taba llegando a su fin y, más concretamente, el progreso económico requería un planteamiento más abierto, que facilitase la entrada de la generación siguiente en el gobierno del patrimonio familiar. El centro de gravedad de los derechos de la mujer, pues, acabará trasladándose del usufructo viudal a la dote, que, en otra perspectiva, además, aportaba numerario a unas economías, las agrarias, que lo producían con una cierta dificultad.

Es en esta dirección que Pere III, en las Cortes de Perpignan, en 1351, firma la constitución *Hac nostra*, que atribuye a la viuda, de una parte, el denominado “*any de plor*” o año de luto, esto es, el derecho a que, durante el primer año de viudedad, “de aquellos bienes –los dejados por su marido– en todas las cosas de su vida necesarias sea proveída”, y de otra, la tenuta. Esto es, el derecho a hacer suyos los frutos de aquellos bienes, “hasta tanto que a ella en la dote y esponsalicio suyos sea íntegramente satisfecha”.

117

No es que el usufructo viudal desaparezca de la realidad jurídica. En absoluto y, como referencia, en la última edición de las Constituciones, la de 1702, sigue apareciendo el texto del usatge 147. Pero se llega a él no por disposición de la ley, sino por pacto en capítulos matrimoniales, e incluso la documentación notarial nos muestra cómo, en algunas comarcas, este usufructo viudal pactado, al llegar el momento del casamiento del heredero, era substituido por un amplio derecho de alimentos, para el caso que surgiesen desavenencias entre las dos generaciones.

Pero aquella sociedad hizo crisis con la industrialización y con la consiguiente dinámica de urbanización del país. Es decir, hasta un momento dado, la sociedad jurídicamente relevante –no sólo los poderosos, sino cualquier familia con un cierto patrimonio agrícola–, solucionaba aceptablemente sus problemas con el sistema descrito. Pero la nueva circunstancia económica había propiciado la aparición de una nueva capa social –unos nuevos matrimonios–, que se movía en el ámbito de la industria o del comercio, que tenía otras re-

ferencias y que, por tanto, no encajaba en aquel sistema. Ni hacía capítulos ni, por tanto, pagaba dotes.

El derecho de la viuda, entonces, era mínimo: se reducía a la cuarta marital. Es decir, si, en la terminología tradicional, era pobre e indotada o si carecía de “medios económicos suficientes para su congrua sustentación”, en la del artículo 147 de la Compilación, recibía aquel cuarto, y ello, según su artículo 149, en plena propiedad, si no había hijos comunes con el causante, y sólo en usufructo, en otro caso,

No es extraño, pues, que la autonomía republicana se ocupase del problema y la ley de 7 de julio de 1936, en su artículo 23, reconoce al cónyuge viudo, si concurre con descendientes o ascendientes, el derecho al usufructo de la mitad de la herencia, derecho que se extendía al total, si la concurrencia era con colaterales. Es, sin duda, el precedente directo de aquel artículo 250 de la Compilación. Ahora bien, ¿qué relación puede tener Roca Sastre con el proceso descrito?

118

Como hemos visto, Roca fue miembro de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad republicana, que, si ahora —en la autonomía actual— ejerce funciones de Consejo de Estado, entonces las ejerció más propiamente de Comisión de Codificación. Y, además, tenemos referencias concretas de la participación directa de Roca Sastre en la elaboración de una ley importante de aquella autonomía, anterior a la citada: la polémica ley de contratos de cultivo, de 14 de junio de 1934.

Roca Sastre, pues, desde la Comisión Jurídica Asesora, habría impulsado el texto de 1936 y, después, en el marco de la elaboración de la Compilación, habría trasladado al texto de 1960 aquella solución intermedia, que quedaba a mitad de camino entre la cuarta marital descrita y el usufructo universal del usatge *Vidua*. Bastantes años después, en la autonomía vigente, la ley catalana 9/1987, de 25 de mayo, de sucesión intestada, abriría el camino al sistema actual del Código de Sucesiones.

Esto es, en la sucesión intestada, el cónyuge viudo tiene hoy derecho al usufructo universal, si concurre con descendientes –art. 331–, y a la herencia, en defecto de éstos, antes, pues, que los ascendientes y los colaterales: artículo 333. Es, en cierta manera, naturalmente en el primer aspecto, el retorno a aquel *usatge*, casi ochocientos años después.

* * *

Naturalmente, existen más huellas de Roca Sastre en la Compilación, especialmente en el marco del derecho de sucesiones, como reconocen expresamente CONDOMINES y FAUS (obra citada, p. 11). Por ejemplo, el sistema de elección de heredero, propio del Pallars Jussà, por dos parientes, uno de cada línea, que Roca había estudiado cuando era registrador de la propiedad de Sort, la capital de aquella comarca pirenaica. La figura pasó al artículo 116 de la Compilación y, a través de aquella Ley de Sucesión Intestada, al artículo 149 del vigente Código de Sucesiones.

119

Pero hay otro aspecto de alcance más general que confieso que me ha intrigado siempre, y es el del mantenimiento en la Compilación de los efectos de lo que FIGA FAURA (“Estatut personal i patrimonial dels cònjuges”, en *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, 1972, pp. 359 y ss., y “*Mos italicus* y los juristas catalanes”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1978, pp. 275 y ss.) ha calificado tan gráficamente de segunda recepción del derecho romano. Situemos debidamente la cuestión.

Cuando en Cataluña se recibe el *ius commune* –en la práctica, mucho antes de que, en 1409, Martí I lo declare oficialmente derecho supletorio–, el Derecho romano que entra no es ya el solo del “*Corpus iuris*”. Éste se recibe junto con el Derecho romano posterior y, especialmente, junto con el Derecho canónico, que incluso es citado, en la constitución de 1409, “*Lo canceller*”, antes que el romano. Por lo tanto, con todo el sistema de adaptación a una sociedad que era distinta, que tan bien ha explicado Figa.

Es decir, el sistema de elaboración de normas no tenía la autosuficiencia que puede tener hoy y, por otra parte, la consideración reverencial que se tenía del derecho romano no hacía pensable la modificación directa de sus criterios. Había que proceder, por tanto, de manera oblicua, corrigiendo los inconvenientes del sistema a partir de las posibilidades que él mismo ofrecía, concretamente, excluyendo, mediante pacto, la aplicación de aquellas reglas que resultaban inconvenientes.

El procedimiento se concretaba en un sistema de precauciones escalonadas, que se contenían en una cláusula en la cual los notarios encadenaban, sin solución de continuidad, el pacto de *non petendo*, la renuncia al derecho en cuestión y el juramento confirmatorio. El primero obligaba, por ejemplo, a la mujer que había afianzado a su marido —si éste era el caso—, a no ir en contra de la garantía prestada, alegando la prohibición de la *Authentica si qua mulier*.

120

Pero quedaba un resquicio, pues el pacto no suponía la extinción del derecho, sino —siguiendo el ejemplo— simplemente la obligación de no acogerse al beneficio de la Auténtica. De aquí el paso siguiente: aquella renuncia precisamente del derecho. Sin embargo, tampoco ello era suficiente, en el caso que la renuncia se hubiese hecho por un menor o, incluso, por la mujer, si se admitía la tesis de la *imbecillitas*.

Era el momento del juramento. Se juraba que no se iría en contra de la renuncia y el planteamiento era consistente, pues el juramento sólo podía devenir ineficaz si se daba la *relaxatio*. Todo esto, además, como observa insistentemente Figa, tenía lugar en un sistema —y gracias a él— en el que la letra de la ley era siempre relativizada y en el cual, por tanto, el juez devenía un elemento fundamental.

Pero todo este sistema quiebra en Cataluña en 1714, con la pérdida de las instituciones. Y es entonces cuando se entra en aquella segunda recepción del derecho romano. Siempre según Figa, el punto de partida estaría, en Europa, en

el siglo XV y se habría caracterizado por la reivindicación por los humanistas del estudio del derecho romano en su prístina pureza, como hecho histórico. Por tanto, sin la adición de aquellos elementos correctores, todos posteriores, evidentemente, al "*Corpus iuris*".

Y es aquí cuando, en Cataluña, se producen dos hechos decisivos. De una parte, la enseñanza en la Universidad de Cervera —que había substituido a la de Barcelona, suprimida por Felipe V— de aquel derecho romano puro y, en esta línea, se produce toda la obra docente de Finestres. De otra, ya en plena codificación, en una dimensión más política, la de DURAN I BAS, representada emblemáticamente por su *Memòria acerca de las instituciones de derecho civil de Cataluña* (1833), que deviene el núcleo de la argumentación catalana contra la unificación del derecho civil, preconizada por el artículo 278 de la Constitución de 1812 y que había inspirado, treinta años antes del texto de Duran, el proyecto de Código civil de 1850.

121

Duran i Bas, que había estudiado en Cervera, se apoya, además, en las tesis de la escuela histórica y en el gran prestigio que había alcanzado en Europa la obra de Savigny. Y esto era derecho romano y sólo derecho romano, con lo que el tributo era importante: la desaparición de todo aquel sistema corrector al cual se ha venido haciendo referencia.

Esta dinámica doctrinal no se cerrará, dice Figa Faura —después de hacer una simple alusión a Pella i Forgas i a Brocà—, precisamente hasta Roca Sastre. Mi pregunta es entonces, ¿por qué la Compilación de 1960, en la cual Roca tiene aquel protagonismo determinante, no regresó, en la medida de lo posible, al sistema anterior, naturalmente, sobre la base de la supresión directa de aquellos inconvenientes que la primera recepción, por razones reverenciales, sólo corregía a través de las cláusulas notariales?

Ciertamente, la Compilación —lo hemos visto— acabará suprimiendo la licencia marital. Pero ésta no era derecho catalán y había sido una imposición del Tribunal Supremo y el

caso es que, en el reverso, el texto de 1960 mantenía las otras limitaciones, estrictamente romanas. De una parte, a la actuación patrimonial de la mujer y, de otra, a las donaciones entre cónyuges, que, de hecho, vía presunción muciana, afectaba fundamentalmente a la posición patrimonial de la esposa.

El artículo 20, en efecto, recogía la prohibición, relativa si se quiere –esto es, quedando consolidada la donación en caso de premoriencia del donante sin revocarlas–, de donaciones entre marido y mujer hechas fuera de capítulos; el 22, aquella presunción muciana; el 321, la tesis del senado consulto Velejano y, por tanto, la limitación general de intercesión por parte de la mujer, casada o no, bien que con admisión de la renuncia al beneficio; el 32s, el beneficio de la *Authentica si qua mulier*, con la prohibición, ahora irrenunciable, de afianzar al marido.

122

De hecho, el problema no se acababa aquí. Aquel sistema corrector, basado en el pacto, se había aplicado históricamente no sólo al ámbito de actuación patrimonial de la mujer; había llegado también –y con mayor trascendencia sociológica, sin duda– a la legítima. Era el pacto de “*dote contenta*”, mediante el cual la hija, que recibía su dote en capítulos o en carta dotal, renunciaba a su eventual derecho a suplemento, y se consolidaba la renuncia con la aplicación de aquel pacto antes descrito, culminado con el juramento.

En un planteamiento abstracto, podría decirse que la Compilación mantenía las reglas del juego y, en este sentido, su artículo 145, apartado 2.º, admitía la renuncia al suplemento de legítima en escritura de capítulos matrimoniales o de constitución dotal. Pero, de hecho, al reducir la renuncia a este doble marco documental, el respeto del sistema tradicional era sólo formal, porque, de hecho, el sistema no era aplicable a la mayor parte de una sociedad que ya no era la misma. Es decir, se respetaban las reglas que había ido aplicando la antigua sociedad rural, que era precisamente la

que otorgaba capítulos o cartas dotales, pero la renuncia del artículo 145 no era útil para la mayor parte de la nueva sociedad, que era urbana y que se casaba sin otorgar capítulos ni pagar dotes.

Hoy, ambos aspectos —actuación patrimonial de la mujer, renuncia al suplemento de legítima en vida del causante— han sido debidamente actualizados por el legislador catalán, en uso de las competencias que, en materia de derecho civil, prevé el artículo 9.2 del Estatuto. Ya desde la ley 13/1984, de 20 de marzo, que, entre otras motivaciones que no son del caso, adapta la Compilación a las exigencias constitucionales y, más concretamente, a la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 14 y a la equiparación en el matrimonio entre hombre y mujer del artículo 32.1.

Pero la actuación legislativa ha ido más allá de aquellas exigencias constitucionales y, en la cuestión que nos ocupa, ha suprimido también la limitación a las donaciones entre esposos y ha ampliado convenientemente el marco documental de la renuncia legitimaria. Es decir, hoy, el Código de Familia, en su artículo 11 consagra la libre transmisión de bienes entre marido y mujer, “por cualquier título”, de forma que las donaciones entre cónyuges son revocables de acuerdo con el sistema general, con una particularidad: “en caso de superveniencia de hijos, la revocación sólo tiene efecto si se trata de hijos comunes”.

Y, por su parte, el Código de Sucesiones, en su artículo 377, apartado 2.º, admite que la renuncia al suplemento de legítima se haga, no sólo en escritura pública de capítulos matrimoniales o de constitución dotal, sino, en general, en escritura de donación en la que el descendiente reciba de su ascendiente “bienes o derechos en pago de legítima futura”.

Por tanto, para mí la conclusión es clara: los compiladores, profundos conocedores de cuanto queda indicado, no se consideraron legitimados para alterar el sistema que, enton-

ces, se estaba aplicando en Cataluña. Su encargo sólo era –o así lo entendieron– el de compilar; por tanto, renunciaron a la innovación, aunque ella supusiese simplemente la recuperación, de manera directa –sin pacto de *non petendo*, sin renuncia y sin juramento–, del derecho que, en la realidad, se aplicaba antes de aquella segunda recepción. La referencia está incluso en aquella supresión de la licencia marital, que se introdujo en la Compilación muy a última hora y que, inicialmente, se intentaba obtener sólo por vía indirecta, permitiendo el otorgamiento por el marido de una licencia con carácter general.

124

El paso, sin embargo, pudo darse en este punto. Pero aquí los antecedentes eran favorables: la doctrina catalana siempre había criticado, por extraña, la introducción en Cataluña de la licencia. El caso es, sin embargo, que el argumento abre las puertas a una segunda reflexión: es decir, si, en materia de licencia marital, pese al tímido punto de partida, al final, por el procedimiento que fuere, se llegó al fondo de la cuestión, ¿se hizo algún intento similar en los otros aspectos comentados o, ya inicialmente, se dio la batalla por perdida?

La cuestión, en realidad, tiene hoy un interés relativo y, por otra parte, no puede perderse de vista la perspectiva histórica; esto es, las limitaciones intelectuales que imponía un sistema político como el vigente en la época de redacción del texto de 1960. Al que, pese a todo, no hay que restarle mérito. Esto es, al final, el hecho evidente es que la Compilación fue, además de un esfuerzo normativo importante, el punto de partida de un notable renacimiento en los estudios del derecho civil de Cataluña. Sobre los que, sin duda, se ha basado la posterior actuación normativa del legislador autonómico.

En cualquier caso, pues, el texto de 1960 ha sido un hito importante en la historia jurídica de este país y, por tanto, la labor de sus redactores, Roca Sastre en primer lugar, ha de ser vista, cuarenta años después, con el mayor respeto.

**LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA
COMO SOCIEDAD *SUI GENERIS*:
ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS SOCIEDADES
ANÓNIMAS, SOCIEDADES DE
RESPONSABILIDAD LIMITADA Y
DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS**

127

ADOLFO BAÑEGIL ESPINOSA
*Administrador Civil del Estado
Ministerio de Economía y Hacienda*

SUMARIO: **I.** ANTECEDENTES. **II.** NOCIÓN DE LA ESTRUCTURA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE CAUCIÓN MUTUA EN DERECHO COMPARADO. **III.** LAS AYUDAS PÚBLICAS A LAS PYMES Y LOS PRINCIPIOS DE LA LIBRE COMPETENCIA. **IV.** EL PROBLEMA DE LA AUTOFINANCIACIÓN DE LAS SGR. **V.** ESPECIALIDADES Y LIMITACIONES DE LAS SGR ANTES DE LA LEY DE 1994. **VI.** EL NUEVO MODELO: LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA COMO ENTIDAD FINANCIERA: SU COMPARACIÓN CON LOS ESTABLECIMIENTOS FINANCIEROS DE CRÉDITO. **1.** Clases de garantías que pue-

den ofrecerse. **2.** La prohibición de otorgar créditos en las sociedades de garantía recíproca y su correlación en las sociedades de responsabilidad limitada. **VII. OTROS ASPECTOS CONFIGURADORES DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA.** **1.** El capital social: otro elemento de contornos difusos entre sociedades mutuas y capitalistas. **2.** Las relaciones entre el capital social y las participaciones de los socios como reflejo atenuado de la sociedad de tipo capitalista. **3.** Derechos del socio. **4.** Obligaciones de los socios. **5.** Clases de socios: las PYMES como sujetos activos y pasivos de las sociedades de garantía recíproca. **6.** Las fundaciones como socios protectores. **7.** El reafianzamiento. **8.** Las reservas de libre disposición. **9.** El fondo de provisiones técnicas. **VIII. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA: LA TIPOLOGÍA.** **IX. EL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD DE GARANTÍA RECÍPROCA.** **X. LA EVENTUAL COINCIDENCIA CON EL OBJETO SOCIAL DE OTRAS SOCIEDADES, EN ESPECIAL LAS ANÓNIMAS Y LAS LIMITADAS.** **1.** Comparación con otros tipos sociales. **2.** La Ley de Sociedades de Garantía Recíproca como norma imperativa para la actividad garantista. **XI. LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN DE UNA SGR: SU SIMILITUD Y DIFERENCIAS CON LAS SA Y SRL.** **1.** La junta general. **2.** El consejo de administración. **XII. CONCLUSIONES.**

I. Antecedentes

La regulación de la sociedad de garantía recíproca (en adelante SGR) tuvo su origen en el Real Decreto de 31 de julio de 1915 (1). Posteriormente, su marco regulador fue el Real Decreto 1885/1978, de 26 de junio. Su régimen jurídico actual se encuentra integrado con carácter general, por la Ley de 11 de marzo de 1994, que podría sin temor calificarse como ley de fomento de las SGR (2), y por el incompleto Real Decreto 2345/1996, de 8 de noviembre (3) y algunas reformas parciales posteriores. La Ley trata de resolver los tradicionales problemas de falta de modernización de las PYMEs derivados precisamente de su tamaño, de la dificultad de financiarse y de la imposibilidad de cotizar en el mercado primario y secundario de valores, lo que sin duda les permitiría obtener financiación gracias al ahorro del inversor público o privado. La falta de capacidad de inversión les ha conducido necesariamente al sector crediticio: primero a las cajas de ahorro, y posteriormente a los bancos. El tipo de interés que repercuten tales instituciones es, lógicamente, más elevado que el valor que resultaría si, como las sociedades anónimas, pudiesen acceder a los mercados de valores. Por ello se pensó, que obviando esta última posibi-

129

(1) BERCOVITZ, A.: "La nueva Ley 1/1994 sobre sociedades de garantía recíproca", en *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 47, 1994, pp. 7-34. El antecedente remoto tuvo su origen en el año 1915, con la creación de los sindicatos industriales y mercantiles. La función de estos previstos, y no creados sindicatos, estuvo concebida para asegurar mediante fianza la concesión de crédito que se realizaba a través de una suerte de mutualidad.

(2) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, "La nueva Ley..." expone que muchos de los preceptos que se incluyeron en la ley ya se habían previsto en el decreto de 1978, p. 8.

(3) Publicado en el *BOE* de 21 de noviembre de 1996, y que regula el régimen relativo a las normas de autorización administrativa y requisitos de solvencia de las sociedades de garantía recíproca. Actualmente se está trabajando en un proyecto de reforma del régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, que trataría de fomentar el desarrollo de la actividad económica de las PYMEs, entre las que no se descartan los fiscales. En todo caso, es necesario incentivar la participación privada en la financiación de las SGR, como un mecanismo de despubblicación.

lidad, la mejor fórmula era conseguir una rebaja preferencial de los tipos de interés aplicables a las PYMES, basándose en dos ideas: el enorme incremento de la solicitud de préstamos y la disminución del riesgo por morosidad o fallidos que soportarían las entidades de crédito. La sociedad de garantía recíproca va a canalizar estos dos *desiderata*, pero además, la Ley reguladora va a permitir que el objeto social se amplíe, no sólo al otorgamiento de garantías, sino también a la tramitación de la operación, al asesoramiento a sus socios sobre diversos productos financieros o acerca de las mejores condiciones de financiación en función de cada modalidad de empresa.

Anteriormente a la Ley de 1994, ya se había planteado la necesidad de reformar el régimen jurídico de las SGR, al no responder el Real Decreto de 1978 a las expectativas deseadas en cuanto a su funcionamiento; y también, como es notorio, debido al cambio legislativo experimentado fundamentalmente en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (4) y en la normativa que regula las entidades de crédito. En el Derecho comparado, el antecedente se encontraba en Francia; precisamente en la Ley de 1917 para la organización del crédito en el pequeño y mediano comercio e industria.

En Francia, el desarrollo y éxito de las sociedades de mutua caución francesas se cimentó en el aval que prestaba un instituto público de crédito. La subsistencia de las SGR en España, en unos primeros momentos, dependió al igual que en Francia, de la ayuda oficial (5), fundamentalmente del Ins-

(4) Aprobada por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

(5) Actualmente se han producido una serie de órdenes ministeriales anuales que regulan las ayudas y medidas de fomento a las PYMES, verbigracia, la Orden de 8 de mayo de 1995 (BOE del 23). Su objeto es el apoyo a la cooperación empresarial; a la promoción de servicios de información empresarial; financiación; redes territoriales y organismos intermedios. De esta orden es interesante destacar el concepto de PYME y el de organismo intermedio. Sobre el papel del IMPI (Instituto de la Mediana y Pequeña Empresa) puede verse la exposición justificativa de la Orden de 21 de marzo de 1994, ya derogada. El IMPI, una vez extinguido su papel de socio protector, promovió la constitución de una sociedad de reafianzamiento soli-

tituto de la Mediana y Pequeña Empresa Industrial (IMPI). (6). Este apoyo financiero se puso en entredicho debido a la dificultad de poseer un peso específico en la toma de decisiones, al estar limitado el derecho de voto al 5 por ciento en la calidad de socio y al 50 por ciento como conjunto de socios protectores. Además, en el consejo de administración no había puestos para los que no fueran socios. A esta situación puso fin la Ley de 29 de julio de 1988 (7). Pues bien, la reforma de las SGR hizo hincapié en

dario, participando al tiempo en la sociedad mixta de segundo aval, SA. Este apoyo tenía por finalidad abaratar el coste de los avales. El IMPI ha tenido hasta la fecha el papel de estudio y evaluación de las solicitudes, junto con las entidades colaboradoras de cada comunidad autónoma.

(6) El IMPI fue creado mediante el Real Decreto-Ley 18/76, de 8 de octubre, de ordenación económica. Se desarrolló mediante el Real Decreto 1114/78, de 2 de mayo y sus modificaciones posteriores. En la actualidad ha perdido el carácter de organismo autónomo, con motivo de la racionalización administrativa, lo que se ha justificado además en el intento de evitar incertidumbres que pudieran afectar a las instituciones públicas y privadas que se relacionan con las empresas participadas por el IMPI, así como a los beneficiarios de las ayudas que cofinancia la Unión Europea a través de un programa operativo. El IMPI pasa a quedar adscrito a la Secretaría de Estado de Comercio, Turismo y de la Pequeña y Mediana Empresa, repartiendo sus competencias entre ésta y el Ministerio de Industria y Energía en materia de diseño industrial e innovación tecnológica.

(7) Ley 26/88, de 29 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Esta norma a su vez se remite al Real Decreto-Legislativo 1298/1986 de 28 de junio, a los efectos de determinar los destinatarios de la misma, según sean considerados establecimientos de crédito. El artículo 1 define de acuerdo con la primera Directiva 77/780, de 12 de diciembre, de la Comunidad Económica Europea, al "establecimiento de crédito": como toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público, en forma de depósitos u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia en la concesión de créditos.

El párrafo 2 enumeraba, en particular —lo que parecía abrir la posibilidad de que existieran otros establecimientos de crédito—, las siguientes:

- a) Las Entidades oficiales de crédito.
- b) Los Bancos privados inscritos en el Registro Especial del Banco de España.
- c) Las Cajas de Ahorro inscritas en el Registro Especial del Banco de España.
- d) Las Cooperativas de crédito inscritas en el Registro Especial del Banco de España.
- e) Las Sociedades de crédito hipotecario inscritas en el Registro Especial de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda.
- f) Las Entidades de financiación inscritas en el Registro Especial de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda.

equilibrar los derechos de estos socios protectores en consonancia con su aportación, pasando del 5 por ciento al 50 por ciento de los votos en la junta general. Asimismo, se permitió ocupar más de la mitad de los puestos del consejo de administración si el capital aportado era mayor de esa proporción y nombrar no-socios en el consejo de administración, lo que permitía el control de la SGR en muchos casos, cuando no eran mayoritarias las aportaciones de los socios partícipes.

En España se fueron afianzando económicamente, aunque todavía se suscitan dudas sobre la verdadera naturaleza jurídica, híbrida, mixta o autónoma y su auténtico objeto social que modestamente trataré de exponer.

da. El artículo 39 de la Ley 26/88 reformaba el artículo anterior en el sentido siguiente: toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que lleven aparejada la obligación de su restitución, aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza.

La tipología de las entidades de crédito quedaba de esta manera:

- a) El Instituto de Crédito Oficial y las Entidades Oficiales de Crédito.
- b) Los Bancos privados.
- c) Las Cajas de Ahorro, la Confederación Española de Cajas de Ahorro y la Caja Postal de Ahorros.
- d) Las Cooperativas de Crédito.
- e) Las Sociedades de Crédito Hipotecario.
- f) Las Entidades de Financiación.
- g) Las Sociedades de Arrendamiento Financiero.
- h) Las Sociedades Mediadoras del Mercado de Dinero.

Nuevamente esta clasificación se vuelve a modificar en virtud de la normativa comunitaria. Directiva 89/646 de coordinación Bancaria traspuesta por la Ley 3/94 de 14 de abril, que declara libre la apertura en España de estas entidades, sometiendo sólo a notificación al Banco de España. El artículo 5.º señala como entidades de crédito:

- a) El Instituto de Crédito Oficial.
- b) Los Bancos.
- c) La Cajas de Ahorros y la CECA.
- d) Las Cooperativas de Crédito.

Hasta el 31 de diciembre de 1996 conservan aquella naturaleza crediticia el resto de las reguladas anteriormente.

II. Noción de la estructura jurídica de las sociedades de caución mutua en Derecho comparado (8)

En el ámbito europeo se ofrecen diferentes tipos de sociedades de caución mutua, ora están estructuradas por sectores, ora por regiones; también pueden coexistir ambas fórmulas (9). No en todos los países la estructura jurídica de la SGR responde a este sistema mutual: en Alemania, son sociedades capitalistas mixtas con participación pública y privada. La sociedad de concesión de garantía –*Kreditgarantie-gemeinschaften*– puede estar incluso integrada por entidades crediticias o asociaciones de empresarios, cámaras de comercio e industria... estando todas las personas jurídicas asociadas bajo la cobertura de una sociedad de responsabilidad limitada. En Alemania, la banca pública, sectorial, y privada participan a partes iguales en estas sociedades. Las sociedades de prestación de avales se relacionan directamente con los bancos, no con los socios beneficiarios, lo que rebaja el riesgo y abarata el crédito.

133

En Francia, tienen el carácter de sociedades mercantiles y de entidades financieras y se denominan sociedades de caución mutua, aunque también se rigen por preceptos de la Ley de Cooperativas y de la Ley de Sociedades Mercantiles. Existe una caja pública y otra estrechamente vinculada a

(8) Véase GÓMEZ JIMÉNEZ, Enrique, en *Perspectivas del sistema financiero*, 1994, n.º 47. “Las garantías recíprocas en el marco de la Unión Europea”. En este trabajo se hace un exhaustivo estudio comparativo de las diferentes tipologías y formas de actuación en cada país analizado. Véase también la bibliografía citada, aunque tiene el inconveniente de no estar publicada la mayoría.

(9) Tal vez un estudio de Derecho comparado exigiría un comentario más extenso sobre los diferentes regímenes jurídicos, de tal forma que pudiera obtenerse algún modelo-tipo o una estructura societaria útil para nuestro país. Sin embargo, la realidad económica de cada uno de los países puede hacer que lo que sirva en un sistema jurídico no valga para otro, por lo que el enfoque, una vez que existe una nueva regulación sobre las SGR, debe ser más lineal que comparativo en relación con los sistemas externos y creo que más beneficioso en comparación con los tipos sociales vigentes en España. Sobre las SGR en la CEE puede verse: *Dictamen de la Comisión “El papel de los sistemas de garantía recíproca en la financiación de las PYME”*, Centro Europeo de la Empresa Pública, Bruselas, 1992.

las PYMES. La Cámara Sindical de Bancos Populares es quien ejerce el control y gestiona las sociedades de caución mutua. El "Crédit d'Equipement" de la PYME es el organismo público encargado de otorgar el segundo aval, que entra en funcionamiento, no cuando se agota el fondo de provisiones técnicas, sino al momento de fallar en el pago.

En Italia tienen forma cooperativa o consorcial y reciben un tratamiento fiscal muy favorable. Se nutren de ayudas públicas. No suele haber reaseguro público salvo por razones excepcionales, así que es la iniciativa privada quien debe hacerle frente. Financian operaciones a corto y medio plazo, pero como en España, pueden prestar servicios ligados al aval, como son la asesoría en relación a los bancos o con los denominados establecimientos financieros de crédito, asimismo otros servicios como: cursos para directivos, análisis de balances...

134 En Bélgica, tienen un carácter cooperativo y capitalista, y se regulan por la Ley de Sociedades Mercantiles. Su objeto social está limitado a garantizar operaciones crediticias para la adquisición de equipos, la financiación del activo circulante. Gozan de ayudas públicas y la "Caisse Nationale de Credit Professionel" cubre parte del reaseguramiento (10).

En Gran Bretaña, la "Companies Act" (11) no prevé un sistema de caución mutua, debido a la ausencia de prohibición en las "Private Company" anglosajonas (12) para que éstas puedan desarrollar cualquier objeto social, en la medi-

(10) Sobre estas cuestiones ver el informe del Banco de España (1993), "Las sociedades de garantía recíproca en 1992", *Boletín Económico*. Asimismo, desde esa perspectiva económica, la información española y comparada sobre las SGR de SESTO PEDREIRA, M.: "Evolución y desarrollo de las sociedades de garantía recíproca" en *Perspectivas del sistema financiero*, 1994, pp. 37-44 y 48-49.

(11) *Vid. Companies Act*. Británica de 1989, en especial el artículo 108, que establece que la validez de un acto llevado a cabo por la sociedad no será impugnado por falta de capacidad debido a la no mención estatutaria.

(12) *Vid. sobre el Derecho inglés de sociedades*; PENNINGTON, R.: *Company Law*, London, 6.^a ed., 1990, y PALMER: *Company Law*, tomo I, 23.^a ed., London, 1982. CHARLESWORTH: *Company Law*, 13.^a ed., London, 1987. TUNC: *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 3.^a ed., París, 1987. ONEAL & OPPO, G.: *Close Corporations*, 3.^a ed., 1993.

da que en Derecho inglés se mueven en el ámbito de las sociedades mercantiles calificadas de monistas. Además, su reforma de 1989 suprime la regla de la imposibilidad de capacidad *ultra vires* de la sociedad, esto es, de actuar más allá de lo que dispongan los estatutos sociales, por lo que *a priori*, salvo la mejor opinión de expertos en este campo, podrían existir sociedades con objeto indeterminado en el que cupiese la caución mutua. Actualmente se está trabajando en un proyecto sobre garantías mutuas en el sistema inglés.

Como colofón a esta sinopsis de sociedades de garantías mutuas, cabría añadir el proyecto de sociedad cooperativa europea (13). El régimen jurídico y la naturaleza jurídica de este tipo social tiene algunas similitudes con la SGR y viene determinado por los siguientes aspectos: El capital estará dividido en participaciones. Su objeto social es el de satisfacer las necesidades y el fomento de las actividades económicas o sociales de sus socios. El número de socios y el capital será variable. Los socios sólo responderán de las obligaciones de la sociedad dentro del límite de su participación en el capital (aunque se permite incrementar la responsabilidad a un múltiplo del capital). La sociedad no podrá admitir a terceros no socios que se beneficien de sus actividades y operaciones. La cualidad de socio podrá tenerse en dos conceptos: el socio usuario y el socio inversor. Se perderá tal cualidad por exclusión, cuando se hayan incumplido las obligaciones inherentes, cuando se haya cedido la participación, por disolución de la entidad jurídica, quiebra...

Respecto a la transmisibilidad de las participaciones, éstas pueden cederse o negociarse, pero no cabe la suscripción, compra o aceptación en garantía de las participaciones propias (autocartera). Los socios tendrán derecho a que se les reembolse su participación, pero pudiendo quedar reducida

(13) Propuesta modificada de Reglamento CEE del Consejo, por el que se establece el estatuto de la sociedad cooperativa europea. *DOCE* de 31 de agosto de 1993 (236/17). Com(93) 252 final-Syn 388.

en función de las pérdidas. Si siguiéramos comparando la estructura de la sociedad cooperativa europea veríamos que existen muchas similitudes más, pero este no es el objeto de nuestro estudio, debiendo señalar por otra parte que todavía tal sociedad no se ha convertido a esta fecha en derecho positivo europeo, por lo que basta lo dicho hasta aquí.

III. Las ayudas públicas a las PYMES y los principios de la libre competencia

136

Respecto a las ayudas públicas, el papel de las Comunidades Autónomas en sustitución del casi único apoyo de la Dirección General del Patrimonio del Estado, del Ministerio de Economía y Hacienda, y del IMPI, es crucial. De hecho, en casi todas las CCAA existen apoyos públicos, aunque con desigual suerte dependiendo del criterio más o menos político que financiero a la hora de subvencionar proyectos. Las grandes SGR se han constituido en todas las Comunidades Autónomas, fusionándose la mayoría de las veces. En el marco europeo, la Comisión ha elaborado una serie de programas de favorecimiento a las PYMES y grupos de trabajo, pero hasta la fecha no se ha elaborado una Directiva de armonización de las disposiciones de los Estados miembros sobre la garantía recíproca o caución mutua, como se conoce generalmente. Las ayudas de la Comunidad Europea parten, bien del Fondo Europeo de Inversiones (FEI), bien del Fondo Europeo para el Desarrollo Regional (FEDER), para programas concretos (industria, medio ambiente...) o para equilibrar el desarrollo regional de las empresas pequeñas y medianas en toda Europa.

Conviene precisar la ambigüedad con que el concepto de empresa se configura en sede comunitaria: no está definido en el Tratado de la UE. Para la jurisprudencia comunitaria es "cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su

modo de financiación” (14). De esta definición –que no tiene en cuenta el tamaño– no escapan las PYMES y por tanto las ayudas públicas podrían vulnerar lo establecido en el artículo 92 del Tratado CEE, que prohíbe en general la ayuda financiera pública, que falsee o pueda falsear la competencia o afecte a los intercambios comerciales.

Sin embargo, no todas las ayudas pueden entenderse que falseen la competencia y por tanto por debajo de un “mínimo” se podrán seguir percibiendo subvenciones públicas (15). Recordemos que para que exista ayuda estatal prohibida, que no es controlada por la autoridad española, sino por la UE, tiene que haber un falseamiento de los intercambios comerciales obteniendo una ventaja competitiva respecto a otras sociedades; que el Estado no actúe amparado por norma alguna y lo haga de forma arbitraria; que la ayuda no sea notificada a la Comisión Europea; que además el Estado renuncie a sacar partido de la ayuda concedida (es decir, se considera ayuda en su versión negativa.). En la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, se refuerzan las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia para el control de todos los tipos de ayudas, cuestión que hasta la fecha prácticamente era inexistente, salvo un caso sobre ayudas en autopistas de peaje.

Por ayuda pública se entiende las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos, o cualquier otra ventaja concedida por los poderes públicos o entidades públicas que supongan la reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores econó-

(14) Sobre esta definición de empresa puede verse entre otras, la sentencia de 23 de abril de 1991 (C-41/90, Recueil, p. I-1979); también la sentencia de 17 de febrero de 1993 (C-159/91 y C-160/91, recueil, p. I-637, Fj. 17).

(15) Se entiende que por debajo de los 50.000 ecus, no es necesario informar a la Comisión Europea, si la ayuda es para inversiones. Incluso puede llegar a los 100.000 ecus si una de la categoría de las ayudas lo es para Investigación y Desarrollo.

micos y las empresas en condiciones de mercado, o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. Con un control más estricto de las subvenciones públicas a estas empresas, la pervivencia de estas empresas a partir de ahora tendrá que basarse más en criterios de eficiencia que en otros.

El tema de la financiación de las PYMES necesita una reordenación, puesto que se entremezclan las ayudas y los incentivos fiscales, pero para nuestro análisis, que busca tratar de indagar qué clase de sociedad sea la SGR, nos basta fijarnos en las siguientes ideas: las PYMES pueden acudir para la financiación a las ayudas públicas, a sus propios socios a través de las SGR o bien a préstamos concedidos por entidades crediticias, en cuyo caso, la responsabilidad social puede trasladarse al socio que tiene que garantizar la deuda personalmente. Para la entidad, tendrá una decisiva importancia la confianza que merezcan los socios partícipes, toda vez que será la SGR y subsidiariamente los socios en el caso de que el capital no cubra suficientemente el patrimonio, quienes deberán responder del pago o reembolso de los créditos avalados. No toda la doctrina se halla de acuerdo sobre si debe extenderse la responsabilidad al socio en los casos en que no sea suficiente el patrimonio de la sociedad (16): esta tesis se conoce como infracapitalización material (17) y

(16) Vid. MASSAGUER FUENTES, J.: "El capital nominal de la sociedad anónima", en *Revista General del Derecho*, 1990, pp. 5547-5551. También de PORTALE, G. B.: "Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata", en *Rivista delle Società*, 1991.

(17) Vid. PAZ-ARES, C.: "La infracapitalización. Una aproximación contractual", *Revista de Derecho de Sociedades*, 1994, núm. extr., pp. 253-269. Dichos postulados parten del análisis económico del Derecho basados en la doctrina americana. Afirma que con el fenómeno de la infracapitalización tanto material como nominal se produce el efecto de la externalización, en relación a la responsabilidad limitada de los socios; el precio por ese privilegio para los socios estaría justificado por la dotación de un capital suficiente y adecuado. Sin embargo, señala que, en realidad, los beneficiarios de esta situación no son los propios socios, sino los acreedores en función del escaso riesgo empresarial que asumen, concluyendo que no es justo que pechen sólo los socios con las consecuencias, debiendo también los acreedores ver también mercados sus créditos si el capital no alcanzase, sin que los socios deban responder por la infracapitalización más allá de lo que disponga la limitación de la responsabilidad.

arranca del controvertido análisis económico del Derecho, principalmente desde el célebre Teorema de Coase (18). Tal principio podría poner en entredicho la típica característica de las SGR en cuanto a la limitación de la responsabilidad de los socios, ya que en definitiva, quien solicite el préstamo va a tener que responder ante el prestador o ante la SGR.

Las PYMES van a ser los socios fundadores de las SGR. Pero tales empresas no se asocian para crear otro grupo de empresas formada por ellos y con un tipo social determinado, sino que lo que van a erigir es una entidad marcadamente financiera como luego veremos. El tipo societario de la SGR no se atiene por tanto a parámetros económicos en cuanto a la libertad de elección de un tipo social u otro para la asociación de estos empresarios, sino que se delimita obligatoriamente por la estructura jurídica impuesta por la ley en cuanto entidad financiera: esto es lo que el profesor ROJO denomina "derecho dimensional de la empresa" (19). Dicha opinión reafirma la tesis que luego se dirá sobre la inconveniencia de colocar a la SGR dentro de cualquiera de la tipología societaria existente, precisamente por faltarle el carácter empresarial típico.

139

IV. El problema de la autofinanciación de las SGR

La SGR va estar compuesta en general por sociedades de responsabilidad limitada (SRL), esto es, por socios que serán a su vez pequeños o medianos empresarios. Las propias SRL pueden financiarse de diferentes modos. Sin entrar a comentar la financiación pública en sentido amplio, bien pueden verbigracia hacerlo a través de la participación en fondos de

(18) Sobre este particular véase la bibliografía recientemente reseñada en el estudio de LLEBOT MAJÓ, J. O.: "Doctrina y Teoría de la Empresa en el Derecho Mercantil", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 220, abril-junio 1996, pp. 377-387.

(19) ROJO, A.: "La sociedad de responsabilidad limitada: problemas de política y de técnica legislativas", Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, pp. 35-38.

capital-riesgo, emisiones de obligaciones, negocios sobre “titulizaciones” de activos o a través de la creación de participaciones, que exigen escritura pública para su constitución (aprobada su regulación por el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización).

Respecto de aquella fórmula, que está empezando a encontrar gran eco tanto en su práctica como en la doctrina, pero en la que no podemos profundizar, cabe destacar que se permitirán las cesiones de crédito y activos financieros a un fondo de “titulización” por parte de las PYMES, lo que puede mejorar la liquidez de las mismas (20).

Los socios de las SGR no pueden, cuando sean SRL, emitir por sí mismos cualquier tipo de valor negociable, tanto mediante la emisión de renta fija como de renta variable, ya sea con recursos propios o ajenos, lo que ha sido criticado por la doctrina (21), sin embargo, cuando las SRL se unen en una SGR, esta última sí puede emitir obligaciones.

Uno de los aspectos más importantes pues, en la LSGR, es el que destaca el artículo 3.º, párrafo 2.º, cual es la posibilidad de emitir obligaciones, “con sujeción a las condiciones que se determinen reglamentariamente”. Este instrumento de financiación es propio de las sociedades anónimas, y se regula en los artículos 282 a 289 de la LSA de 1989 (22). Tal sistema de obtención de crédito sin el desembolso por parte de los accionistas traba parte del patrimonio social, al quedar éste como garantía, por lo que anteriormen-

(20) Vid. sobre las perspectivas de titulización en España el estudio de ALMOGUERA GÓMEZ, A.: *La titulización crediticia*, ed. Civitas, 1995, pp. 475-566. También de ARRANZ PUMAR, G.: “Los Fondos de Titulización Hipotecaria y sus sociedades gestoras”, *Derecho del Mercado Financiero*, tomo I, vol. 1, p. 603. Las SGR podrían bien participar en una parte del crédito cedido o bien adquirir parte de las emisiones del fondo de titulización de activos.

(21) Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: “La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: acto final”, en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 5, pp. 11-13.

(22) Véase sobre emisión de obligaciones en las sociedades anónimas, TAPIA HERMIDA, A. J., en *Derecho de Sociedades Anónimas* (coordinador ALONSO UREBA), tomo III, vol. 2.º, pp. 1053-1372, Madrid, 1994.

te se había prohibido. La LSGR al dotarse de mayores garantías patrimoniales (capital social de 300 millones), también permite este tipo de financiación.

En relación con las obligaciones:

URÍA (23) distingue entre títulos nominativos o al portador y anotaciones en cuenta. A su vez, pueden existir obligaciones con prima o sin ella; ordinarias y con garantías; de interés fijo o variable; simples y convertibles en acciones; con derecho de suscripción preferente o de obligación convertible. La Ley del Mercado de Valores de 1988 regula la emisión de obligaciones del mercado primario y secundario; pero no parece que las obligaciones de las SGR pudieran llegar a cotizar en él, precisamente por no constituir acciones. Un dato destacable que inclina el carácter de sociedad capitalista y no personalista es la constituida por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL). Tal disposición prohíbe a las sociedades colectivas y comanditarias simples emitir obligaciones o valores negociables agrupados en emisiones, sin perjuicio de lo establecido en la Disposición Transitoria Séptima. Quiere ello decir a mi entender que dicha ley "omnibus", no ha querido ver a la SGR como una sociedad personalista, porque mantiene la posibilidad de que éstas emitan obligaciones al no incluirlas.

En relación a las obligaciones de la SGR existen dos posibilidades en cuanto al Derecho aplicable: por una parte, la Ley 211/1964, de 24 de diciembre, de emisión de obligaciones, por sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas (24) y por otra, la aplicación de la regulación contenida en la LSA, artículos 282 y siguientes. En favor de la primera, estaría el argumento del carácter colectivo o personalista de las SGR si nos inclinamos por aquella postura, aplicando en-

(23) URÍA, R.: *Manual de Derecho Mercantil*, 17.^a ed., pp. 485 y ss.

(24) Ley modificada en cuanto al límite de la emisión por la Ley de 19 de mayo de 1980.

tonces las mismas normas que a las destinatarias de aquella Ley; mientras que en favor de la segunda está el carácter capitalista de la SGR. Me inclino a esta segunda posibilidad, toda vez que la LSRL ha prohibido, en su artículo 9.º, que la SRL acuerde o garantice la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones y la SGR no lo tiene vedado (25). Aun teniendo ambas –SGR y SRL– la nota común de estar dividido el capital social en participaciones de los socios y no en acciones (26), sin que en ninguna de ellas respondan personalmente los socios de las deudas sociales, entiende el legislador que la SGR ofrece más garantías de solvencia para permitir este tipo de endeudamiento propio de las sociedades anónimas o por acciones.

142 El tope legal de las obligaciones emitidas por la sociedad anónima no podrá ser superior al capital social desembolsado, más las reservas aprobadas y aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda, según el Real Decreto 2345/96. La Ley de 19 de mayo de 1980 no incluía las reservas para las sociedades colectivas, pero la SGR incluye una reserva legal en el artículo 52, por lo que hemos de entender aplicable aquel tope legal (27).

La convertibilidad de obligaciones en participaciones parece dificultosa, ya que la participación forma parte del capital social, confiriendo los derechos de socio, mientras que la obligación emitida es ajena a los dividendos y resultados sociales y debe ser amortizada junto con los intereses, por lo que las diferencias entre participación y obligación son notables. Y estas diferencias como digo, hacen que el camino para convertirse en socio de la SGR no pase por la con-

(25) En este sentido apuntado el artículo 1.º del Real Decreto 2345/96, de 8 de noviembre, de desarrollo de la LSGR, ha dispuesto que el orden de aplicación jerárquicamente será el siguiente: 1.º Los artículos 282 a 310 de la LSA; 2.º El Reglamento del Registro Mercantil; 3.º La Ley de 28 de julio de 1988 del mercado de valores; 4.º Otras normas que regulen aspectos del régimen jurídico de las obligaciones.

(26) Véanse los artículos 7.º,1 de la LSGR y 1.º y 5.º de la LSRL.

(27) Véase el artículo 310,1.º,1.ª del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio.

vertibilidad de la obligación, por el especial carácter de los socios, que deben ser siempre además PYMES.

Respecto de la garantía obligatoria de la emisión, ya sea por aval, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, valores o aval solidario de entidad de crédito, no podrá hacerse por medio de un aval otorgado por la propia SGR, aunque tuviera capacidad para prestarlo (28).

Visto lo anterior, es claro que una de las mejores vías de financiación de las SRL en cuanto PYMES es acudir a la entidad crediticia a través de la SGR. Ello se ha puesto de manifiesto en el Dictamen del Comité Económico y Social 94/C 388/04 (29) que pretende dar vías de solución a los problemas de la falta de garantías.

V. Especialidades y limitaciones de las SGR antes de la Ley de 1994

143

La SGR tenía como objeto exclusivo la prestación de avales. El capital social variable y dividido en cuotas. La responsabilidad limitada. Debía además administrar uno o varios fondos de garantía. La cuota, a diferencia de la acción, debía ser igual, acumulable e indivisible y reembolsable. La normativa del Decreto de 1978, que posteriormente fue modificado por la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, de 29 de julio de 1988, circunscribía el objeto social de la SGR al otorgamiento de avales a los socios. Ello, según URÍA (30) le confería un carácter esencial-

(28) Después de algunos titubeos el Real Decreto 2345/96 se pronuncia a favor de un 100 por 100 de los recursos propios —aunque se habían barajado cifras superiores (200 por 100), el Banco de España puso objeción que fue admitida—, no pudiendo contabilizarse el fondo de provisiones técnicas. La razón estribaba en que tal fondo tenía una finalidad garantista específica, que aunque debía contabilizarse como recurso propio, no debía respaldar la emisión de obligaciones.

(29) Publicado en el *DOCE* de 31 de diciembre de 1994.

(30) URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 20.^a ed., 1992. Este autor sitúa sistemáticamente las SGR entre las sociedades de tipo mutualista, aunque afirma que por la aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas en parte constituyen un tipo social híbrido y autónomo.

mente mutualista. Sin embargo, la nueva regulación de las SGR, lleva a este autor a la percepción de que el carácter mutualista será sólo predicable de los derechos de los socios, por lo que habrá que encuadrarla dentro de las modalidades de sociedad anónima especial (31).

La autonomía de la SGR venía determinada por no ser ni una sociedad colectiva, ni tampoco una sociedad anónima, aunque con un régimen muy parecido pudiendo fluctuar el capital. El objeto social estaba limitado a la prestación de avales a los socios, siendo además que éstos no representaban en directa proporción el capital desembolsado como sucedía en la anónima. Una de las limitaciones consistía en que los socios protectores o financiadores no podían ser receptores de las garantías o avales que prestaba la sociedad. Además, se vinculaban los beneficios fiscales al registro administrativo dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, lo que le hacía de facto, un registro cuasi-obligatorio.

144

El funcionamiento de las SGR presentaba ciertos problemas derivados del incumplimiento de la normativa reguladora, lo que determinó la reforma de estas sociedades. Por un lado, se incumplían las previsiones del fondo de garantía por el previsible alto coste de los avales y por otro, la inspección del Banco de España se encontraba con dificultades dada la naturaleza jurídica híbrida y cuasi-desconocida de estas sociedades (32).

(31) URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 23.^a ed., 1996. Dice este autor que la ayuda recíproca no parece un dato relevante para otorgarle el carácter mutualista, ya que tal dato se da en mayor o menor medida en todo tipo de sociedades. Para URÍA el dato relevante estaría en la aplicación subsidiaria de la Ley de Sociedades Anónimas.

(32) En este sentido, la Circular 25-9-1995, núm. 3/1995 (BOE 7-10-1995) dispuso que deben declarar al Servicio Central de Información de Riesgos del Banco de España las siguientes entidades: a) las entidades de crédito; b) los establecimientos financieros de crédito; c) Banco de España; d) Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito; y e) **las sociedades de garantía recíproca**, las sociedades de reafianzamiento y la "Sociedad Anónima Estatal de Caución Agraria". De alguna manera, esto quiere indicar que aunque no se citen conjuntamente dentro de las entidades de crédito nos encontramos ante una entidad financiera típica. Ello se pone de manifiesto cuando se refiere a que expresamente han de declararse los riesgos indirectos, esto es: los con-

El dato más relevante para la configuración jurídica de este tipo social –nuevo, en el sentido de la Ley de 1994– es su configuración como entidad financiera. Aunque fugazmente se recoge esta naturaleza en el artículo 1.º de la Ley 1/94, veremos cómo, por las disposiciones que le son de aplicación, funciona como tal, dada la ampliación de su objeto social –que de estar reducido a la prestación de avales– ahora se amplía a la prestación de múltiples servicios de asesoramiento empresarial y de apoyo técnico-financiero a los proyectos de inversión.

VI. El nuevo modelo: la sociedad de garantía recíproca como entidad financiera: su comparación con los establecimientos financieros de crédito (33).

La Ley 1/1994 tiene como objeto predominante dotar de una estructura patrimonial más transparente, aumentando el grado de liquidez y asegurando su solvencia de cara a los propios socios y a terceros, ampliando el régimen de recursos propios. Es el Convenio Internacional de Basilea la pieza clave en la exigencia de un determinado grado de solvencia, de recursos propios o de límites en la concentración de riesgos, que son de aplicación a todas las entidades de crédito. Sin duda ninguna, el aspecto financiero de la SGR destaca como elemento caracterizador. De no ser así, no tendría sentido el haber creado un nuevo tipo de sociedad que podría prestar garantía a sus socios con cualquiera de los

145

traídos por la entidad con quienes garantizan o avalan operaciones de riesgo directo, y en especial: los avales, afianzamientos y garantías personales en cualquier clase de crédito dinerario, sea cual fuere la expresión formal del mismo, alcanzando a los efectos financieros, a las firmas comprometidas en los mismos distintas del titular directo, y los efectos comerciales que hayan sido tenidos en cuenta por la declarante para la asunción del riesgo, y en todo caso, las que figuren en efectos de importe unitario superior a diez millones de pesetas; y los contraavales recibidos en garantía de los prestados.

(33) El apartado c) del artículo 1.º regula los aspectos relativos a garantías y avales.

tipos societarios existentes. Desechado el modelo de tipo personalista de las sociedades cooperativas, podría haberse llegado a alguna otra opción, de forma que no se complicase aún más el panorama de tipos societarios por el que gran parte de la doctrina clamaba. Esto es, un Derecho de sociedades de tipo monista con subespecialidades. El nuevo marco del Derecho de sociedades debe por tanto naturalizar este tipo social, sin encuadrarlo como subtipo, entre otras razones por su condición de entidad financiera que presta una serie de servicios y está supervisada por el Banco de España y el Ministerio de Economía y Hacienda.

146

El marco del sector financiero está constituido por numerosas clases de entidades de crédito, según la clasificación que ha extraído del complejo panorama legal LLEBOT MAJÓ (34): las SGR podrían estar incluidas. Los establecimientos financieros de crédito se regulan por la DA de la Ley 3/1994 de 14 de abril y por el RD de 26 de abril de 1996. La configuración de un establecimiento financiero de crédito (EFC) como entidad de crédito exige realizar con carácter principal: operaciones de préstamo, crédito y financiación; actividades de “factoring”; cesión de créditos; arrendamiento financiero, entre las que se incluirían las actividades de asesoramiento e informes comerciales; la emisión de tarjetas de crédito; la concesión de avales y garantías y la suscripción de compromisos similares.

La principal diferencia con las entidades de crédito consiste en la prohibición de captar fondos reembolsables del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otros análogos. No tienen este carácter

(34) Véase el estudio del marco de las entidades financieras en *Grupos de entidades de crédito*. LLEBOT MAJÓ, J. O., ed. Civitas, 1993. Madrid, pp. 25-29. El objeto de las mismas debe ser, según el concepto económico, cualquier negocio que tenga por finalidad suministrar temporalmente a una persona poder adquisitivo mediato o inmediato. SÁNCHEZ CALERO, F., pone la nota crítica en *AAVV*, “La delimitación de la figura de las entidades de crédito y la de otros sujetos”, pp. 710-723. 1990, cuando afirma que no existe una definición de entidad de crédito.

las fianzas y cauciones con objeto de disminuir los riesgos contraídos con clientes por operaciones propias de su objeto social. Por lo tanto, las SGR tienen rasgos que las aproximan a los EFC, sin poder operar como entidades de crédito. De lo que no cabe duda es de que las SGR actúan en el sistema financiero otorgando avales, que es tanto como decir que otorgan indirectamente el dinero necesario o la financiación de una operación. Dentro de las garantías personales a las que quedan sujetas las obligaciones mercantiles, la fianza y el aval son las fórmulas más usadas (35). Los avales como garantía tienen carácter mercantil y deben regirse según BERCOVITZ (36) por los pactos particulares si existen y por las condiciones generales de los estatutos cuando no sean contrarias a normas imperativas.

El aval en un sentido amplio ha de entenderse no sólo como una garantía cambiaria, sino también como un afianzamiento que prestan las entidades crediticias en favor de sus clientes y que pueden darse en cualquier tipo de contrato bancario y mercantil. Se otorga en garantía del cumplimiento de una obligación existente. BERCOVITZ (37) ha entendido, con mucho sentido, que el otorgamiento de avales es una forma de otorgar crédito, el llamado *crédito de firma*. Anteriormente GARRIGUES (38) ya se había manifestado respecto a los contratos bancarios, denominando préstamo de firma a aquello que los bancos otorgaban al prestar garantías; estas operaciones hacen que parezca lógica la inclusión de esta actividad como configuradora de la fisonomía de la SGR como entidad crediticia. Es, en este sentido, en el que puede considerarse la SGR como entidad financiera,

(35) Cfr. artículos 439 y ss. del Código de Comercio y artículo 1.822 del Código civil. Véase asimismo, ALVENTOSA DEL RÍO, J.: *La Fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1988, pp. 75-95. Sobre la naturaleza del aval puede verse: BLANCO CAMPAÑA, J.: "Aval cambiario y aval como contrato de garantía", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1982, pp. 680-683.

(36) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, "La nueva Ley...", p. 32.

(37) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, *Perspectivas*, p. 18.

(38) *Vid.* GARRIGUES: *Contratos Bancarios*, 2.^a ed., Madrid, 1975.

siendo similares las exigencias administrativas, excepto la aplicación de la legislación de garantía de depósitos. Los requisitos necesarios para ejercer su actividad exigen la inscripción en un registro especial del Banco de España, además de la constitución y asiento en el Registro Mercantil.

Las nuevas exigencias contenidas en el Real Decreto 692/96, van a hacer imposible que las SGR queden configuradas como EFC, ya que no permiten otro tipo de sociedad mercantil que la anónima y además, mediante fundación simultánea, con un capital de 850 millones (en las SGR es de 300 millones) que ha de estar representado por acciones nominativas y no por participaciones. Tampoco pueden ser bancos o cajas de ahorro por lo ya señalado.

El objeto social debe estar limitado a las actividades propias de un establecimiento financiero (39). El resto de requisitos podrían ser salvados en la SGR: idoneidad de los accionistas mayoritarios; existencia de un consejo de administración; honorabilidad comercial y profesional; conocimientos y experiencia adecuados de los miembros del consejo de administración; buena organización administrativa y contable; tener domicilio social...

148

La Disposición Transitoria 4.^a plantea un problema respecto a la condición de entidad financiera de las SGR, ya que el 1 de enero de 1997 las entidades de crédito de ámbito operativo limitado (40): (préstamos y crédito; "leasing"; "factoring"; emisión de tarjetas de crédito; concesión de avales) deben transformarse en EFC, o entidad de crédito, de lo contrario no podrían seguir realizando ninguna de las operaciones propias de aquéllos. Habrá que entender que aunque no se transformen podrían seguir desempeñando ese papel que la ley de superior rango les otorga en cuanto facilitadoras del acceso al crédito y de mejora de las condiciones financieras de las PYMES.

(39) *Vid.* artículo 1.º del Real Decreto de 26 de abril de 1996.

(40) El Real Decreto 692/96 deroga el Real Decreto 771/89 que establece el régimen jurídico de las entidades de crédito de ámbito operativo limitado.

Como rasgos que caracterizan las SGR como entidad financiera existen, en la Ley de SGR, algunos preceptos que recuerdan a aquéllas y que en la práctica constituyen parte del objeto social implícito en estas sociedades financieras que exceden del antiguo y estrecho objeto social de otorgamiento de avales, como son: el asesoramiento financiero y la participación en otras sociedades:

— El artículo 3 permite emitir obligaciones.

— El artículo 8.2 faculta para la modificación del capital para garantizar la liquidez y solvencia en su condición de entidades financieras (41).

— El artículo 12.1 de la Ley señala que corresponderá al Ministerio de Economía y Hacienda la autorización para la creación de sociedades de garantía recíproca (42).

— El artículo 14 exige la inscripción en un registro especial del Banco de España, y sus directivos en el de altos cargos del Banco de España.

— El artículo 43.2, respecto a la honorabilidad comercial y profesional de los miembros del Consejo de Administración, exige una trayectoria profesional en la observancia de las prácticas comerciales, financieras y bancarias.

— El artículo 45, en cuanto a la modificación de estatutos, exige la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España.

(41) El artículo 47.1 a) de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito al que se remite, dice que: con el fin de garantizar la liquidez y solvencia de las entidades de crédito, en aras del mejor desarrollo de la política monetaria y de la función que aquéllas están llamadas a desempeñar en la economía nacional, se faculta al Gobierno para: ... Establecer y modificar, previo informe del Banco de España, el capital social mínimo o, en su caso, la dotación inicial igualmente mínima que las entidades de crédito deben tener suscrito, así como la medida en que el mismo haya de estar desembolsado, a efectos de su autorización e inscripción en los correspondientes Registros Especiales y del mantenimiento de las mismas.

(42) El Real Decreto 2345/96 de desarrollo de la ley señala que las competencias para la autorización pertenecerán a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, la instrucción al Banco de España y la Resolución al Ministerio de Economía y Hacienda, lo que prueba el carácter preponderante de entidad financiera.

— El artículo 66 atribuye las competencias de registro, control e inspección al Banco de España. Se prevé también la inscripción en el registro especial del Banco de España.

— La Disposición Adicional Segunda faculta al Gobierno para que establezca los requisitos mínimos de solvencia, el tipo de valores y las proporciones obligatorias de inversión de recursos propios, así como la determinación de los coeficientes de ponderación de los riesgos asumidos.

Dentro de este apartado, se señala que las reglas contables habrán de adaptarse al Plan General de Contabilidad y a la normativa aplicable para las entidades de crédito que será objeto de una Orden ministerial englobando a las entidades de crédito (43) y a las SGR con las especialidades que procedan.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es el señalamiento de un porcentaje mínimo o coeficiente de recursos propios, que hoy está fijado en el 8 por 100 para las entidades de crédito (44). Asimismo, también es conveniente la obligación de una inversión mínima de los recursos propios en valores seguros y de alta liquidez, de manera que cuando un socio no pueda pagar el préstamo a tiempo, o se le declare insolvente, pueda realizar el pago del principal y de los intereses puntualmente, rescatando el valor de las inversiones efectuadas (45).

(43) El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y el Banco de España deberán evaluar el riesgo de sus operaciones, la composición de sus recursos propios con sus deducciones de acuerdo con aquella normativa, lo que prueba una vez más el predominante carácter de entidad financiera.

(44) Tal coeficiente viene determinado por la aplicación de la Ley 13/1992, de 1 de junio de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras y en el Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre (título I), así como normativa de desarrollo. No obstante, es necesario concretar las especialidades de la SGR. El desarrollo reglamentario prevé la limitación al 20%, la acumulación de riesgos en una misma persona o grupo por resultar excesivo y en aras de la diversificación de operaciones, así como las reglas sobre riesgos ligados a la cartera de valores de negociación y sobre límites a las inmovilizaciones materiales.

(45) Por ello, el RD 2345/96 prevé que se inviertan al menos el 75 por 100 en valores de Deuda Pública del Estado, renta fija, o depósitos en bancos o cajas de ahorro, sin perjuicio de que no se supere un 25 por 100 de las inversiones sumando inmovilizado material y financiero, por suponer un encorsetamiento excesivo a la hora de actuar.

1. Clases de garantías que pueden ofrecerse.

La validez de la garantía depende de la intervención de un fedatario público. Cabe el ofrecimiento de un asesoramiento jurídico-financiero, en especial sobre las cláusulas abusivas (46), que se pretenda hacer constar en la escritura pública o en la póliza (47) para la validez de los contratos

(46) Sobre la intervención de los corredores de comercio y sus repercusiones en los contratos de adhesión realizados con entidades de crédito, ver: ALMOGUERA GÓMEZ, A.: "Fe Pública y contratación mercantil: consideración de los contratos bancarios de adhesión", en *Actualidad Civil*, 1993, núm. 37, pp. 677-615.

Respecto a los contratos de adhesión, la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación* afecta a los mismos. Se enmarca dentro de las relaciones contractuales y particularmente afecta a los consumidores y usuarios. Parece que dicha ley es aplicable, como receptoras del crédito, también a las PYMES, aunque no sean personas físicas, ya que sus preceptos se aplican a las personas jurídicas, que de conformidad con el artículo 2.º,1 pueden tener la condición de consumidores y usuarios al ser los destinatarios finales de los productos o servicios. Como dice CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (*Revista del Poder Judicial*, n.º 49), existe una identidad entre el concepto de profesional y de empresario, como predisponente de la cláusula abusiva. Por consumidor entiende cualquier persona física o jurídica que actuando fuera de su actividad profesional, se encuentra en determinada posición jurídica de inferioridad. El adherente puede ser un profesional o no según la ley, en consecuencia, podría pensarse en algunos supuestos en la aplicación de esta ley a aquellos contratos. Siguiendo al citado autor, afirma que las relaciones entre empresarios o profesionales entre sí se rigen por las normas generales del Código de Comercio y del Código civil (art. 1.256), pudiendo instarse la nulidad contractual. No obstante, las relaciones entre profesionales basadas en condiciones generales deben basarse en los requisitos de la ley. El artículo 8.º,2 admite la sanción de nulidad *contra bona fides* cuando las cláusulas impuestas den lugar a consecuencias que sean insólitas o abusivas, incluso en los casos en que el adherente no sea un consumidor. Es decir, cuando supongan un desequilibrio entre las partes contratantes. Esto puede ser aplicable a los contratos de adhesión -tipo: como los préstamos bancarios, descuentos... o también a otros como: el "leasing", la franquicia o el "factoring". Los contratos que celebre la pequeña o mediana empresa y la prestadora del servicio pueden contener cláusulas nulas por colocar a la otra parte en condiciones desventajosas. Cobra especial importancia el papel que puede desempeñar el fedatario público en el asesoramiento a las partes de carácter jurídico-financiero sobre este tipo de contratos, de forma que previamente desaparezcan las cláusulas que pudieran hacer nulos tales contratos. La ley, en su artículo 23, en relación al derecho de información veraz o de las condiciones generales, menciona a los notarios, registradores y corredores de comercio, según sus competencias.

(47) Sobre el carácter de las pólizas de crédito, ver la sentencia de la Sala 1.ª del TS de 6 de junio de 1996, en *Actualidad Civil*, núm. 36, pp. 1779-1780, que establece: "los créditos que constan en escritura pública o sentencia, se basan en la indu-

que celebren las SGR y sus socios, aunque también de los que celebre el socio con la entidad de crédito, cuya garantía o aval prestará la SGR. Los préstamos con garantía de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, se harán también en póliza con la intervención del corredor de comercio o en escritura pública notarial y se reputarán siempre mercantiles según los artículos 320 y ss. del Código de Comercio. El resto de los préstamos con garantía real o personal se regirán por lo dispuesto en el artículo 439 del Código de Comercio o legislación aplicable sobre prenda sin desplazamiento, hipoteca...

152

En cuanto al contrato entre la SGR y el socio del que trae causa, por el que éste se comprometa a devolver a la SGR el importe que ésta deba abonar a la entidad de crédito como avalista, se puede denominar "contraaval" y supone que, si aquél no puede hacer frente a la deuda, responde esta segunda garantía. Pues bien, tal contrato debe formalizarse en escritura pública o póliza firmada por las partes con la intervención de corredor de comercio. Sobre este particular, es frecuente que la SGR quiera asegurarse con una hipoteca el aval presentado al socio para que éste obtenga a su vez un préstamo. Esta garantía debe entenderse como una garantía más personal que real, ya que se trata de un bien más rápidamente ejecutable en caso de impago del crédito, es más bien un pacto libre y privado ajeno a la regulación legal.

En cuanto a los aspectos a los que se debe prestar atención para su validez se encontrarían: la capacidad del socio

bitada autenticidad que los mismos tienen, lo que les da un carácter definitivamente ejecutivo, ya que en ambos, o **tiene intervención el fedatario público (notario o corredor de comercio)**, o es el resultado definitivo de un procedimiento judicial". En el apartado b) de la misma sentencia se añade "**que no cabe dudar del carácter de escritura pública que tiene la póliza de crédito intervenida por corredor de comercio**" (sentencias de 21 de septiembre de 1984, 3 de noviembre de 1989, 5 de diciembre de 1991 y 22 de marzo de 1994). Generalmente aunque no pacíficamente se ha interpretado que la autenticidad se refiere a la fecha. Con la futura integración de notarios y corredores de comercio en el cuerpo único de notarios, ya no van a quedar dudas sobre la naturaleza fehaciente del documento mercantil.

y su condición de partícipe o protector, que podrá verificarse mediante la exhibición del libro de socios y garantías; si tiene derechos esenciales o adicionales; que no se trate de un contrato de préstamo o crédito con la SGR; que el objeto exclusivo de la garantía sea favorecer la actividad de los socios dentro del giro o tráfico de la empresa y no otro; la naturaleza personal o real que tenga el tipo de garantía que en ningún caso podrá asimilarse al seguro de caución; si la SGR está inscrita y ha otorgado escritura pública de constitución y goza de la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda; si la garantía cuenta con la autorización del consejo de administración y si la decisión de éste se enmarca dentro del objeto social de la SGR o por último, si la SGR se encontrase en período de disolución o liquidación.

Una vez analizado el aspecto formal es menester ceñirse al ámbito sobre el que recae el negocio jurídico, esto es, la garantía. DE ANGULO RODRÍGUEZ (48) conceptúa como garantías personales atípicas una serie de figuras como el mandato de crédito, la adhesión a deuda, la asunción de cumplimiento, la promesa del hecho de un tercero y el aval. Ésta constituiría la garantía personal atípica. Se ha confundido en ocasiones por no venir prevista esta figura con el aval cambiario y con la fianza mercantil. La doctrina y la jurisprudencia –STS de 21 de marzo de 1980 y STS de 31 de enero de 1986 entre otras...–, conceptúa el aval en un sentido amplio, como contrato de garantía. ALVENTOSA DEL RÍO ha profundizado en las diferencias entre fianza mercantil y aval, poniendo énfasis en las notas siguientes y que califica como: contrato accesorio, consensual, bilateral si es oneroso, y formal. En general, la nota distintiva básica entre fianza y aval

(48) ANGULO RODRÍGUEZ, L. de: "Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas", *Derecho del Mercado Financiero*, BCH y Civitas, 1994. Sobre estas garantías manifiesta que el vacío normativo sobre las diferentes figuras de garantías típicas debe colmarse con el uso de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del C.c.). Para el citado autor constituyen garantías personales típicas: la fianza, el aval, el seguro de caución o de daños, y, el seguro de crédito.

sería que en la primera el fiador responde con carácter subsidiario y en el aval lo hace con carácter solidario.

No obstante, como garantía personal atípica, –el aval– puede tener un contenido diferente en función de las cláusulas de redacción del contrato, no coincidiendo siempre con las características propias del aval cambiario. Por ello, se puede afirmar que este aval bancario no es otra cosa que un medio de pago, convertible en metálico y susceptible de negocio en el tráfico jurídico privado.

2. La prohibición de otorgar créditos en las sociedades de garantía recíproca y su correlación en las sociedades de responsabilidad limitada.

154

Tal vez sea necesario aludir a algunas cuestiones que empañan la predicada naturaleza financiera de las SGR. Destaca la prohibición del artículo 3.º de la Ley sobre concesión de ninguna clase de crédito a los socios. Esta limitación tan amplia y tan tajante no tiene sentido desde el punto de vista de la solvencia de la entidad, ya que se podrían haber establecido cautelas para endurecer las condiciones de otorgamiento de “alguna clase de crédito a los socios”. Pero lo cierto es que tal actividad podría entrar en confrontación o competencia con el resto de las entidades de crédito, a las que se piden requisitos más severos, lo que explicaría la interdicción.

Comparte la SGR esta prohibición de otorgar créditos o asistencia financiera y de anticipar fondos a sus socios con la SRL, según el artículo 9 de la LSRL. Para algunos autores, ello constituye una discriminación con respecto a las sociedades anónimas que sí pueden otorgarlos.

En Derecho comparado, la legislación alemana sobre sociedades mercantiles permite, en su artículo 43, la concesión de créditos si existe patrimonio necesario para cubrir el capital social. En Francia, según el artículo 51 de su ley, lo prohíbe bajo pena de nulidad. En España se siguió una posición ecléctica, prohibiendo en general y permitiendo con la apro-

bación de la junta general, lo que se dará en pocas ocasiones, sin contar con que existan reservas contables suficientes. Esta norma constituye un límite a la autonomía de la voluntad por tener carácter imperativo para los administradores.

La diferencia de trato con la sociedad anónima ha sido criticada, pero tanto para la SGR como para la SRL, la prohibición tiene su justificación en que no se admite esa tipología social para ser entidad de crédito según la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ya que las operaciones de crédito o asistencia financiera son el elemento constitutivo cuasi-único de las llamadas operaciones bancarias activas como actividades típicas de los bancos y cajas de ahorro según su legislación específica (49).

VII. Otros aspectos configuradores de la sociedad de garantía recíproca

155

1. El capital social: otro elemento de contornos difusos entre sociedades mutuas y capitalistas.

La LSGR introduce la novedad en relación al capital de una serie de medidas: la elevación a trescientos millones; el desembolso íntegro del capital fijado en estatutos y la fundación al menos por 150 socios. Con acierto, ha puesto de relieve cierta contradicción RONCERO SÁNCHEZ (50) entre el artículo 15 y el artículo 28, ya que uno exige el desembolso íntegro (sólo el 25 por 100 en la LSA) y el otro se preocupa de las condiciones del capital no desembolsado. La única salida es entender que lo no desembolsado se referirá al exceso sobre el mínimo fijado en estatutos. BERCOVITZ (51) distingue entre el capital social que debe tener la sociedad

(49) Cfr. Ley 26/1988 y Ley 3/1994 y Decreto Legislativo 1298/1986.

(50) RONCERO SÁNCHEZ, A.: "La Sociedad de Garantía Recíproca", en *Derecho del Mercado Financiero*, tomo I, vol. 1.º, ed. Civitas y BCH, 1994, p. 687.

(51) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, p. 26.

en cada momento, que se mueve en unos márgenes que fijan los estatutos y no puede ser inferior a 300 millones y superior al triple de esa cifra y debiendo estar desembolsado al menos en un 25 por 100 del valor nominal de cada una de las participaciones, y el capital fundacional, que figura en la escritura de constitución y que debe estar desembolsado en su conjunto por una cuantía igual a la cifra mínima de capital social. Repasando el antecedente del RD de 1978 en relación con la LSGR, no parece deducirse que haya existido un olvido de los legisladores o una contradicción, por lo que no se ve fundamento legal para oponerse al desembolso parcial del 25 por 100 siempre que se haya desembolsado la cifra mínima de capital social, y en este sentido afirma BERCOVITZ:

156

“No sólo no contraviene la disposición legal y la finalidad perseguida por el legislador, sino que favorece esa finalidad puesto que la SGR no sólo contará con el desembolso de la cifra mínima del capital, por lo que tendrá además créditos contra los socios por una cantidad superior, lo que redundará en la fortaleza financiera de las SGR que es lo que realmente interesa” (52).

A pesar de todo, esta fundamentada opinión válida para la SA puede no encontrar eco desde el punto de vista de los órganos administrativos encargados de la supervisión y vigilancia, ya que lo que preocupa en estas entidades es la solvencia y liquidez por encima de otras consideraciones, pues sirve para dotar de confianza al sistema financiero. Prueba de ello es el Real Decreto de 8 de noviembre de 1996 citado. A este respecto, es posible que se mire con recelo la simple aportación de un 25 por 100 de la participación, ya que en definitiva es un crédito con un porcentaje de riesgo, aunque lleve un beneficio aparejado en cuanto a los intereses. Además, aunque la cifra de capital aumentase muy por encima de los 300 millones no quiere ello decir que la solvencia sea mucho mayor, porque también habrán aumentado

(52) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, “La nueva Ley...”, p. 24.

en igual cuantía los riesgos de las operaciones garantizadas.

El capital social, al igual que en la sociedad anónima, cumple una función garantista respecto a las deudas. Siempre ha de haber un equilibrio entre capital y patrimonio neto contable. Se puede decir que el capital social es variable, pero esta variabilidad, como casi todos los aspectos de la SGR, no es absoluta. Ya hemos dicho que el capital se mueve entre dos bandas, la que aparezca en los estatutos, que no podrá ser inferior a 300 millones y el triple de esta cantidad. Es suficiente con el acuerdo del consejo de administración, dentro de las bandas, ora creando nuevas participaciones, ora reembolsándolas; pero fuera de ellas es competencia de la junta general ya que supone modificación de estatutos. Según el artículo 33 f) de la LSGR, el aumento o disminución de la cifra mínima de capital social debe autorizarlo ésta. En la SRL, donde el capital está también representado por participaciones, también se exige acuerdo de la junta general de socios (53).

157

El capital social real sólo puede conocerse al cierre de cada ejercicio contable, no figurando por tanto en los estatutos. Tal planteamiento también se da, de alguna manera, en la sociedad anónima. Sucede cuando las ganancias o pérdidas hacen que el valor del patrimonio social esté por encima o por debajo de la cifra de capital escriturado. En tales casos es necesario contablemente aumentar o disminuir el importe de la cuenta de capital para que dichas cifras se presenten equilibradas (54). Durante el ejercicio tampoco entonces coinciden necesariamente en la sociedad anónima o en la sociedad limitada el capital real y el patrimonio, por lo que la ley impone el deber de ajustarlo. La modificación del capital deberá ser autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda. El caso del aumento exige que el de-

(53) Véanse los artículos 71, 73 y 80 de la LSRL de 1995.

(54) Vid. SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: *Aumento y reducción del capital en la reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, pp. 363 y ss.

sembolso sea igual a la cifra del capital fijado. La reducción exige que se respete el plazo de un mes para la oposición de los acreedores, y lógicamente por ser nulo el acuerdo y causa de disolución, que no sea inferior a los 300 millones. La LSGR se remite al artículo 168 de la LSA. Si la reducción se hace reduciendo las aportaciones de los socios, habría que entender a falta de mención estatutaria que sería de aplicación la regla del artículo 80 de la LSRL (55). Nuevamente podemos percibir amplios aspectos de la sociedades capitalistas en estos extremos.

2. Las relaciones entre el capital social y las participaciones de los socios como reflejo atenuado de la sociedad de tipo capitalista.

158 Las participaciones sociales forman parte del capital. La ley quiere que la creación de participaciones sociales responda siempre a una aportación dineraria a la sociedad y que responda fielmente, cuando menos a su valor nominal, siendo nulos los pactos en contrario. Como principio general con excepciones, las participaciones sociales atribuirán los mismos derechos a sus titulares: votar en las juntas generales; impugnar los acuerdos sociales; solicitar el reembolso de la participación social; participar, en su caso, en los beneficios sociales; recibir información conforme a lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas con carácter general para los socios o participar en el patrimonio resultante de la liquidación; el derecho de voto y el registro de participaciones de que sean titulares y de los sucesivos desembolsos efec-

(55) La misma establece que, a los socios a quienes se hubiera restituido la totalidad o parte de sus aportaciones, responderán solidariamente entre sí y con la sociedad del pago de las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros. En congruencia con lo aportado por cada socio, está el hecho de que su responsabilidad sólo alcanzase a lo percibido en concepto de restitución de la aportación social. También está prevista la ausencia de responsabilidad si se dota una reserva por importe igual a lo restituido a los partícipes.

tuados por razón de las mismas en un libro especial. Con el RD de 1978, las participaciones eran denominadas “cuotas sociales” lo que conducía al equívoco de pensar que en cada ejercicio social hubieran de abonarse. Al igual que las SRL, la participación está anudada en cierta medida a la idea de una sociedad personalista, aunque se admite como en las capitalistas la transmisibilidad de la participación y la separación del socio.

