

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

JULIO - SEPTIEMBRE 2004



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 51, julio-septiembre 2004

La **Revista Jurídica del Notariado** no se identifica
con las opiniones expresadas por los autores en sus trabajos.

© CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO

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

Depósito legal: GU-72/92

Impreso en España - *Printed in Spain*

Gráficas Minaya, S.A., C/ Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

Consejo de Redacción:

Presidente: D. Antonio Rodríguez Adrados

Director: D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña

Secretario: D. Juan-Francisco Delgado de Miguel

Consejeros:

D. Juan Bolás Alfonso
D. Ricardo Cabanas Trejo
D. Adolfo Calatayud Sierra
D. Francisco Calderón Alvarez
D. Elías Campo Villegas
D. José-Javier Castiella Rodríguez
D.^a Ana Fernández-Tresguerres García
D. José-Manuel García Collantes
D. Francisco-Javier García Más
D. Fernando Gomá Lanzón
D. Carlos Marín Calero
D. Jesús Marina Martínez-Pardo
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Ubaldo Nieto Carol
D. Ignacio Paz-Ares Rodríguez
D. Ángel Pérez Fernández (†)
D. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

Consejo General del Notariado
Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º
28010 MADRID
Tf. 913 087 232
Fax 913 087 053
revistajuridica@notariado.org

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: “Algunas observaciones sobre las parejas de hecho”	9
EGUSQUIZA BALMASEDA, M. ^a Ángeles: “El usufructo legal de fidelidad: apuntes para una revisión”	97
GARCÍA MÁS, Francisco Javier: “Algunos comentarios a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica”	117
LÓPEZ MEDEL, Jesús: “Una aportación a la historia de la ciencia del Derecho Registral”	155
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Jurisdicción civil y Notariado”	191
ROMERO COLOMA, Aurelia María: “Problemática jurídica de los vicios testamentarios”	205
 JURISPRUDENCIA	
<i>Tribunal Supremo</i>	
GOMÁ SALCEDO, José Enrique: “El modo como elemento accesorio del negocio jurídico: naturaleza; legitimación activa (Con ocasión de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003)”	231

ACTUALIDAD JURÍDICA

Comentarios

GARRALDA VALCÁRCEL, José: "El olvidado artículo 13 del Código Civil".	249
---	-----

Notas bibliográficas

"Bicentenario festivo del <i>Code Civil</i> , reticencias francesas ante la codificación europea... Y ¿en España?". Por Gabriel García Cantero	253
--	-----

"Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo", I-IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003. Por Rafael Gibert	305
---	-----

INFORMACIÓN INTERNACIONAL

Conclusiones de la XI Jornada Notarial Iberoamericana, Buenos Aires (República Argentina), 10 a 13 de marzo de 2004	345
---	-----

Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados	355
---	-----

ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE LAS PAREJAS DE HECHO (*)

MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ

*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.*

Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ANTECEDENTES HISTÓRICOS. **III.** SITUACIÓN JURÍDICA DE LAS PAREJAS DE HECHO EN NUESTRO ORDENAMIENTO. **IV.** APORTACIÓN JURISPRUDENCIAL. **V.** LA DOCTRINA. **VI.** LEYES AUTONÓMICAS SOBRE PAREJAS DE HECHO. SU CONSTITUCIONALIDAD. **VII.** EXAMEN DE LAS DIFERENTES LEYES AUTONÓMICAS. **A)** Ley Catalana de 15 de julio de 1998 de uniones estables de pareja. **B)** Ley Aragonesa de 26 de marzo de 1999. **C)** Ley Navarra de 7 de julio de 2000. **D)** Ley de 6 de abril de la Comunidad Valenciana por la que se regulan las uniones de hecho. **E)** Ley de 19 de diciembre de 2001 de uniones de hecho en la Comunidad Autónoma de Madrid. **F)** Ley de 29 de diciembre de 2001 sobre parejas de hecho de la Comunidad de las Islas Baleares. **G)** Ley de 6 de marzo de 2003 de la Comunidad Autónoma de Canarias. **H)** Ley de 16 de diciembre de 2002 de la Comunidad Autónoma de Andalucía. **I)** Ley de 23 de mayo de 2002 sobre

(*) Un resumen de este trabajo fue leído por su autor al Pleno de Académicos de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 7 de junio de 2004.

Parejas Estables del Principado de Asturias. **J)** Ley de 7 de mayo de 2003 reguladora de las Parejas de Hecho del País Vasco. **K)** Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura. **VIII.** REFLEXIÓN FINAL.

I. Introducción

La evolución de las costumbres, la relajación de los resortes morales que servían de fundamento a nuestra sociedad han sido, junto a otros factores, la causa de que, sobre todo a partir del último cuatrienio del siglo pasado, haya hecho su aparición la convivencia, semejante a la conyugal, entre dos personas que no se han casado, bien porque no han querido, porque han querido conservar la libertad de poner fin a la unión, no sólo en el caso de que ambos estén de acuerdo, sino también por decisión unilateral de uno de ellos, o bien porque no han podido por mediar un obstáculo legal que se opone a un posible matrimonio.

A estas uniones podemos denominarlas con la expresión “parejas o uniones de hecho”, si bien no hay acuerdo en la terminología, pues se las designa con expresiones muy diferentes (1). Tampoco hay acuerdo, como veremos después, acerca de los requisitos que debe reunir la pareja para merecer como tal protección jurídica, pero sobre esta importante cuestión volveremos más adelante.

Del concepto provisional que hemos anticipado de las parejas de hecho se desprende que existen dos clases o tipos de estas parejas. El primer grupo está integrado por parejas heterosexuales que han pasado a convivir maritalmente haciendo caso omiso del matrimonio, a pesar de que hubieran podido contraerlo de haberlo querido. El segundo grupo se compone de aquellas parejas que conviven también maritalmente, pero que no se han casado porque les está vedado hacerlo vistas sus circunstancias. En esta categoría cabe distinguir dos subgrupos: el primero formado por personas heterosexuales que estuvieron casadas, pero que se separaron de hecho o de derecho de sus consortes y que, sin embargo, no llegaron a divorciarse, bien por escrúpulos religiosos, por motivaciones de carácter económico o por cualquier otra razón. El segundo subgrupo, que apare-

(1) Así, por ejemplo, unión extramatrimonial, parejas estables no casadas, unión de hecho, unión marital de hecho, unión libre, unión estable de parejas, etc. También se ha utilizado con muy poco éxito, por su significado despectivo, el término concubinato.

ce a mediados de los noventa, como consecuencia de la influencia cada vez mayor de ideologías sedicentes progresistas, es el que forman las parejas homosexuales a las que les une, aparte del deseo de establecer una comunidad de vida, también el de dar satisfacción a su, para mí, desviada, atracción sexual.

La doctrina jurídica se ha ido interesando paulatinamente, pero cada vez más a partir de la celebración del único congreso internacional de parejas no casadas, que se celebró en Italia el año 1882, hasta el punto de producir una bibliografía realmente inabarcable. Pese a su extensión, esta bibliografía, hasta donde me ha sido dado consultarla, es más bien repetitiva, porque los argumentos que se esgrimen, bien para combatir, bien para defender las uniones de hecho, son bastante similares, lo que ciertamente facilita un tanto la tarea de los estudiosos de la materia.

II. Antecedentes históricos

Aunque las parejas de hecho contempladas desde la perspectiva del Derecho moderno son un fenómeno que ha irrumpido en la vida y en el trabajo de los juristas de última hora desde hace relativamente poco tiempo, eso no quiere decir que carezca de antecedentes históricos. Los tiene y de indiscutible importancia.

Es frecuente, cuando se trata de investigar el origen histórico de cualquier institución jurídica, que se recurra ante todo al *Derecho romano*. Y en efecto en el Derecho romano se encuentra la idea que alumbra las modernas parejas de hecho en el sentido de que incluso el matrimonio se configura como una unión fáctica.

LÓPEZ BURNIOL (2) reproduce un pasaje de Álvaro D'ORS, que escribe: "En el concepto romano, hay matrimonio legítimo (*iustae nuptie*) cuando un hombre (*vir*) y una mujer (*uxor*) que reúnen los requisitos para ello (*connubium*) conviven con apariencia honorable (*honor, affectio maritalis*)". Las ceremonias que pueden celebrarse, los esponsales entre los novios, la misma adquisición de la *manus* sobre la mujer, la constitución de dote, todas éstas pueden ser pruebas de la honorabilidad, pero el matrimonio mismo no consiste más que en la convivencia y cesa con ella, es decir, por una constancia de que unilateral o bilateralmente se quiere poner fin a la convivencia (*divortium o repudium*) (3). El texto continúa un

(2) *Revista Jurídica de Cataluña*, año 158, número 3, p. 12, que escribe sobre la Ley catalana de uniones estables de pareja.

(3) Ignoro de qué texto ha sacado LÓPEZ BURNIOL el pasaje que se ha transcrito. En el mío (titulado *Derecho Privado Romano*, editado por Ediciones Universidad de Navarra) el párrafo termina en la página 230 con la frase: conviven con apariencia conyugal honorable (*honor mariti, affectio maritalis*).

poco más allá en los siguientes términos: “La honorabilidad del matrimonio consiste en la consideración social del mismo, más que en la intención subjetiva”. Para ello tienen importancia los actos sociales que inician la convivencia, y también la constitución de la dote, aunque ni unas ni otras sean, en rigor, imprescindibles. Y unas líneas más arriba concluye: “Siendo un *res facti*, el matrimonio romano se puede disolver en cualquier momento por la voluntad de cualquiera de los cónyuges debidamente notificada” (*repudium*). Se extingue también por la muerte o por la pérdida de la libertad o de la ciudadanía de un cónyuge. D’ORS recoge aquí el parecer unánime de todos o casi todos los romanistas. El matrimonio, sobre todo en el Derecho clásico, es fundamentalmente una unión de hecho constituida por la concurrencia de dos elementos: uno material, la convivencia, *deductio*, y otro espiritual, el ánimo de estar casados, *affectio maritalis*. De aquí su relativo parecido con la *possessio*, con la que a veces se le compara en las fuentes, y de aquí también que el matrimonio se extinga cuando desaparece uno de los dos elementos que lo constituyen (4). En vista de esta ausencia de formalidades del matrimonio en el Derecho romano clásico se ha llegado a decir que “consecuentemente, muchas de las que hoy consideramos uniones de hecho hubieran sido consideradas con toda normalidad, antes del Concilio de Trento, como auténticos y válidos matrimonios” (5). Esta apreciación es equivocada, porque no obstante ser el matrimonio romano una unión fáctica, de ella surgían todos los derechos y deberes propios del estado conyugal.