Uno de los aspectos originales de la SGR es el sistema de ingreso en la sociedad frente al que se produce en otros tipos sociales. El socio en las SRL puede ingresar en la sociedad cuando se produzca una transmisión de las participaciones *intervivos* a un no socio, requiriendo el consentimiento de la sociedad acordado en la junta general (56), si bien cabe la posibilidad de transmisión forzosa o *mortis causa*; hay que advertir que predomina el aspecto cerrado de la SRL (57). En la SA el socio deberá aguardar a la emisión de nuevas acciones decidida por la junta general (58) en el caso de que no se produzca ninguna transmisión. En cambio, en la SGR es el consejo de administración quien decide sobre la admisión de nuevos socios (59). Si se cumplen los requisitos por parte del solicitante, el órgano de administración reglamentariamente debe admitir al nuevo socio aumentando el capital con los límites que marca la ley. Esto implica que la sociedad tiene un carácter abierto, pero no necesariamente mutualista. La participación mínima puede conectarse con la exigible para obtener la garantía, pero siempre respetando el principio de que éstas han de ser iguales, acumulables e indivisibles.

(56) Cfr. artículo 29,b) de la LSRL.

(57) Vid. BONARDELL, R.: “Negocios sobre derechos de participación no representados en acciones. Consideración especial de las transmisiones *inter vivos* de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada”, en AA.VV. *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos valores y sobre relaciones jurídicas especiales*, Madrid, 1992.

(58) Vid. artículos 152 y siguientes de la LSA.

(59) Cfr. artículo 40,1,a) de la LSGR.

3. Derechos del socio.

Un derecho típico del socio es el reembolso de las participaciones sociales, salvo que exista una garantía viva, en cuyo caso la SGR tendrá la preferencia reconocida en el artículo 1.922, 2.º del Código civil. El reembolso no podrá exceder del valor real de las participaciones aportadas ni de su valor nominal. Si se produce una plusvalía, ésta pertenecerá a las reservas de la sociedad. La preferencia a que se refiere el apartado anterior no afectará a los derechos que pueda ejercer el acreedor sobre otras participaciones no afectas a garantías en vigor.

Con la legislación de 1978 los socios se dividían en partícipes y protectores y podían gozar de derechos esenciales y derechos adicionales ligados al otorgamiento de garantías. El TS (60) resuelve una cuestión en relación con los derechos reservados a los socios partícipes y a los socios protectores, permitiendo la posibilidad de que dentro de una SGR existan derechos adicionales y derechos esenciales en función de la cuota de participación.

La LSGR parece admitir la no existencia de socios protectores si así lo establecen los estatutos, aunque lo normal

160

(60) Cfr. sentencia de 8-7-1992, de la Sala 3.ª, Sección 2.ª) del TS. Los estatutos planteaban la diferencia entre "derechos esenciales" y "derechos adicionales". Los "derechos esenciales" participarían en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación, podrían votar en las juntas generales y solicitar el reembolso de la cuota social. Los "derechos adicionales" servirían para pedir la garantía de la sociedad dentro de los límites establecidos por sus estatutos y exigir el reembolso de las aportaciones efectuadas al fondo de garantía, una vez extinguidas las deudas a cuya garantía se hallaba afectado éste. De este modo, los "socios protectores" tendrían únicamente los derechos esenciales, y los que llama "socios partícipes" tanto estos derechos esenciales como los derechos adicionales. A los socios protectores sólo se les exige ser titulares de una cuota social y a los socios partícipes se les exige un mínimo de cuotas sociales. La titularidad de una cuota social atribuye los "derechos esenciales" del socio, pero cabe exigir algo más para gozar de "derechos adicionales". De lo que se deduce que no puede predicarse la igualdad en los derechos de todos los socios, pues como dice la sentencia *"nada se opone a que para disfrutar de unos y de otros se exija mayor participación que para ser exclusivo beneficiario de los primeros. Con ello, evidentemente, no se quiebra el principio de igualdad entre los socios"*.

es que se prevean. Es un principio general el que los socios gocen de los mismos derechos, si bien, es necesario matizar esta idea. En relación con los derechos esenciales podemos mencionar los siguientes:

- Votar en las juntas generales.
- Impugnar acuerdos sociales.
- Solicitar el reembolso de la participación (dicho reembolso no podrá descender de la menor de cualquiera de estas cantidades, o bien el valor real o bien el valor nominal) (61).
- Participar en los beneficios sociales.
- Recibir información.
- Participar en el patrimonio resultante de la liquidación.

Con respecto a la distinción entre los dos tipos de socios cabe hacer un pequeño excurso: ¿Es tal distinción entre socios partícipes y socios protectores disyuntiva o cabría la posibilidad de que tal cualidad fuera cumulativa? La distinción entre unos y otros se realiza en función del sector de la actividad económica a la que pertenezcan. Los socios protectores no pueden estar dentro del ámbito de aquella actividad. Pero, ¿qué ocurriría si un socio partícipe aumentara sus participaciones de manera notable? La respuesta sería que se limitaría el derecho de voto al 5 por ciento máximo, pero lo lógico es que se le otorgase por congruencia la doble condición cumulativa de socio partícipe y de socio protector, en cuyo caso tendría limitados ciertos derechos políticos, pero intactos los derechos económicos, sin que le pudiera ser negado por esa doble condición la posibilidad de participar en beneficios, de obtener el aval o de que se le prestará el asesoramiento.

A los derechos mencionados anteriormente, deben sumársele dos derechos adicionales que son: el de solicitar la garantía y el asesoramiento del socio. Respecto al primer derecho, es lógico que el socio protector quede privado de él,

(61) Cfr. artículo 29.3 de la LSGR.

pero no lo es tanto respecto al segundo (62). De hecho, los socios protectores no siempre tienen que ser entidades públicas *stricto sensu* y pueden tener necesidades de asesoramiento financiero que la ley no conoce, como ejemplo pueden citarse las sociedades mercantiles de participación pública mayoritaria o agrupaciones de interés económico. Entiendo que puede existir una previsión estatutaria en contrario, y que si en el caso de las garantías es dudoso, debe ser factible en el campo del asesoramiento. Estos dos derechos son los más importantes, sin los cuales no se entendería el objeto social de la SGR. Otro de los derechos que la LSGR no menciona en el catálogo es el de la suscripción preferente de nuevas participaciones (63), que se encuentra en el artículo 48.b) y 158 y ss. de la LSA y en el artículo 75 de la LSRL. La solución que se da es la de que cada socio puede asumir un número proporcional al valor nominal de las que posea. El derecho puede ser excluido por la junta general. En el caso de las SSGR, lo lógico es que se respete el dogma de que los accionistas conserven la misma proporción entre sus participaciones y la cifra de capital social, cuando se produzca un aumento de capital por emisión de nuevas participaciones. Sin embargo, el principio de "puerta abierta" puede interpretarse en el sentido de que es más favorable para la sociedad el hecho de que se aumenten el número de socios partícipes. La cuestión creo que debe ser objeto de decisión estatutaria. De hecho, el artículo 18.i) dispone que es en los estatutos donde se debe hacer constar cuáles son los criterios para la admisión de nuevos socios y para la creación de nuevas participaciones sociales. No creo

(62) En el mismo sentido, RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, p. 698.

(63) Para RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, p. 701. Este derecho que venía reconocido en el artículo 39 del Real Decreto anterior supone su eliminación, guardando silencio la exposición de motivos de la ley. Para dicho autor, tiene sentido esta eliminación, ya que la suscripción preferente "*impide la libre entrada y salida de socios, ya que de lo contrario podría verse comprometido el libre acceso de terceros no socios y, con ello, que la sociedad ampliase el círculo de personas a quienes puede prestar sus servicios*".

que sea siempre nocivo el hecho de que en una SGR bien gestionada, y que genere beneficios, se les deba prohibir a los socios el aumento de sus participaciones cuando se creen nuevas. Y tampoco que el derecho de preferencia implique toda imposibilidad de entrada de nuevos socios cuando no haya partícipes interesados. Además, creo que son válidas las cautelas que por analogía se pueden aplicar de conformidad con los apartados a), b) y c) del artículo 76 LSRL. En definitiva, este derecho que sólo es eso –“preferente”–, va a depender del carácter más o menos aperturista de cada SGR; lo que además debe cohonestarse con el principio de autonomía de la voluntad que se plasma en el artículo 19 LSGR.

Conviene detenerse en el derecho a participar en la distribución de beneficios. Este tipo de previsiones constituye un dato más sobre el carácter capitalista y no mutualista de la SGR. En la SRL el artículo 85 dispone que la distribución de dividendos, salvo que otra cosa digan los estatutos, se realizará en proporción a su participación en el capital social. No se establecen diferencias entre socios partícipes y socios protectores. El artículo 215.1 de la LSA establece lo mismo. En la SGR se reconoce este derecho en el artículo 21. Este es un derecho típico de las sociedades capitalistas y no mutualistas, puesto que aunque todas de alguna manera persigan el lucro, en el caso de las mutualistas, el fin será la concesión de ventajas sociales a los socios, mientras que en las capitalistas es un fin en sí mismo que se traducirá en el reparto de beneficios. No es ajena la SGR a este principio aunque esté fuertemente limitado, pero no como tramsunto de una supuesta naturaleza mutualística (64), sino más bien como correlato del dogma del mantenimiento de la solvencia de toda entidad financiera (65). Si pensamos en que

(64) En sentido contrario, RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, p. 701.

(65) Para poder repartir beneficios, el artículo 51 de la LSGR dispone que para que los socios –sin distinción– puedan percibirlos, el valor del activo real menos el pasivo exigible no debe ser nunca inferior al capital social. Las reservas expresas

siempre son las administraciones públicas las que van a poseer la condición de socios protectores, entonces no tiene sentido la aplicación del reparto de beneficios a las mismas, ya que por definición defienden intereses generales de la colectividad y no persiguen rentabilidad económica. Lo que no significa que persigan lo contrario, es decir, la ruina económica, o que el ahorro de dinero público no tenga que ser un valor en sí mismo. Nada empece a que cambie el enfoque en consonancia con las experiencias germanas, y que estos socios protectores puedan ser inversores privados o públicos, en cuyo caso, sí podría tener cabida la obtención de beneficios o el ahorro de subvenciones. Esta incentivación extraordinaria minoraría la cantidad a aportar, que agregados a los beneficios fiscales pueden resultar un incentivo para la adquisición de participaciones por los socios protectores.

164 Uno de los derechos novedosos y particulares de la LSGR es el de la concesión de un beneficio equivalente a los socios del interés legal más dos puntos, en la medida que lo permitan los excedentes existentes y las reservas de libre disposición, para ello debe respetarse el hecho de que la suma de la reserva legal y las reservas de libre disposición no alcancen un valor igual al doble de la cifra mínima de capital social.

4. Obligaciones de los socios.

La más importante es la de aportar el capital no desembolsado en la forma prevista en los estatutos o, en su defecto, por acuerdo de la junta general. No indica la Ley en qué momento debe hacerlo, salvo la obligación de que en

de libre disposición corren la misma suerte que los beneficios. Además, según el artículo 52, debe constituirse una reserva legal del 50 por 100 de los beneficios de cada ejercicio, hasta que alcance al triple de la cifra mínima del capital social. Realizadas estas operaciones, se podrán distribuir beneficios siempre en proporción al capital desembolsado.

el acto constituyente esté el capital social suscrito y desembolsado íntegramente. En caso de suscripción de nuevas participaciones sociales, los socios deberán desembolsar el efectivo según ley: al menos el 25 por 100 de las participaciones sociales que suscriban, si bien puede exigirse un desembolso superior de acuerdo con lo establecido en los estatutos.

Este porcentaje alcanza el 100 por 100 cuando se pretenda obtener una garantía por la SGR, cuando sea otorgada.

En materia de desembolso de dividendos pasivos, al ser supletoria la LSA en sus artículos 42 a 44, podrá el socio verse privado del derecho al voto en caso de incumplimiento, pero si es advertido fehacientemente la sanción será la exclusión del socio moroso. No se establece qué plazo sea el límite para saldar la deuda con la sociedad, ni qué grado de incumplimiento es necesario, pero parece que debe tratarse de una actuación contumaz por parte del socio que debe valorar el órgano de administración.

165

Respecto a los límites a los derechos de los socios, se establece un 5 por 100, como máximo, o incluso menos, si así se dispone en los estatutos. El derecho de voto de los socios partícipes está también cercenado, de forma que se impida el que la toma de decisiones se realice por unos pocos, lo que es congruente con la exigencia de un número mínimo de fundadores de 150 socios. En el caso de los socios protectores también se recorta a un máximo del 50 por 100 el número de votos en conjunto, aunque nunca se les puede privar al menos de un voto.

5. Clases de socios: las pequeñas y medianas empresas (PYMES) como sujetos activos y pasivos de la SGR.

Las sociedades de garantía recíproca no han sido pensadas para la utilización por parte de grandes compañías mercantiles. Se limita a una quinta parte sin distinción la posibilidad de participación de aquéllas. Éstas suelen buscar otros

sistemas de colaboración entre empresarios, como pueden ser las uniones temporales de empresas y agrupaciones de interés económico (66). La LSGR reserva a las pequeñas y medianas empresas la utilización de esta figura societaria (67). La definición coyuntural que da la Orden de 8 de mayo de 1995 de pequeña y mediana empresa es la siguiente: aquella que no tenga más de 250 trabajadores y cuyo volumen de negocios no sea superior a 20 millones de ecus o con un balance general de 10 millones de ecus. También se incorporan las empresas que no cumpliendo lo anterior no tengan una participación superior al 25 por 100, salvo las empresas públicas de inversión y de capital-riesgo. Estas PYMES han de ser fundadores. Las remisiones que se hacían en el Real Decreto 1885/78 de 26 de julio a la Ley de Sociedades Anónimas, ahora van a ser reguladas autónomamente, pero siguiendo aquel modelo.

166

No se computan las participaciones pertenecientes a socios protectores “institucionales” (68). La finalidad de defensa de los intereses generales permite esa mayor participación, no obstante, como ya se ha puesto de relieve, se corre el peligro de cierto intervencionismo en estas sociedades cuando están participadas hasta un cierto límite por socios: los “institucio-

(66) Las grandes sociedades mercantiles o corporaciones buscan otras figuras como las uniones temporales de empresas para la realización de sus fines, que se adaptan mejor a la coyuntura de una obra, suministro o servicio determinado. La Ley de 29 de abril de 1991 -Ley 12/91- (adapta el Reglamento CEE 2137/85) que a su vez deroga y modifica numerosos artículos de la Ley 18/82 de 26 de mayo sobre agrupaciones de empresas, dice en su artículo 3.º que el objeto de las agrupaciones de interés económico se limitará exclusivamente a una actividad auxiliar de la que desarrollen sus socios.

(67) El artículo 1.2 define a la pequeña y mediana empresa como aquella cuyo número de trabajadores no excede de 250. Para RONCERO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 684, debería haberse combinado el criterio adoptado con la cuantía del capital. Además dice que es muy difícil controlar el incumplimiento sin que se prevean sanciones.

(68) Cfr. artículo 6.2 Ley 1/94, esto es, que sean administraciones públicas, organismos autónomos y demás entidades de derecho público, dependientes de las mismas; sociedades mercantiles en cuyo capital participe mayoritariamente cualquiera de los anteriores o entidades que representen o asocien intereses económicos de carácter general o del ámbito sectorial a que se refieran los estatutos sociales.

nales o cualificados". BERCOVITZ (69) apunta hacia "la peligrosidad" que existe en cuanto a la independencia de la SGR, el que ciertos socios cualificados protectores asuman el control. El problema quizá no sea tanto el de si las comunidades autónomas no tienen ánimo de lucro y las empresas públicas sí, por lo que habrían de ser excluidas de la lista de socios protectores, sino más bien, que los intereses generales que las administraciones representan pueden no coincidir con una eficaz selección de proyectos de inversión que realizaría cualquier empresa privada. Las instituciones públicas deben velar también por el fomento de un área determinada o del empleo, lo cual puede chocar con los intereses de la SGR y sus avalados. En estos términos expuestos no veo objeción para que estén incluidos todos los socios enumerados ya que el riesgo es similar en unos casos como en otros.

6. Las fundaciones como socios protectores.

167

Otro tema interesante es la posibilidad de incluir dentro de los socios protectores institucionales a las fundaciones-empresa (70). Este tipo de fundaciones podrían, dada la amplitud de los fines a los que pueden dedicarse, como es el de fomento de la economía o incluso la cooperación al desarrollo (71), contribuir como protectores, aunque también como socios partícipes más raramente. Aunque la doctrina se halla dividida frente a esta forma de organización empresarial, debido a la ausencia de ánimo de lucro que parece hacerlas incompatibles con el tráfico jurídico mercantil, lo

(69) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, "La nueva Ley...", p. 30, señala que debieron haberse suprimido de la lista de socios protectores las sociedades mercantiles en cuyo capital participen mayoritariamente las administraciones públicas, porque persiguen fines análogos a las entidades de crédito sin finalidad de lucro.

(70) Sobre este tipo de fórmula empresarial puede verse VALERO AGÚNDEZ, U.: *La Fundación como forma de empresa*, Universidad de Valladolid, 1969. Asimismo, CABRA DE LUNA Y DE LORENZO, R.: "Las Fundaciones de empresa", *Revista Derecho de los negocios*, año 4, núm. 39, Madrid, diciembre 1993, pp. 18 y ss.

(71) *Vid.* artículo 2.º de la Ley 30/94, de 24 de noviembre, de Fundaciones.

cierto es que según la Ley 30/94 de 24 de noviembre, de Fundaciones e Incentivos fiscales, cabe que, sin ánimo de lucro, las fundaciones puedan dedicarse a las actividades mercantiles e industriales.

El artículo 22 señala *ad cautelam* el que no puedan tener participación alguna en sociedades mercantiles en las que deban responder personalmente de las deudas sociales. No es el caso de la SGR por tanto. El artículo 22.3 permite la participación mayoritaria en las no personalistas. Atendiendo a la limitación de la responsabilidad establecida en el artículo 11 de la Ley 1/94, entiendo que cabe la adquisición de participaciones. Además, su categorización como socio, debe, a pesar de ser una entidad de naturaleza privada, por perseguir fines de interés general, incluirse entre los socios protectores institucionales. No obstante, tal participación se realizará dentro de una SGR siempre que la finalidad de los estatutos no tenga relación con los fines fundacionales, en cuyo caso podría la fundación avalar directamente (72).

168

7. El reafianzamiento.

El reafianzamiento o reaseguramiento (73) debe servir para garantizar, mediante el apoyo institucional, el buen funcionamiento de las SGR. Este seguro, “de segunda instancia”, fue regulado primero por el Real Decreto 1885/78, seguido de otra serie de normas como el RD 2278/80, de 24 de octubre,

(72) CABRA DE LUNA, M. A., ve un peligro en esta posibilidad de otorgar avales que la ley no ha previsto y puede poner en riesgo la dotación. *Comentarios a la Ley de Fundaciones e Incentivos Fiscales*, Escuela Libre, editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 193.

(73) Sobre el sistema de reafianzamiento, en especial el segundo aval, puede verse la crítica que hace NICOLÁS MARTÍ, J., en “Las Garantías a las Sociedades de Garantía Recíproca (en torno al llamado “segundo aval” del Real Decreto 874/1981 de 10 de abril)”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 3, julio-septiembre 1981, pp. 575-580. En especial afirma que si la sociedad mixta creada para otorgar el segundo aval, exige las mismas garantías que las entidades de crédito, no se ve cuál pueda ser la función práctica de esa sociedad, ya que cualquier entidad en tan óptimas condiciones estaría dispuesta a prestar la garantía.

y posteriormente por el RD 874/81, de 10 de abril, que desarrolló lo que la doctrina calificaba de “impreciso segundo aval” (74) y por el Real Decreto 1695/82, de 18 de junio, (75). La Ley de Presupuestos de 1981 creó la sociedad mixta, Segundo Aval, SA, y ha tenido hasta la fecha un funcionamiento poco eficiente. El nuevo modelo de reafianzamiento se estructura a través de las sociedades de reafianzamiento, desarrolladas por el Real Decreto 1644/1997, de 31 de octubre. La forma exigida es la de una sociedad anónima, cuyo objeto social será el otorgamiento del reaval. El procedimiento de creación es el de fundación simultánea, pero siempre que estén participadas por la Administración Pública. Además, se les exige un capital social mínimo de 1.000 millones de pesetas y que el consejo de administración tenga al menos tres miembros. Estas sociedades van a ser consideradas como entidades financieras cuyo objeto social es el prestar el reaval de las operaciones de garantía realizadas por las SGR. Su creación debe ser autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España. Como requisitos de forma se exige la intervención notarial mediante la escritura pública y la inscripción constitutiva en el Registro Mercantil y en un registro especial del Banco de España para dar comienzo a su actividad. Todo el sistema de creación y funcionamiento está muy publicitado, con requisitos añadidos como el de solvencia a través de la exigencia de un fondo de provisiones técnicas constituido por dotaciones y subvenciones básicamente; incluso la modificación de estatutos sociales se somete a autorización pública.

(74) Vid. entre otros NICOLÁS MARTÍ, J., en *op. cit.*, “Las garantías...” y RONCERO SÁNCHEZ, A., *op. cit.*, p. 713.

(75) El RD 2345/96 deroga una serie de normas sobre el segundo aval del Estado (RD 3269/81, de 3 de agosto; RD 1635/93, de 17 de diciembre y otras normas de rango inferior).

Hoy sólo existe la “Compañía Española de Reafianzamiento” (CERSA) (76). Dicha sociedad, por su carácter mercantil y por la participación superior en más de un 90 por 100 del Estado, debe garantizar suficientemente la primera garantía, y por tanto se excluye inseguridad de las operaciones que realice de cara al cómputo del porcentaje de riesgos asumidos. En tanto en cuanto la participación pública sea mayoritaria, no existiría motivo para exceptuar a las sociedades de reafianzamiento del control similar al de las entidades públicas.

8. Las reservas de libre disposición.

170 Estas reservas tienen una finalidad de servir como último recurso de solvencia, pero pueden repartirse entre los socios. Aun así, no cabe incluir las aportaciones al fondo entre las reservas de libre disposición. De lo contrario, podrían las SGR realizar aportaciones en el capítulo de insolvencias por cantidades que excedieran de lo necesario. La razón tiene transcendencia fiscal en el régimen de sociedades, ya que las reservas libres son repartibles y el fondo no. Si se asimilaran podrían beneficiarse del régimen fiscal favorable y dicha plusvalía repartirse.

9. El fondo de provisiones técnicas.

La finalidad de este fondo permite también reforzar la solvencia. Este fondo debe formar parte de la composición de bienes que formen los recursos propios, salvo las provisiones de carácter específico para ciertos riesgos. Está compuesto por la dotación, siendo la propia sociedad quien aporta capital y no los socios; por las aportaciones no reembolsables de las administraciones públicas, entidades públicas

(76) La disposición adicional única del Real Decreto 1644/1997, de 31 de octubre, hace mención a la misma y su necesaria adaptación.

o de capital público; y por las de las empresas del sector. Según explica BERCOVITZ (77), se suprimió el fondo de garantía y se ha creado este “fondo”, que permite canalizar las subvenciones de las administraciones públicas de modo que no vayan imputadas al capital social y puedan ser recuperadas. Sin embargo, estimo, de acuerdo con la filosofía expresada en la ley, que el fondo de provisiones, al formar parte ya del patrimonio no puede ser recuperable por quien lo ha aportado (78). Además cumple una doble misión: la garantizadora y la incentivadora de aportaciones, ya que las aportaciones llevan aparejados beneficios fiscales, que se instrumentan en el artículo 68 de la ley.

En la condición de entidad financiera a la que me he referido con reiteración, el desarrollo reglamentario (79) exige una cuantía mínima del fondo. En el mismo hay que subdividir el riesgo del conjunto de operaciones y el riesgo de determinadas operaciones, que podemos denominar de dudoso cobro (80). El porcentaje sobre el riesgo se sitúa paralelamente al de las entidades de crédito pero puede sufrir una pequeña matización en las SGR, en cuanto al cálculo. La razón de exceptuar una parte del riesgo minorándolo, puede venir determinada por la existencia de cobros prácticamente seguros (renta fija: bonos del tesoro, obligaciones, letras...) y por las aportaciones de las entidades públicas, que hoy están vedadas a las entidades de crédito.

(77) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, “La nueva Ley...”, p. 29.

(78) Véase la exposición de motivos de la ley respecto al fondo de provisiones técnicas.

(79) El artículo 3.º del Real Decreto 2345/96 regula este fondo. Según el apartado 4.º, ninguno de los componentes del fondo tendrá la consideración de reservas de libre disposición, lo que refuerza el carácter garantista de este fondo, incluso se incluyen los excedentes que rebasen lo imperativamente ordenado.

(80) El texto reglamentario de la LSGR propone con acierto la exclusión de los riesgos derivados de valores emitidos por el Estado u otras administraciones públicas o la Unión Europea. También excluye, por ser de reembolso casi seguro –al menos en la mitad de su valor–, los riesgos garantizados con hipotecas inmobiliarias y los depósitos en entidades de crédito.

VIII. La naturaleza jurídica de la sociedad de garantía recíproca: la tipología

Por naturaleza jurídica en las sociedades entendemos primeramente el que una sociedad pertenezca al ámbito civil o mercantil, entonces la sociedad de garantía es claramente siempre una sociedad mercantil (81), según se desprende del artículo 4.º de la Ley 1/94. La sección 1.ª del capítulo IX del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), que versa sobre la inscripción de las SGR (82), así lo atestigua. Tiene a su vez una configuración orgánica de sociedad anónima, con la que guarda muchas más semejanzas de fondo, tales como la fijación del capital, la organización o la forma de constitución. El consejo de administración podrá estar formado por no socios, aunque se exige que un mínimo de dos lo sean. Su organización por tanto puede ser externa, lo que es típico de las sociedades anónimas y limitadas. Como derecho supletorio, el artículo 253 RRM establece que las reglas sobre inscripción de sociedades anónimas serán aplicables. Existen un buen número de remisiones a la LSA, pero hay otras normas propias que matizan el funcionamiento particular de las SGR respecto a aquélla.

172

(81) Ver OLEO BANET, F.: "Aproximación a la caracterización jurídica de la sociedad de garantía recíproca en la Ley de 11 de marzo de 1994", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 212, 1994, p. 438. Dice el citado autor que el fundamento de la cláusula de mercantilidad en nuestro caso es parcialmente diferente del correspondiente a sus homólogas de las citadas leyes, en cuanto que la SGR se trata de una *figura societaria de objeto básicamente único, constituido por la producción de fianzas mercantiles en régimen empresarial*. Dicha declaración pretende salvar las dificultades que se suscitan en la doctrina a la hora de atribuir a las entidades de naturaleza mutualista la calificación legal de comerciante. El artículo 124 excluye a las mutualistas del ámbito mercantil. Además, el ánimo de lucro es exigido como elemento definidor de la sociedad según el artículo 1.655 del C.c. y 116 del C. de Co.

(82) El Reglamento del Registro Mercantil fue aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio. La regulación de la inscripción se contiene específicamente en los artículos 249 a 253.

En la hoja de inscripción deberán anotarse los requisitos exigibles a cualquier sociedad mercantil en el artículo 94, siempre que sea compatible con la SGR, específicamente el importe anual del capital suscrito. Además, habrán de indicar la cifra de capital social al cierre del ejercicio.

De la sociedad cooperativa también tiene rasgos claros: el capital variable; el objeto social; las participaciones; el derecho de voto no representativo del capital. La Ley de 2 de abril de 1987 de Cooperativas configura un concepto de sociedad cooperativa, en su artículo 1.º, del siguiente tenor: “son sociedades que, con capital variable, estructura y gestión democráticas, asocian en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a personas que tienen intereses y necesidades socio-económicas comunes”.

De algún modo existen semejanzas con el objeto social de las cooperativas de crédito (83), que tienen como objeto social servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito (aunque como hemos dicho, el art. 3.º de la LSGR lo prohíbe). En tal sentido, podrían aparecer como *sociedades cooperativas de concesión de avales*, esto es, con un objeto social similar, pero excluido el de concesión de crédito. La SGR y la sociedad cooperativa común tienen puntos coincidentes. Coinciden en ser el número de socios ilimitado. En cuanto a la responsabilidad de los mismos por las deudas sociales, ésta alcanza el valor de sus aportaciones. En la asamblea general cada socio tendrá un voto, supuesto típico de las sociedades personalistas, aunque también aquí este principio democrático queda matizado, ya que si los estatutos lo prevén, el voto de los socios podrá ser proporcional a sus aportaciones en el capital social, a la actividad desarrollada o al número de socios de las cooperativas asociadas. Así pues, los estatutos pueden transformar el derecho del socio en un derecho social típico de la sociedad capitalista, aunque si bien siempre ha de ser con una proporcionalidad como ocurre con las participaciones sociales en la SGR.

La SGR no persigue la obtención de beneficios crematísticos en su acepción más extendida, cual es la de repartir

(83) Véase la Ley 26-5-1989, núm. 13/1989, de cooperativas de crédito.

las ganancias entre los socios, sin embargo, se permite, aunque con limitaciones y salvedades (84). Todas estas características la configuran como un tipo de sociedad mercantil nuevo, con similitudes con la anónima, a la que se remite en muchas ocasiones y con rasgos de las sociedades mutuas personalistas.

URÍA (85) define como rasgos de las sociedades mutualistas, el que el ejercicio y desarrollo de la empresa social haya de tener por finalidad satisfacer determinadas necesidades económicas comunes a todos los socios y no la obtención de ganancias; el estar sometidas a diferentes medidas de control público su funcionamiento, o el ser sociedades de capital variable en función de la entrada o salida de socios. Genéricamente, en las mutuas, los socios no responden de las deudas sociales, salvo que los estatutos digan lo contrario. Existe la posibilidad de que a los socios que causen baja se les devuelva el capital. El profesor BERCOVITZ indica una serie de características, de las cuales se podría deducir que estamos ante una sociedad mutua. Sin embargo, como en casi todos los aspectos, los rasgos son borrosos:

174

Para BERCOVITZ (86), la SGR, según dice el artículo 2.º sólo puede garantizar las operaciones de sus socios, lo que obliga a adquirir tal condición cuando se quiera obtener el beneficio de su actividad. Condición que, por otra parte, no cabe ostentarla por la transmisión de acciones –al no existir

(84) La Ley 1/94 especifica que una vez deducidos, como mínimo, un 50 por 100 de los beneficios que obtenga en cada ejercicio, deducido el Impuesto sobre Sociedades, como reserva legal, que alcance un valor igual al triple de la cifra mínima del capital social y de acuerdo con lo que dispongan los estatutos, se podrán distribuir beneficios a los socios en proporción al capital que hayan desembolsado. Añade además la ley que podrá atribuirse a los socios un beneficio equivalente, como máximo, al interés legal más dos puntos, en la medida que lo permitan los excedentes existentes y las reservas de libre disposición. No obstante, a fin de reforzar la solvencia de la sociedad, no podrán distribuirse beneficios entre los socios hasta que la suma de la reserva legal y las reservas de libre disposición no alcancen un valor igual al doble de la cifra mínima de capital social.

(85) URÍA, R.: *Derecho Mercantil*, 19.ª ed., 1992, pp. 465 y ss.

(86) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, "La nueva Ley...", p. 19.

éstas-. Esta aparente falta de agilidad en la adquisición de tal condición se equilibra con el llamado principio de “puerta abierta”, propio de las mutuas, que lleva anudado la modificabilidad del capital social. Sin embargo y a mi juicio, parece que el último párrafo del artículo 2.º de la LSGR abriría la posibilidad de participar en otras sociedades mercantiles (ya sean agrupaciones de interés económico u otras sociedades con o sin ánimo de lucro). No se dice si la participación puede ser o no mayoritaria, simplemente hay una exigencia de que la actividad beneficie a otras PYMES, de lo que se deriva que pueden contribuir directa o indirectamente al desarrollo de aquéllas. Incluso, no les estaría prohibido conceder crédito, a los no socios, cosa que está taxativamente vedada si lo fuesen los solicitantes (87).

La SGR no perseguiría la obtención del lucro repartible, como las cooperativas o mutuas. Sin embargo y con limitaciones, está previsto el reparto de dividendos en el artículo 53. Seguramente los legisladores pensaban que una ausencia total de este reconocimiento pudiera hacer que la sociedad languideciese o se estancase a causa de la ausencia de búsqueda del beneficio. Este principio es básico para la subsistencia de cualquier sociedad capitalista y además conlleva en este caso el abaratamiento del coste de la participación en definitiva. El hecho de que este no sea el principal fin, no empece el que también haya que mencionarlo (88) y que ello configure a la sociedad “aunque en algún porcentaje” como anónima capitalista.

Respecto a los derechos políticos tampoco son exactamente iguales, al establecer la ley distinciones, como hemos visto

(87) Cfr. artículo 3.º de la Ley 1/94.

(88) En las sociedades anónimas deportivas el fin social es deportivo, pero ello no significa mucho, en realidad su objeto social es claramente mutual, es la consecución de objetivos deportivos para la satisfacción de los accionistas, aparte de otros servicios que pueda prestar la sociedad a los socios, sin embargo y con limitaciones está recogido el reparto de beneficios, dada la estructura de sociedad capitalista de las SAD, que desde luego no es el fin próximo del accionista de la SAD. Cfr. artículo 27 de la Ley, de 15 de octubre de 1990, del Deporte.

al comentar los derechos de los socios. El carácter personalista o capitalista tiene su reflejo en función de la cuestión regulada. Una de las cuestiones más sobresalientes es la determinación de quién responde de las deudas sociales. BERCOVITZ (89) se inclina por el carácter personalista, ya que en caso de impago será la propia sociedad e indirectamente los socios quienes hayan de reembolsar lo debido. Sin embargo, también es admisible pensar, a mi entender, en el aspecto capitalista, ya que de la lectura del artículo 42, párrafo 2.º, se infiere que es el consejo de administración quien autoriza al pago de la cantidad debida a la entidad prestadora; pero como solución no se da la repetición contra el socio, sino la posible exclusión, es decir, no hay responsabilidad por las deudas sociales, aunque sí por las individuales. Lo que sí se prevé en el artículo 64 es la imposibilidad de que el socio excluido obtenga el reembolso de su participación social hasta el límite de la deuda, que en algunas ocasiones no alcanzará al monto total de la misma.

Las lagunas de interpretación deben colmarse por tanto a partir del Derecho de sociedades en general cuando no haya remisión explícita a la LSA (90). La integración de las insuficiencias de la LSGR debe salvarse no con criterios de supletoriedad de la Ley de Sociedades Anónimas, sino más bien, con criterios analógicos en relación con las normas sobre las compañías mercantiles del Código de Comercio, sobre todo en los aspectos colectivos, las leyes mercantiles del resto de tipos societarios, incluyendo las sociedades limitadas, dada la similitud del régimen de participaciones y en

(89) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, "La nueva Ley...", pp. 19-20.

(90) La razón para decantarnos por el derecho de sociedades y dentro de él, por la regulación de las sociedades anónimas más que por el de las sociedades colectivas, es en parte guiándome por la afirmación de GARRIGUES en su *Curso de Derecho Mercantil*, 1980, cuando dice que la sociedad mercantil cuando se convierte en corporación vive y muere con independencia de la vida y muerte de sus socios. En la sociedad colectiva, por el contrario, repercuten sobre la entidad social las vicisitudes de la vida de sus socios. Por ello, el tipo de SGR debe tener una vida más bien independiente que absolutamente ligada al devenir de la de sus socios.

algún caso, las normas sobre las compañías de seguros por el carácter mutual.

El aspecto, como hemos visto, más destacable de la SGR, es su carácter financiero. Pero este carácter financiero debe revestirse de una determinada forma jurídica. Esta veste tiene importancia para el desarrollo de su actividad, pero no nos debe confundir respecto a su verdadera naturaleza. De hecho, el rasgo más destacable de la banca no es su forma de sociedad anónima o el de las cajas de ahorro organizarse como fundaciones: sino su actividad, que es principalmente la de otorgar crédito y financiación. Un elemento que corrobora tal carácter es que a la sociedad anónima sólo se le exigen 10 millones de capital mínimo, a la sociedad de responsabilidad limitada 500.000 ptas., a la SGR 300 millones, y a los bancos 3.000 millones, lo que nos da idea de que al legislador le ha preocupado sobre todo su carácter financiero. Incluso ha querido distinguir su actividad de la que realizan las compañías de seguros al no permitirle concertar seguros de caución o bautizarse con el nombre galo de “sociedades de garantía mutua”. Por ello, lo que debe centrarnos a la hora de determinar su naturaleza y régimen jurídico aplicable es su actividad.

Como ya he avanzado, el régimen jurídico de la SGR se mueve según la doctrina entre la sociedad anónima y cooperativa. Para algunos es una sociedad anónima mutualizada o viceversa, para otros es un subtipo de sociedad anónima.

GÓMEZ CALERO (91) afirma que se trata de un tipo social autónomo, por contener elementos específicos de las so-

(91) GÓMEZ CALERO, Juan: *Comentarios a la Ley de Sociedades de Garantía Recíproca*, ed. Dikynson, 1995, pp. 31 y ss. Este autor señala que de naturaleza inequívocamente societaria, la SGR apareció en nuestro ordenamiento como “un híbrido de sociedad anónima y de sociedad cooperativa, especialmente adaptado al objeto de garantía mutua”, y concluye, después de hacer un repaso de las distintas posiciones doctrinales, diciendo que se trata de una sociedad de capital en la que se incluyen elementos propios de la cooperativa y también de la de responsabilidad limitada; todo lo cual permite afirmar que nos encontramos ante un tipo social autónomo.

ciudades capitalistas y de base mutua, cuyas participaciones no son incorporables a títulos. El profesor BERCOVITZ (92), que ha sido uno de los mayores impulsores y estudiosos de este tipo de sociedad, ha utilizado la expresión tipo social autónomo, del cual destacaría especialmente su carácter mutua, al otorgar las garantías en beneficio de sus socios. Con la nueva regulación, prefiere la denominación de tipo social autónomo e híbrido entre sociedad anónima y sociedad cooperativa. Afirma que, de la sociedad anónima tendría el carácter mercantil; el capital integrado por las aportaciones de los socios; y la falta de responsabilidad personal de los socios. De la sociedad cooperativa: el capital variable; las participaciones y la falta de proporcionalidad entre votos y acciones. En un sentido similar se pronuncia GALÁN CORONA (93).

178

Para SÁNCHEZ CALERO (94), son una subespecie de la sociedad anónima, en función de la diferencia entre acciones y el régimen de participaciones, y destaca su aspecto personalista; las SGR “*constituyen una modalidad muy especial de sociedad anónima*” en la línea de la sentencia de la Sala 3.^a de 26 de abril de 1980, que claramente delimita las diferencias entre sociedades de garantía recíproca y sociedades de

(92) BERCOVITZ, A., *op. cit.*, “La nueva Ley...”, p. 16. “Las Sociedades de Garantía Mutua”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 137, 1975, pp. 269-299. “El objeto social de las sociedades de garantía recíproca”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 157 y 158, 1980, pp. 473-485. “Antecedentes de la regulación legal sobre sociedades de garantía recíproca”, en *Estudios de Derecho Mercantil, en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Madrid, 1984. También pueden verse las diferentes opiniones en el libro conjunto BERCOVITZ, A.; CABALLERO SÁNCHEZ-IZQUIERDO, E.; GARCÍA-PALENCIA CEBRIÁN, R.; PASTOR GARCÍA, R.; TORNOS CUBILLO, X.: *Informe sobre las sociedades de Garantía Recíproca*, Madrid, 1983.

(93) GALÁN CORONA, E.: *Sociedades de Garantía Recíproca, Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, ed. Civitas, Madrid, 1990 (UCM y Colegios Oficiales de los Corredores de Comercio). Si bien este artículo está realizado con anterioridad a la ley, en lo atinente a la naturaleza jurídica de la SGR, parece que se alinea con la tesis de BERCOVITZ en cuanto a que se trata de un híbrido entre sociedad capitalista y mutualista.

(94) SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, 17.^a ed., 1994, tomo I, pp. 594-595.

seguros mutuos. VICENT CHULIÁ (95), por su parte, afirma que “la ley viene a dar rango legal a la regulación de esta figura híbrida societaria-mutualística”. Sobre este tipo de sociedad manifiesta que:

“Es una sociedad mercantil de capital, con elementos propios de la Sociedad Anónima, aunque se elude la remisión global a la Ley de Sociedades Anónimas con carácter general supletorio, sino que existen reiteradas remisiones o normativas concretas. Tiene además elementos propios de la sociedad de responsabilidad limitada. Y, por último, tiene aspectos propios de la cooperativa, por su base mutualística.”

Un reparo a la LSGR que hace este autor, es el ingente número y multiplicación de leyes que regulan las diversas formas de agrupaciones voluntarias de personas y formas jurídicas de empresas. No obstante, entiendo que esta multiplicación, aunque complica el panorama jurídico del Derecho de sociedades, también lo enriquece, estando plenamente justificado la creación de este nuevo tipo social —ya con letras mayúsculas, al menos por el rango legal que lo regula—, en contra de la fuerte tendencia en el Derecho de sociedades a reconducir toda forma de unión mercantil a la sociedad anónima, que ha sido la más estudiada y desarrollada. Otras figuras societarias basadas en la unión de sociedades, ya sean sus partícipes SRL o sociedades cooperativas, no se compatibilizan bien con el objeto social de prestación de garantía mutua. En tales casos estarían las uniones temporales de empresas (UTE), las agrupaciones de interés económico (AIE), que carecen de ánimo de lucro (96). Este es un ejemplo de

(95) VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, 7.ª ed., Valencia, 1994, pp. 310-311. Asimismo, la breve crónica de legislación. “La ley sobre Régimen Jurídico de las sociedades de garantía recíproca 1/1994, de 11 de marzo”, en *Revista General del Derecho*, n.º 596/1994, pp. 5811-5813.

(96) *Vid.*, respecto a la necesidad de que las sociedades mercantiles tengan ánimo de lucro, alguna parte de la doctrina entiende que ello no es necesario. En tal sentido, dice PALZ-ARES, C., en “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” que se puede prescindir drásticamente del requisito del fin lucrativo, renunciando a la verte-

la irrelevancia de la causa societaria para enmarcar una sociedad en un tipo determinado y caracterizarla simplemente por su estructura. En las AIE responden los socios personalmente por las deudas de aquélla, lo que a algún sector le había hecho dudar entre el carácter civil o mercantil de las mismas, aunque a mi juicio no debe tenerse ninguna duda de la mercantilidad por ese solo aspecto.

Respecto a la naturaleza público-privada de la SGR, el reglamentismo y dirigismo (97) se manifestaba con la anterior normativa según GARCÍA VILLAVERDE (98). Vaticina este profesor que el empleo de las SGR es un instrumento más de una política económica de marcado dirigismo. La SGR afirmaba “se encuentra entre el sector cooperativo, pero con forma de sociedad anónima” (99). Con el régimen jurídico de 1978 estimaba que la fórmula española de la SGR tenía el ascendiente francés de la sociedad anónima de capital variable, que combina el cooperativismo con preceptos de las sociedades anónimas. Uno de los interesantes problemas que plantea y que sigue subyaciendo es:

“El de si las metas que plantea la cooperación deben resolverse mediante el empleo de los tipos actuales societarios de capital fijo a los que se les añadiría la variabilidad del capital social, mediante tipos específicos para la cooperación, o, mediante la combinación de ambas soluciones.”

bración de la sociedad sobre bases causales, en Derecho Mercantil de la Comunidad Europea. Estudios en homenaje a J. Girón Tena, Madrid, 1991, pp. 731-733.

(97) Buena prueba de este temor al dirigismo público es el recurso planteado ante el TS por la Confederación de Empresarios de Andalucía contra el Decreto 117/1990, de 17 abril, de la Junta de Andalucía, que regula la participación de la Junta en las sociedades de garantía recíproca. Este auto, de 24-1-1995 (AR. 477) que resolvía la suspensión de la norma, razona que la presencia de la Junta de Andalucía en los órganos de gobierno de las sociedades de garantía recíproca puede originar disfunciones y resultados anómalos, pues los acuerdos o decisiones de esos órganos de gobierno pueden resultar inválidos, con las consecuencias perjudiciales para la regularidad de las relaciones de las sociedades con terceras personas.

(98) GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Las sociedades de Garantía Recíproca”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 155, 1980, p. 72.

(99) GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Sociedad de Garantía Recíproca”, *Enciclopedia Jurídica*, ed. Civitas, tomo IV, pp. 6302-6305.

En el reverso de la moneda estaría el problema de la aplicación a fines no cooperativos de la variabilidad del capital social. Sobre este interrogante, la LSGR emplea el principio de “puerta abierta” que obliga necesariamente a que el capital sea variable, ya que las participaciones pueden aumentar y disminuir. Estimo que cabe entender que los límites –una suerte de banda de fluctuación–, actúan de alguna forma como capital fijo, exigiendo la modificación de estatutos, tanto para el aumento como para la reducción. En resumen, es en parte la solución que da la LSGR, aunque objetivamente, no tiene por qué haber un determinado capital fijo o variable en función del objeto o fines sociales. En definitiva, para lo que ha de servir el capital en una SGR o en otro tipo societario es como garantía patrimonial –interna– en relación con los derechos de los socios –y externa– como seguridad ante terceros e inversores, pudiendo el variable o el fijo garantizar igualmente este principio, siempre que se respeten unos límites.

181

Para RONCERO SÁNCHEZ (100), *“la cuestión de la caracterización de la SGR en el marco del catálogo de tipos societarios es un problema que todavía no puede considerarse definitivamente resuelto”*.

Su valoración personal es que se trata de una sociedad de capital de base mutualística con predominio de los aspectos propios de las sociedades capitalistas, criticando al tiempo la caracterización que alguna doctrina define como sociedad anónima de base mutualística, por no incorporar los elementos definidores de la SA o de una sociedad mutualística anónima.

(100) RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: “La sociedad de garantía recíproca”, *Derecho del Mercado Financiero*, tomo I, vol. 1.º, ed. Civitas, 1994. En las pp. 666 y ss., la configura como un tipo societario de estructura corporativa o asociativa basado en el régimen de capital y el principio de mutualidad. De este modo, puede ser caracterizada como sociedad de capital de base mutualista. La SGR se encontraría entre las cooperativas y las mutuas de seguros.

Para el profesor URÍA (101) “estamos ante un tipo social híbrido y autónomo, instituido con la finalidad de servir de puro instrumento de financiación, de ahí que la Ley las califique específicamente como entidades financieras sometidas al registro, control e inspección del Banco de España”.

Otros autores ponen el acento en el aspecto de entidad financiera (102). Aunque existen algunos comentarios más sobre la naturaleza jurídica de estas sociedades, no añaden ninguna característica más sobre las notas aquí apuntadas, por lo que puede bastar lo expuesto hasta el momento. (103) A mi parecer, después de haber dejado constancia de las diferentes posturas, cabe deducir que la doctrina tiende a caracterizar los elementos de las SGR inclinándose hacia unos aspectos u otros, según se estime su mayor preponderancia. De lo que no cabe duda es que hemos de abandonar las tesis inclinadas a una naturaleza jurídica personalística que se apoyaba en la regulación reglamentaria de 26 de julio de 1978, porque aunque en la LSGR de 1994 quepan algunos aspectos de la misma, no parece que el legislador haya puesto el énfasis en los aspectos capitalistas, tales como la elevada cifra de capital, la regulación del reparto de dividendos, o la más importante configuración novedosísima como entidad financiera.

A mi juicio, con un primer trazo, cabría apuntar que se trata de una sociedad, con rasgos de la sociedad de responsabilidad anónima y limitada; de las sociedades mutuas en cuanto a derechos sociales y cuyo objeto social se aproxima al que prestan las entidades financieras.

(101) URÍA, Rodrigo: *Manual de Derecho Mercantil*, 23.ª ed., 1996, pp. 583-585.

(102) AAVV, ver capítulo escrito por SERRANO SOLDEVILLA, A. D.: “Sobre sociedades de garantía recíproca”, *Manual de Derecho Mercantil*. Coordinador: JIMÉNEZ SÁNCHEZ. G. J., Madrid, 1995, pp. 270-271.

(103) BROSETA PONT: *Manual de Derecho Mercantil*, 11.ª ed., Madrid, 1995, pp. 402-404. Pone el énfasis en la caracterización como tipo social híbrido, en el que el papel de lo público, en especial del segundo aval que concede el Estado, es un elemento de primer orden para el funcionamiento de la sociedad. FERRÉ MOLTÓ y otros: “La Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca”, *Cuadernos de Derecho y Comercio* 14/94, pp. 195-199.

El aspecto autónomo de este tipo social no debe ser des-
deñado, y aunque encontremos regulaciones que nos recuer-
dan a una u otra sociedad mercantil, no olvidemos que la
construcción del Derecho de sociedades se ha hecho partien-
do de la realidad jurídica existente en nuestro país, a la
que se ha sumado la normativa comunitaria. Por ello, creo
que hay que abandonar la idea del tipo híbrido para susti-
tuirla por la de tipo social nuevo, original, independiente y
capitalista, que evidentemente se ha configurado con ele-
mentos de otras sociedades mercantiles y mutuas, pero que
debe ir independizándose y construyendo su cuerpo doctrinal
propio. En este sentido, no olvidemos la advertencia que
hace la exposición de motivos de la Ley de Sociedades de
Responsabilidad Limitada (104), en el sentido de la omni-
presencia de la sociedad anónima:

“Pero la limitada no es una «pequeña anónima», del mismo
modo que tampoco es una colectiva, cuyos socios gocen del benefi-
cio de la limitación de la responsabilidad. Se trata pues, de encon-
trar el necesario equilibrio entre modelos alternativos”.

183

Del mismo modo, aunque con la supletoriedad expresa
de algunos preceptos de la sociedad anónima, me atrevo a
afirmar que no se trata de un subtipo o sociedad muy espe-
cial de la sociedad anónima, ni tampoco de una clase de las
mutuas y cooperativas. La SGR deberá acudir —y para eso
es importante determinar cuál sea la naturaleza jurídica o
caracterización de la SGR— a aquellos principios y normas
del Derecho de sociedades que mejor se cohonesten con la
verdadera finalidad de este tipo social. Para ello, habrá, ante
todo, que dar preponderancia a la autonomía de la voluntad
manifestada en los estatutos, siempre que no sea contraria
a la ley, a su objeto social declarado, al respeto a las nor-
mas aplicables a las entidades financieras, y a los principios

(104) Véase el apartado II, punto 1.º, de la Exposición de Motivos de la Ley
de 23 de marzo de 1995.

del tipo societario que guarden relación con la laguna en cuestión.

La base para sostener esta idea es la atipicidad (105) material para configurar el objeto social —que salvo algunos casos de sociedades anónimas especiales (laborales, deportivas...)—, puede tener cualquier fin lícito (106) que no sea contrario a la ley, a las buenas costumbres o a la moral. El artículo 3.º de la Ley de Sociedades Anónimas atribuye la posibilidad de configurar la sociedad con cualquier objeto.

Por ello, lo que realmente va a situar a una sociedad en un tipo determinado de las mercantiles, no será su objeto, sino los requisitos que se exigen para su constitución y funcionamiento, y es en este sentido donde se nos aparece como un nuevo tipo societario mercantil autónomo (107).

184 IX. El objeto social de la sociedad de garantía recíproca

Las sociedades de garantía recíproca han de tener como objeto social el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en Derecho, aunque se exceptúa el seguro de caución (108), siempre que éstas sean

(105) *Vid.* sobre el planteamiento de si cabe un tipo social determinado para cada objeto social, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad en Derecho de sociedades*, 1977.

(106) Cfr. artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/96, de 19 de julio. El objeto social debe constar en los estatutos y no podrán incluirse actos jurídicos necesarios para la realización de actividades indicadas en él.

(107) Aunque el peso de los estudios sobre sociedades anónimas hagan oscilar la balanza frente al resto de sociedades mercantiles, no hay razón para intentar mantener esta sociedad como subtipo o sucedánea de otras. Por ello, dado el rango de la norma que regula las SGR no hay por qué temer a decir que se trata de un nuevo tipo de sociedad capitalista, lógicamente con elementos de otros tipos societarios, como sucede en todas.

(108) El seguro de caución viene definido en el artículo 68 de la Ley de 8 de octubre de 1980, que regula el contrato de seguro, entendiéndose por tal *"aquel en el que el asegurador se obligue, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarci-*

otorgadas en favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares. En España, se ha evitado la expresión “caución” por tratarse de una actividad típica de las entidades aseguradoras (109). Doctrinal y legalmente se ha considerado seguro de caución aquel por el que el asegurador se obliga en caso de que el tomador del seguro incumpla las obligaciones derivadas del contrato o las impuestas por la ley a indemnizar al asegurado por los daños y perjuicios. Aunque puede en ocasiones asemejarse al aval, la ley ha preferido evitar que la actividad marcada por el objeto social de

miento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”. La LSGR quiere evitar que se confundan los objetos sociales de las mutuas de seguros con los de las SGR, ya que para la actividad aseguradora se exigen una serie de requisitos administrativos distintos, pudiendo adoptar múltiples formas jurídicas, que vienen relacionadas en el artículo 7.º de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, tales como la sociedad anónima, mutua cooperativa de prima fija y variable y mutualidades de previsión social.

(109) Sobre la naturaleza jurídica del seguro de caución, puede verse el reciente estudio de BARRES BENLLOCH, P.: *El Régimen Jurídico del Seguro de caución*, ed. Aranzadi, 1996. En él se plantean, entre otras, las cuestiones sobre si constituye un tipo de garantía personal o un auténtico contrato asegurador. Aunque se destaca la casi nula regulación española, se pueden extraer consecuencias de la regulación de otros países como Alemania, Italia, Portugal... La autora expone básicamente tres posturas, para llegar a una conclusión. Una que podemos denominar de reconocimiento del carácter típico de contrato mercantil de seguros; otra postura que lo asimilaría a la fianza y una tercera que destacaría la posición más rígida de algún sector de la doctrina civilista, asemejándola a la fianza y emparejándolo con la misma causa contractual que ésta. No obstante, la doctrina sigue discutiendo sobre la naturaleza jurídica del seguro de caución porque muchos autores ven que en la práctica tal contrato se puede reconducir al de fianza o figuras análogas. También se distingue en la obra la caución directa e indirecta o el seguro de crédito. Sin embargo, se destaca que en el seguro de caución hay una sustitución del asegurador en el caso de que no se haga frente a la deuda, pero con un matiz indemnizatorio, mientras que en el caso de la fianza, sólo se sustituye en el pago en el caso de que no se efectúe éste. Me parece no obstante que el seguro de caución debe reconducirse, como dice la ley del contrato de seguros, a un contrato de seguro de daños, cuya prestación sólo puede corresponder a las compañías de seguros, toda vez que su actividad está sujeta a inspección y control administrativo, de tal modo que por la posición subjetiva de uno de los contratantes es un contrato de seguro mercantil y no civil.

las SGR, se confunda con el objeto de las que operan en el mercado de seguros (110). En este sentido, la disposición adicional segunda de la Ley de 8 de noviembre de 1995, establece que el contrato de seguro de caución celebrado con entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de caución será admisible, como forma de garantía ante las Administraciones Públicas, en todos los supuestos que la legislación vigente exija o permita a las entidades de crédito o a los establecimientos financieros de crédito constituir garantías ante la Administración Pública. Quiere todo ello decir que las PYMES hipotéticamente pueden acudir a solicitar un préstamo, o presentarse a un concurso ante las Administraciones Públicas afianzadas con un seguro de caución, pero que tal seguro no podrá otorgarlo la SGR.

186

Potestativamente, las SGR podrán fijar en los estatutos otras prestaciones distintas a las aquí comentadas para los socios, como son los servicios de asistencia y asesoramiento financiero.

Pero no finaliza o se limita a la finalidad anterior la vida de la SGR, sino que también, en función de la marcha de la sociedad y, una vez cubiertas las reservas y provisiones legalmente obligatorias para ellas, podrán participar en sociedades o asociaciones cuyo objeto sea actividades dirigidas a pequeñas y medianas empresas. La LSGR quiere que el

(110) En el ámbito de la Comunidad Europea se ha distinguido claramente, los sectores que implican libre prestación de servicios de cara a la consecución de un mercado único financiero. Así, podemos distinguir las que implican libre prestación de servicios financieros del sector bancario o crediticio; del sector asegurador o de las entidades de inversión. Se han aprobado numerosas directivas en estos sectores dirigidas generalmente a la libre apertura de establecimientos, como la Directiva 93/22 de servicios de inversión; la Directiva 93/6 sobre adecuación de capitales de las empresas de inversión y las entidades de crédito y en el ámbito asegurador las directivas que trasponen la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de seguros privados, entre otras: las directivas 92/96, 92/49 y 95/26. Todo este panorama legislativo hace ver bien a las claras que no se deben incluir en el objeto social de las diferentes entidades que operan en el sector financiero actividades que correspondan a otro sector, dado que existen numerosas normas de control de la actividad según se trate de una u otra.

otorgamiento de garantías sea de tipo personal, eliminándose las garantías reales (111): prendas, hipotecas (112)... taxativamente; aunque de hecho, la doctrina en general no las había admitido (113). Las garantías otorgadas deben serlo directamente a los socios para "favorecer su actividad dentro del giro o tráfico de sus empresas". De aquello se desprende que las personas ajenas a la SGR no podrán ser beneficiarios de las garantías de cara a obtener un crédito bancario.

Las SGR pueden realizar cualquier actividad favorecedora de las PYMES, incluso aunque éstas no sean socios, y así manifestarlo en sus estatutos, pero con una salvedad: deben hacerlo a través de la participación de sociedades o asociaciones que lo soliciten y siempre que se hayan cubierto las provisiones y reservas legales obligatorias (114). Esta actividad dentro del objeto social es más bien residual, ya

(111) Sobre las diferencias de naturaleza jurídica entre estas formas de garantía, entre otros estudios puede verse el libro de CARRASCO PEREA, A.: *Los derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución*, 1995.

(112) La resolución de 17-1-1994 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, plantea una interesante cuestión en torno a las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones futuras: ¿puede un eventual avalado constituir hipoteca en favor del eventual avalista ante la posibilidad de que en un futuro no inmediato pudieran ambos llegar a concertar un aval? La doctrina emanada ve con mucho más recelo la constitución de hipoteca en garantía de deudas futuras que la constitución de fianza en garantía de deudas futuras. Así sucede cuando la sociedad de garantía recíproca exige con carácter suplementario al aval, una garantía real de hipoteca, previendo la posible concesión de otros avales. La DGRN interpreta con flexibilidad esta posibilidad que requiere las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias...: *"Sin embargo, no puede haber hipoteca mientras no exista la deuda a la que ha de servir de garantía"*. Por tanto, se exige que exista una relación jurídica básica que vincule ya el deudor y que, bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la concreta obligación aseguradora con la hipoteca (como puede ocurrir con la apertura de crédito o con cualquier precontrato), o bien, tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción dé lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada.

(113) BERCOVITZ, A.: *Revista de Derecho Mercantil*, 1980. Excepcionalmente admitía las hipotecas, aunque rara vez se daban en la práctica.

(114) Cfr. último párrafo del artículo 2.º de la Ley 1/94.

que lo lógico es que las actividades se dediquen a sus socios, como veremos más adelante.

La ampliación del objeto social a la prestación de servicios de asistencia y asesoramiento es una novedad de la ley y va dirigido directamente a las actividades económicas de las pequeñas y medianas empresas: dentro de esta actividad caben todas aquellas operaciones tendentes a elegir el mejor proyecto de inversión, la máxima rentabilidad, las inversiones publicitarias, el estudio coste-beneficio, los riesgos, aspectos jurídicos de la operación. En general las necesidades de financiación tanto del capital circulante, como para las inversiones de bienes muebles o inmuebles, de cara a la expansión empresarial de estas PYMES, tradicionalmente empresas cuasi-familiares, que requieren un asesoramiento financiero y tecnológico que de otra forma no podrían costear. De entre los servicios prestados destacarían, al margen de las típicas operaciones de crédito a corto y medio plazo, el “leasing”, el “factoring”, la adquisición de valores bursátiles o el asesoramiento contable y tributario. La exposición de motivos de la LSGR especifica los siguientes:

188

— Negociar con las entidades de crédito mejores condiciones de las que obtendría la PYME si acudiera individualmente a esas entidades.

— Poner en marcha servicios de información que den a conocer a la PYME instrumentos financieros mejor adaptados a sus necesidades.

— Proporcionar al empresario un asesoramiento eficaz en cuanto que analizan, evalúan y aconsejan sobre el proyecto de inversión que la pequeña empresa va a realizar.

X. La eventual coincidencia con el objeto social de otras sociedades, en especial las anónimas y las limitadas

1. Comparación con otros tipos sociales.

Una cuestión que se puede presentar, dada la amplitud del objeto social de las sociedades limitadas fijado en los estatutos (115), es la de si una sociedad de responsabilidad limitada (SRL) puede tener como objeto social el mismo que una SGR. De la lectura del artículo 10 de la Ley 2/95, se deduce que la SRL no puede otorgar préstamos y garantías o asistencia financiera a sus propios socios y administradores. Sin embargo, no quiere esta ley que tal prohibición sea absoluta. Si la junta general para cada caso concreto y por mayoría legal o estatutariamente establecida aprueba la solicitud, podrá la sociedad conceder préstamos y garantías a sus propios socios. Es decir, que puede confundirse parte del objeto social de la SGR con la SRL. Sin embargo, no es probable que para ciertas cantidades se recurra a la propia SRL. Además, una diferenciación importante a la hora de conceder el aval sería que en el caso de la SRL es la junta general de socios quien lo aprueba, mientras que en el caso de la SGR es competencia del consejo de administración (116). Otra posibilidad que está prohibida a la SGR y que sin embargo se permite, aunque no lo ve con buenos ojos la LSRL, es la posibilidad de conceder créditos o préstamos a sus socios. La diferencia entre una prohibición absoluta en la SGR (117) y una posibilidad relativa aunque matizada en la SRL, debe estar fundamentada en el conflicto de intereses que puede haber entre un socio y su propia sociedad en el caso de impago de los préstamos que eventualmente pudieran concederse y que podría incidir en el capital social y en la buena marcha de la sociedad. Pero ade-

(115) Véanse artículos 3 y 13.b) de la Ley 2/95, de 23 de marzo.

(116) Cfr. artículo 40.1.e) y f) de la Ley 1/94.

(117) Cfr. artículos 3 de la Ley 1/94 y 10 de la Ley 2/95.

más, en el caso de la SGR, la concesión de créditos a los socios, dada la estructura de entidad financiera, podría poner en riesgo la cuota de mercado que mantienen las entidades de crédito tradicionales con la entrada de las SGR, ya que éstas mantendrían fuertes vínculos de colaboración con las PYMES. La SRL no puede acordar ni garantizar la emisión de obligaciones propias o ajenas, esto es, de ninguna de las previstas en el artículo 284 de la LSA. Hay autores (118) que piensan que podrían realizar ofertas públicas de ventas de valores negociables (119). Esta limitación no se da en la SGR, y por tanto, deben poder emitirse valores negociables agrupados en emisiones según lo dispuesto en el artículo 2.º del Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo.

2. La Ley de Sociedades de Garantía Recíproca como norma imperativa para la actividad garantista.

190

Una cuestión interesante que se nos puede plantear es la de si pueden las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades anónimas o las sociedades cooperativas dedicarse en su objeto social, al mismo que señalen los estatutos de una SGR y que vienen impuestos por la LSGR. Sobre este particular, pueden sernos de mucha ayuda los planteamientos que desarrolla el profesor BERCOVITZ, quien ya había realizado varios estudios sobre estas figuras en nuestro Derecho, analizando las diferentes posibilidades que cabían en el Derecho entonces vigente, previamente a la promulgación de la ley (120).

(118) Vid. TAPIA HERMIDA, A. J.: "La financiación de la sociedad de responsabilidad limitada (con especial referencia a los arts. 9 y 10)", en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, tomo II, ed. Mc Graw Hill, 1995, pp. 107-121.

(119) Ver en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: "El artículo 8. Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPV) de valores", *Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992*, Madrid, 1995, pp. 771 y ss. AAVV. Director: SÁNCHEZ CALERO, F.

(120) Vid. BERCOVITZ: "La Sociedad de Garantía Recíproca como tipo social autónomo". AAVV, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera Tuells*, ed. La Ley, 1994, tomo I, pp. 228-237.

Con la nueva LSGR se puede plantear si las sociedades cooperativas, las sociedades anónimas y las limitadas, pueden tener como objeto social el otorgamiento de garantías a las PYMES, bien con carácter exclusivo, bien con carácter no preferente. En relación a las cooperativas podría existir tal posibilidad, pero no tendrían seguramente la credibilidad del que otorga la SGR. Además, según el artículo 49.2 de la Ley General de Cooperativas, de 2 de abril de 1987, podrían imponerse a los socios aportaciones obligatorias, cosa que no sucede en la SGR. Pero el dato más significativo sería que el actual reconocimiento como entidad financiera sometida al control y supervisión del Banco de España, no podría efectuarse, puesto que las comunidades autónomas tienen competencia exclusiva según sus estatutos y remiten a sus propios órganos el control sobre las mismas. Otra cosa sería que el proyecto reglamentario de sociedad cooperativa, al que ya se ha hecho mención, fuera incorporado al ordenamiento de cada Estado miembro, pero su suerte de momento está en entredicho.

191

En cuanto a la posibilidad de que las sociedades anónimas otorguen avales o garantías, en principio nada excluiría que aquellas pudieran hacerlo como actividad auxiliar dentro de su objeto social. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse. Siguiendo a SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (121) el objeto social forma parte del contrato de sociedad y deben serle aplicables las normas generales sobre los contratos: entre

(121) Vid. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C.: *El objeto social en la Sociedad Anónima*, ed. Civitas, 1990, pp. 85-99. Para este autor, el objeto forma parte del contrato de sociedad y en este sentido cita a GARRIGUES, GIRÓN TENA, URÍA, CHULLIA, pero también afirma que el objeto no se agota en una perspectiva contractualista ordinaria, sino que habría que ligar el objeto social con el fin, como fin medio para aludir al objeto social. A su vez, el fin de la sociedad está ligado a la causa de los contratos, en este sentido, consistiría en la obtención por parte de los socios de unas ventajas, en algunos ordenamientos, traducido a beneficios repartibles si nos atenemos al fin lucrativo. En este entendimiento, el objeto social es el objeto dinamizador entre las aportaciones y el fin último, siendo fin y objeto social difícilmente dissociables.

ellas las propias de la causa, esto es, que el objeto sea lícito, posible y determinado. En nuestro Derecho de sociedades anónimas, el artículo 3.º permite cualquier objeto social. El artículo 9.º obliga a determinar las actividades que lo componen. La cuestión radica en saber si la autonomía de la voluntad de los socios puede determinar cualquier objeto social que sea lícito, posible y determinado. A mi juicio, la autonomía de la voluntad debe estar limitada también por las normas imperativas que puedan resultar de aplicación por conexión (122). Las sociedades anónimas que se dediquen a la actividad crediticia (bancos o cajas de ahorros) o a la prestación de garantías pueden perfectamente desarrollar tal labor, ya que la cifra mínima de capital social es de 3.000 millones actualmente, lo que le daría una solvencia incluso superior a la de las SGR, los problemas vendrían determinados por otros motivos. En el resto de los casos es muy dudoso, al margen de la poca confianza que generarían si el capital social es muy bajo. En primer lugar, porque los socios que controlen la mayoría del capital impondrán sus decisiones en contra del resto. La independencia que gozan los actuales socios partícipes respecto de las entidades de crédito también es un argumento nada desdeñable, ya que el banco o caja de ahorros persigue fines en tensión con los de la otra parte, mientras que la SGR puede asesorar sobre cuál es el mejor sistema y oferta sobre financiación, buscando el mismo beneficio para sí que para su socios partícipes. Respecto al resto de sociedades anónimas no crediticias también será posible este objeto social, lo que ocurrirá es que sería necesario un proceso de averiguación del adecuado equi-

(122) En el sentido de que existen límites a la autonomía de la voluntad ya se han pronunciado CASTRO, F. de: "Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad en relación con el orden público económico", *ADC*, 1982, pp. 987-1017; GARCÍA AMIGO: *Las condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, Tecnos, 1993, pp. 40 y ss. Estos límites deben estar incardinados en las normas o principios generales imperativos que tienden a restablecer el equilibrio contractual.

libro del balance de la sociedad para que el aval o garantía tenga consistencia, lo que elevaría el coste del aval.

En el caso de las sociedades limitadas, la prohibición de otorgar garantías es casi absoluta (123). La razón de que nuestro Derecho no haya sido partidario de exigir el ánimo de lucro para las sociedades mercantiles, y que por esta razón se excluya la posibilidad de otorgar garantías por la SA no me parece convincente. Más bien la hipotética prohibición de que se constituya una sociedad distinta de la SGR con objeto predominante de otorgar garantías, estaría en la propia autonomía de la voluntad de los accionistas más que el hecho de que exista una ley que quiera que las sociedades de otorgamiento de garantías se adapten a ese modelo y no al de las sociedades anónimas. Militan en esta dirección todas las normas administrativas sobre solvencia y capital social mínimo y la condición otorgada de entidad financiera. Declina por tanto así la pretendida libertad absoluta que en principio tiene el empresario para elegir el tipo social según se adapte a sus necesidades –si es que alguna vez ha existido– ya que los legisladores, dependiendo del sector de actividad empresarial (banca, seguros, mutuas de previsión social, garantías...), van determinando la tipología social que se debe elegir en cada caso en función del objeto social y la actividad o fin de la empresa. Así pues, el objeto social tiene un contenido contractual que está limitado en este caso por una ley imperativa para el caso de las SGR. Aunque a la sociedad anónima le está permitido el dedicarse al otorgamiento de garantías como actividad principal no podrá decirse que la SGR es una sociedad anónima, entre otras razones porque el capital fijo de la anónima es incompatible con el variable de la SGR, segundo porque el papel de los socios minoritarios no es el mismo que en las SSAA, y tercero, porque el sistema de garantía de las anónimas puede extenderse a socios y a no socios y en la SGR sólo a

(123) Cfr. artículo 10 de la LSRL.

los socios. Por último, en la sociedad anónima los socios buscarían el reparto de beneficios y en la SGR el que la garantía fuese lo más económica posible.

En resumen, no parece que las normas de solvencia exigidas a las SGR puedan aplicarse por analogía como normas imperativas a otras sociedades que quieran conceder avales a PYMES, pero lo cierto es que su garantía va a tener o bien, un valor más elevado, o bien, no ofrecerá la confianza suficiente, así pues el aval de la SGR va a gozar en cierta medida de la “garantía del Estado”.

XI. Los órganos de administración de una sociedad de garantía recíproca: su similitud y diferencias con las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada

194

1. La junta general.

Nuevamente el objeto social de las SGR va a actuar como límite del poder de la junta general. Para SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (124) “la funcionalidad del objeto social como límite autónomo a la actuación de la Junta General no resulta clara cuando se está hablando de capacidad general”. Sin embargo, aunque la junta dicte actos extravagantes o *ultra vires* del objeto social sólo tendrían eficacia interna, ya que dicho órgano es irresponsable, siéndolo sólo los administradores. La junta de la SGR se va a regir en general por lo dispuesto en la LSA, aunque cabría también la aplicación de la SRL, ya que los socios tienen participaciones, no acciones. No obstante, tiene algunas especificidades sobre las juntas de la SA o SRL, como es la de fijar el límite máximo de deudas que puede garantizar la SGR durante el

(124) Vid. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., *op. cit.*, *El objeto...*, pp. 189-195.

ejercicio; los aumentos y reducciones de capital; la exclusión de los socios...

En cuanto a la toma de acuerdos y sus requisitos, es similar al régimen de la SA y SRL. Como diferencias reseñables, se exige el que en el caso de la disolución estén presentes los $2/3$ de los votos correspondientes a las participaciones. Un régimen protector de las minorías propio de las sociedades mutualistas es el manifestado al exigir una máxima representación de diez participaciones por partícipe, según el artículo 37.2 de la ley. En las SSAA no existe ese respeto a la minoría y además el número de accionistas podría hacer inviable físicamente la asistencia general. El artículo 49 de la LSRL permite que todos los partícipes asistan a la junta general, sin que pueda restringirse en función del número de participaciones. La representación exige poder específico en documento público si no se es un familiar.

195

2. El consejo de administración.

En línea con el carácter equidistante entre sociedad mutua, sociedad capitalista y entidad financiera: el consejo de administración y en particular sus administradores, van a tener poderes similares y responsabilidades iguales a los de las sociedades mercantiles capitalistas.

En las sociedades anónimas puede existir o un administrador o varios, o un número superior, en cuyo caso deberá existir un consejo de administración, según se desprende de la lectura conjunta de los artículos 123 y 136 de la LSA. En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada se admite en el artículo 57 el administrador único o, en su caso, los administradores solidarios y mancomunados, responsabilidad que también está prevista en la LSA. En la SGR, la LSGR, por su carácter de entidad financiera, va a exigir que los administradores reúnan los mismos requisitos que los de las entidades de crédito, según la legislación ya mencionada sobre entidades de crédito. Es decir, no cabe el

administrador único como excepción a las anteriores sociedades.

Las funciones del consejo de administración, que no puede la junta avocar para sí, son: la decisión sobre la incorporación de nuevos socios, la modificación del capital social dentro de las bandas que marca la ley, a las que se ha hecho repetida alusión, la exclusión de un socio por incumplimientos con la sociedad como es la de las deudas o dividendos pasivos que mantenga con la sociedad, la fijación del importe máximo que la sociedad puede otorgar en concepto de garantías a cada socio, su denegación en su caso, convocar a la junta general o autorizar la transmisión de las participaciones sociales, entre otras... El artículo 44 se remite expresamente al capítulo V, 3.^a y 4.^a de la LSA, ello no evita que quepan remisiones por vía de interpretación a la SRL, ya que su ley es posterior y lógicamente no podía estar prevista a la publicación de la LSGR.

196

XII. Conclusiones

Llegado a este punto, conviene hacer una reflexión final sobre los aspectos más relevantes que se han desgranado a lo largo de este estudio comparativo. El criterio estructural que se ha venido denominando “de forma” es a mi entender la regla que nos debe guiar a la hora de encuadrar una sociedad en un tipo social o en otro. El ánimo de lucro, que desde luego no prepondera sobre el carácter mutua en la SGR, creo que no es relevante a la hora de determinar si la sociedad es de tipo capitalista o personalista, cooperativa o mutua, anónima o limitada. El ánimo de lucro, como elemento causal del contrato de sociedad, aunque la SGR lo tenga, es muy residual. Pero una importante corriente doctrinal no lo considera trascendente, sea cual sea la causa –incluido el fin lucrativo–, como elemento determinante en el Derecho de

sociedades para su configuración legal (125). Tampoco se puede decir que la SGR sea hoy día una sociedad atípica, por razones obvias. Por ello, creo que la SGR es una sociedad de carácter financiero típica, nueva y autónoma de corte capitalista por la estructura o forma, aunque ello no quiere significar que haya de prescindirse del elemento causal mutuo para interpretar las dudas que surjan en la interpretación de los negocios jurídicos que éstas puedan realizar preponderantemente con los socios. Si estamos de acuerdo con el planteamiento de la cuestión, esto es, que la SGR no es ninguno de los tipos sociales que se han ido mencionando y que se encuentran también “tipificados” en nuestro Derecho, —aunque se aprecien rasgos de casi todos ellos, sin olvidar a las entidades financieras, a quienes se ha hecho referencia a lo largo del estudio—, entonces creo que el epílogo no puede ser otro que el siguiente: la integración de las lagunas o dudas sobre la capacidad de las SGR en el tráfico jurídico deben ser colmadas a partir de la propia Ley de Sociedades de Garantía Recíproca y remisiones expresas a la sociedad anónima, pero también en segundo lugar, a lo dispuesto en los estatutos, como es obvio, en los aspectos dispositivos, y en tercer lugar a las normas generales de las sociedades capitalistas anónimas que es la que cuenta con más regulación, y posteriormente, por algunos aspectos de las limitadas en relación a las participaciones, y por último, por la normativa de las sociedades mutuas y cooperativas. La calificación como mercantil de esta sociedad va a suponer que el tratamiento legal de la misma sea el mismo que el del empresario, en lo que se refiere a los deberes de organización contable o publicidad registral mercantil. Los actos y contratos que rea-

(125) PAZ-ARES: “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”, *Derecho Mercantil de la Comunidad Europea. Estudios en homenaje a Girón Tena*, Madrid, 1991, p. 729. El requisito del ánimo de lucro ha quedado degradado como elemento causal societario, desplazando el centro de gravedad del sistema societario acausal. Véase también OLEO BANET: “Aproximación a la caracterización jurídica de la sociedad de garantía recíproca”, *op. cit.*, p. 439. *Revista de Derecho Mercantil*, 1994.

lice la SGR han de reputarse actos de comercio de conformidad con el mismo Código: la mercantilidad además ha de predicarse de la actividad fiadora o garantista y de la de prestación de asesoramiento financiero. En tal sentido, la responsabilidad derivada de error, por mal asesoramiento, debe entenderse en el sentido de la responsabilidad civil del profesional: esto es, será responsable objetivamente si no dispone de los medios adecuados o se actúa con negligencia, pero no se puede objetivizar hasta el punto de exigir por las PYMES de la SGR la exigencia de resultados por el componente de aleatoriedad que hay en todas las operaciones financieras o comerciales.

Finalmente, considero que el respaldo patrimonial público de las SGR debe pasar a un apoyo basado en la iniciativa privada, mediante incentivos económicos o fiscales en el impuesto de sociedades o transmisiones patrimoniales principalmente, dando entrada dentro de los socios protectores a otros inversionistas.