Mayor parecido con las uniones de hecho presenta el concubinato. En el Derecho romano —escribe JORS KUNKEL (6)— se conoció otra forma de comunidad conyugal permanente además del matrimonio. Se distinguía de él tanto por la posición social que ocupaba la concubina como por la situación jurídica de los hijos. Aquella no disfrutaba de la consideración de mujer casada, le faltaba el *honor matrimonii*. Los hijos, igual que los demás no matrimoniales no entraban bajo la potestad de la familia del padre, sino que seguían la condición personal de su madre. El concubinato era la única forma posible de unión con libertos y mujeres tachadas sin infringir los preceptos de la *lex Julia de adulteriis* dictada por el emperador AUGUSTO. Al prohibir las leyes imperiales de este emperador pre-

(4) Véase en este sentido ARIAS RAMOS: *Derecho romano*, p. 470; JORS KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, p. 394, aunque se refiere a las formas antiguas y formales de celebración del matrimonio; BONFANTE: *Instituciones de Derecho Romano*, p. 181; ALBERTARIO: *Studi di Diritto Romano*, I, p. 201, donde distingue el *Honor matrimonii* de la *affectio maritalis*, esto es, la manifestación de ser marido y mujer hecha al exterior o recatada a la esfera de la intimidad, *affectio maritalis*.

(5) Cfr. LÓPEZ BURNIOL, ob. cit., p. 645.

(6) Ob. cit., p. 401.

cisamente a las clases elevadas el matrimonio con aquellas personas, pero permitiendo –por lo menos tácitamente– el concubinato con ellas, éste fue hasta cierto punto corriente en la práctica de la época imperial, e incluso los mismos emperadores no vieron inconveniente en admitirlo. Pero en tiempos de los emperadores cristianos el concubinato se consideró como algo inmoral. CONSTANTINO lo persiguió con sanciones y trató de estimular a los concubinos para que contrajesen matrimonio otorgándoles el efecto de la legitimación de los hijos. JUSTINIANO siguió otro procedimiento al asimilarlo en cierto modo al matrimonio, bien que de rango inferior. D'ORS nos dice (7) que ciertas prohibiciones sociales impedían el matrimonio, pero la convivencia existente tenía cierto reconocimiento como concubinato. La legislación cristiana, a la vez que reprueba toda convivencia marital ilegítima, admite el concubinato como relación honesta (incompatible por tanto con otro matrimonio) y sólo se opone a su legitimidad una prohibición que no es legal, sino social.

Las relaciones sexuales fuera del matrimonio, dice BONFANTE (8), con una persona de condición honesta eran castigadas severamente por la *lex Julia*, enérgica favorecedora de los matrimonios. En cambio, el concubinato no era castigado por la ley; antes bien, ya a causa de las penas graves contra el *stuprum*, o sea, la relación sexual con una mujer de condición honesta, ya a causa de la prohibición de las nupcias entre senadores y libertas o mujeres de teatro, entre gobernadores y mujeres de la provincia, el concubinato se difundió extensamente en la sociedad imperial. Y si jurídicamente el concubinato era una institución meramente tolerada, pero fuera del Derecho en el mundo pagano, en el lado ético y en los usos sociales no se confundía en absoluto con las uniones transitorias y voluptuosas. Bajo este aspecto, *meramente social*, bien se puede decir que el concubinato vino a constituir una especie de matrimonio morganático. El concubinato era la cohabitación con una mujer de baja condición, en general una liberta, o sea con una mujer *in quas stuprum non committitur*, sin *affectio maritalis*. Este carácter negativo, atestiguado por la ausencia de *honor matrimonii*, hacía que el concubinato no se confundiese fácilmente con la relación conyugal; por otra parte, los preceptos legales establecían que la cohabitación con persona ingenua y honrada era siempre matrimonio, de lo contrario se incurría en delito de *stuprum*.

Nuestro compañero José María CASTÁN, que dedicó una comunicación sobre las uniones de hecho (9) bien que principalmente histórico, dijo que

(7) Ob. cit., p. 230.

(8) Ob. cit., p. 107.

(9) "Observaciones sobre la situación jurídica de las personas no casadas", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 24, pp. 139 y ss.

el concubinato, como es bien sabido, fue el término empleado ya por el Derecho romano y que ha perdurado hasta este siglo, bajo diferentes nombres, como unión libre, unión de hecho o unión extramatrimonial, matrimonio de hecho, matrimonio de facto, matrimonio informal, matrimonio por equiparación, y el sencillo término parejas no casadas; estas situaciones se han multiplicado en muchos países a lo largo de los últimos años, de tal manera que desde hace medio siglo se ha desarrollado en tales proporciones que, frente al matrimonio, unión legítima, contrato solemne previsto y regulado por la ley, se ha establecido este remedo de matrimonio.

La historia de Roma —continúa CASTÁN— nos da testimonio de la existencia de parejas que vivían en concubinato y el Derecho romano nos ofrece textos referentes a los efectos jurídicos de esta situación. El concubinato permite una unión allí donde el matrimonio está prohibido. Recuerda CASTÁN algunas de las prohibiciones matrimoniales que se dictaron basadas en motivos sociales, como la prohibición de contraer matrimonio con prostituta, con mujer adúltera o con mujer comediente. Se prohibió también a los militares durante su servicio, a los gobernadores con mujeres de sus provincias y a los senadores casarse con liberta. En estos casos se entiende que el concubinato puede reemplazar al imposible matrimonio, porque las prohibiciones de celebrarlo obedecían a razones puramente sociales que no tendrían la misma incidencia sobre esa unión más discreta que constituye el concubinato, que en cualquier caso, agregamos nosotros, no se equiparó desde el punto de vista jurídico al matrimonio.

Si del Derecho romano pasamos a la Edad media encontramos asimismo situaciones de convivencia que no son matrimonio. Los fueros municipales en España admitieron al lado del matrimonio solemne el matrimonio puramente privado denominado *a yuras*. Bastaba para que se considerase constituido con que el marido y la mujer consintieran en casarse sin necesidad de cumplir ninguna formalidad para que se entendiera que efectivamente habían contraído matrimonio, y a partir de esta celebración carente de formalidades se reputaba casada a la pareja, que pasaba a convivir conyugalmente. Estas particularidades aproximan indudablemente el matrimonio *a yuras* a las actuales parejas de hecho, pero la asimilación no es posible porque los matrimonios *a yuras* eran admitidos por la Iglesia y surtían efectos canónicos, es decir, eran verdaderos matrimonios. La ley civil era contraria a ellos, pero los autorizaba para no ponerse en contradicción con el Derecho eclesiástico (10).

Independientemente de estos matrimonios ausentes de formalidades, las Siete Partidas reconocieron la existencia de uniones libres, a las que

(10) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español común y foral*, tomo quinto, *Derecho de familia*, p. 132.

dieron el nombre de *barraganía* y les confirieron determinados efectos jurídicos.

El texto alfonsino consagra a la materia en el título 14 de la 4.^a Partida, que se titula “De las otras mugeres que lienen los omes, que no son de bendiciones”. Las palabras iniciales del título tratan de justificar el criterio permisivo del legislador: “Barraganas –dice el proemio– defiende Santa Iglesia que non tenga ningun Christiano porque biven con ellas en pecado mortal. Pero los sabios antiguos que fizieron las Leyes, consintieronles que algunos las pudiesen tener sin pena temporal: porque tovieron que eran menos mal, de aver una que muchas. E porque los fijos que nascieron de ellas, fuessen mas ciertos”. Dos fines –dice CASTÁN– se ponen así de relieve por el propio legislador: uno moral, la búsqueda del mal menor; otro, jurídico, la posibilidad de determinar mejor la filiación de los hijos no matrimoniales.

Así como el matrimonio *a iuras* no es un antecedente de las parejas de hecho, sí lo es, por contrario, la barraganía.

Pero este criterio permisivo no iba a durar demasiado tiempo. El Concilio de Trento acaba con la posibilidad de celebrar matrimonios que no cumpliesen los requisitos formales exigidos por la legislación canónica, declara la absoluta indisolubilidad del matrimonio que persiste entre los esposos hasta el fallecimiento de uno de ellos, y proscribe, considerándolas ilícitas y pecaminosas, toda relación sexual al margen del matrimonio, que será considerada pecado mortal. Así aparece recogido en el decreto Tametsi, promulgado el 11 de noviembre de 1563.

Esta doctrina es la que sigue la legislación española hasta tiempos muy cercanos. El Código Civil, en su versión primigenia, considera indisolubles, salvo por la muerte, tanto el matrimonio canónico como el civil, que se había admitido siguiendo el ejemplo de la Ley de Matrimonio civil, de vida efímera y que, por lo demás, aplicaba al matrimonio civil una normativa calcada de la legislación canónica, salvo en lo referente a la forma de celebración. Es decir, que ni siquiera casándose civilmente (posibilidad que se fue haciendo cada vez más dificultosa) podían los esposos romper el vínculo conyugal. Este estado de cosas dura nada menos que hasta 1981, en el que se dictan dos leyes que modifican profundamente el que hasta hace poco se ha llamado nuestro primer cuerpo legal. Son las Leyes de 13 de mayo de 1981, que modifica sustancialmente nuestro Derecho de familia y la de 7 de julio del mismo año que introduce por primera vez en España el divorcio vincular aplicable a todos los matrimonios, independientemente de la forma civil o religiosa (incluida la canónica) en que se hubieran celebrado.

Justamente a esta absoluta prohibición de ruptura del vínculo matrimonial se achaca, creemos que con razón, la aparición en el Derecho mo-

dero de las parejas de hecho (11). En efecto, la indisolubilidad del matrimonio, se quiera o no, es fundamentalmente un principio dogmático ligado por la Iglesia al carácter sacramental que se atribuye al matrimonio, pero que no puede impedir que los matrimonios fracasen y que cada uno de los esposos se busque la vida por su cuenta y acaba ligándose con una relación, si se quiere prohibida por la ley, con persona de distinto sexo con la que convive maritalmente.

Aunque este fenómeno es seguramente antiguo no se manifiesta externamente hasta época reciente. No tanto la interdicción legal, sino sobre todo el rechazo social obligan a la pareja a mantener ocultas sus relaciones, que se desenvuelven casi siempre en la clandestinidad. Y aunque este estado de cosas se ha prolongado hasta bien superados los dos tercios del siglo veinte poco a poco se va dulcificando la rigidez de los valores morales, hasta el punto que la vida de estas parejas de hecho sale de la clandestinidad y la sociedad, mayoritariamente, acaba por irlas aceptando.

Tan es así que alguno de estos convivientes se atreven a plantear reclamaciones ante los Tribunales. Sirva de ejemplo el caso que resolvió la sentencia del Tribunal Constitucional 180/2001, al decidir un recurso de amparo contra la resolución que había denegado a la recurrente el derecho a percibir una prestación por la prisión que, por motivos políticos, sufrió tras la guerra civil española, el que entre 1931 y 1971 había sido su compañero, ya fallecido. El Tribunal Constitucional acoge el amparo, por considerar discriminatoria la denegación de la prestación prevista en la Ley que la concedió (12) para quienes estaban casados cuando sufrieron esa prisión al tiempo del fallecimiento y no para quienes convivieron en unión libre. Se acoge al amparo porque es discriminatoria la diferencia de trato entre casados y convivientes en unión libre, cuando éstos no pudieron contraer matrimonio por una causa inadmisibile constitucionalmente. A juicio del Tribunal Constitucional, denegar a la compañera supérstite el derecho a percibir la prestación, en aplicación de la Ley de 1990, habría implicado proyectar al tiempo posterior a la entrada en vigor de la Constitución de 1978 las consecuencias de una legislación inadmisibile constitucionalmente (13). No hay que exagerar la trascendencia de esta resolución, que se limita a resolver el caso que se le presentó sin la pretensión de establecer una doctrina general. En cambio, como veremos después, en bastantes senten-

(11) Véase en este sentido GARRIDO MELERO: *La Notaría*, número de julio-agosto de 1998, p. 39.

(12) Ley 4/1990.

(13) El sistema matrimonial vigente al tiempo del fallecimiento (1971) era contrario a la libertad religiosa, y en virtud del cual sólo podían contraer matrimonio civil los que no profesaran la religión católica, para lo cual debían los bautizados acreditar este extremo, sin que bastase la simple declaración de los interesados.

cias el Tribunal Constitucional ha entendido que el matrimonio y la unión libre no son situaciones equivalentes, pudiendo el legislador reconocer derechos a los casados y no a los que conviven unidos libremente (14).

Justamente al reconocer nuestra legislación el divorcio vincular se ha dicho (15) que la desaparición de la inmutabilidad temporal del matrimonio lleva consigo la posibilidad de que muchas de las personas que convivían *forzosamente* en la etapa preconstitucional puedan optar por continuar en dicha situación o por contraer matrimonio (si previamente se divorcian, claro está) y desde el momento que depende de la voluntad de los convivientes, el legislador se considera legitimado y también obligado a configurar estatutos diferentes para estas situaciones; si uno no se casa es porque no quiere y por lo tanto es porque no quiere someterse a la institución matrimonial, con todo lo que ello comporta de deberes y derechos.

(14) Llegados a este punto hace falta tener en cuenta que la disposición adicional 10 de la Ley de 7 de julio de 1981, cuya regla 5.^a fue derogada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, dispone:

“Con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva a la correspondiente legislación, en materia de pensiones y Seguridad social regirán las siguientes normas:

1.^a A las prestaciones de la Seguridad social, sin perjuicio de lo que se establece en materia de pensiones en esta disposición adicional, tendrán derecho el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, con independencia de que sobrevenga separación o divorcio.

2.^a Quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios a que se refiere el apartado primero de esta disposición y a la pensión correspondiente conforme a lo que se establece en el apartado siguiente.

3.^a El derecho a la pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio.

4.^a Los que se encuentren en situación legal de separación, tendrán los mismos derechos pasivos respecto de sus ascendientes o descendientes que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.”

Prescindiendo de analizar esta desafortunada disposición conviene subrayar:

1) Que en su número dos viene a corroborar la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional que se reseña en el texto, aunque con alguna variante.

2) Que de los números 1.^o) y 3.^o) se deduce que sólo tienen esas prestaciones los casados, pero no los miembros de las parejas de hecho, lo que va en contra de los progresivos avances de la jurisprudencia, que de un modo u otro no quiere dejar sin protección al conviviente perjudicado, llegando la sentencia de 5 de julio de 2001 a reconocer al conviviente de hecho separado la pensión compensatoria fundándose en la analogía, y la doctrina, aun la más conservadora, acepta que se remedie de alguna manera al conviviente al que la unión de hecho le ocasionó algún perjuicio.

Finalmente, la ambigüedad con que se produce el número no permite saber si entre la pensión de viudedad y demás derechos pasivos por razón de fallecimiento se incluye o no la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, confusión en que también incurre la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

(15) GARRIDO MELERO: ob. cit., p. 41.

Esta última afirmación es muy cierta siempre que la refiramos a los solteros o viudos que efectivamente viven como pareja de hecho porque no han querido casarse, pero no lo es tanto a los que para contraer matrimonio han tenido que pasar previamente por el trámite del divorcio. Y divorciarse, como antes he dicho, no siempre es tan fácil. Por eso pienso que no es justo sustraer el régimen especial que se trace para las parejas de hecho a los que conviven conyugalmente, no obstante estar casado con otra persona de la que no han llegado a divorciarse, supuesto que no puede equipararse a los que no se han casado simplemente porque no han querido, ya que ningún obstáculo se lo impedía. Reconocemos, sin embargo, como después se verá, que la mayor parte de las Leyes autonómicas reguladoras de la situación jurídica de las parejas de hecho no incluyen en el concepto a las personas casadas, sin distinguir si están o no separadas de hecho o de derecho.

Pasemos a estudiar a continuación cuál es la situación jurídica de las parejas de hecho desde el punto de vista del Derecho positivo español.

III. Situación jurídica de las parejas de hecho en nuestro Ordenamiento

Extraña que habiendo despertado un inusitado interés el tema de las parejas de hecho, hasta el punto de que las aportaciones doctrinales sean, como se ha dicho, numerosísimas y que incluso la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo sea más que estimable, extraña, repito, que a pesar de todo eso no exista todavía una ley estatal sobre la materia. En la recién terminada legislatura se presentó un proyecto de ley, bajo el título de “Uniones civiles”, de corte restringido; fue objeto de numerosas enmiendas que no fueron aceptadas y que, por fin, quedó en nada. El Partido Socialista Obrero Español proyecta dar a luz una ley general sobre parejas de hecho que comprenderá, según se ha anunciado, la posibilidad incluso de que las parejas homosexuales contraigan matrimonio entre sí. Esperemos que transcurra bastante tiempo hasta que ese proyecto comience a convertirse en realidad y que en el entretanto sus autores recuperen el sentido común.

Contrasta con ésta, hasta ahora, penuria legislativa estatal la profusión de leyes sobre parejas de hecho que con diferentes título y alcance han producido las Comunidades autónomas, sin pararse a reflexionar (y si lo han hecho han resuelto la cuestión en sentido afirmativo) sobre si constitucionalmente tienen competencia para legislar sobre tan delicada materia. Posteriormente dedicaremos alguna atención a este tema, así como al contenido de esas leyes, que son hasta ahora y que yo sepa nada menos que once, de suerte que parece que la obsesión legiferante que padecen

los órganos legislativos del Estado (excepción hecha de la promulgación de una ley sobre el tema que nos ocupa) se ha contagiado a las Comunidades autónomas. Al final expondremos la parte sustancial de esas disposiciones legislativas que, sin embargo, y a pesar de su número, no han podido resolver los problemas que plantean las parejas de hecho, ya que cada una de ellas tiene un ámbito limitado de aplicación y su contenido, además, difiere en algunos puntos, como tendremos ocasión de comprobar.

Vamos a examinar a continuación en primer lugar la aportación jurisprudencial a la materia que estamos estudiando, después de las distintas opiniones vertidas sobre el tema y, por último, las principales disposiciones contenidas en las Leyes comunitarias de que hemos hecho referencia.

Antes, sin embargo, resulta conveniente citar algunos artículos del Código Civil que aluden a las parejas de hecho y aquellas disposiciones de ciertas Leyes especiales que contienen alusiones al tema.

En este sentido se citan: el artículo 101; en él se dice “El derecho a la pensión (compensatoria) se extingue por el cese de la causa que la motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio, o por vivir maritalmente con otra persona”; el artículo 135 (hoy derogado), a cuyo tenor podrá declararse la filiación... “por la convivencia con la madre en la época de la concepción”, y el artículo 320.1, según el cual “el juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor”. Podemos citar también la Disposición transitoria octava de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguros en la Circulación de Vehículos a Motor, en la que se establecen una serie de baremos en los que se determina con carácter vinculante el importe de las indemnizaciones de los daños causados a las personas en un accidente de circulación. Esta Ley ha sido objeto de diferentes modificaciones, la última que sepamos que ha llevado a cabo la Resolución de 20 de enero de 2003, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que en lo fundamental no ha alterado el punto que a nosotros interesa.

En ambas disposiciones se habla del “cónyuge no separado legalmente al tiempo del accidente” y se añade que “las uniones conyugales consolidadas se asimilarán a las uniones de derecho”.

La norma nos parece censurable en razón de su terminología. No tiene sentido si el precepto quiere referirse a las uniones de hecho, como parece claro, que hable de “uniones conyugales de hecho”; sobra la expresión “uniones conyugales” porque precisamente las parejas de hecho no son “uniones conyugales”.

La otra cuestión a que se refieren esas uniones de hecho es puntualizar si incluyen también a las constituidas por dos homosexuales. Quizá

podiera responderse afirmativamente siguiendo la distinción que señala PANTALEÓN inspirándose en ROPPO (16), distinción que puede sernos útil para resolver otros problemas relacionados con el régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho.