¿ES LA UNIÓN LIBRE UNA SITUACIÓN ANÁLOGA AL MATRIMONIO? (*)

JULIO V. GAVIDIA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Cádiz

199

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. **II.** LAS UNIONES LIBRES Y LA FAMILIA COMO REALIDADES PREJURÍDICAS Y EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN JURÍDICA. LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, LIBERTAD DE ELECCIÓN ENTRE EL MATRIMONIO Y LA UNIÓN LIBRE, LIBRE RUPTURA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES. ¿GARANTIZAN LA LEY CATALANA DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA Y LA LEY ARAGONESA DE PAREJAS ESTABLES NO CASADAS ESA LIBERTAD? **III.** LAGUNAS LEGALES Y UNIONES LIBRES. ¿EXISTE IDENTIDAD DE RAZÓN ENTRE ÉSTAS Y EL MATRIMONIO? RESPETO A LA LIBERTAD DE ELECCIÓN ENTRE MATRIMONIO Y UNIÓN LIBRE. NO DISCRIMINACIÓN ENTRE CASADOS Y SOLTEROS. **IV.** ANÁLISIS DE SITUACIONES CONCRETAS: ¿EXISTE IDENTIDAD DE RAZÓN PARA

(*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación n.º PB98-0591 del Ministerio de Educación y Cultura.

APLICAR POR ANALOGÍA LAS SOLUCIONES MATRIMONIALES A OTRAS SITUACIONES FAMILIARES DE ENTRECruzAMIENTO DE INTERESES? PROTECCIÓN DEL MATRIMONIO, NORMAS EXCEPCIONALES, LIBRE RUPTURA DE LAS UNIONES NO MATRIMONIALES, ANALOGÍA Y NO DISCRIMINACIÓN.

I. Introducción: delimitación y planteamiento del problema

200

De este tema ya me he ocupado en otras ocasiones (1), pero no de forma global ni con pretensión de agotarlo. Además, considero pendiente el análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, con doctrinas no siempre coincidentes, y de la doctrina de los autores, con tomas de posición no carentes de contradicciones o de la suficiente proyección a cuestiones no contempladas o regulaciones no previstas, deficiencias éstas de las que tampoco yo he estado siempre exento, por lo que esta puede ser una buena ocasión para introducir matices o correcciones en algunas de mis primeras afirmaciones al respecto. En este sentido, tengo que decir que me parece ineludible repensar lo dicho hasta ahora, tras la aprobación de las leyes catalanas 10/98, de uniones estables de pareja (LUEP), y 19/98, de situaciones convivenciales de ayuda mutua, la ley posterior aragonesa 6/99, relativa a las parejas estables no casadas (LPENC),

(1) *La unión libre* (el marco constitucional y la situación del conviviente supérstite), Valencia, 1995, esp. pp. 25-32; "La unión libre en la jurisprudencia constitucional alemana de los últimos años", *Revista de Derecho Privado y Constitución* (RDPyC), n.º 6 (1995), pp. 206 y 207 -aprovecho esta ocasión para rectificar la identidad del órgano que dictó la sentencia de 4 de noviembre de 1994, comentada en las pp. 204 y 205, puesto que no es el Tribunal Constitucional federal (*Bundesverfassungsgericht*), sino el Tribunal Supremo Administrativo federal (*Bundesverwaltungsgerichtshof*)-; "La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre", *Revista de Derecho Privado y Constitución* (RDPyC), n.º 12 (1998), pp. 75-78; y "Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho civil", *La Ley*, n.º 4904 (1999), pp. 1 y ss.

de las que ya me he ocupado en alguna ocasión (2), así como de la muy reciente ley francesa 99-944, relativa al pacto civil de solidaridad, precedida ésta de la beligerante decisión n.º 99-419 del Consejo Constitucional.

Pues bien, en el presente estudio me propongo abordar con detalle la cuestión tan debatida de si son o no aplicables por analogía a las uniones libres, o a algunas de éstas, las normas sobre el matrimonio. Dos puntualizaciones me parecen pertinentes para delimitar el objeto de este trabajo.

La primera es que estoy pensando en la analogía *legis*, que es la única que puede plantear dudas, ya que es indiscutible que a las uniones libres, como a cualquier otra materia en la que no rija un principio estricto de legalidad, son aplicables los principios generales del Derecho (arg. arts. 1.4 y 7 C.c.), sin duda, también aquellos que se extraigan, exclusivamente o no, a partir de normas relativas al matrimonio. Así, conforme al artículo 4.1 C.c., esto supone, en primer lugar, plantear si existe o no laguna en materia de uniones libres, y, en segundo lugar, analizar detenidamente si existe identidad de razón entre lo regulado y lo que no lo está. Si hay laguna e identidad de razón, la consecuencia no sólo es la posibilidad del recurso a la analogía, sino la necesidad de recurrir a ella, conforme a lo que exige el principio de igualdad del artículo 14 CE (3), salvo que las normas sobre el matrimonio sean penales o de ámbito temporal —en este último caso, si ya no estamos dentro de ese ámbito—, como resulta de los artículos 25.1 CE y 4.2 C.c.; y esto con independencia de que se trate de normas excepcio-

(2) De esas dos leyes catalanas me he ocupado en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 122-142, así como, junto a la ley aragonesa, en “Uniones libres y competencia ...”, cit., pp. 2, 4 y 5.

(3) Son conscientes del principio de igualdad como fundamento de la analogía, en la doctrina de nuestro país, entre otros, ROCA I TRIAS, E.: “Comentario al art. 4 C.c.”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. I, 2.ª ed., Madrid, 1992, pp. 593 y 600; y no sólo como fundamento sino como límite de la analogía, VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Comentario a la STS 22.07.93”, *CCJC*, n.º 33, p. 989.

nales, puesto que considero inconstitucional por discriminatoria la exclusión de la analogía para este tipo de normas, tanto cuando esa exclusión resulta de una cláusula general, como la del artículo 4.2 C.c., como cuando resulte de la propia norma sobre cuya aplicabilidad por analogía se trate, como creo haber demostrado en otro lugar (4).

Y la segunda puntualización a realizar para delimitar el objeto de este estudio es que las normas relativas al matrimonio, cuya aplicabilidad por analogía puede plantear dudas, son las que contemplan la relación entre los cónyuges o entre éstos y terceros, que no sean sus hijos, ya que si se trata de normas que confieren derechos o imponen deberes, o estados de sujeción o responsabilidades en la relación paterno/materno-filial matrimonial, la prohibición constitucional de discriminar por razón de nacimiento (art. 14 CE) configura uno de los casos o ejemplos en los que la Constitución misma exige la aplicación por analogía de una norma a supuestos no contemplados en ella, a menos, claro está, que otra norma de rango legal, ésta posterior a la entrada en vigor de la Constitución, impida el recurso a la analogía, en cuyo caso, será esta segunda norma la discriminatoria y, por esto, inconstitucional, si así es declarada por el Tribunal Constitucional. Veamos algunos ejemplos. En los artículos 968 y 969 C.c. se describe el contenido básico de la reserva viudal, cuyos beneficiarios son exclusivamente los hijos y descendientes matrimoniales del progenitor casado, beneficiario de liberalidades recibidas de su consorte fallecido, o de tales hijos, o de parientes de dicho consorte en consideración a éste, si el beneficiario de tales liberalidades contrae ulterior matrimonio; pues bien, como ya señalé, considero que es inconstitucional no extender esta misma reserva a favor de los hijos y descendientes del conviviente, beneficiario de liberalidades recibidas de tales hijos, o del convivien-

(4) "La libertad de elección ...", cit., pp. 85-91.

te fallecido, o de parientes de éste en consideración al mismo, si tal beneficiario contrajere matrimonio después (5). Otro caso es el contenido en el artículo 96.1 C.c., al establecer que, “en defecto de acuerdo de los cónyuges, aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”, que debe ser aplicado también en los casos de separación de la pareja no casada con hijos comunes, como se reconoce sin problemas por la generalidad de nuestra doctrina (6). El recurso a la analogía para aplicar los artículos 96.1, 968 y 969 C.c. a los hijos no matrimoniales de parejas no casadas es una exigencia de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), que permite ahorrarnos así la declaración de inconstitucionalidad de tales normas, que nos llevaría seguramente al mismo resultado: la extensión a los hijos no ma-

(5) *La unión libre ...*, cit., pp. 89 y 90. Advierto que las consideraciones hechas entonces (p. 89) en torno a la no aplicabilidad por analogía *ex artículo* 4.2 C.c. de esta reserva a los casos de disolución del matrimonio, por causas diferentes a la muerte, si fueran consideradas excepcionales las normas que la regulan, ya no las mantengo, puesto que considero que tal restricción sería discriminatoria, por lo que tal analogía sólo estará condicionada a la existencia de identidad de razón entre el supuesto contemplado (disolución del matrimonio por fallecimiento) y los que no lo están (disolución por declaración de fallecimiento y por divorcio) tras la ley 30/81.

(6) LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Introducción al estudio del hogar y ajuar familiares”, en *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, coord. por P. J. Viladrich, Pamplona, 1986, p. 31; CANDIL CANO, M. L.: “La atribución del uso de la vivienda en la crisis de la pareja no casada”, en *Las uniones de hecho*, coord. por M. P. Sánchez González, Cádiz, 1995, p. 84; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I.: *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, 1995, pp. 290-294, con cita de autores y jurisprudencia; LLEBARÍA SAMPER, S.: “Consecuencias de una convivencia prometiendo en matrimonio: indemnización y analogías matrimoniales”, *La Ley*, 1997-5, p. 1630; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: “La unión paramatrimonial y la vivienda familiar”, *Revista General de Derecho (RGD)* n.º 584, p. 4296, donde habla de “aplicación extensiva”, mientras que en “Efectos de la extinción de la pareja de hecho”, en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho judicial, 1998, pp. 648-653, ya habla de analogía, que dice admitir, aunque no sin reticencias, puesto que, en su opinión, “lleva a situaciones de manifiesta expropiación e injusticia”. La norma del artículo 96.1 C.c. podrá gustar o no, pero entiendo yo que lo indudablemente injusto –e inconstitucional por discriminatorio– sería no aplicarla a las separaciones de parejas no casadas con hijos comunes.

trimoniales de los beneficios concedidos en tales normas a los matrimoniales (7).

Como siempre que de la analogía se trata, se nos plantea, básicamente, el problema de la creación judicial de Derecho, pero en el caso de las uniones libres se ha de tener en cuenta que estamos ante situaciones no desconocidas por el legislador contemporáneo ni anterior, respecto de las cuales, sin embargo, se ha producido un cambio innegable

(7) Sin embargo, la Corte Constitucional italiana (S. 13.05.98) rechazó por infundada una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 155.4 C.c.it., que atribuye preferentemente el derecho a usar la vivienda familiar al cónyuge al que sean confiados los hijos, aunque no sea éste el titular de la misma, por cuanto al no establecerse lo mismo cuando se trata de la separación de parejas no casadas con hijos comunes, se estaría discriminando a los hijos no matrimoniales (arg. arts. 3 y 30 de la Const. it.). El órgano que planteó dicha cuestión consideraba que esa norma no era susceptible de aplicación analógica ni de interpretación extensiva, puesto que el poder del juez de atribuir el goce de la vivienda familiar a un sujeto que no tiene derecho alguno sobre ella, excluyendo al titular, es excepcional. La Corte estaba de acuerdo con la improcedencia del recurso a la analogía, pero no por su carácter excepcional, sino porque no hay identidad de razón entre la relación conyugal y la de mera convivencia, así como por respeto a la voluntad de las partes, de preferir una relación de hecho, sin querer asumir los derechos y deberes inherentes a la relación conyugal. Y consideró que no hacía falta recurrir a la analogía ni declarar inconstitucional la norma impugnada, para poder aplicar la misma consecuencia a los hijos no matrimoniales cuyos padres se separasen, mediante una interpretación sistemática de las normas en materia de filiación (arts. 261, 147 y 148 C.c.it.), de forma que la asignación de la vivienda familiar en los supuestos de cese de la convivencia *more uxorio*, siempre que existan hijos comunes menores o mayores económicamente no autosuficientes, debe regularse mediante la aplicación del principio de responsabilidad de los padres (*responsabilità genitoriale*), que exige que se dé satisfacción tempestiva y eficaz a las exigencias de mantenimiento del hijo, prescindiendo de su *status*.

Para mí, ni el carácter excepcional de una norma ni la falta de identidad de razón entre matrimonio y unión libre impedían recurrir a la analogía. Tratándose de una norma que da una solución basada exclusivamente en el interés de los hijos, es secundario el tipo de relación que exista entre los padres, para apreciar identidad de razón, que se ha de establecer partiendo del deber de los padres de mantener y educar a los hijos, también a los nacidos fuera del matrimonio (art. 30.1 de la Const. it.). Que esa solución sea excepcional no es inconveniente para la analogía, por exigirlo así el principio de igualdad y no discriminación (art. 3.1 Const. it.), y me remito a lo que al respecto he sostenido para nuestro Derecho en "La libertad de elección ...", cit., pp. 85-91. Ciertamente, en el Derecho italiano la igualdad de los hijos está formulada en términos bastante matizados (arts. 3.1, donde no se mencionan explícitamente las diferencias por razón de nacimiento, y 30.3 Const. it.), pero, aun así, me parece que esa analogía estaría exigida por la norma del artículo 30.1 Const. it.

en su valoración, que es tanto como decir en su sanción, por la moral y el Derecho. ¿En qué medida esa evolución permite a los jueces y tribunales resolver las cuestiones que la convivencia en unión libre –actual o, más frecuentemente, ya acabada– plantea, y que no están reguladas por la ley, aplicando por analogía las soluciones previstas para las uniones matrimoniales? Si está claro que puede haber lagunas sobrevenidas, dado que la evolución de la moral y el Derecho ya no permiten considerar rechazadas las uniones no matrimoniales, no lo es menos que otras veces no las habrá –cuando la ley que regula el matrimonio fue aprobada en la nueva situación, por no mencionar la pasividad del legislador, no modificando las normas anteriores–, y que, aunque las haya, está por ver que exista identidad de razón entre los supuestos contemplados y los que no lo están, debiendo quedar bien claro que las dudas acerca de si existe o no tal identidad, si subsisten, han de conducir a negar el recurso a la analogía. No se pierda de vista que nuestra Constitución ha dejado en manos del legislador (positivo) –y democrático, políticamente responsable ante el electorado, como no lo son los jueces ni los operadores jurídicos– la consideración o no como familia de lo que no sea el matrimonio o la relación paterno/materno-filial (arg. arts. 14, 32, 39 y 53 CE), por lo tanto, de la unión libre, así como la determinación de su grado de protección (arg. arts. 39.1 y 53.3 CE) (8). Por lo tanto, sólo si está claro que hay lagu-

(8) “En España, aunque ya existe alguna tímida regulación normativa al respecto, como es el caso de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, en los últimos años están siendo los Tribunales de Justicia, y, en especial, el Tribunal Constitucional, quienes vienen aplicando soluciones coyunturales o de emergencia (*sic*) a los casos concretos que se les plantean; soluciones que no acaban de satisfacer por entero a nadie. Porque no parece que haya de ser la Justicia la que deba sustituir en este aspecto al legislador, que es a quien constitucionalmente le viene atribuida la facultad normativa y a quien compete resolver, mediante el oportuno tratamiento legislativo, las cuestiones que estos tipos de convivencia provocan” (exposición de motivos de la ley aragonesa 6/99, de parejas estables no casadas). No creo que las soluciones, especialmente las del TC, sean de emergencia ni coyunturales.

na e identidad de razón puede un órgano jurisdiccional aplicar a las uniones libres normas sobre el matrimonio, aunque de esto se derive una restricción de derechos individuales o un aumento del gasto público. Y lo mismo vale para el legislador negativo, por indirectamente legitimado democráticamente que esté, cuando se plantea declarar inconstitucional por discriminatoria una norma que no extienda a las uniones libres consecuencias jurídicas previstas para los matrimonios.

II. Las uniones libres y la familia como realidades prejurídicas y el matrimonio como institución jurídica. Libre desarrollo de la personalidad, libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, libre ruptura de las uniones no matrimoniales. ¿Garantizan la ley catalana de uniones estables de pareja y la ley aragonesa de parejas estables no casadas esa libertad?

206

Advierto, ya de entrada, que no me siento demasiado cómodo al tener que hablar de lo prejurídico; tampoco cuando de temas familiares se trata. Sin embargo, como no es extraño encontrarse con la afirmación de que el matrimonio y, en general, la familia son realidades prejurídicas—decir que son instituciones naturales me parece una expresión contradictoria en sí misma, por lo que no le prestaré atención—, me parece conveniente dejar claras mis ideas al respecto.

Supongo que lo prejurídico es lo que existe sin necesidad de que el Derecho lo regule; si, a partir de un determinado momento, lo regula, no podemos descartar que esa realidad quede sustancialmente alterada, de forma que las cosas no queden igual antes y después de esa intervención del Derecho. Más concretamente, si esa intervención consistiera en permitir a los interesados institucionalizar una situación, dotándola de ciertas características, que no se darán cuando

ellos no opten por esta vía, no podemos descartar que, si bien las situaciones de partida son iguales o sustancialmente iguales, las diferencias que resulten de la decisión de optar o no por la institucionalización pueden dar lugar a realidades no sólo diferentes, sino ya desde entonces sustancialmente diferentes, a pesar de que, lógicamente, subsistan innegables semejanzas.

Me parece una obviedad decir que las personas establecen relaciones de intercambio, de cooperación o de solidaridad, para atender sus necesidades o intereses de todo tipo, materiales y espirituales. Tales relaciones no necesitan inexcusablemente del Derecho para su existencia, aunque es indudable que su juridificación no carece de consecuencias, incentivándolas o desmotivándolas, cuando no imponiéndolas o prohibiéndolas, confiriendo seguridad a algunas, negando cualquier apoyo a otras, etc. Las personas pueden organizar su vida de forma que no compartan su hogar con otras, con independencia de que mantengan o no relaciones de cuidado y protección recíprocos, o, si encuentran a otra u otras que estén de acuerdo en ello, pueden compartir un mismo hogar con una relación más o menos intensa de ayuda mutua. Esta ayuda puede limitarse a compartir gastos y tareas domésticas, o ir más allá, hasta crear una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, es decir, una comunidad de vida, lo cual exigirá su estabilidad y su exclusividad –incompatibilidad con otras comunidades del mismo tipo–. Pues bien, sin la intervención del Derecho, tales comunidades de vida sólo podrían ser uniones libres, ya que dejan de existir por decisión de cualquiera de los convivientes, con independencia de los motivos en los que se base esta decisión.

Siendo, pues, las uniones libres realidades prejurídicas, en las que, por supuesto, el Derecho puede incidir de tantas formas, pero cuya esencia consiste en la comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, estable y exclusiva, pudiendo cualquiera de sus integrantes disolverla en cualquier

momento, sin necesidad de acreditar que concurre una justa causa (9), tiene sentido no dejar para más tarde plantearse

(9) Esta definición del concepto de unión libre la tomo de la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 17.11.92, enormemente acertada en lo relativo a los elementos objetivos (*Verantwortungs- und Einstehengemeinschaft*) de su definición de comunidad de vida similar a la matrimonial (*eheähnliche Lebensgemeinschaft*), no así en la exclusión de las integradas por ciertas personas, especialmente, por el hecho de que sean del mismo sexo. Para un análisis más detallado de esta sentencia, me remito a lo que expuse en "La unión libre ...", cit., pp. 201-203.

Al formular esa definición de comunidad de vida similar a la matrimonial recoge el Tribunal Constitucional federal doctrinas anteriores, que, en general, coincidían en la concurrencia de los siguientes caracteres: ausencia de forma y publicidad, dos personas de sexo diferente, compartir una vivienda y una economía, estrecha vinculación personal, sin exigir relaciones sexuales, sentimiento moral de protección recíproca, por tiempo indefinido y extinción sin necesidad de observar forma alguna (así, STINTZING, H.: *Nichteheliche Lebensgemeinschaft und rechtliche Regelung -ein Widerspruch?*, Berlín, 1992, pp. 62 y 63). La principal novedad de la definición dada por el legislador negativo alemán consiste en que ya no basta con compartir un hogar y una economía (*Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft*), sino que se ha de tratar, además, de una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos (*Einstehengemeinschaft*), con lo cual ya no basta con compartir un presupuesto (*gemeinsame Haushaltsführung*), ni compartir los gastos diarios (*wirtschaften aus einem Topf*), como se admitía antes (*vid.*, por todos, KINGREEN, T.: *Die verfassungsrechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Spannungsfeld zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechten*, Berlín, 1995, pp. 61-65). En contra de esa restricción del concepto, puede verse LUCKEY, A.: "Ehe, eheähnliche Gemeinschaft und Arbeitslosenhilfe", *Familie und Recht* (FuR)1993, p. 25. Hay, incluso en la doctrina alemana, algunos autores que se atreven a considerar que las uniones de personas del mismo sexo no están excluidas del concepto de comunidad de vida similar a la matrimonial; así, KUNIGK, F.: *Die Lebensgemeinschaft*, Stuttgart, 1978, p. 15, que también consideraba que las integradas por parientes podían merecer esa consideración, si formaban una comunidad de destino y cuidados (*Schicksals- und Versorgungsgemeinschaft*) (p. 38), y SCHUMACHER, K.: "Zum gesetzlichen Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ) 1994, p. 860.

Nuestro TS ha definido la unión libre como convivencia *more uxorio*, entendiendo por tal la que se desarrolla "en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar" (S. 18.05.92, ponente, el Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil). En el caso de autos se trataba de una pareja de personas de sexo diferente, pero no me parece forzado entender que esta definición comprende también las integradas por personas del mismo sexo. Por mi parte, tampoco veo inconveniente alguno en incluir a las uniones integradas por más de dos personas, si reúnen esos mismos requisitos. Creo, sin embargo, que en esta definición se mezcla lo que son elementos que integran el supuesto de hecho con otros que sirven para su prueba.

El legislador catalán ha partido también de la idea de comunidad de vida, que va más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas, a la hora

cuáles sean, si los hay, sus requisitos subjetivos, es decir, los relativos al número, sexo, parentesco y capacidad de sus

de configurar el supuesto de hecho regulado por la ley 10/98 de uniones estables de pareja (LUEP), pues ha exigido que exista "convivencia marital" (arts. 1.1 y 19), mientras que en la ley 19/98 de situaciones convivenciales de ayuda mutua se ha conformado con la convivencia y compartir gastos comunes y/o trabajo doméstico (art. 1). En el primer caso se contemplan unas uniones familiares no matrimoniales, aunque dicha ley no forme parte del Código de familia catalán (CF, ley 9/98), mientras que en el segundo se contemplan situaciones de convivencia no necesariamente familiar, aunque entiendo haber demostrado que no se debe excluir su aplicación a uniones familiares no matrimoniales, salvo que se trate de parejas con hijos comunes ("La libertad de elección ...", cit., pp. 136-142).

La ley aragonesa 6/99 de parejas estables no casadas (LPENC) también parece partir de la idea de comunidad de vida, aunque emplee la expresión "relación de afectividad análoga a la conyugal" (art. 1), que después resulta consistir en la "convivencia marital" (art. 3.1). Me parece, pues, indudable que se ha de tratar de una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, exclusiva, que va más allá de compartir gastos y tareas domésticas.

La reciente ley francesa 99-944, relativa al pacto civil de solidaridad (PACS), ha definido el concubinato como una unión de hecho, caracterizada por una vida común que presenta los caracteres de estabilidad y de continuidad, entre dos personas, con independencia de su sexo, que viven en pareja (art. 515-8 del *Code civil*). Y prevé la celebración de pactos de solidaridad para organizar la vida en común, en los que se acordará tanto el contenido como la forma de prestarse ayuda mutua y material (art. 515-4.1 del *Code civil*), con efectos específicos para este caso, que entiendo que serán adicionales a los que se prevean para el concubinato, cuando concurren ambos supuestos. El Consejo Constitucional, en su decisión 99-419, relativa a esta ley, ha dicho sobre la noción de vida en común que no cubre solamente una comunidad de intereses y no se limita a la exigencia de una simple cohabitación entre dos personas; tal vida común supone, además de la residencia común, una vida de pareja, que justifica que se haya prevenido el incesto y la violación del deber de fidelidad matrimonial. Ha de observarse que la ley francesa sólo habla de vida en pareja en relación al concubinato, no en relación al pacto civil de solidaridad, y que, al parecer (así, J.-J. LEMOULAND, "Présentation de la loi n.º 99-944, 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité", *Le Dalloz*, 1999, n.º 43, p. 484), no era la intención del legislador exigir tal vida de pareja al regular dicho pacto. ¿Esto nos llevaría a tener que advertir que, por decisión del Consejo Constitucional, que no del legislador, sólo los concubinatos actuales —acaso, también los futuros— podrían celebrar tal pacto, cuando estén dispuestos a asumir ciertos compromisos, pactados? Mi pregunta, en caso afirmativo, sería la siguiente: no siendo posible indagar en la intimidad de los convivientes, ¿cuántas veces o con qué fragor se han de besar o acariciar en público, o decir que son pareja sexual, para que puedan pactar válidamente su solidaridad? No veo razón alguna de peso, por la que no sea suficiente con la existencia de una comunidad de vida, con cuidados y responsabilidades recíprocos —los pactados, como mínimo—, que vaya más allá de compartir una vivienda y unos gastos y tareas domésticos. Es más, me parece posible que con su decisión el Consejo Constitucional haya querido, precisamente, excluir de ese pacto a los convivientes que sólo quieren organizar su vida en común, sin asumir más compromisos que los

integrantes (10). Yo no albergo la menor duda acerca de la posibilidad de que más de dos personas integren una comu-

derivados del hecho de compartir una vivienda, esto es, lo relativo a gastos y tareas del hogar. La razón por la que se ha realizado tal precisión restrictiva bien puede ser evitar que baste con convivir y pactar el reparto de tareas y gastos para alcanzar el importante grado de protección social (prestaciones sociales, beneficios fiscales, etc.), previsto para los que suscriban tales pactos. No se trata, pues, de exigir que se trate de parejas sexuales, sino de que los compromisos a asumir vayan más allá de ese reparto de tareas y gastos. Así entendida, como yo propongo, tal restricción, no hay nada que objetar, sino todo lo contrario.

Con carácter común a estas tres leyes, me parece claro que de lo que se trata es de que sean aplicables sólo a aquellas parejas en las que se pueda reconocer esa comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos que, por su entidad, permita considerarlas creadoras de relaciones familiares, con independencia de la identidad, orientación o actividad sexual de sus integrantes. El mero hecho de compartir una vivienda y asumir compromisos en el reparto de tareas y gastos no genera relaciones que puedan ser tenidas por familiares, para el Derecho, reitero una vez más.

(10) KUNIGK, *op. cit.*, pp. 15 y 38, ya sostenía, frente a la que es la doctrina inmensamente mayoritaria aun hoy en Alemania, que tanto dos personas del mismo sexo, como hermanos podían integrar comunidades de vida similares a la matrimonial (*eheähnliche Lebensgemeinschaft*).

210

ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el derecho español*, 2.^a ed., Madrid, 1991, p. 73, exige mayoría de edad a los convivientes, más cinco años de convivencia, con lo cual sitúa el mínimo de edad para apreciar la existencia de una unión de este tipo en los 23 años. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: *Parejas no casadas y pensión de viudedad*, Madrid, 1992, p. 112, sólo exige la mayoría de edad.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, exige capacidad para contraer matrimonio, pero parece entender que bastaría con estar emancipado (p. 55); no excluye las uniones adulterinas (pp. 56 y 57); sí excluye las incestuosas (p. 58); el conyugicidio no le parece impedimento para formar una unión libre (p. 59); y pueden integrarlas personas incapacitadas, si tienen capacidad natural de entender y querer, y la resolución judicial no ha dispuesto lo contrario (p. 59).

BERMEJO PUMAR, M. M.: "Uniones de participación integral de vida", *RGD*, n.º 559, considera que también pueden serlo las uniones homosexuales y las poligámicas, pero que "no son, según la mentalidad social imperante, las más conformes con esa predisposición en los convivientes a una ayuda integral" (p. 2495); y entiende que hace falta tener la edad suficiente para poder contraer matrimonio sin dispensa (p. 2506).

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: "La unión paramatrimonial ...", *cit.*, pp. 4244 y 4245, excluye las uniones homosexuales, como también a las incestuosas y las de menores de 14 años.

LLEBARÍA SAMPER, S.: *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, pp. 95-97, exige para integrar una unión no matrimonial la misma edad y capacidad que la requerida para contraer matrimonio, rechazando que se pueda exigir una mayor capacidad para casarse por el hecho de que sean mayores los compromisos así asumidos, ya que "la intensidad del compromiso, su contenido cualitativo, no se mide por las formas o cauces ... en que una relación puede quedar disuelta, sino por el contenido y significado que la relación es capaz de proyectar mientras dure sobre la

nidad estable y exclusiva de cuidados y responsabilidades, que vayan más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas; y esto no es contradictorio con el requisito de exclusividad (11), ya que éste sólo impide que alguno de sus integrantes pueda integrar otra unión de este mismo tipo, pero no que varias personas formen una única unión no matrimonial. Tras lo anterior está claro que para mí es indiferente el sexo y la orientación sexual de los integrantes de la unión, a los efectos de constatar la existencia de una comunidad de cuidados y responsabilidades de este tipo. También me parece que el hecho de que los convivientes sean parientes, en cualquier grado, no debe excluir la existencia de una comunidad de vida con estas características; en primer lugar, porque el parentesco no genera consecuencias jurídicas sin la intervención del Derecho, por lo que si éste no se ocupase de la relación de parentesco, no por esto dejaría de existir una unión no matrimonial entre los parientes que conformen una comuni-

211

esfera personal y patrimonial de los convivientes" (p. 96). Esta suerte de trivialización o vanificación, si no de los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, sí de su carácter exclusivamente jurídico, que no comparto en modo alguno, explica la posición del autor.

Por mi parte, como explico en el texto, sigo manteniendo que lo importante es la existencia de una comunidad de vida, de cuidados y responsabilidades recíprocos, estable (duradera) y exclusiva, con independencia del número, sexo, orientación sexual, parentesco, o capacidad de los que la integran (*La unión libre ...*, cit., pp. 19-26, 32 y 33). Y sigo sin ver razón alguna para hacer de los requisitos del matrimonio los que, en mayor o menor medida, han de delimitar el fenómeno de la unión libre; éste es prejurídico, mientras que el matrimonio es una creación exclusiva del Derecho: no tiene sentido pretender delimitar desde una institución estrictamente jurídica un fenómeno prejurídico. Otra cosa es acudir al modelo matrimonial para seleccionar las uniones libres que serán contempladas y reguladas, sin que esto pueda significar que sólo las seleccionadas sean uniones libres. Pongo por ejemplo una ley que se limitase a reconocer derechos a uniones integradas por quienes no pueden casarse entre sí, como una suerte de compensación por esta imposibilidad; ¿alguien se atrevería a decir que estas relaciones de convivencia no son uniones libres, y que sí lo son las no contempladas en esa hipotética norma?

Alguna referencia adicional de interés en este tema puede verse en la nota 21.

(11) En contra de la exigencia del requisito de exclusividad sólo he encontrado la opinión de GÓMEZ, Y.: *Familia y matrimonio en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1990, pp. 280 y 281.

dad de vida como la unión libre, que podría surtir efectos jurídicos, con independencia de los eventualmente reconocidos a la relación de parentesco; y si el Derecho decide reconocer efectos jurídicos al parentesco, éstos no impiden que exista tal comunidad de vida, ni tienen por qué absorber necesariamente los efectos que puedan reconocerse a las uniones libres, sobre todo si los efectos del parentesco no se vinculan al hecho de la convivencia, sino al hecho de la mera existencia de vínculos de sangre o de adopción. Además, me parece casi obvio advertir que para que exista esa comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos no hace falta que sus integrantes tengan plena capacidad de obrar, ni siquiera una determinada edad, sino que basta con que estén en condiciones de cuidar unos de otros; es más, acaso no sea necesario que tengan la capacidad de entender ni de querer lo que significa una unión de este tipo, sino que basta con que existan y se presten tales cuidados. Finalmente, tampoco la existencia de vínculo matrimonial en alguno o en todos los convivientes impide que éstos formen una comunidad exclusiva de cuidados y responsabilidades recíprocos; y es que, como he señalado antes, esa exclusividad existe con tal de que no se pertenezca simultáneamente a más de una unión de este tipo, y el hecho de estar casado no impide, si hay separación judicial o de hecho, integrar una única comunidad de vida con otra u otras personas, diferentes al cónyuge; es más, considero que pueden dos personas casadas entre sí y no separadas integrar una unión libre con otra persona, si entre todos ellos existe una única comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, sólo formalizada matrimonialmente entre dos de sus integrantes.

Como puede verse, no aprecio muchos límites subjetivos a las uniones no matrimoniales —¿pero es que aprecio alguno? Y es que considero que lo relevante es la concurrencia o no de su substrato objetivo (la comunidad de cuidados y responsabilidades, que vayan más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas) y de sus caracte-

rísticas esenciales (reciprocidad, estabilidad y exclusividad). Si concurren tales elementos habrá una unión libre. Cosa distinta es que la unión no matrimonial merezca o no la consideración de familia. Es más, esta consideración puede ser individual o social, pero ajena al Derecho, o puede ser también jurídica. Es decir, que exista una unión libre no implica que todos ni la mayoría tengan por qué considerarla como una forma de familia, como tampoco tiene que ser necesariamente generadora de relaciones jurídico-familiares, esto es, ser supuesto de hecho de consecuencias jurídicas, familiares o no; esto último es una decisión a tomar por la sociedad jurídicamente organizada. Ahora bien, del hecho de que no se la considere generadora de efectos jurídicos, familiares o no, no puede derivarse como consecuencia que no exista tal unión en la realidad social. Y si sólo algunas de tales uniones son las contempladas por el Derecho, o si sólo a algunas de ellas se atribuyen efectos jurídico-familiares, esto no significa que las demás no existan, sino que no reciben ese tratamiento jurídico o no reciben tratamiento jurídico alguno. Otra cosa es que, con arreglo a la Constitución vigente en cada Estado en cada momento, tenga o no el legislador libertad para proteger como familia a la unión libre, o para proteger sólo a algunas de ellas. Conforme a la nuestra, me parece bastante claro, como explico después, que el legislador no está obligado a proteger como familia a la unión libre (arg. arts. 39.1 y 53.3 CE), sino tan sólo a no penalizarla, como expresión que es de la autonomía de la voluntad (libre desarrollo de la personalidad, art. 10.1 CE), y a remover dentro de ella los obstáculos para que la libertad y la igualdad de sus integrantes sean reales y efectivas (arg. art. 9.2 CE), sin discriminaciones entre unas y otras uniones libres (art. 14 CE). Por lo tanto, cuando una ley relativa a uniones libres establece los requisitos subjetivos que han de cumplir sus integrantes no está impidiendo que las que no los reúnan sean consideradas uniones no matrimoniales, sino que tan sólo está delimitando su ámbito

de aplicación, a algunas uniones; en lo cual no hay inconveniente alguno, si no hay discriminación, es decir, si ese trato diferente está justificado, en función del test o escrutinio más o menos estricto, que se considere aplicable, en función de cuáles sean los criterios empleados para delimitar dicho ámbito —si son alguno de los sospechosos, mencionados en el artículo 14 CE, el escrutinio deberá ser estricto, como sucede en el caso del sexo. Es más, podría suceder que el contenido del estatuto legal de uniones libres fuese tan fuerte —cuasi matrimonial—, que no sólo estuviese justificada su no aplicación a ciertas uniones de este tipo (12), sino que fuese, incluso, una exigencia constitucional que no se aplicase a algunas de ellas (13).

(12) Es lo que sucede con la no aplicación de las leyes catalana 10/98 (arts. 1.1 y 20.1) y aragonesa 6/99 (art. 4) sobre parejas de hecho a las integradas por menores de edad, aunque estén emancipados, a los casados, aunque estén separados, o a las uniones de más de dos personas. En todos estos casos hay razones suficientes para que no les sean aplicables: en el caso de los menores, aunque estén emancipados, porque aunque podrían contraer matrimonio, en éste gozarían de un estatuto (completo) más protector, sin estar expuestos a la libre ruptura, mientras que el estatuto cuasi matrimonial establecido en esas leyes es, por un lado, de una entidad tal que puede resultar gravoso, en tanto que, por otro lado, no resulta tan protector como el del matrimonio; en el caso de los casados separados, tiene sentido que no les sea aplicable un estatuto cuasi matrimonial, por cuanto así no se incentivan las crisis matrimoniales; en el caso de las uniones de más de dos personas, también tiene sentido que no les sea aplicable un estatuto que podría hacer recaer en uno de los convivientes obligaciones o cargas excesivas a favor de los demás. Sobre esto, en relación a la citada ley catalana, ya me pronuncié en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 123 y 124. En cambio, REINA, V., y MARTINELL, J. M.: *Curso de Derecho matrimonial*, Madrid, 1995, p. 71, afirman que a las uniones de casados no divorciados no se les debe privar de los efectos jurídicos previstos en Derecho para las uniones libres, por entender que así lo exige el libre desarrollo de la personalidad, que prevalece sobre el deber de fidelidad.

La ley francesa sobre el pacto civil de solidaridad ha excluido a los menores, a los mayores sometidos a tutela, a los casados aunque estén separados, a los que ya estén vinculados por otro pacto de este tipo (arts. 515-1 y 515-2.2.º y 3.º del *Code civil*). Por cierto, el artículo 20.1.c LUEP también contiene esta exclusión cuando se trata de parejas homosexuales, puesto que en este caso se requiere su formalización en escritura pública para que les sea aplicable tal ley.

(13) Es el caso de la exclusión de las uniones entre padres e hijos, biológicos o por adopción, o entre hermanos (arts. 1.1 y 20.1.d y e LUEP, y 4.b y c LPENC). Por las mismas razones que sería inconstitucional la admisión del matrimonio entre ellos, lo sería también que les fuese aplicable un estatuto cuasi matrimonial de uniones

Que tales uniones creen vínculos familiares carecerá, sin la intervención del Derecho, de consecuencias jurídicas, sin que pueda negarse, empero, que ese sentimiento familiar sea real y esté socialmente aceptado como tal. Es más, podemos entender que no sólo hay familia natural en la relación biológica de parentesco, sino también cuando un grupo de personas se asocian, constituyendo una comunidad de vida con cuidados y responsabilidades recíprocos, estable y exclusiva, que vaya más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas. Con esto quiero señalar que la unión libre y la familia no son necesariamente creaciones del Derecho, puesto que tales comunidades de vida pueden existir al margen del mismo (14).

libres: esto sería contrario al mandato constitucional de protección a la familia (art. 39.1 CE), por cuanto podría provocar una competencia, también sexual, entre los integrantes de la familia nuclear, que puede destruirla. Vid. FAHRENHORST, I.: *Familienrecht und europäische Menschenrechtskonvention*, 1994, p. 215, para quien la prohibición de la endogamia se justifica por la estabilidad e integridad de la familia, al excluir la competencia sexual entre ellos, forzándoles a buscar cónyuge fuera de ella. Consideración ésta que me parece extensible a las uniones no matrimoniales dotadas de un estatuto legal cuasi matrimonial, como el catalán y, en menor medida, el aragonés.

En Francia se ha prohibido el pacto de solidaridad entre cualesquiera parientes en línea recta, incluyendo a los afines, así como a los colaterales hasta el tercer grado, inclusive (art. 515-2.1.º del *Code civil*). Me parece excesiva la inclusión de afines y de colaterales de tercer grado en esa prohibición. La razón de esto, según el Consejo Constitucional, es la prevención del incesto, y no tanto o no sólo la protección de la familia nuclear.

(14) Sin embargo, se ha sostenido que la familia no es una institución natural, sino cultural, variable históricamente (DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 21 y 25), en lo cual estoy de acuerdo; pero no en que “el Derecho está ineludiblemente presente en el momento constitutivo de las relaciones jurídico-familiares”, así como “en el momento de la disolución o de la extinción” (p. 33), a menos que lo que se esté afirmando es que, una vez reguladas o contempladas por el Derecho tales relaciones familiares, éstas pasan a ser relaciones jurídicas, lo cual sería una obviedad. Creo, como he dicho en el texto, que son concebibles relaciones familiares que no sean jurídicas.

No es raro encontrarse con la afirmación de que la unión libre es una realidad prejurídica, porque nace y se mantiene al margen del Derecho —en lo que estoy de acuerdo, ya que esto es lo que sucede si el ordenamiento no se ocupa de ella—, pero que integra el llamado “no-derecho” (Carbonnier), de forma que “una regulación de la misma que llevara a fijar los requisitos de constitución atentaría contra su propia naturaleza, de tal manera que dejaría de ser una entidad fáctica para pasar a ser un

Si aceptamos que el matrimonio es y debe ser algo distinto de la unión libre –lo cual no siempre se acepta (15)–, con independencia de que, por lo menos a ciertos efectos, generen o no situaciones análogas, me parece indiscutible que aquél es y sólo puede ser creación del Derecho, es decir, de la sociedad jurídicamente organizada (16). El

instituto jurídico. Al Derecho sólo le cabe tomar esa realidad tal cual se presenta y reconocerle efectos jurídicos” (VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R.: “La institucionalización jurídica de la pareja. Registro de parejas de hecho”, en *Las uniones de hecho*, cit., Cádiz, 1995, p. 52). Por mi parte, no veo inconveniente alguno en que el ordenamiento no sólo reconozca efectos jurídicos a las uniones libres, sino que además seleccione las uniones a las que los reconoce, para lo cual no sólo puede exigir determinados requisitos para demostrar su existencia, sino también seleccionarlas en función de sus integrantes, siempre que esto no genere un trato discriminatorio, si tales diferencias están justificadas.

En Italia se suele distinguir entre familia de hecho, que sería lo más parecido al concepto amplio de unión libre, frente a los más restringidos de convivencia *more uxorio* –uniones semejantes en su composición a la familia de Derecho (matrimonio)– y familia natural –parejas no casadas con hijos comunes (por ejemplo, BILE, F.: “La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte di cassazione”, *Riv. dir. civ.* 1996, p. 642).

216

(15) No faltan autores que sostienen que el matrimonio no es o no tiene por qué ser algo distinto de la unión libre: REINA, V., y MARTINELL, J. M.: *Las uniones de hecho*, Madrid, 1996, pp. 44-46; PAWLOWSKI, H. M.: “Abschied von der ‘bürgerlichen Ehe?’”, *Juristen Zeitung (JZ)* 1998, pp. 1037-1039.

(16) No faltan autores que consideran el matrimonio como una institución o sociedad natural, anterior al Derecho, que se limita a reconocerla y regularla. Así, entre otros, SANCHO REBULLIDA, F. de A.: *Elementos de Derecho civil*, IV, Barcelona, 1984, p. 129; ENTRENA KLETT, C. M.: *Matrimonio, separación y divorcio*, 3.ª ed., Pamplona, 1990, p. 27; o HERA, A. de la: “La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE)* 1992, pp. 26 y 36, que considera que el *ius connubii* radica en la naturaleza humana, como derecho fundamental de la persona, y por esto es previo al ordenamiento. En mi opinión, tanto el matrimonio como el derecho a contraerlo son creaciones del ordenamiento, sin el cual sólo habría uniones libres.

Algunos sostienen que el análisis histórico del matrimonio en relación a las uniones libres muestra que el primero no es la forma naturalmente dada de la convivencia entre un hombre y una mujer, sino que fue la impuesta con criterios de control político, por medio de prohibiciones estatales y eclesásticas, como la única forma socialmente reconocida (STINTZING, *op. cit.*, p. 81).

Para la tradición del *common law*, resultan esclarecedoras las siguientes observaciones de STRASSBERG, M. I.: “Distinctions of Form or Substance: Monogamy, Polygamy and Same-Sex Marriage”, *North Carolina Law Review*, n.º 75 (junio 1997), pp. 1501 y ss.: “marriage is a fundamental right primarily as a political instrument of emancipation, rather than as a religious instrument of salvation” (p. 1563); lo cual supone una concepción social y no presocial del matrimonio, como algo íntimamente

sentido de la intervención de esta sociedad ha sido el de limitar la libertad individual —si se quiere, natural—, en una doble dirección: por un lado, imponiendo un estatuto de derechos y deberes, que constituyen el contenido de la relación jurídica matrimonial; y por otro, excluyendo la libre ruptura, es decir, ordenando la subsistencia de esa relación, siquiera sea de forma atenuada, mientras no concurra una de las causas tipificadas de disolución, la adveración de cuya concurrencia requiere un proceso, y no pudiendo ser una de tales causas la simple decisión unilateral de uno de los cónyuges, a menos que concurra una justa causa. La intervención del Derecho, así pues, se manifiesta en la imposición de un estatuto de derechos y deberes y en la exclusión de la libre ruptura.

No he incluido en esa intervención el establecimiento de ciertas solemnidades para constituir la relación matrimonial, ya que conocemos ordenamientos históricos y actuales que admiten los matrimonios tácitos, que existen por el hecho de la convivencia prolongada durante un cierto tiempo, tras el cual, pasa a serles aplicable el estatuto de derechos y deberes del matrimonio, y su sometimiento a los procedimientos y causas tasadas de disolución. Además, también puede requerirse la observancia de ciertas formalidades para que los convivientes en unión libre accedan a eventuales estatutos legales, sin que por esto sólo pasen a estar casados. Por lo tanto, la observancia de ciertas formalidades no es requisito esencial del matrimonio (17), ni es exclusiva de

217

relacionado con la sociedad en la que existe (p. 1564). Nos habla de que en la tradición jurídica americana del XIX se tenía una visión emancipadora del matrimonio, importante para la emancipación personal necesaria para desarrollar y existir como individuo, integrando el derecho a buscar la felicidad (pp. 1565 y 1566). Consecuencia del reconocimiento del matrimonio como un derecho fundamental, la unión matrimonial sería meramente emocional o sexual, sin la intervención del Estado, que hace posible una vinculación ética, que lo es simultáneamente tanto entre dos personas, como entre éstas y su comunidad, y entre ellas y el Estado (p. 1576).

(17) Por ejemplo, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Madrid, 1996, p. 187. Pienso, sobre todo, en los llamados *common law marriages*, todavía admitidos en territorios no tan lejanos para nosotros como Escocia.

las uniones matrimoniales. Pero esto es en el plano conceptual. Otra cosa es que, conforme a nuestra Constitución, no sea posible admitir matrimonios tácitos –los putativos es evidente que no lo son, desde el momento en que se exige una cierta apariencia suficiente de validez, lo cual presupone la prestación de un consentimiento expreso que, por lo menos, aparentemente, fue matrimonial–, ya que de sus artículos 10.1 y 32 se desprende que todos tienen derecho a no casarse (18), a no estar casados, a menos que hayan pres-

No serían matrimonios aformales si fuera posible su libre ruptura por decisión unilateral, sin necesidad de acreditar una justa causa.

En cambio, no es infrecuente encontrarse con la idea de que la observancia de unas formas es requisito esencial del matrimonio, lo cual no es cierto. Así, se ha dicho que la diferencia entre matrimonio y unión libre no se encuentra en su composición interna, sino en su formación externa: el matrimonio supone la formalización de la relación, mientras que en la unión libre falta ese marco formal; así, por ejemplo, STINTZING, *op. cit.*, p. 81, o REINA y MARTINELL, *Curso ...*, cit., p. 37, que afirman que “en rigor para la esencia del vínculo –o sea, para su calificación jurídica– no es necesaria tanto una celebración más o menos solemne del matrimonio, cuanto la existencia de un acto público, cognoscible por terceros, formado con la participación de los dos contrayentes, del cual resulte la formación del vínculo mismo”. En mi opinión, ni el matrimonio exige esencialmente su formalización, ni las uniones libres dejan de serlo por el hecho de que estén formalizadas.

218

Es el caso de las parejas homosexuales que deseen acogerse al estatuto (cuasi matrimonial) previsto en Cataluña, pues han de formalizar su acuerdo en escritura pública (arts. 19 y 21 LUEP); y el de las parejas que deseen acogerse al estatuto específico previsto en Francia para los que otorguen un pacto civil de solidaridad, que deberán plasmarlo por escrito y presentarlo ante el tribunal correspondiente –el de instancia de su lugar de nacimiento o, si éste tuvo lugar en el extranjero, el de gran instancia de París–, para su inscripción en el registro (art. 515-3 del *Code civil*). Tanto en un supuesto como en el otro, por su formalización no se impide la libre ruptura, con independencia de que sea discutible si, tras estudiar su respectivo estatuto, se obstaculiza injustificadamente o se hace ilusoria su libre ruptura, por decisión unilateral sin necesidad de que concurra una justa causa.

(18) FERRERES COMELLA, V.: “El principio de igualdad y el «derecho a no casarse»”, *Revista española de Derecho constitucional (REDC)*, n.º 42 (1994), p. 170, considera que en el artículo 32.1 CE también se protege, aunque de forma implícita, el derecho a no casarse, con lo cual estoy completamente de acuerdo, pero añade que “siendo la unión de hecho expresión de ejercicio del derecho a no casarse, habrá que afirmar que el artículo 32 protege el derecho a formar una unión de hecho”, con lo que ya no estoy tan de acuerdo. No lo estoy si con esto se pretende afirmar que la cobertura constitucional de la unión no matrimonial se encuentra en el artículo 32.1 CE, aunque sea leyéndolo en negativo, en el sentido de que todos tienen derecho a no casarse. En mi opinión, lo único que garantiza ese precepto, leyéndolo en negativo, es el derecho a permanecer soltero, y no el derecho a formar una

tado consentimiento matrimonial expreso, en cualquiera de las formas admitidas por la ley, vulnerando, en mi opinión, el libre desarrollo de la personalidad la ley que considerase suficiente la modalidad de consentimiento tácito a estos efectos: el hecho de haber vivido durante un cierto tiempo como si estuvieran casados, observando los deberes del matrimonio, no puede bastar para considerar casados a los que así han actuado, ya que cualquiera de ellos tiene derecho a romper libremente esa unión, puesto que en ningún momento ha prestado inequívocamente su consentimiento, renunciando a ese derecho a romper en cualquier momento esa unión, habiéndose limitado a constituir una comunidad de vida (19). Así, el libre desarrollo de la personalidad nos

unión libre. Y la norma que da cobertura tanto a ese derecho a no casarse como al derecho más específico a formar una unión libre es la que reconoce el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Si no existiera reconocido el derecho a contraer matrimonio, es decir, si se suprimiera la norma del artículo 32.1 CE, subsistiría el derecho a no casarse y el de formar una unión libre. *Vid.* en este mismo sentido MÜLLER-MANGER, P.: *Artikel 6 Grundgesetz, Wandel familiärer Lebensmuster, dargestellt an Beispielen aus dem Sozialrecht*, Würzburg, 1987, p. 175, para quien la libertad para no contraer matrimonio es una manifestación concreta de la autonomía de la voluntad y del libre desarrollo de la personalidad; pero son estos últimos los que permiten dar cobertura más amplia a la unión libre que esa simple libertad negativa.

(19) Que la Constitución no permite matrimonios aformales ha sido afirmado, entre otros, por JORDANO BAREA, J. B.: "El nuevo sistema matrimonial español", *Anuario de Derecho civil (ADC)*, 1981, p. 904; PABLO CONTRERAS, P. de: *Constitución democrática y pluralismo matrimonial*, Pamplona, 1985, p. 89; SCHWAB, D.: *Wertewandel und Familienrecht*, Hannover, 1993, p. 22.

FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 163 y ss., por un lado, afirma, con razón, que el derecho a no casarse exige la previsión de unas formas de contraer matrimonio, de manera que quede claro lo que no ha de hacerse si uno no se quiere casar (p. 171); pero, por otra, considera, en mi opinión erróneamente, que el derecho a casarse exige el reconocimiento del matrimonio de hecho, es decir, del no formalizado, pero con voluntad de asumir los derechos y deberes recíprocos, de manera que si no se observa la forma exigida, se presume que hay unión libre, debiendo admitir la prueba de que sí se quiso el matrimonio (pp. 177-179). ¿Qué consecuencias tendrá esa prueba: la aplicación del estatuto matrimonial a los no casados, o la admisión de los matrimonios tácitos, en contradicción con lo dicho antes? En mi opinión, el derecho a contraer matrimonio, reconocido en el artículo 32.1 CE, sólo exige la exclusión de la libre ruptura de las uniones matrimoniales, y no que se admitan los matrimonios aformales. No veo, pues, contradicción alguna entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que sí implica el derecho a no casarse, a no estar ca-

permite entender que la expresión “la ley regulará las formas de matrimonio” (art. 32.2 CE) no puede ser interpretada en el sentido de que se deja al legislador ordinario la materia relativa a la forma del matrimonio y, por lo tanto, también la decisión de si admitirá o no formas tácitas de contraerlo, puesto que para esto ya sería suficiente con la reserva de ley del artículo 53.1 CE, sino que ha de serlo, precisamente, en el sentido de excluir los matrimonios aformales, entendiendo por tales los que no requieren la prestación de consentimiento expreso, en alguna de las formas previstas por la ley (20).

En cambio, parece que sí es consustancial a la institución matrimonial, el establecimiento de un estatuto de derechos y deberes de los cónyuges. Pero esto no implica que todos ellos sean exclusivos de la relación matrimonial. El Derecho puede establecer también derechos y deberes de los convivientes en las uniones libres, sin que sólo por esto

sado, a menos que expresamente se haya manifestado el consentimiento matrimonial (arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), y el derecho a que la ley siga contemplando uniones en las que esté excluida su libre ruptura, esto es, matrimonios (art. 32.1 CE).

(20) Soy consciente de que con esta interpretación de la expresión “la ley regulará las formas de matrimonio” (art. 32.2 CE) no he agotado el contenido normativo de dicha disposición. El plural “formas” tiene toda una historia detrás, relativa al sistema matrimonial, es decir, al reconocimiento o no de efectos civiles a los matrimonios religiosos, así como a la recepción o no por el Estado de la regulación eclesiástica del matrimonio. Pero también advierto que buena parte de nuestra doctrina parece haber pasado por alto que la reserva de ley en relación a la regulación del ejercicio del derecho a contraer matrimonio no se encuentra en el artículo 32.2 CE, sino en el 53.1 CE, lo cual nos obliga a buscar una interpretación del primero que no haga de él un precepto redundante. No es redundante si entendemos que en el art. 32.2 CE se contienen directrices para la regulación reservada a la ley por el art. 53.1 CE, que limitan la libertad del legislador en la materia relativa al ejercicio del *ius connubii*; en contra, DIEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 71, para quien la norma del artículo 32.2 CE no “parece que exigiera un quehacer positivo del legislador ordinario. Más bien le daba un «cheque en blanco»”. Ese cheque en blanco, en mi opinión, caso de existir —yo creo que no—, estaría en el artículo 53.1 CE, no en el 32.2 CE.

Pues bien, una de esas directrices o restricciones es la señalada en el texto: no se admitan matrimonios tácitos, aformales, en el sentido de que no requieran la prestación de consentimiento matrimonial expreso, porque el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) excluye como matrimonial un consentimiento que no sea expreso, por el que se renuncie a la libre ruptura de una unión.

pasen a ser uniones matrimoniales, aunque tal estatuto se aproxime notablemente al de los matrimonios. Nuestra Constitución no sólo permite sino que manda a los poderes públicos, por un lado, proteger social, económica y jurídicamente la familia –y la unión libre, entendida como comunidad de vida con cuidados y responsabilidades recíprocos, puede serlo sin duda (21)– (art. 39.1 CE) y, por otro, “promover

(21) Sin embargo, advierto al lector que la cuestión dista de ser pacífica, como podrá comprobar por las siguientes opiniones, especialmente significativas, que selecciono entre otras: “El artículo 32 de la Constitución, al institucionalizar el matrimonio, entraña la proscripción del ordenamiento jurídico de otras formas de unión que no posean las características de la unión conyugal (v. gr. uniones homosexuales o las heterosexuales que no hayan recibido sanción institucional)” (DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 63). Y si se llega a decir que los hijos no matrimoniales son parientes pero no familia de sus padres (ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, vol. IV, 7.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 9 y 10), ¿puede esperarse que los progenitores no casados lo sean entre sí, aunque vivan en unión libre?

Mención aparte merece ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, que, si bien no excluye que tales uniones sean también las homosexuales, dice que no se ocupa de ellas “por delimitación del trabajo”, pues considera que merecen otro específico, en atención a “sus especiales características y su todavía escandalosa consideración social”; y considera que, con todo, el Derecho deberá ocuparse algún día de ellas, “especialmente en aquellos estados patológicos de homosexualidad, que la ciencia médica considere irremediables” (*sic*) (p. 69). Parece, por lo tanto, que la delimitación del trabajo queda explicada: tales uniones son asunto más bien propio de la sociología o de la psicología patológica y, acaso, de la medicina legal. Sin más comentarios ...

Algún autor ha afirmado que las uniones entre personas del mismo sexo no son familia, no están protegidas por los artículos 32 y 39 CE, sino por los artículos 1 (libertad), 10.1 y 14 CE, porque no son realidades familiares sino parafamiliares (ALONSO PÉREZ, M.: “La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil”, *AC*, 1998, n.º 1, p. 26).

También ha negado la consideración de familia a la unión homosexual PANTALEÓN PRIETO, F.: “Compañero/compañera”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, vol. I, p. 1161, que no la considera familia a los efectos del artículo 39.1 CE, careciendo de cualquier reconocimiento jurídico. Sin embargo, posteriormente, este mismo autor parece haberse manifestado partidario de la solución escandinava de parejas homosexuales registradas, con “derechos equivalentes a los del matrimonio heterosexual” (“Régimen jurídico civil de las uniones de hecho”, ponencia en *Uniones de hecho*, por J. M. Martinell y M. T. Areces Piñol, Lleida, 1998, pp. 69 y 70), lo cual podría indicar que ahora sí considera que son familia a tales efectos. En otras ocasiones se condiciona la consideración de familia a la consolidación social de las parejas homosexuales, “sin que sea suficiente una ausencia de rechazo o reprobación, de carácter negativo” (VALPUESTA FERNÁNDEZ, “La institucionalización jurídica ...”, *cit.*, p. 54).

las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efec-

Yo no creo que haya que esperar a una solución como la escandinava, o la catalana –no ha incluido en el Código de familia el estatuto cuasi matrimonial de parejas–, o la aragonesa, ni a la plena aceptación social de las uniones homosexuales, para que merezcan la consideración de familia. Ya mostré cómo en nuestro ordenamiento se han reconocido a las uniones libres efectos típicamente familiares, y se les ha considerado unidades familiares, por cierto, con notable amplitud de criterio a ciertos efectos (*La unión libre ...*, cit., pp. 39-46). Algunos, probablemente demasados, parecen resistirse a aceptar que las uniones homosexuales sean desde hace tiempo merecedoras de protección como familia, y no sólo como respeto a la vida privada. ¿Y qué hacemos con lo que resulta claramente de las SSTC 222/92, 6 y 47/93 y 155/98 y de los artículos 12.4 y 16.1b LAU? Además, si se admite que la unión libre entre dos personas de sexo diferente sin hijos comunes es familia, y si se acepta –yo no tengo dudas al respecto– que la discriminación de los homosexuales es un supuesto de discriminación prohibida por razón de sexo (art. 14 CE), la conclusión es bien clara.

Otra cosa es que sea nuestra Constitución la que imponga en su artículo 39.1 que la unión libre deba ser considerada y protegida como familia. En mi opinión, lo que sí exige es respetarla como manifestación de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pero queda a la decisión del legislador reconocerla o no como generadora de una relación jurídica familiar, esto es, como una realidad protegible como familia (arg. arts. 39.1 y 53.3 CE), como explico después en el texto. Y lo que advierto es que nuestro legislador sí ha optado por considerarla familia, aunque no existan hijos comunes, de lo cual extraigo la consecuencia de que no se pueden establecer distinciones discriminatorias entre uniones libres integradas por personas del mismo o de diferente sexo, como no sea para proteger especialmente a las parejas no casadas con hijos comunes o a las uniones estables homosexuales, en el primer caso, por su mayor utilidad social (procreación, adopción y educación de los hijos), y en el segundo como medida positiva antidiscriminatoria de la homosexualidad en pareja estable. Me remito a lo que con más detalle expuse en otro lugar, comentando sentencias recientes de otros países e instituciones europeas, así como las diferencias de trato que se establecen entre unas parejas y otras en la ley catalana 10/98 (*“La libertad de elección ...”*, cit., pp. 112-122 y 128-135).

“... Junto a la pareja estable heterosexual, otro fenómeno similar, aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes, el de la pareja homosexual en convivencia marital estable, está dejando de ser también algo extraño y marginal. El principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base del Derecho civil aragonés, obliga al legislador a aceptar que toda persona tiene derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia sexualidad” (exposición de motivos de la ley aragonesa 6/99, del que resalto su último inciso, que merece mi aplauso más entusiasta, no sólo como jurista, y el de todos los empeñados en la lucha contra la intolerancia, en este caso, contra el rechazo a la homosexualidad normalizada, no clandestina).

Pues bien, tras haber reiterado no pocas veces, aun a riesgo de cansar al lector, en mi libro *La unión libre ...*, cit., pp. 20, 21, 25, 26, 32-35, por citar sólo el primero de sus capítulos, que es indiferente para determinar el concepto de unión libre el sexo de sus integrantes, me encuentro ahora con que P. A. TALAVERA FERNÁNDEZ

tivas”, así como “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural” (art. 9.2 CE). No hay, por lo tanto, obstáculo constitucional alguno a que el legislador considere familia a la unión libre, pero entiendo que tampoco le impone que la considere tal, es decir, que la proteja como familia, dado el carácter programático de la norma contenida en el artículo 39.1 CE (arg. art. 53.3 CE).

*(Fundamentos para el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales, Madrid, 1999, notas 51, en p. 26, y 66 en p. 35, por lo tanto, en dos ocasiones) me incluye entre autores que, según él, sostienen que la heterosexualidad es uno de los elementos constitutivos esenciales de las uniones de hecho. Y me cita en ambas ocasiones por lo que digo en la p. 35 de mi libro. Yo emplazo al lector a que lea las páginas de mi libro que he indicado más arriba, y se dará cuenta de que carece por completo de fundamento sostener que yo exijo heterosexualidad a los integrantes de una unión libre, cuando tengo dicho que me parece irrelevante a estos efectos su orientación sexual, así como su identidad sexual y si mantienen o no relaciones sexuales entre sí. Pero es que, es más, el mismo autor citado, en la nota 78 de la p. 41 de su libro dice, sin embargo, que para mí las uniones libres existen con independencia, entre otras cosas, del sexo de quienes las integran, lo cual sí es cierto. ¿Cómo se entiende esta contradicción en sus citas? Este autor sabrá si se trata o no de un error suyo, o de una errata. Es más, precisamente en la p. 35 de mi libro, que es la que él cita para incluirme entre los que exigen esa heterosexualidad, critico la expresión “relación de afectividad análoga a la conyugal”, que ha tenido éxito en nuestro Derecho, para describir el supuesto de las uniones familiares no matrimoniales, por cuanto, por su referencia a lo conyugal, me parece indicar una preferencia —en función de la regulación histórica y vigente del derecho a contraer matrimonio— por la unión de dos personas de sexo diferente, lo cual me parece inconveniente, también cuando después se hace la salvedad de que esa relación existe con independencia de la orientación sexual. Si, como yo opino, es irrelevante para la descripción del supuesto de las uniones libres todo lo relativo al sexo de los convivientes (identidad, orientación y actividad sexual), están de más tales referencias. Otra cosa es que sí quepan o no diferencias de trato entre unas y otras uniones libres, por razón del sexo de los convivientes, como sucede en el caso de la adopción, o de las posibles medidas de discriminación positiva, compensatorias del rechazo social de la homosexualidad no clandestina vivida abiertamente en pareja. Además, lejos de haber abandonado mis posiciones al respecto, las he sostenido y he profundizado en ellas en obras posteriores, concretamente, en mis artículos “La unión libre ...”, cit., *RDPyC*, n.º 6 (1995, esto es, cuatro años antes de la fecha del libro del autor aquí citado), pp. 195-211, y “La libertad de elección ...”, *RDPyC*, n.º 12 (1998), pp. 69-142, por lo que descarto totalmente haber dado pie a cualquier confusión sobre mis ideas publicadas al respecto. Confusiones sobre esta cuestión las tendrán otros o, acaso, querrán provocarlas otros, no yo.*

En mi opinión, por más que personal o socialmente se tenga la convicción –como yo tengo– de que la unión libre es una forma de familia, junto a la que resulta del matrimonio o del parentesco, no necesariamente debe ser declarada inconstitucional una ley por el hecho de que no atribuya efectos típicamente familiares a la relación entre los convivientes en unión libre. Considero que, conforme a nuestra Constitución (arts. 39.1 y 53.3), el posible desajuste entre las convicciones sociales generales sobre el carácter familiar de la unión libre y su deseable grado de protección y las leyes no debe ser resuelto por el legislador negativo, sino por el legislador positivo, políticamente responsable ante el electorado, al adoptar decisiones que, por un lado, incrementan la protección social, pero por otro pueden restringir derechos individuales o suponer un aumento del gasto público y, en consecuencia, antes o después, también un incremento de cargas fiscales. Si bien es cierto que el matrimonio genera una relación jurídica familiar, con consecuencias jurídicas y no meros sentimientos o buenos propósitos –“la ley regulará... los derechos y deberes de los cónyuges” (art. 32.2 CE)–, no lo es menos que el grado de protección social (cuáles sean esos derechos y deberes, pensiones, fiscalidad, etc.) del matrimonio tampoco está constitucionalmente predeterminado, de manera que corresponde concretarlo al legislador (positivo) (arg. arts. 39.1 y 53.3 CE). Y otro tanto puede decirse de la relación de filiación y la protección a los hijos (arts. 39 y 53.3 CE). Considero que tan sólo al garantizar la no discriminación por razón de nacimiento (arts. 14 y 53.1 pr. y 53.2 CE) entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, se está prescindiendo de consideraciones de oportunidad política, por ejemplo, relativas al gasto público o la restricción de derechos individuales, en la determinación del grado de protección a unos hijos en comparación con el que se da a otros. Dicho con otras palabras, el legislador positivo puede atender a criterios de oportunidad política y disponibilidades presupuestarias al

determinar el grado de protección de los hijos, pero no para establecer diferencias entre ellos por razón de nacimiento.

Pues bien, en relación con la unión libre, considero que el legislador puede abstenerse de reconocerle consecuencias jurídicas familiares (arg. arts. 39.1 y 53.3 CE), limitándose a contemplarla como un grupo social (no familiar) más (art. 9.2 CE), como también puede optar por hacer de ella el supuesto de hecho de efectos jurídicos típicamente familiares (art. 39.1 CE). Lo que no puede es penalizarla, tanto si la contempla como grupo social o como grupo familiar, tratando a los convivientes en unión libre peor que a los que viven solos o con otros, pero sin integrar una comunidad de cuidados y responsabilidades (arg. arts. 9.2, 39.1 y 53.3 CE); además esa penalización violaría también el principio del libre desarrollo de la personalidad, en su manifestación de autonomía de la voluntad, así como el derecho a la libertad ideológica, para optar por vivir unidos libremente a otra u otras personas (arts. 10.1 y 16.1 CE). Tampoco puede el legislador dotar a las uniones libres de un estatuto más favorable al del matrimonio, ya que esto supondría penalizar a éste, cuando la Constitución sólo ha garantizado la institución matrimonial (art. 32.1 CE), en lo cual hay una valoración subyacente favorable al matrimonio (*favor matrimonii*), que haría discriminatoria, por injustificada (art. 14 CE), esa preferencia legal por la unión libre (SSTC 209/88 y 45/89). Y, en mi opinión, tampoco puede el legislador equiparar las uniones libres al matrimonio, en el sentido de reconocer derechos e imponer deberes sustancialmente equivalentes para una y otra situación, por cuanto esto supondría que para acceder al contenido legal del estatuto de casado no haría falta contraer matrimonio, con lo cual se desconoce el carácter específicamente matrimonial de ese estatuto (arg. arts. 10.1 CE, por cuanto queda bastante desvirtuada la libertad de elección entre matrimonio y unión libre, al ser coincidentes sus estatutos durante la conviven-

cia, y 32.2 CE, cuando se refiere a los derechos y deberes de los cónyuges, que son defraudados si todos esos derechos y deberes también lo pueden ser de los que no están casados) (22); además, tal equiparación de derechos y debe-

(22) Salvo algunas excepciones (REINA-MARTINELL: *Curso ...*, cit., pp. 74-77, y *Las uniones ...*, cit., pp. 44-46, que propugnan la equiparación de efectos entre lo que llaman "uniones matrimoniales formales y de hecho", si bien sólo en las primeras operarían una serie de presunciones, mientras que en las segundas habría que demostrar el supuesto de hecho de tales efectos), parece haber consenso en que no es posible equiparar el matrimonio y las uniones libres, con diferentes pero no contradictorios argumentos:

LIEB M.: "*Empfielt es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln?*", en *Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages*, Maguncia, 1988, p. A26, considera que la protección especial del matrimonio impide esa equiparación, y también porque se trataría de un matrimonio forzoso (*Zwangsehe*). Ideas éstas que, sustancialmente, son las mismas que han sido utilizadas para criticar la propuesta del SPD de reformar la Constitución, en el sentido de extender a las uniones libres el mandato de protección especial, actualmente sólo referido al matrimonio y a la familia, ya que se considera que entonces no sería posible no equiparar matrimonio y unión libre, con lo que desaparecería una alternativa al matrimonio, desapareciendo la libertad de vivir juntos un hombre y una mujer sin estar casados (así, KINGREEN, *op. cit.*, pp. 300-302). SCHWENZER, I.: "*Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften?*", *JZ* 1998, n.º 17, p. 782, descarta la equiparación al matrimonio porque violaría tanto la protección especial de éste, como el derecho a no contraerlo, ambos contenidos en el artículo 6 I GG.

DIEZ-PICAZO, L.: "Bases constitucionales del Derecho matrimonial y de familia: el «ius connubii» del artículo 32 de la Constitución y su función definidora y ordenadora del sistema matrimonial español", ponencia para el V Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado, Pamplona, 1990, del que he dispuesto de un ejemplar fotocopiado, no encuadernado, admite la extensión de efectos del matrimonio a otras situaciones, pero advierte que "esta extensión de parcelas de efectos, entresacados de la institución matrimonial, no puede hacerse sobre la base de diluir la institución garantizada constitucionalmente con aquellas otras a las que se extienden efectos. En este sentido, se pueden extender efectos, pero no a costa de confundir las instituciones" (p. 8). Estoy plenamente de acuerdo.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Las parejas de hecho", *Aranzadi Civil (Ar. Civ.)*, 1993-I, p. 1835, considera que tal equiparación sería contraria a la opción elegida por la sociedad, subyacente al artículo 32 CE, en el sentido de "considerar preferible que las personas de distinto sexo se unan establemente. Precisamente para propiciar esas uniones estables instituye el matrimonio, por considerarlo la fórmula más adecuada para atender a los problemas y necesidades de esas uniones estables, y concede protección al matrimonio en todos los campos de la realidad social". Considero que si por unión estable se entiende no cualquiera que se plantee como duradera, por tiempo indefinido —la unión libre también es estable en este sentido—, sino aquella en la que está excluida la libre ruptura, esto es, la disolución por decisión unilateral sin necesidad de que concurra una justa causa, esta opinión no

res podría dar lugar a una forma de penalización del matrimonio, ya que sólo los casados tendrían excluida la libre

podría ser entendida en el sentido de rechazar sólo la equiparación de uniones homosexuales a los matrimonios, sino la de cualesquiera uniones libres a las matrimoniales.

FAHRENHORST, *op. cit.*, p. 193, considera que el principio del libre consentimiento en el matrimonio impide extender a las uniones libres el estatuto matrimonial, como algo contrario a la libertad de no contraerlo y al respeto a la vida privada (arts. 8 y 12 de la Convención de Roma).

FERRERES COMELLA, *op. cit.*, parece incurrir en alguna contradicción cuando, por un lado, sostiene que el derecho a no casarse exige que las consecuencias jurídicas de vivir juntos no sean las mismas, en términos de derechos y deberes recíprocos, que las derivadas del matrimonio (p. 172), en lo que estoy de acuerdo, si bien, según él, así se trata de evitar la imposición del deber de cuidado recíproco (p. 173), en lo que ya no estoy de acuerdo, mientras que, por otro, considera que atender al principio de igualdad permitiría extender a las uniones libres algunos, la mayoría o todos los derechos y deberes recíprocos del matrimonio, para proteger a la parte más débil (pp. 181-183), en lo que en modo alguno estoy de acuerdo. El principio de igualdad no exige equiparar situaciones diferentes, como son el matrimonio y las uniones libres, por lo que no puede hablarse de contradicción entre ese principio y el derecho a no contraer matrimonio.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", *cit.*, considera que hay límites internos a la institucionalización de la pareja de hecho, que serían los derivados de "la naturaleza fáctica de tal realidad ..., por cuanto puede ser que por esta vía se consiga un estatuto «matrimonial» sin el control que supone su celebración, con lo que nos podemos encontrar con un matrimonio paralelo, cuya constitución se produce al margen de la ley, sin que los convivientes hayan asumido la responsabilidad que del mismo se deriva, al no utilizar el cauce previsto legalmente para su celebración"; así como límites externos, impuestos "por el matrimonio, al que no pueden suplantar" (p. 52). Y advierte que la aplicación a las parejas de hecho del estatuto matrimonial haría innecesaria la disciplina del contrato matrimonial, y se hacen ilusorios los impedimentos matrimoniales (pp. 56 y 57).

Por mi parte, ya me pronuncié por la inconstitucionalidad de la equiparación entre matrimonio y unión libre, en los siguientes términos: "... también creo que ha de darse relevancia a la decisión de convivir unidos libremente en lugar de contraer matrimonio, en el sentido de que de la regulación del matrimonio y de la eventual regulación general de la unión libre no resulte indiferente una situación u otra: el libre desarrollo de la personalidad y la libertad ideológica (arts. 10.1 y 16.1 CE) impedirían hacer de la unión libre una unión cuasi matrimonial, es decir, no libre" -como he puesto de manifiesto al analizar la ley catalana 10/98, de uniones estables de pareja, la previsión de un estatuto cuasi matrimonial no excluye la libre ruptura ("La libertad de elección ...", *cit.*, pp. 125 y 126), por lo que debo matizar así esa ecuación entre unión cuasi matrimonial y exclusión de la libre ruptura- "y la especial protección que constitucionalmente merece el matrimonio (art. 32 CE) creo que impide que se haga del matrimonio una suerte de unión libre con más o menos formalidades. Dicho de otro modo, ha de ser sustancialmente relevante la decisión de contraer matrimonio" (*La unión libre ...*, *cit.*, p. 78, pero *vid.* también pp. 55-57 y "La libertad de elección ...", *cit.*, p. 79).

ruptura, mientras que los no casados, además de acceder al estatuto propio del matrimonio, pueden disolver su unión por decisión unilateral sin mediar justa causa (23). Lo que sí puede hacer el legislador es regular las uniones libres estableciendo, incluso, un estatuto general (24), pero de con-

(23) Esta cuestión no es de fácil solución. Creo que, efectivamente, sólo en el matrimonio estarían garantizados tales derechos y deberes, en el sentido de que la exclusión de la libre ruptura impide que la subsistencia de tal estatuto dependa de la decisión unilateral de disolver la unión no matrimonial, lo cual puede ser visto como una situación mejor, por ser más segura, de los casados en comparación con la de los convivientes en unión libre; esto está bastante claro. Pero también ha de tenerse en cuenta que esa equiparación supondría que no haría falta estar casado para acceder al estatuto matrimonial, con lo cual la libertad de los convivientes para optar por la unión no matrimonial les daría la libertad adicional, de la que no disponen los casados, de disolver en cualquier momento la unión y establecer otra que les pareciera más conveniente; y, entre tanto, mientras durase la unión libre, no podría decirse que los acreedores tuvieran que temer por los créditos concedidos a uno de ellos, ya que está claro que la disolución de la unión no debería entrañar pérdida de sus derechos y garantías previamente adquiridos. Acaso, la valoración acerca de si se produce o no en este supuesto una penalización del matrimonio, dependa de la importancia relativa que se dé a los valores de solidaridad y de libertad; yo considero que en nuestro ordenamiento es más valiosa y fundamental la libertad (arg. arts. 1 y 10.1 CE) que la solidaridad (arg. art. 53.3 CE), por lo que me inclino a pensar que si no hace falta perder la libertad de romper una unión para acceder al estatuto del matrimonio, sí se penaliza a los casados.

(24) En contra, por ejemplo, *Verhandlungen des 57. deutschen Juristentages*, cit., p. I 233, al considerar que no era posible una regulación general de las uniones libres, porque se rechazaba la introducción de una suerte de *kleine Ehe*.

LACRUZ BERDEJO, "Convivencia «more uxorio» ...", cit., pp. 1062 y 1063, consideraba que no cabía una regulación general de la unión libre, sino de aspectos puntuales, en aras al respeto debido a la voluntad de los convivientes, puesto que si se unen así es para eludir la legislación. No estoy de acuerdo con esta opinión, ya que, aunque fuera cierto que éste era el propósito de los convivientes, no impide su regulación, conforme a los artículos 9.2 y 39.1 CE.

ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, considera que un estatuto legal de la unión libre supondría un matrimonio de segunda, sin que los convivientes lo hubieran consentido, lo cual rebasaría los límites a la libertad individual y violaría las normas imperativas sobre celebración del matrimonio (pp. 123 y 124), en nada de lo cual estoy de acuerdo. Sí lo estoy con su afirmación de que no reconocer efectos a la unión libre favorece la irresponsabilidad y va en perjuicio de la parte más débil, sin que sea atendible el argumento de la libertad de no contraer matrimonio para dejar de reconocerle efectos (pp. 116, 117 y 121).

KINGREEN, *op. cit.*, p. 302, considera que la configuración de una suerte de *kleine* o *alternative Ehe* exigiría la creación de una alternativa para aquellos que quieran vivir unidos fuera de un marco jurídico específico, siendo en caso contrario desconocida esta libertad. Yo no veo por ninguna parte un fundamento constitucional de esa

tenido sustancialmente menor que el del matrimonio, en el que pueden imponerse efectos que introduzcan elementos de

libertad, que, en nuestro Derecho, puede o, incluso, debe ceder ante el mandato constitucional de protección de la familia (art. 39.1 CE) o de la libertad e igualdad efectivas de los ciudadanos en los grupos –familiares o no– en los que se integran (art. 9.2 CE). ¿En qué lugar está reconocido el derecho a no ser objeto de regulación específica una relación interpersonal?