Hay que distinguir, se dice, creemos con razón, las normas cuyo objeto específico es regular la convivencia entre un hombre y una mujer, casados o no, y, por otro lado, las que regulan un tema completamente diferente, como responsabilidad por daños, arrendamientos, etc. En las primeras, los aspectos personales y patrimoniales específicos de la relación de convivencia es el elemento relevante, y en la que cabe, añadimos nosotros, diferenciar el tratamiento convivencial y sus consecuencias, según se trate de matrimonio o parejas de hecho; mientras que en las segundas la relación de convivencia no es sino un dato del que la norma “toma nota” por así decirlo, como uno de los presupuestos de su aplicación. Pensamos que si se tiene en cuenta esta distinción no se ven inconvenientes decisivos que se opongan al reconocimiento de indemnizaciones por causa de muerte al sobrevivimiento de una pareja homosexual.

Quizá responda a esta diferenciación el artículo 26 b) de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 29 de noviembre de 1994, que apartándose de lo que disponía el artículo 58 de la anterior (corregido como después veremos por el Tribunal Constitucional) disponía que “la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común (está claro que la Ley se refiere también a las parejas heterosexuales, en cuyo caso bastará la mera convivencia), podrá subrogarse *mortis causa* en el contrato de arrendamiento.

Finalmente hay que hacer una referencia a la adopción. La disposición adicional tercera de la Ley de 11 de noviembre de 1987 dispone que las referencias de esta Ley (el Código Civil en sede de adopción artículo 175.1) a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y a la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal. El precepto importa en un doble sentido: primero, porque contiene una definición (aunque sólo desde el punto de vista de la adopción) de las parejas de hecho, y segundo, porque excluye la adopción conjunta por homosexuales.

De los preceptos citados se sigue, pues, que la legislación estatal no

(16) Citado por BARCELÓ DOMENECH, en *Las uniones de hecho y la indemnización por muerte en accidente de circulación*, p. 120.

desconoce la existencia de parejas de hecho, pero es evidente, asimismo, que estos apuntes no bastan para esclarecer el régimen jurídico de las parejas de hecho, heterosexuales y homosexuales.

Para ello es necesario examinar, de un lado, la aportación jurisprudencial y, de otro, las opiniones doctrinales, para determinar con el examen de los principales problemas que plantean las legislaciones autonómicas.

IV. Aportación jurisprudencial

Aunque tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han tenido que entender de supuestos diferentes, en ellos hay una declaración común: la necesidad de separar el matrimonio de las meras uniones de hecho. “El matrimonio y la unión libre” –dice la sentencia 184/1990–, recogiendo ideas ya formuladas en Autos anteriores del mismo Tribunal, no son situaciones equivalentes, pudiendo el legislador reconocer derechos a los casados y no a los que conviven unidos libremente. Este derecho a no contraer matrimonio es una manifestación de la autonomía de la voluntad que es expresión del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En definitiva, el Tribunal Constitucional declaró que no era contrario a la Constitución que el artículo 160 de la Ley General de la Seguridad social concediera derecho a la pensión de viudedad solamente al que había estado casado con el cotizante fallecido, negándosele, por tanto, al conviviente de hecho por muerte de su pareja.

A partir de esa sentencia el Tribunal Constitucional ha dictado una serie de sentencias similares. Cabe citar las sentencias 29/91, 30/91, 31/91, 35/91, 38/91, todas ellas de 14 de febrero. En ellas se sostienen análogos criterios con identidad de argumentos para sostenerlos.

Hay un cambio de dirección en la doctrina del Tribunal Constitucional cuando se trata de la aplicación del antiguo artículo 58 de la anterior de Arrendamientos Urbanos, que atribuía el derecho de subrogación *mortis causa* a la muerte del inquilino solamente a su cónyuge. Se discute la posible inconstitucionalidad de ese artículo, por ser contrario a los artículos 14 y 39 de la Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional 222/92 entiende que, en efecto, el artículo 58.1 de la LAU es contrario a la Constitución por discriminatorio; por consecuencia, acoge el amparo y entiende el derecho de subrogación *mortis causa* al conviviente de una unión de hecho por muerte de su compañero.

El mismo tema se plantea ante el Tribunal Constitucional y éste lo resuelve en el mismo sentido que la sentencia que acabamos de citar. Se trata de la sentencia 14/1993. Como sabemos, el problema ha sido definitivamente resuelto por el artículo 26 de la vigente Ley de Arrendamien-

tos Urbanos, que concede el derecho de subrogación *mortis causa* al conviviente que ha vivido en relación permanente, cualquiera que sea su orientación sexual. Derecho que se reconoce al conviviente unido homosexualmente a su pareja.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema es más copiosa. Pero antes de entrar en el examen de las que consideramos más interesantes, queremos destacar un dato por lo menos curioso. La mayor parte de las sentencias del Tribunal Supremo referentes a las parejas de hecho tienen por objeto decidir sobre reclamaciones planteadas por un conviviente (generalmente la mujer) cuando la relación de convivencia ha terminado por decisión unilateral de la otra parte para resarcirse de los perjuicios reales o supuestos que le ha producido la relación de convivencia. Lo curioso es que, para defender su pretensión, la demandante y después recurrente se apoya en normas dictadas para el matrimonio. Resulta paradójico que quien voluntaria y conscientemente ha prescindido de la institución matrimonial porque quiere escapar a las obligaciones y vínculos que el matrimonio impone, cuando las cosas van mal dadas, se acuerde de la institución de la que en su día hizo caso omiso.

Vamos a examinar las sentencias que tocan estos temas, pero previamente resulta interesante examinar la cuasidefinición que de la unión de hecho ha dado la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992. Unión de hecho –dice el Supremo– es aquella que se desarrolla “en régimen convivencial 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 una comunidad de vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar”.

Discrepamos en muchos puntos de esta definición que, sin embargo, con algunos reparos le parece a GAVIDIA SÁNCHEZ plenamente asumible (17). Por nuestra parte entendemos que la sentencia exagera al exigir la estabilidad en los términos en que lo hace. Por supuesto, no se puede considerar que se da una pareja de hecho cuando se trata de uniones concebidas ya desde el principio como efímeras o pasajeras sin intención de crear una comunidad de vida.

Descartadas este tipo de uniones, todavía la posibilidad de disolución de las uniones de hecho han llevado con frecuencia en el pasado a negar su carácter estable (18). Una vez –se dice– que aquella posibilidad deja de ser la nota diferencial respecto del matrimonio, con la admisión del

(17) *Aranzañi Civii*, número 6 del 2002.

(18) Cfr. ESTRADA ALONSO: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho español*, 2.ª edición, pp. 51 y ss.

divorcio, algunos autores siguen haciendo hincapié en la menor estabilidad de la pareja no casada. Es decir, la estabilidad de la unión libre, por contraposición al matrimonio, no deja de ser una estabilidad referida a la convivencia pasada y actual, y cuya proyección hacia el futuro carece de cambio de la naturaleza institucional que caracteriza al matrimonio. Es decir, la disolubilidad es hoy común al matrimonio y a las parejas no casadas, o continúa caracterizando a las segundas una mayor facilidad para la ruptura, posible incluso por la voluntad de uno de los componentes, sin necesidad de dejar transcurrir plazo desde la separación –pues la propia separación extingue la convivencia– siempre que no sea una separación circunstancial debida a motivos laborales o a otros extrínsecos a la relación de pareja.

Estoy plenamente de acuerdo con estas apreciaciones, sobre las que tendré ocasión de profundizar más adelante.

Después de lo dicho se comprenderá que me parezcan exageradas las declaraciones de la sentencia de 18 de mayo de 1992 cuando dice que la unión de hecho “se caracteriza por desarrollarse en un régimen convivencial 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 una comunidad de vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar”.

No niego que puedan existir situaciones que respondan a las características descritas, pero se me reconocerá que son la minoría. A mi juicio, la estabilidad de las parejas de hecho hay que entenderla como la unión de dos personas de distinto sexo (nos referimos a las parejas heterosexuales) que se proponen vivir juntas al modo de matrimonio sin prever cuánto durará la vida de la pareja y conscientes de que puede disolverse sin más que uno lo quiera. Por eso me parece inútil tratar de acotar la pretendida estabilidad dentro de plazos más o menos arbitrarios.

Un problema importante que sepamos no ha sido resuelto por el Tribunal Supremo es el de precisar si la unión de hecho requiere para existir la *affectio maritalis*. Aunque no acabo de ver claro qué papel juega este concepto romano referido al matrimonio en las uniones de hecho, creo que hay que entenderlo en el sentido de exigir a los convivientes la voluntad de vivir como si fueran marido y mujer. Este requisito presupone normalmente que entre los convivientes existirán relaciones sexuales. La jurisprudencia menor en algún caso ha entendido que la ausencia de tales relaciones son necesarias para diferenciar la unión de hecho de las relaciones de pura amistad; así la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de abril de 1994 y la de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de abril de 1998. A mi juicio, este problema debe resolverse

afirmativamente. Se ha opuesto que la exigencia de este requisito como esencial tropezaría con dificultades respecto de la prueba que, de llevarse hasta sus últimas consecuencias, sería contraria a la intimidad de la persona (19). A mi juicio, este planteamiento no es acertado. Naturalmente que no es admisible una prueba cabal de la existencia entre los convivientes de relaciones sexuales. Basta la presunción de que estas relaciones existen en una pareja que vive conyugalmente. Otra clase de prueba sólo sería necesaria para demostrar que no existen, aunque también aquí puede jugar la prueba de presunciones según la índole de relación que medie entre la pareja, como hicieron las sentencias de las Audiencias Provinciales de Pontevedra y Madrid ya citadas.

Veamos ahora las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado en términos generales sobre la aplicación a las parejas de hecho de instituciones o normas que rigen el matrimonio, para después ocuparnos particularmente de las que han resuelto las reclamaciones del conviviente superviviente por razón de los perjuicios que le ha irrogado la convivencia mientras duró.

Examinaremos sumariamente el primer grupo de sentencias.

La sentencia de 18 de mayo de 1992 rechazó la aplicación por analogía de las normas del régimen económico del matrimonio. En su lugar consideró que había un pacto tácito de comunidad de bienes sobre los adquiridos por uno de los convivientes con el dinero obtenido por la explotación de negocios compartidos por ambos, por lo que consideró que la titularidad exclusiva del adquirente era meramente fiduciaria.

En la sentencia de 21 de octubre de 1992 se dijo que la unión libre no genera un régimen económico, con independencia de que por pacto expreso o tácito se acuerde la aplicación de alguno de ellos. Se afirmó que en el caso de autos, para poder considerar comunes los bienes adquiridos por uno de los convivientes haría falta la prueba del pacto expreso o de la aportación de ganancias al fondo común.

La sentencia de 18 de febrero de 1993 rechaza la equiparación de la unión libre al matrimonio y la aplicación a aquélla, en defecto de pacto, de normas del régimen económico conyugal.

En la sentencia de 27 de mayo de 1994 se planteó si a una unión libre eran aplicables por analogía las normas del régimen económico de ganancias sobre su disolución. Considero que no existe identidad de razón para aplicar el régimen económico conyugal, entre otras razones porque los convivientes no quisieron la institución matrimonial.

La sentencia de 11 de octubre de 1994 rechazó una vez más la apli-

(19) *Vid.* en este sentido GARCÍA POSADA: ob. cit., p. 1070, y GAVIDIA SÁNCHEZ: ob. cit., p. 45.

cación analógica de las normas del régimen de gananciales al no ser en realidad equiparable la unión libre y el matrimonio.

La sentencia de 20 de octubre de 1994 negó que el mandato constitucional de protección a la familia, contenido en el artículo 39.1 de la Constitución, impusiera aplicar a las uniones libres normas sobre el matrimonio, concretamente sobre su disolución.

La sentencia de 24 de noviembre de 1994 rechazó la aplicación analógica de la norma contenida en el artículo 1.438 del Código Civil por la misma razón por la que no procede la de las normas sobre gananciales.

La sentencia de 4 de marzo de 1997 negó una vez más la analogía con las normas del régimen económico de gananciales.

La sentencia de 4 de abril de 1997 consideró improcedente aplicar al caso de autos por analogía la presunción de ganancialidad para declarar la copropiedad de una vivienda escriturada a nombre de uno de los convivientes, pero no porque no fuera posible en hipótesis tal aplicación, sino porque se consideró probada la voluntad de los convivientes por el comportamiento que observaron durante su convivencia, contraria a regirse por las normas propias del régimen de gananciales. Esta resolución —observa GAVIDIA SÁNCHEZ— (20) adoptó un criterio diametralmente opuesto al mantenido hasta entonces sin fisuras, puesto que partió de la aplicabilidad de las normas de gananciales, salvo que constase la voluntad contraria de las partes, cuando antes venía exigiendo el pacto para que fueran aplicables las normas legales tanto del régimen económico de gananciales como de separación de bienes. Estimamos fundada la crítica de GAVIDIA SÁNCHEZ, pero creemos que las declaraciones que la sentencia hace en este sentido son más bien *obiter dicta*.

A la vista de estas sentencias, GAVIDIA SÁNCHEZ (21) se pregunta cuál es el régimen económico de las uniones libres. Por el momento, dice el autor, hay que constatar que no se ha admitido el recurso a la analogía para aplicar a las uniones libres ni el régimen de gananciales ni el de separación de bienes. La doctrina mantenida sobre este punto permite afirmar que la existencia de una convivencia *more uxorio* sólo permite la aplicación de tales reglas cuando así lo hayan pactado los convivientes. Como normalmente no hay pacto expreso demostrable, se da relevancia a hechos como la existencia de cuentas bancarias comunes, la explotación en común de negocios, o por el contrario mantenían intereses económicos separados y no compartían las ganancias.

GAVIDIA sostiene que los convivientes pueden pactar las normas propias del régimen de gananciales o de cualquier otro, sin que por eso se

(20) Ob. cit., p. 55.

(21) Ob. cit., pp. 57 y ss.

esté renunciando a la libre ruptura de la unión, que en su opinión, también en la mía, es irrenunciable. Me permito discrepar de esta autorizada opinión. Las normas sobre disolución de la sociedad de gananciales no permiten sostener que la sociedad se disuelve cuando así lo solicite uno de los convivientes, que sería lo congruente con su libertad de poner fin a su unión cuando lo solicite uno de los integrantes de la pareja. Si se confrontan los artículos 1.392 y 1.393 del Código Civil se comprobará que ninguno de los supuestos legales de disolución incluye la voluntad unilateral de uno de los cónyuges. El supuesto que más se aproxima es el contemplado por el número 3 del artículo 1.393; llevar separado de hecho más de un año, por acuerdo mutuo o por abandono del hogar. Lo que ocurre en ese caso es que antes de la disolución de la sociedad de gananciales se habrá extinguido la unión libre. Lo mismo puede decirse del régimen de participación, que en cuanto a su disolución se aplican las normas que sobre el particular contiene el régimen de la sociedad de gananciales al que se remite el artículo 1.415 del Código. En cuanto al régimen de separación nada dice la Ley sobre su disolución, pero creemos que la estabilidad del régimen económico conyugal postula que cualquiera de los regímenes establecidos sólo pueda disolverse cuando así lo disponga la ley, o los cónyuges los decidan de común acuerdo mediante pacto formalizado en capitulaciones matrimoniales.

Por otra parte, me parece que en cierto modo GAVIDIA se contradice al afirmar que, en defecto de previsión legal o de pacto al respecto, los jueces o tribunales no pueden aplicar a la unión libre las reglas propias del régimen económico de los matrimonios. A mi juicio, en ninguno de los dos casos. Se debe rechazar el pacto expreso o tácito por las razones expuestas y no nos parece que el legislador pueda aplicar a la unión libre unas normas dictadas exclusivamente para el matrimonio que ha sido deliberadamente rechazado por los que han decidido prescindir de él.

Veamos ahora las sentencias que se refieren exclusivamente a la reclamación de indemnización de los perjuicios que el demandante, una vez concluida la unión, cree que ésta le ha causado y, concretamente, si cabe conceder al perjudicado la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil, si se estima que dicho precepto es aplicable por analogía.

La sentencia de 11 de diciembre de 1992, aunque no se refiere directamente al derecho a percibir una pensión compensatoria, es interesante porque es la primera vez que el Tribunal Supremo se plantea el problema de si procede abonar una indemnización al conviviente que se ha dedicado a las tareas domésticas, cuando la unión se rompe.

En el caso, y como consecuencia de la crisis de una pareja de hecho, la mujer, que había convivido durante ocho años, solicitó que se le adju-

dicaran la mitad de los bienes adquiridos durante el período de convivencia, bien apreciando una comunidad de bienes o, subsidiariamente, el régimen de gananciales. En su defecto pide ser indemnizada en una determinada cantidad. En primera instancia se accede a la pretensión indemnizatoria y la Audiencia también, aunque rebaja la cantidad.

El Tribunal Supremo rechaza tanto la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil como la aplicación analógica del artículo 97, relativo a la concesión de una pensión compensatoria, pero concede el derecho a la indemnización aplicando los principios del enriquecimiento injusto.

La sentencia de 30 de diciembre de 1994 se refiere a un caso en que rota la convivencia *more uxorio*, la mujer solicita la atribución del uso de la vivienda familiar, una pensión mensual y una cantidad en concepto de *litis expensas*. Las peticiones son desestimadas en primera instancia, pero la Audiencia estima las peticiones de la apelante. Por considerar que las uniones de hecho son una familia a los efectos del artículo 39 de la Constitución, que al no distinguir entre familia matrimonial o no, le faculta para aplicar analógicamente los artículos 96 y 97 del Código Civil, por lo que concede a la mujer el uso de la vivienda y el derecho a percibir una pensión.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y valiéndose de los argumentos utilizados por la misma sala en sentencia de 22 de julio de 1993, en la que el Supremo justificó la inaplicación analógica de las normas previstas en el Código Civil para regular los regímenes económico-matrimoniales, niega la existencia entre las uniones de hecho y la situación convivencial que genera el matrimonio, la identidad de razón que exige el artículo 4.1 del Código Civil para proceder a la aplicación analógica de las normas.

En segundo lugar tampoco estima que la falta de regulación de las parejas de hecho pueda ser calificada como una laguna jurídica. Ello porque lo que se produce en estas convivencias es una situación no regulada por el Derecho, en la que se respeta el libre albedrío de las personas que pueden optar entre contraer matrimonio o no contraerlo. Y si decidieran esto último, en ejercicio de su libertad individual, el Derecho no debe inmiscuirse aplicando analógicamente la normativa prevista para el matrimonio y que los sujetos han excluido voluntariamente no contrayendo matrimonio y estableciendo su unión al margen del Derecho.

Finalmente acude al artículo 14 de la Constitución, que sanciona el principio de igualdad para afirmar su improcedencia por ser presupuesto de aquel precepto que los que lo reclamen se encuentren en igual situación, cosa que no sucede entre el matrimonio y las uniones extramatrimoniales.

La sentencia de 16 de diciembre de 1996 se inclina por la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil ante la discusión sobre si procedía una

indemnización solicitada por el conviviente perjudicado según él por la ruptura de la unión, añadiendo un factor más, la existencia de promesa de matrimonio, en base a la cual y al incumplimiento de la misma invocó la cobertura del artículo 43 del Código Civil.

El Supremo no se apoya en el artículo 43 del Código Civil, sino más bien en la conducta negligente del hombre, que indujo con su promesa a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que ello podía acarrearle a la mujer, el abandono de su hogar y de sus medios de vida, con el consiguiente empobrecimiento que dada la situación se produciría, si como ocurrió, aquella convivencia tuvo fin. Como consecuencia de lo anterior, aprecia la concurrencia de culpas, aunque por ser mayor la del varón debe indemnizar a la mujer por la ruptura de la unión.

La sentencia de 27 de marzo de 2001 atiende a la protección del conviviente perjudicado. Cuando se dicta esta sentencia, dice CERVILLA GARZÓN (22), ya se habían publicado algunas de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, en las que se contemplan una serie de derechos económicos derivados de la ruptura de la unión. Se abordaron una serie de cuestiones relacionadas con la ruptura de la convivencia: atribución de guarda y custodia de los hijos, derecho de alimentos a los mismos, derecho a una indemnización para el conviviente perjudicado y atribución del uso de la vivienda familiar. El Supremo sólo accede a la petición por “los perjuicios derivados de una larga convivencia, dedicación a la familia durante más de veinte años y por la diferencia económica existente entre las partes, originada por la ruptura sentimental”.