CANTERO NÚÑEZ, F. J.: “Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho”, *Revista de Derecho Privado (RDP)*, 1995, manifiesta una opinión no infrecuente, según la cual la unión no matrimonial dejaría de ser libre si fuese regulada jurídicamente, porque se impondría a los convivientes obligaciones recíprocamente exigibles (p. 221). Yo pienso que la unión no matrimonial es libre no porque no esté regulada, sino porque es disoluble por voluntad unilateral, sin necesidad de que concurra una justa causa (libre ruptura). Y también rechaza la regulación de las uniones libres porque esto vulneraría el mandato constitucional de protección del matrimonio y la familia, ya que se considera que así terminaría por disminuir el número de matrimonios (p. 224). Yo creo que aunque pudiera establecerse una relación de causalidad entre una eventual regulación de las uniones libres y la disminución de las tasas de nupcialidad, no habría infracción de tal mandato constitucional, si esa regulación no entraña una equiparación sustancial de matrimonio y unión libre; respetado esto, lo demás es el resultado del ejercicio de la libertad de elección entre uno y otro tipo de unión, que integra esa parte del contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad, que es la autonomía de la voluntad (art. 10.1 CE), que indudablemente puede quedar condicionada por el grado de aseguramiento de la libertad e igualdad de los ciudadanos en los grupos sociales en que se integran, o de protección de esa otra forma de familia, que decida, dentro de su amplio arbitrio, el legislador, dando así también cumplimiento a mandatos constitucionales no menos dignos de consideración (arg. arts. 9.2, 39.1 y 53.3 CE).

GÓMEZ, Y., *op. cit.*, p. 271 distingue a estos efectos, y considera que las uniones integradas por quienes podrían, si lo quisieran, casarse entre sí, no sólo no deben ser equiparadas al matrimonio, sino que el Derecho no debe intervenir, mientras que cuando no se puedan casar ha de ser removido el impedimento legal. En términos similares, PANTALEÓN PRIETO, “Régimen jurídico civil ...”, *cit.*, p. 71, considera que, una vez que también las parejas homosexuales tuvieran reconocida la libertad de opción entre institucionalizar o no su convivencia, el legislador, en línea de principio, no debería intervenir, “porque en el primer mundo la convivencia «more uxorio» es convivencia «more uxorio» de primer mundo, o sea, de gente bien”. Yo creo que no debemos confundir dos cosas: por una parte, la demanda de regulación de las uniones no matrimoniales –ciertamente, será menor cuanto mayor sea el ámbito de la libertad de elección del cónyuge– y, por otra, la demanda de protección de la parte más débil, que no desaparece, aunque sea menor, en el primer mundo, ya que ni siquiera aquí todos son “gente bien”.

FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 184 y 185, considera que en aras de la solidaridad el ordenamiento puede imponer deberes a los convivientes con independencia de su voluntad, en lo que estoy de acuerdo; y que podría extender a éstos algunos o todos los deberes y derechos recíprocos de los cónyuges –en lo cual no estoy de acuerdo (*vid.* nota anterior)–, sin que en tal caso pudieran ser diferentes las cargas y los beneficios frente a terceros.

equilibrio, responsabilidad y protección social entre sus integrantes (25) (arg. arts. 9.2 y 39.1 CE), sin que se incurra en

Ya manifesté mi opinión, según la cual las uniones libres no sólo pueden sino que deben —si se considera insuficiente la protección que se pueda obtener de la aplicación de las reglas generales— ser reguladas (arg. arts. 9.2 y 39.1 CE), sin que por esto dejen de ser libres, y que esa regulación puede ser general o puntual, así como que no es necesario que tal estatuto sea sólo aplicable a las uniones cuyos integrantes estén de acuerdo en ello (*La unión libre ...*, cit., pp. 26-32, y “La libertad de elección ...”, cit., pp. 78-80 y 126-128).

(25) No faltan propuestas sobre equiparación parcial o limitada de matrimonios y uniones libres, dentro del marco constitucional. Salvo que otra cosa se diga, considero que tales propuestas son de política legislativa, es decir, que no se trata de afirmar la aplicabilidad por analogía de las normas sobre el matrimonio, sino que requieren la intervención del legislador.

DIEDERISCHEN, U.: “*Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*”, FamRZ 1988, p. 891, acepta la equiparación en las consecuencias jurídicas que no dependan del instituto del matrimonio, sino de la comunidad de hogar y de la vinculación emocional.

230

FERRERES COMELLA, *op. cit.*, considera que el derecho a no casarse exige la no equiparación en derechos y deberes recíprocos (p. 172), para evitar la imposición del deber de cuidado recíproco (p. 173), con lo que no estoy de acuerdo, si con esto se quiere decir que no podría extenderse a los convivientes ninguno de tales derechos y deberes recíprocos, si implica imponer el deber de cuidado recíproco, ya que el límite a la libertad del legislador en este punto es que no desvirtúe la libre ruptura de la unión no matrimonial, ni equipare sustancialmente su estatuto al del matrimonio. También considera dicho autor que ese derecho a no casarse exige la equiparación en derechos y deberes respecto a terceros, tanto poderes públicos como particulares (pp. 174-177), especialmente, aunque no solamente, cuando existan hijos comunes (p. 176), en lo cual tampoco estoy de acuerdo. Y es que considero que el derecho a elegir entre permanecer soltero, conviviendo o no en unión libre, y casarse no exige que los convivientes en unión libre tengan el mismo grado de protección social que los casados, siendo libre el legislador para establecer los niveles respectivos de esa protección (arg. arts. 39.1 y 53.3 CE), con el solo límite de que tales diferencias no sean arbitrarias ni impliquen coartar irrazonablemente el derecho a permanecer soltero (SSTC 184/90 y 222/92, especialmente). Sobre los límites a esta libertad del legislador y a su hipotético conflicto con la prohibición de discriminar por razón de nacimiento (art. 14 CE) he de tratar más adelante con mayor extensión.

Estoy plenamente de acuerdo con VALPUESTA FERNÁNDEZ, “La institucionalización ...”, cit., p. 58, al considerar que en la protección social (seguridad social, fiscalidad, arrendamientos, función pública, nacionalidad, relaciones laborales, etc.) nada obsta a la equiparación de las parejas de hecho —yo prefiero hablar de uniones libres, no circunscritas a parejas— y los matrimonios, mientras que en los derechos y deberes recíprocos el límite es la no suplantación del matrimonio.

ESPINAR VICENTE, J. M.: *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, pp. 269 y 279-282, propone extender a las uniones libres lo que denomina “efectos externos del matrimonio”, entendiendo por tales los derechos sucesorios, la fiscalidad, la nacionalidad, la ausencia, la inca-

discriminación por el hecho de no extender a los convivientes derechos reconocidos a los casados, a menos que tales diferencias sean arbitrarias (art. 14 CE, en su modalidad de test o escrutinio no estricto de igualdad, como se puede desprender de la STC 184/90, puesta en entredicho en este punto por la STC 222/92), o que el tratamiento dispensado al matrimonio sea tan favorable, o tan desfavorable el que se dispensa a los solteros –vivan o no en unión libre–, que se coarte irrazonablemente el derecho a no contraer matri-

pacitación, las inhabilitaciones, los arrendamientos, las posiciones procesales, el Derecho laboral, el administrativo y el de la seguridad social.

Parece, pues, detectarse un cierto consenso en que la equiparación entre matrimonio y unión libre plantea dificultades en lo relativo a los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges –tema del que me ocupo detenidamente después–, mientras que no lo hay en la protección social, esto es, en sus derechos y obligaciones frente a terceros, sean poderes públicos o particulares.

Desde otra perspectiva, teniendo presente la LUEP catalana, ROCA I TRÍAS, E.: “Constitució de les parelles de fet” y “Les unions estables de parella. Efectes i extinció”, en *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II, 5.ª ed., Valencia, 1998, pp. 451 y 471, considera plenamente justificado que para las parejas homosexuales se establezca un régimen similar al matrimonial primario, o que se les reconozcan derechos sucesorios, porque no pueden contraer matrimonio entre sí; pero no lo estaría preverlo para las parejas heterosexuales, más allá de evitar el enriquecimiento injusto. Yo no creo que el hecho de no poder casarse los convivientes del mismo sexo justifique un trato diferente, especialmente protector, respecto a los de sexo diferente, ya que la orientación homosexual no impide contraer matrimonio o formar una unión libre con persona de sexo diferente, por lo que considero que sólo una acción de discriminación positiva, para compensar el rechazo social y las desventajas de todo tipo a que habrán de hacer frente los que decidan formar pareja con otra persona de su mismo sexo, justificaría tales diferencias de trato entre uniones libres; sobre esta cuestión me remito a lo que expuse al analizar esta cuestión en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 109-112, 119-122 y 130-135.

En el artículo 18 LPENC aragonesa se ha establecido la equiparación de matrimonios y parejas estables en lo regulado por el Derecho público de Aragón, con excepción de la fiscalidad.

Desde planteamientos completamente diferentes, BERGHAIN, S.: “Ehe und Familie in der Verfassungsdiskussion –vom institutionellen zum sozialen Grundrechtsverständnis?”, *Kritische Justiz* (KJ) 1993, pp. 397 y 412, frente a la norma del artículo 6 I GG, que, al colocar al matrimonio al mismo nivel de protección que la familia, lo privilegia discriminando a otras formas de familia, propone reservar esa protección (intervención positiva, es decir, de apoyo, además de la no intromisión) a la familia, esto es, a la convivencia con hijos o con personas necesitadas de protección, con independencia de su estatuto matrimonial o no, dejando al matrimonio y a otras formas de convivencia un simple derecho a la no intromisión de los poderes públicos.

monio, como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (autonomía de la voluntad) (arg. arts. 10.1, 14 y 32.1, éste *a contrario*, CE y SSTC 184/90 y 222/92 que, aunque llegan a soluciones diferentes, parten, aquí sí, de ese mismo criterio) (26).

232

Y llegamos a lo que, en mi opinión, es la diferencia esencial entre el matrimonio y la unión libre: la libre ruptura de la unión. La institución matrimonial se configura sobre la exclusión de la libre ruptura. Si una comunidad de vida de tipo familiar puede ser disuelta por decisión de uno de sus integrantes, sin necesidad de acreditar que concurre una justa causa, estaremos ante una unión libre, más, menos o nada regulada, no ante un matrimonio. Si bien han existido y existen sistemas que admiten los matrimonios tácitos; si bien es posible exigir la formalización de la unión libre para acceder a ciertos efectos jurídicos; si bien es posible el establecimiento de un estatuto legal de uniones libres, con derechos y deberes recíprocos; sería una contradicción en sus propios términos calificar como matrimonios a uniones familiares disolubles por decisión unilateral de uno de sus integrantes —en realidad, se tratará de uniones libres—, sin necesidad de acreditar que existe una justa causa; como tampoco se puede seguir calificando como uniones libres a aquellas que, tras su regulación, dejan de ser disolubles por decisión unilateral sin necesidad de que concorra una justa causa —en realidad, se tratará de matrimonios. Considero que nuestra Constitución (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste *a contrario*) nos impone entender que todo ciudadano tiene derecho a no contraer matrimonio, a que no se le considere casado a menos que haya prestado expresamente consenti-

(26) Sobre los límites constitucionales a la libertad del legislador al regular las uniones libres ya me he ocupado con más extensión en *La unión libre ...*, cit., pp. 51-68 y 75-79, y más resumidamente en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 78-80. Más adelante analizo en profundidad en qué medida pueden extenderse a los convivientes los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, contenidos en los arts. 67 y 68 C.c.

miento matrimonial en una de las formas admitidas por la ley (arg. arts. 10.1 y 32.2), como exigencia del libre desarrollo de la personalidad. Esto es tanto como decir que la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre está constitucionalmente garantizada (arg. arts. 10.1 y 32 CE). Esta libertad sería vulnerada en casos como los siguientes: si el legislador no regula el matrimonio, porque entonces sólo habría uniones libres, con independencia de que éstas sí estén reguladas, violando así la garantía constitucional del matrimonio como institución (art. 32.1, sin necesidad de acudir al art. 10.1 CE); si el legislador configura una institución a la que denomina matrimonio, pero sin serlo realmente, porque admite su libre ruptura, es decir, que se disuelva por decisión de cualquiera de los “cónyuges” sin necesidad de acreditar que concurre una justa causa, con lo cual sigue sin haber otra cosa que uniones libres, unas formalizadas y reguladas, y otras no formalizadas y no reguladas o menos reguladas (arg. arts. 10.1 y 32.1 CE) (27); si el legislador regula como matrimonio una unión verdaderamente matrimonial –sin libre ruptura–, pero admite los matrimonios tácitos, es decir, pudiendo estar casado sin haber manifestado expresamente el consentimiento matrimonial (arg. arts. 10.1, 32.1 *a contrario* y 32.2 CE); argumentos que valen también si el legislador regula, por un lado, un matri-

(27) Es más, incluso, la expresión “la ley regulará ... las causas de ... disolución” del matrimonio, del artículo 32.2 CE, debe ser interpretada, al igual que la relativa a las formas del matrimonio, a la que en una nota anterior me referí, como una restricción de la libertad del legislador para regular el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, que le reserva no el artículo 32.2 sino el 53.1 CE. Si, como estaremos de acuerdo, ha de buscarse un sentido propio al artículo 32.2 CE, éste sólo puede ser el de contener tales restricciones. Y en lo relativo a tipificación de las causas de disolución del matrimonio, conforme al artículo 10.1 CE –libertad de elección entre matrimonio y unión libre, como concreción del libre desarrollo de la personalidad–, la restricción consistiría en la imposibilidad de admitir como causa de divorcio el desistimiento unilateral sin justa causa; también porque la naturaleza o la esencia del matrimonio, como institución jurídica, diferenciada de la unión libre, excluye tal cosa. Ciertamente, no es ésta la única restricción constitucional impuesta al legislador en esta materia, como se verá después en el texto, al tratar el tema de si se ha constitucionalizado o no el divorcio.

monio formal sin libre ruptura, pero al regular las uniones libres excluye –explícitamente o por las consecuencias que en caso de ruptura injustificada impone a los convivientes– su libre ruptura –no admite o coarta su disolución por decisión unilateral sin necesidad de que concurra una justa causa–, con lo cual, estaría admitiendo otra forma de unión matrimonial, a la que no llama matrimonio, pero que lo es, y el sometimiento a dicho estatuto no requiere de la prestación expresa de un consentimiento dirigido a tal efecto. En todos estos casos no se respeta la voluntad de contraer matrimonio o la de no contraerlo.

La LUEP y la LPENC suscitan a este respecto alguna duda razonable acerca de su constitucionalidad. Concretamente, estoy pensando en la pensión prevista en los artículos 14 y 31.2 LUEP y 7.2 LPENC, por cuanto me parece claro que puede coartar la libre ruptura de la unión, supuestamente no matrimonial.

234

En la LUEP catalana se prevé e impone una pensión para el caso de cese de la convivencia, si ésta “ha disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos”, o “si tiene a su cargo hijos o hijas comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida”. Su cuantía parece que no podrá exceder de lo necesario “para atender adecuadamente a su sustento”. Mientras que la que se genera por la disminución de la capacidad para obtener ingresos dura tres años como máximo –menos, si concurre antes alguna de las causas de extinción del derecho a percibir alimentos, o por matrimonio o convivencia marital del beneficiario (arts. 16.4 y 32.4)–, la otra se extinguirá “cuando la atención a los hijos o a las hijas cesa por cualquier causa o éstos tengan la mayoría de edad o son emancipados, salvo los supuestos de incapacidad” (art. 16.4). Téngase en cuenta que esta pensión es diferente y compatible con la compensación económica que se impone en los artículos 13 y 31.1, a favor de “aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o

para el otro conviviente... en el caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto"; aunque sean compatibles, se establece que deberán ser reclamados conjuntamente, "a efectos de su adecuada ponderación" [arts. 16.1 y 32.1, que son reproducción de la compensación económica por razón de trabajo, prevista en el artículo 41.1 del Código de familia (CF) catalán].

En la LPENC aragonesa se prevé en su artículo 7.2 una pensión, si el que la solicita "la necesitase para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente. La pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen". Esta pensión es adicional a la compensación económica que en el artículo 7.1 se prevé para el caso en que "la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto", si "el conviviente (perjudicado) ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada", o si "el conviviente (perjudicado), sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste". Y del artículo 7.3 resulta que la pensión del artículo 7.2 y la compensación del artículo 7.1 son compatibles.

Que se prevea una compensación por enriquecimiento injusto no constituye obstáculo ilegítimo alguno a la libre ruptura, ya que si es libre también debe ser responsable, y si alguien se ha enriquecido a costa de otro, no puede decirse que se coarte nada por el hecho de que se imponga una compensación en estos casos. El que así se enriqueció siempre tuvo en su mano rechazar el trabajo o el dinero del otro, o separarse; si se aprovechó de la dedicación del

otro al hogar o a él mismo, nada tiene de extraño que se le pueda obligar a compensarle. Lo que no está tan claro, desde el punto de vista constitucional, es que, además, se tenga derecho a esa pensión compensatoria, prevista a favor del que ve reducida su capacidad para obtener ingresos, como consecuencia de la convivencia o de tener a su cargo hijos comunes, por cuanto esto sí puede coartar indebidamente la libre ruptura. No basta con reconocer que la unión estable se extingue “por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro” (arts. 12.1.c y 30.1.b LUEP), o que se extinga por decisión unilateral (art. 6.1.c LPENC), si de esa ruptura puede derivarse la obligación de pagar una pensión de este tipo. En mi opinión, cuando este derecho se genera porque la convivencia redujo la capacidad de obtener ingresos, estamos ante una pensión compensatoria (28), aunque de cuantía alimenticia (29), con la que se pretende compensar la disminución de la capacidad de obtener ingresos, bien como consecuencia de la convivencia –sus causas de extinción son

(28) Entendida como compensación por la pérdida de oportunidades de incorporarse al mercado de trabajo, tiene todo su sentido cuando el matrimonio disuelto ha ocasionado una desigualdad en la capacidad para encontrar trabajo, y no como pensión que garantiza el mantenimiento en el futuro de un cierto nivel de vida (*vid.* ROCA I TRÍAS, E.: “Las consecuencias económicas del divorcio”, en *La situación jurídica de la mujer en los supuestos de crisis matrimonial*, coord. por M. D. Cervilla Garzón, Cádiz, 1997, p. 189, con cita de Ellman y Eekelaar). Coherente con esta premisa, ROCA I TRÍAS, *Instituciones ...*, cit., pp. 480 y 481, niega que esta pensión periódica sea realmente alimenticia, siendo su causa la compensación por la pérdida de los costes de oportunidad que haya padecido uno de los convivientes.

(29) En relación a la pensión compensatoria del artículo 97 C.c. se ha afirmado que, “si bien tiene un carácter reparador, en sentido amplio, participa de diversas facetas, de múltiples aspectos, según los casos” (MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M. T.: *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Valencia, 1995, p. 35). La versatilidad de este tipo de pensiones se pone de manifiesto con las previstas en las leyes catalana y aragonesa que estoy comentando, que la configuran con un contenido alimenticio, sin que por esto dejen de ser pensiones compensatorias.

No ha faltado alguna propuesta para que se admitiesen derechos legales de alimentos entre convivientes, limitados en el tiempo y circunscritos al estado de necesidad del deudor, creada por la misma convivencia, después fallida (así, GARCÍA RUBIO, M. P.: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes*, Madrid, 1995, pp. 218 y 219).

las de la obligación de alimentos y algunas de las de la pensión compensatoria (arts. 271 y 86 del CF catalán, a los que hemos de entender que se remiten los arts. 16.4 y 32.4 LUEP)–, bien como consecuencia de las atenciones futuras que el acreedor habrá de prestar a los hijos comunes. Lo que sucede es que, en mi opinión, si ya es exigible la compensación del enriquecimiento injusto, que además se pueda reclamar esta otra compensación, me parece que sí puede coartar ilegítimamente la libre ruptura, desde el momento en que se impone a alguien la obligación de compensar algo de lo que él ya no ha obtenido un enriquecimiento (30). Es comprensible que, en los casos de disolución del

(30) También sería un obstáculo ilegítimo a la libre ruptura la compatibilidad entre la compensación por enriquecimiento y la pensión periódica por alimentos, si esto implicase, como advierte ROCA I TRÍAS (*Instituciones ...*, cit., p. 479), compensar dos veces el mismo desequilibrio.

En una cultura, un sustrato social y un marco constitucional probablemente diferentes al aragonés o al catalán y, en general, al europeo, puede tener sentido este tipo de pensiones, en cuanto puedan ir más allá de la compensación de un enriquecimiento injusto, como obstáculos a la libre ruptura o, incluso, al derecho a contraer matrimonio, pueden encontrarse en algunos Estados de América Latina. Según informa A. SÁNCHEZ MANAYAY [“La formalización del concubinato”, *Normas Legales*, t. 272 (enero de 1999), pp. A-65 y ss.], se distinguen en Perú dos tipos de concubinato, ambos disolubles por decisión unilateral de cualquiera de los convivientes, sin necesidad de someterse a un procedimiento judicial de divorcio –hasta aquí, por lo tanto, uniones libres y no matrimonios aformales–, según que los concubinos –en todo caso, dos personas de sexo diferente– puedan (concubinato propio) o no (concubinato impropio) contraer matrimonio entre sí. Pues bien, el impropio sólo genera, tras la ruptura, el derecho del abandonado a percibir una compensación por enriquecimiento indebido, lo cual no tiene por qué vanificar la libre ruptura por decisión unilateral sin necesidad de acreditar una justa causa. En cambio, el propio no sólo genera entre los concubinos una sociedad de gananciales y el derecho a que, en consecuencia, se le entregue su parte tras la ruptura, lo cual tampoco tiene por qué ser incompatible con que esta ruptura sea libre, sino también el derecho del abandonado a optar entre recibir una cantidad como indemnización –¿de qué, si el enriquecimiento injusto ya era contemplado en relación a los otros concubinatos?– o percibir una pensión alimenticia (*op. cit.*, pp. A-58 y 59), con lo cual sí puede estar desconociendo el derecho a la libre ruptura de uniones, que podrían así pasar a ser matrimoniales, aunque aformales. Es más, la misma autora propone o ve bien la propuesta de reconocer al abandonado el derecho a oponerse a que su ex conviviente se case con otra persona, en tanto no le haya satisfecho las cantidades a las que tiene derecho, por liquidación de gananciales y pensión alimenticia, como, al parecer, ya prevé el artículo 169 del Código de familia de Bolivia (pp. A-62-64), lo cual encajaría perfec-

matrimonio, se prevea este tipo de pensiones, puesto que la unión matrimonial excluye la libre ruptura. Pero en las uniones no matrimoniales cada uno es libre de dejarlo estar cuando quiera y sin dar explicaciones, por lo que si esa convivencia le resta capacidad de obtener ingresos, no tiene por qué ser su compañero o compañera quien luego tenga que compensarle ese perjuicio, con el que o no se ha enriquecido, o si se ha enriquecido, ya puede ser llamado a compensar ese enriquecimiento mediante otra compensación, compatible con ésta. Y si es el cuidado de hijos comunes lo que resta a uno de los ex convivientes capacidad de obtener ingresos, tampoco veo por qué el otro tiene que compensar nada, cuando ya puede ser llamado a prestar alimentos para esos hijos, que también son suyos, pero no tiene por qué alimentar también a alguien de quien ya no es familia.

238

Los legisladores catalán y aragonés, por lo tanto, han recurrido a una solución que, por coartar injustificadamente la libre ruptura de unas uniones supuestamente no matrimoniales, ha puesto en grave peligro la constitucionalidad del conjunto de estas leyes de parejas no casadas. Si se llega a la conclusión –lo cual no es nada difícil, como he mostrado– de que esa pensión, compensatoria de la disminución de la capacidad para obtener ingresos, vanifica la facultad de romper libremente la relación, la unión no será libre sino matrimonial, con lo cual, estaremos, de entrada, ante una invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de vínculo matrimonial (arg. art. 149.1.1.^a y 8.^a CE); así como ante una violación del derecho a no estar casado, a menos que se haya prestado expresamente consentimiento matrimonial en una de las formas previstas por la ley, ya

tamente con la idea de que tales concubinatos son tratados como matrimonios aformales, y no como uniones verdaderamente libres. Téngase en cuenta que en los artículos 158 y 159 de dicho Código boliviano se establece que las uniones entre personas que podrían casarse entre sí surtirán efectos similares a los del matrimonio, aunque sean disolubles por voluntad unilateral (N. AUZA DE AMPUERO: “La unión conyugal libre o de hecho en Bolivia”, *Derecho de familia*, n.º 9, pp. 89 y 90, siendo ya significativo el título mismo de este artículo).

que tanto el estatuto de la LUEP como el de la LPENC no siempre requieren el consentimiento de los convivientes para su aplicación, si es que se llega a la conclusión de que, por obstaculizar injustificadamente la libre ruptura, no estamos ante uniones libres sino ante uniones matrimoniales tácitas (arg. arts. 10.1, 32.1 *a contrario* y 32.2 CE). Téngase en cuenta que, en la LUEP, si la pareja es de personas de sexo diferente con hijos comunes les es aplicable sin más, con tal que convivan (art. 1.2); y si no tienen hijos comunes, les es de aplicación una vez transcurridos dos años de convivencia (art. 1.1) (31); en la LPENC, basta con haber convivido maritalmente durante al menos dos años ininterrumpidos, para que les sea aplicable (art. 3.1). Y, además, si las uniones reguladas por estas leyes no son libres sino matrimoniales, puede estar violándose el artículo 32.1 CE, al prever matrimonios entre personas del mismo sexo, si se llegase a la conclusión de que no son constitucionalmente posibles. Ante este panorama, hemos de tener bien claro que, si se considera que el derecho a la pensión, previsto en los artículos 14 y 32.2 LUEP o 7.2 LPENC, es lo que hace que la unión deje de ser libre y pase a ser matrimonial, por obstaculizar injustificadamente la libre ruptura de la unión, desvirtuando que ésta se pueda disolver por decisión unilateral inmotivada de cualquiera de los convivientes, bastará con anular los preceptos relativos a dicha pensión, manteniendo el resto, salvo en lo que haya otros defectos de inconstitucionalidad (32).

(31) En otro lugar he sostenido y explicado que es inconstitucional por discriminatoria la diferencia de trato, consistente en imponer el estatuto cuasi matrimonial de la ley catalana de parejas a las integradas por personas de sexo diferente sin hijos comunes, sin exigir para ello que presten su consentimiento (art. 1.1), mientras que a las integradas por personas del mismo sexo sólo les es aplicable si lo consienten solemnemente (arts. 19 y 21.1) (“La libertad de elección ...”, cit., pp. 128-130). Este problema no se plantea en la ley aragonesa (arts. 1 y 3.1), que no distingue en este punto entre parejas de uno u otro tipo, y tampoco entre las que tienen hijos comunes y las que no los tienen.

(32) Así, he sostenido la inconstitucionalidad por discriminatoria de algunas diferencias de trato entre parejas de personas del mismo o de diferente sexo: la seña-

Ante tales riesgos, era de esperar una mayor prudencia y una menor intensidad en la intervención de estos legisladores autonómicos, por lo menos, en este punto crítico del establecimiento de obstáculos a la libre ruptura. Además, la solución elegida para atender la situación de necesidad de uno de los ex convivientes, como consecuencia de la disminución de su capacidad de obtener ingresos, como consecuencia de la convivencia pasada o de la atención futura que debe prestar a los hijos comunes, no carecía de alternativa. Ésta habría sido remitirle al sistema de seguridad social, en vez de hacer recaer en el otro ex conviviente esa carga, en lo que vaya más allá del enriquecimiento que haya podido obtener por la dedicación pasada del necesitado a la familia (33). La opción adoptada no incrementa el

lada en nota anterior, que afecta al artículo 1.1 LUEP, por cuanto se impone el estatuto legal (cuasi matrimonial) a las parejas de personas de diferente sexo sin hijos comunes, con tal que convivan durante dos años, mientras que a las parejas de personas del mismo sexo sólo les es aplicable si así declaran quererlo solemnemente (arts. 19 y 21.1), sin que lo que se establece en la disposición transitoria de esta ley —no se ha de contar con el tiempo de convivencia anterior a la entrada en vigor de la ley, salvo que los convivientes o sus herederos declaren otra cosa— evite, a mi juicio, este reproche; y la que afecta a los artículos 34 y 35, por cuando en ellos se reconocen a las parejas de personas del mismo sexo derechos que no se reconocen a las de personas de sexo diferente con hijos comunes. Me remito a lo que expuse en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 126-135. La ley aragonesa no plantea tales problemas.

Aprovecho esta ocasión para salvar dos erratas aparecidas en “La libertad de elección ...”, cit.: en la línea 3.^a de la p. 114, donde dice “por el hecho de que se haya” debe decir “por el hecho de que no se haya”, que es importante porque no se ha generalizado en Europa la convicción de que la unión estable homosexual sea un supuesto más de vida familiar; en la línea 8.^a del último párrafo de la p. 130, donde se dice “conviviente de sexo diferente al fallecido”, debe decir “conviviente del mismo sexo que el fallecido”, puesto que se trata del beneficiario de derechos sucesorios, que es sólo el conviviente supérstite de una unión de dos personas del mismo sexo.

(33) “Ni el derecho penal ni el derecho privado tienen capacidad para solucionar los problemas que provoca el divorcio entre personas de escasa renta. Lo que lleva a un recurso cada vez mayor a sistemas de derecho público y muy especialmente, de seguridad social. Como afirma GLENDON, para los más pobres, el derecho privado no puede hacer más que disolver de forma legal su matrimonio por medio del divorcio y a partir de aquí, el sistema de seguridad social se convierte en básico” (ROCA I TRÍAS, “Las consecuencias económicas ...”, cit., p. 191). Tales afirmaciones me parecen perfectamente válidas no sólo para la disolución del matrimonio sino, con mayor razón todavía, para la ruptura de la unión libre.

gasto público, pero se hace al coste de arriesgarse a desnaturalizar el carácter libre y no matrimonial de las uniones reguladas por estas leyes.

Además, en el caso catalán, la interpretación más plausible de los artículos 3.1 y 22.1 LUEP es la que hace de esta pensión periódica prevista en sus artículos 14 y 31.2 un mínimo irrenunciable anticipadamente por cualquiera de los convivientes. En otro lugar (34) propuse una interpretación restrictiva, por exigencias de la libre ruptura de las uniones no matrimoniales, que permitiese considerar irrenunciable anticipadamente sólo la compensación económica por enriquecimiento injusto, prevista en los artículos 13 y 31.1, que es la que no supone coartar esa libre ruptura, para lo cual me apoyé en el tenor literal de los artículos 3.1 y 22.1, que hablan de “compensaciones económicas”, como en los artículos 13 y 31.1, mientras que en los artículos 14 y 31.2 se habla de “pensión alimentaria periódica”, que es la que coarta o puede coartar injustificadamente la libre ruptura de la unión no matrimonial. Ahora bien, esa propuesta interpretativa me parece menos plausible, puesto que en los artículos 3.1 y 22.1 se deja clara la irrenunciabilidad anticipada “para el caso de cese de la convivencia... de los derechos que regula este capítulo”, y ese plural “derechos” tiene sentido sólo si comprende tanto la compensación económica por enriquecimiento injusto, como la pensión alimentaria periódica. Además, con la expresión “compensaciones económicas” de los artículos 3.1 y 22.1 se está refiriendo también a la pensión alimentaria periódica, ya que con ésta se está compensando la reducción de la capacidad para obtener ingresos, es decir, que es una pensión compensatoria, cuyo contenido se limita a prestar alimentos. Precisamente por esta naturaleza compensatoria, porque no se establece entre familiares —los ex convivientes no lo son—, y, sobre todo, porque es más conforme a la exigencia constitucional de

(34) “La libertad de elección ...”, cit., pp. 127 y 128.

garantizar la libre ruptura de las uniones no matrimoniales, derivada del derecho a no estar casado a menos que se haya prestado expresamente un consentimiento matrimonial (arg. arts. 10.1, 32.1 *a contrario* y 32.2 CE), es por lo que sería defendible que tal pensión fuese renunciante anticipadamente, es decir, que no le fuese aplicable la regla de irrenunciabilidad del artículo 270.1 del CF catalán, subsidiariamente aplicable a los alimentos legales con regulación específica (art. 272 del mismo Código). En cambio, parece que se ha optado por dejar clara su irrenunciabilidad anticipada, por si hubiera dudas al respecto (35).

242

Por su parte, está por ver hasta qué punto el legislador aragonés ha dejado libertad a los convivientes para excluir la compensación por enriquecimiento injusto o la pensión compensatoria alimenticia, previstas en el artículo 7.1 y 2 LPENC. Y es que en su artículo 5.1 se empieza diciendo que “la convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes podrán regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad de pactos”, sin excluir de esa libertad de regulación ninguno de los derechos previstos en la misma ley, pero ya me resulta sospechoso que lo que pueden pactar sea la regulación de los derechos y obligaciones correspondientes, y no la renuncia anticipada o la exclusión de los derechos reconocidos en esta misma ley. Sospecha que se confirma cuando en ese mismo apartado se establece como límite de esa libertad de pactos “que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes”, como límite adicional al de que tales pactos “no sean contrarios a las normas imperativas aplica-

(35) También opina ROCA I TRIAS (*Institucions ...*, cit., pp. 450 y 451) que la LUEP debería haber dejado libertad para excluir los efectos de sus artículos 13, 14 y 31, sustituyéndolos o no por otras prestaciones; y que esta limitación está construida por analogía con la doctrina de irrenunciabilidad previa de la pensión compensatoria, pero olvidando que ahora no se trata de regular el matrimonio, sino otro tipo de convivencia.

bles en Aragón”. Me temo que no va a ser muy difícil sostener que la pensión compensatoria de alimentos es uno de esos derechos, que no puede ser perjudicado por pacto de renuncia anticipada; y esto me preocupa más que sea irrenunciable la compensación por enriquecimiento injusto del artículo 7.1, porque ésta no plantea problemas en relación a la libre ruptura, como antes expliqué. Si mis temores se confirmaran, en qué quedaría ese principio de libertad, no ya de pactos, sino de elección entre uniones con o sin verdadera libre ruptura (arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE). Y, ya que en ese mismo artículo 5.1 se habla de dignidad, ¿en qué queda ésta cuando a alguien se le puede obligar a correr con el sustento de su ex conviviente —¡con quien no se casó!—, después de haberle compensado por el eventual enriquecimiento injusto y de pasar la correspondiente pensión alimenticia para los hijos comunes? ¿Con base en qué se ha decidido que sea el ex conviviente y no el sistema público de seguridad social el que deba correr con el sustento del otro? Un verdadero y eficaz Estado de bienestar se debería ocupar de estas prestaciones, en vez de subvencionar a las clases medias, por ejemplo, en la actual regulación de la pensión de viudedad, que no atiende a situaciones de necesidad (36).

243

Pero el respeto al legislador democrático obliga a buscar interpretaciones que no conduzcan a resultados inconstitucionales. No me parece correcto afirmar tajantemente, sin más, la inconstitucionalidad de la leyes catalana y aragonesa de parejas, porque obstaculizando injustificadamente la libre ruptura de tales uniones éstas dejan de ser libres y, no habiendo *tertium genus* (37), pasan a ser matrimoniales. Y es

(36) Un análisis del fundamento de la pensión de viudedad, tal como está hoy regulada, lo he hecho, con comentario de tesis similares y contrapuestas, en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 94-98.

(37) FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 179 y 180 dice considerar conveniente la creación por el legislador de una figura intermedia, entre el matrimonio y la unión libre no regulada jurídicamente, por la que pudieran optar las parejas, por ejemplo,

que la vinculación negativa del legislador a la Constitución (*favor legislatoris*, principio democrático, principio de conservación de los actos jurídicos) creo que nos obliga a mantener la constitucionalidad de la ley, circunscribiendo a los preceptos relativos a la pensión compensatoria alimenticia la posible invalidez, por infracción del derecho a no estar casado si no se ha prestado expresamente consentimiento matrimonial (arts. 10.1 y 32 CE). Es más, ese mismo trato de favor para con la ley creo que nos obliga a buscar una solución que evite, incluso, la declaración de inconstitucionalidad de tales preceptos.

Yo he propuesto, en relación a la ley catalana, que se salve la constitucionalidad de los mismos, interpretándolos “en el sentido de que tales pensiones no puedan alcanzar una cuantía tal que condicione la libre ruptura de la unión, hasta el extremo de que el obligado a prestarla vea significativamente mermados sus ingresos disponibles para sí mismo, atendiendo a su nivel de vida normal” (38). Pero si, en aplicación de tales preceptos, resultase obligado a pagar una cantidad que le supusiese esa merma significativa, no parece que pudiera interponer recurso de amparo ante el TC con-

mediante su registro, o que pudieran excluir manifestando su voluntad en ese sentido; esa figura intermedia incorporaría algunos de los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges, sin concretar cuáles. Yo creo que ningún obstáculo constitucional habría si tal figura intermedia fuese una unión libre parcialmente asimilada al matrimonio, como vengo defendiendo, siempre que esa unión no sea matrimonial, por ser posible su extinción por decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes, sin necesidad de que concurra una justa causa. Pero me parece imposible imaginar una figura intermedia de comunidad de vida, que no sea ni matrimonio ni unión libre, ya que si se excluye la libre ruptura será matrimonial, y si se reconoce tal libertad de romper en cualquier momento se tratará de una unión libre; otra cosa es que ésta esté dotada o no de un estatuto propio de derechos y deberes, sustancialmente diferente al del matrimonio. ¿Será ese *tertium genus* estas parejas no casadas, que pueden disolverse por decisión inmotivada de cualquiera de sus integrantes –hasta aquí uniones libres–, pero que la ley obstaculiza mediante la imposición de pensión compensatoria –esto es, propio de matrimonios–? En mi opinión, no, porque si tales pensiones dan derecho a obtener más de lo que corresponda por enriquecimiento injusto, entonces estamos ante uniones matrimoniales tácitas encubiertas, y esto es inconstitucional, como he demostrado.

(38) “La libertad de elección ...”, cit., p. 126.

tra la sentencia firme de condena al pago de esa cantidad, por violación de su derecho a no estar casado si no presta expresamente consentimiento matrimonial, ya que ni el artículo 10.1 ni el 32 CE reconocen derechos amparables por esa vía (art. 53.2 CE); pero sí es posible la cuestión de inconstitucionalidad, para que el legislador negativo se pronuncie al respecto. Mientras esto no suceda, yo creo que la eficacia directa de los artículos 10.1 y 32.1 CE (art. 5.1 y 3 LOPJ) permite impedir que la cuantía de tales pensiones suponga esa merma significativa, cuestión ésta que se habrá de resolver en la jurisdicción ordinaria, que no me parece, precisamente, la solución más conveniente, en aras de la seguridad jurídica. Y si lo que sucede es que se pacta anticipadamente una pensión de este tipo, considero discutible que su cuantía pueda mermar significativamente los ingresos disponibles del obligado —dependerá de que aceptemos o no que mediante el pacto se puede llegar más allá de lo que la ley puede establecer imperativamente—, pero es indiscutible que no puede llegar al extremo de ahogarlo económicamente (39), por cuanto, como señalé en otro lugar (40), entiendo que el libre desarrollo de la personalidad exige que a la libre ruptura de una unión sólo pueda renunciarse contrayendo matrimonio en una de las formas legalmente previstas (arts. 10.1 y 32 CE); tratándose de normas imperativas (arg. art. 9.1 CE), o integrando esta irrenunciabilidad nuestro orden público, sería nulo (arts. 6.3 y 1255 C.c.) un pacto que hiciese ilusoria esa libertad de romper en cualquier momento una unión no matrimonial.

Creo, sin embargo, que esa interpretación que propuse de los artículos 14 y 31.2 LUEP y 7.2 LPENC conduce a resultados poco convenientes. Ya he mencionado la enor-

(39) El estrangulamiento económico (*Knebelung*) es, junto a la lesión de obligaciones legales de manutención, el límite que propugna BUSCHE J. («*Unterhaltsansprüche nach Beendigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften*», JZ 1998, pp. 395 y 396).

(40) “La libertad de elección ...”, cit., p. 127.

me inseguridad que entraña, a lo que habría que agregar el escaso ámbito de aplicación efectiva de tales pensiones, al que conduce, puesto que casi siempre será significativa la merma de ingresos que habrá de sufrir el obligado a pagarla (41). Hay que procurar que la interpretación de un precepto legal no sólo conduzca a una solución no contraria a la Constitución, sino también que mantenga un nivel significativo de utilidad o aplicabilidad del precepto en cuestión. Es por esto por lo que propongo, tanto para la regulación catalana como para la aragonesa, considerar que en ningún caso se pueda obtener por la vía de la compensación o por la de la pensión más que el enriquecimiento injusto obtenido por el obligado a pagarlas. Es decir, una vez cifrada la cuantía de ese enriquecimiento, se determinará la parte que se satisface por la vía de la compensación, de forma que la pensión adicionalmente solicitada no pueda exceder en su cuantía del resto del enriquecimiento obtenido por el deudor. En las propias leyes hay alguna base para esta interpretación: la exigencia de que sean reclamadas de forma conjunta tanto la compensación como la pensión, “a efectos de su adecuada ponderación” (art. 16.1 LUEP), o de forma que “se puedan ponderar más adecuadamente” (art. 32.1 LUEP) o “equilibradamente” (art. 7.3 LPENC) (42).

(41) Pero es que, aun así, la solución propuesta conduciría a la concesión de pensiones compensatorias de cuantía irrisoria, en la mayoría de los casos, para evitar que supongan una merma significativa en el nivel de vida del obligado a prestarlas, dado el nivel medio de ingresos de nuestro país. Parece que sólo en los segmentos de población con ingresos muy superiores a la media podrán concederse pensiones de este tipo que no sean irrisorias y que no mermen significativamente el nivel de vida del deudor. Será, pues, una fuente inagotable de conflictos, que debería hacer recapacitar a los legisladores autonómicos para suprimir tales pensiones, a menos que la cuestión quede zanjada por el legislador negativo, si es llamado a pronunciarse, declarando su inconstitucionalidad.

(42) Es más, esto mismo parece ser que era lo que inspiraba el artículo 8 del texto de la proposición de ley, que es el artículo 7 LPENC en su redacción definitiva, por lo que puede desprenderse de las siguientes palabras del Sr. Diputado Tejedor Sanz, al presentar ese proyecto al pleno de las Cortes de Aragón para su debate y votación: “... en el artículo 8 de la proposición de ley ... se establecen cuáles serán los efectos patrimoniales en el supuesto de que se extinga en vida la

De esta forma, en primer lugar, se elimina totalmente el reproche de inconstitucionalidad por obstaculizar indebidamente la libre ruptura, ya que no se compensa más que el enriquecimiento injustamente obtenido; en segundo lugar, desaparece la inseguridad que suponía tener que determinar lo que entraña una merma significativa del nivel de vida del deudor, obligado al pago de la pensión; y, en tercer lugar, se mantiene la aplicabilidad efectiva de los preceptos relativos a la pensión.

El establecimiento de pensiones destinadas a compensar pérdidas en cuantía superior al enriquecimiento obtenido por el obligado a prestarlas no es la única forma de desvirtuar u obstaculizar ilegítimamente la libre ruptura de una unión no matrimonial. Considero que imponer indemnizaciones por los perjuicios que la ruptura ocasiona a uno de los convivientes, a cargo del que toma la decisión de disolver la unión también es otra forma de obstaculizarla, si tales indemnizaciones han de ser satisfechas en supuestos diferentes a aquellos en los que haya habido mala fe en el ejercicio del derecho a la ruptura, es decir, si su cobertura legal no es la del artículo 7.1 C.c. Si se acepta esta premisa, se estará de acuerdo conmigo en que sólo serán resarcibles los daños y perjuicios que se deriven de la forma en que se haya puesto en práctica la decisión de romper, y no por esta decisión en sí misma. Como también se estará de acuerdo en que debe ser irrelevante a estos efectos la causa que haya motivado esa decisión. No olvidemos que aquí no hay compromiso alguno de continuar la unión, por lo que sólo la forma de liquidar la situación, y no la decisión de

pareja de hecho y, especialmente, *si se ha producido una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto; en ese caso, la ley prevé tanto la exigencia de una compensación económica por parte del conviviente perjudicado en una serie de supuestos que se recogen, como la posibilidad de exigir al otro una pensión, si la necesitara para su sustento o en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes le impidiera la realización de actividades laborales*" (la cursiva es mía, Diario de sesiones de las Cortes de Aragón, n.º 101, 1999, V legislatura, p. 4508).

hacerlo ni sus motivos, puede ser enjuiciada a la luz de las exigencias de la buena fe. Es más, incluso, aunque hubiera existido una (irrelevante) promesa de continuar la unión o, si es posible entre los convivientes, de contraer matrimonio—sólo relevante a los efectos del art. 43 C.c.—, tomar la decisión de romper es algo que, en sí mismo, no es contrario a la buena fe, y no genera derecho a percibir indemnización alguna. Y es que los que integran una unión no matrimonial saben o deben saber que ésta puede terminar en cualquier momento, por decisión de cualquiera de ellos sin necesidad de que medie justa causa (43).

A este respecto, la ley francesa sobre el pacto civil de solidaridad contiene una previsión de dudoso alcance. Y es que prevé la reparación del daño eventualmente sufrido, sobre lo que el juez decidirá, así como sobre las consecuen-

(43) Sin embargo, en la STS de 16.12.96 (ponente, el Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), con base en el artículo 1902 C.c., se mantuvo la condena al pago de una indemnización por negligencia al no haber previsto las consecuencias de la ruptura de la unión, en un caso en el que la convivencia se había iniciado con promesa de matrimonio. En mi opinión, esa posible negligencia no implica mala fe en el ejercicio del derecho a romper la unión libremente, por lo que tal indemnización no procedía; otra cosa es que fueran resarcibles daños producidos como consecuencia de la decisión de no contraer el matrimonio prometido, pero sería con base en el artículo 43 C.c., y sin que fuera determinante a estos efectos la decisión de romper la unión libre—esto no es, sin más, ruptura de la promesa de contraer matrimonio—. Otro tema es que haya habido enriquecimiento injusto, cuya compensación ha de realizarse, pero sin tener nada que ver con la responsabilidad civil. GARCÍA RUBIO, M. P. (*Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil—CCJC—*, n.º 43) critica que la cantidad de dinero fuera concedida por resarcimiento *ex artículo* 1902 C.c., cuando no estaba nada clara la imputabilidad subjetiva, ya que no prever en la unión libre las consecuencias de la ruptura no es negligencia en el sentido de dicho precepto (p. 410); y no por enriquecimiento injusto, que el TS negó explícitamente, similar al de los artículos 1438 C.c. y 23 de la Compilación catalana entonces vigente (p. 411).

También en la STS de 04.06.98 (ponente, el Excmo. Sr. Barcala y Trillo-Figueroa) se mantuvo una pensión indemnizatoria, “por el factor desestabilizador que le supuso la cesación de la convivencia” a uno de los convivientes, ahora, con base en el artículo 98 C.c., aplicado por analogía. Creo que también así se obstaculiza indebidamente el ejercicio del derecho de libre ruptura de una unión no matrimonial, y que no puede ser el hecho de la cesación de la convivencia, sino la forma en que se practique ese cese la que, si es contraria a las exigencias de la buena fe del artículo 7.1 C.c., puede dar derecho a percibir una indemnización, y no por la vía de la aplicación analógica de una consecuencia prevista para la nulidad del matrimonio.

cias patrimoniales de la ruptura, en defecto de acuerdo entre las partes (art. 515-7 *in fine* del *Code civil*); y el Consejo Constitucional se ha apresurado a advertir que toda cláusula que prohíba el ejercicio de este derecho a la reparación deberá ser tenida por no escrita. Pues bien, si por tales daños se llegase a entender, sin más, los que ésta ocasione al abandonado, por el hecho de la ruptura, estaríamos ante un obstáculo ilegítimo a la libre ruptura de una unión no matrimonial. Ningún problema, en cambio, existe si se circunscribe tal reparación a los daños derivados de la manera en que se haya roto esa unión; esto es, si no ha sido notificada al otro esa decisión, dirigiendo copia de esta notificación al tribunal de instancia ante el que se presentó el pacto inicialmente (art. 515-7.3 del *Code civil*); por lo tanto, ningún reproche cabe hacer al respecto si para nada se entra en si se tiene o no la facultad de romper la unión en cualquier momento, sin necesidad de que concurra una justa causa, siendo inválido cualquier compromiso sobre la continuación de la vida en común, sino tan sólo en la forma de ejercitar tal facultad. ¿O es que se trata del daño derivado del incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes, anterior a la ruptura, posibilidad que ya ha sido apuntada (43 bis), en cuyo caso, tampoco se plantearía problema alguno por lo que respecta al ineludible respeto a la libre ruptura de una unión no matrimonial?

Considero que también es un obstáculo que puede desvirtuar la libre ruptura de una unión no matrimonial, la atribución del derecho a usar la vivienda al conviviente no titular de ella, en caso de separación, ya que si esto va a suponer que el titular ha de buscarse otro lugar para vivir, me parece que así se estaría también entorpeciendo significativamente el ejercicio del derecho a poner fin en cualquier momento a esa unión, sin necesidad de que medie una justa causa —lo es la decisión misma de no continuar

(43 bis) LEMOULAND, *op. cit.*, p. 485.

esa relación—, tanto si tomamos en consideración el perjuicio económico como el moral o afectivo, al tener que abandonar el titular su vivienda y tener que buscarse otra. De esto se deduce que no procede aplicar por analogía a las uniones no matrimoniales sin hijos comunes la regla contenida en el artículo 96.3 C.c. (44).

250

Pues bien, consecuentemente con estas premisas, hay que entender que los pactos entre convivientes, en virtud de los cuales se reconozca derecho a percibir en su día indemnizaciones por ruptura, más allá de los casos en que tales pretensiones estén amparadas por la regla del artículo 7.1 C.c. (mala fe en el ejercicio del derecho de libre ruptura), o se atribuya al no titular el derecho a usar la vivienda familiar —sobre todo si esto supone que su titular debe abandonarla— en caso de ruptura, sólo serán válidos si no hacen ilusorio el derecho del otro a romper esa relación en cualquier momento y sin necesidad de que medie una justa causa, ya que el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no ser tratado como casado a menos que se haya prestado consentimiento matrimonial (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE) serían límites a la libertad contractual (art. 1255 C.c.), bien como normas imperativas, bien como principios de orden público.

La libre ruptura de una unión es, por lo tanto, lo que permite calificarla como no matrimonial y, en consecuencia,

(44) Así, en la STS de 30.12.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes), aunque había un hijo común mayor de edad. Sin embargo, en las SSTs de 16.12.96, citada en nota anterior, y 10.03.98 (ponente, el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz) se aplicó esa norma a uniones libres. Aunque en la segunda de estas dos últimas sentencias la fundamentación se hace con base en un principio general de Derecho, consistente en "la protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho", es decir, recurriendo a la analogía *iuris*, creo que en realidad, como en el caso de la sentencia anterior, se aplicó por analogía la norma del artículo 96.3 C.c., sin perjuicio de la plausibilidad de la existencia de ese principio general. Lo que sucede es que tal principio no podrá dar lugar a consecuencias que desvirtúen la libre ruptura de las uniones no matrimoniales, pues, de lo contrario, se vulneraría el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no ser tratado como casado cuando no se ha prestado consentimiento matrimonial (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE).

poder imponer su estatuto legal a los convivientes con independencia de que lo quieran, ya que en tales casos no se puede decir que alguien esté casado sin que lo haya consentido expresamente. Configurar e imponer imperativamente un estatuto legal intenso, pero no sustancialmente equiparable al del matrimonio, para las uniones libres que siguen sin ser matrimoniales, al estar garantizada realmente y no coartada su libre ruptura, no es contrario a la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, es decir, al derecho a no casarse aunque se conviva, sino que es una opción de política legislativa, más o menos acertada o electoralmente arriesgada, pero no inconstitucional. Es por esto por lo que no me parece que lo sea una norma que extienda a los convivientes en unión libre la protección social dispensada a los casados (seguridad social, acceso a ayudas oficiales, fiscalidad, función pública, Derecho laboral, etc.), si subsisten diferencias significativas entre los derechos y deberes recíprocos que integran el estatuto legal del matrimonio y los eventualmente reconocidos a los convivientes en unión libre (45).

251

Por otra parte, hemos de ser conscientes de que la libre ruptura de la unión no matrimonial provoca una sustancial rebaja de la intensidad de los posibles estatutos legales de uniones libres, en comparación con el estatuto matrimonial, por cuanto una vez disuelta la unión, matrimonial o no, ya no deben seguir sometidos al correspondiente estatuto, como no sea tan sólo a los efectos de arreglar cuentas pendientes, generadas mientras duró esa unión — pensemos en la com-

(45) Una norma en este sentido se encuentra en el artículo 18 LPENC aragonesa, según el cual, “los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tengan carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada”. En mi opinión, aunque también hubiese sido extendida la fiscalidad aragonesa para los matrimonios, este precepto no sería inconstitucional, ya que esta ley mantiene diferencias sustanciales en los derechos y deberes recíprocos entre cónyuges y entre convivientes. En la doctrina parece no plantear problemas la equiparación de matrimonios y uniones libres en lo relativo a protección social (*vid.* nota 25).

pensación del enriquecimiento injusto—. Pues bien, la posibilidad de disolver la unión no matrimonial unilateralmente y sin necesidad de que concurra una justa causa deja en manos de cualquiera de los convivientes no casados entre sí la subsistencia de eventuales estatutos legales de uniones libres; si uno opta por disolver la unión, en principio, sólo quedará pendiente la liquidación de sociedades, o de comunidades de bienes, o la reparación del enriquecimiento injusto, es decir, conforme a las normas de Derecho de obligaciones (46). Es por esto por lo que no veo inconveniente constitucional alguno en que se configuren estatutos legales de uniones libres, que supongan una fuerte intervención y una notable aproximación al estatuto matrimonial, siempre que no sean sustancialmente equiparables, y con tal de que quede a salvo la libre ruptura de la unión no matrimonial. Es más, si se dan esas dos condiciones —no equiparación sustancial de estatutos y libre ruptura de la unión no matrimonial—, ya he dicho que no hay inconveniente constitucional alguno en que no se requiera una declaración solemne de los interesados para que les sea aplicable tal estatuto de uniones libres, ni para que éste sea imperativo, si el legislador considera conveniente una intervención intensa en la protección del conviviente más débil o de los terceros, al amparo de los artículos 9.2 y 39.1 CE, asumiendo, claro está, su responsabilidad política ante el electorado.

Me parece, pues, haber demostrado que es la posibilidad o no de libre ruptura la característica definitoria de las uniones no matrimoniales frente al matrimonio (47), y no la

(46) Analizando la jurisprudencia del TS, ROCA I TRIAS, E. ("El régimen económico de las parejas de hecho", en *Las uniones de hecho*, cit., Cádiz, 1995, p. 46) llega a la conclusión de que no son normas de Derecho de familia sino de Derecho general de las obligaciones las que regulan las relaciones económicas entre los convivientes, como consecuencia de la ausencia de matrimonio.

(47) Advierten explícitamente esta diferencia, aunque no siempre se la considere como la única esencial, entre otros: GARRIDO PALMA, M., y REGOJO OTERO, A.: "La familia no matrimonial", *Revista general de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, noviembre 1986, pp. 619 y 620; LACRUZ BERDEJO, J. L.: "Convivencia «more uxorio»:

ausencia de solemnidades para constituir la unión, ni la inexistencia de un estatuto de derechos y deberes (48) recíprocos y respecto a terceros. De lo que ahora se trata es de valorar si esa diferencia es o no de suficiente entidad como para negar la aplicación analógica a las uniones libres de las

estipulaciones y presunciones”, en *Centenario del Código civil*, asociación de profesores de Derecho civil, Madrid, 1990, p. 1066; FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 163 y 164; VALPUESTA FERNÁNDEZ, “La institucionalización ...”, *cit.*, p. 53; LEVENEUR, L.: “Les dangers du contrat d’union civile ou sociale”, *La Semaine Juridique*, 1997, p. 514; LLEBARÍA SAMPER, “Consecuencias de una convivencia ...”, *cit.*, p. 1627.

No faltan, empero, autores que niegan que la libre ruptura sea una diferencia esencial entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales: CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H.: “Hacia una nueva concepción del matrimonio”, *La Ley*, 1983-II, pp. 1297-1299, que considera opresor el matrimonio-vinculación, no disoluble por denuncia unilateral; el mismo autor ha sostenido en otro lugar [“Lo que sí es y lo que no es el matrimonio”, *ADEE*, vol. XII (1996), pp. 259 y ss.] que son dos los modelos básicos de matrimonio: el romano, basado en la *affectio*, sin vinculación, con libre ruptura, y el hebreo-cristiano, sin libre ruptura (p. 266), propugnando un matrimonio basado en ese modelo romano, como “unión del hombre y de la mujer que han exteriorizado, de determinada forma prevista en la Ley, su propósito de convivencia estable” (p. 275). CALAIS-AULOY, M. T.: “Pour un mariage aux effets limités”, *Revue trimestrelle de droit civil (RTDC)*, 1987, n.º 2, pp. 260-264, considera que el matrimonio debería ser, en principio, disoluble por el transcurso de veinte años desde el nacimiento del último hijo, o en cualquier tiempo por voluntad unilateral mientras no haya hijos, sin perjuicio de prever la opción por un matrimonio por tiempo indefinido, aunque en este caso no sé si también admitiría la libre ruptura. HAUSMANN R.: *Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und Vermögensausgleich*, Munich, 1989, pp. 91 y ss., para quien es irrenunciable la libre disolubilidad de las comunidades de vida, ya que considera ajenos al Derecho el amor, la comprensión, la disponibilidad a la ayuda, la fraternidad y todo lo que constituye el aspecto personal de la comunidad de vida, lo cual no se puede presentar de forma distinta en los matrimonios; de acuerdo con esta idea, PAWLOWSKI, *op. cit.*, pp. 1037 y 1038. REINA-MARTINELL, *Las uniones ...*, *cit.*, p. 16.

(48) Sin embargo, no es infrecuente que, al señalar las diferencias entre las uniones libres y el matrimonio se diga que son las tres aquí analizadas: la formalización solemne, la existencia de un estatuto legal de derechos y deberes, y la exclusión de la libre ruptura. Así, puede citarse la STS 22.07.93, o lo que yo mismo dije en *La unión libre ...*, *cit.*, pp. 27, 28 y 57; en uno y otro caso se estaba argumentando sobre la inexistencia de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones libres, para rechazar la aplicación analógica de las normas del primero a las segundas. Como he puesto de manifiesto en el texto, sólo la exclusión de la libre ruptura es la diferencia esencial. Por lo tanto, es a ella a la que, primordialmente, se ha de atender para valorar si existe o no tal identidad de razón. Otra cosa es que, conforme a nuestra Constitución, además de la exclusión de la libre ruptura, no deban admitirse los matrimonios tácitos, y que deba regularse un estatuto propio del matrimonio.

normas sobre el matrimonio, lo cual dependerá de que se aprecie o no identidad de razón entre los supuestos de hecho regulados (la unión matrimonial) y los que no lo están (las uniones libres), tras, en su caso, constatar que hay laguna.

III. Lagunas legales y uniones libres. ¿Existe identidad de razón entre éstas y el matrimonio? Respeto a la libertad de elección entre matrimonio y unión libre. No discriminación entre casados y solteros

254

Para que proceda la aplicación analógica de las normas es necesario, en primer lugar, constatar que hay una laguna legal; en segundo lugar, que existe identidad de razón entre los supuestos no contemplados y el que es regulado por la norma cuya aplicación analógica se plantea; y en tercer lugar, que no se trata de una norma excluida de la analogía (arts. 4.1 y 2 C.c.).

Por lo que respecta a la primera cuestión, relativa a si existen o no lagunas en materia de uniones libres, hay que partir, según creo, de la siguiente premisa: por el solo hecho de que no existiesen normas que regulasen de forma general o puntual las uniones libres, no podría afirmarse, sin más, que existan tales lagunas. Éstas no existen por el solo hecho de que no encontremos preceptos que se refieran a tales uniones, sino por su no previsión normativa, esto es, como fenómeno no contemplado en forma general o puntual por el legislador, que no es exactamente lo mismo. Podemos estar seguros de que los legisladores de todas las épocas han conocido el fenómeno de las comunidades de vida, esto es, de cuidados y responsabilidades recíprocos, exclusivas y duraderas, que van más allá del simple hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas. Lo han tenido que conocer no sólo por experiencia personal o por su conoci-

miento de experiencias ajenas, sino porque, sin necesidad de recurrir a inspiraciones divinas, es la base o la referencia sobre la cual se decide intervenir configurando la institución del matrimonio, para el que sólo se aceptarán algunas de esas comunidades de vida, excluyendo en tales supuestos su libre ruptura. Y, a partir de la intervención del Derecho, es decir, de la sociedad jurídicamente organizada, nos encontramos con comunidades de vida matrimoniales y libres, y entre estas últimas con unas que pueden llegar a ser matrimoniales y otras que no pueden dejar de ser libres.

Pues bien, así las cosas, si se regula el matrimonio y no las uniones libres, hay base suficiente para pensar que la voluntad del legislador ha sido que lo establecido para la unión matrimonial no valga para las no matrimoniales. Podemos, por lo tanto, aceptar, en principio, la existencia de una suerte de cláusula general de exclusión de las uniones libres en todos aquellos efectos previstos para el matrimonio, a menos que el propio legislador establezca, caso por caso, la extensión de tales efectos. Y es que la institución del matrimonio no es creada de la nada ni cae del cielo, sino que es la respuesta del Derecho a una serie de necesidades —si no exclusivamente, ni, acaso, ya tampoco primordialmente, sí responde al evidente interés social en dotar de un marco de estabilidad a la procreación y/o al cuidado y educación de los hijos comunes—, tomando como punto de partida esas comunidades prejurídicas de vida, aceptando algunas de ellas, y en éstas se sanciona jurídicamente el pacto de renuncia a la libre ruptura, quedando las demás uniones, tanto las que no pueden acceder al matrimonio, como las que, pudiendo, no accedan al mismo, como libres. Podemos, por lo tanto, partir de que el matrimonio y las uniones libres no sólo son situaciones diferentes sino jurídica y realmente contrapuestas. Esto es tanto como decir que no podemos aceptar, por lo menos, como regla, que existen lagunas por el hecho de no regular las uniones libres, ya que lo

que ha de presumirse, salvo prueba en contrario, es que el legislador ha querido reservar exclusivamente a las uniones matrimoniales los efectos jurídicos previstos para el matrimonio.

Y los jueces y tribunales, sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), deben actuar en consecuencia, respetando la opción del legislador, que es excluyente de las uniones libres, cuando no les extiende los efectos del matrimonio, a menos que exista trato discriminatorio, o que se esté en condiciones de demostrar que esa voluntad excluyente del legislador ya no persiste, por haber quedado superada por la evolución posterior de la moral o del Derecho, en relación al fenómeno de las uniones no matrimoniales, en cuyo caso podremos apreciar la existencia de una laguna sobrevenida. Si así sucede, la consecuencia no será, sin más, la aplicabilidad por analogía a tales uniones de las normas sobre el matrimonio, sino la procedencia de la valoración de si existe o no identidad de razón entre unos supuestos y otros. Y sólo si hay identidad de razón podrá acudir a la analogía, a menos que ésta esté prohibida.

256

En alguna ocasión nuestro TS se ha pronunciado explícitamente sobre si existen o no lagunas en materia de uniones libres. Es de destacar la STS de 30.12.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes), que casó la dictada en segunda instancia, que había aplicado por analogía a una ruptura de una unión libre normas sobre el uso de la vivienda y pensión compensatoria para los matrimonios (arts. 96 y 97 C.c.). Tras recordar doctrinas contenidas en sentencias anteriores (18.02 y 22.07.93) sobre improcedencia de la analogía *legis*, afirmó que no había laguna legal que completar, sino respeto al derecho a no contraer matrimonio de quienes, pudiendo contraerlo, han optado por no hacerlo, por lo que recurrir a la analogía implicaría violentar la competencia del legislador, que es al que la Constitución (arts. 39 y 53.3 CE) ha dejado la decisión acerca del grado de protección de la familia, en este caso, de la unión

no matrimonial (49). En otras resoluciones se ha negado también la analogía con el argumento del respeto a la opción de no casarse, ejercitada por quienes podrían haberlo hecho (SSTS 21.10.92, 27.05 y 24.11.94 y 04.03.97). Este argumento, así formulado, presenta flancos débiles, que pueden provocar que se vuelva en contra de lo que se pretende: si la unión libre está integrada por quienes no pueden contraer matrimonio entre sí, ¿procede en tal caso la analogía? (49 bis); los convivientes que, pudiendo contraer matri-

(49) “La inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, pues en infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto al libre albedrío, ... de tal manera que someter su voluntad al establecer una situación de «facto» a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica, puede constituir un ataque frontal a su libertad. En el caso que nos ocupa no hay, pues, laguna de ley, sino respeto al libre albedrío, al derecho subjetivo de quien pudiendo no quiere contraer matrimonio y de quien, también pudiendo a partir de una determinada fecha, no quiere la ruptura de un vínculo anterior ... Tampoco resulta baladí recordar que, aunque la legislación sobre matrimonio y familia pueda variar en un momento dado, en la actual concreción jurídica no cabe alegar el artículo 39 de la Constitución para reclamar la protección jurídica de la familia creada al amparo de una unión de hecho, pues se encuentra enmarcado en el Título I, Capítulo Tercero, y el artículo 53.3 establece que «el reconocimiento, el respeto, y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», pero «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», lo que implica una reserva de ley que no cabe violentar mediante la analogía” (FD 2.º).

(49 bis) Creo haber demostrado (“La libertad de elección ...”, cit., pp. 88-111) que el hecho de que no puedan ser formalizadas matrimonialmente ciertas uniones libres no es argumento suficiente para equiparar tales uniones a los matrimonios. Pues bien, considero que tampoco para que proceda la aplicación analógica del estatuto matrimonial, pues no veo por qué entonces sí iba a existir identidad de razón. Con todo detalle creo haber demostrado (“La libertad de elección ...”, cit., pp. 111-122 y 128-135) también que la posibilidad o no de formalizar matrimonialmente una unión libre tampoco es argumento suficiente para establecer diferencias de trato entre esas uniones libres, ni para favorecer a los convivientes que sí podrían casarse entre sí, ni para favorecer a los que no tengan esta posibilidad, salvo que se trate de favorecer a los convivientes con hijos comunes o a los homosexuales, en el primer caso, por su mayor utilidad social, y en el segundo para compensar de alguna manera el rechazo que todavía despierta la homosexualidad no clandestina vivida normalmente en pareja. Y he rechazado (“La libertad de elección ...”, pp. 130-132) que se pueda favorecer a las uniones de homosexuales con el argumento de que no pueden contraer matrimonio, ya que no es cierto que los homosexuales no puedan contraer matrimonio, si lo hacen con una persona de sexo diferente. Y ya antes había demos-

monio entre sí, no lo hacen, no necesariamente rechazan todos los efectos del matrimonio (50). Estos problemas sólo en parte se mitigan si se formula el argumento de libertad en términos objetivos: si alguien opta por no casarse, bien porque decide unirse a alguien con quien no puede hacerlo, bien porque puede pero no quiere, bien porque decide unirse con alguien con quien podría y querría casarse pero es este otro el que no quiere, tiene derecho a que a ningún efecto se le aplique el estatuto de casado; pero esto dependerá de que no exista laguna o de que, habiéndola, no exista identidad de razón entre el matrimonio y la unión libre. Y es que si hay laguna e identidad de razón, y la analogía no está prohibida, procede la aplicación analógica, y la eventual voluntad en contra de los convivientes sólo podría excluir la aplicación de normas dispositivas sobre el matrimonio, pero no de las imperativas. Por lo tanto, considero que no es correcto negar la existencia de laguna porque se respeta el derecho a no contraer matrimonio; lo correcto es afirmar que no hay laguna porque la voluntad del legislador es excluir a las uniones libres de los efectos del

trado que no era discriminatoria para los homosexuales la exclusión de los matrimonios entre personas del mismo sexo, por cuanto toda persona tiene reconocido su derecho a contraerlo con otra de sexo diferente, si reúnen la capacidad necesaria, con independencia de su orientación sexual, no existiendo base constitucional alguna para un supuesto derecho a formalizar matrimonialmente toda unión libre, por lo que no es correcto afirmar que el estatuto matrimonial no es extensible por el juez a los convivientes, por el hecho de que, pudiendo casarse, no lo hacen, ya que toda persona soltera, viva o no en unión libre, tiene reconocido el derecho a contraer matrimonio con otra de sexo diferente y, además, puede ser contraproducente tal argumento, por cuanto podría ser utilizado para defender la aplicación del estatuto matrimonial a los que viven unidos sin poder casarse entre sí (me remito a lo que expuse en 1995 en *La unión libre ...*, cit., pp. 47-51, 68, 69, 157 y 158; y en “La unión libre ...”, cit., pp. 197-199). Pues bien, ahora TALAVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 59) nos explica que la posibilidad o no de transformar la unión de hecho en matrimonio no es argumento para diferenciar entre unas y otras uniones, porque “la existencia de una relación afectiva entre personas del mismo o de distinto sexo, no afectaría en absoluto a la posibilidad que ambos siguen teniendo, individualmente, de acceder libremente al matrimonio con quien deseen, siempre que lo contraigan con una persona del otro sexo”.

(50) Que se rechace la institución no significa que se rechace la relación jurídica matrimonial, dice LLEBARÍA SAMPER (“Consecuencias de una convivencia ...”, cit., p. 1629).

matrimonio, con independencia de cuál sea la razón por la que no se ha contraído matrimonio, o de la voluntad de los convivientes de rechazar o no todos o algunos de los efectos del matrimonio, cuando el legislador establece tales efectos para él y no para las uniones no matrimoniales, como arriba expliqué. Si los convivientes pactan la aplicación de normas relativas al matrimonio, cuya aplicación a las uniones libres no sea ilícita, inmoral o contraria al orden público –por ejemplo, la exclusión de la libre ruptura sí lo sería–, entonces no se aplicarán tales normas por analogía, sino por haberse pactado su aplicación; es decir, que tal aplicación no tendría lugar *ex artículo* 4.1, sino *ex artículo* 1255 C.c., aunque no falten sentencias en las que se mezcle una cosa y otra, y se afirme que procede la analogía si hay pacto entre los convivientes para la aplicación de tales normas (SSTS 18.05 y 21.10.92).

No nos vale, pues, como criterio general, el de la STS 30.12.94, según el cual no existe laguna porque se respeta la decisión de no casarse. Pero he de advertir que tal criterio sí valía para el caso de autos, que es al que hay que atender, ya que en él se trataba de decidir si procedía o no la aplicación por analogía de las reglas sobre atribución de la vivienda y sobre derecho a la percepción de una pensión compensatoria. Y aquí sí me parece clara la inexistencia de lagunas originarias o sobrevenidas, ya que el silencio del legislador es una clara exclusión de su aplicación a las uniones libres, precisamente, por su deseo de respetar, sin desvirtuarlo, el derecho de todo conviviente en unión libre a no ser tratado como casado cuando no se ha prestado el consentimiento matrimonial, es decir, el derecho a la libre ruptura de las uniones no matrimoniales, que es la diferencia esencial entre el matrimonio y las uniones libres. Sin embargo, en otras resoluciones sí se ha admitido la existencia de lagunas, que han sido colmadas con el recurso a la analogía, en tema de uso de la vivienda familiar no habiendo hijos comunes (SSTS 16.12.96 y 10.03.98) y de indemni-

zación por ruptura (STS 04.06.98), que eran, precisamente, las cuestiones planteadas en la STS 30.12.94.

Además, ya he advertido que el hecho de que no existieran lagunas cuando se dictaron las leyes sobre el matrimonio, por la plausible presunción de que la voluntad del legislador fue no extenderlos a las uniones no matrimoniales, tampoco nos proporciona una respuesta definitivamente negativa al interrogante de la existencia de lagunas, ya que con el transcurso del tiempo, la moral y el Derecho pueden evolucionar de tal forma que sea cuestionable si subsiste o no aquella voluntad excluyente. Es el tema de las lagunas sobrevenidas. Habrá que atender, pues, a las convicciones existentes en la época en que fueron promulgadas las normas sobre el matrimonio, y analizar si desde entonces han cambiado tales convicciones y si desde entonces han sido promulgadas otras normas conexas relativas a las uniones libres, así como si han sido o no recientemente modificadas las normas sobre el matrimonio, y si en tales reformas han sido o no reguladas las uniones libres con disposiciones específicas, que las equiparen o no a los matrimonios, etc., de forma que podamos valorar si es o no correcto afirmar que se mantiene esa voluntad excluyente del legislador, que es la que nos permitiría negar la existencia de lagunas.

260

Pues bien, en nuestro país la regulación del matrimonio data de 1981 (ley 30/81, de 7 de julio), por lo que no es tan lejana todavía en el tiempo como para considerar claramente superada la voluntad del legislador por la evolución posterior de la moral y el Derecho. Además, en esa ley sí se establecieron reglas sobre uniones libres, a ciertos efectos: pérdida por el conviviente de su derecho a la pensión compensatoria (art. 101.1 C.c.); causa para que el juez conceda la emancipación a un hijo del conviviente (art. 320.1.º C.c.); derecho a la pensión de viudedad si el conviviente supérstite no pudo contraer matrimonio con el cotizante fallecido por impedirlo la legislación anterior (regla 2.ª de la disp. ad. 10.ª de la ley 30/81); pérdida por el conviviente de la pen-

sión de viudedad, obtenida en aplicación de la citada disp. ad. 10.^a [regla 5.^a de la disp. ad. 10.^a de la ley 30/81, según ha sido interpretada por la STC 126/94 (51)]. Luego, la unión libre no sólo fue contemplada sino que fue destinataria de normas específicas, cuando y a los efectos que se consideró conveniente. Si en otras normas relativas al matrimonio no se hizo referencia a las uniones no matrimoniales, podemos entender que no hubo laguna (imprevisión, defecto en la regulación, atendiendo al plan del legislador), sino exclusión de la extensión de efectos matrimoniales a las uniones libres. Lo que sucede es que en las casi dos décadas transcurridas desde esa reforma del matrimonio la evolución de la percepción del fenómeno de la unión no matrimonial no sólo no se ha detenido, sino que se ha acelerado notablemente, y no sólo en sectores del ordenamiento considerados menos tradicionales o conservadores, y más influidos por los cambios políticos, que el del Derecho civil (Código penal, legislación sobre viviendas de protección oficial, estatuto del refugiado, LOPJ, etc.), sino en ciertos aspectos nada secundarios de este sector del ordenamiento estatal, como la adopción (disp. ad. 3.^a de la ley 21/87), los arrendamientos urbanos (arts. 12 y 16 LAU de 1994), la indemnización por muerte a familiares de la víctima de un accidente de circulación (tabla I del anexo de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, modificada por la disp. ad. 8.^a de la ley 30/95 de ordenación y supervisión de seguros privados), y autonómico, como las leyes catalanas 9/98 sobre el CF, con normas puntuales, y, sobre todo, la 10/98 de uniones estables de pareja, y la aragonesa 6/99 todavía más reciente, que contienen un estatuto (cuasi matrimonial) de esta modalidad de unión libre. Esta legislación civil reciente pone de manifiesto que se ha producido una evolución en la percepción que la sociedad

(51) He comentado críticamente esta sentencia en "La libertad de elección ...", cit., pp. 91-97.

civil tiene del fenómeno de la unión no matrimonial, y que el sector del Derecho que más se identifica con lo que demanda esa sociedad civil no ha permanecido insensible ante tales cambios; pero también que, una vez más, se confirma que, como consecuencia de lo anterior, un Derecho civil propio es una de las señas de identidad (hecho diferencial indiscutible, junto a la lengua) de sociedades diferenciadas, distintas de otras con las que comparten un mismo Estado (51 bis).

262

Atendiendo a esta evolución, una conclusión me parece clara, y es que la unión libre, entendida como comunidad de vida, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que va más allá del simple hecho de compartir unos gastos y las tareas domésticas, estable y exclusiva, ha adquirido la consideración social y jurídica de familia, y no sólo por lo que respecta a la relación de filiación no matrimonial, sino también, y esto es lo más novedoso, en lo relativo a la relación entre los convivientes. Entiendo que no otra cosa es lo que se desprende de los efectos que han sido reconocidos a tales uniones, que son típicamente familiares: derecho a la pensión de viudedad en ciertos casos, pérdida de la pensión compensatoria y, en ciertos casos, de la de viudedad, adopción conjunta, derecho como unidad familiar a recibir una vivienda de protección oficial, derecho a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda familiar, inclusión en la lista cerrada de familiares con derecho a exigir responsabilidad civil por accidentes de circulación, etc. En Cataluña y Aragón esta conclusión resulta todavía más evidente, al existir legalmente previsto o impuesto un estatuto de parejas no casadas, con un contenido tan intervencionista [obligación de contribuir a los gastos comunes, responsabilidad de un conviviente por ciertas deudas contraídas por el otro, derecho a alimentos, adopción conjunta de parejas integradas por per-

(51 bis) Sobre esta cuestión me remito a lo que tengo dicho en "Uniones libres y competencia ...", cit.

sonas de sexo diferente, preferencia para la delación dativa de la tutela, derecho a recibir compensaciones en caso de ruptura, tanto por enriquecimiento injusto como por reducción de la capacidad para obtener ingresos, derecho del conviviente supérstite a que se le entregue en propiedad el ajuar doméstico, etc., por referirme sólo a puntos comunes de una y otra ley autonómica (52)], que lo he calificado como cuasi matrimonial –y, como también he puesto de manifiesto, con riesgo real de ser matrimonial, puesto que puede resultar desvirtuada la libre ruptura. ¿Alguien puede creerse que las parejas sometidas a ese estatuto no tienen una relación jurídica familiar (53)? De haber algunas dudas, éstas afectarían más bien a si procede o no calificar su relación como matrimonial, por las trabas que se imponen a la libre ruptura de la unión, como sucede con las pensiones compensatorias de contenido alimenticio, a las que me referí antes. Creo que el adjetivo cuasi matrimonial no es exagerado.

263

En Cataluña y Aragón parece que puede afirmarse sin temor a equivocarse que no hay lagunas sobrevenidas en materia de uniones libres. Téngase en cuenta que son muy recientes las leyes que las regulan, como también el CF catalán. Y no va a resultar fácil afirmar que las haya originarias, si se tiene en cuenta la intensidad del contenido del estatuto con el que se dota a tales uniones. Podemos suponer, salvo prueba en contrario, que ni el legislador catalán ni el aragonés se han olvidado de incluir en ese estatuto ningún otro derecho o deber. Acaso, se debería haber sido más prudente; estoy pensando en la llamada pensión

(52) La LUEP contiene, entre otras normas peculiares, limitaciones a la libre disposición de la vivienda y ajuar familiares (arts. 11 y 28), y derechos sucesorios para el conviviente supérstite del mismo sexo que el fallecido (arts. 34 y 35). La LPENC contiene normas peculiares sobre representación del conviviente ausente (art. 11), de Derecho sucesorio (arts. 14-17), pero no concede derecho a suceder al conviviente supérstite, aunque sí equipara matrimonio y pareja no casada en lo relativo al Derecho público de Aragón, salvo en lo relativo a la fiscalidad (art. 18).