Para considerar pertinente la pretensión indemnizatoria, el Tribunal Supremo, a pesar de reconocer la similitud de los hechos contemplados en los artículos 97 del CC (pensión compensatoria) y 1.438 (indemnización por el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes), opta por la técnica de la analogía *iuris* y resuelve aplicando el principio general del Derecho de protección al perjudicado. Esta técnica ya había sido utilizada por el Alto Tribunal para la atribución del uso de la vivienda familiar (sentencia de 10 de marzo de 1998).

Finalmente, la sentencia de 5 de julio de 2001 concluye por aplicar a las parejas de hecho el artículo 97 del Código Civil. Esta sentencia marca un hito, dice CERVILLA, en tanto es el primer pronunciamiento que reconoce el derecho a cobrar una pensión compensatoria, cuyo beneficiario es el conviviente perjudicado por aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil previsto para las rupturas conyugales.

(22) Cfr. “El derecho a percibir una pensión compensatoria en las rupturas de las parejas de hecho”, excelente trabajo, publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre de 2002, pp. 151 y ss.

La mujer, sintiéndose perjudicada por la ruptura de una relación *more uxorio*, solicita que se condene a su anterior pareja a abonar una pensión de la que sería beneficiaria, y subsidiariamente que se le condene al pago de una cantidad a tanto alzado por enriquecimiento injusto o una pensión de rehabilitación en reparación del daño causado con fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil.

El Tribunal Supremo accede a reconocer a la demandante a percibir una pensión compensatoria con los siguientes argumentos:

En primer lugar, dice la sentencia, las situaciones convivenciales *more uxorio*, sin ser una situación homologable a todos los efectos con las uniones matrimoniales, es una realidad que el Derecho no debe desconocer, aunque carecen de normativa general que las ampare y regule.

En segundo lugar, y dada la ausencia de normativa, pues las legislaciones autonómicas no eran aplicables al caso, el Tribunal opta por recurrir a la analogía *legis* tras criticar la técnica (utilizada hasta entonces como vía para obtener una indemnización) del enriquecimiento injusto, y busca una norma en el ordenamiento con la que el supuesto de hecho, huérfano de regulación, presente identidad de razón. Dicho precepto, cree el Supremo, es el artículo 97 del Código Civil, y bajo su amparo falla accediendo al establecimiento de una pensión compensatoria para el conviviente perjudicado, por entender que los hechos que han dado lugar al proceso son subsumibles en el supuesto de hecho de la norma aplicada analógicamente.

Finalmente añade un argumento más: dada la existencia de legislaciones autonómicas que no cubren las situaciones de todas las parejas de hecho, ya que aquella legislación no es aplicable a todas, se produciría una desigualdad entre unas y otras contraria al principio de igualdad, sancionado por el artículo 14 de la Constitución.

La orientación de esta sentencia es, como se ve, diametralmente opuesta a la que inspira las sentencias de 11 de diciembre de 1992, de 30 de diciembre de 1994 y de 16 de diciembre de 1996, e invoca una supuesta desigualdad entre las parejas de hecho a las que puede aplicarse la legislación autonómica y las que no están sujetas a dichas normas. Pero el Tribunal Supremo no repara en que esa desigualdad ha sido creada por el propio legislador y es a él y no al Supremo a quien corresponde subsanarla.

CERVILLA GARZÓN somete esta sentencia a una detenida revisión crítica y termina con una conclusión que reproducimos y en general compartimos:

“La esencia de las parejas de hecho es la libre ruptura. Si esta libertad se ve afectada porque se le pueda imponer al conviviente que voluntariamente rompe la unión, cargas, obligaciones que hagan muy gravosa esta decisión, las uniones de hecho, como tales, habrán perdido su razón

de ser. Y si ello ocurre también se habrá vulnerado la preciada libertad del individuo de poder elegir entre el matrimonio o convivir al margen de éste; en definitiva se ve afectada su dignidad como ser humano, su libre desarrollo de la personalidad amén de vulnerar el derecho a contraer matrimonio y a no contraerlo reconocido por el artículo 39 de la Constitución”.

Por eso entendemos que la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, desde el momento que impone al sujeto libremente unido y libremente desunido obligaciones propias de una unión duradera estable y, sobre todo, encorsetada en reglas que la impiden su ruptura por la mera voluntariedad, es excesivo, innecesario y carece de justificación. Como medida de justicia y de responsabilidad bastaba con la acción de enriquecimiento injusto para indemnizar al conviviente empobrecido como causa del enriquecimiento del conviviente obligado al pago indemnizatorio. Establecer una pensión (en muchos casos vitalicia) con la finalidad de compensar un mayor coste de oportunidad en una unión mantenida, simplemente, por la voluntariedad de los sujetos implicados es una forma indirecta de evitar la ruptura de esas uniones o de disuadir al que pretende darla por finalizada, sobre todo si ese sujeto es el que habrá de abonar la pensión. Y ello entronca con lo ya manifestado sobre la libertad de ruptura y los artículos 10 y 32 de la Constitución española.

Recorre también a la analogía, para la aplicación del artículo 97 del Código Civil a las parejas de hecho, la sentencia de 16 de julio de 2002.

V. La doctrina

Hay que distinguir entre los autores, principalmente españoles, dos tendencias. Una está representada por los autores, generalmente ya veteranos, que sostienen la necesaria separación entre matrimonio y unión de hecho y consideran que sólo con mucho tino pueden aplicarse a las parejas de hecho normas propias del matrimonio.

Por el contrario, la gran mayoría, representada por el sector progresista, defiende la aproximación de las uniones de hecho al matrimonio y encuentran injustificado que el régimen jurídico de las parejas de hecho no guarde un acentuado paralelismo con el del matrimonio.

Dentro del primer grupo, podemos citar a GARCÍA CANTERO, a LA-CRUZ BERDEJO, a BERCOVITZ y en un tono más moderado a GAVIDIA.

En el segundo, la lista sería demasiado larga para incluirla aquí por completo; pero con matices, desde luego, pueden incluirse en el grupo progresista a LÓPEZ BURNIOL, a SALAZAR, a GARCÍA POSADA y a PÉREZ CÁNOVAS, entre otros.

LACRUZ (23) dedica un amplio capítulo a las uniones de hecho. Interesa aquí recoger lo que opina sobre ellas desde el punto de vista axiológico.

Para quienes defienden —dice LACRUZ— la equiparación entre la familia de hecho y la legítima, el matrimonio llamado informal y el matrimonio “tout court”, dejan de lado todo lo que la familia y el matrimonio tienen de compromiso y de responsabilidad. No ya olvidan la ley natural que nos sirve de guía a quienes creemos en una trascendencia, sino que suprimen un tema de Derecho de familia y precisamente las relaciones entre hombre y mujer, lo que es la base del Derecho: la obligación y el deber indispensables cuando falten la abnegación y el sacrificio. Un derecho de familia fundado exclusivamente en el amor recíproco y la voluntad de convivencia, expuesto por tanto a todos los caprichos y arbitrariedades individuales, desprovisto de vínculos formales, carece de esa condición ordenadora que caracteriza a lo jurídico y los institutos creados si no ofrecen las mínimas garantías de estabilidad y continuidad en beneficio de los hijos y de la propia pareja.

GARCÍA CANTERO (24) entiende contra el parecer de la doctrina dominante que el artículo 39 de la Constitución se está refiriendo a la familia basada en el matrimonio. Según él, se puede defender su posición porque el artículo 39 viene situado después del 32, que regula el matrimonio y la propia dicción del artículo 39, que en sucesivos apartados, al proteger a personas que no aparecen ligadas por vínculos basados en el matrimonio (hijos con independencia de su filiación, madres cualquiera que sea su estado civil), emplea el adverbio “asimismo” con un sentido adicional de “además” o “también”, sin que en ninguno de sus apartados 2, 3 y 4 vuelva a utilizarse la palabra familia. A su juicio, por razones sociológicas urgía colocar entre las prioridades legislativas a una serie de personas injustamente marginadas (madres solteras, hijos nacidos al margen del matrimonio, etc.), bien entendido que tal protección constitucional se basa, no en que constituyan una familia, sino en la existencia de unos vínculos biológicos de procreación que si pueden ser legalmente determinados originan derechos y deberes basados en la naturaleza de las cosas y, en último término, en el Derecho natural ... no hay una protección constitucional de la familia de hecho (y esta afirmación es a mi juicio esencial), aunque sí una protección del mismo rango para los miembros que aparecen *nominatum* en el artículo 39.

BERCOVITZ (25) afirma que nuestra sociedad, igual que otras muchas,

(23) *Derecho de familia*, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, pp. 575 y ss.

(24) Cit. por MARTÍNEZ-PIÑEIRO: ob. cit., p. 94.

(25) *Las parejas de hecho*, cit., p. 1835.

ha optado por 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 las uniones estables, y concede protección al matrimonio en todos los campos de la realidad social. El matrimonio es, pues, la fórmula elegida por nuestra sociedad para propiciar y proteger las uniones estables y así ha quedado recogido en el artículo 32 de nuestra Constitución. No parece, pues, discriminatorio entender que, como regla general, quien no se acoge a la institución matrimonial queda excluido del sistema de protección previsto para el matrimonio, sin que ello suponga atentado alguno al libre desarrollo de la personalidad de quienes realicen semejante opción, sobre todo si se tiene en cuenta que, de acuerdo con nuestra Constitución, el legislador español ha previsto un sistema matrimonial respetuoso con la libertad individual e igual de los cónyuges. Entender que las uniones libres de hecho son jurídicamente equiparables al matrimonio, fuera del marco esencial del sistema matrimonial y de los derechos y deberes de los cónyuges, y concretamente en relación con los derechos y ventajas que el Ordenamiento jurídico reconoce al matrimonio en diferentes campos de la realidad social, supone ir contra esa decisión de nuestra sociedad, expresamente reconocida por nuestra Constitución, sobre la función social del matrimonio como institución encaminada a propiciar y proteger las uniones estables heterosexuales; consecuentemente, supone socavar esa opción social y constitucional favorable a propiciar el emparejamiento estable de ciudadanos adultos de distinto sexo.

A GAVIDIA SÁNCHEZ (26) hay que situarle en una posición si se quiere intermedia. Distingue entre parejas de hecho constituidas por personas sin impedimento para casarse, pero que han decidido prescindir del matrimonio, y parejas de hecho que se unen a pesar de que, de acuerdo con la legislación vigente, no pueden casarse. Respecto de las primeras, el autor rechaza el recurso a la analogía (excepto la que procede dentro del ámbito particular de cada legislación autonómica) por entender que, en lo que dice a dichas uniones, no hay lagunas en nuestro ordenamiento y por tanto no procede el recurso a la analogía. Sin embargo, como hemos visto, admite de una parte que el legislador regule las uniones libres y de otra que los integrantes de la pareja de hecho pacten entre sí, especialmente en lo que se refiere a la aplicación de los regímenes matrimoniales. Antes expresamos nuestra disconformidad con esta última opinión. Relativamente, a las parejas que no pueden legalmente contraer matrimonio, GAVIDIA entiende que sería una auténtica perversión del ordenamiento extender a

(26) Véase ob. cit.

tales parejas el estatuto matrimonial, precisamente porque no pueden convertirse en matrimonio (27), aunque habrá que dispensarles, parece, la protección que proceda en caso de enriquecimiento injusto.

Veamos ahora cuáles son los argumentos utilizados en favor de un mayor reconocimiento jurídico de las uniones de hecho fundamentado en una pretendida aproximación y hasta casi igualdad entre aquéllas y el matrimonio.

Un argumento que causa cierta impresión es el que se funda en el de desvalorización, que afecta en la actualidad al matrimonio. Víctor REINA y Josep MARTINELL tratan de constatar el vacío de contenidos institucionales del matrimonio civil (superación de la indisolubilidad del matrimonio, que ha desaparecido con el divorcio; restricción de la exigibilidad jurídica de los elementos obligacionales clásicos del matrimonio; mitigación jurisprudencial de las consecuencias de la culpabilidad en materia de separación y divorcio; desaparición de la prefijación legal de la ordenación legal de la procreación como fin del matrimonio; en consecuencia, concluyen que ante esta realidad debe reconocerse la menguada función que desempeña actualmente el matrimonio (28).

Es decir, concluye LÓPEZ BURNIOL (29), el matrimonio es un instrumento y un sistema, pero no el único medio para acceder a una realidad familiar plena por cuanto —en la dinámica tozuda de los hechos— la familia ha dejado de ser una realidad institucional rígida, de acceso exclusivo a través del matrimonio. A la familia también se accede, por ejemplo, a través de la posesión de estado que genera la unión estable de pareja heterosexual. De la familia institucionalizada se está pasando, con rapidez, a la familia individualizada.

De todos estos argumentos, que en general no brillan por su claridad, el único que merece atención es el que descansa en el divorcio. Ciertamente el divorcio, que en el Derecho español es aplicable a toda clase de matrimonios, independientemente de la forma civil o religiosa, incluso canónica, en que se hubieran celebrado, conforme al artículo 85 del Código Civil, no permite sostener que el matrimonio institucionalmente tenga la misma solidez que el celebrado conforme a las normas del Derecho canónico (prácticamente aplicables también en cuanto a su indisolubilidad al matrimonio civil), pero eso no quiere decir que el matrimonio se haya convertido en un supuesto semejante a la unión de hecho. El divorcio, al menos en nuestro Derecho, que sigue el sistema del divorcio remedio, lo que se propone es que un matrimonio que en la realidad se ha roto porque los

(27) *Vid. ob. cit.*, p. 24.

(28) *Cfr. Las uniones matrimoniales de hecho*, pp. 13 y ss.

(29) *Ob. cit.*, pp. 25 y 26.

cónyuges viven separados de hecho o de derecho, continúen atados por un vínculo que no está de acuerdo con la realidad, y yo diría incluso que es contrario a la naturaleza de las cosas. Los cónyuges separados normalmente viven cada uno su propia vida y suelen acomodarse a situaciones que les proporciona una vivencia similar al matrimonio. En estas condiciones, mantener la indisolubilidad es una ficción que condena a los cónyuges separados a vivir irregularmente. Pienso que, siendo esto así, la Iglesia católica debería revisar sus planteamientos sobre esta materia. Pero no quiero seguir por este camino, porque no me agradaría que mis palabras se interpretasen como una malquerencia a la Iglesia católica cuando son tantas las ofensas injustas que se profieren contra ella y contra los que pertenecemos a la misma.

El divorcio en nuestro sistema, como resulta del artículo 86, exige que los cónyuges estén separados de hecho por un período de tiempo más o menos largo, según las circunstancias del caso. El Código considera que la separación de hecho es un claro síntoma de la ruptura del matrimonio. Podrá discutirse la duración de los plazos, pero el tema no afecta a lo que podríamos llamar filosofía de la institución. Únicamente asoma el divorcio por culpa en el supuesto contemplado por el número 5 del artículo 86: La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes, caso en el que está plenamente justificada la acción de divorcio.

El ejercicio de la acción exige seguir un procedimiento judicial regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se comprueba si concurren los requisitos para que prospere la acción y en el que además se determinan las consecuencias que el divorcio aparea.

Después de todo esto, pretender que el matrimonio y la unión de hecho son instituciones casi equivalentes constituye sencillamente una falacia. La unión de hecho no precisa de ningún requisito especial para disolverse ni está sujeta a formalidades, como no sea la notificación al otro conviviente. No se exige otro requisito que la voluntad unilateral de una de las partes.

La argumentación de los que sostienen la posición que estamos impugnando pretende apoyarse en la Constitución.

Se cita en primer término el artículo 10 de la Constitución y más concretamente el principio de libre desarrollo de la personalidad derivado del de la dignidad de la persona. En mi opinión, el precepto se trae a colación un poco alegremente, porque, en realidad, nada impide en el ordenamiento vigente que las parejas (incluidas las de homosexuales) se unan libremente. No atenta pues al libre desarrollo de la personalidad desde el momento en que las parejas (se entiende las heterosexuales) son libres de unirse libremente o de casarse.

En segundo lugar, la pretendida equiparación entre matrimonio y unión libre pretende fundarse en el artículo 14 de la Constitución, en el que se proclama que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón del nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

A mi entender, se exagera el alcance de este precepto. Como recuerda una sentencia del Tribunal Supremo, ya citada, no hay discriminación porque no se apliquen a la unión libre los preceptos relativos al matrimonio, puesto que los protagonistas de aquélla no quisieron voluntariamente contraerlo. En nuestra opinión, si el Ordenamiento exige el cumplimiento de ciertos requisitos para gozar de una determinada situación jurídica, no se discrimina al que no los cumple; no se discrimina al que no cumple las condiciones para gozar de un determinado *status* frente al que sí los cumple. Tal vez sea conveniente citar en este contexto la conocida frase de ORTEGA, para quien tan injusto es tratar desigualmente a los que son iguales como igualmente a los que son desiguales.

La tesis que denominamos progresista trae también a colación el artículo 32.1 de la Constitución. A mi entender, no parece que este artículo pueda aducirse a favor de los que pretenden una equiparación o al menos una aproximación entre matrimonio y unión libre. Como se recordará, el precepto dice: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Se indica que la norma interpretada “a contrario” viene a decir que los que no quieren contraer matrimonio pueden unirse libremente. A mi modo de ver, esta conclusión “a contrario” es más bien un poco tendenciosa. Por lo que lo único que resulta de una interpretación como la que se postula es que ni el hombre ni la mujer han de contraer matrimonio si no lo desean. Conclusión que, en verdad, suena algo superflua porque es evidente que nadie está obligado a casarse si no quiere. Para llegar a este elemental resultado ni hace falta interpretar *sensu contrario* al artículo 32.1 de la Constitución ni apoyarse en nuestra Ley fundamental.

Pero del supuesto derecho a no contraer matrimonio se sacan dos colarios: primero, que los que no se casan pueden unirse libremente (cosa ésta que nadie discute), y siendo esto así, debe concluirse que no cabe establecer una gran distancia entre la reglamentación del matrimonio y la que debe aplicarse a las parejas de hecho, sino es que debe defenderse una cuasiequiparación.

Ya hemos puesto de relieve anteriormente por qué motivo este punto de vista es inaceptable. Resulta completamente incongruente que a los que voluntariamente han desistido de contraer matrimonio puedan o deban aplicarse las normas reguladoras de aquella institución.

Pero las cosas no paran ahí. Ha llegado a sostenerse que el artícu-

lo 32.1, rectamente interpretado, ampara nada menos que el matrimonio entre homosexuales (30). Nuestra norma Suprema, dice PÉREZ CÁNOVAS, exige superar esa doctrina civilista en torno a la interpretación del concepto “matrimonio” del artículo 32.1 de la Constitución. Desde esa perspectiva sólo se puede llegar a una conclusión: el matrimonio configurado en la Constitución es un derecho subjetivo que se les reconoce indistintamente (al hombre y a la mujer) para que lo ejerciten en su propio interés, en el que cada uno considere que mejor desarrolla su personalidad, a los hombres y a las mujeres, sin limitación entre quienes han de conformar ese matrimonio. El tiempo cada vez es más aliado de esa interpretación sistemática y finalista del artículo 32.1, debiéndose resolver la ambigüedad del precepto en el sentido más favorable a la triple función que desarrolla ese sistema de valores en la Constitución: “legitimadora, hermenéutica y transformadora del Ordenamiento Jurídico”.