(53) Para algún comentario más sobre esta cuestión, me remito a lo que dije en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 122 y 123.

alimentaria periódica, compensatoria de la reducción de la capacidad de obtener ingresos, compatible con otra compensación por enriquecimiento injusto, sólo esta última perfectamente compatible con la unión libre. Así las cosas, podemos partir con cierta seguridad de la voluntad de los legisladores catalán y aragonés de no extender a las uniones libres más efectos de la relación matrimonial, que aquellos cuya extensión ya han decidido y con el alcance que han estimado conveniente. Con todo, no puede descartarse de una forma absoluta la existencia de lagunas originarias en estas recientes regulaciones, sin antes haber realizado un análisis detenido de las mismas, resultado de la existencia de eventuales huecos o faltas de previsión.

Sin embargo, en el caso del Derecho de familia estatal, no está tan claro que no existan lagunas sobrevenidas. No creo equivocarme si digo que ha sido después de 1981, tras las leyes de reforma del Código civil en materia de filiación, patria potestad y matrimonio (leyes 11 y 30/81), cuando las uniones libres, o algunas de ellas, han alcanzado la consideración social y jurídica de familia. Puede que de esto no se pueda deducir, sin más, que sí existen lagunas sobrevenidas, resultado de la superación de la voluntad del legislador de no extenderles los efectos del matrimonio. Pero no se negará que este cambio sobrevenido en la consideración social y jurídica de las uniones no matrimoniales como generadoras de relaciones familiares, no sólo en las relaciones verticales —en este ámbito el cambio social fue anterior y la Constitución (arts. 14 y 39) lo reflejó—, sino en las relaciones entre convivientes, ha de ser tenido en cuenta, al valorar si puede o no mantenerse que, casi veinte años después de tales reformas, subsista esa voluntad excluyente del legislador. Y es que a lo largo de esos casi veinte años han sido promulgadas esas normas, que si no configuran un estatuto de uniones libres, sí ponen de manifiesto que se está muy lejos de su consideración como algo inmoral y, por lo tanto, penalizable; pero es que también han quedado ya superados

los nada lejanos tiempos en los que se consideraba que era una simple manifestación más del libre desarrollo de la personalidad, no penalizable, pero tampoco acreedor de la protección que merecía el matrimonio y la familia. A ese tiempo hace poco superado creo que pertenece la vigente regulación del matrimonio, como la misma Constitución, que sólo garantizó la protección como familia a la filiación y al matrimonio (arts. 14, 32, 39 y 53.1 y 3 CE), aunque tuvo la sensatez de no excluir que otras relaciones pudieran llegar a obtener esa protección (arts. 39.1 y 53.3 CE). ¿Si en estos momentos se estuviera elaborando una Constitución se seguiría sin destinar alguna norma a las uniones no matrimoniales?... Pero lo que sí es cierto es que existen unas iniciativas legislativas de regulación de este fenómeno en el Parlamento del Estado que, aunque con evidente parsimonia y, acaso, falta de voluntad política e indecisión –quizá en la actual mayoría, acaso, como en la anterior no se vea clara la rentabilidad electoral y sí el riesgo de perder electores conservadores sin ganar votantes progresistas–, añaden un elemento de duda a la subsistencia de la voluntad del legislador de excluir la extensión a las uniones libres de ciertos efectos de la relación conyugal.

Pues bien, tales dudas creo que nos impiden en esta fase del discurso cerrar la puerta a la aplicación analógica a las uniones libres de las normas de Derecho matrimonial estatal, por la no evidente inexistencia de lagunas sobrevenidas. Ahora bien, que proceda o no tal analogía dependerá de que se constate, sin dudas, que existe identidad de razón entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales. Algunas consideraciones preliminares al respecto creo conveniente hacer ahora.

La primera es que, aunque se constate la inexistencia de lagunas sobrevenidas, como sucede en el caso del Derecho de familia catalán y aragonés sobre matrimonio y unión libre, considero que esto no excluye la procedencia de la valoración de si existe o no identidad de razón, si estamos

de acuerdo en que es o puede ser discriminatorio y, por lo tanto, inconstitucional (art. 14 CE) no dar el mismo trato a situaciones no idénticas ni equivalentes, en los casos en que entre ellas exista identidad de razón. Es lógico que en el régimen autocrático preconstitucional, en el que se carecía de un control eficaz de constitucionalidad de las leyes, la constatación de que no existían lagunas hiciera improcedente plantearse si existía o no identidad de razón entre los supuestos de hecho. Es lo que se desprende del artículo 4.1 C.c., que deja claro que debe haber laguna para que proceda plantearse esa comparación. Y es que las comparaciones son odiosas, especialmente, para los regímenes políticos no basados en la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Que situaciones no idénticas pero entre las que exista identidad de razón reciban un trato diferente no siempre será casual; no descartemos que se pretenda premiar a los adictos y/o castigar a los que no lo son o a los que son rebeldes. Para asegurarse de que este reparto de premios y castigos no se vaya al traste es necesario evitar que la instancia jurisdiccional –los jueces independientes son siempre peligrosos– pueda desmontar la operación. Entonces, si esas situaciones están reguladas por normas legales, la cosa se resuelve sin mayores problemas, no existiendo control de constitucionalidad, mediante algo tan aceptable como es el sometimiento de los jueces al imperio de la ley (arts. 1.1 y 7 C.c.). Si sólo una de esas situaciones es la contemplada mediante una norma especial, de este carácter especial se puede deducir la voluntad del legislador de excluir de ese trato a los supuestos no contemplados en esa norma, aunque exista identidad de razón, porque en tal caso no hay laguna, si consta esa voluntad excluyente del legislador; se trata, entonces, de evitar que el juez caiga en la tentación de plantearse si esos supuestos merecen la misma sanción, para lo cual se le dirá que si no hay laguna no procede esa comparación (realmente peligrosa), porque el recurso a la analogía ya está descartado (art. 4.1 C.c.), y a quien Dios se la dé san Pedro se

la bendiga. Esto no significa que las normas especiales estén excluidas de su aplicación por analogía, sino que sólo serán aplicables por analogía para colmar lagunas dentro de la materia especial que contemplan, no para otras, aunque en estas otras se den situaciones análogas (54). En el actual régimen constitucional hay medios para evitar estas discriminaciones: si los supuestos están regulados por normas diferentes, la que prevea el peor trato puede ser declarada inconstitucional y, en consecuencia, derogada si era preconstitucional –esto lo puede apreciar cualquier juez o tribunal, tras lo cual podrá aplicar la otra por analogía al supuesto que contemplaba la derogada–, o anulada por el TC si es posterior a la Constitución, si realmente se aprecia que existe discriminación, aplicando un test más o menos estricto, según proceda; si es una norma especial la que regula un supuesto y el otro no lo está por otra norma específica, por clara que quede la voluntad excluyente del legislador, el juez debe plantearse si, a pesar de esto, existe identidad de razón entre esos supuestos, ya que si aprecia que la hay, no será la norma del artículo 4.1 C.c. la que le impida recurrir a la analogía, ya que esto sería inconstitucional por discriminatorio, sino que podrá recurrir a ella sin problemas si la norma a aplicar es preconstitucional, ya que el artículo 14 CE derogó esa exclusión del recurso a la analogía, y si es posterior a la Constitución y es clara esa exclusión deberá plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al TC, por trato discriminatorio. Con esto no estoy diciendo que el artículo 4.1 C.c. sea inconstitucional, por cuanto hace depender la analogía de que exista laguna a completar –esto es una exigencia del sometimiento de los jueces al imperio de la ley, por lo que está en perfecta sin-

(54) Analizando la jurisprudencia sobre la aplicación analógica de normas especiales, parece claro que tal aplicación sólo es posible dentro del ámbito de esas normas (MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentario al artículo 4.2 C.c.", en *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. 1.º, Madrid, 1977, dir. por M. Amorós, p. 226).

tonía con nuestra Constitución (art. 117.1)–, sino que no impedirá a un juez, sin necesidad de plantear la cuestión de constitucionalidad, aplicar por analogía una norma especial preconstitucional a supuestos no regulados por otra norma –o regulados por otra norma también preconstitucional y discriminatoria–, aunque la norma a aplicar por analogía excluyese o de ella se desprendiese claramente que no podía aplicarse por analogía, si existe identidad de razón. Lo inconstitucional es excluir la analogía cuando existe identidad de razón, como exigencia del principio de igualdad, salvo que esa exclusión esté justificada (las normas penales y las de ámbito temporal cuando ya estamos fuera de ese ámbito, conforme al art. 4.2 C.c.).

La segunda es que las dudas en torno a si existe o no identidad de razón, si subsisten, deben conducir a la denegación del recurso a la analogía, como exigencia del sometimiento de los jueces al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Esto no significa que puedan dejar sin resolver el litigio, sino que habrán de acudir a otras vías de solución: aplicación de leyes generales –si la norma cuya aplicación por analogía se rechaza es especial– o de Derecho normal –si la norma cuya aplicación analógica se considera improcedente, que no excluida, es excepcional–, de la costumbre, o de principios generales del Derecho (arg. art. 1.7 C.c.). Especialmente seguros de que existe identidad de razón debemos estar cuando la materia de la que se trate haya sido reservada constitucionalmente al legislador, no sólo o no tanto su regulación (reserva de ley, excluyente, en mayor o menor medida, de los reglamentos, pero no de la eficacia directa de la Constitución, como es el caso de la impuesta en el art. 53.1 CE), cuanto la determinación del grado de protección, con la consiguiente exclusión no sólo de los reglamentos sino, especialmente, de que sean sujetos políticamente irresponsables los que tomen esas decisiones amparándose directamente en la Constitución (arg. art. 53.3 CE). Está claro que una reserva de ley no impide, sin más, el recur-

so a la analogía (55), pero no lo es menos que cuando se trata de tomar decisiones relativas al grado de protección social –los principios rectores de política económica y social–, que entrañan la restricción de derechos individuales o un aumento del gasto público –en este segundo caso, indirectamente, un aumento posible de la presión fiscal, que es otra forma de restringir o privar a los ciudadanos de sus derechos económicos individuales, a menos que se establezcan recortes por otro lado, lo cual también se puede traducir en una menor protección social en otros ámbitos, con la consiguiente reducción o privación de derechos sociales–, ha de ser el legislador el que tome tales decisiones, porque él responde de ellas ante el electorado, y no los jueces –salvo el recurso a la analogía, sólo si no hay dudas sobre la existencia de identidad de razón– ni el legislador negativo –salvo su declaración de inconstitucionalidad si no hay du-

(55) En contra, BOSCH, F. W.: “*Bundesverfassungsgericht und nichteheliche Lebensgemeinschaft: Gleichbehandlung von Ehe und nichtehelichen Zusammenleben?*”, FamRZ 1991, p. 3.

En cambio, VATTIER FUENZALIDA, C.: (“Comentario a la STS de 30.12.94”, CCJC, n.º 38), postulaba la aplicación analógica de la norma del art. 96.3 C.c. a la ruptura de una unión libre, criticando la citada sentencia, en primer lugar, porque ésta consideró que no había laguna sino respeto a la libertad de elección entre matrimonio y unión libre, mientras que entiende dicho autor que si no se legisla en esta materia es por falta de voluntad política y por dificultades técnicas (p. 649); y, en segundo lugar, porque la reserva de ley no impide el recurso a la analogía, debiendo la protección a la familia informar la práctica judicial (art. 53.3 CE) (pp. 649 y 650).

Ya he puesto de manifiesto que, atendiendo al supuesto de hecho de la STS de 30.12.94 (*atribución del uso de la vivienda y pensión compensatoria*), no hay laguna ni identidad de razón, por lo que no procedía tal analogía. Téngase en cuenta que, precisamente, tales derechos implican una peligrosa restricción del derecho a la libre ruptura de la unión no matrimonial, que puede conducir a su vanificación. Por lo tanto, tenía razón el TS al afirmar que no había laguna sino respeto a la decisión de no casarse, y que recurrir en tales condiciones a la analogía habría supuesto invadir la esfera de competencia del legislador. Si se acepta que no existe identidad de razón, son irrelevantes las razones por las que no se haya llegado a establecer un estatuto legal de uniones libres; y me parece que está fuera de toda duda que la norma del artículo 53.3 CE, al establecer que principios como el de protección de la familia deben informar la práctica judicial, no es en modo alguno una autorización para que los jueces suplanten al legislador, como sucedería si recurriesen a la analogía aunque considerasen que no hay identidad de razón, como, afortunadamente, no aconteció en este caso.

das al respecto—. Ciertamente, el legislador políticamente responsable no puede actuar en sentido contrario al que resulta del reconocimiento de tales principios constitucionales (arg. art. 53.3 pr. CE, que no es un precepto programático), ni puede articular de forma discriminatoria esa protección (arg. arts. 14 y 53.1 CE), y es aquí donde tiene sentido el control de constitucionalidad en estas materias, pero también el legislador negativo debe tener claro que sólo si no hay dudas sobre la inconstitucionalidad puede desbaratar el sistema de protección social establecido por el legislador responsable políticamente, en función de su apreciación del justo equilibrio entre derechos individuales y sociales, presión fiscal, disponibilidades presupuestarias, política económica y necesidades generales o de ciertos sectores sociales considerados merecedores de protección especial.

270

Cuando de la protección de una forma de familia, como es la unión libre, se trata, no hay razón para que esa cautela en la aplicación analógica de las normas relativas al matrimonio no sea observada, ya que estamos ante uno de los principios rectores de política económica y social (art. 39.1 CE). Pero es que, además, hay algún dato adicional a tener en cuenta, cuando nos planteamos la aplicación analógica de normas de Derecho matrimonial. No olvidemos que, mientras que la unión libre no es ni siquiera mencionada en la Constitución, el matrimonio no sólo lo es, sino que está constitucionalmente garantizada su subsistencia (art. 32.1 CE), y es obligado que la ley regule “los derechos y deberes de los cónyuges” (art. 32.2 CE), es decir, el estatuto del matrimonio, aunque no le impone cuál deba ser su contenido, más allá de la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges (arts. 14 y 32.1 CE). El legislador, por lo tanto, no es libre para abolir el matrimonio, de forma que sólo existan uniones libres (art. 32.1 CE); ni para permitir cualquier forma de contraerlo, concretamente, no puede admitir formas que no requieran la prestación expresa del consentimiento matrimonial, ya que esto violaría el derecho a no

contraer matrimonio (arg. arts. 10.1, 32.1 *a contrario* y 32.2 CE); como tampoco puede aceptar como causa de disolución la decisión de uno de los cónyuges sin mediar justa causa, ya que esto haría de ese denominado matrimonio una unión libre formalizada, pero que no sería verdaderamente matrimonial (art. 32 CE); pero es que tampoco puede regular las formas de contraer matrimonio, sin admitir las tácitas, y las causas de separación y disolución, sin admitir la libre ruptura, y no establecer el estatuto matrimonial, ya que en tal caso esa unión formalizada y no libre carecería de sentido, si no existen derechos y deberes de los casados, por el hecho de estarlo —con las modulaciones que se admitan, por ejemplo, para el caso de separación—, que no los tienen los solteros, vivan o no en unión libre. También ahora vemos cómo en el artículo 32.2 CE se contiene una restricción a la libertad del legislador al regular el matrimonio, que da sentido a este precepto, que no es una reiteración de la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 CE (56). Es también por esto por lo que vengo sosteniendo

271

(56) Con todo, entiendo que no es ésta la mayor restricción de la libertad del legislador que se contiene en el mandato que se le hace para que regule el estatuto matrimonial. Es más, al mismo resultado podría llegarse con base en otros preceptos constitucionales: sería contrario al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) admitir una restricción de la libertad, como es no poder romper libremente una unión por ser matrimonial, si tal unión carece de un estatuto propio que le da sentido, ya que tal estatuto es el instrumento o el medio idóneo para satisfacer ciertos fines, que son los que justifican esa restricción de la libertad individual. Es más, ¿no se estaría así defraudando la garantía constitucional de la institución del matrimonio (art. 32.1 CE), pues qué institución sería ésa cuyo único contenido fuera la exclusión de la libre ruptura? El artículo 32.2 CE, que tiene todo su sentido, aunque no sea el único, si lo leemos en clave de sistema matrimonial, impone otra restricción a la libertad del legislador en este punto: que el estatuto legal del matrimonio será el mismo, cualquiera que sea su forma de celebración, es decir, que en los matrimonios religiosos los cónyuges tendrán los mismos derechos y deberes que en los no religiosos, reforzando así la prohibición de las discriminaciones por razón de religión (art. 14 CE). Más aún, ¿en ese mandato del 32.2 CE se está considerando anticipadamente como no justificada y, por esto, inconstitucional por discriminatoria, cualquier diferencia en el estatuto matrimonial, que se pudiera establecer en función de la forma, religiosa o no, en que se contrajo el matrimonio, descartando así cualquier test de igualdad que pudiera plantearse sobre la justificación de tales diferencias?

que el legislador no puede equiparar a los casados y a los convivientes en unión libre (57), de forma que salvo la libre ruptura todo lo demás sea igual, ya que en tal caso la ley no habría configurado un estatuto propio del matrimonio, puesto que al mismo se podría acceder –y sin los inconvenientes de la exclusión de la libre ruptura– sin necesidad de contraer matrimonio. Lo que sí puede hacer el legislador es extender a los convivientes en unión libre algunos de los derechos y deberes de los casados, bien puntualmente, bien, como en los casos catalán y aragonés, al configurar un estatuto de uniones libres, que ha de conservar diferencias significativas con el del matrimonio.

Si se está de acuerdo con lo anterior, se estará también en que sería inconstitucional la aplicabilidad por analogía de las normas relativas al estatuto matrimonial en su totalidad (derechos y deberes recíprocos y en relación a terceros), ya que por esta vía los jueces y los operadores jurídicos podrían equiparar a los casados y a los solteros que conviven en unión libre (58), con lo cual podrían dar lugar a un

(57) Proporciono información sobre opiniones a favor y en contra (la inmensa mayoría) de esa equiparación en nota 22, a la que me remito.

(58) Aunque sin suscitar la cuestión de su posible inconstitucionalidad, es claramente dominante la doctrina que no admite la aplicación analógica del estatuto matrimonial a los convivientes en unión libre.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: “Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada”, en *Estudio de Derecho civil en homenaje al prof. J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, p. 225.

TORRES LANA, J. A.: “Relaciones patrimoniales tras la convivencia «*more uxorio*»”, en *Homenaje a J. B. Vallet de Goyisolo*, vol. V, Madrid, 1988, pp. 787 y 788, descarta la analogía “generalizada y en bloque” de las normas sobre el matrimonio, por el riesgo de transformar la convivencia *more uxorio* en una suerte de matrimonio tácito o presunto, derogando así la regla según la cual la emisión del consentimiento matrimonial ha de hacerse en forma tasada, aunque no descarta por completo la analogía, cuando exista identidad de razón, pero sin indicar casos en los que considere que sí existe.

COMBALÍA SOLÍS, Z.: “El «derecho» a una unión de hecho”, V Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado, Pamplona, 1990, considera que la relación personal de una unión fáctica carece de naturaleza jurídica, por lo que no cabe la analogía con los derechos y deberes propios de los cónyuges (p. 11), de forma que “en la unión extramatrimonial existe una relación personal que puede generar relaciones económicas o patrimoniales jurídicamente relevantes, pero la relación personal

resultado constitucionalmente vedado al legislador. Esto debe ser tenido en cuenta, al valorar si existe o no identidad de

que las genera no tiene carácter jurídico (porque las partes no lo han querido) y, en consecuencia, la unión de hecho puede ser manifestación del principio jurídico de libertad en el ámbito patrimonial pero no en el matrimonial” (pp. 11 y 12).

GONZÁLEZ PORRAS, J. M.: “La familia sin matrimonio”, *AC*, 1990-3, p. 456, descarta la analogía o la equiparación entre unión libre y matrimonio, “aunque se puede decir que cumplen iguales funciones, porque en todo caso la unión libre está desprovista de los caracteres de estabilidad y permanencia que adornan al matrimonio, no obstante la posibilidad de disolución por divorcio”. Como podemos ver, ya se apunta la exclusión de la libre ruptura como explicación de la falta de identidad de razón entre una situación y otra, a pesar de que puedan servir para cumplir unas mismas funciones.

ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, p. 131, admite la aplicación a la unión libre de un núcleo legislativo fundamentado en principios generales, que pueden deducirse de la disciplina de la familia legítima y de otras disposiciones. Parece, por tanto, admitir la analogía *iuris*.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, *op. cit.*, pp. 98 y 99, no admite la analogía, por falta de identidad de razón, en el conjunto de derechos y deberes del matrimonio.

LEÓN-CASTRO ALONSO, J.: “Las parejas de hecho en la LAU”, en *Parejas de hecho*, dirigido por R. Herrera Campos, Granada, 1996, p. 139, aunque considera que no hay identidad de razón, llega a la conclusión de que no procede la analogía *iuris*, sino la *legis*, puntualmente reducida a muy concretos aspectos, lo cual no parece coherente.

A favor de la analogía, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario a la STS de 29.10.97”, *CCJC*, n.º 46, considera que “la realidad subyacente es prácticamente idéntica en ambos casos, en matrimonio y en la unión de hecho: esa realidad común es la convivencia de la pareja” (p. 194). Lo contingente y variable es la presentación del fenómeno (pp. 194 y 195), por lo que considera inaceptable la negación de principio de la analogía *legis* entre matrimonio y unión libre (p. 195), salvo que hayan mostrado su voluntad en contra (pp. 196 y 200). Afirma que “el hecho básico es, tanto en matrimonio como para la unión de hecho, la convivencia de un hombre y una mujer ... que es sustancialmente idéntica a nuestros efectos (régimen económico de gastos, ahorros, inversiones, y final disolución) en ambos casos” (p. 198). Todo lo cual le lleva a afirmar que hay identidad de razón, por lo que procede la analogía, y el tratamiento jurídico no debe ser distinto (p. 198).

En cambio, comentando la ley catalana de uniones estables de pareja, ROCA I TRÍAS, *Institucions ...*, cit., p. 447, niega la existencia de identidad de razón entre las parejas no casadas sometidas a esa ley y los matrimonios, a pesar —llamo la atención— del estatuto cuasi matrimonial que se ha previsto y, en algunos casos, impuesto.

Finalmente, no es de extrañar que los partidarios de equiparar matrimonios y uniones libres (parejas no casadas que podrían casarse entre sí) también lo sean de aplicar por analogía el estatuto matrimonial a los convivientes no casados: REINA y MARTINELL, *Las uniones ...*, cit., pp. 44-46; PAWLOWSKI, *op. cit.*, p. 1039, que lo justifica diciendo que son formas de vida social que cumplen las mismas funciones sociales —en Alemania esto ha sido afirmado por STINTZING, *op. cit.*, pp. 76, 77, 114-117—, y que sólo se diferencian por la existencia o no de un acto jurídico formal en

razón entre el matrimonio y las uniones no matrimoniales, aunque estas últimas sean las integradas por dos personas que podrían, si lo quisieran, contraer matrimonio entre sí. Si el matrimonio y esas parejas no casadas fueran situaciones análogas, por entender que existe identidad de razón entre ellas, ¿tendría sentido esta exclusión, con base en la propia Constitución, de la aplicación por analogía a tales parejas del estatuto matrimonial en su totalidad? Contestar diciendo que lo que explica esa inaplicabilidad es el respeto a la voluntad de los convivientes de no contraer matrimonio (59), vuelvo a decir, no es plenamente convincente: si existiera identidad de razón entre una y otra situación, el principio de igualdad exigiría la aplicación analógica, y entonces la voluntad en contra de los convivientes sólo podría impedir la analogía de las normas dispositivas, no de las imperativas. Y aun en el caso de las normas dispositivas, si aceptamos como plausible el criterio de que cuando se opta por la unión no matrimonial no se está rechazando, sin más, todo el contenido de la relación matrimonial (el estatuto del matrimonio), para conseguir que ciertos efectos de ésta no sean aplicables debería constar su exclusión por los convivientes, no bastando con el hecho de que no se hayan casado. Ahora bien, las incertidumbres son notables si se sigue la lógica de este argumento, que mezcla identidad de razón y respeto a la libertad: ¿cuándo debió establecerse esa exclusión de efectos, antes de iniciar la convivencia o no, antes o no de darse el supuesto de hecho de la norma a aplicar salvo que conste su exclusión?; ¿basta con que ese efecto de la relación matrimonial haya sido excluido por uno de los convivientes, o es necesario el acuerdo de exclusión entre todos los convivientes?; ¿serán también aplicables por analogía los requisitos de forma y de publicidad impues-

su constitución, lo cual no necesariamente ha de llevar a diferentes consecuencias jurídicas.

(59) Parece ser esta la opinión de RIVERO, citado en la nota anterior.

tos a los mismos pactos entre los casados?; ¿no habría que admitir entonces la inscripción en los registros públicos (civil, de la propiedad, mercantil) de las uniones libres tenidas por análogas al matrimonio, aplicando por analogía las normas de Derecho matrimonial, sin tener que esperar a que el legislador así lo establezca?...

Considero que a estos interrogantes y otros similares no se puede contestar manteniendo la afirmación de que el matrimonio y la unión libre son situaciones análogas, pero no equivalentes o idénticas. Es decir, que la razón por la que no sea aplicable por analogía en su totalidad el estatuto matrimonial a las uniones no matrimoniales no puede ser sólo la de que hay diferencias innegables, pero que no son de tal entidad que impidan apreciar la existencia de identidad de razón entre unas situaciones y otras. Sí, a pesar de las diferencias, hay tal identidad de razón y, por esto, procede la analogía, esto exige afirmar, en consecuencia, la aplicabilidad por analogía del estatuto matrimonial. Por lo menos, como regla. Es decir, que las diferencias de tratamiento subsistentes sólo se justifican si se demuestra que responden a diferencias reales entre las situaciones tratadas desigualmente. Dicho con otras palabras, ante la afirmación de la identidad de razón entre dos situaciones no idénticas, pero sí análogas, como punto de partida, coherentemente, la carga de la prueba se hará recaer sobre el que sostenga que tal identidad no existe ante una determinada circunstancia. Pues bien, entiendo que también una equiparación en línea de principio —es decir, salvo excepciones que justifiquen las diferencias de trato que van a subsistir tras la analogía— entre el matrimonio y la unión libre sería inconstitucional, puesto que, como regla, permite el acceso de no casados al estatuto matrimonial, en su generalidad, salvo en las excepciones factibles a justificar singularmente. También así entiendo que se violan los artículos 10.1, 32.1 en negativo y 32.2 CE, que imponen al legislador establecer un estatuto propio del matrimonio; y si éste tampoco puede de-

fraudar ese mandato permitiendo el acceso de no casados a ese estatuto en general, salvo en ciertas excepciones singulares, tampoco pueden hacerlo los jueces.

Una Constitución que reconoce la igualdad y prohíbe las discriminaciones, que exige someter las diferencias de trato a un test más o menos estricto para analizar y valorar su justificación (art. 14 CE), si ordena al legislador que regule un estatuto propio del matrimonio, no extensible en general a los no casados, no pudo partir de la identidad de razón y, en consecuencia, de la aplicabilidad por analogía a las uniones no matrimoniales de dicho estatuto (art. 32.2 CE) (60). Lo que subyace a esta limitación de la libertad del legislador y, en consecuencia, del poder judicial (arts. 9.1 y 117.1 CE), es la idea de que fuera del matrimonio no hay situación alguna análoga a él; tampoco, insisto una vez más, las uniones no matrimoniales entre dos personas que podrían, si quisieran, contraer matrimonio entre sí. No creo que con el transcurso de algo más de veinte años desde la aprobación de la Constitución hayan cambiado las cosas hasta el punto de tener que revisar este postulado, de no identidad de razón entre el matrimonio y las uniones libres, de forma que ahora sí exista tal identidad, con lo cual habría que abandonar la interpretación que he propuesto del artículo 32.2 CE, en relación al estatuto legal del matrimonio, que ya no tendría por qué ser propio de éste, sino abierto a otras uniones, que se considerasen análogas a él. Ya advertí que el hecho de que se haya producido una evolución de la moral y del Derecho, en definitiva, de la valoración social y jurídica de las uniones libres, que ya no sólo no son vistas como inmorales, sino que merecen la consideración de familia, no implica que ahora exista iden-

(60) Hay que descartar, por lo tanto, la posibilidad de interpretar el artículo 32.2 CE en este punto como una excepción al principio de igualdad, de forma que aunque exista identidad de razón entre unas uniones y otras la ley pueda establecer o conducir a diferencias de trato no justificadas, según un test más o menos estricto, entre matrimonio y uniones libres.

tividad de razón entre éstas y la unión matrimonial. Lo que esta evolución puede haber provocado es la aparición de lagunas sobrevenidas, como creo que puede afirmarse para el Derecho matrimonial estatal (y autonómico, salvo en el caso del Derecho catalán y aragonés, dada su reciente regulación sobre esta materia). Pero lo que tal evolución no ha producido es una mutación constitucional, ya que ni el matrimonio ha pasado a ser una unión libre, ni las uniones libres, tras su regulación puntual o, en los casos catalán y aragonés, general, han pasado a ser uniones matrimoniales, aunque sí sea cierto que se ha producido una cierta o, en Cataluña y Aragón, notable y, como he puesto de manifiesto, constitucionalmente arriesgada aproximación, por lo menos, con ciertas uniones libres (las parejas no casadas) (61).

Volvemos así a la libre ruptura como diferencia esencial entre la unión matrimonial y las que no lo son. La no admisibilidad de los matrimonios tácitos es *tan sólo* una exigencia de la Constitución (arg. arts. 10.1, 32.1 *a contrario* y 32.2), pero no de la institución matrimonial en sí; y nada impide que se limite la aplicación de normas sobre uniones libres a las que se formalicen, así como que se prevea su aplicación también a las que no sean formalizadas. La necesidad de regular el estatuto legal del matrimonio es no sólo una exigencia de nuestra Constitución (arg. art. 32.2 CE), sino también de la institución, pero nada impide que se regule de forma puntual o general un estatuto de uniones libres, sin que sea necesario que su aplicación deba quedar restringida a aquellas cuyos integrantes así lo quieran (62).

(61) A pesar de la cual, ROCA I TRÍAS, *Instituciones ...*, cit., p. 447 niega la existencia de identidad de razón, con lo que estoy plenamente de acuerdo.

(62) En Cataluña, el estatuto cuasi matrimonial se aplica de forma diferente, en función de que la pareja sea heterosexual con hijos (automáticamente), o sin hijos comunes (a los dos años de convivencia o antes, si lo acuerdan mediante escritura pública), u homosexual (sólo si lo acuerdan mediante escritura pública) (arts. 1 y 19 LUEP). En Aragón se prescinde de estas distinciones, y se prevé que el estatuto cuasi matrimonial se aplique a los dos años de convivencia marital o antes, cuando lo acuerden en escritura pública (art. 3 LPENC).

En cambio, la libre ruptura es una característica esencial de las uniones no matrimoniales, del mismo modo que la exclusión de la libre ruptura lo es del matrimonio (63). Si la sociedad jurídicamente organizada interviene creando la institución matrimonial, como algo realmente diferente de las uniones libres, es para dotar de un marco de estabilidad a ciertas uniones que estima socialmente útiles o más útiles que otras, para lo cual se excluye su libre ruptura, es decir, que no bastará con la decisión de uno de sus integrantes de disolverla, si no concurre una justa causa.

278

Respetando este mínimo, sin el cual seguiríamos en el ámbito de las uniones libres, el Derecho puede establecer la indisolubilidad del matrimonio por divorcio, con lo cual la diferencia con las uniones libres es llevada al máximo en este punto, lo cual no hace sino reforzar el estatuto matrimonial, ya que, aunque de manera atenuada en casos de separación, vinculará a los cónyuges mientras vivan ambos. O puede optar por admitir el divorcio a petición de uno de los cónyuges, si existe justa causa, que puede ser o bien el incumplimiento por parte del otro de deberes conyugales (divorcio como sanción), o el hecho del fracaso de la unión, con independencia de que exista o no culpa de uno de ellos (divorcio como remedio). Y también puede admitirse el divorcio por mutuo acuerdo, sin necesidad de que concurra otra causa, ni el incumplimiento ni la ruptura (divorcio consensual). Nuestra Constitución restringe la libertad del legislador al regular las causas de disolución del matrimonio, pues es perfectamente defendible que el respeto al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) (64), puesto en rela-

(63) Opiniones a favor (claramente mayoritarias) y en contra de esta diferencia, y su esencialidad para la distinción entre matrimonio y unión libre, en notas 47 y 48.

(64) Aunque en algunas ocasiones se ha relacionado la admisión del divorcio con el libre desarrollo de la personalidad, no siempre se llegaba a la conclusión de que la Constitución la impusiera al legislador. En este sentido, *vid.* LUNA SERRANO, A.: "La reforma de la legislación matrimonial", en *Matrimonio y divorcio*, 2.^a ed., Madrid, 1994, pp. 15, 16, 24 y 25, aunque poco después sí parecía considerar que una unión fracasada no debía coartar el ejercicio de la libertad nupcial (p. 26), que

ción con el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), exija que cuando un matrimonio se haya roto cada uno de los cónyuges pueda conseguir el divorcio para poder volver a casarse, sin tener que esperar a que el otro fallezca —esto es una exigencia de civilidad, a mi entender—, ni a que el otro esté de acuerdo. Así pues, considero que el legislador debe admitir el divorcio como causa de disolución del matrimonio, y no puede no admitir el divorcio remedio a petición de uno de los cónyuges sin necesidad de que el otro esté de acuerdo e, incluso, sin necesidad de exigir que haya existido culpa del otro. Es decir, completando lo que dije en otro lugar (65), entiendo que sería inconstitucional que sólo se admitiese el divorcio por mutuo acuerdo o como sanción. Me parece que está constitucionalmente garantizado el divorcio remedio, a petición de uno de los cónyuges, para poder intentar otra unión matrimonial, una vez constatado el fracaso de la actual (arg. arts. 10.1 y 32.1 CE) (66). Que,

279

es el fundamento del divorcio-remedio. En un sentido similar, ALONSO PÉREZ, A.: "Comentario al artículo 85 C.c.", en *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 888, tras afirmar que la Constitución no impone el divorcio, sino que se limita a no impedirlo y a admitirlo en el artículo 32.2 CE, parece considerar que, en ciertos casos, la admisión del divorcio es una exigencia del principio de libre desarrollo de la personalidad y la necesidad de vivir una vida digna, "lo que sería imposible soportando un matrimonio irreversiblemente muerto". Yo veo bastante dudoso que el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), por sí solos, exijan la admisión del divorcio. Creo que lo que sí imponen al legislador es que admita la separación. El divorcio, como medio para poder volver a casarse, me parece que es una exigencia del derecho a contraer matrimonio, a la luz del principio de libre desarrollo de la personalidad (arts. 10.1 y 32.1 CE).

(65) "La libertad de elección ...", cit., pp. 102-104.

(66) Que la Constitución no imponía el divorcio, sino que lo hacía posible, es lo que se desprende de los intensos debates parlamentarios que suscitó la referencia a las causas de disolución en el artículo 32.2 CE. Se pensó que lo que se pretendió fue dejar al legislador la puerta abierta para admitir el divorcio, acabando expresamente con la "constitucionalización" de la indisolubilidad del matrimonio (art. 22 del Fuero de los españoles). Además, ésta ha sido también la doctrina inmensamente mayoritaria, al interpretar esa referencia a las causas de disolución, entre otros: LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Barcelona, 1984, p. 53; NAVARRO VALLS, R.: *El matrimonio religioso ante el derecho español*, Madrid, 1984, pp. 36-39; PABLO CONTRERAS, P. de: "En torno a «los fines propios del matrimonio» del artículo 25.1 de la Compilación aragonesa", AC, 1986, p. 1586; FERRER ORTIZ, J.:

además, se admitan otros tipos de divorcio es algo que queda a la decisión del legislador, siempre que quede exclu-

El matrimonio canónico en el ordenamiento español, Pamplona, 1986, p. 37; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, Madrid, 1989, p. 107; REINA y MARTINELL, *Curso ...*, cit., pp. 175 y 176.

Con todo, algunos autores sí consideraron que con ella se estaba constitucionalizando el divorcio, no sólo en el sentido de hacerlo posible, sino en el de imponerlo al legislador, basándose en que se había empleado el plural al hablar de las causas de disolución, no teniendo sentido limitarse a constitucionalizar la muerte, por ser algo obvio, como causa de disolución del matrimonio, dejando al legislador libertad para admitir o no el divorcio (PRIETO SANCHÍS, L.: "Relaciones Iglesia-Estado y Constitución", en *La Constitución Española de 1978*, dir. por A. Predieri y E. García de Enterría, 2.^a ed., Madrid, 1981, p. 356; IBÁN, I. C.: "El matrimonio en la Constitución", *RDP*, 1980, pp. 140 y 141). Ha sido ésta, al parecer, la tesis acogida en la STC 155/98.

Por mi parte, considero que no es en el artículo 32.2 CE donde se encontraría el fundamento de la constitucionalización del divorcio, sino en lo que resulta del principio de libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho a contraer matrimonio (arts. 10.1 y 32.1 CE). El plural "causas de separación y disolución" del artículo 32.2 CE no impone, sin más, el divorcio, ya que la muerte y la declaración de fallecimiento son causas diferenciadas de disolución. Y el artículo 32.2 CE tampoco cuando se le pone en relación con las cuestiones relativas al sistema matrimonial, impone el divorcio, sino que unas mismas serán, para todo tipo de matrimonio —también para los religiosos—, las causas de separación y de disolución, reguladas por la ley civil, sin remisión a la normativa eclesiástica (por todos, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: "El sistema matrimonial según la Constitución", *ADC*, 1980, pp. 576-578, y *Derecho de familia*, cit., p. 45), de forma que si se admite el divorcio, también habrá de ser causa de disolución para los matrimonios religiosos. Esta no es o no ha sido, en modo alguno, la doctrina dominante (*vid.* nota siguiente), pero es la que permite dar sentido propio a la norma del artículo 32.2 CE, que no es una reiteración de la reserva de ley del artículo 53.1 CE, sino que contiene restricciones a la libertad del legislador al regular el ejercicio del *ius connubii* y el sistema matrimonial. Además, de aceptar la tesis, según la cual es en el artículo 32.2 CE, sin más, donde se contiene el fundamento de la constitucionalización del divorcio como causa de disolución del matrimonio, resultaría que el legislador podría limitarse a admitir el divorcio sanción o por mutuo disenso, y no estaría obligado a reconocer el divorcio remedio, esto es, a petición de cualquiera de los cónyuges si ha fracasado la unión matrimonial. En cambio, como he explicado en el texto, situando en el libre desarrollo de la personalidad y en el derecho a contraer matrimonio (arts. 10.1 y 32.1 CE) el fundamento de la constitucionalización del divorcio, es obligado para el legislador la admisión del divorcio remedio, y es opcional la del divorcio sanción o por mutuo disenso.

Ahora bien, sostener que no sólo se constitucionalizó la posibilidad del legislador de admitir el divorcio como causa de disolución del matrimonio, que es lo que resulta de los debates parlamentarios y es lo que ha sido defendido por la doctrina inmensamente mayoritaria, sino que se impuso la previsión del divorcio remedio, como una exigencia del libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho a contraer matrimonio (arts. 10.1 y 32.1 CE), no me lleva a calificar de errónea

da la libre ruptura, y siempre que tales otras causas sean comunes a todos los tipos de matrimonio, también a los religiosos (67).

aquella doctrina mayoritaria, que me parece plenamente conforme a la voluntad del autor de la norma contenida en el artículo 32.2 CE. Lo que sucede es que, además de la intención del autor, han de tenerse en cuenta otros elementos (arg. arts. 3.1 C.c.), tales como su contexto (los arts. 10.1 y 32.1 CE), o la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma, lo cual permite considerar ya superada aquella doctrina. Tampoco es la primera vez que ha sucedido: ¿acaso no fue algo así lo que, en definitiva, puede pensarse que ha pasado con la interrupción voluntaria del embarazo (STC 53/85)? Sobre esta sentencia y la del caso RUMASA (STC 02.12.83), como manifestación de una tendencia a la jurisprudencialización del ordenamiento, ya se ocupó R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, en su proyecto docente, presentado al concurso a la plaza de Catedrático de Universidad que ganó en la de Valencia (1986, inédito, pp. 32-52, esp. pp. 37-41).

Y, es más, la referencia que en el artículo 32.2 CE se hace a las causas de separación y disolución contiene otra limitación a la libertad del legislador, que da sentido al silencio sobre las causas de nulidad, consistente en que no podrá reconocerse eficacia civil a resoluciones eclesíásticas sobre separación o disolución de matrimonios religiosos, si tal separación o disolución no fueran posibles con arreglo al Derecho civil (vid. CUBILLAS RECIO, L. M.: *El sistema matrimonial español y la cláusula de ajuste al derecho del estado*, Valladolid, 1985, pp. 249 y 251; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho Eclesiástico del Estado*, Madrid, 1989, p. 908; FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A.: "La eficacia civil de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado", *RDPyC*, n.º 3, p. 361), mientras que considero que no impide reconocer tal eficacia a resoluciones canónicas de nulidad, que no habría sido posible obtener aplicando la ley civil.

(67) Por esto, considero que sería inconstitucional negar la posibilidad de divorciarse a los matrimonios contraídos en una determinada forma religiosa; así, entre otros: CARRIÓN OLMOS, S.: *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1990, p. 121, para quien lo contrario sería difícilmente armonizable con la no discriminación por razones religiosas; ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 889, que añade como argumentos la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado; REINA y MARTINELL, *Curso ...*, cit., p. 176, que nos recuerdan que todos tienen derecho a cambiar de religión o a abandonarla. En contra de esta tesis y, por lo tanto, a favor de la posibilidad de que la ley regule la disolución del matrimonio religioso remitiéndose a la normativa eclesíástica (sistema facultativo de tipo latino), entre otros: LACRUZ BERDEJO, *Elementos ...*, cit., p. 57; FERRER ORTIZ, *El matrimonio ...*, cit., pp. 34, 35 y 144-163, para quien la indisolubilidad civil del matrimonio canónico sería más acorde al principio de libertad y no sería discriminatorio; y, desde una posición más radical, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *La reforma del sistema matrimonial español*, Madrid, 1983, pp. 106-109, para quien la Constitución no impone el divorcio, y sí la indisolubilidad civil de los matrimonios religiosos indisolubles.

Y considero que el reproche de inconstitucionalidad no se obviaría, aunque se previera que tal indisolubilidad por divorcio sólo operase cuando los contrayentes hubieran renunciado de común acuerdo al divorcio, ya que considero que el libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho a contraer matrimonio (arts. 10.1 y 32.1 CE) hacen irrenunciable anticipadamente la facultad de acogerse al divor-

Esta exclusión de la libre ruptura dota de una mayor fuerza al contenido del estatuto legal del matrimonio, del mismo modo que la libre ruptura debilita el que puedan tener las uniones libres, como antes puse de manifiesto. Es más, la libre ruptura de estas uniones puede, por un lado, impedir que se impongan ciertos deberes u obligaciones, que son perfectamente posibles, si no debidos, en el matrimonio (68). Es en este sentido en el que se puede admitir que los

cio remedio; así, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H.: "Notas sobre el denominado sistema matrimonial español", en *Centenario del Código civil*, t. I, Madrid, 1990, p. 499, para quien el Derecho civil "considera o puede considerar, ex artículos 10 y 15 y ss. de la Constitución, que es jurídicamente inadmisibles un vínculo indisoluble, siendo ineficaz, en tal sentido, la declaración de voluntad que lo determine, pues la renuncia a la disolubilidad sería inválida por lesionar el derecho al libre desarrollo de la personalidad"; en contra, es decir, a favor del divorcio opcional, FUENMAYOR, A. de: "El derecho a contraer un matrimonio civilmente indisoluble (El llamado divorcio opcional)", en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz Berdejo*, vol. II, Barcelona, 1993, pp. 1331 y ss., para quien ésta es una exigencia de respeto al pluralismo.

En mi opinión, si el legislador se decidiera por establecer un sistema de divorcio opcional, en todas las opciones debería admitir el divorcio remedio (irrenunciable) y todas las opciones previstas deberían ser reconocidas a todos los contrayentes, con independencia de que se fuera a contraer matrimonio civil o religioso. Así, podrían ofrecerse a los contrayentes las siguientes opciones en lo relativo al tipo de divorcio: sólo divorcio remedio, pudiendo prever plazos mayores o menores para el cese de la convivencia conyugal, a elección de los contrayentes; divorcio remedio y posibilidad de optar por otro matrimonio adicionalmente disoluble por divorcio sanción y/o por mutuo disenso. Sin olvidar que todas las opciones deberán estar a disposición de todos los contrayentes, con independencia de que fueran a contraer matrimonio civil o religioso, ya que nuestro sistema matrimonial no puede prever causas diferentes de disolución en función del carácter civil o religioso del matrimonio.

(68) "No cabe atribuir efectos personales cuasimatrimoniales a la situación concubinaria. Ésta, que nace espontánea, puede morir en cualquier momento de igual modo: si los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente ..., debido a la vinculación jurídica vitalicia que el matrimonio ha originado, al faltar éste falla todo lo que pretende derivarse del mismo ..." (GARRIDO PALMA y REGOJO OTERO, *op. cit.*, pp. 619 y 620).

"La unión libre es tan libre que quienes libremente la contraen no tienen libertad para perder ésta. No cabría configurarla con alguno de los deberes del matrimonio, y por esto, tampoco con ninguno de los derechos" (LACRUZ BERDEJO, "Convivencia «more uxorio» ...", *cit.*, p. 1068, excesivamente radical).

Desde postulados completamente distintos, PAWŁOWSKI, *op. cit.*, pp. 1036 y 1037, considera que cuando se introducen en la unión no matrimonial elementos de protección a la parte más débil se reduce la legitimidad de la diferencia de trato entre esta unión y el matrimonio.

convivientes no casados tengan derecho a que no se les trate como si lo estuvieran. La libertad de elección entre matrimonio y unión libre, que es concreción del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a no casarse (arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), no excluye cualquier regulación de las uniones libres, sino tan sólo la exclusión de la libre ruptura de las uniones no matrimoniales, o la equiparación de sus respectivos estatutos (69). Entonces, el derecho de los convivientes a no ser tratados como casados no impide al legislador extenderles cualquiera de los efectos de la relación matrimonial, sino tan sólo aquellos que sean incompatibles con la diferencia esencial entre el matrimonio y las uniones libres, y que no es otra que la libre ruptura de éstas. Y, con mayor razón, tampoco los jueces y tribunales pueden recurrir a la analogía de normas de Derecho matrimonial que sean incompatibles con la libre ruptura o que la desvirtúen u obstaculicen indebidamente. A continuación voy a analizar la posibilidad de que el legislador extienda a las uniones libres cada uno de los derechos y deberes recíprocos, que integran el núcleo del estatuto matrimonial, cuya aceptación confiere a ese consentimiento el carácter de matrimonial, y que no son otros que los enunciados en los artículos 67 y 68 C.c.

283

Así, considero que sería incompatible con la libre ruptura la imposición del deber de convivencia a los integrantes de una unión libre, ya que éstos deben tener garantizada la posibilidad de separarse en cualquier momento y por cual-

Más aún, se ha defendido que tampoco por la vía del pacto entre convivientes no casados puede establecerse un estatuto como el matrimonial: "El estado civil correspondiente a la vida marital y la autolimitación de la libertad en la esfera personalísima que tales deberes implican son materias en que la autonomía de la voluntad cabe sólo a través de un negocio jurídico absolutamente tipificado: el matrimonio" (PEÑA BERNALDO de QUIRÓS, *Derecho de familia*, cit., p. 393).

(69) ¿Conjuramos así la –permítaseme la expresión– maldición de DIEDERISCHEN, *op. cit.*, p. 897, según el cual el matrimonio es la institución que garantiza la responsabilidad existencial respecto al otro, mientras que la unión libre no es tanto una estructura jurídica cuanto una relación entre egoístas (*Verbindung von Egoisten*)? Seguramente, no del todo.

quier motivo (70), sin incurrir en incumplimiento de deber alguno por esto, y sin que de la separación pudieran derivarse consecuencias negativas, adicionales a la pérdida de eventuales derechos derivados del hecho de la convivencia. Es la inexistencia de un deber de convivencia, más la constitucionalmente no necesaria formalización de la unión no matrimonial, lo que permite considerar que la unión libre deja de existir aunque los que la integraban sigan viviendo juntos, a partir del momento en que se limitasen a compartir los gastos y las tareas domésticas, si ya no subsiste la comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos (71), que permitía considerarla familia. Un curioso problema puede plantearse a este respecto en las leyes catalana y aragonesa de parejas, cuando, habiéndose declarado la extinción de la unión libre, resulte que subsista la convivencia con las mismas características. Esta posibilidad se desprende de los artículos 12.1.b y 30.1.b LUEP y 6.1.c LPENC, por cuanto admiten como causa de extinción de la unión libre la decisión unilateral, sin exigir que vaya acompañada de la separación, puesto que ya contemplan la separación durante más de un año como causa diferenciada de extinción (arts. 12.1.d y 30.1.d LUEP y 6.1.d LPENC). Ahora bien, si hay tal declaración pero no separación, y la convivencia sigue desarrollándose como una comunidad de vida, exclusiva, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que van más allá de compartir unas tareas y unos gastos domésticos, las consecuencias de esto serán diferentes, según la relevancia que se haya dado

(70) VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", cit., p. 59, considera también que el deber de convivencia es exclusivo del matrimonio.

No faltan autores que sostienen que no ya el deber sino el hecho de la convivencia no es requisito de las uniones libres: BERMEJO PUMAR, *op. cit.*, pp. 2497 y 2498; BERGHAN, *op. cit.*, pp. 410 y 416, con cita de Gehrad.

(71) Según el Tribunal Constitucional federal alemán, desaparece esa comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, aunque se mantenga la convivencia, cuando cada uno dedica sus ingresos exclusivamente a la satisfacción de sus propias necesidades y al cumplimiento de sus propias obligaciones, y la consecuencia es que ya no existe una comunidad de vida similar a la matrimonial (S. 17.11.92, que comenta en "La unión libre ...", cit., pp. 201-203).

a la declaración solemne de constituirse como pareja estable: si tal declaración no era imprescindible para que fuese aplicable el estatuto cuasi matrimonial (supuesto general, *ex* arts. 1 LUEP y 3.1 LPENC), les seguirá siendo aplicable, pues de otro modo sería fácil defraudar el propósito del legislador de que ese estatuto les sea aplicable, sin necesidad de que así lo quieran los convivientes (72); si tal declaración era imprescindible para que fuese aplicable ese estatuto (caso de parejas homosexuales en Cataluña, conforme al art. 19 LUEP), parece que éste ya no les será aplicable (73). En cambio, cuando de un matrimonio se trata, tal cosa no es posible, ya que no se disuelve ni con la simple separación, *mucho menos si no hay separación sino tan sólo un cambio de actitud* (74).

(72) Cuando la ley no exige formalización alguna para su aplicación a uniones libres, sino una determinada duración ininterrumpida, está claro que si se produce tal cambio de actitud antes de que transcurra ese tiempo, no procede su aplicación, aunque se mantenga la convivencia. Otra cosa es que se presuma que si llegó a haber una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, que iba más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas, tal situación se mantiene, salvo prueba en contrario, mientras dura la convivencia.

(73) Sí, como he defendido, fuese declarada inconstitucional por discriminatoria la diferencia establecida en la LUEP entre parejas heterosexuales y homosexuales sin hijos comunes, según la cual las primeras quedan sometidas a esta ley con tal que hayan convivido maritalmente durante dos años, mientras que las segundas sólo quedan sometidas si lo declaran solemnemente, de forma que en todos estos casos se requiera la declaración solemne para que tal estatuto les sea aplicable, el cuadro de situaciones ante la cuestión que estoy analizando sería el siguiente: parejas catalanas con hijos comunes y todas las parejas aragonesas seguirían sometidas al estatuto legal, a pesar de la declaración de extinción, si la convivencia se mantiene con las mismas características; las parejas catalanas sin hijos comunes ya no quedarán sometidas a dicho estatuto.

(74) Aunque para considerar que se ha producido el cese de la convivencia conyugal no sea imprescindible la separación de hecho, no es menos cierto que esto sólo es posible si concurren ciertas circunstancias (por necesidad, por intentar una reconciliación o por interés de los hijos) (art. 87.1 C.c.), estando fuera de duda que si siguen conviviendo pero atendiendo cada uno a sus propias necesidades, porque así lo quieren, sin concurrir alguna de tales circunstancias, no habrá cese efectivo de la convivencia conyugal, ni causa legal de separación. Si es uno de los cónyuges el que deja de atender al sostenimiento de la familia, pero sin interrumpir la convivencia, tampoco habrá tal cese efectivo, pero sí un incumplimiento del deber de contribuir al levantamiento de sus cargas.

Y, en relación a la fidelidad, ¿puede imponerse a los integrantes de una unión no matrimonial? ¿Estaría justificada esta restricción de la libertad individual, cuando en cualquier momento puede uno de los convivientes dar por terminada la unión? Más aún, si tenemos en cuenta que para que exista una unión no matrimonial que merezca la consideración de familia no es requisito necesario ni suficiente que sus integrantes mantengan relaciones sexuales entre sí (75), ni es circunstancia impositiva que las mantengan con otros, puesto que lo decisivo es que exista una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, que vaya más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas, lo único que podría la ley es limitar su ámbito de aplicación a aquellas uniones en las que sus integrantes sí mantengan tales relaciones —lo cual, salvo que se circunscriba su ámbito de aplicación a las parejas con hijos biológicos comunes, es ya difícilmente compatible con el derecho a la intimidad familiar [art. 18.1 CE y la S. del Tribunal Constitucional federal alemán de 17.12.92 (76)]—, como podría darse a entender cuando se utiliza la expresión “convivencia marital” para describir el supuesto de hecho de la norma relativa a uniones no matrimoniales (arts. 1 y 19 LUEP y 3 LPENC), lo cual me parece desacertado y, salvo en los casos de parejas con hijos comunes, difícilmente comprobable (77). Y, del mismo modo que tiene sentido considerar incluido el llamado débito conyugal entre los deberes recíprocos de los casados (78) (en el de ayuda mutua, o en

(75) Así lo vengo sosteniendo desde *La unión libre ...*, cit., pp. 26 y 36; “La libertad de elección ...”, cit., pp. 74, 124, 125 y 137.

(76) *Vid.* mi comentario en “La unión libre ...”, cit., p. 203.

(77) Sobre el sentido y las consecuencias de la expresión “convivencia marital” en la citada ley catalana, me remito a lo que críticamente expuse en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 124 y 125.

(78) Así, entre otros, ALONSO PÉREZ, M.: “Dialéctica entre fidelidad matrimonial y libertad sexual: el delito de violación entre esposos separados y el llamado «débito conyugal»”, en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Prof. Dr. J. L. Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 58, 61 y 62. Pero también se ha propuesto excluir el deber de fidelidad en el matrimonio, por entender que, existiendo anti-

el de fidelidad en sentido positivo), puesto que la exclusión de la libre ruptura de la unión matrimonial parece requerir que esa comunidad de vida alcance la satisfacción de las necesidades sexuales de sus integrantes, ya que su estabilidad quedaría seriamente comprometida en otro caso, no tiene tanto sentido imponer ese mismo deber a los unidos libremente (79). Con todo, si se considerase que el objetivo de dotar de una cierta estabilidad a las uniones libres o a algunas de ellas, por ejemplo, a las parejas con hijos comunes, justifica la imposición del deber de fidelidad a sus integrantes, la libre ruptura de esa unión limitaría su alcance sólo al periodo de convivencia (80), aunque sí podría su incumplimiento llevar aparejada la pérdida de ciertos derechos del infiel respecto al otro —por ejemplo, de eventuales derechos sucesorios reconocidos a los convivientes (81)—; ahora bien, sería claramente discriminatorio por arbitrario e irrazonable que se protegiese legalmente la fidelidad entre convivientes más que entre los cónyuges, ya que no tendría sentido proteger más la estabilidad de una unión libremente disoluble que la de las que no lo son. No es contradictorio, por un lado, exigir la exclusividad para que pueda existir una comunidad de vida como la unión libre, y, por otro, no

287

conceptivos, no tiene ya sentido mantener ese deber, cuyo origen está en garantizar al marido un linaje propio (CALAIS-AULOY, *op. cit.*, pp. 257 y 258).

(79) VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", *cit.*, p. 59, considera que el deber de fidelidad es exclusivo del matrimonio.

(80) Aquí no parece que pudiera perpetuarse ese deber tras la separación, con independencia de quién y por qué la provocase, a diferencia de la posibilidad de considerar exento del deber de fidelidad sólo al cónyuge abandonado y no al otro (art. 82.1.º.2 C.c.), que se explica por la exclusión de la libre ruptura de las uniones matrimoniales.

(81) En cambio, me parecería difícilmente admisible sancionar la infidelidad con la pérdida de derechos diferentes a los que tengan reconocidos como convivientes, como sucedería si se sancionase penalmente la infidelidad, ya que aquí no parece que la estabilidad de esa pareja merezca esa protección, cuando en cualquier momento puede dejar de existir por decisión de cualquiera de sus integrantes, sin necesidad de que concurra una justa causa. Sería una sanción desproporcionada y, por lo tanto, supondría una injustificada restricción o privación de derechos para el que la padeciese.

exigir la fidelidad ni exclusividad sexual a los convivientes, puesto que con el requisito de exclusividad (no necesariamente sexual) se trata simplemente de advertir que una misma persona no puede integrar varias uniones de este tipo, esto es, no más de una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos que vayan más allá del hecho de compartir tareas o gastos domésticos, siendo, en cambio, no determinante que mantenga relaciones sexuales con persona o personas diferentes a aquella o aquellas con las que convive en una única unión libre.

En cuanto al deber de ayuda mutua, la libre ruptura también limita enormemente su alcance, ya que si no hay acuerdo entre los convivientes en el reparto de cargas o en la forma de contribuir al sostenimiento de la familia, la imposición legal del deber de contribuir a ese sostenimiento o de un deber de prestarse recíprocamente alimentos (82)

(82) Consideran exclusivo del matrimonio el deber de ayuda mutua VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", cit., p. 59, pero parece que no es coherente con esta premisa cuando después admite que se pueda imponer derecho de alimentos (p. 62); PANTALEÓN PRIETO, "Régimen jurídico-civil ...", cit., p. 74.

En cambio, GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges ...*, cit., sostiene que la existencia de un derecho o deber de mutua asistencia entre convivientes se fundamenta en la buena fe y en la protección de la confianza, pero parece que se trata no de fuentes de obligaciones exigibles, sino de justas causas de las atribuciones patrimoniales (*soluti retentio*), y sólo mientras dura la convivencia (págs. 205 y 206). Y propone *de lege ferenda* reconocer derechos legales de alimentos entre convivientes, pero limitados en el tiempo y circunscritos a los casos de estado de necesidad del acreedor, creado por la misma convivencia fallida (pp. 218 y 219).

Desde otros planteamientos, se ha propuesto la desaparición del deber de socorro y asistencia recíprocos en el matrimonio, como una forma de desincentivar que la mujer renuncie a su vida profesional (CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 258).

El deber de asistencia recíproca ha sido establecido, incluyendo el derecho a percibir alimentos, entre convivientes tanto en Cataluña (arts. 3.2, 4, 8, 22.2, 23 y 26 LUEP), como en Aragón (art. 5.3 LPENC), si bien se admite el juego de la autonomía de la voluntad (arts. 3.1 y 22.1 LUEP y art. 5.1 y 3 LPENC). En Francia se ha establecido que las partes de un pacto civil de solidaridad se aporten una ayuda mutua y material, si bien se ha dejado libertad para determinar las modalidades de tal ayuda (art. 515-4.1 del *Code civil*), habiendo advertido el Consejo Constitucional que sería nula toda cláusula que ignorase el carácter obligatorio de tal ayuda, de forma que, ante el silencio del pacto, corresponderá al juez del contrato definir, en caso de litigio, las modalidades de esa ayuda, en función de la respectiva situación de las partes.

(arts. 3.2 pr., 8, 22.2 pr. y 26 LUEP catalana) es fácilmente eludible mediante la disolución de la unión por decisión de cualquiera de ellos. Pero esto no quiere decir que sea irrelevante la imposición de este deber, por cuanto así, mientras no se extinga esa unión, los otros obligados a prestar alimentos no serán llamados a prestarlos (83). Ahora bien, una vez disuelta, está claro que sólo tendrá que abonar contribuciones o alimentos atrasados, debidos antes de esa disolución, o compensar el enriquecimiento obtenido a costa de las contribuciones del otro, pero no más, si hemos de ser coherentes con la libre ruptura de las uniones no matrimoniales, por intervenidas que estén. Una vez más, procede recordar que esa libre ruptura no puede hacerse ilusoria ni ser obstaculizada mediante la imposición de pensiones o compensaciones (84), alimentarias o no, que vayan más allá

(83) Si, en defecto de este deber recíproco de ayuda mutua o, su concreción, de alimentos entre convivientes, me parece dudosa la inconstitucionalidad de la concesión de derechos legitimarios entre ellos —y recuérdese que las dudas llevan a no declarar la inconstitucionalidad—, me parece claro que cuando sí se impone ese deber no veo inconveniente constitucional alguno al reconocimiento de tales derechos. Sobre esto, me remito a lo que ya dije en *La unión libre ...*, cit., pp. 81-83.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", cit., p. 62, no excluye, por lo menos, explícitamente, la posibilidad de reconocer derechos legitimarios, pues habla de que un conviviente pueda participar en la herencia del otro, sin distinguir entre sucesión legal o legitimaria.

Sí considera inconstitucional el reconocimiento de derechos legitimarios al conviviente, así como el derecho de alimentos, por considerar que integran "el núcleo duro del Derecho matrimonial", PANTALEÓN PRIETO, "Régimen jurídico civil ...", cit., p. 74. Es posible que al opinar así se esté confundiendo, una vez más —pensión de viudedad, sucesión intestada, subrogación en el arrendamiento por fallecimiento del arrendatario—, una determinada opción de política legislativa con un límite constitucional.

(84) LLEDÓ YAGÜE, F.: "Comentario a la STS de 20.10.94", *CCJC*, n.º 37, pp. 357 y 358, habla del deber de indemnizar en caso de ruptura unilateral intempestiva, cuando crea estado de necesidad en el abandonado, que no dio causa para la ruptura; o cuando el abandonado sacrificó sus posibilidades profesionales para dedicarse al hogar y a la educación de los hijos (pensión de rehabilitación). Yo sólo puedo admitir sin problemas esa pensión, en la medida en que con ella se compense el enriquecimiento injusto obtenido por el obligado a prestarla.

Así, LLEBARIA SAMPER, "Consecuencias de una convivencia ...", cit., p. 1627, cuando dice que "la «intempestividad» en lo patrimonial significa que el cese de la convivencia destaca lo que la propia convivencia había ocultado: una situación en uno

de lo antes señalado, como puede suceder con las pensiones alimentarias previstas en los artículos 14 y 31.2 LUEP y 7.2 LPENC, cuya constitucionalidad es bastante dudosa, como he explicado.

Finalmente, también considero que la libre ruptura de las uniones no matrimoniales justificaría una mayor libertad de sus integrantes, en comparación con los casados, a la hora de acordar el reparto de tareas y otras cuestiones relativas a su convivencia. Concretamente, opino que los límites a esa libertad no serían otros que los del artículo 1255 C.c., es decir, no tendrían por qué ser nulas las estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos que correspondan, según un eventual estatuto legal de uniones libres, a cada conviviente, a menos que lo pactado contra esa igualdad fuera contrario a una ley imperativa, o fuese inmoral o

de los ex-convivientes definida por la inferioridad económica y por la dificultad de recuperar su independencia. La compensación, de estimarse, se justifica entonces desde la teoría del enriquecimiento injusto, expediente que mal se aviene para explicar todas las situaciones posibles, quedando así reservado a cierta excepcionalidad". No veo tal excepcionalidad, y sí un principio general.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", cit. p. 62, admite que se puedan imponer compensaciones económicas en caso de ruptura de la convivencia, como las de los artículos 1438 y 97 C.c. No me parece correcta esa indiscriminada remisión a los derechos reconocidos en esos dos preceptos, como otros autores han puesto de manifiesto.

Así, PANTALEÓN PRIETO, "Compañero/compañera", cit., p. 1161, si bien acepta la aplicación por analogía *iuris* del principio contenido en el artículo 1438 C.c. (compensación por el enriquecimiento injusto), en "Régimen jurídico-civil ...", cit., p. 74, considera que el legislador no puede imponer pensiones por ruptura de la unión no matrimonial, por considerarlo contrario a la autonomía de la voluntad y al libre desarrollo de la personalidad. Estoy plenamente de acuerdo.

También GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges ...*, cit., admite acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto para el conviviente que cuida del hogar y de las relaciones sociales, si hay sobrecontribución, bien porque no se le reconoce ese trabajo excedente, bien porque el otro incumple el deber moral de asistencia que le incumbe; de no adoptar esta idea de sobrecontribución se trataría mejor al conviviente que al cónyuge casado en separación de bienes (arts. 1438 C.c. y previgente 23 Comp. cat.), y sería contradictorio con la idea de que tal contribución al levantamiento de las cargas era indebida, cuando se fundamenta en la buena fe y la protección de la confianza (pp. 212-214). Esta compensación por enriquecimiento injusto no es una pensión de alimentos, y considera que para su cálculo puede acudir a los criterios del artículo 97 C.c. (pp. 215 y 216, citando a Campuzano Tomé).

contrario al orden público. Considero, por lo tanto, inaplicable por analogía a tales pactos lo previsto en el artículo 1328 C.c., en cuanto que se restrinja así en mayor medida la libertad de los convivientes, de la que resulta de la norma general del artículo 1255 C.c. Y si se considerase que la igualdad por razón de sexo reconocida en el artículo 14 CE es uno de los límites previstos en el artículo 1255 C.c., pues a ello habrá que estar, pero no a los límites adicionales que pudieran resultar de la plena igualdad jurídica a la que se refiere el artículo 32.1 CE. Y es que la libre ruptura permite disolver la unión no matrimonial, en cualquier momento y sin necesidad de que concurra una justa causa, a cada uno de los convivientes, si considera injusta o desequilibrada la relación. Dicho esto, he de advertir que tampoco veo reparos de inconstitucionalidad en la ley que equiparase en esta medida asegurativa de la igualdad de derechos a las uniones libres y los matrimonios, dando así cumplimiento al mandato constitucional de remover obstáculos a la igualdad de los ciudadanos, también dentro de los grupos en los que se integran (art. 9.2 CE).

Quedarían los demás derechos recíprocos entre cónyuges, así como los derechos, obligaciones y responsabilidades frente a terceros, tanto particulares como poderes públicos. De los más problemáticos a la hora de decidir sobre la procedencia o no de la analogía me ocupo en el capítulo siguiente, al que me remito. De los derechos y obligaciones frente a los poderes públicos o particulares, que integran la protección social, tales como seguridad social, fiscalidad, función pública, Derecho laboral, etc., no veo problemas constitucionales en su extensión por ley a los convivientes en unión libre, como ya dije.

Con las consideraciones anteriores creo haber mostrado suficientemente que la libre ruptura de las uniones no matrimoniales, como diferencia esencial respecto al matrimonio, no es algo que agote su fuerza diferenciadora en lo relativo a lo que suceda después de la ruptura, sino también duran-

te la unión, afectando de forma sustancial al contenido y al alcance del estatuto del que pudieran estar dotadas las uniones libres, bien porque no podrían incluirse en él ciertos deberes del matrimonio, bien porque los que sí podrían integrarlo tendrían un alcance claramente inferior o más débil (85). Es por esto por lo que considero no demostrada la existencia de identidad de razón entre unas uniones y

(85) Desde premisas completamente opuestas a las mías, LLEBARÍA SAMPER ("Consecuencias de una convivencia ...", cit., p. 1629) afirma que para decidir si hay o no identidad de razón entre el matrimonio y la unión libre, no debe atenderse al hecho de que uno esté regulado y la otra no, sino a la realidad prelegislativa y a los motivos por los que "haya decidido el legislador que uno «valga» y la otra no". No considera decisiva tampoco la existencia de un estatuto matrimonial, porque "antes que obligaciones, constituyen comportamientos de cumplimiento espontáneo inherentes a estos patrones de convivencia, y no monopolio exclusivo de la matrimonial. Además, desde el instante en que, para determinados efectos, el legislador exige *estabilidad* a la pareja de hecho, no deja ello de significar que aquellos «deberes» se dan, como mínimo, igual que en el matrimonio (*sic*); ¿quién soportaría, si no, una convivencia «estable» sin ayuda, respeto o fidelidad?". En otro lugar (*Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, 1997, pp. 108-113) este mismo autor ha restado importancia diferenciadora a los deberes que integran el compromiso matrimonial (arts. 67 y 68 C.c.), con consideraciones sobre su incoercibilidad, y que el respeto a tales deberes es la práctica habitual en las parejas no casadas.

292

Una cosa es que no sea posible exigir el cumplimiento en forma específica de los deberes recíprocos matrimoniales -tampoco lo son las prestaciones de hacer personalísimas en las obligaciones-, y otra que carezca de sanción su incumplimiento. No otra cosa me parece que puede desprenderse de la siguiente opinión autorizada: "Me gustaría saber de qué modo pueden los cónyuges ser obligados a vivir juntos o a guardarse fidelidad o a respetarse cuando no están dispuestos a hacerlo ... En el campo familiar lo único que se puede pedir al Derecho es que sobre unos hechos irremediables declare justas unas pretensiones" (DÍEZ-PICAZO, *Familia ...*, cit., p. 35). Algunas de esas pretensiones no estarían justificadas si no fueran previamente impuestos como deberes esos comportamientos incoercibles. Por esto, se suele advertir que la infracción de tales deberes no carece de consecuencias jurídicas, consistentes en la configuración de causas de separación o de disolución, así como el resarcimiento de daños morales (así, GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, 1984, p. 322), pero también patrimoniales, si se incumplió el deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 C.c.), integrado en el deber más genérico de ayudarse mutuamente (art. 67 C.c.).

Además, me permito advertir que si nos hemos de remontar a la realidad prejurídica, lo que resulta no es la identidad de razón entre el matrimonio y las parejas no casadas, sino la inexistencia de matrimonio, como creación exclusiva del Derecho, y la sola existencia de uniones libres. Y en cuanto a esa suerte de trivialización del establecimiento de unos deberes recíprocos de los casados, yo preguntaría si lo ve así el cónyuge desheredado por incumplirlos, o el conviviente sin recursos propios, o los convivientes que no han querido darse un compromiso de fidelidad.

otras, identidad cuya demostración sin que subsistan dudas razonables es el requisito indispensable para que proceda la aplicación analógica a las uniones libres de las normas de Derecho matrimonial, como se desprende del artículo 4.1 C.c., reforzado por la previsión constitucional de un estatuto propio del matrimonio (art. 32.2 CE, cuando se refiere a los derechos y deberes de los cónyuges) y por la atribución que hizo el constituyente al legislador de la determinación del grado de protección a dispensar a la familia (arts. 39.1 y 53.3 CE), salvo en lo relativo a la equiparación de derechos de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (arts. 14 y 53.1 y 2 CE).

Así las cosas, ¿cómo debemos entender las no infrecuentes referencias legales a la relación de afectividad análoga a la conyugal (86) u otras todavía menos afortunadas, como las que hablan de uniones equivalentes al matrimonio o de uniones conyugales de hecho (87), al describir el supuesto de hecho de la unión no matrimonial? No parecen expresiones conformes con la falta de identidad de razón entre una y otra situación, que parece, según creo haber demostrado, subyacer a nuestra Constitución. Además, podemos considerar directamente contrarias a la doctrina del TC esas expresiones que hablan de equivalencia entre el matrimonio y la unión libre, cuando el intérprete supremo de nuestra Constitución ha reiterado que no son realidades equivalentes (por todas, las SSTC 184/90 y 222/92, por citar dos resoluciones que parten de esa misma premisa, aunque después llegan a resultados opuestos). Se impone, pues, encontrar una interpretación de tales expresiones que no conduzca a resultados

(86) Entre otras, la disp. ad. 3.^a de la ley 21/87 de adopción, artículos 12.4 y 16.1.b LAU, 23 CP, y 1 LPENC.

(87) De “situación de hecho asimilable” habla el artículo 219.1^o LOPJ, pero esta misma ley emplea la expresión “situación de hecho equivalente” en su artículo 391. De “uniones conyugales de hecho” se atreve a hablar la nota (3) al grupo II de la tabla I del anexo al título I de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, tal y como ha quedado redactada por la ley 30/95 de ordenación y supervisión de los seguros privados.

contrarios a nuestra Constitución, como lo es afirmar que estamos ante situaciones análogas o, lo que es peor aún, equivalentes, pues me parece clara la exclusión, por lo menos como regla, de la analogía de las normas relativas al estatuto matrimonial. Y es que tales expresiones no pueden ser utilizadas como argumento demostrativo de la aplicabilidad por analogía a las uniones libres de las normas de Derecho matrimonial, aunque ésta fuera, que lo dudo, la voluntad del legislador, porque por encima de ésta está la que resulta de la propia Constitución. Y ésta sería defraudada si admitiésemos que la regla general o de principio es la analogía, salvo en aquellos casos en los que se demuestre que no existe identidad de razón, haciendo así recaer la carga de la prueba en el que sostenga que no hay tal identidad. Y dudo que ésa haya sido la voluntad del legislador, si atendemos al contexto de las normas en las que se contienen tales expresiones tan desafortunadas. Del conjunto del Derecho matrimonial y de las normas sobre uniones libres está claro que la regla general o de principio es la no identidad de razón entre matrimonio y uniones no matrimoniales, aunque se trate de parejas que podrían casarse entre sí, recayendo la carga de la prueba sobre el que sostenga que sí hay tal identidad, en una situación concreta.

En otro lugar (88) ya propuse distinguir entre relación de afectividad intensa como supuesto de hecho para la aplicación de normas que pretenden evitar situaciones de conflicto de intereses, de las que puedan resultar perjuicios para terceros (así, las normas de la LOPJ), con independencia de que, además, exista o no una verdadera comunidad de vida entre esas personas, a lo cual no hay nada que objetar, salvo la referencia a lo conyugal; pero otra cosa, completamente objetable, es que el concepto de unión libre, que requiere la existencia de una comunidad de vida, con cui-

(88) "La unión libre ...", cit., pp. 206 y 207, donde desarrollaba ideas expresadas en *La unión libre ...*, cit., cap. I, pp. 19-37.

datos y responsabilidades recíprocos, que vaya más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas, que sea estable y exclusiva, pueda ser definido como una relación de afectividad análoga a la conyugal, o que se requiera que en esa comunidad de vida haya tal afectividad (89). Y es

(89) Advierto al lector que tampoco es infrecuente encontrarse con autores que consideran que es la relación afectiva y no la comunidad de vida lo que caracteriza a ciertas uniones libres, las integradas por una pareja, y lo que permite considerarlas análogas al matrimonio. (En este sentido, *vid.* LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia ...* cit., pp. 87 y 88). Criticando mis tesis al respecto, considera que no merece la consideración de familia, al amparo del artículo 39 CE, toda comunidad de vida con ayuda y socorro mutuo, sino tan sólo la comunidad de vida fundada en una relación afectiva de pareja, con o sin matrimonio; y también me reprocha que yo haya sostenido que todas las comunidades de vida merezcan el mismo tratamiento, la misma tutela jurídica, poniendo el ejemplo de la convivencia de una anciana y una joven que la asiste, frente a la pareja no casada (*vid.* nota 20 a la p. 88).

Creía haber dejado claro que una cosa es sostener que merece la consideración de familia, amparada por el artículo 39.1 CE, toda comunidad de vida, con cuidados y responsabilidades recíprocos, que vayan más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas en la vivienda que se comparte, que sea estable y exclusiva, y otra que todas estas uniones no matrimoniales deban ser tratadas igual. Lo que no acepto es que haya unas uniones libres constitucionalmente protegidas y otras que no lo están, si reúnen las características antes expuestas. Pero esto no impide que el legislador establezca diferencias de trato entre unas y otras, que, eso sí, deberán estar justificadas. Invito al Dr. Llebaría y a los lectores a que lean lo que expuse en *La unión libre ...*, cit., pp. 32, 33, 67, 68, 70-74. Entonces puse como ejemplo de diferencia de trato no discriminatoria entre uniones libres la relativa a los requisitos para la adopción conjunta. Posteriormente he puesto de manifiesto otras posibles diferencias de trato, que tampoco serían inconstitucionales: las que establezcan un trato más favorable a las parejas no casadas con hijos comunes (la mayor utilidad social de éstas justifica tales diferencias), y para las parejas integradas por personas del mismo sexo (como medida de discriminación positiva, para compensar de alguna forma el persistente rechazo social de la homosexualidad no clandestina en el marco estable de una relación familiar); pero también las que excluyen a parientes en línea recta y a hermanos, o a menores de edad, o a separados, de la aplicación de estatutos cuasi matrimoniales (*vid.* "La libertad de elección ...", cit., pp. 119-121, 123, 124, 128-135).

En cuanto a que no sean equiparables una pareja no casada y la asistencia que una joven presta a una anciana, es algo obvio, y lo que no termino de entender es que se me impute que yo sí las haya considerado iguales. Si definí la unión libre como una comunidad de vida con cuidados y responsabilidades recíprocos, está claro que si falta esa reciprocidad, no hay tal unión. Remito al Dr. Llebaría a lo que expuse en *La unión libre ...*, cit., pp. 24-26. Lo que está claro es que si hay tal comunidad de vida estable y exclusiva, con reciprocidad en los cuidados y responsabilidades, que vayan más allá del reparto de gastos y tareas domésticas, es completamente irrelevante que mantengan o no relaciones sexuales sus integrantes entre sí, así como las edades respectivas.

que el matrimonio no requiere para su validez una determinada relación de afectividad, sino la asunción seria, libre y

Más allá de discrepancias sobre el concepto de unión libre, lo que sí echo de menos es un pronunciamiento explícito y sin dejar lugar a dudas de todo aquel que se ocupe del tema de las uniones familiares no matrimoniales, acerca de la cuestión de si la unión homosexual es o no merecedora de tal consideración y, en consecuencia, de tal protección. El Dr. Llebaría sólo dice que merece protección ante su ruptura (pp. 94 y 95), pero no parece que encaje esta unión en su idea de la familia, como pareja que puede tener hijos comunes (nota 20 a la p. 88 y p. 107), aunque tampoco llega a decir explícitamente que esté excluida.

TALAVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, nota 78 en p. 41) me imputa que yo sostengo que -reproduzco sus palabras, no las mías- “bajo la denominación de «uniones libres», se debe englobar todo tipo de convivencia no matrimonial (cuyo denominador común sería exclusivamente el hecho de vivir en común). En este caso hay que prescindir de toda referencia analógica al matrimonio y atender exclusivamente a la existencia o no de una verdadera comunidad de vida, sea del tipo que sea, con independencia del número, del sexo, del parentesco o del fin de la misma”. Me cita por mi libro *La unión libre ...*, en sus pp. 18-38. Y continúa diciendo que “[p]ara Gavidia sólo caben dos terrenos, el del matrimonio y el cajón de sastre que acoge a toda convivencia que no es matrimonio, donde no cabe hacer distinciones”. Que yo haya sostenido que fuera del matrimonio no hay ninguna situación que le sea análoga (*La unión libre ...*, cit. p. 21), no permite imputarme que yo haya afirmado o dado por supuesto que no quepa hacer distinciones entre las convivencias no matrimoniales. Muy al contrario, las he hecho y en dos niveles: por un lado, al delimitar el concepto de unión libre como aquella comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, que va más allá de compartir un hogar y unos gastos o tareas domésticos, duradera y exclusiva, por lo que todas las demás convivencias no merecen esta consideración, ni siquiera como familia (*La unión libre ...*, cit., pp. 23-26); y, por otro, que, dentro de esas uniones libres como familiares pero no matrimoniales, cabrá hacer distinciones, diferencias de trato, siempre que estén suficientemente justificadas, como sucede, por ejemplo, con la adopción (*La unión libre ...*, cit., pp. 32, 33 y 67-74). Lo que no me parece conveniente es excluir *ab initio* del concepto de unión libre a aquellas comunidades de vida en las que concurren tales circunstancias o elementos objetivos indicados, por el hecho de que estén constituidas por personas del mismo sexo, o por más de dos personas o por parientes, es decir, por quienes no podrían contraer matrimonio entre sí, lo cual no cierra la puerta a hacer distinciones de trato entre unas y otras uniones libres, siempre que estén suficientemente justificadas. Es falso, pues, que yo haya sostenido que baste la convivencia, sin más, para que exista una unión libre, entendida en la forma en que la vengo entendiendo, y que no quepan distinciones entre ellas. Me remito, para más detalles, a lo que he afirmado en esta misma nota en su segundo párrafo.

TALAVERA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 48) afirma que “la maritalidad de la convivencia implica la mutua aceptación de una relación sexual. Esto no significa que dicha relación deba realizarse efectivamente, y mucho menos que pueda controlarse o verificarse, lo cual supondría una injerencia intolerable, ya que este ámbito pertenece a la intimidad y la libertad de las personas (libre desarrollo de la personalidad), aspectos ambos protegidos constitucionalmente por los arts. 1.1, 10.1 y 18.1 CE. No obstante, la apertura a la sexualidad es un factor indispensable en el consensus

consciente de los deberes recíprocos que integran su estatuto (arts. 67 y 68 C.c.), con independencia de lo mucho o poco que se quieran (90). Por lo tanto, lo que de parecido tienen el matrimonio y las uniones familiares no matrimoniales no son las inciertas e irrelevantes relaciones de afectividad, sino la existencia de una comunidad de vida, estable y exclusiva, que va más allá del hecho de compartir unos gastos y unas economías. Lo que sucede es que esa similitud no debe, hablando propiamente, ser calificada como analogía, porque en Derecho esto supone algo más que poner de manifiesto un parecido; es tanto como afirmar que procede la aplicación analógica de normas, como regla de principio, por lo menos, lo cual ya he dicho que es incons-

generador de una convivencia *more uxorio*". A estas afirmaciones quiero hacer algunas observaciones. La primera es que, desde mis premisas, no hay convivencia marital fuera del matrimonio, puesto que lo marital es inescindible de la exclusión de la libre ruptura, que siempre debe ser posible en cualquier unión no matrimonial, como característica esencial diferenciadora de unas y otras situaciones. La segunda es que sólo en el matrimonio puede tener relevancia que uno de los cónyuges se niegue sistemáticamente a mantener relaciones sexuales con el otro, por cuanto podría tratarse de un incumplimiento del deber de socorro mutuo, o de fidelidad sexual en sentido positivo. La tercera es que no es requisito necesario ni suficiente para que exista una unión libre, como entidad familiar, no como simple convivencia, que los convivientes acepten mantener relaciones sexuales entre sí, por cuanto esto no es imprescindible para que exista una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, duradera y exclusiva, que vaya más allá de compartir unos gastos y tareas domésticos. La cuarta es que, por lo que respecta a lo de la apertura a la sexualidad, no me represento convivencias en las que no sea posible que sus integrantes mantengan relaciones sexuales, aunque se limiten a compartir un mismo hogar, a menos que se esté pensando en dos personas absolutamente inmovilizadas (y separadas). La quinta es que ya advertí (*La unión libre ...*, cit., p. 35), y antes el Tribunal Constitucional federal alemán (S. 17.11.1992), que no cabía exigir relaciones sexuales entre los convivientes en unión libre, y que su indagación podría violar el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar. Y la sexta es que lo que no es posible indagar si es posible declarar voluntariamente, por lo que parece que, a efectos prácticos, la única prueba de esa apertura a la sexualidad será, o bien el embarazo o bien la declaración voluntaria o las cintas de vídeo grabadas y exhibidas de común acuerdo por los convivientes, o, acaso, los besos y caricias ante testigos. ¿Estamos dispuestos a hacer depender de cosas como éstas el reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones libres? Sería conveniente saberlo cuanto antes, pero, por mi parte, tengo que advertir que tal cosa no sería fácilmente compatible con el más elemental sentido común, por no hablar de la seguridad jurídica.

(90) Ya lo dije en *La unión libre ...*, cit., pp. 36 y 37.

titucional. Hay similitud, pero no analogía, porque no hay identidad de razón, ya que la libre ruptura de las uniones no matrimoniales hace que la comunidad de vida en que consisten no sea equiparable, como regla general, a la comunidad de vida matrimonial. Que se quiera suponer que habrá normalmente en uno y otro caso una relación de afectividad intensa y análoga, es algo sobre lo que no voy a discutir, pero sí advertir que lo importante es la existencia o no de la comunidad de vida que, supuestamente, exterioriza esa relación de afectividad, y que es sustancialmente diferente con libre ruptura o sin ella (91).

(91) Desde posiciones completamente opuestas, PAWLOWSKI, *op. cit.*, considera que el matrimonio ha dejado de ser un tipo específico de comunidad de vida y que tan sólo es una organización formal, pero que tal formalidad no justifica suficientemente las diferencias de trato respecto a las uniones no matrimoniales, como tampoco la protección especial que le brinda el artículo 6 I GG; y tampoco justifican esas diferencias las notas de monogamia, heterosexualidad, libertad, formalidad y duración indefinida del matrimonio (pp. 1035 y 1036). Esa justificación la sitúa en que el matrimonio es una organización de la libertad conjunta (*Organisation gemeinsamer Freiheit*), en la que cada uno de los cónyuges no puede ser abandonado en cualquier momento por el otro, sin tener que ocuparse de su manutención, a diferencia de la unión no matrimonial, en la que cada uno puede desvincularse en cualquier momento (p. 1036), de lo cual se desprende que el matrimonio proporciona una mayor garantía de libertad. Pero cuando se pretende introducir en la unión no matrimonial elementos de protección al conviviente más débil se reduce, en consecuencia, la legitimidad de tales diferencias de trato entre unas uniones y otras (pp. 1036 y 1037). Y es que ya dijo DIEDERISCHEN, *op. cit.*, pág. 897, que el matrimonio es la institución que garantiza la responsabilidad existencial respecto al otro, mientras que la unión libre no es tanto una estructura jurídica cuanto una relación entre egoístas (*Verbindung von Egoisten*).

Sigue diciendo PAWLOWSKI, *op. cit.*, que entonces no sólo el matrimonio sino también cualquier comunidad de vida duradera son organizaciones de la libertad conjunta, con independencia de que estén o no basadas en un acto jurídico formal. Es así como considera que se ha generado un matrimonio consuetudinario (*Usus-Ehe, common-Law-Ehe*), lo cual es lógico si se tiene en cuenta que la exigencia de formalidad para el matrimonio, decidida en Trento (1563) iba destinada a evitar la bigamia, que hoy se puede controlar de otras formas (p. 1037). Aceptando la idea de HAUSMANN, *op. cit.*, pp. 91 y ss., según la cual la libre disolubilidad de la comunidad de vida es irrenunciable, puesto que el Derecho no puede imponer el amor, la comprensión, la disponibilidad para ayudarse, etc., y todo lo que constituye el aspecto personal de la comunidad de vida, sin que de esto quepa excluir a la comunidad de vida matrimonial, PAWLOWSKI considera que la sustancia del matrimonio es el afecto marital, entendido como la voluntad de convivir en el futuro en una comunidad de vida en la que poder confiar o abandonarse (*verlässliche Lebens-*

Si, como vengo sosteniendo, no existe identidad de razón entre el matrimonio y la unión libre, de forma que no pueden ser calificadas como realidades análogas, no procede, en consecuencia, la aplicación analógica como regla a las uniones no matrimoniales de las normas relativas al matrimonio. Procede ahora plantearse si tal identidad puede existir, si no referida a la institución en su globalidad, sí en determinadas situaciones típicas, o ante determinados problemas comunes a todas las comunidades de vida familiares, tanto en las relaciones entre sus integrantes, como con terceros. Es decir, se trata de saber si lo que no procede como regla general sí es factible en casos singulares, más o menos excepcionales.

Una primera posibilidad de delimitar el ámbito de operatividad de la analogía sería excluyendo las normas incompatibles con la libre ruptura de las uniones no matrimoniales. Así, no serían aplicables por analogía las normas relativas al deber de convivencia, ni a las causas y procedimientos de separación o disolución del matrimonio, ni a las pensiones compensatorias de lo que exceda del enriquecimiento injusto; pero sí las demás: otros deberes conyugales recíprocos, la igualdad, los regímenes económicos matrimoniales, las demás consecuencias económicas de la separación o disolu-

gemeinschaft) (p. 1038, con cita de RESCIGNO, P.: *Manuale del diritto privato italiano*, 2.^a ed., 1990, p. 403). Y considera que esa misma voluntad existe en las comunidades de vida no matrimoniales, por lo que ese *Usus-Ehe* no supone imponer el matrimonio a los que no lo quieren, ya que lo que no quieren los convivientes es someterse al procedimiento de divorcio o pasar por determinadas consecuencias patrimoniales, sobre todo, teniendo en cuenta que el matrimonio civil ya no presupone la voluntad de indisolubilidad (pp. 1037 y 1038).

Desde estos postulados lo consecuente es la afirmación de la procedencia de la analogía, en principio, de todo el estatuto matrimonial. Sin embargo, PAWLOWSKI, aunque afirma que el resultado de todo este razonamiento es el fin de la contraposición entre matrimonio y comunidades de vida no matrimoniales, lo cual justifica el recurso a la analogía, puesto que son formas de la vida social que cumplen las mismas funciones, explícitamente sólo propone la aplicación a tales matrimonios consuetudinarios de las normas sobre división del hogar y del ajuar comunes, en interés de los hijos (par. 1351 a y b BGB), y de la guarda y custodia de hijos comunes (p. 1039). Poco resultado es éste para tan radicales afirmaciones de identidad de razón entre matrimonio y unión libre.

ción del matrimonio, los derechos sucesorios, todo el sistema de protección social del matrimonio y su fiscalidad, etc. Parece que esto sería lo coherente con la idea según la cual los que, pudiendo casarse, optan por convivir en unión libre, sólo rechazan la institución del matrimonio, pero no necesariamente los efectos de la relación matrimonial (92).

(92) Está aceptado por todos los que no admiten la equiparación entre matrimonio y unión libre que no cabe la analogía en las normas relativas al matrimonio como institución. Entre otros, J. KNOCH: *Die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als Familienangehörige?*, Munich, 1987, pp. 58, 59 y 144; DIEDERISCHEN, *op. cit.*, p. 891; SCHUMACHER, *op. cit.*, p. 859. Pero yo me pregunto cuáles son esos efectos del matrimonio como institución, diferentes a los del matrimonio como relación.

Que no es posible la analogía en las normas sobre el matrimonio como institución, pero sí en las relativas a la relación conyugal ha sido defendido por LLEBARÍA SAMPER ("Consecuencias de una convivencia ...", cit., p. 1629), pero incurre en claras imprecisiones al delimitar el ámbito de lo institucional y el de lo que no lo es, al admitir la analogía *legis* respecto de determinadas normas matrimoniales "cuyo fundamento no sea el matrimonio en sí, como vínculo creador de un estado civil, sino un determinado proyecto vital que pasa por una estable y familiar relación de convivencia. Es decir, que la norma estuviera pensada en función de una convivencia y para asegurar sus presupuestos mínimos, y no para disciplinar unas relaciones personales o económicas independientes de la convivencia y asociadas al matrimonio como vínculo" (pp. 1629 y 1630). Si algo me parece que sí debería quedar claro de estas palabras es que las normas basadas en la relación de convivencia entre cónyuges sí deberían ser aplicables por analogía a las uniones libres. Pues bien, sorprendentemente, resulta que el Dr. Llebaría poco después considera improcedente la aplicación analógica de las reglas contenidas en el artículo 96.3 y 4 C.c., sobre atribución del uso de la vivienda familiar en caso de separación, cuando no hay hijos comunes, "acaso, porque aquella vida en común fue una convivencia matrimonial. Está claro que el legislador no concibe el matrimonio sin vida en común ..., y que ésta forma parte del presupuesto institucional del matrimonio que conocen y aceptan quienes se casan. Esta aceptación, este libre sometimiento al régimen institucional del matrimonio, puede ser tenido en cuenta por el ordenamiento a efectos de arbitrarle una tutela específica ausente para otros modelos de convivencia ... Se ha protegido la libre decisión de cesar la convivencia matrimonial para que no quede en las mismas condiciones que la libre decisión de cesar cualquier otra convivencia. La analogía no puede existir, vaciar el fundamento y la finalidad de la norma positiva supone crear una norma distinta" (p. 1630). Con estos argumentos se puede defender la no aplicación analógica de cualquier norma relativa al matrimonio. Por cierto, el legislador concibe perfectamente el matrimonio sin vida en común -por ejemplo, en caso de separación-, a diferencia de lo que sucede con la unión libre, tal y como la viene contemplando cuando se ocupa de ella.

En cambio, siendo consecuente con las premisas del autor anterior, F. RIVERO HERNÁNDEZ ("Comentarios a las SSTs de 29.10.97 y 10.03.98", *CCJC*, n.º 46, pp. 191 y ss., y *CCJC*, n.º 47, pp. 872 y ss.) sí defiende la analogía en tales casos. Su

Lo que sucede es que con esta tesis nos mantenemos en lo que entiendo que está constitucionalmente prohibido: la afirmación de la aplicabilidad por analogía a las uniones no matrimoniales de todos aquellos elementos del estatuto matrimonial, compatibles con la libre ruptura, desconoce el mandato constitucional hecho al legislador de que regule un estatuto propio del matrimonio, que no es aplicable como regla general a los no casados (art. 32.2 CE). Pero es que lo que subyace en esta tesis que rechazo es la existencia de identidad de razón entre la relación matrimonial y la existente en una pareja no casada, cuando, como creo haber demostrado, la Constitución no parte de esa premisa, sino de la contraria.

Parece, pues, necesario, desde estas premisas, descartar cualquier tesis que conduzca a una extensión como regla general del estatuto matrimonial –tanto el personal como el económico, incluido el régimen económico (93)– a los no

posición tampoco está exenta de imprecisiones, puesto que parte de la misma premisa de que rechazar la institución no significa rechazar “la relación jurídica derivada de su convivencia y sus efectos ..., mientras no conste con seguridad tal voluntaria exclusión. Requerirá al menos que se pruebe, a cuyo efecto tienen especial importancia los pactos negativos o excluyentes de ciertos convivientes, que expresa o implícitamente acuerdan que no se les aplique ninguna, o alguna norma propia de los casados” (CCJC, n.º 47, p. 879). Resulta, pues, que se parte de una suerte de presunción de voluntad de los convivientes, favorable a la aplicación de los efectos (no institucionales) del matrimonio, que admite prueba en contrario. Lo que sucede es que parece que las normas sobre requisitos de forma y publicidad de tales pactos, cuando de matrimonios se trata, deben integrar esa parte institucional que sí se rechaza por las parejas no casadas, porque lo consecuente, si no fuera así, sería que también les fuesen aplicables por analogía. De paso, nos olvidamos de objetivos tales como la protección de la parte más débil, por no hablar de los terceros. Y, lo que es más sorprendente, si se parte de la existencia de identidad de razón entre matrimonios y parejas no casadas de sexo diferente (CCJC, n.º 46, p. 198, y n.º 47, p. 878), ¿qué sucederá cuando conste, incluso, formalizado en escritura pública, el pacto de exclusión de normas imperativas del matrimonio? Si se afirma la eficacia de tal pacto, se vulnera un límite claro a la libertad contractual (art. 1255 C.c.). ¿O es que resulta que, casualmente, todas las normas imperativas sobre el matrimonio integran esos aspectos institucionales rechazados por la sola decisión de no casarse? ...

(93) La inaplicabilidad por analogía (*legis*) de las normas de régimen económico del matrimonio en general ha sido afirmada, entre otros, por GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 225; LACRUZ BERDEJO, “Convivencia «more uxorio» ...”, *cit.*, p. 1064, que

casados, y analizar sólo posibles situaciones típicas singulares en las que pueda plantearse, por la similitud de los intereses en conflicto, si existe o no identidad de razón para aplicar por analogía las soluciones previstas para los matrimonios. Tiene plenamente sentido plantearse si la situación de estrecha comunicación de intereses, que puede darse en diversa medida entre uniones de un tipo y de otro y entre las de un mismo tipo, permite establecer fuera de toda duda que sí existe tal identidad de razón. Esto me lleva a plantear la cuestión en casos como los siguientes: la responsabilidad por deudas contraídas por uno de los convivientes para satisfacer necesidades ordinarias de la familia; los actos de disposición de uno de los convivientes sobre la vivienda familiar habitual o el ajuar doméstico; la continuación en el arrendamiento de la vivienda familiar, a pesar del desistimiento o el fallecimiento del arrendatario; el uso de la vivienda familiar tras la separación; las situaciones de titularidad dudosa y la eficacia de la prueba de confesión de la titularidad exclusiva; la participación de uno de los convivientes en las ganancias obtenidas por el otro y las vías para compensar la dedicación pasada a la familia, etc.

Que, tras un examen de la institución matrimonial en su conjunto, se llegue a la conclusión de que no existe identidad de razón y que, en consecuencia, no procede la analogía entre el matrimonio y la unión libre no significa que esté fuera de lugar el test de igualdad en las diferencias de trato entre los casados y los solteros. Y es que el test de identidad de razón, requisito de la analogía *legis*, integra pero no agota el contenido del principio de igualdad. Que el matrimonio sea una institución constitucionalmente garantiza-

decía aceptar la aplicación analógica de tales normas si había identidad de razón, pero como analogía *iuris*: "tal traslación de normas se hará como aplicación de unos principios legales a una situación concreta sustancialmente distinta en la que se produce un conflicto de intereses análogo". Por su parte, RIVERO HERNÁNDEZ, *CCJC*, n.º 46, pp. 200 y 201, propugna la aplicación analógica de las normas sobre régimen primario.

da (art. 32.1 CE) y que la ley deba configurar un estatuto propio del matrimonio (art. 32.2 CE), no hace improcedente cualquier comparación entre el estatuto especial del matrimonio y el general de los solteros. Si ya he dicho que no puede penalizarse a los casados, que no puede equipararse a los solteros, aunque vivan en unión libre, tampoco puede el trato de favor dispensado al matrimonio ser arbitrario (art. 14 CE); ni llegar al extremo de vulnerar el derecho a no casarse, como exigencia de la autonomía de la voluntad, manifestación del libre desarrollo de la personalidad, dejando a los solteros en una situación insostenible (arts. 10.1 y 32.1, éste *a contrario*, CE); ni dar lugar a discriminaciones de los hijos por razón de nacimiento (art. 14 CE).

Así, por un lado, serán inconstitucionales las diferencias de trato favorables al matrimonio, que no estén justificadas (art. 14 CE). Sí opino que del artículo 32 CE se desprende que el test de igualdad debe ser, para estas diferencias de trato, el que se conforma con que no se incurra en arbitrariedad, y cuyos elementos son la existencia de situaciones diferentes —el matrimonio y la unión libre o, en general, la soltería es claro que son situaciones sustancialmente diferentes, entre las que no existe identidad de razón, como he mostrado—, que no se persigan fines contrarios a la Constitución —y es claro que favorecer las uniones matrimoniales es algo perfectamente conforme a ella, según se desprende del art. 32.2 CE—, y que las diferencias establecidas sirvan lógica y realmente para alcanzar tales objetivos (test de racionalidad). Esto no significa que esté fuera de lugar el test de razonabilidad (94), esto es, de proporcionalidad o ade-

(94) El test de proporcionalidad es considerado uno de los “elementos objetivadores de la diferenciación”, según GARCÍA MORILLO, J. (“La cláusula general de igualdad”, en *Derecho Constitucional*, vol. I, Valencia, 1994, pp. 165-169). Pero no faltó algún autor que lo excluyó, por cuanto suponía enjuiciar la oportunidad de la medida (JIMÉNEZ CAMPO, J.: “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *REDC*, n.º 9, pp. 109-111). ALONSO GARCÍA, E. [“El principio de igualdad del artícu-

cuación, sino que su contenido no debe ser el mismo que cuando no exista un precepto constitucional que, como el del artículo 32.2 CE, permita presumir que son legítimas las medidas de favorecimiento de la unión matrimonial (95); téngase en cuenta, además, que no estamos ante alguna de las diferencias sospechosas, mencionadas en el artículo 14 CE, a menos que se considere que el hecho de estar casado es una circunstancia personal o social sospechosa de entrañar discriminaciones, lo cual no me parece plausible, puesto que es la propia Constitución la que parte de una premisa contraria (arg. art. 32 CE). Lo que sucede es que en este caso el test de razonabilidad se debe agotar en la no violación del libre desarrollo de la personalidad, en su manifestación de autonomía de la voluntad, como derecho a permanecer soltero (96), con independencia de que se viva o no en unión libre con otra u otras personas; por lo tanto, nos situamos ya en el artículo 10.1 CE. Con lo cual, lo que habrá que controlar no es que la alternativa por la que haya optado el legislador haya sido la menos gravosa para

lo 14 de la Constitución Española”, *Revista de Administración pública (RAP)* núms. 100-102, pp. 59-62] considera que tal control de oportunidad se evita no exigiendo que el legislador haya optado por la alternativa menos gravosa, sino que no haya optado por una que sea excesivamente gravosa. Sin embargo, otros autores parecen excluir cualquier discrecionalidad del legislador, cuando se trata de criterios sospechosos de distinción, afectados por la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE (RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y no discriminación*, pp. 53, 54, 62, 63, 160, 163 y 164), posición ésta con la que me resulta difícil no estar de acuerdo.

(95) JARASS, H. D.: “Folgerungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 I GG”, *Neue juristische Wochenschrift (NJW)* 1997, p. 2549, considera que cuando la diferencia está en la propia Constitución el escrutinio no debe ser el estricto, y pone como ejemplo la protección especial del matrimonio, prevista en el artículo 6 I GG.

(96) JARASS, *op. cit.*, p. 2547, advierte que el fundamento objetivo para limitar las diferencias permitidas corresponde a decisiones valorativas, sin que para esto sea suficiente el principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 2 I GG, por sí mismo, dada su indeterminación, que hace que no contenga una decisión valorativa practicable o reconocible, a menos que sea puesto en relación con otra norma constitucional (p. 2547). Yo creo que el derecho a permanecer soltero nos proporciona esa mayor concreción, que hace operativo el libre desarrollo de la personalidad.

los solteros, sino que no resulta excesivamente gravosa, en el sentido de que el favorecimiento del matrimonio haga insoportable la situación de los que no están casados.

Considero, pues, que el escrutinio a aplicar a tales casos es uno de tipo medio, ya que si bien no estamos ante una circunstancia sospechosamente discriminatoria, de las mencionadas en el artículo 14 CE, y hay cobertura constitucional clara para favorecer el matrimonio (art. 32.2 CE), ha de quedar a salvo y no estar excesivamente constreñida la libertad de optar entre el matrimonio y la unión libre, esto es, el derecho a no casarse, como manifestación básica del libre desarrollo de la personalidad, en su modalidad de autonomía de la voluntad (arts. 10.1 y 32.1, éste *a contrario*, CE). El escrutinio a aplicar a una diferencia de trato será el amplio (no arbitrariedad, test de racionalidad), como regla, cuando no estemos ante una de las diferencias de trato sospechosamente discriminatorias, ni afecte al ejercicio de derechos fundamentales. En cambio, cuando la diferencia de trato se establezca adoptando alguno de los criterios sospechosos del artículo 14 CE, el escrutinio habrá de ser el más estricto (alternativa menos gravosa, con la que se pueda alcanzar una finalidad no inconstitucional) (97). Cuando no se utilizan como criterios de distinción los sospechosamente discriminatorios, pero sí queda afectado el ejercicio de un derecho fundamental –en este caso, el derecho a no casarse–, procede un escrutinio medio (alternativa no excesivamente gravosa, con la que alcanzar una finalidad no inconstitucional). Ciertamente, es la apreciación de ese posible

(97) Ha sido con base en este escrutinio estricto como he considerado discriminatorias por razón de sexo y, por esto, inconstitucionales, las diferencias de trato entre parejas integradas por personas del mismo o de diferente sexo, si estas últimas carecen de hijos comunes (“La libertad de elección ...”, cit., pp. 116-122 y 128-135). La mera posibilidad de procrear o de adoptar, como justificación de las diferencias de trato en favor de las parejas de personas de sexo diferente, superaría un escrutinio amplio, de racionalidad; lo que sucede es que cuando se trata de establecer diferencias por razón de sexo, o cualesquiera otras sospechosas, es excesivamente gravoso todo aquello que no sea lo menos gravoso.

exceso lo que puede resultar más difícil de sujetar a criterios objetivos, siendo inevitable un margen amplio de discrecionalidad. Pero esto no impide exigir que se pueda reconocer el criterio seguido al controlar la constitucionalidad de una diferencia, para detectar ese posible exceso.

Creo que es la ausencia de tales indicaciones el principal reproche que puede hacerse al TC, al no considerar, por un lado, discriminatoria la diferencia de trato entre casados y convivientes, al reservar la ley a los primeros el derecho a percibir una pensión de viudedad (STC 184/90), mientras, por otro, sí ha considerado discriminatoria la exclusión del conviviente del arrendatario fallecido de la facultad de subrogarse en el arrendamiento (STC 222/92). No veo diferencias sustanciales entre las necesidades que pueden cubrirse con aquella pensión o con la continuación en la vivienda. Además, ni el derecho a la pensión de viudedad ni la facultad de subrogarse en el arrendamiento están ligados a situación alguna de necesidad del beneficiario, sino que son derechos propios del estatuto del matrimonio (98). Desde mis premisas, sí podría encontrarse una cierta explicación a esta diferencia de trato: si en el caso de la facultad de subrogarse del cónyuge viudo no se está protegiendo el simple hecho de haber estado casado con el arrendatario, sino la convivencia matrimonial, con la pensión de viudedad basta el hecho de haber estado casado el beneficiario con el cotizante, sin exigir ni dependencia económica ni perjuicio real alguno por la muerte de éste, desde el momento en que tal derecho se tiene aunque el beneficiario no obtuviera nada del otro e, incluso, aunque el fallecimiento del co-

(98) CHINCHILLA MARÍN, C.: "La familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *AC*, 1995 I, p. 156, pone de manifiesto, no sin razón, que el resultado que se deriva de tal jurisprudencia no deja de ser curioso: el principio de igualdad (matrimonio/parejas de hecho) despliega su eficacia frente a los sujetos privados, y se alza como un límite a su derecho de propiedad, pero, sin embargo, no tiene la misma virtualidad frente a los poderes públicos y sus deberes prestacionales, especialmente frente a la familia.

tizante hubiese supuesto una mejora en su situación económica (99). De esto podría extraerse la conclusión de que la pensión de viudedad está ligada al vínculo matrimonial, sin más, mientras que la facultad del cónyuge viudo de subrogarse en el arrendamiento requiere la convivencia. Y ésta podría ser la explicación de por qué sí es discriminatorio no extender esa facultad subrogatoria al conviviente del arrendatario (100), mientras que no sería lo mismo para la pensión de viudedad. Lo que ocurre es que, según el propio TC, el fundamento de la pensión de viudedad no es el solo hecho de haber estado casado con el cotizante, sino la pérdida de ingresos que el fallecimiento de éste supuso para el beneficiario (STC 184/90). Con lo cual, si en un caso se

(99) Me remito, sobre el fundamento de la pensión de viudedad, a lo que he sostenido en *La unión libre ...*, cit., pp. 153 y 154, y más en extenso en “La libertad de elección ...”, cit., pp. 94-98, con cita de opiniones cercanas y opuestas.

(100) PANTALEÓN PRIETO, “El régimen jurídico civil ...”, cit., pp. 75 y 76, justifica la STC 222/92 con argumentos de Derecho comparado, tales como que es la solución que adoptó el legislador francés, el Tribunal Constitucional italiano y el Tribunal Supremo federal alemán. Todas y cada una de estas referencias son perfectamente inhábiles, si de lo que se trata es de justificar la declaración de inconstitucionalidad que se hizo en tal STC de la exclusión del conviviente del arrendatario fallecido del círculo de familiares con derecho a subrogarse en el arrendamiento: en Francia fue el legislador positivo el que decidió reconocerle esa facultad, a lo cual nada hay que objetar, sino poner de manifiesto que la función del legislador negativo no es la de legislar en el sentido que considere más sensato, sino la de anular las leyes inconstitucionales, sin suplantarse al legislador positivo; en Italia fue declarada conforme a la Constitución una norma similar a la que nuestro TC anuló, mientras que se declaró inconstitucional otra que excluía al conviviente pero concedía tal facultad a personas que ni siquiera eran familiares del arrendatario fallecido, cuando, además, en esta segunda norma sólo se reconocía la subrogación por el resto del tiempo de duración pactado, mientras que la anulada por nuestro TC atribuía al subrogado el derecho a prorrogar el arrendamiento, con una segunda subrogación vitalicia todavía posible; y en Alemania se admitió la analogía con la facultad de subrogarse reconocida a los parientes del arrendatario fallecido, y no con la reconocida al cónyuge, mientras que nuestro TC sí utilizó como término de comparación, para decidir que existía discriminación del conviviente, al cónyuge. Para más detalle, me remito a lo que expuse en *La unión libre ...*, cit., pp. 94-123. En definitiva, una cosa es que parezca sensato que el conviviente del arrendatario fallecido tenga reconocida la facultad de subrogarse en el arrendamiento, al igual que el cónyuge —ésta es una opción de política legislativa, sobre la que decide el legislador positivo, políticamente responsable ante el electorado, por aprobar esa norma o por no modificarla—, y otra es que esa sea la única opción constitucionalmente admisible.

protege la continuación de la convivencia en el hogar familiar y en el otro se compensa la pérdida de ingresos que el fallecimiento del cotizante supuso para el beneficiario, siendo indiscutible que una cosa y otra se pueden dar tanto cuando ha habido matrimonio como cuando ha habido unión libre, nos quedamos sin criterios objetivos claros para justificar que la exclusión del conviviente sea en un caso discriminatoria y en otro no. El resultado de esta carencia de elementos objetivadores a la hora de concretar la razonabilidad de las diferencias de trato entre el matrimonio y la unión libre, entendida como respeto al derecho a no casarse, es una insoportable inseguridad para la política legislativa, obviamente, del legislador positivo, y corremos el riesgo de que esa política sea dejada en manos del legislador negativo, lo cual es de todo punto indeseable además de inadmisibile (101).

308 Otro límite, que resulta del artículo 14 CE, a la libertad del legislador al regular el estatuto del matrimonio, dispensándole un trato de favor frente a las uniones libres, es la no discriminación de los hijos por razón de nacimiento. Ya lo indiqué en la introducción, al señalar el objeto de este trabajo de investigación, pero creo oportuno hacer algunas

(101) FERRERES COMELLA, *op. cit.*, considera que la STC 222/92, incoherente con la doctrina de la STC 184/90, se explica por razones no de fondo, sino "institucionales", que explica: la norma impugnada era preconstitucional, ya existía un anteproyecto de LAU en el sentido de la STC, ya había una jurisprudencia menor en el mismo sentido, no afecta a las cargas públicas, y la tendencia del Derecho comparado (pp. 191-193). Ninguna de éstas son razones, sino explicaciones de la decisión, en mi opinión. Pero me resulta pasmoso que este autor considere legítima la postura del TC en esa decisión, por ser manifestación de un "modelo dialogal de justicia constitucional" (*sic*), por el cual el TC interviene en la polémica y genera debate (pp. 193-195). Una cosa es que el resultado de una resolución sea generar un debate, que puede ser fructífero, y otra que éste sea el propósito o la función del legislador negativo, que sólo si está plenamente convencido de la inconstitucionalidad de la norma impugnada debe anularla; en mi opinión, prevaricaría si, existiendo dudas al respecto, anulase una norma con rango de ley, aunque sea preconstitucional y aunque pueda parecer odiosa, con el objeto de suscitar o contribuir así a un debate doctrinal. La presunción de constitucionalidad de las leyes y la vinculación negativa del legislador a la Constitución no pueden, en ningún caso, ser soslayadas por nuestra justicia constitucional, tampoco para animar un debate doctrinal.

precisiones, que no me parecen de escasa importancia, y que se prestan, como veremos, a la polémica. Parece estar fuera de toda duda que esa no discriminación impide que se reconozca a los hijos derechos diferentes, en función de su filiación matrimonial o no matrimonial. Casos en los que esto sucede he expuesto en la introducción (arts. 96.1, 968 y 969 C.c.), y en tales casos no creo que plantee dudas su solución: desaparición de la diferencia de trato, bien por la extensión a los hijos no matrimoniales del beneficio reconocido a los matrimoniales, bien por la desaparición de tal ventaja (102). Pero, ¿qué decir de las ventajas concedidas a los casados, que, si bien no consisten en reconocer derechos a los hijos matrimoniales, sí se pueden traducir en una mejor situación de la familia fundada en el matrimonio, en comparación con la no matrimonial? Ejemplos no faltan: pensión de viudedad a favor del cónyuge viudo y no del conviviente supérstite (salvo en el caso de la regla 2.^a de la disp. ad. 10.^a de la ley 30/81, llamada “ley de divorcio”), tratamiento fiscal más favorable, etc. Es indudable que tal favorecimiento del matrimonio puede traducirse en una mejor situación de toda la familia matrimonial, también de los hijos, y no sólo de los cónyuges. ¿Es esta una discriminación por razón de nacimiento? Contestar afirmativamente conduciría a considerar inconstitucionales todas las diferencias de trato entre casados y convivientes en unión libre, cuando tengan hijos comunes, lo cual entrañaría una fortísima restricción de la libertad del legislador, y dejaría, seguramente, sin sentido otros preceptos constitucionales, como el del artículo 32.2 CE, que ordena al legislador regular un

(102) Cuando lo que se hace es sancionar penalmente el incumplimiento de deberes asistenciales sólo respecto a los hijos matrimoniales (art. 487 bis CP derogado), la discriminación no puede resolverse extendiendo la sanción penal a los otros casos —el legislador negativo no puede tipificar conductas penales, porque sólo puede hacerlo el legislador positivo mediante ley orgánica (arg. arts. 25.1 y 81.1 CE)—, sino anulando esa sanción penal, dado su carácter discriminatorio (comp. SSTC 74/97, 67 y 84/98, siendo interesante la lectura de los votos particulares formulados a todas ellas).

estatuto propio del matrimonio, inaplicable en general a los no casados, aunque tengan hijos comunes. Yo considero que el artículo 14 CE no prohíbe aquellas diferencias de trato entre el matrimonio y la unión libre, aunque puedan traducirse en una mejor situación de los hijos matrimoniales (103), sino que impide reconocer derechos diferentes a unos hijos y a otros, no a los casados respecto a los solteros, aunque éstos tengan hijos comunes. No encuentro apoyo constitucional suficiente para una restricción tal de la libertad del legislador, al diseñar su política de favorecimiento del matrimonio. Otra cosa es que la Constitución ordene a los poderes públicos asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE), ya que este precepto programático lo que hace es dejar en manos del legislador la implementación de medidas que aseguren esa protección (art. 53.3 CE), que son perfectamente compatibles con una política de favorecimiento del matrimonio, siempre que ésta no consista en reconocer más derechos a los hijos matrimoniales (art. 14 CE) (104). Dicho de otro modo, la protección social directa a los hijos no puede hacer distinciones por razón de filiación (biológica, matrimonial o no matrimonial, o adoptiva) (art. 39.2 CE), pero de esto no se deriva que no puedan establecerse medidas de protección social directa de los matrimonios (art. 32.2 CE), aunque puedan redundar indirectamente en una mejor situación de toda la familia matrimonial, siempre que el nacimiento no determine diferentes

(103) FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 174-177, considera, en cambio, que el derecho a no casarse exige la equiparación de uniones libres y matrimonios en los derechos y deberes respecto a terceros (poderes públicos y particulares), especialmente, aunque no sólo, cuando haya hijos, porque de lo contrario se discriminaría a los nacidos de uniones no matrimoniales, ya que tal reparto desigual de beneficios y cargas afecta a su bienestar (esp. p. 176).

(104) Probablemente con razón advierte SCHWAB, *op. cit.*, p. 30, que es insoluble el conflicto entre las exigencias de intervención del Estado para hacer efectivamente iguales a los hijos con independencia de su filiación, y el respeto a la voluntad de los padres de no contraer matrimonio.

derechos de los hijos respecto a los progenitores ni respecto a terceros (105), sean o no poderes públicos (art. 14 CE) (106). Claro está, nada obsta a que se reconozcan los mismos derechos sociales a los casados y a los convivientes en unión libre, siempre que esto no suponga su equiparación a todos los efectos al estatuto matrimonial. Por ejemplo, no hay obstáculos constitucionales a que el legislador decida reservar a los casados los derechos y deberes recíprocos del

(105) Por esta razón, me parece que ignora la igualdad de derechos de los hijos con independencia de su nacimiento LEÓN-CASTRO ALONSO, *op. cit.*, p. 148, cuando critica el reconocimiento al conviviente de la facultad de subrogarse en el arrendamiento, si en la vivienda hay hijos matrimoniales del arrendatario fallecido, pues considera que esto beneficiaría a los hijos del conviviente habidos con el arrendatario, frente a los matrimoniales. Al parecer, el autor no ve, en cambio, inconveniente alguno en que se pueda subrogar un cónyuge casado en ulteriores nupcias con el arrendatario, si los hijos del subrogado, que podían no serlo del arrendatario fallecido, resulten beneficiados, frente a los de un matrimonio anterior de ese mismo arrendatario.

(106) Más aún, en rigor, considero que la Constitución (arg. art. 14 en relación con el 39.2) sólo prohíbe las diferencias de trato entre hijos biológicos, matrimoniales o no —¿qué justificación podrían tener?—, pero no entre hijos por naturaleza y por adopción, si están justificadas. Entiendo que no lo están cuando entrañan una mejor situación de los adoptivos respecto a los biológicos, o cuando vulneran el principio de protección integral de todos los hijos con independencia de su filiación. Considero que este principio es el que conforma el test de razonabilidad de tales diferencias, sujetas a un escrutinio que va más allá de la exclusión de la arbitrariedad, aunque no necesariamente ha de ser el más estricto (alternativa menos gravosa), sino que yo situaría también en el de tipo medio (alternativa no excesivamente gravosa), ya que no estamos ante diferencias sospechosas del artículo 14 CE, por razón de nacimiento, pero sí está en juego el derecho fundamental de todos los hijos a su protección integral por los poderes públicos. Con base en estas consideraciones, creo poder afirmar que sería inconstitucional el establecimiento de cualquier diferencia entre hijos biológicos y adoptivos —al menos, los adoptados en forma plena, que hoy es la única posible—, en cuanto a derechos frente a los poderes públicos (arg. arts. 39.2 y 53.3 CE); pero no necesariamente lo sería su diferenciación en sus derechos frente a los padres (arg. arts. 14 y 39.2 CE, por cuanto en el primero sólo se habla del nacimiento y en el segundo de los poderes públicos), en el sentido de que no es descartable que superen el test de racionalidad y de razonabilidad, en función de que subsistan o no en parte los vínculos jurídicos del adoptado con su familia natural. No olvidemos, por lo demás, que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4 CE), que es un límite claro a esa posible diferenciación entre filiación biológica y adoptiva. Creo que la reciente STC 46/99 no sólo no me impide seguir manteniendo esta opinión, sino que en buena medida —derechos de los adoptados frente a los poderes públicos— coincidimos.

estatuto matrimonial, y que, al mismo tiempo, extienda a los convivientes los derechos y deberes de los casados frente a terceros, sean poderes públicos (seguridad social, fiscalidad, etc.) o particulares (subrogación en el arrendamiento, responsabilidad por deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, limitaciones a la disposición del hogar familiar, etc.). Estamos ante opciones del legislador políticamente responsable ante el electorado, que es lo más conforme a la propia configuración de España como Estado democrático (art. 1.1 CE).

312

Finalmente, cuando la norma antidiscriminatoria del artículo 14 CE no constituya un límite al legislador, por tratarse de normas relativas a extranjeros, no debemos entender que, en tales casos, sí puede, sin más, discriminarse entre los hijos por razón de su filiación, matrimonial o no, puesto que, tratándose de niños, ha de tenerse presente que en el artículo 39.4 CE se establece claramente que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Pues bien, por esta vía es por la que podría sostenerse, por ejemplo, que, en el ámbito de aplicación de la ley 4/2000, conocida como de extranjería, el derecho a la reagrupación familiar, reconocido a una serie de familiares del residente [cónyuge no separado (art. 17.a), hijos menores de 18 años o incapacitados no casados (art. 17.b), ascendientes (art. 17.d)], y a los menores o incapaces de los que el residente sea su representante legal (art. 17.c), debería extenderse al conviviente con hijos de un extranjero residente en España, para el caso en que los hijos comunes sean reagrupados; pero no porque el conviviente sea en nuestro Derecho otro familiar –también lo son los hermanos, y no se les ha reconocido ese derecho–, ni por (improcedente) analogía con el cónyuge, sino en aras del derecho del niño a no ser separado de sus padres, conforme a los artículos 9.1 y 10.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre derechos del niño, ratificada por España en 1990, cuya contravención permitiría declarar la inconstitucionalidad

de la norma que impidiera esa reagrupación. Lo que sucede es que este reproche podría ser soslayado, acudiendo a la previsión contenida en el artículo 17.d, que se refiere a “cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias”, a condición de que tales razones fueran incuestionables por tratarse del conviviente con hijos comunes con el residente, para no impedir que tales hijos pudieran residir en España con sus dos padres, por lo que en casos como éste debería permitirse la reagrupación de la familia, dejando la discrecionalidad en la apreciación de la concurrencia de tales razones humanitarias para otros casos, por ejemplo, para el conviviente sin hijos comunes con el residente en España (106 bis).

(106 bis) Sobre esta cuestión, MOYA ESCUDERO, M.: “El derecho a la reagrupación familiar en la ley de extranjería”, *La Ley*, n.º 4982, pp. 1 y ss. Pone de manifiesto la exclusión del conviviente entre los familiares del extranjero residente en España con derecho a la reagrupación (p. 4). Es inaceptable su afirmación, según la cual “el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que la voz «cónyuge» comprende también a las uniones de hecho o *more uxorio*” (p. 4, col. 4.^a). Advierte con razón que cuando el residente y su conviviente tienen hijos comunes, esa exclusión se hace “frente al mandato de los artículos 9 y 10.1 del Convenio de los derechos del niño, [... que] no se refiere al cónyuge, sino a la solicitud hecha por un niño o por sus padres” (últ. *loc. cit.*), aunque no dice que de esto se derive la inconstitucionalidad de la norma. Y también ve claro que es la cláusula del artículo 17.e, a la que se puede acoger el conviviente (p. 6, col. 2.^a).

En el artículo 9.1 de esa Convención se establece que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando [...] tal separación es necesaria en interés superior del niño”. Y el artículo 10.1 nos dice que “de conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte [...] a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva”. En el caso que nos ocupa se trataría de la solicitud de reagrupación hecha por el niño y uno de sus padres (el conviviente del residente en España), que me parece no estar fuera del supuesto de hecho de esta norma, interpretado según su espíritu y finalidad. Y no parece que deban quedar dudas sobre el carácter no discrecional de la apreciación en casos como éstos de las razones humanitarias de las que depende la autorización de la entrada en nuestro país, conforme al artículo 17.e de nuestra ley de extranjería.

IV. Análisis de situaciones concretas: ¿existe identidad de razón para aplicar por analogía las soluciones matrimoniales a otras situaciones familiares de entrecruzamiento de intereses? Protección del matrimonio, normas excepcionales, libre ruptura de las uniones no matrimoniales, analogía y no discriminación

314

Descartada la identidad de razón entre la institución del matrimonio, considerada en su conjunto, y las uniones libres, procede plantearse, como antes dije, la cuestión en relación a ciertas situaciones o problemas que existen en un caso y en el otro, dada la interconexión de intereses que existe en uno y otro tipo de comunidades de vida. Habrá que ver si las soluciones dadas por el Derecho matrimonial para tales supuestos responden sólo al propósito de resolver situaciones de intenso entrecruzamiento de intereses, en cuyo caso serían aplicables sin problema por analogía a cualquier otra situación similar, ya que tales soluciones serían neutrales –ante los diversos intereses en conflicto– o, mejor, generales o normales, al faltar el propósito del legislador de dar un trato específico, acaso, especialmente favorable, a alguno de los intereses afectados. Ahora bien, si en tales soluciones se detectase el propósito de dar no una solución normal o general, sino específica para las uniones matrimoniales, con el fin de favorecerlas o de ser consecuente con la exclusión de la libre ruptura, tal analogía no procederá, al faltar entonces identidad de razón, no ya sólo entre las instituciones consideradas en su conjunto, sino en el supuesto concreto, ya que no podría decirse que por la misma razón que el matrimonio obtiene ese tratamiento lo merezca la unión no matrimonial, ya que el propósito de favorecer ciertos intereses no tiene por qué ser ignorado, cuando no existe identidad de razón entre matrimonio y unión libre. Aunque no exista tal identidad, si las soluciones de Derecho matrimonial no tuvieran otra finalidad que dar una solución normal o neutral a tales situaciones de entrecruzamiento de intereses,

no habría inconveniente en generalizarlas, extendiéndolas a otras comunidades de vida, o a otras situaciones de estrecha interconexión de intereses (107). Por ejemplo, la vivienda fa-

(107) No ha sido extraño distinguir sectores dentro del Derecho matrimonial, de forma que los que regulan cuestiones relativas a la convivencia sí admitan, con matices, su aplicación analógica a las uniones libres, frente a los que se ocupan de cuestiones organizativas, en los que no cabría esta posibilidad. Así, entre otros, con diferentes matices, pueden verse los siguientes:

KNOCHE, *op. cit.*, distingue entre normas que constituyen el núcleo jurídico del matrimonio y la familia, que son las que regulan el matrimonio como organización, y con ello crean un complejo normativo que regula algunos sectores de la relación conyugal, cuya aplicación a las uniones libres sería contraria a la garantía institucional contenida en el artículo 6 I GG (pp. 58, 59 y 144); y normas que toman en consideración la convivencia familiar, que no son constitutivas del matrimonio ni de la familia, ni emanación del artículo 6 I GG, y en las que la distinción no es entre casado y soltero, como sucedía en las anteriores, sino entre quienes viven en el seno de una familia y quienes viven solos (pp. 60, 61 y 144).

DIEDERISCHEN, *op. cit.*, p. 891, propone la equiparación –no podría afirmar si también la analogía– de uniones libres al matrimonio en las consecuencias jurídicas que no dependen del instituto del matrimonio, sino de la comunidad de hogar y de la vinculación emocional.

LIEB, *op. cit.*, p. A10, afirma la inaplicabilidad por analogía de las normas sobre el matrimonio, que prevén consecuencias jurídicas influidas por o en atención a la esencia del matrimonio, mientras que sí podrían serlo aquellas que no están típicamente determinadas jurídico-matrimonialmente.

HAUSMANN, *op. cit.*, pp. 31 y 41, no admite la aplicación analógica de las normas relativas al matrimonio, cuando su punto de conexión sea el matrimonio, en el sentido de una comunidad global de derechos y obligaciones duradera de por vida, ya que entonces las diferencias con la unión libre son insalvables, mientras que sí la admite cuando la ley se limita a extraer consecuencias de la estrecha relación de confianza típicamente existente entre los cónyuges, o de la confusión de las esferas patrimoniales sin un suficiente aseguramiento obligacional.

ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, p. 130, admite la analogía para aquellos efectos de lo que él denomina familia legítima –supongo que se refiere a la matrimonial–, “que no deriven de la formalización del vínculo, y que son comunes a todas las comunidades familiares”.

SCHUMACHER, *op. cit.*, p. 859, sostiene la aplicabilidad a las uniones libres de las normas cuyo fundamento está en la personal vinculación o en la convivencia, y no la de aquellas cuyo fundamento sea la institución del matrimonio.

LLEBARÍA SAMPER, “Consecuencias de una convivencia ...”, *cit.*, propone algo parecido cuando, tras afirmar que “la realidad de una convivencia familiar no presenta diferencias dignas de consideración según exista o no matrimonio” (p. 1629) –lo cual es coherente con su idea de que en las parejas no casadas se observan los mismos deberes que en los matrimonios, desde el momento en que, incluso en éstos, son incoercibles (*Hacia la familia ...*, *cit.*, pp. 109-113)–, dice que la analogía *legis* no se predica de la institución del matrimonio, sino respecto de determinadas normas matrimoniales “cuyo fundamento no sea el matrimonio en sí, como vínculo creador

miliar es objeto de una serie de normas de Derecho matrimonial, mediante las cuales se trata de garantizar en cierta medida la continuación del hogar en esa vivienda, frente a los actos de disposición del titular o en caso de que éste fallezca. Éste es, pues, terreno abonado para posibles analogías entre la protección dada a la convivencia (o por el hecho de la convivencia) matrimonial y la de los unidos sin matrimonio, aunque no sea el único, como vamos a comprobar a continuación.

316

El Derecho establece reglas que permiten, por la vía de las presunciones, resolver situaciones en las que puede ser más o menos complicado requerir la prueba directa de la titularidad de ciertos bienes, o de cualesquiera bienes en ciertas situaciones. Sin pretender ser exhaustivo, reglas de este tipo las encontramos en los artículos 393.2 y 464 C.c. y 38 LH. Con base en ellas, se presume que el titular registral es propietario de los bienes inmuebles registrados a su nombre, o que los bienes muebles coposeídos por varias personas les pertenecen en común por partes iguales. Éstas son las reglas generales. En cambio, cuando se trata de casados, existen una serie de presunciones específicas, que permiten resolver, dejando a salvo la prueba en contrario, las dudas en la titularidad o en el carácter de los bienes que integran la sociedad conyugal. Así, la presunción de ganancialidad (art. 1361 C.c.), o la de indivisión en los regímenes de separación o de participación (arts. 1441 y 1413 C.c.) (108). En virtud de la presunción de ganancialidad, se considera ganancial lo adquirido con fondos no probada-

de un estado civil, sino un determinado proyecto vital que pasa por una estable y familiar relación de convivencia. Es decir, que la norma estuviera pensada en función de una convivencia y para asegurar sus presupuestos mínimos, y no para disciplinar unas relaciones personales o económicas independientes de la convivencia y asociadas al matrimonio como vínculo" (pp. 1629 y 1630).

(108) Sobre estas presunciones de comunidad, su contenido y fundamento, me remito a lo que en extenso expuse en *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Madrid, 1987, pp. 25-42, y a las opiniones de los autores allí recogidas.

mente privativos, por cualquiera de los cónyuges. Fuera de este régimen económico se ha de atender a la regla según la cual los bienes pertenecen exclusivamente al adquirente, con independencia de los reembolsos debidos, según cuál sea el origen de los fondos empleados en su adquisición, ya que no rige el mecanismo de la subrogación real; si no está claro quién lo adquirió, se atiende a la posesión (bienes muebles), y si tampoco está acreditada la posesión individual o indistinta, se presume que pertenece a ambos cónyuges (109). Me parece difícilmente discutible que los solteros no han de quedar sometidos a tales presunciones, especialmente, la de ganancialidad, que carece de sentido fuera de un régimen económico que funciona con base en el mecanismo de la subrogación real y en la consideración como gananciales de los rendimientos obtenidos por cualquiera de los cónyuges (110). La presunción de indivisión del artículo 1441 C.c. no genera efectos tan intensos, ni presupone la subrogación real, pero es claramente una regla que puede favorecer la concesión de crédito a los casados en régimen

317

(109) Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: "La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (art. 1441 C.c.) y su alteración convencional", *Revista crítica de Derecho inmobiliario (RCDI)*, n.º 561 (1984), pp. 327, 344 y 345, citado en las notas 8 y 14 de mi libro *La confesión de privatividad ...*, cit., pp. 29, 31 y 32.

(110) En la STS de 04.04.97 (ponente, el Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calceirrada y Gómez), casando la sentencia recurrida, se declaró improcedente la aplicación a la unión libre de la presunción de ganancialidad, pero no porque no cupiese la analogía, sino porque se probó la voluntad contraria a regirse por las reglas de la sociedad de gananciales, dado el comportamiento anterior del demandante, que había cobrado y ocultado un cuantioso premio de lotería, del que había dispuesto sin contar con su conviviente, por lo que tal unión había funcionado con un sistema de separación. Con esta argumentación fue desestimada la pretensión del que así había actuado, en el sentido de ser común el piso comprado en documento privado y pagado en parte por el demandante, pero escriturado a nombre del otro conviviente, que fue quien asumió la obligación de pagar el préstamo hipotecario, concertado por éste mismo. ¿Es que si no existen datos que permitan considerar que la voluntad de los convivientes fue contraria, hay que aplicar por analogía la presunción de ganancialidad? No puedo estar más en desacuerdo con este criterio.

Afortunadamente, en la STS de 27.05.98 (ponente, el Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) se afirma que fuera del matrimonio no rige la presunción de ganancialidad.

de separación de bienes, por cuanto permite dar una cierta seguridad al acreedor, al poder embargar el que lo sea de uno de los cónyuges no sólo los bienes adquiridos o poseídos –salvo tercerías triunfantes– exclusivamente por su deudor, sino también la mitad de los bienes que no se sepa cuál de ellos los adquirió, si nadie está en condiciones de demostrar que el otro cónyuge los posee (los muebles) exclusivamente. Esta presunción no funciona cuando se trate de solteros, que convivan en unión libre, de manera que los acreedores de uno de ellos no podrán embargar bienes que no esté claro que fueron adquiridos por el deudor o que estén poseídos por éste. El conviviente del deudor no tiene por qué ver empeorada su situación frente a los acreedores del otro (111). Otra cosa es que ellos tengan convenida la

(111) ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, p. 130, habla de una “presunción de que a la comunidad de vida va unida una comunidad de bienes”. En cambio, con razón, TORRES LANA, J. A.: “De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas”, *Ar. Civ.*, 1993 II, pp. 2415 y 2421, considera que la convivencia no matrimonial no genera presunciones de comunidad paralelas a las establecidas en los regímenes matrimoniales. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario a la STS de 18.02.93”, *CCJC*, n.º 31, p. 227, nos dice que en esa sentencia se repite tácitamente la no aceptación por otras (SSTS de 21.10 y 11.12.92) “de una presunción favorable a la comunidad de bienes como consecuencia de la convivencia ..., similar a la existente en el matrimonio, recogida en el art. 1361 C.c.”.

En Alemania no son pocos los autores que propugnan la aplicación analógica de la norma contenida en el par. 1362 I BGB, según el cual se presume en interés de los acreedores de cualquiera de los cónyuges que el deudor es el propietario de los bienes muebles poseídos por él mismo o por ambos cónyuges, si éstos no viven separados. Así, entre otros, DIEDERISCHEN, *op. cit.*, p. 891; HAUSMANN, *op. cit.*, pp. 42-44; y, con más detalle, THRAN, M.: “Die analoge Anwendung der par. 1362 BGB, 739 ZPO auf nichteheliche Lebensgemeinschaften”, *NJW*, 1995, pp. 1458 y ss., que basa su argumentación en el peligro de fraude a los acreedores en el caso de mantener la regla general del par. 1006 BGB (presunción de copropiedad de los bienes coposeídos), por la mezcla de patrimonios, de forma que la aplicación analógica del par. 1362 BGB a las uniones libres no sólo no sería contraria al art. 6 I GG (protección especial del matrimonio), sino que sería una exigencia del principio de igualdad del artículo 3 I GG; KINGREEN, *op. cit.*, p. 281, llega a decir que violaría este principio extender esta regla sólo a la *eheähnliche Lebensgemeinschaft*, y no a cualesquiera comunidades en las que se produzca una situación no clara en las relaciones económicas.

No comparto estas propuestas de analogía, ya que, como he advertido, la *ratio* última de estas presunciones no es la protección de los acreedores ante cualesquiera

aplicación de una presunción de este tipo, o que la ley se la imponga (112), atendiendo a la situación de entrecruzamiento de intereses que también puede existir en las uniones no matrimoniales.

La posible prueba en contrario de las presunciones no matrimoniales de pertenencia de bienes se sujeta a las reglas generales. Cuando se trata de la confesión, su eficacia probatoria puede hacerse depender de su fiabilidad, a valorar por el juzgador, pero si la considera fiable puede desplegar sus efectos, sin restricciones en función de la relación de los sujetos por ella afectados con el confesante, de forma que si se consideran perjudicados por ella habrán de probar su falsedad para evitar ese perjuicio, al no existir especiales sospechas de fraude. Pues bien, cuando uno de los cónyuges confiesa que ciertos bienes de la sociedad conyugal pertenecen exclusivamente al otro, en el artículo 1324 C.c. se contienen dos reglas específicas sobre su eficacia: en las relaciones entre cónyuges y sus herederos —a salvo sus legítimas— es prueba bastante por sí sola, sin que proceda entrar a valorar su fiabilidad, sino tan sólo si realmente ha tenido o no lugar; en relación a terceros (legitimarios del confesante o acreedores de éste o de la sociedad conyugal), por sí sola no puede perjudicar sus derechos, por fiable que parezca al juzgador, a menos que vaya acompañada de otros

319

situaciones de entrecruzamiento o confusión de intereses —ya hay otras reglas generales que contemplan estas situaciones—, sino reforzar el crédito de los casados respecto a los solteros.

(112) Posibilidad que admite VALPUESTA FERNÁNDEZ, “La institucionalización ...”, cit., p. 61.

En Francia se han establecido dos presunciones de indivisión por mitad, cuando se ha celebrado un pacto de solidaridad. Por un lado, se presume, salvo acuerdo en contrario contenido en dicho pacto, que pertenecen a ambas partes indivisos por mitad los muebles del hogar (*meubles meublans*) adquiridos a título oneroso, después de celebrar ese pacto, o cuando no pueda determinarse la fecha de su adquisición (art. 515-5.1 del *Code civil*). Y, por otro, se presumen igualmente indivisos por mitad para cada parte todos aquellos otros bienes adquiridos a título oneroso tras la conclusión de tal pacto, si en el acto de adquisición o de suscripción no se establece otra cosa (art. 515-5.2 del *Code civil*).

elementos que confirmen su veracidad (113). La razón de ser de este tratamiento es, básicamente, la sospecha de fraude que recae sobre estas declaraciones, ya que, por ejemplo, puede que manifieste el confesante que ciertos bienes suyos pertenecen a su cónyuge, permaneciendo así en la sociedad conyugal, antes que dejarlos aprehender por sus propios acreedores (114). Pero también se justifica por el hecho de que en la unión conyugal no rige la libre ruptura, de manera que no sería tan fácil que uno de los cónyuges, tras captar la voluntad del otro para que declarase qué bienes suyos pertenecen a su cónyuge, disolviese inmediatamente sin más la unión, dejando al confesante en la situación tan poco ventajosa de tener que demostrar no ya que esa confesión fue falsa, sino que al hacerla incurrió en error de hecho (art. 1234 C.c.). Esto explica que el legislador no tenga reparos en considerar suficiente por sí sola la confesión de privatividad en las relaciones entre cónyuges, así como que no lo sea en perjuicio de terceros. Pensemos que no es igualmente sospechosa de fraude a terceros una confesión de este tipo, cuando la hace el que integra una unión libre en favor de su conviviente, ya que el confesante no consigue así que esos bienes permanezcan en la sociedad conyugal, ya que ésta no existe, y corre el riesgo de que su conviviente disuelva en cualquier momento la unión, con lo cual se lo pensará bien antes de hacerla, por el mayor riesgo que corre de que el defraudado sea también él y no sólo sus legitimarios o acreedores. Con base en esto, considero impropio la aplicación analógica a las confesiones de uno de los convivientes, en el sentido de que ciertos

(113) Me remito a lo expuesto en mi libro *La confesión de privatividad ...*, cit., pp. 156-164, 170-180, 196-211; y, posteriormente, en mi artículo "La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal, diez años después: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la entrada en vigor de la ley 11/1981, de reforma del Código civil", *Ar. Civ.*, 1997, t. I, vol. 2.º, pp. 139 y ss.

(114) Sobre el fundamento de la regla del artículo 1324 C.c., me remito a lo que expuse en *La confesión de privatividad ...*, cit., pp. 59-67.

bienes pertenecen exclusivamente al otro, de las reglas especiales del artículo 1324 C.c. La ley sí puede extender a estos supuestos su aplicación (115), pero no el juzgador, ya que creo haber demostrado que no existe identidad de razón. Otra cosa es que, siendo la unión libre una unión familiar, consistente en una comunidad de vida, también sea menor la fiabilidad de tales confesiones, en comparación con las emitidas por solteros que no viven en unión familiar en favor de otras personas, lo cual justifica un mayor rigor en la apreciación de su fiabilidad, pero en el marco de las reglas generales sobre eficacia de la prueba de confesión, y no en el de la norma especial del art. 1324 C.c. (116). Considero claro que también la norma contenida en el artículo 1324 *in fine* C.c. refuerza el crédito de los casados, respecto al de los solteros aunque vivan en unión libre, por cuanto una confesión como ésta, realizada entre convivientes, sí puede por sí sola perjudicar a los acreedores del confesante, si el juzgador la considera suficientemente fiable; en cambio, la realizada por un casado a favor de su cónyuge no les puede perjudicar, a menos que vaya acompañada de otras pruebas, ya que el juzgador tiene prohibido por esa norma considerarla fiable en perjuicio de los acreedores si no va acompañada de otras pruebas.

Por consideraciones similares, considero improcedente la aplicación analógica de la presunción de donación (117) de

(115) En contra de esta posibilidad, VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", cit., p. 62, por considerar que una norma como la del artículo 1324 C.c. sólo tiene sentido cuando la pareja está sometida a un régimen económico. Yo creo que la autora incurre en contradicción, puesto que admite que la ley pueda imponer presunciones de cotitularidad ("La institucionalización ...", cit., p. 61), cuando la confesión de privatividad es el reverso de la misma cuestión –la prueba de la pertenencia de los bienes de la sociedad conyugal o, en su caso, de la economía de la unión no matrimonial–, y nada impide que la ley module la eficacia de esta confesión.

(116) Mantengo, pues, básicamente lo que sostuve en *La confesión de privatividad* ..., cit., pp. 72, 73, 106 y 107.

(117) Para el Derecho catalán niegan también la aplicación analógica de las presunciones de donación LLÁCER MATACÁS, M. R.: "El règim econòmic de la parella de fet i el perjudici de tercers", en *Uniones de hecho*, cit., Lleida, 1998, p. 318; y

la mitad de los bienes adquiridos por el cónyuge no separado del quebrado o concursado, durante el año anterior a la declaración de concurso o quiebra o en el periodo al que alcance la retroacción de la quiebra, que se establece en el artículo 1442 C.c. Se trata, en realidad, de presumir que la mitad de los fondos empleados por el adquirente le fue donada por el concursado o quebrado, con la consecuencia de que la mitad de tales bienes podrá ser integrada en la masa concursal o de la quiebra, en lo cual hay una excepcional admisión del mecanismo de la subrogación real en el régimen de separación de bienes y en el de participación (arg. art. 1413 C.c.) (118). Pues bien, las intensas relaciones de solidaridad jurídicamente reforzadas en el matrimonio permiten establecer esta presunción, dado que es probable que el concursado o quebrado haya intentado vaciar su patrimonio dando dinero oculto a su cónyuge, con el que éste haya adquirido bienes durante ese periodo de tiempo, presunción que no es irrazonable, ya que la exclusión de la libre ruptura da una cierta seguridad al que da ese dinero al otro. En cambio, cuando se trata de adquisiciones hechas por el conviviente del concursado o quebrado no parece que la situación sea la misma, ya que en este caso, al ser esa unión disoluble en cualquier momento por cualquiera de los que la integran sin necesidad de que concurra una justa causa, no es irrazonable pensar que la situación es significativamente diferente, por cuanto el concursado o quebrado podría haber tenido más reparos o menos confianza en dar así dinero a su conviviente, que puede poner fin a la unión inmediatamente después. Esto hace que las sospechas de fraude sean menores cuando la unión entre concursado o

ROCA I TRÍAS, E., *Institucions ...*, cit., p. 471. Sin embargo, ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, p. 130, habla de una presunción de que a la comunidad de vida va unida una comunidad de bienes y la presunción de gratuidad de las atribuciones patrimoniales, para la que yo no veo base suficiente, especialmente, en el Derecho civil estatal.

(118) Me remito a lo que expuse en *La confesión de privatividad ...*, cit., pp. 35-39, con cita de opiniones de otros autores.

quebrado y adquirente de bienes a título oneroso durante el periodo sospechoso no sea matrimonial. Así las cosas, una presunción como ésta, que tiene pleno sentido en el matrimonio, ya que en él están justificadas tales sospechas de fraude a acreedores, no tiene por qué operar cuando la unión no es matrimonial, ya que tales sospechas no están entonces tan justificadas. Es decir, no está nada claro que exista identidad de razón como para que proceda la aplicación analógica de esta norma. Además, con ella se consigue reforzar el crédito de los casados con separación de bienes, en comparación con los solteros, aunque vivan en unión libre, por cuanto, una vez más, sus potenciales acreedores saben que contarán con un ámbito de responsabilidad patrimonial mayor, por lo cual puede considerarse que no hay penalización de esos matrimonios, sino su protección especial, aunque sea a costa del interés de uno de ellos. Y este propósito, perfectamente acorde con la Constitución (art. 32), no debe ser desvirtuado por los jueces y tribunales, mediante su aplicación analógica a las uniones libres, a menos que esté fuera de toda duda que existe identidad de razón, y no parece que sea éste el caso. Otra cosa es que la ley opte por imponer una presunción como ésta también para las adquisiciones onerosas del conviviente del concursado o quebrado.

De la vivienda familiar, habitual o no, así como de los bienes que integran el ajuar puede disponer, según las reglas generales (art. 348 C.c.), el que sea su propietario. En el matrimonio, cuando se trata de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia es necesario que el titular de tales derechos cuente con el consentimiento de su cónyuge (art. 1320.1 C.c.), so pena de invalidez del acto o contrato de disposición (art. 1322 C.c.), quedando a salvo la protección del adquirente de buena fe (art. 1320.2 C.c.). Esta restricción de la facultad de disposición del propietario o del titular de otro derecho sobre tales bienes es, por lo tanto, excepcional fuera del

matrimonio, por cuanto impide al titular disponer libre y válidamente de sus derechos. En el matrimonio tiene todo su sentido, y es coherente con los deberes de convivencia (art. 68 C.c.) y de actuar en interés de la familia (art. 67 C.c.). Estos deberes no existen en las uniones no matrimoniales. Por lo tanto, la excepcionalidad de la medida obliga a ser especialmente cautelosos en la apreciación de si existe o no identidad de razón, de manera que sólo si tal identidad está clara será posible la analogía. No existiendo en las uniones no matrimoniales tales deberes no veo posible afirmar fuera de toda duda que tal identidad se dé. Es más, aunque nada impide que por pacto o por ley se impusiera a los que integran una unión libre que actúen en interés de la familia mientras no se extinga su unión, ya expliqué antes que no es posible imponerles el deber de convivencia, si se ha de respetar, como está fuera de toda duda, la libre ruptura de la unión. Si ésta no es matrimonial porque puede disolverse en cualquier momento, por decisión de cualquiera de sus integrantes sin necesidad de que concurra una justa causa, no veo por ninguna parte esa identidad de razón, que permita aplicar una norma destinada a garantizar en cierta medida la continuidad del hogar familiar (119). Esto no impide que por ley (120) (arts. 11 y 28 LUEP) o por pacto pueda imponerse esa limitación de la libertad de disposición de la vivienda o del ajuar. Pero me parece claro que no bastaría para conseguir este resultado imponerles el deber de actuar en interés de la familia, ya que esto no nos permite, sin más, considerar que el legislador o los contratantes se han olvidado de limitar la facultad de disposición sobre tales bienes, ya que la libre ruptura de estas uniones impide extraer, sin más, tal consecuencia (121).

(119) A favor de tal analogía, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, *CCJC*, n.º 46, p. 201.

(120) Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", cit., p. 62.

(121) Esto no dejaría sin contenido tal eventual deber legal o convencional, ya que con base en él se podría reclamar al disponente indemnización de los perjuicios

Atender necesidades ordinarias de la familia puede generar deudas, de las que, según las reglas generales, responderá exclusivamente el deudor, con todos sus bienes presentes y futuros (art. 911 C.c.), y no otros, aunque éstos se aprovechen de lo obtenido contrayendo tales deudas, a menos que se demuestre que estamos en alguno de los supuestos en los que sí respondan (afianzamiento, representación, etc.). Cuando del matrimonio se trata, junto a la responsabilidad directa del cónyuge deudor se establece la subsidiaria del otro (art. 1319.2 C.c.). No estamos ante una penalización del matrimonio, sino ante una medida que refuerza el crédito de la unión matrimonial, al aumentar el ámbito de responsabilidad con el que cuenta el acreedor, sin necesidad de que demuestre que hubo representación ni fianza, con lo cual se favorece la obtención de crédito para atender este tipo de necesidades. Fuera del matrimonio esta medida debe ser tenida por excepcional, por cuanto hace responder a alguien de una deuda que no ha contraído; es más, aunque hubiera dado su consentimiento para que el otro la contratara, tampoco por esto debería entenderse sin más que deba responder de ella. Tiene, sin embargo, pleno sentido en el matrimonio, dado el deber de ayuda mutua (art. 67 C.c.), del que es concreción la sujeción de los bienes de los cónyuges al levantamiento de sus cargas (art. 1318.1 C.c.), deber que, como el matrimonio mismo, no se extingue por decisión de uno de los cónyuges, sin necesidad de que concurra justa causa. En cambio, por estrechos y duraderos que

causados por esa disposición, sin que la validez y eficacia de la misma quedase cuestionada, además de las sanciones que la ley estableciera. Lo que el titular puede hacer es disolver previamente la unión, y luego disponer de la vivienda, sin temer ya tener que indemnizar, ya que ese eventual deber de actuar en interés de la familia se extinguiría, claro está, con la disolución de la unión. Otra cosa es que tras esa ruptura se decida que el uso de la vivienda corresponda al ex conviviente; lo cual, en mi opinión, sólo procede si hay hijos comunes que queden en su compañía, a los que se atribuye el derecho a seguir viviendo en ella (arg. arts. 14 CE y 96.1 C.c., éste por analogía, como exigencia del principio de no discriminación de los hijos por razón de nacimiento).

sean los vínculos entre convivientes en unión libre, no considero procedente la aplicación analógica de tal responsabilidad subsidiaria, sobre el conviviente o los convivientes del deudor, puesto que no existe deber de ayuda mutua ni sujeción de los patrimonios de todos ellos al levantamiento de las cargas de la unión no matrimonial (122), a menos que ellos así lo hayan pactado, o que la ley así lo imponga (123). No hay inconveniente en que la ley establezca tal responsabilidad, incluso, solidaria, como sucede en los artículos 4, 5, 23 y 24 LUEP y en los artículos 5.3 y 4 LPENC, si existe una comunidad de cuidados y responsabilidades recíprocos, estable y exclusiva, que va más allá del hecho de compartir unos gastos y unas tareas domésticas. Es más, en mi opinión, si la ley se limitase a imponer a los convivientes, mientras no se disuelva su unión, el deber de ayudarse mutuamente, considero que no por esto cada uno de ellos respondería de las deudas contraídas por el otro, ni siquiera aunque también se estableciese la obligación de alimentos entre ellos, ya que es el legislador el que estaría fijando hasta dónde considera conveniente el grado o la intensidad de esa ayuda mutua, por lo que no procedería ir más allá mediante la analogía, a menos que tuviésemos datos adicio-

(122) SCHLÜTER, W.: *Die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, Berlín y Nueva York, 1981, pp. 23 y 24, considera que la llamada potestad de las llaves (par. 1357 BGB) es inaplicable por analogía fuera del matrimonio, por entender que está directamente arraigada en su ordenación institucional; pero sin que esto excluya que si uno de los convivientes presenta al otro como esposo o permite que así aparezca, haya de responder según los principios de la representación aparente o consentida (*Ausscheins- und Duldungsvollmacht*). A resultados similares llegan GITRAMA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 243 y 244; y GALLEGO DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 362-367. A favor de la analogía, entre otros, RIVERO HERNÁNDEZ, *CCJC*, n.º 46, p. 202.

(123) Así, VALPUESTA FERNÁNDEZ, "La institucionalización ...", *cit.*, p. 62.

Tanto en Cataluña (arts. 4, 5, 23 y 24 LUEP), como en Aragón (art. 5.4 LPENC) y en Francia (art. 515-4.2 del *Code civil*, habiendo dicho el Consejo Constitucional que, en caso de excesos cometidos por uno, nada impedirá la aplicación de las reglas de Derecho común sobre responsabilidad civil), han sido establecidas normas que, con mayor o menor extensión, imponen la responsabilidad solidaria de los convivientes por razón de deudas contraídas por uno sólo de ellos para atender necesidades ordinarias de la familia.

nales que nos pusiesen de manifiesto que se olvidó establecer tal responsabilidad. Y es que para nada estamos ante una solución neutral ni normal, sino excepcional fuera del marco del matrimonio. La excepcionalidad de la medida nos exige una mayor cautela al analizar si existe identidad de razón, de manera que sólo si está claro que la hay procede la analogía. En mi opinión, sólo sería posible tal identidad de razón si en la unión no matrimonial existiera la sujeción de los bienes de sus integrantes al levantamiento de las cargas de la unión, bien porque éstos así lo hayan pactado, bien porque la ley así lo haya establecido, de manera que si después nada se dice sobre esta responsabilidad, pudiera entenderse procedente la aplicación analógica de la regla del artículo 1319.2 C.c., que dotaría de contenido esa sujeción. Con esto quiero decir que considero requisito necesario la existencia de tal sujeción, de origen legal o convencional, pero no es evidente que sea requisito también suficiente (124).

Cuando la vivienda familiar está arrendada, si el arrenda-

(124) Lo que ocurre es que, en mi opinión, aun así, tampoco estaría fuera de toda duda que tal responsabilidad fuera la consecuencia necesaria de la sujeción de los bienes al levantamiento de las cargas de la familia, ya que también puede darse contenido a tal sujeción manteniendo la responsabilidad exclusiva del deudor, si se le concede acción de regreso contra el otro o los otros convivientes, por la parte de deuda que debiera correr a cargo de cada uno de los demás, atendiendo a las reglas pactadas al respecto (arg. art. 1319.3 C.c., por analogía, claramente procedente, si hay tales pactos). ¿A favor de la analogía en este supuesto se podría contestar diciendo que a la misma solución de la acción de regreso se llegaría sin el pacto o la norma legal que hubiera establecido la sujeción de los bienes de los convivientes al levantamiento de las cargas de la unión, que carecería así de contenido adicional específico respecto a los eventuales pactos sobre reparto interno de esas cargas, lo cual lo haría irrelevante, violando así la regla de interpretación del artículo 1284 C.c., por cuanto no se le estaría dando un contenido específico? Por lo tanto, todo dependería de si la regla legal o convencional de sujeción de los bienes de los convivientes al levantamiento de las cargas de la unión, lleva o no consigo la responsabilidad subsidiaria del no deudor por las deudas contraídas por el otro para satisfacer necesidades ordinarias de la familia. No está nada claro que la responsabilidad subsidiaria del conviviente del deudor sea la consecuencia necesaria de un pacto o de una ley que establezca la sujeción de los bienes de los convivientes al levantamiento de las cargas de la unión. Mientras subsistan dudas al respecto, considero que no podemos afirmar la identidad de razón entre matrimonio y unión libre, tampoco en esta cuestión, lo cual es condición ineludible para que proceda la analogía *legis*.

tario desiste o decide no renovar el contrato, o si fallece, tanto su cónyuge como su conviviente tienen derecho a continuar o subrogarse en el arrendamiento (arts. 12.1 y 4 y 16.1a y b LAU). Hay aquí, por lo tanto, una situación de equiparación del matrimonio y la unión libre en lo relativo a la protección de la continuación del hogar familiar, en estos casos. Traigo a colación estas normas para plantear a continuación si procede o no la aplicación analógica de la regla contenida en el artículo 1319.2 C.c., de forma que el conviviente unido libremente al arrendatario responda subsidiariamente del pago del alquiler de la vivienda, del mismo modo que responde el cónyuge, pues es indudable que estamos ante un supuesto de deuda contraída para satisfacer una de las necesidades ordinarias de la familia, como es la del uso de una vivienda. No se negará que aquí se ha producido una aproximación tal de las situaciones en las que se encuentran cónyuge y conviviente del arrendatario, que parece plausible afirmar que existe identidad de razón —la ley misma la habría creado—, puesto que el conflicto de intereses entre arrendador y cónyuge o conviviente del arrendatario parece planteado en términos sustancialmente iguales. Resulta inevitable plantearse si esa equiparación en derechos no reclama la equiparación en responsabilidades de cónyuge y conviviente. Más aún, si la ley equipara en lo favorable, ¿no será una exigencia del principio de igualdad que se equipare también en lo que no lo es, de forma que se evite una situación de penalización del matrimonio? ¿Puede considerarse penalizado el cónyuge, que responde subsidiariamente del pago del alquiler, frente al conviviente del arrendatario, que no responde, cuando uno y otro tienen garantizada la permanencia en el hogar en los supuestos de desistimiento o fallecimiento del arrendatario? Mi respuesta es la negativa, a pesar de todo. No hay tal penalización porque, con todo, con esa responsabilidad se favorece al matrimonio, aunque sea a costa del cónyuge del arrendatario, ya que, gracias a esta responsabilidad, se incentiva a los pro-

pietarios de viviendas, para que prefieran a los casados al elegir arrendatario, por las mayores garantías que así tienen para el cobro del alquiler, en comparación con los convivientes en unión libre. Como no me parece que ésta sea una diferencia baladí, considero que no existe esa penalización, y que el legislador no se ha salido del marco constitucional en este punto. Y es también por esta razón por la que me parece que, aunque las normas de la LAU sean trece años posteriores a la del artículo 1319.2 C.c., no es evidente que exista laguna sobrevenida de la ley, ya que subsiste ese favorecimiento de los matrimonios en el acceso a la vivienda en alquiler, que no tengo datos suficientes que me permitan decir que ya no responde a la voluntad del legislador. Téngase en cuenta que en esa ley posterior pudo haberse modificado la regulación de la responsabilidad por el pago del alquiler y no se hizo. Puede que esto se debiera a un olvido del legislador. Aunque así fuera, considero que la falta de identidad de razón entre matrimonio y unión libre, el carácter excepcional de la responsabilidad por deudas contraídas por otro, y el hecho de que la situación actual tenga un efecto favorecedor del matrimonio, no permiten afirmar que hayan quedado despejadas las dudas sobre la concurrencia de identidad de razón en este conflicto de intereses, como para postular la aplicación analógica del artículo 1319.2 C.c. (125).

329

Tras la ruptura de una relación de convivencia, conforme a las reglas generales, está claro que el propietario o arrendatario tiene derecho a exigir al otro u otros convivientes que abandonen esa vivienda, en el ejercicio de su facultad de exclusión. Si bien es cierto que este derecho, como todos los otros, no podrá ejercitarse en contra de las exigencias

(125) Considero que será más bien la presión de los arrendadores y no la de los casados la que podría dar lugar a la equiparación de cónyuge y conviviente del arrendatario en la responsabilidad por el pago del alquiler. Son éstos y no los casados los que pueden sentirse hoy penalizados, por esta diferencia de trato entre cónyuge y conviviente del arrendatario.

de la buena fe ni incurriendo en abuso de derecho (art. 7 C.c.), lo que no parece es que de tales exigencias se pueda derivar el derecho del no titular de los derechos sobre la vivienda a permanecer en ella por más tiempo del necesario para recoger sus cosas y encontrar otro alojamiento. En cambio, cuando se trata de crisis o de nulidad matrimonial, se distinguen tres supuestos: si hay hijos comunes, que quedan en compañía de uno solo de sus padres, a ellos y a éste corresponderá el uso de la vivienda (art. 96.1 C.c.); si hay hijos comunes, y algunos quedan en compañía de la madre y otros en la del padre, el juez decidirá sobre el uso de la vivienda (art. 96.2 C.c.); en defecto de hijos comunes, decidirá el juez sobre el uso de la vivienda, pudiendo atribuirlo al no titular, si considera que su interés es el más necesitado de protección, y por el tiempo que prudencialmente fije (art. 96.3 C.c.); todo esto es en defecto de que otra cosa se hubiese acordado por los cónyuges en el convenio regulador, aprobado judicialmente (arts. 90.1A y B y 2 y 96.1 pr. C.c.). Pues bien, está claro que las dos primeras reglas del artículo 96 C.c. son aplicables a las parejas no casadas con hijos comunes, por exigencia del principio de igualdad y no discriminación de los hijos por razón de nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE) (126). El problema se plantea en relación a la tercera de esas reglas, cuando no hay hijos comunes. Esa restricción del derecho de propiedad o del derecho del arrendatario sobre la vivienda es claramente excepcional, por cuanto puede suponer la privación del ejercicio de su facultad de exclusión, si el uso de la vivienda es atribuido al no titular. Esta suerte de aseguramiento de la necesidad de alojamiento puede tener sentido en la unión matrimonial, que no sólo se crea por tiempo indefinido, sino que está en ella excluida la libre ruptura, con todo lo que esto supone, concretamente, una solidaridad intensa jurídicamente impuesta y

(126) En la nota 6 recojo opiniones en este sentido, pareciendo pacífica esta cuestión.

no carente de consecuencias si se incumple, de forma que en una situación como ésta cada uno de los cónyuges tiene una cierta seguridad si dedica su tiempo y su esfuerzo al cuidado del hogar o del otro cónyuge, hasta el punto de comprometer sus posibilidades de autosuficiencia en caso de ruptura, ya que tiene una relativa seguridad de que luego no se verá en la calle y sin recursos. A mi modo de ver, por lo tanto, la norma del artículo 96.3 C.c. es una vía más de compensar esa dedicación, compatible con la compensación por un enriquecimiento injusto del otro, como, desde presupuestos acaso diferentes, también lo es la pensión compensatoria del artículo 97 C.c. (127).

Pues bien, en las uniones no matrimoniales, libremente disolubles en cualquier momento por decisión de cada uno de sus integrantes, resulta, en mi opinión, claramente improcedente la aplicación analógica de esa norma, ya que no existe identidad de razón (128). La libre ruptura de estas

(127) Todo esto es perfectamente compatible con el debate sobre si tales compensaciones deberían correr a cargo del Estado, o sobre si no deberían desaparecer para así no desincentivar la incorporación de la mujer al mundo del trabajo. El verdadero problema interpretativo que presenta la legislación vigente es que, tal y como aparecen redactados los artículos 96.3 y 97 C.c. u 83.2.b y 84 CF catalán, pueden ser interpretados en el sentido de que los derechos en ellos reconocidos no tienen como presupuesto la existencia de un enriquecimiento injusto que compensar, sino que pueden ir más allá. Haría falta una reducción teleológica de tales preceptos, para que no pudiesen ser utilizados para obtener más que la compensación de ese eventual enriquecimiento. Yo dudo que tal reducción venga exigida por la naturaleza de la institución matrimonial, cuyo estatuto sí admite esos "excesos", como compensación por la exclusión de la libre ruptura, que permite al legislador un elevado grado de libertad al determinar el nivel de solidaridad que va a imponer a los contrayentes. Donde no proceden tales excesos es en las uniones no matrimoniales, por constituir obstáculos ilegítimos a su libre ruptura, como vengo sosteniendo; y el reconocimiento de pensiones compensatorias, aunque su contenido sea alimenticio (arts. 14 y 31.2 LUEP y 7.2 LPENC), adicionales a la compensación por enriquecimiento injusto (arts. 13 y 31.1 LUEP y 7.1 LPENC), son un caso claro de tales excesos, por más que se exija su reclamación conjunta, a los efectos de ponderar adecuadamente (arts. 16.1 y 32.1 LUEP) o equilibradamente (art. 7.3 LPENC) la cuantía de tales derechos.

(128) En cambio, LACRUZ BERDEJO, "Introducción al estudio ...", cit., p. 31, afirmó la aplicabilidad por analogía de las normas contenidas en los artículos 90 y ss. C.c. a las uniones libres, "en cuanto preceptos que detallan una particular forma de

uniones permite no tener que tratar igual que al cónyuge al conviviente que, sabiendo que en cualquier momento puede uno de ellos poner fin a la relación sin necesidad de acreditar que concurre una justa causa, decida comprometer sus posibilidades de ser económicamente autosuficiente, dedicándose al hogar o a cuidar de la persona con la que vive, porque no podrá luego contar más que con la posible compensación por enriquecimiento injusto, pero no con el derecho a permanecer en la vivienda del otro, a menos que se considere que la concesión de este derecho es también una forma de compensar ese enriquecimiento, que se puede imponer sin necesidad de acuerdo entre los convivientes (129). Si se entiende no sólo que ese derecho es adicional a la compensación en metálico o con bienes del enriquecimiento injusto (130), sino que no tiene por presupuesto imprescindible que se haya producido tal enriquecimiento, una vez

332

prestar alimentos”, porque, aunque en principio tal analogía no procede, ya que iría contra la voluntad presunta de los convivientes, hay que tener en cuenta que “la concesión del hogar familiar, tal como la planea la ley, aunque recaiga en un progenitor, muchas veces se realiza en función de los hijos”.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 290-294, en cambio matiza y deja claro que la norma del artículo 96.3 C.c. no es aplicable por analogía.

En términos contundentes, CANDIL CANO, *op. cit.*, p. 87, en relación al supuesto de parejas sin hijos comunes, afirma que puede parecer poco alentador el hecho de “que no existen fórmulas o vías que solucionen el problema de la atribución del uso de la vivienda en la crisis de la pareja no casada”, pero advierte que esto “parece preferible ...a una equiparación indiscriminada y sin fundamento entre las uniones matrimoniales y no matrimoniales en aspectos ... que forman parte de lo que constituye el estatuto jurídico básico de la institución del matrimonio”.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, “Efectos de la extinción ...”, *cit.*, pp. 656 y 657 considera “difícil” —¿significa esto que lo considera improcedente, o sólo arriesgado?— aplicar por analogía la norma del artículo 96.3 C.c. a la separación de parejas no casadas sin hijos comunes, puesto que tal norma lleva a excluir o suspender el ejercicio del derecho de propiedad.

(129) Esto es lo que sostiene GARCÍA RUBIO, *CCJC*, n.º 43, pp. 412 y 413. Si se acepta esta idea, lo que sucede es que la compensación en metálico de ese enriquecimiento habrá de calcularse por el resto.

(130) Así lo parece, si atendemos tanto a los artículos 1438 y 96.3 C.c., como a los artículos 41 y 83.2.b CF catalán. Pero lo cierto es que al fijar la compensación en metálico por enriquecimiento injusto debe tenerse en cuenta si el acreedor, además, tiene o no derecho a permanecer en la vivienda del deudor, como se desprende del artículo 41.3 CF, criterio que considero generalizable al Derecho civil estatal.

más, estaremos ante una norma excepcional claramente favorecedora del matrimonio, cuya aplicación analógica a las uniones libres sólo es posible si no existen dudas sobre la concurrencia de identidad de razón, y, como creo haber demostrado, tales dudas no están despejadas. Además, en este supuesto no parece que exista una laguna sobrevenida, ya que no han faltado ocasiones para extender la solución del artículo 96.3 C.c. a las uniones libres, como pudo haberse hecho en el artículo 15 LAU de finales de 1994, ocasión que no se aprovechó para llevar a cabo esta equiparación, sino que se limitó a remitirse a los artículos 90 y 96 C.c.; esta remisión expresa, guardando silencio sobre las separaciones de los convivientes, puede ser interpretada como una reafirmación en la exclusividad matrimonial de la regla del artículo 96.3 C.c. Y tampoco los legisladores catalán y aragonés han establecido una regla como esta para la separación de las parejas sin hijos comunes; es más, tampoco han incluido una previsión expresa sobre uso de la vivienda familiar para cuando sí los haya (*vid.* arts. 15 LUEP y 8 LPENC), pero en este caso el artículo 14 CE obliga a aplicarles la misma solución que la aplicable a los matrimonios con hijos comunes.

En la STS de 30.12.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández Cid de Temes), casando la sentencia recurrida, se revocó la atribución del uso de la vivienda familiar al ex conviviente no titular —había un hijo común, pero era mayor de edad y, al parecer, su manutención no se planteaba—, por considerar que no procedía la analogía, al no haber laguna ni identidad de razón, y por el respeto debido a la libertad de elección entre matrimonio y unión libre, esto es, al derecho a no casarse (131).

En el ATC 321/96 se inadmitió un recurso de amparo, interpuesto por supuesta discriminación del conviviente no

(131) VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, p. 650, comentando esta sentencia, considera que debería haber aplicado la norma del artículo 96 C.c. por analogía.

titular de la vivienda, contra la resolución judicial estimatoria de la demanda de desahucio interpuesta por el titular. La sentencia recurrida había estimado esa demanda con base no sólo en la titularidad exclusiva del demandante y en la inexistencia de hijos comunes del actor y la demandada recurrente, sino teniendo también en cuenta otras circunstancias: el hecho de que durante la convivencia la demandada recurrente no contribuyó a sufragar ninguno de los gastos de sostenimiento del inmueble; que no alegó ni probó que su interés fuera el más necesitado de protección, por encima del que se desprende de la titularidad del dominio del actor; que la demanda de desahucio fue interpuesta tres años después de producirse la ruptura, lo que impide calificarla de sorpresiva o abusiva. El TC no admitió este recurso por considerar claro que no se había cometido discriminación alguna, al no aplicar por analogía la norma del artículo 96.3 C.c., ya que no fue aplicado por considerar que era inaplicable por analogía, sino porque no se acreditó el requisito de que el del no titular era el interés más necesitado de protección, con lo cual no podía decirse que de haber sido una ruptura matrimonial sí habría sido aplicado ese precepto.

No creo que esta decisión deba ser tomada en el sentido de considerar una exigencia del principio de igualdad y no discriminación la aplicación analógica a la ruptura de uniones libres de la regla del artículo 96.3 C.c. Pero es indiscutible que esa posibilidad no está excluida, ya que el TC no se limitó a decir que tal aplicación analógica no era una exigencia del principio de igualdad, sino que se basó en que no se había probado que el interés del conviviente no titular de la vivienda fuese más digno de protección que el del titular. Desde mis premisas, fuera del matrimonio, es decir, en las uniones no matrimoniales, no hay interés más necesitado de protección que el de cualquiera de los convivientes en poner fin libremente y en cualquier momento a esa unión, que integra el libre desarrollo de su

personalidad, y su derecho a no ser tratado como si estuviera casado, cuando no ha prestado consentimiento matrimonial (arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE); lo cual exige no privar al titular de la vivienda de su derecho a seguir habitándola y a exigir al otro que la abandone, aunque, ciertamente, no sean admisibles actos abusivos de ejercicio de estos derechos o contrarios a la buena fe (art. 7 C.c.), que es lo único que pueden controlar los jueces y tribunales. Así, éstos serán los que decidan si puede ser considerado ilícito el ejercicio de este derecho cuando el titular de la vivienda pide el desahucio del otro, antes de haberle compensado por el enriquecimiento injusto, derivado de las cantidades o el trabajo invertidos por el no titular en la vivienda; no creo que una decisión afirmativa suponga obstaculizar ilegítimamente la libre ruptura de la unión no matrimonial.

Pero ya en la STS de 16.12.96 (ponente, el Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), no habiendo hijos comunes, sí se atribuyó al conviviente no titular el derecho a usar la vivienda familiar, aplicando por analogía la regla del artículo 96.3 C.c. (132). Mi opinión contraria creo haberla mostrado y fundamentado sobradamente.

En la STS de 10.03.98 (ponente, el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz), partiendo del explícito rechazo de la

(132) GARCÍA RUBIO, comentando esta sentencia (CCJC, n.º 43), afirma que la atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de prestación alimenticia *in natura* (p. 412); pero considera que no hacía falta acudir en el caso de la sentencia al artículo 96.3 C.c., aplicado por analogía, porque de lo que se trataba era de compensar un empobrecimiento injusto, en la línea de lo que establecía el previgente artículo 23 Comp. cat. (pp. 412 y 413).

LLEBARÍA SAMPER, "Consecuencias de una convivencia ...", cit., p. 1630, comentando esta sentencia, considera que no procedía esa analogía, por entender que no hay laguna cuando no hay hijos comunes, por entender que la norma del artículo 96.3 C.c. tiene su razón de ser en el carácter matrimonial de la convivencia, por lo que integraría uno de los aspectos institucionales del matrimonio, que, supuestamente, rechazarían los que no se casan. Como ya expliqué en otro lugar (nota 92), este autor incurre, en mi opinión, en una clara contradicción con sus propias premisas, al considerar impropcedente esa analogía.

aplicación por analogía *legis* de las normas de Derecho matrimonial, y de la admisibilidad de la analogía *iuris*, esto es, de principios generales extraídos de tales normas, en lo que estoy plenamente de acuerdo, considera que uno de estos principios hoy es el de “protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho”, que entiende que se ha generado con base en los artículos 10.1 (dignidad), 14 y 39.1 CE, 96 C.c., 12 y 16 LAU, SSTC 222/92, 6 y 47/93, sobre inconstitucionalidad de la exclusión del conviviente en la facultad de subrogarse en el arrendamiento tras la muerte del arrendatario, y la STS de 16.12.96, y otras que reconocen derechos al conviviente perjudicado. No me parece infundada la postulación de tal principio; es plausible, siempre que se respete, sin desvirtuarlo, el derecho de cada conviviente a romper libremente la unión no matrimonial en cualquier momento y sin necesidad de que medie justa causa. Lo que se le puede reprochar no es que lo extraiga de normas excepcionales (133), sino que al final se termine aplicando “casualmente” (134) la solución del artículo 96.3 C.c. El caso fue el siguiente: una vivienda y una plaza de garaje eran copropiedad de los convivientes, con pacto de atribución de su uso a uno de ellos, que estaba enfermo, y que la sentencia recurrida limitó al tiempo que durase la comunidad, salvo que se alterasen sustancialmente las circunstancias, mientras que el TS estableció el plazo de diez años desde la interposición de la demanda, tras los cuales regirían las normas de la comunidad de bienes del Código civil (135).

(133) Esta parece ser la crítica que merece a ÁLVAREZ LATA, N.: “Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial”, *RDPyC*, n.º 12 (1998), p. 25.

(134) Como ha advertido RIVERO HERNÁNDEZ, comentando esta sentencia en *CCJC*, n.º 47, p. 878.

(135) RIVERO HERNÁNDEZ, que, comentando la STS de 29.10.95 (*CCJC*, n.º 46, p. 200), ya se había manifestado a favor de la analogía de las normas relativas a las crisis matrimoniales, al comentar ésta de 10.03.98 (*CCJC*, n.º 47, pp. 873, 876-878) comparte la solución dada al pleito —la del art. 96.3 C.c.—, pero critica que se haya recurrido a la analogía *iuris*, cuando hay, en su opinión y en la de la STS de 16.12.96, identidad de razón, por lo que bastaba con haber aplicado esa norma por

Me parece claro que se aplicó la regla del artículo 96.3 C.c., sin la cual no es posible llegar a esta solución, dada la insuficiente concreción del principio general de protección del conviviente perjudicado para resolver el problema planteado en el caso de esta sentencia. Lo que sucede es que, como todo el razonamiento parte de la improcedencia de la analogía *legis*, porque no existe identidad de razón, ¿a título de qué se aplica entonces al caso de autos la consecuencia jurídica prevista en el artículo 96.3 C.c.? Téngase en cuenta que esta norma no es concreción de ese principio general, sino manifestación de la especial protección del matrimonio, como unión familiar en la que está excluida la libre ruptura, por lo cual tiene sentido obstaculizarla defendiendo al cónyuge más necesitado de protección. Es decir, una de dos: o se considera que existe identidad de razón entre matrimonio y unión libre en lo relativo a las consecuencias de su ruptura —aquí es, precisamente, donde más evidentes son las diferencias entre una y otra—, en cuyo caso procederá la analogía *legis*; o si, como he mostrado, tal identidad de razón no existe, especialmente, en lo relativo a la ruptura, y entonces debieron haberse aplicado las reglas generales, en el caso de autos, lo pactado y, subsidiariamente, lo propio de la comunidad de bienes, en función de las circunstancias del caso. Con el razonamiento que se hizo en esta sentencia acerca del principio general de protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho, lo más que se puede conseguir es poner de manifiesto que, del mismo modo y por las mismas razones que el conviviente en unión libre ha merecido la protección legal o judicial en otras situaciones, consistente en la aplicación de las soluciones matrimoniales, también la merecía en el caso de autos, mediante la aplicación por analogía (*legis*, por considerar que hay identidad de razón) de la solución matrimonial,

analogía *legis*, como se había decidido en la sentencia recién citada. En la nota 92 he criticado las premisas de esta tesis, por lo que me remito a lo allí expuesto.

contenida en el artículo 96.3 C.c. Yo no niego la plausibilidad de ese principio, pero sí que permita conseguir la aplicación de las soluciones matrimoniales cuando se parte de que no hay identidad de razón entre matrimonio y unión libre, y también advierto que no puede llevar a obstaculizar la libre ruptura de uniones no matrimoniales.

Y es que una cosa es que se considere discriminatoria la exclusión del conviviente superviviente del arrendatario fallecido del grupo de privilegiados a los que se permitía la subrogación en el arrendamiento *ex artículo* 58 LAU derogada (STC 222/92), si se considera –hoy por hoy, no es mi caso– que tal exclusión entraña una excesiva presión sobre el derecho a no casarse los que viven unidos libremente; y otra es que se atribuya al ex conviviente no titular el derecho a usar la vivienda, más allá del tiempo pactado, sin aplicación tras ese tiempo de las normas de la comunidad de bienes, ya que aquí sí puede estar desvirtuándose el derecho a la libre ruptura, sobre todo, si esto significa que el titular de ella tiene que abandonarla y buscarse otro alojamiento. Como los razonamientos contenidos en una sentencia han de ser siempre referidos al caso que estaban contemplando, hemos de advertir que en el de autos se trataba de una vivienda que pertenecía a ambas partes, y que por pacto había sido atribuido su uso temporal a uno de ellos. ¿Se debería aplicar la misma solución –la del art. 96.3 C.c.– cuando la vivienda perteneciese exclusivamente a una de las partes, o cuando nada hubieran pactado al romperse la unión? Tal y como aparece formulado ese principio general de protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho, no parece que la solución debiera ser otra. Y si lo que sucedió es que el TS consideró que, aunque no existía identidad de razón entre matrimonio y unión libre, no aplicar al conviviente más necesitado de protección la solución del artículo 96.3 C.c. sería discriminatorio, por coartar así irrazonablemente el derecho a no contraer matrimonio de los convivientes, lo que debería haberse hecho es plantear la cues-

tión de inconstitucionalidad, ya que la norma cuestionada era posterior a la entrada en vigor de la Constitución, y no procedía su aplicación por analogía, si realmente se consideraba que no existía esa identidad de razón.

Ahora bien, me parece que si la ley ordenase la aplicación de la regla del artículo 96.3 C.c. a las uniones libres, podría estar poniéndose en peligro la libre ruptura de tales uniones, de forma que no podría dar lugar a consecuencias inconstitucionales, como lo sería la vanificación del derecho a la libre ruptura de una unión no matrimonial (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste *a contrario*, CE), que no puede ser obstaculizado injustificadamente. No hay problema alguno en imponer la compensación del enriquecimiento injusto, pero sí puede haberlo en establecer otras compensaciones adicionales, como vengo advirtiendo. La imposibilidad misma de continuar viviendo en la propia casa creo que sí supondría un empeoramiento significativo de su situación, por lo que la atribución a la otra parte del derecho a usar esa vivienda parece que no debería serlo con exclusión del mismo derecho del titular, lo cual sería tanto como hacer ilusoria esa libre ruptura, si tal situación se prolongase más del tiempo necesario para que el no titular encontrase otro alojamiento, o por más tiempo del que tarde en cobrar la compensación por enriquecimiento injusto derivado de la inversión de dinero o de trabajo en la conservación o mejora de esa vivienda, como permitiría entenderlo la buena fe como límite al ejercicio de la facultad de exclusión del titular de la vivienda. Más allá de esto, como ya antes se apuntó, debería ser el sistema de seguridad social y no el conviviente el que cubriese esa necesidad de alojamiento, si es que se considera deseable que esté cubierta. Nada impide, claro está, que los convivientes puedan haber pactado que el uso de la vivienda corresponda a uno de ellos tras la ruptura, durante el tiempo que acuerden, pero recordemos que la subsistencia de la libre ruptura es uno de los límites de la libertad contractual, al regular las consecuencias de la diso-

lución de la unión no matrimonial (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste *a contrario*, CE y 1255 C.c.) (136).

Finalmente, por lo que respecta a la liquidación de situaciones de entrecruzamiento de intereses, que se han prolongado en el tiempo, las reglas generales prevén que cada uno es dueño de lo que adquiere para sí, con independencia de la procedencia de la contraprestación, ya que no rige el mecanismo de la subrogación real, y de lo que gane por cualquier título. Por lo demás, entre otras, se prevén reclamaciones de devolución de cantidades prestadas, con o sin interés –se presume la gratuidad de los préstamos (art. 1755 C.c.)–, la liquidación de sociedades o de comunidades de bienes, la prohibición de enriquecerse injustificadamente a cargo de otra persona, pero también el derecho a negarse a devolver lo recibido no en cumplimiento de una obligación exigible jurídicamente ni por ánimo liberal sino por otra justa causa (art. 1901 C.c.), por ejemplo, un deber moral de *manutención* (137). Por lo tanto, si otra cosa no se ha pactado, cada uno es dueño de lo que adquiere, y sólo tiene que devolver las cantidades que le hayan sido prestadas, así como compensar eventuales enriquecimientos obtenidos injustificadamente, esto es, sin retribución suficiente, a costa de otras personas. En cambio, el Derecho matrimonial prevé reglas específicas, que pueden conducir a consecuencias muy diferentes: regímenes económicos, como el de gananciales,

340

(136) Siendo consecuente con mis premisas, si los convivientes hubiesen pactado que, en caso de ruptura de la unión por decisión del titular de los derechos sobre la vivienda habitual, el uso de ésta correspondería al no titular, la eficacia de esta cláusula estaría supeditada a que el titular tuviera medios suficientes para alojarse en otra; si no los tuviera, no por esto perdería su derecho a romper la unión en cualquier momento y sin necesidad de alegar ni probar una justa causa –lo sería su simple voluntad de ruptura–, de forma que no sería él sino, acaso, el otro, el que tendría que ir pensando en buscarse otro alojamiento, sin descartar, en su caso, el albergue de beneficencia. Claro está, quedaría a salvo la acción rescisoria de actos fraudulentos, llevados a cabo por el titular de la vivienda, en perjuicio del derecho de su conviviente.

(137) Como, entre otros, sostiene GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges* ..., cit., pp. 205 y 206, con base en la buena fe y en la protección de la confianza.

que atribuye carácter ganancial a todos los rendimientos de cualquiera de los cónyuges (art. 1347.1.º y 2.º C.c.), así como a todo lo que se adquiriera con cargo a gananciales (subrogación real) (arts. 1347.3.º y 1354 C.c., básicamente), con un sistema de reembolsos del valor de los fondos empleados para adquirir o mejorar bienes que no tengan el carácter que tuvieran tales fondos (arts. 1358-1360 C.c.), o para pagar deudas no a cargo del que las paga (art. 1364 C.c.), con normas propias de responsabilidad frente a terceros y de liquidación de la sociedad conyugal; o el régimen menos intervencionista de separación de bienes, que funciona conforme a las reglas generales, pero donde expresamente se prevé que el trabajo para la casa dará derecho a una compensación (art. 1438 C.c.), en la medida que exceda de lo aportado por el otro para levantar las cargas del matrimonio (138); y, con carácter común a todos los regímenes económicos, se concede una pensión compensatoria por desequilibrio económico, si uno de los cónyuges queda, tras la separación o el divorcio, peor que el otro y también peor de lo que estaba antes (art. 97.1 pr. C.c.), no siendo imprescindible, por lo menos, según el tenor de la norma, que el acreedor haya visto disminuida su capacidad para ser autosuficiente económicamente, como consecuencia de su dedicación al hogar o al otro cónyuge, aunque sí se tenga en cuenta esa y otras circunstancias para fijar su cuantía (art. 97.1.3.ª, 4.ª y 5.ª C.c.) (139).

(138) *Vid.* GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 212-214, que habla de enriquecimiento injusto por sobrecontribución de uno, como justificación de esa compensación; y ROCA I TRÍAS, "Las consecuencias económicas ...", *cit.*, pp. 176, 177 y 179, que no considera que se trate tanto de compensar un enriquecimiento injusto, cuanto de un "desequilibrio por efectuar una inversión en servicios que no ha tenido más contrapartida económica que los alimentos y éstos se obtienen como consecuencia del deber de socorro mutuo", pero sí que se trataría de compensar un enriquecimiento injusto en las uniones no matrimoniales, puesto que en ellas falta el deber de socorro mutuo. Pero ahora ha de tenerse presente que los artículos 8 y 26 LUEP y 13 LPENC sí han impuesto el deber de alimentos entre convivientes.

(139) No estaría de más que en los presupuestos de la citada pensión estuviese explicitado que sólo procede concederla, salvo pacto aprobado judicialmente, cuando

Todas estas reglas de liquidación de la sociedad conyugal y la posible compensación de lo que va más allá del enriquecimiento injusto tienen sentido cuando se trata de una comunidad de vida con unos vínculos de solidaridad tan intensos, jurídicamente sancionados, que no se extingue por decisión de cualquiera de sus integrantes sin necesidad de que medie una justa causa. Me parece evidente que, sin mediar pacto al respecto, no puede considerarse que son comunes los ingresos obtenidos por cada uno de los convivientes, o que los bienes adquiridos a título oneroso con cargo a tales rendimientos se hayan de dividir por mitad al disolverse la unión no matrimonial (140). Se trata

el desequilibrio consista en la pérdida de capacidad para ser autosuficiente económicamente (aptitudes profesionales o laborales), debida a la dedicación a la familia, y no baste el mero hecho de quedar uno peor que el otro y peor de lo que estaba antes, como hoy por hoy resulta del tenor literal de la norma. PARA MARTÍN, A.: "El derecho de compensación económica por razón de trabajo", *RJC*, 1999-2, pp. 22-27, considera que el requisito de desigualdad patrimonial, exigido por el artículo 41 CF catalán, no añade nada al del enriquecimiento injusto; y considera desafortunada su mención legal porque tampoco así se logra circunscribir el derecho a esa compensación a los casos en los que el acreedor tenga un patrimonio menor que el deudor, ya que el enriquecimiento puede darse también en perjuicio del que tenga más patrimonio, como puede suceder por insuficiencia de la retribución del trabajo, sin que por esto se pierda el derecho a su compensación.

(140) En la STS de 18.05.92 (ponente, el Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) se admitió la existencia de un pacto tácito de comunidad de bienes, para los adquiridos por uno de los convivientes con dinero procedente de la explotación de negocios compartidos con el otro, lo cual llevó al juzgador a considerar que la titularidad exclusiva del adquirente era fiduciaria.

En la STS de 21.10.92 (ponente, el Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales) se afirmó que la unión libre no genera un régimen económico, con independencia de que por pacto expreso o tácito se acuerde la aplicación de uno determinado. Consideró que el pacto tácito se detecta por el hecho de la aportación continuada y duradera de las ganancias al acervo común.

En la STS de 11.12.92 (ponente, el Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres) se sostuvo la improcedencia de una indemnización con base en la existencia de una sociedad universal de ganancias entre los convivientes, por faltar el consentimiento contractual (*affectio societatis*), el cual no se deriva de la sola existencia de una unión libre. Es más, consideró que de este hecho lo que se desprende es el deseo de cada uno de los convivientes de mantener su respectiva independencia económica, con lo cual concordaba el hecho de que las actividades de cada uno de ellos se hubieran desarrollado en ámbitos diferentes.

En la STS de 18.02.93 (ponente, el Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) se rechazó la aplicación, en defecto de pacto, de las normas de régimen

de reglas claramente excepcionales, que permiten a alguien participar de los ingresos que otro obtiene, con independen-

económico del matrimonio. Se admitió la existencia de una sociedad civil irregular en la explotación de sucesivos negocios, a los que uno de los convivientes había aportado su trabajo, pero rechazó la existencia de una sociedad en lo demás, concretamente, en los bienes adquiridos por uno de ellos.

La STS de 22.07.93 (ponente, el Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández), si bien consideró no probada la existencia de una unión libre, sostuvo que, aunque la hubiera habido, no es posible aplicarle por analogía *legis* normas del régimen económico de gananciales, porque falta identidad de razón entre el matrimonio y la unión libre. Negó la existencia de pactos societarios y consideró que por esta razón tampoco podía hablarse de una comunidad de bienes ni de enriquecimiento injusto. Me parece que en esto último hay una clara falta de lógica, ya que por el hecho de que no existan tales pactos no se puede excluir que no se haya producido un enriquecimiento injusto.

En la STS de 27.05.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo) se advierte que, a pesar de la equiparación entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, o de la relevancia que algunas leyes han dado a la relación de afectividad análoga a la conyugal, no hay identidad de razón entre el matrimonio y la unión libre, por lo cual no procede la aplicación analógica de normas de régimen económico de gananciales. Además, se reitera que la aplicabilidad de las normas relativas a las sociedades sólo es posible si hay *affectio societatis*, lo cual no se infiere del solo hecho de la convivencia en unión libre.

En la STS de 11.10.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) se reiteró la inaplicabilidad por analogía *legis* a las uniones libres de las normas sobre el régimen económico de gananciales. Consideró, sin embargo, probado que un bien adquirido por uno de los convivientes lo fue para la comunidad de bienes que tenía con el otro, como resultado de pactos expresos o tácitos que ponen de manifiesto la voluntad de establecer un condominio o sociedad.

En la STS de 20.10.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo) se recordó que el artículo 39.1 CE no impone aplicar a la unión libre las normas sobre el matrimonio.

En la STS de 24.11.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo) se rechazó la aplicación por analogía a una unión libre de la norma contenida en el artículo 1438 C.c., casando la sentencia recurrida, porque no existe identidad de razón entre el matrimonio y la unión libre, y por el respeto a la libertad de elección entre una y otra unión.

En la STS de 18.03.95 (ponente, el Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) se consideró que el ejercicio conjunto de actividades industriales (convivencia y trabajo en común) permitía entender existente una sociedad civil irregular universal, sobre los bienes adquiridos por ambos o por uno de ellos para tal sociedad, que se regiría por las normas de la comunidad de bienes, conforme al artículo 1669.2 C.c.

En la STS de 04.03.97 (ponente, el Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) se reitera la improcedencia de la aplicación analógica a las uniones libres de las normas sobre régimen económico de gananciales, porque los convivientes no han querido asumir obligación alguna, y se ha de respetar la libertad de elección entre casarse o vivir en unión libre. Se consideró que la propiedad de un inmueble adquirido por uno de los convivientes pertenecía al adquirente, por presumirse que fue

cia de que haya o no contribuido a obtenerlos. Y si tal contribución existe, lo que procede es ver si ha sido compensada de otra forma, y si no lo ha sido lo que habrá es un posible enriquecimiento injusto (141), pero que no tiene por qué ascender a la mitad de lo ganado. Dicho de otra forma, si nada distinto se pactó, la liquidación no podrá ir

pagado con dinero del comprador, donado o prestado por su madre. Parece, pues, que se da beligerancia al mecanismo de la subrogación real, lo cual es contradictorio con la inaplicabilidad por analogía de las normas sobre gananciales.

En la STS de 29.10.97 (ponente, el Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) se declaró la copropiedad por mitad de un inmueble comprado, al parecer, por uno de los convivientes, ya que uno era su titular, por haber sido pagado con fondos procedentes de una cuenta corriente a nombre de ambos, que se nutría de las aportaciones hechas por uno y otro. También aquí se da entrada al mecanismo de la subrogación real, en lugar de atender, como procede en defecto de pacto expreso o tácito, a la titularidad del adquirente. Nada se dice en esta sentencia sobre un eventual pacto en este sentido.

344

En la STS de 27.05.98 (ponente, el Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros), casando la sentencia recurrida, se nos vuelve a recordar que de la existencia de una unión libre no se deriva la de una comunidad de bienes o de una sociedad, sino que es necesario que así se haya pactado o que se deduzca del comportamiento de los convivientes, para lo cual no es suficiente con que el adquirente de una vivienda haya declarado falsamente que estaba casado con su compañera.

En la STS de 04.06.98 (ponente, el Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa) se afirma la validez de los pactos para someter los patrimonios de los convivientes a las normas legales del régimen de gananciales, concretamente, a lo adquirido por cualquiera de ellos con los frutos o rentas obtenidos, con base en el artículo 39.1 CE, pues estamos ante una forma de familia.

En la STS de 23.07.98 (ponente, el Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) se entendió que en aquellas uniones libres en las que los convivientes desarrollan conjuntamente actividades económicas y comparten los rendimientos que obtienen, sí se pone de manifiesto el propósito de formar un patrimonio comunal, que permite aceptar la existencia de una comunidad de bienes sobre los adquiridos durante esa unión, por cuotas iguales.

(141) En la STS de 11.12.92 (ponente, el Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres) se admitió la existencia de tal enriquecimiento, obtenido por uno de los convivientes, gracias en parte a la actividad no retribuida del otro, consistente en el cuidado de las relaciones sociales y la atención al enriquecido.

En la STS de 04.03.97 (ponente, el Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) se excluyó el enriquecimiento injusto de la heredera del demandado, que la demandante había basado en la inversión de dinero propio en la compra de un inmueble —esto no se consideró probado—, así como por la atención prestada al hogar y a las relaciones sociales del demandado, con la sorprendente afirmación de que tal posible enriquecimiento estaba amparado por la ley sucesoria. ¿Es que el heredero del enriquecido injustificadamente no le sucede en este tipo de deudas, conforme a los artículos 659 y 661 C.c.?

más allá de dividir los bienes adquiridos conjuntamente por los convivientes, reintegrarse los préstamos pendientes, y compensar el enriquecimiento injusto. Esa excepcionalidad impide la aplicación por analogía de las reglas sobre la sociedad de gananciales. Por ley o por pacto podrían preverse unas reglas específicas de liquidación de las uniones libres, similares a las de la sociedad de gananciales, pero no en otro caso. Y en cuanto a la pensión compensatoria, no sólo no procede su aplicación por analogía a las uniones libres (142), por cuanto la libre ruptura de estas uniones impide claramente apreciar la identidad de razón en este punto, sino que reitero que tampoco podría, so pena de inconstitucionalidad, si fuese impuesta por la ley, alcanzar una cuantía superior al enriquecimiento injusto obtenido por el deudor, puesto que, de no imponer ese límite, se estaría obstaculizando injustificadamente la libre ruptura de estas uniones; y si fuese pactada anticipadamente, tampoco podría hacer ilusoria esa libre ruptura, como he venido explicando, por cuanto la libre ruptura de las uniones no matrimoniales no sólo es un límite a la libertad del legislador, sino también a la libertad contractual (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste *a contrario*, CE y 1255 C.c.) (143).

345

(142) Las SSTs de 11.12.92 (ponente, el Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres) y 30.12.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes) negaron la procedencia de reconocer una pensión compensatoria a uno de los convivientes, por considerar improcedente la aplicación analógica del artículo 97 C.c. En la segunda de éstas, casando la sentencia recurrida, se negó la existencia de laguna en este punto, así como la identidad de razón, por lo que debía respetarse la libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre, es decir, el derecho a no casarse.

BUSCHE, *op. cit.*, pp. 390 y 391, considera que no procede la aplicación analógica de las normas sobre pensiones tras la separación o divorcio, porque ni hay laguna —el legislador no quiso tal extensión de esas normas—, ni hay identidad de razón, puesto que la comunidad de vida no matrimonial es esencialmente disoluble, y no puede ser mantenida mediante el corsé del Derecho. Estoy plenamente de acuerdo.

Sin embargo, RIVERO HERNÁNDEZ, *CCJC*, n.º 46, pp. 200 y n.º 47, p. 878, propone la aplicación analógica a las uniones libres de las normas sobre crisis matrimoniales, y no hace salvedad alguna en relación a la pensión compensatoria.

(143) BUSCHE, *op. cit.*, pp. 395 y 396, considera inválidos los acuerdos sobre pensiones por ruptura si implican el estrangulamiento económico del deudor, o si dificultan el cumplimiento de obligaciones legales de alimentos.

Otra situación en la que procede plantearse si existe identidad de razón *in concreto* entre el matrimonio y la unión libre es en los supuestos de matrimonio nulo. En una primera aproximación al problema podría sostenerse que si el matrimonio es inválido no existe y, por lo tanto, en realidad esa es una unión no matrimonial, por lo que sí podrían aplicarse a los contrayentes las normas relativas a las uniones libres; es más, en el supuesto de matrimonios putativos podría defenderse que, mientras no se demostrase la mala fe, podría cada uno optar entre el mantenimiento de los efectos ya producidos del matrimonio, con base en el artículo 79 C.c., o la aplicación de las normas propias de las uniones libres. Esta idea, en mi opinión, no resiste un análisis más detenido de la cuestión. Tengamos en cuenta que si existe una mínimamente razonable apariencia de validez o si es posible su convalidación, ese matrimonio no deja de serlo en tanto no se disuelva, a menos que se obtenga una sentencia que lo declare inválido. Entre tanto esto no suceda no estamos ante una unión no matrimonial, que cualquiera de sus integrantes pueda disolver en cualquier momento, sin necesidad de que concurra una justa causa, sino que sigue siendo necesario pasar por un proceso de divorcio. Es decir, que el matrimonio que adolece de una causa de invalidez no es una unión libre, ni es análogo a ella, pues si no hay libre ruptura no hay identidad de razón. Por lo tanto, no procede la aplicación analógica a tales matrimonios de las reglas sobre uniones libres. Y, una vez anulado, si los que no estuvieron válidamente casados deciden seguir viviendo juntos, entonces y sólo a partir de entonces existirá una unión libre. No podría, por consiguiente, pretenderse la aplicación por analogía de las normas sobre uniones libres a los matrimonios ya anulados, proyectándolas sobre el pasado, es decir, desde que se contrajo ese matrimonio hasta su declaración de nulidad, porque durante todo ese tiempo no existió realmente la facultad de romper libremente esa unión, sin pasar por el procedimiento de divor-

cio. Así pues, en los casos de matrimonios nulos, putativos o no, no procede esa analogía (144). Como tampoco procede, en mi opinión, aplicar por analogía a las uniones libres las normas sobre consecuencias de la nulidad del matrimonio, por las mismas razones, ya que se trata de normas que siguen teniendo por objeto la regulación de los derechos y deberes de los cónyuges (art. 32.2 CE), es decir, de la protección específica del matrimonio, aunque sea declarado nulo, si existía una mínima apariencia de validez, que excluyese la libre ruptura de la unión, con lo cual faltaría identidad de razón (145). Y si no existía apariencia mínima-

(144) ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, p. 54, no acepta la consideración de los matrimonios putativos como uniones no matrimoniales, al faltar en éstas y existir en aquéllas un acto solemne de compromiso.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 73 y 74, considera que el matrimonio putativo no es una unión no matrimonial, aunque los argumentos no me parecen concluyentes: en el matrimonio putativo debe haber consentimiento matrimonial, pero el mismo autor reconoce que a veces no lo hay, y una apariencia de forma, que también puede existir en las uniones libres formalizadas. En cambio, considera que el matrimonio nulo con mala fe de ambos contrayentes sí puede ser una unión libre.

LLEBARÍA SAMPER, *Hacia la familia ...*, cit., pp. 113-115, descarta considerar y tratar como uniones no matrimoniales los matrimonios putativos, pero porque ya existe una previsión legal de su eficacia (arts. 79, 98 y 139 C.c.), y no descarta que sea tratado como tal unión cuando hubo mala fe por parte de ambos contrayentes.

Yo creo que, aunque ambos contrayentes sepan que su matrimonio adolece de una causa de nulidad, no es libre su unión, en tanto no obtengan una sentencia de nulidad, y sólo desde entonces, porque sólo a partir de ese momento hay libre ruptura.

(145) Esto es lo que nos obliga a considerar que la protección del matrimonio putativo (art. 79 C.c.) es cumplimiento, no del mandato constitucional de protección de la familia no matrimonial (art. 39.1 CE), sino de la prevista protección específica del matrimonio, que integra su estatuto (art. 32.2 CE). En Alemania esto es lo que sostuvo su Tribunal Constitucional federal (S. 30.11.82); para más detalles sobre esta sentencia me remito a lo que dije en "La libertad de elección ...", cit., pp. 82 y 83.

Sorprendentemente, en la STS de 04.06.98 (ponente, el Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa) se otorgó a uno de los convivientes el derecho a percibir del otro una pensión indemnizatoria, amparada en la aplicación por analogía del artículo 98 C.c., "por el factor desestabilizador que le supuso la cesación de la convivencia". Tengo que decir que esa desestabilización no es un daño resarcible, a menos que el que decide romper haya ejercitado su facultad de disolver la unión no matrimonial de forma contraria a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 C.c.); y que tal aplicación analógica del artículo 98 C.c. es claramente improcedente, por cuanto, además, se puede por esta vía estar coartando el ejercicio de la facultad de romper libremente la unión no matrimonial, si ha de indemnizar daños que, conforme al

mente respetable de validez, ni posibilidad de convalidación, y no hacía falta declarar judicialmente su invalidez, las normas sobre uniones libres son aplicables directamente, y no por analogía, ya que no existe una unión matrimonial, y sí es posible su disolución por decisión unilateral sin necesidad de que concurra una justa causa, sin necesidad de pasar por un procedimiento de divorcio.

348

De este análisis de las situaciones concretas, en las que el entrecruzamiento de intereses en el seno de una forma más de familia podría dar lugar a supuestos en los que sí existiese identidad de razón con el matrimonio, se desprende que tampoco existe, aunque la intervención del legislador al regular las uniones libres puede crearla, con lo que, una vez creada, la analogía procedería si se constataste la existencia de una laguna, por un defecto o imprevisión del mismo legislador. Pues bien, el hecho de que las normas de Derecho matrimonial estudiadas fueran excepcionales no es lo que impediría, en mi opinión, tal analogía, sino la inexistencia de identidad de razón. Y es que en otro lugar he explicado por qué razones considero derogada por la Constitución la prohibición de aplicar por analogía normas excepcionales, contenida en el artículo 4.2 C.c., si existe identidad de razón —si no existe, está claro que no procede—, por ser esa prohibición contraria al principio de igualdad (art. 14 y disp. derogatoria 3.^a CE). Y si es una norma concreta la que prohíbe su analogía, o de la que se desprende esta prohibición, también es inconstitucional esa exclusión, ya que la ley, por excepcional que sea, no puede impedir que la consecuencia en ella prevista para ciertos supuestos sea aplicada a otros sustancialmente equivalentes, esto es, entre los que

artículo 7.1 C.c., no habría tenido que resarcir, lo cual sería inconstitucional, por violar el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a no estar casado si no se ha prestado consentimiento matrimonial (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE), que no ha prestado el conviviente en unión libre, y sí el que ha contraído matrimonio, aunque éste esté afectado por una causa de nulidad, o aunque ya haya sido anulado.

exista identidad de razón. Este planteamiento incrementa notablemente la competencia de los jueces y tribunales para seleccionar la norma aplicable, que integra la potestad jurisdiccional, constitucionalmente atribuida en exclusiva a tales órganos (art. 117.3 CE), si atendemos además a las normas sobre control de constitucionalidad de las leyes. Si la norma misma no prohíbe su aplicación analógica ni de ella se desprende que la excluya, su carácter excepcional no impedirá esa aplicación a los supuestos distintos de los contemplados entre los que existe identidad de razón, pues la regla del artículo 4.2 C.c. no será la que lo impida, al quedar derogada en este punto por la Constitución. Si la norma excepcional excluye su aplicación analógica, y es preconstitucional, el juez o tribunal podrá aplicarla por analogía, al quedar esa exclusión derogada por la Constitución; si aceptamos esto, la consecuencia es que no será necesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad por trato discriminatorio ante el TC (146), y que si se plantea éste podría inadmitirla, al ser posible resolver esa discriminación mediante la aplicación de la norma por analogía (arg. arts. 37.1 y 35.1 LOTC); si en la jurisdicción ordinaria se desestima tal analogía, el perjudicado podrá entonces interponer recurso de amparo por violación del principio de igualdad, y entonces el TC podría analizar si procede autoplantearse la cuestión de inconstitucionalidad de esa norma (art. 55.2 LOTC), atendiendo al test o escrutinio más o menos estricto, que considere aplicable. Si la norma que excluye su aplicación analógica es posterior a la Constitución, ha de

(146) Desde estas premisas, por ejemplo, si se consideraba –yo, desde luego, no– que la norma contenida en el artículo 58 LAU derogada era discriminatoria por no extender al conviviente del arrendatario fallecido la facultad de subrogarse en el arrendamiento, siendo evidente que era una norma excepcional que excluía claramente a los no mencionados en la lista de privilegiados, esto no impedía su aplicación analógica, si existía identidad de razón, sin que lo impidiese la prohibición del artículo 4.2 C.c., por ser ésta contraria al principio de igualdad. Así pues, no fue necesario plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

plantearse necesariamente la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC (147).

350 Entonces, todas esas normas de Derecho matrimonial, que pueden ser calificadas como excepcionales fuera de su ámbito de aplicación, que he analizado anteriormente, aunque son posteriores a la Constitución, podrían ser aplicables por analogía a la unión libre, sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, si existiera identidad de razón, que creo haber explicado por qué considero que no existe. Ahora bien, una cosa es que el carácter excepcional de una norma no excluya su aplicación analógica, y otra es que, ciertamente, cuando se trata de este tipo de normas ha de actuarse con una especial cautela, al apreciar si existe o no identidad de razón, de forma que sólo si está fuera de duda tal identidad procederá esa analogía, para evitar que soluciones excepcionales, esto es, contrarias a las de Derecho normal, sean aplicadas a supuestos no sustancialmente equivalentes a los contemplados en aquéllas. Esta cautela ha de ser redoblada en supuestos como los aquí analizados, ya que, además de ser soluciones que hacen excepción a las normales, tienen por finalidad otorgar una protección especialmente favorable al matrimonio, aunque sea a costa de cada uno de los cónyuges, y este propósito del legislador, plenamente acorde a la Constitución (art. 32), no debe quedar aguado por la actuación de los jueces y tribunales, si no está fuera de duda la identidad de razón, ni por el legislador negativo, si no está fuera de duda el carácter discriminatorio de tales diferencias de trato.

Que no exista identidad de razón entre el matrimonio y las uniones libres, no sólo cuando son contempladas en su conjunto sino en las situaciones típicas especialmente significativas que he analizado, sólo nos vale para negar la procedencia de la aplicación a tales uniones por analogía de las

(147) Me remito a lo que con más detenimiento expuse sobre la analogía de normas excepcionales en "La libertad de elección ...", cit., pp. 85-91.

normas de Derecho matrimonial, no para negar que existan lagunas. Ya antes expliqué que es plausible que la evolución posterior a 1981, año de la regulación estatal vigente del matrimonio, tanto de la moral como del Derecho haya generado lagunas sobrevenidas en el Derecho del Estado. Pues bien, si se está de acuerdo conmigo en que, por las razones expuestas, no procede el recurso a la analogía con el matrimonio para colmar tales lagunas, habrá que aplicar las reglas generales, es decir, las propias del estatuto de las personas solteras, sin perjuicio del recurso a la aplicación directa o por analogía de normas relativas a familiares –el conviviente lo es– distintos al cónyuge (148), o a principios generales

(148) Recordemos que el Tribunal Constitucional federal alemán, en su S. de 03.04.90, y el Tribunal Supremo federal alemán, en su S. de 13.01.93, aceptaron la aplicación analógica de la facultad de subrogarse en el arrendamiento a familiares del arrendatario fallecido, reconocida en el par. 569 a I BGB, y no de la reconocida al cónyuge viudo en el par. 569 a I BGB. Estas sentencias las comento en “La unión libre ...”, cit., pp. 199-201, 203 y 204.

TORRES ESCÁMEZ, S.: “La sucesión mortis causa del conviviente «more uxorio»”, en *Parejas de hecho*, cit., Granada, 1996, pp. 117 y ss., considera nula la disposición testamentaria hecha a favor de la pareja de hecho del notario autorizante del testamento (art. 754 C.c.), y afirma la indignidad para suceder del condenado por atentar contra la vida de la pareja de hecho del testador (art. 756.2.º C.c.). Este recurso a la analogía con el trato dispensado al cónyuge me parece igualmente improcedente, con independencia de que exista o no laguna –difícilmente la hay, por lo menos, en el caso del art. 754.1 C.c., reformado por la ley 11/90, y menos aún en el del art. 160.1.a de la ley aragonesa 1/99 de sucesiones por causa de muerte–, ya que el riesgo de captación de voluntad es mayor en el caso de la disposición a favor del cónyuge, unido al notario con una unión en la que no existe libre ruptura, por lo que parece que así éste está más seguro de poder beneficiarse de esa disposición. Lo que sucede es que en el artículo 754.1 C.c. –y también en el precepto aragonés citado– no sólo se contemplan disposiciones a favor del cónyuge del notario, sino de parientes o afines dentro del cuarto grado, con lo cual, el círculo de beneficiarios excluidos se amplía enormemente –más allá del círculo de sucesores legales, como pasa con los afines–, lo cual sí podría justificar la aplicación analógica del precepto a las disposiciones testamentarias a favor del conviviente del notario que autoriza el testamento, pero no por la referencia al cónyuge. Es por esta razón por la que me parece menos plausible la analogía en la norma relativa a la indignidad sucesoria del artículo 756.2.º C.c., ya que ahora sólo se contemplan los atentados contra el círculo de parientes que pueden ser legitimarios del testador, y no contra sus hermanos. En el Derecho de sucesiones aragonés parece más clara la improcedencia de la analogía en la causa de indignidad por atentado, ya que no se limita a mencionar como víctimas al cónyuge, descendientes o ascendientes, sino también al fiduciario u “otro

del Derecho, que puedan ser extraídos de cualesquiera normas más concretas, sean o no de Derecho matrimonial (149). Recurrir a la analogía *legis* en estas condiciones supone crear judicialmente Derecho, suplantando indebidamente un órgano políticamente irresponsable ante el electorado al legislador democrático. Que éste no se decida a tomar tales decisiones no es, en modo alguno, justificación para esa extralimitación del poder judicial (arg. arts. 39.1 y 53.3 CE, como expliqué anteriormente) (150). He ido reiterando que, en principio, nada obsta a que los convivientes establezcan por pacto soluciones como las analizadas aquí del Derecho

llamado a la herencia cuya muerte favorezca en la sucesión al indigno" (art. 13.a de la citada ley 1/99), que permite entender que sólo si se atentó contra la vida del conviviente del causante, que era fiduciario o alguien cuya muerte favoreciera la sucesión del indigno, generará indignidad sucesoria para el condenado por tal atentado.

352 (149) No considero que la STS de 10.03.98 sea, a pesar de sus razonamientos, un ejemplo de aplicación de un principio general a las uniones libres, como he explicado.

(150) En definitiva, creo que esto era lo que se quería decir en la STS de 30.12.94 (ponente, el Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes), aunque allí se dijera que no había lagunas que colmar, sino respeto a la libertad de elección entre matrimonio y unión libre, y que existía una reserva de ley. Si, como es obligado, referimos estas consideraciones al supuesto de hecho que se estaba decidiendo, considero que el TS tenía toda la razón al negar que hubiera lagunas, ya que se había solicitado la aplicación por analogía de las normas sobre atribución de la vivienda habitual (art. 96.3 C.c., ya que aunque existía un hijo común, éste era mayor de edad, y no se pedía la vivienda para él sino para el ex conviviente no titular) y pensión compensatoria (art. 97 C.c.). Es decir, se trataba de normas que están claramente vinculadas a la protección del matrimonio como unión que excluye la libre ruptura, que puede ser obstaculizada. Que en estas materias se mantenga el silencio del legislador no es demostrativo de una laguna, originaria ni sobrevenida, sino de su decisión de ser consecuente con el derecho de los convivientes a no ser tratados como casados, ya que no han prestado consentimiento matrimonial.

En las SSTS de 22.07.93 (ponente, el Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández) y 04.03.97 (ponente, el Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros), ante otros conflictos, no se ha negado la existencia de lagunas, pero sí se ha advertido que, al no existir identidad de razón, no procede la aplicación por analogía de las soluciones matrimoniales, porque, de recurrir a esa analogía, se estaría ante casos de creación judicial indebida de Derecho, tomando decisiones que competen al legislador.

Estas resoluciones siguen un criterio de autorrestricción del juzgador, encomiable, pero que no ha sido seguido siempre en este tema (cfr. SSTs 16.12.96, 04.03.97, 10.03 y 04.06.98).

matrimonial. Serán, claro está, operativos los límites a la libertad contractual del artículo 1255 C.c. Considero que los terceros acreedores poco tendrán que temer de tales pactos, puesto que las soluciones de Derecho matrimonial que se han visto les favorecen, con el objetivo de reforzar el crédito de los casados. Ahora bien, si existen tales pactos, no se podrá hablar de aplicación analógica de las normas relativas al matrimonio (151), sino de aplicación de lo pactado, aunque sea así como se colmen por los particulares las posibles lagunas legales en materia de uniones libres. Lo que no debemos dejar de tener presente es que tanto la eventual regulación legal de las uniones libres, como el recurso a los principios generales del Derecho para colmar las lagunas, así como los eventuales pactos entre los convivientes, habrán de respetar ineludiblemente el derecho de cada uno de los convivientes a poner fin a la unión no matrimonial, en cualquier momento y sin necesidad de que medie justa causa, sin imponer obstáculos que desvirtúen el ejercicio de este derecho, como exigencia del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a no ser tratado como casado, cuando no se ha prestado consentimiento matrimonial (arg. arts. 10.1 y 32.1, éste en negativo, CE y 1255 C.c.).

353

Como expuse al final del epígrafe anterior, la inexistencia de identidad de razón entre matrimonio y unión libre, tanto si las consideramos en su conjunto o en sus notas características generales, como si analizamos algunas situaciones conflictivas típicas, según acabamos de ver, sólo nos vale para excluir la aplicación analógica de las normas de Derecho matrimonial, sin agotar así toda la operatividad del principio de igualdad. Quedaría por analizar si tales diferencias de trato especialmente favorecedoras del matrimonio son, a pesar de todo, discriminatorias, aplicando un escrutí-

(151) Como, sin embargo, se sostuvo en SSTs como las de 18.05.92 y 21.10.92; en esta última se consideró que las normas de régimen económico del matrimonio son aplicables por analogía *iuris* a la unión libre, si la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo.

nio medio, como expliqué al final del epígrafe anterior, consistente en aplicar el test de razonabilidad, para ver si la alternativa adoptada es excesivamente gravosa de la libertad de elección entre casarse o permanecer soltero, es decir, del derecho a no contraer matrimonio, como manifestación básica de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad (arts. 14 y 10.1 CE). Podemos confiar en que esta cuestión sólo se plantee en relación a aquellas diferencias de trato, que otorgan un beneficio a uno de los cónyuges, y no respecto de aquellas otras que favorezcan a terceros acreedores, e indirectamente al matrimonio. Me parece difícil que uno de los convivientes pretenda que se le obligue a responder de las deudas contraídas por el otro para satisfacer necesidades ordinarias de la familia, ya que nadie le impide pagarlas cuando quiera como cualquier tercero (art. 1158 C.c.); como tampoco es probable que insista en que se le aplique la presunción de donación parcial del artículo 1442 C.c. Sí se puede plantear el problema en los demás casos.

Yo no considero excesivamente gravoso para el derecho a permanecer soltero ninguna de las diferencias de trato aquí analizadas, sobre presunciones de ganancialidad e indivisión, confesión de privatividad, limitaciones a la libertad de disposición de derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, derecho a continuar en el uso de la vivienda familiar, reglas de liquidación del régimen económico matrimonial, pensión compensatoria por desequilibrio, en cuanto va más allá de la eliminación de un enriquecimiento injusto, y nulidad del matrimonio. Por un lado, no me parece que las reglas generales de Derecho normal, aplicables a los solteros, sean tan odiosas e inconvenientes, ni que las reglas específicas aplicables a los casados les confieran privilegios desproporcionados, de forma que, entre unas y otras reglas, resulte insoportable la situación de los solteros. Es más, como he explicado, algunos de los privilegios de los casados son difícilmente compatibles

con el derecho a romper libremente una unión no matrimonial, sin obstaculizarla injustificadamente, que también es manifestación del libre desarrollo de la personalidad, concretamente, del derecho de todo soltero, aunque viva en unión libre, a no ser tratado como si estuviera casado, puesto que no ha prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas legalmente previstas; esto es lo que sucede con la imposición del deber de convivencia, claramente, pero también con las indemnizaciones o compensaciones por ruptura, en la medida en que vayan más allá de eliminar un enriquecimiento injusto. Los jueces y tribunales que, tras constatar que no existe identidad de razón entre matrimonio y unión libre en la situación concreta de que se trate, consideren que la diferencia de trato especialmente favorable para el matrimonio es discriminatoria por resultar excesivamente gravosa para el derecho a permanecer soltero, podrán extender esa medida a los convivientes en unión libre, eliminando así esa discriminación; pero esto sólo lo podrán hacer sin tener que plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, si la ley es preconstitucional, ya que en este caso pueden considerarla derogada por la prohibición de discriminación del artículo 14 CE (disp. derogatoria 3.^a CE) (152); agotada la vía judicial ordinaria sin obtener la equiparación, podría el interesado interponer recurso de amparo por violación del artículo 14 CE, y entonces podrá el TC analizar si procede autoplantearse la cuestión de inconstitucionalidad de esa ley (art. 55.2 LOTC). Ahora bien, no descartemos que esa medida favorecedora del matrimonio no sólo vulnere el derecho a no casarse de los solteros que viven en unión libre, sino de cualesquiera solteros, en cuyo caso la solución no podrá consistir en extenderla a los convivientes en unión libre, sino que parece que deberá desaparecer.

(152) Tampoco por esta vía era, por lo tanto, necesario haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad del art. 58 LAU derogada.

LA DOGMÁTICA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO Y LA GLOSA ACCURSIANA (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

Notario

357

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PUNTOS DE PARTIDA Y DE LLEGADA. III. LOS REDACTORES DE LOS DOCUMENTOS ROMANOS. IV. EL *TABELLIO*. V. LA ABSORCIÓN POR EL *TABELLIO* DEL *TABULARIUS*. VI. EL DOCUMENTO TABELIÓNICO, DOCUMENTO PÚBLICO. VII. EL PROCEDIMIENTO INSTRUMENTAL. VIII. LA ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO. IX. *COMPLETIO* Y *ABSOLUTIO*. X. LA ESCRITURA CONVENCIONALMENTE NECESARIA. XI. LA EXEMPLACIÓN DEL INSTRUMENTO PÚBLICO. XII. EL *ORDO INSTRUMENTORUM*. XIII. LA PLURALIDAD DE INSTRUMENTOS. XIV. EL DERECHO A LA EXHIBICIÓN DE LA IMBREVIATURA. XV. CONCLUSIÓN.

(*) Comunicación presentada a la LII Sesión de la “*Société Fernand de Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité*”, en acto celebrado el 29 de septiembre de 1998 en el Colegio Notarial de Madrid. Publicada en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, IX-X, 1997-1998; Facultad de Derecho. Fundación Seminario de Derecho Romano “Ursicino Alvarez”, Madrid, 1999, pp. 63-100.

I. Introducción

El solo título de una famosa obra de SAVIGNY, en la traducción española *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho* (1), pone ya de manifiesto que hay tiempos especialmente dotados para la ciencia jurídica; y aunque todavía se lean expresiones que parecen reducir la labor de los glosadores a sus primeras glosas menores, sobre todo interlineares (2), se ha acabado por reconocer el puesto primordial que ellos ocupan en la acuñación de numerosas ideas, instituciones y conceptos jurídicos, de muchos de nuestros “dogmas”, como pretenciosamente se les califica. Y en esta línea de pensamiento, me ha parecido que dentro del tema general de esta sesión de vuestra sociedad, “*Negotium e Instrumentum en los Derechos de la Antigüedad*”, y para una reunión que se celebra en un Colegio Notarial, sería oportuno recordar (3), y a ser posible completar y sistematizar, la labor de los glosadores en la construcción dogmática del instrumento público y de los conceptos implicados en él; pero razones evidentes de fuentes y de tiempo aconsejan que limite mi estudio, fundamentalmente, a la *Magna Glosa* o Glosa ordinaria en que ACCURSIO compendia aquella tarea (4), reivindicando así, de

358

(1) Madrid, La España Moderna, s.a., p. 151.

(2) Escribió, por ejemplo, PRIETO BANCES, a propósito de CUIAS: “Nadie como él procuró la pureza del texto. Igual que el alquimista, en busca de la piedra filosofal, empieza por separar la ganga, Cujas empieza por separar la glosa ...”, en “Jacobó Cujas y El Escorial”, publicado en *AHDE*, 1948-1949, pp. 575-83; recogido en PRIETO BANCES, Ramón, *Obra escrita*, Universidad de Oviedo, Secretariado de Publicaciones, 1976, tomo I, XVI, pp. 519-30; las palabras citadas en p. 523.

(3) *Conf.*, sobre todo, BONO HUERTA, José: *Historia del Derecho Notarial Español*. I. La Edad Media. 1. Introducción, preliminar y fuentes, Madrid, 1979, p. 376; especialmente, pp. 165 y ss., y antes, para el Derecho romano, pp. 45-56.

(4) Utilizo las siguientes ediciones, Venetiis, apud Iuntas: “*Institutionum*”, MDXCVIII, cols. 614 ; “*Digestum vetus*”, MDCVI, cols. 2630; “*Infortiatum*”, MDXCVIII, cols. 2292; “*Digestum novum*” MDCVI, cols. 2212; “*Codicis Domini Iustiniani ... Libri IX prioris*”, MDCVI, p. 1488; “*Volumen legum. Tam posteriores Tres Libros Codicis, Authenticasque seu Novellas Constitutiones D. Justiniani Imp. quam caeterorum Principum. Edicta et extravagantes, Feudorum Consuetudine ac Longobardorum Leges continens*”, MDXCVIII, cols. 1039.

paso, la labor de un jurista tan denostado por los primeros humanistas, y entre ellos, por nuestro NEBRIFA (5). No intento, por tanto, escribir un capítulo de Historia del Derecho, sino solamente contribuir a la historia de alguna de las ideas e instituciones jurídicas, de alguno de los conceptos de que se sirve el Derecho; una historia, pues, basada en los libros de Derecho, pero que no una Historia del Derecho (6).

II. Los puntos de partida y de llegada

Mi punto de partida está constituido por el documento tabeliónico del Derecho justiniano. El documento tabeliónico no llegó a ser, ni siquiera en las Novelas de JUSTINIANO, un instrumento público, sino que solamente era, y así se le llamaba, un *instrumentum publice confectum*, confeccionado públicamente; un documento que necesitaba una *impositio fidei* o imposición de fe para que tuviera valor probatorio; muy clara es la rúbrica de la Novela 73 en la versión del Auténtico: "De qué manera sea preciso añadir fe, *fidem addere*, a los instrumentos que se insinúan ante los jueces" ("*Quomodo instrumentis quae apud iudices insinuantur fidem addere oporteat*").

Por obra de los glosadores, aquel instrumento *publice confectum* va a transformarse en instrumento *publicum*. El acta de nacimiento del instrumento público, como me per-

(5) Conf. 'Juris civilis Lexicon, adversus quosdam insignes Accursii errores aeditum Antonio Nebrissensi viro undecumque doctissimo auctore'; así la titulan las ediciones de Lyon (1537) y Venecia (1606). La primera edición (Salamanca, 1506), se había titulado 'Aenigmata Juris Civilis ab Antonio Nebrissensi edita - Magistratum Romanorum nomina a Pomponio Laeto - Ejusdem Antonii Nebrissensis observationes quaedam Ciceronis topica ad jus civile accomodata'.

(6) Conf. GIBERT y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael: *La Historia del Derecho como historia de los libros jurídicos*, I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado; Barcelona, 1985, pp. 61-92.

mití llamarla en otro lugar (7), se encuentra en una de las glosas a la misma Novela 73; después de haber dedicado sus cuatro primeros capítulos al depósito, mutuo u otro contrato contenido en documento privado, el capítulo V de la Novela 73 se ocupa del supuesto de que tales contratos consten en documento *publice confectum*, ante tabelión (“*Sed et si instrumenta publice confecta sint, licet tabellionum habeant supplementum ...*”), y la glosa *d. Instrumenta*, advierte: “ahora hace tránsito a los documentos públicos, como patentiza la rúbrica” (“*nunc facit transitum ad publica instrumenta, ut patet ex rub.*”); no es cierto: la rúbrica y el texto, siguen hablando de documentos *publice confecta*; la que habla de documentos públicos es esta glosa.

Pero para hablar de documentos hay que comenzar tratando de su autor, porque, como escribió CARNELUTTI, “el documento merece la fe de su autor” (8).

360

III. Los redactores de los documentos romanos

“Una circunstancia sorprende desde el principio —escribió ARCHI respecto al Derecho romano postclásico—: la cancillería imperial, cuando se ocupa de *instrumenta*, habla de ellos sin distinguir en el seno de este amplio *genus*. En los textos, donde entra en discusión su función probatoria, los *instrumenta* vienen considerados en general, y contrapuestos así a los *testes*. Ninguna alusión a una graduación cualquiera, que sirva de base para una mayor o menor efi-

(7) *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, p. 117, y en *Escritos Jurídicos*, VI, p. 530; en esta obra, que fue mi discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pueden verse ampliadas, sobre todo en cuanto al Derecho romano, algunas de las materias que aquí expongo.

(8) CARNELUTTI, Francesco: “Studi sulla sottoscrizione”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1929, I, pp. 509 y ss., recogido en sus *Studi di Diritto Processuale*, III, pp. 227-79; las palabras citadas en p. 229 de esta última publicación.

encia, según los casos, de la prueba documental” (9). Así ocurre, en efecto, hasta la constitución del Emperador LEÓN, *Scripturas*, del año 472 (CJ, 8.17(18).11); pero no hay que extrañarse demasiado de ello, porque en el plano negocial la oralidad romana primitiva había desembocado en un indiferentismo, con muy contadas excepciones, entre oralidad y escritura, pues según ponía de manifiesto PAULO, en un fragmento del Digesto manipulado por los compiladores, no nos obligamos ni por la figura de las letras, ni por las voces que forma la lengua, sino por la declaración que expresan.

“Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litterae obligamur; quatenus placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur” (D, 44.7.38; PAULO, lib. 3 ad Edictum).

“Glosa: Non figura. De obligatio literarum dicit haec lex, ut ipsa probat; non figura, s<ciliter> sola, nam et figura et oratio quae exprimit figura literarum, inducit hanc obligationem; imo magis operatur figura, cum ex ea dicatur obligatio literarum. Alii dicunt quam figura nihil operatur, quod non placet; quia eadem ratione habent necesse dicere, quod verba non obligent, sed intellectus verborum tantum; quod non es verum, nam quod ibi s<ciliter> in stipulatione verba, hic scriptura debet operare”.

Glosa “m. Sed oratione, nec oratione sola sine literis; haec enim duo faciunt eam efficacem”.

Consecuencia de este indiferentismo respecto de las formas de la declaración –lo mismo vale la declaración oral que la escrita–, es el indiferentismo documental –igual da un documento que otro–, y por tanto, que es a lo que queríamos llegar, da lo mismo quién sea el redactor del documento ni cuáles sean sus conocimientos jurídicos, aunque por falta de preparación surgieran nulidades o defectos, “*errore scribentis*” (CJ, 6.23.7), “*vitio tabellionis vel alterius, qui testamentum scribit*” (CJ, 6.23.24). Y así había testamentos, por ejemplo, que escribía por sí mismo el testador, y otros en

(9) ARCHI, Gian Gualberto: “<Civiliter vel criminaliter agere> in tema di falso documentale”, pp. 1.589-1.668 de sus “*Scritti di Diritto Romano*”, vol. III; las palabras citadas, en p. 1635.

que lo hacía su hijo, su marido, su camarada, su esclavo, su beneficiario, preocupándose el Derecho solamente de que esos variopintos escritores no se escribiesen por sí solos y a sí mismos en el testamento (CJ, 9.23, “*De his, qui sibi adscribunt in testamento*”); lo mismo ocurría en los documentos entre vivos. Y, lo que más nos interesa, también había redactores de documentos más o menos profesionales, con mayores o menores conocimientos jurídicos; en los tiempos postclásicos redactaban documentos los notarios, que luego pasaban sus siglas a letras (conf. D, 29.1.40 y 37.1.6.2; CJ, 8.17(18)11), los decuriones, a pesar de Constantino (CJ, 9.22.21 y 10.31.15), los exceptores y los tabularios, excediéndose de sus funciones públicas, los argentarios, los numularios y los librarios, excediéndose de sus profesiones privadas; toda la variedad de *iuris periti* o de *iuris studiosi* que habían venido a ocupar el vacío dejado por los jurisconsultos; pero sobre todo, de una manera destacada, redactaban documentos de Derecho privado los tabeliones.

IV. El *tabellio*

Los glosadores, ante esta diversidad de escritores de documentos del *Corpus Iuris*, y ante la variedad que también les presentaba la realidad de su tiempo, tomaron como base fundamental de sus especulaciones los textos romanos referentes al *tabellio*, pero aprovechando para sus glosas en mayor o menor medida los que contemplaban a los demás redactores de documentos. No entro en el problema histórico que plantea la práctica desaparición del término *tabellio* en las zonas del Norte de Italia de Derecho longobardo en que surgiría el notariado; ha sido especialmente estudiado por COSTAMAGNA (10); ahora me basta con dejar constancia

(10) COSTAMAGNA, Giorgio: “Notaio - Diritto Intermedio”, en *Enciclopedia del Diritto*, dirigida por Costantino Mortari y Francesco Santoro Pasarelli, tomo XXVIII, 1974, pp. 559-65 y en “L'Alto medioevo”, parte segunda, pp. 147-314 de *Alle origini*

de que la palabra y el concepto de *tabellio* fue el elegido por los glosadores; quizá porque su documento, el *instrumentum publice confectum*, proporcionaba una regulación mucho más completa.

Aparecen los tabeliones en un texto de ULPIANO (D, 48.19.9,4-7) que, a través de las sanciones que podían imponérselos, nos indica que los tabeliones constitufan una de las categorías de *iuris studiosi*; que solían instalarse en el foro, o ante los archivos de documentos; y que, entre otras funciones, tenían las de formar instrumentos, consignar declaraciones testificales, y ordenar, escribir o sellar testamentos:

D, 48.19, De Poenis, 9,4-7, ULPIANO, lib. 10 de officio proconsulis: 9. Moris est advocationibus quoque praesides interdicerere ... 4. Nonnunquam non advocationibus cui interdicitur, sed foro; plus est autem foro quam advocationibus interdicerere, si quidem huic omnino forensibus negotiis accommodare se non permittatur; solet autem ita vel iuris studiosis interdici vel advocatis vel tabellionibus <sive pragmaticis>. 5. Solet et ita interdici ne instrumenta omnino forment neve libellos concipiant vel testationes consignent. 6. Solet et sic, ne eo loci sedeant, quo in publico instrumenta deponuntur, archivo forte vel grammatophylacio. 7. Solet et sic, ut testamenta ne ordinent vel scribant vel signent.

363

Las glosas a este fragmento ulpiano no son demasiado significativas.

Glosas a D, 48.19.9:

Par. 4: "Glosa n. Non permittitur, neque procuratorio nomine, vel iussiae, vel alio modo". Glosa "o. Pragmaticis, scilicet qui consueverunt scribere pragmaticas sanctiones, ut C. de apel. l. praecipimus <CJ, 7.62.32>. Immo vero sunt iuris interpretes. Bud hic".

Par. 5: Glosa "p. Consignent i<d est> scribant dicta testium".

Par. 6: Glosa "q. Archivo. Alias d<icitu>r archivum ubi sacra vasa reponuntur, ut in Auth. qui mo. na. effi. legi.//illud, in si.// <Novela 74.4.2>; sed hic pro loco, ubi scripturae publicae reponuntur, ut in Auth. de his qui ingredi. ad ap.//illud <Nov. 49.2>. - Glosa r, Grammatophylacio. a phylatrein, quod est custodire, et gramma, quod est litera. Idem etiam gazophilacium, a gaza, quod est divitia q.d.custodia divitiarum, vel repositorium. Accur."

del *Notariato Italiano* de AMELOTI y COSTAMAGNA, 1975; véanse, espccialmente, pp. 559 y 157 respectivamente.

Era, pues, el tabelión un profesional privado redactor de documentos, oficio que comprendía dictarlos, componerlos y suscribirlos, según glosa en tema de decuriones (“*glosa b. Officium. Dictandi vel componendi, vel suscribendi*”, a CJ, 9.22.21, *Si quis decurio*), y que con anterioridad podía ya sellar, según la conocida ley Domicio (D, 28.1.27), como testigo, “*ut testis*”, según la correspondiente *glosa h. Signaverit*, quizá la que inicia la teoría, al parecer incombustible, del notario-testigo. Los tabeliones obtuvieron rápidamente una gran difusión, y un tipo de documento propio, el *publice confectum*, el documento que “corresponde plenamente –nos dice ARCHI en otra de sus obras– a aquél ideal de documento a que aspira la cancillería imperial” (11); recibieron, por tanto, una repetida atención en las Constituciones, y una regulación más completa en JUSTINIANO.

364

Interesa ahora señalar el carácter de profesional libre del *tabellio*. El Digesto dedica un título, el 13 del libro 50, a los estipendios de los profesionales de estudios liberales, *studiorum liberalium*, en griego *eleutería*, y a las facultades que al respecto tenía el presidente de la provincia; están aquí comprendidos los retóricos, los gramáticos, los geómetras, los médicos y comadronas, los abogados, etc., y también los librarios, los notarios y los contadores o tabularios (“*Iam et librariis, et notariis, et calculatoribus sive tabulariis*”, ley 1.6.6); difícilmente los tabularios, en su función fiscal típica que enseguida veremos, podrían considerarse profesionales libres, pero sí los tabeliones, por lo que es meramente correctoria la “*glosa m. Tabulariis, i<d est> tabellionibus*”, que se atribuye a ACCUR-SIO, aunque el valor de estas indicaciones sea discutible.

D, 50, 13. 6. Glosa “*m. Tabulariis, i<d est> tabellionibus, ut C. de tab. per totum <CJ, 10.69 (71)> et ad hoc sup.de poe. l.moris, in prin. <D,48.19.9>. Accur*”.

(11) ARCHI, Gian Gualberto: “Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano”, pp. 659-727 de los *Scritti di Diritto Romano in onore di Contardo Ferrini*, 1946, recogido en sus *Scritti di Diritto Romano*, vol. III; las palabras citadas, en p. 725 de la primera de estas publicaciones.

No hay que exagerar, sin embargo, esta condición de profesionales libres de los tabeliones; aun sin tener en cuenta la generalizada burocratización de las profesiones en el Bajo Imperio, basta leer la Novela 44 para percatarse de la rigurosa normativa, sobre todo disciplinaria, a que los tabeliones estaban sometidos. En expresión preferida por parte de la actual doctrina notarial francesa, podríamos decir que se trataba de una “profesión reglamentada”; con la lógica consecuencia de que sus documentos, aunque superaran a los meramente privados, no eran documentos públicos.

Se trataba, evidentemente, ya en el Derecho romano, de una profesión jurídica, pues los tabeliones estaban incluidos entre los *iuris studiosi*, según el texto de ULPIANO, que hemos comentado, D, 48.19.9.4: “ ...*Solet autem ita vel iuris studiosi interdici, vel advocatis, vel tabellionibus ...*”; y la Glosa les atribuye los correspondientes conocimientos jurídicos, subsanando la omisión en que había incurrido el Derecho romano. ¿Tienen los tabeliones que conocer las leyes?, pregunta en uno de sus apartados la *glosa Servitute*, a CJ, 10.69(71).3, y contesta que sí, para que no hagan contratos ilícitos, infringiendo las prohibiciones que establecen diversas normas, y sufriendo las penas que ellas establecen.

“*An autem debeat scire leges? videtur quod sic, ne facientes illicitus contractus poenam subeant, ut s. de sacrosan. eccl. l.jubemus, <CJ, 1.2.14.3> et de eunuchis, l.2 <CJ, 2.42.2> et ne ad su. pat., l.1 <CJ, 11.53(54).1pr>*”.

Hay otra *glosa*, *Si scriptum*, que tiene al respecto especial interés. Las Instituciones, 3.19(20).17, en un paso más hacia la escritura de aquella *stipulatio* de originaria oralidad esencial, admite la llamada interrogación implícita, cuando la promesa conste por escrito en el que no se diga que ha precedido la interrogación. ¿Y si la promesa no se prueba por instrumento, sino por testigos?; ¿se presumirá también que precedió la interrogación? Frente a la fácil respuesta afirmativa, basada en la ley *In exercendis*, ACCURSIO, en pos

de JUAN BASIANO, responde que no, porque los testigos no están instruidos en Derecho como los instrumentos, “*quae a iurisperitis fiunt*”, que se hacen por jurisperitos.

IJ, 3.19(20).17: “Si scriptum in instrumento fuerit, promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit”.

Glosa “c. Si scriptum, nunquid idem sit, si testes dicant aliquem promississe, ut etiam tunc intelligatur praecessisse interrogatio? Videtur quod sic, ut C. de fide instrumen. l. in exercendis <CJ, 4.21.15>. Sed tamen contra dico, ut Cod. de usur. l.1 in glosa penu. <CJ, 4.32.1, glosa c. Non sit>. Et est ratio secundum Joann. <JUAN BASIANO> quia testes non sic in iure instructi sunt, ut instrumenta, quae a iurisperitis fiunt. Acc.”.

366

El argumento, aparte de resaltar la profesionalidad jurídica de los tabeliones, tiene también importancia contra el principio de oralidad de la prueba en el procedimiento civil. Porque la superioridad de la prueba documental sobre la testifical cuando la contratación se ha llevado a cabo por escrito, tanto o más que a la posible falta de veracidad o de memoria de los testigos, se debe a que éstos, por su carencia de conocimientos jurídicos, no son capaces de distinguir entre las diversas figuras jurídicas que podrían haber sido utilizadas y no han podido siquiera percibir, por ello, los hechos sobre los que se les interroga.

V. La absorción por el *tabellio del tabularius*

Los tabularios, a los que ya nos hemos referido, eran bastante más antiguos que los tabeliones; desempeñaban un oficio público en la curia municipal (CJ, 1.55.9.1), de finalidades esencialmente fiscales, con las anejas de contabilidad y archivo; y alrededor de ellas también redactaban algunos documentos, como luego veremos, y recibían en custodia documentos de los particulares, en especial testamentos, supuesto en el que podían ser objeto del interdicto *de tabulis exhibendis* (D, 43.5.3.3).

En aquel sentido, *CJ*, 10.69(71), *Rúbrica. Glosa "n. De Tabul. etc. Qui scribunt praedictos nominatos ad munera, et honores, etiam tributa soluta, et sunt tabularii; ..."*.

Por el contrario, equivocada, al querer adaptarse al proemio de la Novela 44, es su *Glosa "o Tabellione. Tabellio erat minor, tabularius maior et Magister stationis maior utroque; Magistrum autem hunc adiuverunt contrahentes, et ipso commisit tabulario audientiam, tabularius autem tabellioni scribendum commisit..."*. Pero el mismo proemio de la Novela 44 nos muestra que tabelión y tabulario tenían funciones documentales distintas: "*documentum ... completum autem a tabellione, et <a> tabulario suscriptionem habens*"; el tabelión redactaba el documento hasta su compleción; el tabulario firmaba por la otorgante analfabeta.

La distinción entre el tabulario y el tabelión —la 45 de las 150 diferencias de YAÑEZ PARLADORIO (12)—, ha sido objeto de apreciaciones dispares por la doctrina, lo que nada tiene de particular si se piensa que necesariamente tuvo que ser cambiante en lugares y tiempos; aquí tenemos que limitarnos a la Constantinopla de JUSTINIANO, que es la que van a interpretar los glosadores. DURANDO, en su clásica obra de Historia del Notariado, entendió que en tal época, y concretamente en las Novelas justinianas, tabularios y tabeliones ejercían el mismo oficio en lo que respecta a la redacción de los contratos (13); más prudentemente AMELOTTI habla de una aproximación, "*un accostamento*" de funciones (14), y

367

(12) PARLADORIO: "*Tabellio, ut nemo non scit, est officialis qui munere publico instrumentis rogandis praeficitur ... Tabularii autem, genus est quoddam Tabellionum, ad quorum officium spectat, publicas conficere rationes, ut in tabulario, seu archivio publico recondantur*"; pero sólo con las Partidas puede incluirse a los tabularios como una especie de tabeliones.

Utilizo la edición de Lyon de 1678: '*JOANNIS YAÑEZ PARLADORII, in Regio Vallisletano Praetorio Advocati OPERA JURIDICA, Sive Rerum Quotidianarum Libri duo; Quotidianarum Differentiarum sesqui-centuria; et Quaestiones Practicae-Forenses duodeviginti; cum tribus epistolis ad filios scriptis*'. Lugduni, Sump. Joannis Antonii Huguetan et Soc. M.DC.LXXIIX; p. 15+5+424 (texto)+Índices (34+26). La Diferencia XLV en p. 276.

(13) DURANDO, Edoardo: "*Il tabellionato o Notariato, nelle leggi romane, nelle leggi mediovali italiane e nelle posteriori specialmente piemontesi*", Torino, 1897, p. 224; especialmente, pp. 24-26.

(14) AMELOTTI, Mario: "*L'età romana*", parte primera, pp. 1-68 texto+69-95 notas+97-144. Apéndice de textos y documentos+10 láminas, de la obra de Amelotti y

según BONO los tabularios “en cierto modo colaboraban en la función documental” (15). A mi manera de ver, en los textos del *Corpus Iuris* los oficios de tabulario y de tabelión eran distintos, aunque tuvieran alguna pequeña parte documental común. Pero en la glosa —que es lo que más nos interesa—, el tabulario desaparece, absorbido por el oficio, ahora único, del tabelión; y en este sentido pueden admitirse las afirmaciones de que ambas palabras son sinónimas, como nos dicen PLACENTINO y JUAN BASIANO en sus respectivas Sumas. Pero es que la palabra misma, *tabulario*, también ha desaparecido en occidente, al menos del Derecho documental.

PLACENTINO: “*tabularii dicuntur qui faciendis publicis instrumentis publice praesunt in singulis civitatibus ... hi quoque nominant librarii, tabelliones, catoliciani...*” (16).

BASIANO: “*Est autem tabellio publica persona que scribit contractus ... cuius scriptura creditur ... Idem dicitur tabularius ...*” (17).

368

Esta absorción del tabulario por el tabelión resulta esencial para la teoría del instrumento público, sin que haya sido debidamente resaltada por la doctrina. En efecto, el requisito fundamental para que un documento pueda calificarse de documento público es la *condición pública de su autor*; así lo proclaman todos los códigos modernos, aunque formulándola con diversas expresiones, que indican diferencias de intensidad y de matices. La falta de esa condición pública fue decisiva a la hora de negar la naturaleza pública a los documentos tabeliónicos, incluso en la época justiniana. Y esa carencia es suplida por los glosadores aplicando

Costamagna, *Alle origini del Notariato Italiano*, citada en nota 10; las palabras citadas, en p. 16.

(15) BONO, *op. cit.* en nota 3, p. 54.

(16) PLACENTINUS: “*Summa trium libros Codicis*”, en *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, II, pp. 412 ss.; las palabras citadas en p. 425.

(17) BASSIANUS, Johannes: “*Summa Dm. Jo. cum additionibus domini Accursi super libro novellarum seu authenticorum*”, en el *Corpus* citado en la nota anterior, II, pp. 455 ss.; las palabras citadas, en p. 467, pertenecen al comentario a la Novela 44.

a los tabeliones el carácter de *personae publicae*, personas públicas, que en Derecho romano tenían los tabularios. Los textos que apoyan esta afirmación fundamental son varios:

— *Instituciones de Justiniano*, 1.11.3. La arrogación por rescripto del príncipe se concedía con la condición, entre otras, de que el arrogante prestara caución de que si el pupilo fallecía en la pubertad, restituiría sus bienes a aquellos que habrían venido a la sucesión si la adopción no se hubiera efectuado. Esta caución, según las Instituciones, debía prestarse a una pública persona, esto es, a un tabulario, "*personae publicae, hoc est tabulario*"; pero la glosa "*f. Personae publicae*" sustituye el tabulario por el tabelión: "*personae publicae, hoc est tabellioni*".

— *Novela 1.2.1*. El heredero, para la detracción de la cuarta falcidia, tiene que hacer inventario con intervención de los legatarios y fideicomisarios presentes, y si alguno de ellos está ausente, con la de no menos de tres testigos de la misma ciudad, fidedignos, que tengan bienes y que sean de óptima fama, pues en lo que compete a esto (explica entre paréntesis JUSTINIANO), no creemos a los tabularios solos, ("*tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus*"). Y la glosa *c.*, *tabulariis* pregunta: "*Sed quid si sunt tabelliones tres in confectione inventarii*" Respondeo quod valet ... *cum sint publicae personae* ..."; ¿pero qué si son tabeliones los tres que intervienen en la confección del inventario? Respondo que vale ... al ser personas públicas.

— *Código de Justiniano*, 5.37.24. También los tutores y curadores tienen que hacer inventario de los bienes del huérfano en presencia de públicas personas, "*sub praesentia publicarum personarum*", que según la glosa son los tabeliones: "*glosa p. Publicarum personarum. Id est, tabellionum*", frente al texto glosado, en que eran los tabularios, aunque no se les mencionara expresamente, según confirma la *Novela 131.15*, por la cual los que desempeñen los cargos de tutores y curadores en los asilos de huérfanos deben hacer inventario "*praesentibus tabularios*".

La consideración de los tabeliones como personas públicas aparece en otras glosas, no vinculadas a los tabularios, y más tarde fue recogido y difundido por las Decretales.

Glosa "*m. Publice, (a CJ, 4.21.20, Comparationes)*, sobre los instrumentos "*publice confecta*" o del tabelión: "*i<d est> apud iudicem vel per publicam personam*".

Manumisión "*inter amicos*"; CJ, 7.6.1.2 exige las firmas de las públicas personas y de los testigos, "*et literas tam publicarum personarum quam testium habeant...*", "*i<d est> praesente iudice et tabellione*", comenta su glosa "*d. Testificatus*".

X, 2.19.11, *Quoniam contra falsam*, exige para la fe pública judicial "*aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos*". "*Sic ergo videtur -comenta su glosa Duos viros- quod tabellio aequivaleat duobus, ex quo loco tabellionis adhibentur duo idonei, alibi videtur quod aequivaleat tribus I 6 q.3 c.placuit, // potest vers. is autem*" (18). Queda, pues, claro que la persona pública a que se refiere es el tabelión. "*Et sic ergo videtur -añade-, quod plus credatur scripturae tabellionis quam scripturae Episcopi, vel alterius iudicis; quia scriptura iudicis non creditur nisi habeat testium subscriptionem. i. de testibus, cum a nobis <X,2.20.28>, et hoc ideo est, quia cum tabellio iuratus est, credendum est instrumento suo*".

Ya hemos visto la definición de JUAN BASIANO: "*Est autem tabellio publica persona...*".

370

Parece excesivo deducir, con BONO, que la calificación del notario como "pública persona" sea "algo equivalente al moderno término de <funcionario>" (19); pero ciertamente aporta el elemento publicístico que en una u otra medida, con una u otra denominación, es esencial a la función notarial, es constitutivo de ella.

La absorción del tabulario por el tabelión verificada por la Glosa, además de atribuir a éste una cierta consideración pública, como "pública persona", produce otras consecuencias, pues la función del tabelio se ve incrementada con una serie de actuaciones concretas que no podrían encomendarse a un documentador privado.

(18) Cito por *Decretales D. Gregorii Papae IX*, Lugduni, 1613, cols. 1966.

(19) BONO, *op. cit.* en nota 3, p. 178.

Ya hemos visto atribuir al tabelión algunas *funciones de protección de los derechos de terceros*, sean pupilos (IJ, 1,11,3), huérfanos (Nov.1.2.2) o ausentes (CJ. 5.37.24). Añadamos otros supuestos, aunque por estar dispersos no hayan sido siempre detectados por la Glosa.

— CJ, 6.30.22.2. El inventario de los bienes del difunto que tiene que realizar el heredero para aceptar la herencia con este beneficio, en garantía de los acreedores, ha de practicarse “*sub praesentia tabulariorum*”, en presencia de los tabularios; la glosa no efectúa aquí la sustitución de tabularios por tabeliones, que aparece, sin embargo, en una adición posterior, “*scripta a notario*”.

— CJ, 7.72.10.2. También el depósito del sobrante, en su caso, por los acreedores que hubiesen enajenado o cedido bienes de su deudor por sentencia del juez, previa atestación de la cuantía obtenida y del resto que quedara pagadas las deudas, tiene que verificarse “*praesentibus tabulariis*”, “*per memoratos tabularios conscribenda*”; la sustitución de los tabularios por los tabeliones no aparece tampoco aquí en la glosa, pero sí en el “*Casus*”, redactado unos 20 ó 30 años después, seguramente por VIVIANO TUSCO.

Citemos otros supuestos de interés, que pasan a ser competencia de los tabeliones, aunque la glosa no lo advierta:

CJ, 7.40.2.1. Quien no puede presentar una demanda por ser la parte contraria menor o incapaz o encontrarse ausente, y estar también ausente el presidente de la provincia, y el obispo y el defensor de la ciudad a quienes subsidiariamente tendría que acudir, puede interrumpir la prescripción de la acción mediante escrito firmado por los tabularios, *cum tabulariorum suscriptione*.

CJ, 1.55(56)9.1. Cuando los defensores de la ciudad se negaren a formar las actas a quienes desean hacer constar las injurias o lesiones recibidas, pueden requerir a los “*scribas, tabularios et cetera officia publica*” para que reciban la querrela.

Pero también hay supuestos en que se van a encomendar al tabelión *funciones tuitivas de los mismos otorgantes*, cuando éstos son disminuidos sensoriales o culturales. Así ocurre en el *testamento del ciego*, regulado por una constitución

Hac consultiſſima del emperador JUSTINO, el tío y antecesor de JUSTINIANO, en el año 521 (CJ, 6.22.8), y que constituye el más antiguo precedente de un actual otorgamiento notarial: en su forma nuncupativa, además de los siete testigos, tiene que estar presente un tabulario, y una vez manifestada su última voluntad por el testador ciego, es el tabulario el que redacta el escrito, *tabularii manu*, y también lo firma y sella con los testigos; en la forma escrita de este testamento, el ciego encomienda previamente la redacción del escrito a quien tiene por conveniente, pero el tabulario está también presente a la manifestación del testador ante los testigos de que aquel escrito contiene su testamento, es el tabulario quien lo lee, *recitabit tabularius* y también lo firma. Y a falta de tabulario se añade un octavo testigo, que ejercerá las mismas funciones. JUSTINO no encarga, pues, al tabelión, aunque haya redactado el escrito, y aunque esté presente, esta labor tuitiva del invidente, ni siquiera cuando no puede contarse con tabulario. Pero ya que no la glosa, el resumen del *Casus*, seguramente de VIVIANO TUSCO, sí trasfiere al tabelión esas funciones del tabulario: “*et a tabellione scriptis*”, “*si tabellio inventus non fuerit*”, etc. Del mismo modo, la protección del *analfabeto* estaba encomendada al tabulario, y va a pasar ahora al tabelión. Según la Novela 73.8, “*oportet vero in iis, qui litteras nesciunt, et testes et omnino tabularios adhibere, in quibus locis sunt tabularii*”, conviene que los que no saben de letras, que se valgan de testigos y en todo caso de tabularios, en las localidades en que hay tabularios. Y conviene precisamente para que firmen por los que no saben; recordemos el inventario para aceptar la herencia con tal beneficio, que precisa de la firma del heredero, y si no supiere o no pudiere escribir hace falta un tabulario especial, sólo para esto, para que firme por él, “*speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat*” (CJ, 6.30.22.2); y también la Novela 44: el documento no tenía la firma de la mujer otorgante porque no sabía escribir, pero tenía la comple-

tio del tabelión y la firma del tabulario –“*completum autem a tabellione et<a>tabulario subscriptionem habens*”–, de modo que aunque intervenía el tabelión como redactor del documento, era el tabulario el que firmaba por la analfabeta.

Un documentador privado no había podido tener estas funciones; un documentador que también es persona pública, sí.

VI. El documento tabeliónico, documento público

Por ello, precisamente por la calificación pública de su autor, el documento tabeliónico se transmuta en verdadero documento público; en este sentido la *glosa q. Instrumenta domestica*, a CJ,4.19.5 nos dice que tales instrumentos son “*privata, non a tabellione facta*”; a contrario, los hechos por tabelión son instrumentos públicos.

373

Siempre, claro es, que el tabelión escriba en forma pública, observando las formalidades legales, pues en otro caso sus documentos serán privados, conforme a CJ, 8.17(18).11, *Scripturas*; así su *glosa m. Notarii. Non tamen in forma publica scribentis; quia neque diem, neque consulem, neque alia, quae faciunt publicam chartam, ibi posuit*”.

Desarrolla esta materia la *glosa m. publicum* sobre un texto de ULPIANO en tema de apertura de testamentos (D,29.3.2), magníficamente estudiado por ARCHI (20), en el que se llega a denominar *publicum instrumentum* al testamento: el instrumento de las tablas de un testamento no pertenece a un solo hombre, esto es, al heredero, sino a todos a los que allí se dejaron alguna cosa; y por ello el instrumento es más bien público.

(20) ARCHI, GIAN GUALBERTO: “Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano”, en sus *Scritti di Diritto Romano*, II, pp. 809-915.

D, 29.3, *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur*, 2, pr. “*Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est; quin potius publicum est instrumentum*”. ULPIANO, lib. 50 ad Edictum.

Glosa “i, *Tabularum instrumentum. No<ta>, testamentum vocari instrumentum, et publicum; ut statim dicam, bene, quia generalis est appellatio instrumenti, ut s. de fide instrumentorum, lex 1. Acc*”, <D, 22.4.1>.

Glosa “k, *Unius hominis, sub<intelligere> tantum*”.

Glosa “m, *Publicum, auctoritate, ut ei credatur, cum sint ibi septem sigilla; etiam si non vivant testes, quod non placet; nisi sit per manum publicam scriptum. 2. Vel publicum, id est, ad publicam utilitatem pertinens ...*”.

374

La glosa *Publicum* a este fragmento de ULPIANO ha verificado, según BONO, “una sutil manipulación del sentido del texto glosado, que no dice que el testamento sea un “*i. publicum*”, sino que el “*i. testamenti*” es “*publicum*” = de utilidad pública” y “gracias a esta tergiversación del texto glosado, esta gl. sienta la ecuación *publicum = per manum publicam*” <*scriptum*>! (21). VICENTE FONT continúa con la idea de la “tergiversación”, y de ella deduce, en sentido contrario a BONO, que documento público no es el hecho *per manum publicam*, sino el *ad publicam utilitatem pertinens*, lo que le proporciona el argumento histórico para su doctrina de que el notario no ejerce propiamente una función pública, sino una función privada de relevante interés público (22).

A mi manera de ver, por el contrario, la interpretación de esta glosa es ajustada al fragmento de ULPIANO:

— comienza precisando el concepto de instrumento público, “*publicum, auctoritate, ut ei credatur*”, “por su autoridad, para que se le crea”;

(21) BONO, *op. cit.* en nota 3, p. 167, nota 13.

(22) FONT BOIX, Vicente: *Sistemas jurídicos y documento. La forma escrita en las legislaciones latinas, socialistas y anglosajonas*, ponencia, con algunos colaboradores, para los temas I y II del XVI Congreso Internacional del Notariado Latino, Lima, 1982, Madrid, 1982, p. 388; ver pp. 241-43; publicado también en la *Revista de Derecho Notarial*, CXVII-CXVIII, julio-diciembre 1982, pp. 51-187; CXXI-CXXII, julio-diciembre 1983, pp. 77-227 y CXXIII, enero-marzo 1984, pp. 67-227; ver este último tomo, pp. 88-90.

—señala que el testamento a que el texto se refiere no es instrumento público en este recto sentido; con razón porque era un testamento pretorio, un documento privado con los siete sellos; sin embargo, para justificar la exhibición del testamento a personas distintas del heredero (pero con interés legítimo para la obtención de copia, que diríamos hoy), por ejemplo, a un legatario, ULPIANO añade que puede utilizarse el calificativo de público, pero en otro sentido, como de utilidad pública, “*ad publicam utilitatem pertinens*”, no como instrumento público;

—y como excepción a esta naturaleza de documento privado de utilidad pública, señala en un inciso “*nisi sit per manum publicam scriptum*”, a no ser que esté escrito por mano pública, pues en este supuesto el testamento sería verdadero documento público.

En todo caso, no es éste el único texto en que la glosa habla de documento escrito por mano pública; bien al contrario, es una expresión generalizada.

Glosa m. ex forensibus, a CI, 4.21.20, Comparationes, constitución de JUSTINIANO que regulaba el cotejo de letras, y disponía que sólo se efectuara con documentos forenses o públicos; la glosa dice: “*m, Ex forensibus i<d est> eorum quae conficiuntur in foro, i<d est> in iudicio, puta acta quae fiunt per tabellionem et generaliter quae formam publicam habent; sic dicta quia eis utimur in foro. Sed quaeritur, an forensi instrumento non scriptum per manum publicam sit fides adhibenda, ut publico? Respondeo quod non*”. A pesar de la equiparación que a ciertos efectos haga la ley *Comparationes* entre los documentos forenses y los públicos, la glosa es terminante; a los documentos forenses, ampliamente entendidos, como aquellos que se usan en el foro, no se les puede conceder la fe de los documentos públicos, si no están escritos por mano pública.

“*Non dico, quod publica sit, vel manu publica factum*”, insiste la glosa *c. Testimonium publicum* a su Auténtica, extraída de la Novela 49, capítulo 2.

La conclusión es clara; el instrumento tabeliónico es instrumento público, al estar hecho por mano pública, por mano de una persona pública, como lo es ya, para la glosa, el tabelión.

VII. El procedimiento instrumental

El nuevo carácter de persona pública del *tabellio* en manera alguna podía suponer su actuación de oficio, puesto que ella se desarrollaba en el ámbito de la negociación de los particulares. La *rogación*, la instancia de parte, cualquiera que fuera la palabra que ésta empleara –mando, ruego, delego, quiero, u otra semejante–, continuaba siendo indispensable para la intervención del *tabellio*, a diferencia de lo que ocurre con el testigo, pues como regla general vale el testigo fortuito, el no rogado. En principio se exigía la rogación de una y otra parte del contrato, aunque quizá bastara, en su caso, la del beneficiado por la actuación del *tabellio*, ya que el perjudicado por ella nunca la solicitaría. Todo ello resulta de una *glosa*, *Iniungatur*, a la Novela 44, ubicación lógica, porque lo que en ésta alegaba la otorgante, es que lo que la carta decía “*non esse a se delegata*”, no había sido encargado por ella (23).

376

Glosa “K, Iniungatur (a Novela 44). Hic no<ta> ad hoc, ut tabellio faciat chartam, oportet sibi mandari a partibus, sive verbo rogo, sive delego, sive volo, sive similibus; ut hic et supra in prin<cipio>, ibi “non esse a se delegata”, sed aliud in teste; nam fortuitus valet, ut ff de test<tibus> l. ad fidem <D, 22.5.11>, nisi in quatuor casibus, ut infra de test.// et licet. in 2 // <Nov. 90.2.2>. Sed nunquid est necesse utrumque contrahentium hanc mandare? Respon. sic, licet forte possit distingui, an sit gratia utriusque praeiudicium, et

(23) Según el Caso introductorio a la auténtica “*Si quis in aliquo documento*” (Nov. 119.3) adicionada a D, 2.1.7, la falta de rogación produce la ineficacia del documento; en el supuesto estudiado, la ineficacia de un ejemplo o traslado de otro documento: “*CASUS*.”...*No<ta> ex hac lege quod exemplo non creditur, et ratio est, quia non creditur tabellioni de facto, de quo non es rogatus, sed iste, qui exemplificat, non est rogatus de facto principali, sed solo de ipsa exemplatione; merito non probat factum principale*”.

Este Caso es muy posterior, no ya a la glosa de ACCURSIO, sino a la generalidad de los Casos, pues cita en su final a Jacobo BUTRIGARIO, nacido en el año 1272 y fallecido en la peste del 1348, y a BALDO, nacido el año 1327 y fallecido en el 1400 (“*secundum Iac. Butr; hanc rationem tangit Innoc. in cap. Albericus, extra de testi. in fine <X,2.20.43>, et in c. Abbate, de verb. sign. <X,5.40.25> secundum Bal. hic*”). Veremos sobre ello, y sobre estos textos canónicos, en nota 37.

tunc oportet utrumque mandare, ut hic; aut pro uno tantum; et tunc sufficit eum mandare, cuius sit gratia, forte enim alter nunquam mandaret in cuius sit praeiudicium, ut ff.de verborum obligationibus linter stipulantem, // primo <D, 45.1.83.1>.

En cuanto a su contenido, la rogación no consistía en un simple requerimiento de prestación de funciones, sino que, en las Novelas de JUSTINIANO y también en un principio para los glosadores, la rogación era el momento en que las partes celebraban verbalmente el contrato; más tarde el tabelión lo escribía. La contratación, en unos tiempos de analfabetismo dominante, tenía que ser necesariamente oral; incluso en la contratación por escrito, el acuerdo de las partes era verbal; los textos así nos lo confirman.

Instituciones de Justiniano, 3.23,pr. En todo instrumento *publice confectum*, mientras no hayan tenido lugar la compleción y la absolución, esto es, hasta que el documento haya quedado perfeccionado, cualquiera de las partes se puede arrepentir sin sanción, "*poenitentiae locus est, et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione*"; ello supone, necesariamente, que ya existía acuerdo anterior vinculante que, con esa generalidad, no podía ser otro que el acuerdo verbal contenido en la rogación inicial del documento.

Novela 44: La otorgante analfabeta afirmaba "*non esse a se delegata quae charta loquebatur*"; no aduce, por tanto, que no le había sido leído lo que la carta decía, sino que esto no había sido delegado por ella, utilizando uno de los verbos con los que se denomina la rogación. El maestro de los tabeliones –el director del estudio notarial–, asegura, por su parte, conocer las letras de la compleción, pero nada sabe de lo ocurrido, "*non tamen nosse aliquid horum quae secuta sunt*", porque absolutamente nada se le había encargado a él desde el principio, "*nec enim ab initio penitus delegatum*", con lo que la delegación se refiere al inicio del procedimiento documental; y la expresión se reitera al explicar que no pudo encontrarse al tabelión al que "*ab initio delegatum est*"; de manera que a no ser por los testigos se corría el riesgo de no tener por lado alguno conocimiento del negocio celebrado, "*negotii cadendi*".

La glosa a la Novela 44, en el mismo sentido, denomina a ese inicio "audiencia", "la audiencia del contrato", y la antepone temporalmente a la redacción escrita del documento. *Glosa "a, initium, i<d est>, audientia contractus"*. *Glosa "o, Tabellione ... Magistrum ... commisit tabulario audientiam, tabularius uitem tabellioni scribendum commisit"*.

La prestación del consentimiento se vincularía con el tiempo a la lectura del documento, con lo que la rogación se iba a reducir a un requerimiento de prestación de funciones notariales. A esta concepción responde el “*Casus*” del texto de las Instituciones sobre la ley *Contractus* que, sin embargo, no se refiere a la lectura del documento inicial, como sería lógico al instaurarse un sistema bi-instrumental, sino a la lectura del instrumento ulterior o extenso. Evidentemente se trata de un “*Casus*” de redacción tardía, aunque no llega a recoger el estadio final de la evolución, en el que se va a leer el documento inicial.

IJ, 3.23, *pr. Casus*: “...*et postea* (después de extendidos la imbreviatura y el instrumento extenso) *vocantur partes, et legitur istud mundum coram partibus, et si consentiant partes, tunc dicitur a partibus absoluta...* *Fran. de Are*”. Ninguna duda hay, a la vista de este texto, que es el “*mundum*”, el documento extenso, el que se lee y el que se consiente. FRANCISCO DE ARETIO nació hacia 1418 y murió en 1486; el carácter tardío de su “*Casus*” es evidente. Transcribiré el texto completo al tratar de la estructura documental.

378

Ahora bien, practicada la rogación, la condición de persona pública del *tabellio* haría que la prestación de sus funciones fuera *obligatoria*, aunque sólo he encontrado una aplicación de este principio, en la *glosa e. absimiles*, a D, 2.13.10, que impone a los tabeliones la exhibición de las imbreviaturas a quienes tuvieran derecho a ello —en ese lugar la estudiaremos—, aunque no quisieran hacerlo sin haber recibido su retribución, “*licet non nisi data pecunia edere velint*”.

La *glosa Servituti*, a la ley *Generali* ya exigió a los tabeliones, en otro de sus apartados, el *ejercicio personal de su cargo*, de modo que debían confeccionar los documentos “*per se, non per alium*”, por sí mismos, no por medio de otro; pero fue la *Novela 44, De tabellionibus*, la que cortó los abusos que en esta materia se producían, no debido al “absentismo notarial” como suele decirse (24), sino a la

(24) AMELOTTI: “dirigida ante todo a impedir y reprimir el absentismo de los notarios” (*op. cit.* en nota 14, p. 38); D’ORS lleva la idea a la misma rúbrica de su

existencia de *stationes*, de despachos, con pluralidad de tabeliones, que actuaban fungiblemente en un mismo asunto; y la *glosa Ipsis per se*, “ellos por sí mismos”, a esta Novela 44, la comentó y desarrolló de manera que iba a influir durante siglos.

Glosa d, Servituti, (a CJ. 10.69(71).3, Generali): “...Item no<ta> quod per se non per alium conficiunt, nisi in civitate Const.in qua est lex speciale, ut eadem charta fiat protocollum ut in auth de iud <Nov. 44>”.

Glosa i', Ipsis per se (a Novela 44), et cave tibi, quia haec litera tria dicit, et ipsi tabellioni iniungi sive mandari instrumentum. Item et per se mandat, sive iniungit ut ipsemet scribat et non alii mandet. Item et debet audire ipse idem verba contractus usque ad completionem, ut subiicit, et dum dimittitur, etc. Olim autem non era ita, sed dum ibamus ad tabellionem magistratum, ipse non audiebat nos, sed alii commitebat audientiam, si volebat, et ille auditor non scribebat, sed alii scribendum commitebat, et ipse tantum audiebat, ut sup.eod.in princ. Hodie autem et contractum audit, usque ad finem; et sibi iniungitur documentum, ut per se ipse componat, ut hic dicitur, et potest esse ratio, quare non posse sic committi, quia facere instrumentum non competit iure magistratus, ergo delegari non potest, ut ff.de offi eius, cui mand. est iuris. l.1 in prin.<D, 1.21.1>. Sed non ne tota die videmus esse Florentiae Magistrum stationis, et per eos fieri instrumenta, qui discipuli sunt? Resp<ondeo> ibi audit contractum discipulus, et sibi iniungitur documentum, et ideo scribere potest, licet et magister apponat ibi signum suum ratione maioris auctoritatis, ut ff. de eden. l.si quis ex argentariis, //1 <D, 2.13.6>, nam quo signa sunt plura in chartis, tanto cautiora sunt instrumenta, ut inf. de fide instru. // oportet, coll.6 <Novela 73.6>.

379

Señalemos ante todo el acierto del paso elegido, “*ipsis per se*”, que pone de relieve el carácter activo de la prestación notarial. Tres cosas tiene el tabelio que hacer por sí mismo, nos dice esta glosa. La primera, recibir él mismo la rogación, el mandato de hacer el documento. La segunda escribirlo y componerlo por sí mismo, y no encargar su escritura a otro. Y la tercera, oír también por sí mismo las palabras del contrato, hasta el final, hasta la compleción y

traducción de la Novela 44: “Justiniano contra el absentismo notarial”, *op. cit. infra*, nota 42, p. 124.

la absolución del documento. Por el contrario, en Constantinopla, antes de la Novela 44, y todavía en la Florencia de los glosadores, era práctica difundida que cuando el maestro de los tabeliones recibía al cliente, le remitiera a otro tabelión para que le oyera; el que le había oído llamaba a un tercer tabelión para que escribiera el documento; y éste a un cuarto tabelión para que completara el documento ya escrito.

Las consecuencias que esta división del trabajo podía tener son fáciles de imaginar, y en ellas se basaba la Novela 44. Pero la glosa *Ipsis per se* ensaya otro fundamento de la indelegabilidad: el tabelión no tiene competencia propia, sino que le es delegada por el requirente, y en consecuencia no puede a su vez delegar, “y puede ser la razón por la que no puede así comisionar (a otro) la de que hacer el instrumento no le compete por derecho (propio) al magistrado (al maestro de los tabeliones), luego no puede delegar”, como les ocurre a los magistrados, que pueden delegar lo que es jurisdicción propia, pero no la que les ha sido delegada por otros magistrados (D, 1.21) (25).

De esta actuación por sí mismo surgió la doctrina de que no se creía al tabelio sino de lo hecho al tiempo de la confección del documento, “*non creditur tabellioni, nisi de gestis tempore confecti instrumenti*” (26), y que conduciría a la teoría sensorial, por la que el notario da fe “*de visis et auditis suis sensibus*”, que sitúa al notario en el papel de un receptor pasivo.

Frente a esta concepción, ya vimos que en el mismo Derecho romano se concibió como profesión jurídica la ejerci-

(25) El argumento ni siquiera se alude en la glosa *r, contentiosam*, al texto de MARCIANO (D,1.16.2) fundamental en tema de jurisdicción voluntaria, que se limita a contraponer “*in invitum*” e “*inter volentes*”.

(26) Recogida como segunda razón de la ineficacia del ejemplo de un documento efectuado en otro documento, loc. cit. en nota 23: “*Secunda ratio est quia non creditur tabellioni, nisi de gestis tempore confecti instrumenti; sed tunc temporis non fuit confectum originale, ergo de eo non creditur sibi*”. Ver las notas 23, en que señalo la posterioridad de este Casus, y 37 en que estudio su supuesto de hecho y aludo a las leyes canónicas que cita.

da por los tabeliones, encomendándoles, bajo la amenaza de grandes sanciones, un cierto, aunque rudimentario, *control de legalidad* sin el cual no cabría deducir del instrumento la presunción de que todo había sido hecho solemnemente, “*praesumerentur omnia solemniter facta*”, que dice la *glosa c*, *Non sit* a CJ, 4.32.1. Y la *glosa Servitute* a la ley *Generali* (CJ,10.69(71).3) fundamenta en esos supuestos su afirmación, ya comentada, de que los tabeliones deben saber Derecho.

Los textos que cita esta *glosa* son los siguientes:

— CJ, 1.2. De *sacrosanctis ecclesiis*, 14 *Jubemus* 3 (emperadores León y Antemio, año 470), que prohíbe la enajenación de bienes de la Iglesia y sanciona con “destierro irrevocable” al tabelión que se atreviese a hacer el instrumento.

— CJ, 4.42. De *eunuchis*,² (emperador León) que prohíbe vender a los eunucos romanos, y sanciona con “la más grave pena” al tabelión que hiciera la escritura.

— Y CJ, 11.53 (54) *Ut nemo ad suum patrocinium suscipiat vicos vel rusticanos eorum*, 1,pr, (Emperadores León y Antemio, año 468) que prohíbe acogerse al patrocinio de otra persona en defraudación y perjuicio de la contribución pública, bajo pretexto de donación, venta, arrendamiento u otro contrato cualquiera, bajo sanción de “confiscación de sus bienes” a los tabeliones que consistentemente se atrevieren a hacer tales instrumentos.

381

VIII. La estructura del documento

El nuevo documento público formado por la *Glosa* a partir del instrumento *publice confectum*, presenta un cambio profundo de estructura, llamado a tener las más diversas consecuencias.

El documento *publice confectum* romano era radicalmente unitario, porque los comienzos de una estructura más compleja, especialmente mediante la redacción de una *cédula*, *scheda*, incluso firmada por las partes, fueron cortados por la ley *Contractus* (CJ, 4.21.17, IJ, 3.23, pr.).

En la Edad Media, según una costumbre que FRANCISCO DE ARETIO retrotrae a los tiempos de BÚLGARO, el primero

de los cuatro doctores discípulos de IRNERIO, surge la bi-instrumentalidad; cada negocio notariado precisa de dos documentos notariales; primero se hace la “*imbreviatura*”, nos dirá el ARETINO en el “*Casus*” del fragmento *In his autem* de las Instituciones de JUSTINIANO, y después se confecciona el “*mundum*”, el texto limpio, que no es sino una nueva escritura principal, “*nova scriptura principalis*”. La distinción aparece recogida seguidamente en múltiples glosas:

CASUS de IJ, 3.23,pr., *In iis autem*. “... Scire autem debes, ad dilucidio-rem huius materiae intellectum, quod in Italia talis est consuetudo, quod primo fit imbrevisatura quando super aliquo contractu a tabellione publico debet confici scriptura, et fit munda, quod nihil aliud est, nisi nova scriptura principalis, quae debet esse non cancellata, non vitiata, nec in aliqua sui parte abolita, sed ab omnia vituperatione munda; et postea vocantur partes, et legitur istud mundum coram partibus, et si consentiant partes, tunc dicitur a partibus absoluta. Cum autem a tabellione fiunt suscriptiones, tunc est super scripturam completam, et ista consuetudo, dixit dominus Jacob Bul<garus> ab isto // est derivata ... Fran de Are”.

Glosa “k. Instrumenta (a IJ,3.23,pr., *In his autem*) quae vulgo rogationes dicuntur, secundum Joan” (BASIANO).

Glosa g. Quotiens, a D,32.1, Fideicommissa: “ ... quod si aliquis tabellio fecit imbrevisaturam testamenti, nec legit eam coram testibus, nec in charta pura scripsit ...” (Accursius).

Glosas a CJ, 4.21.17, Contractus. Glosa “d. In instrumento quae dicuntur vulgo rogationes, secundum Dm Jo <JUAN BASIANO> et schedula, ut his subiicit, est brevisatura et protocollum, ut in auth. de tabell, // illud, col.4 <Nov.44>. Glosa “e, In mundum. Mundum vocat instrumentum, in quo post factam rogationem omnia comprehenduntur, et dicitur a munditia, eo quod sine vituperatione debet esse”.

El sistema uni-instrumental romano ha sido sustituido por un sistema bi-instrumental; pero las consecuencias de la innovación tardarán a veces mucho tiempo en desenvolverse; durante siglos, en efecto, el *instrumentum* antes único, ahora extenso, continuó considerándose el verdadero *instrumentum publicum*, aunque ya no fuera el documento inicial ni, por tanto, tampoco el documento original, aunque así se le denominara. Ya hemos adelantado un ejemplo; al sustituirse la

declaración oral por el consentimiento a una lectura documental, se empieza utilizando el instrumento extenso, en lugar del documento inicial.

IX. *Completio y absolutio*

Los dos requisitos típicos del documento *publice confectum* en el Derecho justinianeo, coincidentes en las versiones de las Instituciones y del Código de la ley *Contractus*, son la compleción, *completio* o formas verbales semejantes en los textos latinos, *plérosis* o *teléiosis* en los originales griegos, y la *absolutio* o *dimissio*, en griego *apólisis*. Eran requisitos del instrumento *publice confectum* unitario, y en la Glosa se van a alterar, además de pasar a ser requisitos del instrumento extenso, para terminar siéndolo del documento inicial o abreviado (27), como es de razón, prelu-diando los actuales “otorgamiento” y “autorización”; el tema se solapa, como fácilmente se comprende, con el ya tratado del momento del acuerdo contractual.

Según la doctrina más difundida, la *compleción* justiniana, desde el punto de vista sustancial, o compleción-acto, consistía para AMELOTTI, “en la lectura del documento por parte del notario y en su pregunta a las partes de si ello corresponde a su voluntad; en otros términos, si sus intenciones han sido exactamente comprendidas y expresadas” (28), o más brevemente, según TALAMANCA, “en la lectura del documento y la pregunta a las partes de si él corresponde a su voluntad” (29); pregunta que ambos ilustres romanistas dejan en el aire, sin duda porque la respuesta viene integrada en la absolución, el otro requisito del docu-

(27) He tratado ampliamente estas cuestiones en mi discurso citado en nota 7, 1^a, I, C, f).

(28) AMELOTTI, *op. cit.* en nota 14, p. 35.

(29) TALAMANCA, Mario: “Documento e documentazione: Diritto romano”, en la *Enciclopedia del Diritto* dirigida por Francesco CALASSO, XIII, 1964, p. 554.

mento tabeliónico. No podemos compartir esta doctrina, especialmente porque después de la ley *Contractus* no existía un documento previo que pudiera leerse; el acuerdo se tomaba verbalmente y, según hemos dicho, se contenía en la rogación, que no cabía limitar a un requerimiento de prestación de funciones; las notas que, para auxiliar la memoria, pudiera tomar el tabelio durante esa rogación –que es lo que, a lo sumo, quedaría de la cédula–, no podían servir para una lectura auténtica sobre la que prestar el consentimiento. En consonancia, no hay dato alguno, ni en los textos ni en los documentos –hasta siglos muy posteriores–, de que en el acto de la compleción se leyese el documento; la intervención de las partes parece limitarse a comprobar que el documento es conforme con su voluntad, manifestarlo así, y firmarlo; para esa comprobación hace falta, claro es, leer el documento; pero no es preciso una “lectura” como requisito o solemnidad documental, puesto que con arreglo a la ley *Optimam*, del año 531 (CJ, 8.38(37).14; IJ, 3.19(20).12), era suficiente con que las conformidades de los diversos contratantes se produjeran en el mismo día. La *absolución*, por su parte, no era otra cosa que aquella actividad de las partes en la compleción-acto, comprobar el documento, manifestar su conformidad y firmarlo.

Al pasar a los tiempos medios, el sentido de la *completio* y de la *absolutio* romanas se va a alterar. La *glosa absoluta*, a IJ, 3.23.pr. nos muestra la evolución; su primera parte responde a la concepción romana; la *absolución* consiste en una aprobación –*laudaverint*– del documento por las partes, una vez leído, y no por tanto en el consentimiento a una lectura; pero la segunda parte de esta glosa, que es la que recoge la opinión terminante de *ACCURSIO*, “*vel dic*”, “pero tú di” –como es sabido, cuando una glosa formula diversas doctrinas, la última, en general, es la de *ACCURSIO*–, la *absolución* es la firma del documento, expresión escrita del consentimiento; posición que en manera alguna es aislada en la glosa.

Glosa “d, Absoluta, ut quia lecta fuerint partib<us> et lauda-
verint. Vel dic absoluta, idest, subscripta.

Glosa “i, absoluta (a J, 4.21.17), i<d est>, subscripta a partibus,
ut lauth.eo, //sed et si instrumenta,et //oportet, col.6” <Nov. 73, 5>.

En el nuevo sistema bi-instrumental la absolución, la lectura y firma del instrumento, debieran referirse al documento inicial; y así lo entiende, respecto de la lectura, la *glosa Quotiens* a la ley *Fideicommissa*; pero resulta más conforme con la posición prevalente que conservaba el *instrumentum publicum*, el documento extenso, que fuera éste el documento absuelto y completado, según aparece en el *Casus de II, 3.23,pr.*, que ya hemos citado; aparte de que la lectura del documento abreviado presentaba dificultades, en virtud de su misma abreviación.

Glosa “g, *Quotiens* (a D, 32.11, *Fideicommissa*). “*Nota casum mirabilem, quod si aliquis tabellio fecit imbreviaturam testamenti, nec legit eum coram testibus, nec in charta pura scripsit; quod non valet iure testamenti, nec iure codicillorum, etiam si fideicommissum sit ibi relictum. Accur*”.

II, 3.23,pr. Casus: “...et postea (después de extendidos la imbreviatura y el instrumento extenso) *vocantur partes, et legitur istud mundum coram partibus, et si consentiant partes, tunc dicitur a partibus absoluta... Cum autem a tabellione fiunt subscriptiones, tunc est super scriptura completa ... Fran. de Are*”.

La *completio* va a consistir, paralelamente, en la firma del tabellión –declarativa de que el documento está completo–, conforme a dos glosas que a continuación transcribo, y también se predicó originariamente, como resulta del *Casus* acabado de citar, del *instrumentum publicum*, o documento extenso, y no del inicial abreviado.

Glosa “b, *completionis*, (a Nov. 44, pr.) i<d est> *subscriptione suae nam ipse tabellio scripsit*”.

Glosa “e, *adiiciatur* (a Nov.73.5) ... *compleant, idest, subscribant ipsi <tabelliones> et nomen suum apponant...*”.

X. La escritura convencionalmente necesaria

Estos requisitos documentales tienen lugar en todo documento público tabeliónico, “*sive in scriptis sive sine scriptis*”, como nos dice el citado Caso del ARETINO a IJ, 3.23,pr. Se denomina instrumento *in scriptis* el exigido para la validez del negocio, en virtud de convenio de las partes, o en muy contados casos por disposición de la ley; es el regulado en la versión del Código de la ley *Contractus* (CJ,4.21.17). Se llama instrumento o escritura *sine scriptis* –términos contradictorios– el voluntariamente otorgado por las partes, cuando podían haber celebrado válidamente su negocio de palabra, o mediante documento privado; es, a contrario, el previsto en la versión de las Instituciones de la ley *Contractus* (IJ, 3.23,pr.).

386

Siempre se ha señalado la falta de coincidencia entre el texto que la ley *Contractus* tiene en el Código y en las Instituciones de Justiniano; pero ni la doctrina medieval (30), ni la moderna (31), distraídas por los problemas de las arras y del convenio sobre la forma, tomaron verdadera conciencia de que son distintos los supuestos de hecho de ambos textos; de ahí las diversas consecuencias jurídicas que deducen.

El Código regula la forma escrita necesaria por voluntad de las partes, y por ello exige el correspondiente pacto (“*quos in scripto fieri placuit*”; “*quas instrumento recipi convenit*”), y sanciona con la carencia de efectos al negocio celebrado con incumplimiento del convenio, “*non aliter vires habere sancimus*”, de modo que ni sea lícito decir que en tales compraventas, fijado el precio, se impone al vendedor la necesidad de perfeccionar el contrato de venta o de pagar al comprador su interés.

Las *Instituciones* no se refieren a convenio alguno sobre la forma, porque regulan el simple supuesto de que las partes hayan iniciado una contratación por escrito de sus negocios, “*quae scriptura conficiuntur*”, y por cualquier causa no hayan perfeccionado ese

(30) Conf. ASTUTI, Guido: “La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune”, en *Archivio Giuridico* <Filippo Serafini>, 1945, pp. 5-45.

(31) Conf. especialmente GALLO, Filippo: *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino, 1964, p. 173.

escrito, de manera que si se trata de una la escritura *publice confecta* no se haya completado. Pero durante el procedimiento de documentación ha existido, según hemos dicho, un acuerdo negocial oral, que es válido al no existir convenio sobre la forma, y por ello las Instituciones, como ya hemos visto, conceden a cada una de las partes una facultad de arrepentimiento sin sanción alguna, “*et poenitentia locus est, et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione*”; el *ius poenitendi* sólo se concibe si ya existía una relación contractual, y tiene su fundamento en que el consentimiento se había prestado en el procedimiento de escrituración, pero a los efectos de llegar al instrumento. Ya hemos insistido sobre ello.

En el Código, pues, convenio sobre la forma e ineficacia mientras la forma no se llene; escritura *in scriptis*. En las Instituciones, facultad de desistimiento mientras no se complete el documento tabeliónico que las partes espontáneamente habían puesto en marcha; escritura *sine scriptis*. Ambas clases de escrituras tienen los mismos requisitos, aunque en su forma pura sólo se cumplen en los documentos *in scriptis*.

La escritura *in scriptis*, la necesaria en virtud de convenio, obtuvo en la Edad Media un ambiente desfavorable, que se muestra especialmente en ese incremento, estudiado por ASTUTI, de los requisitos que se le exigían al convenio para que tuviera validez. En efecto, según la *glosa in scriptis* a CJ, 4.21.17, frente a las interpretaciones meramente declarativas de PLACENTINO y de AZÓN, JUAN BASIANO entendía que no era suficiente un convenio de hacer escritura si no se añadía que el negocio no valdría sin escritura hecha.

Glosa “b, in scriptis (a 4.21.17). Scilicet ut aliter non valeat nisi scriptura facta, arg<umentum> s<upra> de prob<ationibus> l, cum res <CJ, 4.19.12>, secundum Joann. <JUAN BASIANO>; vel secundum P. <PLACENTINO> et AZO, quando in contractu, vel ante, conveniunt ut scriptura inde fiat; gerentes in alio non prius contrahere quam scribatur, secus si a principio simpliciter contrahunt, et postea ad probationem fit inde scriptura” (32).

(32) Puede verse la posición de AZÓN en la *Summa Azonis*, Basilea, M.D.LXXII, p. 326, o en *Azonis, ad singulas leges XII libros Codicis Iustiniani Commentarius*, en el “Corpus” citado en nota 16, II, pp. 295-96; en ambos casos, comentando CJ, 4.21.17.

También glosa “*k, in scriptis, (a CJ, 4.20.18) ... et dicitur in scriptis, quando est actum ut non aliter valeant contractus, ut i. tit. 1, l.contractus <CJ, 4.21.17>, vel secundum alios quocumque modo fit actum ut fiat inde scriptura*”.

La norma romana estaba pensada para un sistema uni-instrumental, y al haberse sustituido por la bi-instrumentalidad, era lógico que el convenio de hacer escritura se concretara en la primera documentación, en la abreviada, por la que negocio y documento habían quedado perfeccionados. La exemplación del instrumento público es algo que tendrá lugar después, a veces mucho después, o que no se verificará nunca, por ejemplo, porque la deuda documentada haya sido satisfecha, o por cualquier otra razón, incluido su coste. Y sin embargo, el convenio se interpretó en el sentido de exigir el *instrumentum publicum* extenso, quizá de conformidad con el lugar preeminente que éste conservaba como sucesor del anterior *instrumentum publicum* único. Así lo declaró la glosa *Quotiens a D,32.11, Fideicommissa*, que ya hemos transcrito: si un tabelio ha hecho la imbreviatura de un testamento y no lo ha escrito “*in charta pura*” –*in mundum*–, el testamento no valdrá ni como codicilo, aunque en él se hubiera dejado un fideicomiso. Así lo entendieron también nuestras Partidas; la compraventa “que se faze por carta, es quando el comprador dize al vendedor: Quiero que desta vendida sea carta fecha” (P, 5.5.6), en lugar de decir “nota fecha”; y de esta forma, limitado a la compleción de la imbreviatura o nota, no hubiera hecho falta inventarse requisitos adicionales al convenio de exigencia de forma vinculada, que no tienen fundamento alguno. En aquella desmesura está la causa de los diversos procedimientos inventados para dejar fuera de juego al pacto sobre la forma. “*Casum mirabilem*” podríamos decir con ACCURSIO en la glosa *Quotiens*; pero por razones diversas.

XI. La exemplación del instrumento público

El instrumento público tenía que ser obtenido del documento abreviado; y la abreviación de éste supone necesariamente su “extensión” o “alargamiento” al expedir aquel texto extenso.

La abreviación del texto inicial afectaba en primer término a las solemnidades o publicaciones. Un fragmento de ULPIANO (D, 2.13.6.6) referente a los *argentarii* o banqueros, había decidido que si al comienzo de las tablas de sus cuentas se indicaba la fecha, ésta era común a las cuentas siguientes que no la tenían, y la *glosa Rationis* al referido texto ulpiano insiste en esa aplicación sólo a las cuentas siguientes, pero lo mismo si así se ha indicado con la expresión “etcétera”, que si ésta se ha omitido; y esta referencia al “etcétera” alude a que el mismo criterio habría de aplicarse a los documentos notariales siempre que estuvieran formando un cuaderno, de manera que la fecha puesta al principio de éste se considerara repetida en las cédulas o notas siguientes que no la tenían, por inducirse que había repetición de día.

389

D, 2.13.6 Si quis ex argentarii, 6: “Si initium tabularum habet diem, in quibus Titii ratio scripta est, postmodum mea sine die et consule, etiam mihi edendus est dies et consul; communis enim omnes rationis est praepositio diei et consulis”. ULPIANO, lib. 4 ad Edictum.

Glosa s. Rationis, s<ciliter> sequentibus, eo enim, quod in sequentibus rationibus continetur eodem die et caet<tera> inducitur repetitio diei, vel etiam d<ic> si non continetur”.

Es el punto de arranque de una importante labor doctrinal, también referida a las cláusulas negociales repetitivas, casi completamente formulada por BÁRTOLO y que llega a MENOCHIO (33), ya en el siglo XVI. Los autores solían es-

(33) BARIOLUS A SAXO FERRATO: *In primam Digesti veteris Partem*, Venetiis, apud Iuntam, M.D.LXII, fol. 240, ver el comentario a D, 2.13.6, fols. 86v-91v.

tudiar estas *cláusulas etceteradas* y cuestiones análogas en un lugar puramente accidental, la *ley Gallus* (D, 28.2.29) sobre la posibilidad de instituir herederos a los nietos póstumos, sólo porque aplicaba el mismo sistema “a los bisnietos, *etc.*”, sencillamente para no continuar hablando de los tataranietos.

XII. El *ordo instrumentorum*

La *glosa Servitute*, a la *ley Generali* (CJ, 10.69(71).3), con independencia de otros aspectos, a que ya nos hemos referido, establece un orden de redacción de los instrumentos que parece pensado para la redacción objetiva, y que hay que advertir, una vez más, que se refiere al instrumento extenso, no a la nota abreviada, en la que como hemos visto se solían omitir algunos de ellos.

390

Glosa d.Servitute (a CJ, 10.69(71).3): “Item ordo instrumentorum est, ut primo nomen Imperatoris, et annus Imperii; secundo nomen Consulis, et annus consulatus; tertio mensis, et dies; quarto dies civitatis factae, si hoc sit de consuetudine; quinto series; sexto locus; septimo subscriptio testium, et contrahentium; octavo subscriptio tabellionis inseratur, ut s. de fide instru. l. contractus <CJ,4.21.17>, sed in Italia anteponuntur anni Domini”.

Si eliminamos el apartado quinto, la *series*, o *series facti*, esto es, las cláusulas del contrato o negocio documentado, nos quedan siete *publicationes* documentales, aquellas menciones por las que el instrumento está escrito en forma pública, y por ello hacen que la carta sea pública; así resulta, a contrario, de la *glosa Notarii*, a CJ, 8.17(18)11,

“JACOBI MENOCHII ... *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis Commentaria, in Sex distincta libros*”, Genevae, Tomus Primus, pp. 14+66+612; ver las presunciones LXXXII, LXXXIII y LXXXIV. He estudiado más ampliamente estas cuestiones en “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, cap. II; en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VII, 1988, pp. 517-813, y en mis *Escritos Jurídicos*, I, pp. 123-396.

Scripturas, que ya hemos citado: “Non tamen in forma publica scribentis; quia neque diem, neque consulem, neque alia, quae faciunt publica chartam, ibi posuit”.

Esa enumeración, inspirada en la “*Summa*” de PLACENTINO (34), sirvió de pauta a SALATIEL y ROLANDINO y prepara las nueve publicaciones del *Speculum Iuris* de DURANTE, y las siete de las Partidas (35). Dos breves comentarios sobre esta parte de la glosa *Servitute*:

—Que el año, sin duda por mandato de la *Novela 47, Ut praeponatur nomen Imperatoris*, expresamente aplicable a los tabeliones, se fija atendiendo al emperador y a los cónsules, suprimiendo la indición, y advirtiendo que en Italia —y en todo el mundo cristiano— se anteponen los años del Señor, de manera que el año se determina por la era cristiana.

—Que la necesidad de la *firma de los testigos* chocaba con la realidad social del casi universal analfabetismo, por lo que no fue acogido por la doctrina de Bolonia ni, en general, por el Derecho común, para el que era necesario que los testigos fueran mencionados en el documento, pero no que lo firmaran (*inscripti, non subscripti*).

391

(34) PLACENTINO, *op. cit.* supra, nota 16, comentario a la rúbrica de CJ, 10.69(71), p. 425. El precedente ha sido ya señalado por Roberto FERRARA, “La teorica delle ‘publicationes’ da Ranieri di Perugia (1214) a Rolandino Passeggeri (1256)”, Comunicación al VII Congreso Internacional de Diplomática, Valencia, 1986, recogida en las “Actas” del mismo publicadas bajo el título de *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV*, Generalitat Valenciana, 1989, II, pp. 1053-1090; ver especialmente pp. 1055-56 y la nota 6 de esta última.

(35) SALATIEL, *Ars Notariae*, Proemio, 2.^a redacción, p. 15, edición ORLANDELLI, Milano, 1961. ROLANDINO, “Tractatus notularum”, fol. 117v, coincidente con *Tractatus de publicationibus*, fol. 119v; ambos en *Rolandina cum Nevizano*, Lugduni, 1537. DURANTE, “*Speculum Iuris*”, Lugduni, 1577, Pars Secunda, “*De instrumentum ediitione*”, 2, “*Breviter*”, fol. 130v. PARTIDAS, 3.18.54. Puede verse mi *La Pragmática de Alcalá ... citada en nota 33, cap. III, núms. 4 y ss.*

XIII. La pluralidad de instrumentos

La estructura unitaria del documento clásico romano había causado en la práctica unas dificultades que malamente podían llenarse mediante sus copias; PAULO en un texto, *Quicumque*, recogido en el título *De fide instrumentorum* del Digesto (D, 22.4.2), había marcado, en efecto, la diferencia esencial entre el original y sus traslados; ni siquiera el Fisco puede demandar en virtud de un registro de escrituras o de la copia de alguna de ellas, “*ex indice et exemplo alicuius scripturae*”, sino que tenía que fundarse en la escritura original, “*ex authentico*”. Y la glosa *Indice* nos informa de las diversas denominaciones que en su tiempo se usaban, por un lado, el original, *originale*, *authenticum* y *exemplar*, y por otro los traslados de un original, sacados de él, *inde extracta*, que se llamaban *index*, *exemplum* y *sumptum*, y también *memoria* (36). La diferencia entre el ejemplar y el ejemplo no siempre fue bien comprendida; y a la extracción de uno y de otro se denomina *exemplatio*.

392

D, 22.4, *De fide instrumentorum*, 2: “*Quicumque a fisco convenitur, non ex indice et exemplo alicuius scripturae, sed ex authentico conveniendus est; ita si contractus fides possit ostendi, ceterum calumniosam scripturam vim in iudicio obtinere non convenit*”. PAULO, lib. 5 *Sententiarum*.

Glosa d. *Indice*. “*Tria sunt originalia nomina, s<cilicet> originale, authenticum et exemplar. Item alia tria nomina inde extracta, s<cilicet> index, exemplum et sumptum, et etiam memoria, ut C. de eden<do> auth<entica> si quis in aliquo <CJ, 2.1.7>*”.

Pero excepcionalmente también en el Derecho romano clásico los originales podían ser varios, como si alguien va a embarcarse y quiere llevar consigo su testamento y dejar otro original en casa. El supuesto aparece tratado en dos

(36) Por ser un instrumento en que se guarda memoria de otro: glosa “*g.memoria* (a Auténtica incorporada a 2.1.9) *id est instrumento, in quo habetur memoria primi*”; “*i<d est> mentio*”, se limita a decir la glosa “*b.memoria*” a la Novela correspondiente (119.3).

leyes del Digesto, *Unum*, de FLORENTINO (D,28.1.24) y *Sempronius*, de PRÓCULO (D, 31.47), y es también recogido en las Instituciones de Justiniano (IJ, 2.10.13), lo que nos muestra la difusión práctica del supuesto. Hay un solo testamento, nos dice la ley *Unum*, en varios códigos, “*pluribus codicibus*” que aclaran las Instituciones; pero no “*pluribus exemplis*” que decía el texto de FLORENTINO, porque los “ejemplos” son trasladados; así le corrige la *glosa Exemplis*, atribuida a ACCURSIO: “*exemplis*, impropriamente, pues los dos son auténticos”. En el fragmento de PRÓCULO las dos tablas testamentarias contenían un legado a favor de Ticio, en una de ellas de cien áureos, y en la otra de cincuenta; sin duda por esta disparidad la *glosa exemplarii* cambia de rumbo, y afirma que hay dos testamentos, “*duo testamenta*”, ahora equivocadamente, pues si hubiera dos testamentos válidos habría dos legados y Ticio percibiría ciento cincuenta áureos, mientras que, según el dictamen del jurista, procede un solo legado, por la cantidad inferior. Pero la *glosa Imminent*, al texto de las Instituciones, vuelve a poner las cosas en su sitio: hay un solo testamento, y ambos textos (“*exemplis*”, dice ahora equivocadamente) son principales. Esta misma *glosa* contiene otra declaración fundamental; ¿por cuál de estos textos se probará?; “Respondo –nos dice ACCURSIO–, no sin el auténtico”.

393

D, 28.1.24: *Unum testamentum pluribus exemplis consignare quis potest; idque interdum necessarium est, si forte navigaturus et secum ferre, et relinquere iudiciorum suorum testationem velit.* FLORENTINO, lib. 10 *Institutionum*.

Glosa “m, *Exemplis. Improprie, cum utrunque sit authenticum... Accur*”.

D, 31.47: *Sempronius Proculus Nepoti suo salutem. Binae tabulae testamenti eodem tempore exemplarii causa scriptae, ut vulgo fieri solet, eiusdem patrisfamilias proferuntur, in alteris centum, in alteris quinquaginta auri legati sunt Titio; quaeris, utrum et quinquaginta aureos, an centum duntaxat habiturus sit. Proculus respondit: in hoc casu magis heredi parcendum est, ideoque utrumque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei* (PRÓCULO, lib. 6 *Epistolarum*).

Glosa “l. Exemplarii: quia cum vellet ire ultra mare, vel ad bellum, fecit scribi duo testamenta; quorum unum portabit secum, aliud dimisit in domo sua; in quorum uno legata sunt centum Titio, in alio eidem Titio quinquaginta; debentur tantum quinquaginta”.

II, 2.10.13. Sed et unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis; quod interdum etiam necessarium est, veluti si quis navigaturus et secum ferre et domi relinquere iudiciorum suorum contestationem velit, vel propter alias innumerabiles causas, quae humanis necessitatibus imminet.

Glosa “a. Et unum, sic ff. eo l. unum”.

Glosa “b. Quod s<cilicet> ut pluribus codicibus fiat”.

Glosa “c. Imminent ... Sed nunquid ex his exemplis probabitur? Respon<deo> non sine authentico ... sed et si unum ambo sunt principalia. Accur”.

Con el nuevo documento público tabeliónico bi-instrumental, aquel documento original o auténtico de la *glosa Índice* (a D, 22.4.2 *Quicumque*) no es ya que reciba varias denominaciones, sino que se desdobra, pues continúa siendo, o al menos llamándose, original el instrumento público que en el sistema uni-instrumental precedente había sido el instrumento público único, pero también va a ser original, y en vía ascendente, el documento primero o abreviado (*rogitum, imbrebiatura, cédula, o nota para nuestras Partidas*). Y aquellas necesidades de la práctica podían fácilmente llenarse con la renovación de la carta y con la ejemplación de varios instrumentos públicos, por el mismo escribano que recibió la imbreviatura o por su sustituto o sucesor, sin autorización del juez o con ella.

Supuesto especial es el del *valor del ejemplo de un documento* –un testimonio, diríamos hoy–, *contenido en un segundo documento*. Se refirió a este supuesto la Novela 119, capítulo 3, adicionada como Auténtica a CJ,2.1.7, *Procurator*, por lo que tenemos dos series de glosas, en lo fundamental coincidentes. La Novela, y su auténtica, prohibían hacer exacción por la mera referencia que el segundo documento hacía del primero, exigiendo la presentación de éste; y la glosa discutía si ello sólo tenía lugar cuando el segundo

documento era privado, como opinaba ALEJANDRO, o igualmente si éste era público, doctrina prevalente defendida por JUAN BASIANO, basada en que el original podía contener letras o cancelaciones no recogidas en el ejemplo, pero que tenía una excepción cuando la ejemplación se había hecho con intervención del juez.

“CASUS (a la Auténtica CJ, 2.2.7): “...No<ta> ex hac lege quod exemplo non creditur, ... (las dos primeras razones han sido transcritas en las notas 23 y 26) ... Tertia ratio est, quia quando unum instrumentum habet relationem ad aliud, oportet quod constet de caetero, ad quod fit relatio; quia si deficit exemplum, deficit exemplatum, ut ff de cond.et demon.l.in testamento primo <D, 35.1.27>. Quarta ratio est, quia posset fraus et deceptio intervenire; nam posset esse, quod originale esset falsum; et si creditur exemplo, non posset ex comparatione literarum, vel ex signo quod non videretur disci de falsitate; et daret materia falsum fabricandi, secundum Iac.Butr; hanc rationem tangit Innoc. en cap. Albericus, extra de testi. in fine <X,2.20.43>, et in c. Abbate, de verb.sign. <X,5.40.25> secundum Bal. hic”.

Glosa (a dicha Auténtica) “f. Si quis in aliquo documento, privato, secus forte si publicum alterius publici faciat mentionem; quia tunc creditur exempla secundum Ale., argumen. in authen. ut fratrum fil.// illud quoque, collat IX <Nov.127.c.2>, et ff. de administratio.tut.l.chirographis. in principio <D,26.7.57>, et i. de test. l.publicati <CJ,6.23.2>. Sed Joannes contra, etiam si publicum sit exemplum (37), nam ad hoc creditur exemplo publico, quia ita continetur in alio, et potest esse quod in originali erant aliae literae vel cancellationes, quae non continentur in exemplo, unde non

(37) La “glosa n.Documento” (a Nov.119.3), casi enteramente coincidente con la de la auténtica del Código, se inclina decididamente por la doctrina de BASIANO: “Sed tu dic, secundum Joan.etiam si publicum sit exemplificatum...”.

El problema fue estudiado también por los canonistas; puede verse, sobre todo, la glosa h.fiat fides a X,5.40.25, Abbate: “...Alii probabilius dicunt, quod si auctoritate iudicis privilegium, vel aliquod rescriptum est renovatum, vel in alio privilegio insertum, non est necesse illud exhibere, secus si per tabellionem tantum, quia publicatio facta coram iudice fidem facit, licet postea perdantur instrumenta, ut. C.de testa.publicati <CJ,6.23.2>. Item quia iudex diligentius singula facit quam tabellio; quia non est credendum, quod iudex sine causae cognitione aliquid faciat ...”. El capítulo X, 2.20.43, Albericus, también citado, no se ajusta tan perfectamente a nuestra cuestión; Alberico era un militar que se había divorciado mediante sentencia *in scriptis*; y al no aparecer ésta lo que pedía era la recepción de testigos, y que su deposición se redactara en escritura pública.

probantur plene per exemplum, ut hic et in l.nostra, procurator <CJ,2.1.7>, et ff.famil.erciscund.l.si quae <D.10.2.5>, et l.Pomponius <D.10.2.8>, et de fide instrum.l.2 <D.22.4.2>, nisi originale sit officio iudicis publicatum. Id est exemplatum, ut i.auth. ut fratrum filii, // illud quoque <Nov.127,c.2>, et ff. de admittu.l.chirographis <D,26.7.57>.

XIV. El derecho a la exhibición de la imbreviatura

Desde un punto de vista distinto, el de las personas con derecho a exhibición de las imbreviaturas, el edicto del Pretor, según un texto de ULPIANO (D, 2.13.4,pr.), obligaba a los argentarios a la exhibición de las cuentas precisamente con indicación de la fecha, “*adiecto die et consule*”, como excepción a la regla general (D, 2.13.1.2), sin que interesara si la controversia era con el mismo argentario o con otra persona (D,2.13.10 pr.); pero esa obligación de exhibir no era aplicable a los que fueran distintos a los argentarios, a los *absimiles* a ellos. Y la *glosa absimiles* entiende que entre los semejantes a este efecto a los argentarios están los tabeliones, obligados por tanto a la exhibición de sus imbreviaturas, aunque no quieran hacerlo si no se les paga el dinero (38). Así se completa, en términos modernos, un derecho a copia de los interesados en actos *inter vivos*, que para los testamentos resultaba del texto de ULPIANO, D, 29.3.2, *Publicum*, que ya hemos examinado.

396

(38) Este derecho de los tabeliones a cobrar honorarios de sus clientes, fue reconocido a todos los *iuri studiosi* por Antonino Pío, D,50.13.4: “*Divus Antoninus Pius rescripsit, iuris studiosos, qui salaria petebant, exigere posse*” (PAULO, lib.1 de *Cognitionibus*); y estuvieron sujetos a la moderación de los presidentes de las provincias en cognición extraordinaria, según el mismo título 13 del libro 50 del Digesto, como vimos al tratar de la profesión libre del tabelión. Sólo el “*Edictum de pretiis*” estableció un *criterio rígido de tarifas*, introducido por DIOCLECIANO para toda la vida económica, en su intento de acabar así con la crisis económica: “*tabellanioni in scriptura libelli bel tabularum <in ver>sibus no.centum <denarios> X*” (7.41); conf. AMELOTI, *op. cit.* en nota 14, p. 75, nota 36.

Glosa “e, Absimiles, (a D, 2.13.10). Similes enim cogit, ut nummularios, ut sup.eo l.quaedam// pen <D,2.13.9.2>. Item tabelliones sunt cogendi, argu.huius l. rationes exhibere, licet non nisi data pecunia edere velint”.

Entre los obligados a la exhibición de sus cuentas también se encontraban los numularios o cambistas, y no sólo porque fueran semejantes a los banqueros, conforme a la glosa “*absimiles*” que acabamos de ver, sino porque así lo dispone el mismo Digesto, 2.13.9.2, ya que a efectos de prueba con mucha frecuencia hay que recurrir a sus escritos y libros; a este fragmento está dedicada otra glosa, “*Decurritur*”, de gran interés.

Glosa “n *Decurritur*, (a D, 2.13.9.2) *sed an hodie idem, ut eorum fidei et rationibus credatur? Videtur idem. ... Tertio, quia hodie iurant ubique, vel inter se, vel communi suarum civitatum nomine omnia legaliter agere, unde instar tabellionum debet eis credit, ut hic, et C. ad l.Cornel. de Fal. l. si quis decurio <CJ, 9.22.21>. Quarto quia minus publicae auctoritatis exigitur in iis, quam in tabellionibus, cum tabellio non possit esse servus, ut C. de tab.l. generali, li 11 <CJ,10.69(71)3> et infra de testam l.qui testamento // servus <D, 28.1.20.7>, sed argentarius sic, ut supra eodem l, Praetor, // sed et si servus <D,2.13.4.3>, sed non obstantibus supra dictis puto contra scilicet ut non sit hodie eis vel eorum rationibus credendum pro se, sed contra se sic, cum sint privatae scripturae, ut C. de proba. l. instrumenta <CJ,4.19.5> et l.exemplo <CJ, 4.19.7> et l. rationes <CJ,4.19.6>, nam tempora harum legum publica auctoritate eligebantur a fisco forte, ut insta leg. proxim // ideo <D, 2.13.10.1>, et forte usque ad certum numerum, ut et medici, ut C. de epis. et cleric. l. parabolani <CJ, 1.3.18>, hodie quilibet est pro voluntate sua”.*

No podemos entrar en el examen detenido de esta glosa que, referida a los cambistas, tiene continuas alusiones a los tabeliones, directamente o a contrario, en lo que se refiere a las semejanzas entre ambas profesiones (*Tertio*: juramento de *omnia legaliter agere*, entre sí o al municipio; *Quarto*, algún aspecto de autoridad pública, *publicae auctoritatis*, mayor en los tabeliones), y a sus diferencias, *Quarto*, el tabelión no puede ser esclavo (39); *Sed non obstantibus*:

(39) La doctrina del *servus publicus*, de gran importancia práctica en materia de ausentes, donaciones a no concebidos, etc., surgió para los tabularios y por la absorción de éstos pasó a aplicarse a los tabeliones, no porque fueran siervos, ya que

porque las escrituras de los cambistas son privadas, que no han de crearse en su favor, sino en su contra; y alusiones a la elección por la autoridad, y al *numerus clausus*.

XV. Conclusión

Hemos examinado la estructura bi-instrumental del nuevo documento forjado por los glosadores y las consecuencias que ella tuvo en múltiples aspectos; pero sobre todo hemos insistido en su nueva naturaleza de documento público y en la manera de conseguirla. Terminemos recalcando el acierto que los glosadores tuvieron con esa fusión, que dirían los mercantilistas, por absorción del tabulario por el tabelión. Tanto más meritoria porque con ella rechazaban los dos caminos iniciados por JUSTINIANO, por abajo el *instrumentum quasi publice confectum* y por arriba la insinuación *apud acta* del documento tabeliónico.

398

1.—El instrumento *quasi publice confectum*, como es sabido, era el firmado por tres o más testigos de probada e íntegra opinión. Aparece ya en la constitución *Scripturas* del emperador LEÓN del año 472 (CJ, 8.18(17)11), pero evidentemente se trata de una interpolación de JUSTINIANO (40), que alude a este nuevo tipo documental en alguna de sus constituciones (especialmente, CJ, 4.21.20, *Comparationes*) y

necesariamente tenían que ser libres, sino porque al tener un *munus publicum*, serían al público.

Es fundamental un fragmento de la *Glosa d.Servitute* a la ley *Generali*, CJ, 10.69(71).3: "... *quare dicuntur servi publici? Resp. quia ex eorum stipulatione quaeritur, ut stipulatione servi, maximè iis, qui non possunt stipulare, ut ff. rem pu sal fo l.3 et 4 <D, 46.6,3 y 4>; alias a serviendo, non a servando dicuntur servi, ut inst de iure perso l. 1 <IJ, 1.3.1> ut s. de dec. l. universos <CJ, 10.31.15>, licet in Tuscia <Toscana> male servetur*".

En la doctrina la cuestión ha sido repetidamente estudiada por Emilio Busi, en especial en *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune* —(Diritti reali e diritti di obbligazione), 1937, pp. 293 y ss.

(40) Conf. ARCHI, *Indirizzi...* cit. en nota 11, pp. 722-24, nota 3 a la primera de ellas.

en los primeros capítulos de la Novela 73. El instrumento *quasi publice confectum*, mero arbitrio, no llevaba a ninguna parte, porque con sus tres testigos continuaba siendo un documento privado, en griego *idiochiris*, como afirmaba el mismo LEÓN, con algún pequeño privilegio probatorio. Lo mismo ocurriría hoy con esos documentos de notario devueltos en “profesión reglamentada”, o de “relevante interés público”, a los que nos hemos referido.

CJ, 8.17(18)11, Scripturas: “...nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur”.

2.— También eludieron los glosadores el otro camino ofrecido por JUSTINIANO, la alegación o insinuación *apud acta* de los documentos tabeliónicos. Esta insinuación tenía un mayor abolengo; había sido introducida por CONSTANTINO para los escritos de las donaciones inmobiliarias, y se fue limitando a las de cierta cuantía, siempre incrementada; en el Código, a las superiores a 500 sueldos (CJ, 8.53.36.3). Pues bien, JUSTINIANO, en la Novela 73.7.3, parece generalizar, con carácter facultativo, a cualquier contrato la posibilidad de la insinuación:

Novela 73.7-3: “de quibus licebit sese liberare contrahentes, si consenserint utriusque ad hoc venire, ut insinuent instrumenta et profiteantur ea sub gestis monumentorum ipsi contrahentes”.

Esta insinuación exigía el previo instrumento *publice confectum* (41), la ulterior comparecencia de las partes ante magistrado con *ius actorum conficiendorum*, la lectura de aquel instrumento, la reiteración del consentimiento, y en fin, la extensión de un acta —documento público— en que todo ello se contenía, incluso el texto del negocio y la pres-

(41) Por esto la ley *Contractus*, CJ, 4.21.17, empieza limitándose a los contratos que no precisan insinuación, ya que los que la precisaban exigían el escrito; conf. GALLO, Filippo: “Riflessioni sulla funzione della scriptura in C.4,21,17”, en los estudios en honor de Biondi, 1965, ver pp. 417-21.

tación del consentimiento. No se trata, pues, de que el instrumento tabeliónico se sometiera al “trámite registral”, como traduce ÁLVARO D’ORS (42); la insinuación no “puede ser aproximada (*avvicinata*) en cierto sentido a una registración o a una transcripción”, como dice TALAMANCA (43), sino que consistía en la elevación a público de un documento que no alcanzaba a tener tal naturaleza. Por eso no se comprende que la insinuación de las donaciones de inmuebles, origen del sistema, perdurara —entre nosotros hasta el Código civil— tras la transformación en documento público del documento *publice confectum*, convirtiéndose en la elevación a documento público de un documento público.

(42) D’ORS, Álvaro: *Documentos y notarios en el Derecho romano post-clásico*, publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, 1.^ªI, Madrid, 1962, p. 138.

(43) TALAMANCA, *op. cit.* en nota 29, p. 555.