No intentaremos poner en duda que “el tiempo cada vez más es un aliado de esa interpretación integradora y finalista del artículo 32.1”, lo que afirmamos es que esa interpretación, indudablemente tendenciosa, es radicalmente errónea. Suponer que cuando el artículo 32.1 se refiere al hombre y a la mujer, quienes tienen derecho a contraer matrimonio, no lo hace presuponiendo que ese matrimonio es el que celebran el hombre y la mujer entre sí, equivale a desconocer el significado del último inciso del artículo 32.1. La Constitución lo que quiere es rechazar una concepción digamos “machista” del matrimonio basada en la superioridad del hombre y la subordinación de la mujer, idea que ya empezó a superar claramente la Ley de 2 de mayo de 1975 al abolir la vetusta licencia marital. Ahora bien, en el contexto del artículo 32.1 de la Constitución, el inciso “con plena igualdad jurídica” sólo se entiende si se refiere al hombre y a la mujer que contraen matrimonio entre sí. La sintaxis exige que ese inciso se ponga en relación con los sujetos de la oración, es decir, al hombre y a la mujer que se disponen a contraer matrimonio naturalmente entre sí. Referir el requisito de la plena igualdad jurídica a otro sujeto cualquiera carece de sentido. Suponer que las palabras “con plena igualdad jurídica” comprende el matrimonio de dos gays o de dos lesbianas no se entiende si se lee con detenimiento el artículo 32.1 de la Constitución, sobre todo si se recuerda el tiempo en que la Constitución fue redactada. Pero aun prescindiendo del factor tiempo, la interpretación literal, gramatical y lógica del precepto no consiente torcidas interpretaciones, sino que sólo puede reputarse válida la que se desprende de su total contexto.

(30) Cfr. PÉREZ CÁNOVAS: –Homosexualidad– *Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, p. 125.

Pero además hay un argumento de otro tipo que se opone a que los homosexuales puedan contraer matrimonio: sería el fundado, como diría VALLET DE GOYTISOLO, en la misma naturaleza de las cosas (31).

Ciertamente ni la Constitución ni el Código Civil ofrecen una definición del matrimonio. Ya hemos comentado el artículo 32.1 de la Constitución: por su parte, el Código Civil se limita a decirnos “que el hombre y la mujer (solo, pues, ellos dos) tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”; tampoco dice “entre sí”, por lo que PÉREZ CÁNOVAS podría repetir lo que dijo al comentar el artículo 32.1 de la Constitución. Pero aunque el artículo 49 del Código Civil no contiene un pasaje tan esclarecedor como el 32.1 de la Constitución, toda la normativa legal responde absolutamente a la idea de que la misma está dictada para la unión de un hombre con una mujer (32). Más determinante nos parece la definición del matrimonio que formula el artículo 11 del Código de la familia de Cataluña, que dice así: El matrimonio es una institución que da lugar a un vínculo jurídico, que origina una comunidad de vida en la cual el marido y la mujer han de respetarse, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Los cónyuges deben guardarse fidelidad y prestarse socorros mutuos. Además, se nos indica, que el marido y la mujer tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes (art. 12) (33).

Por nuestra parte creemos que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer debidamente formalizada, por la que los cónyuges se disponen a constituir una comunidad de vida que estiman perdurable y que tiene como desenlace normal, aunque no necesario, la procreación.

Estimamos que los que se casan –abstracción hecha de las parodias que con tanta frecuencia nos ofrecen los medios de comunicación conocidos vulgarmente como “prensa del corazón”– lo hacen seriamente y de buena fe, en el deseo de que su unión sea duradera y sin pensar en el divorcio, aunque sepan que el divorcio existe y que en un momento dado se vean abocados a recurrir a él. Nada en común tiene esta unión con la de aquellos que no quieren que les ate ningún vínculo y que saben, por consiguiente, que pueden ponerle fin sin más que concurra la voluntad de uno de los convivientes.

(31) La viabilidad del matrimonio entre homosexuales no ha sido sancionada por ninguna de las legislaciones autónomas hasta hoy vigentes, aunque es probable que prospere legislativamente si el partido socialista cumple una de sus promesas en ese sentido.

(32) Así, la remisión a las formas de celebración del matrimonio que incluye la prevista por el Derecho canónico (art. 60, más los arts. 66 y siguientes, relativos a los derechos y deberes de los cónyuges).

(33) He traducido del catalán en que está redactado el texto transcrito del “Codi”; espero que la traducción, fácil por lo demás, haya sido correcta.

En cuanto a la procreación ya hemos dicho que suele ser el desenlace normal, aunque no necesario, de la vida conyugal. Dejando aparte los matrimonios entre ancianos, cuya unión sería más propia de una institución de acogida que de un verdadero matrimonio, en los demás casos, salvo en el supuesto de impotencia, y al margen de que los cónyuges no quieran tener descendencia, lo previsible es que los tengan o al menos que los puedan tener. En cuanto a la impotencia pensamos que el Código Civil no ha hecho bien en suprimir el correspondiente impedimento (a diferencia del Derecho canónico); tal vez por pensar en los que hemos llamado casos de acogida más que de matrimonio y que quizá hoy encuentre su justificación en los progresos de la ciencia médica, que asegura su curación en la mayor parte de los casos si el cónyuge que cree padecerla se somete a un tratamiento adecuado.

Si admitimos que la procreación es el desenlace normal del matrimonio, para las parejas homosexuales constituye un fin inalcanzable tener hijos comunes por razones derivadas de su propia biología, sin que ello constituya motivo para despreciarlos y tampoco para discriminarlos, salvo en cuanto a la posibilidad de que contraigan matrimonio entre sí. Podrán, eso sí, tener hijos si están dispuestos a mantener una relación con persona de distinto sexo (aunque sea violentando su naturaleza) o si recurren (las lesbianas) a la inseminación artificial, pero siempre quedará fuera de sus posibilidades tener hijos comunes, lo que para mí constituye una diferencia fundamental con el matrimonio (34).

El último argumento aducido por la doctrina que hemos llamado progresista en defensa de su tesis, se funda en el concepto que tiene para ellos la familia en la Constitución. El artículo 39, se dice, no se refiere tan sólo al concepto tradicional de la familia basada en el matrimonio, sino que abarca también a la que se deriva de las uniones libres, que constituyen una realidad de hecho que el Derecho no puede ignorar.

Por ejemplo, GARRIDO MELERO (35) afirma que la Constitución ha proclamado la defensa de la familia. Ésta ya no puede ser conceptuada en modo alguno formalmente (la derivada del matrimonio), sino que debe atenderse a datos puramente fácticos, es decir, al hecho de la convivencia de personas, algunas de las cuales se encuentran unidas por vínculos directos de la sangre (36).

PÉREZ CANOVAS (37) dice que aunque el texto constitucional no pare-

(34) En cuanto a la adopción, véase lo que se dirá después al comentar la Ley comunitaria de Navarra.

(35) *La Notaría*, número 7, julio-agosto 1998.

(36) Cfr. p. 42.

(37) Ob. cit., p. 115.

ce dejar lugar a dudas de que la protección que en él se reconoce es independiente del derecho que tienen las personas a contraer matrimonio, y, por tanto, no es éste el único fundamento de aquélla, se ha señalado, con el ánimo de ahuyentar cualquier resquicio interpretativo en otro sentido, fue en este punto más lejos, y al tiempo más preciso, que textos constitucionales que le precedieron y que tuvieron importante influencia en la elaboración de la Constitución de 1978, tales como la Constitución republicana de 1931 y la Constitución italiana de 22 de diciembre de 1947. En ambos textos, según el autor, se vincula el concepto de familia al de matrimonio, particularmente en el artículo 29.1 de la italiana. “La república –dice– reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio”.

RAMS ALBESA (38) reconoce que si el artículo 39 omite calificar a la familia protegida como “legítima”, ello no implica como consecuencia ineludible que la protección haya de ser la misma para todos los tipos de familia, sino que se admite entre los tipos protegidos alguno que no está fundado en el matrimonio y en el parentesco de él nacido. Es decir, un autor tan poco sospechoso como el citado, que trae causa del maestro LACRUZ, se inclina por defender que la Constitución ampara un concepto amplio de la familia, concepto que incluso comparte el Tribunal Constitucional, a pesar de que el Alto Tribunal, como sabemos, separa el matrimonio de las uniones de hecho.

La sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, declara que “nuestra Constitución no ha identificado a la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone por la regulación, bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también junto a ello, por el mismo sentido y amparador o tuitivo, con el que la CE considera siempre a la familia, y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen”.

Pero tal vez el más encarnizado defensor de un concepto amplio de la familia sea el notario LÓPEZ BURNIOL. Sin entrar ahora a censurar que el legislador de Cataluña se haya atribuido en materia de Derecho Civil las mismas competencias que el legislador estatal, es lo cierto que en aquella comunidad se ha separado el Código de la familia de la ley reguladora de las parejas de hecho, de donde aquel autor deduce que en Cataluña familia y matrimonio son conceptos separados e independientes. Mi recha-

(38) Autor de la nueva edición revisada y puesta al día del *Derecho de familia*, del que son autores LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA y otros, p. 11.

zo frontal –dice LÓPEZ BURNIOL– (39) a la decisión de regular la unión de hecho heterosexual en una Ley especial, al margen del Código de la familia, por cuanto esta unión de hecho genera relaciones familiares. Puede discutirse si se justifica o no una diferente protección de la familia, en función de la existencia o no de matrimonio. Pero lo que no puede en modo alguno discutirse es que la familia no matrimonial generada por una unión de hecho heterosexual es una auténtica familia, por lo que su regulación debió abordarse, sin excusas, en su sede propia, que es el Código de la familia. No haberlo hecho así, regulándola conjuntamente con la unión de hecho homosexual, no puede justificarse con unas pretendidas razones de política legislativa –simple camuflaje del oportunismo táctico más descarnado–, sino que responde, con certeza, a un motivo más profundo: la resistencia a aceptar sin reservas que la unión de hecho heterosexual genera unas auténticas relaciones familiares. Posiblemente porque subyace en el fondo de tal posicionamiento, aunque no quiera reconocerse, la antigua y soterrada convicción de que la unión de hecho heterosexual supone “como cuestión de principio” un desorden moral y social.

A nuestro modo de ver, dicho sea con todos los respetos, las dos interpretaciones de la palabra familia, que utiliza, pero no define, el artículo 39 de la Constitución no son afortunadas. Se confunde, creemos, un concepto sociológico de la familia con el concepto jurídico de la misma. Este segundo punto es el realmente decisivo, pues si nos movemos en un Estado de Derecho es el Derecho el que debe suministrar los conceptos básicos. Porque un concepto de la familia basado exclusivamente en el matrimonio resulta, de un lado, demasiado restringido y, por otro, tal vez demasiado amplio. Por otra parte, los partidarios de un concepto amplio y a veces omnicompreensivo de la familia, que no puede fundamentarse, creemos, en el artículo 39 de la CE responde a una idea sociológica, que no jurídica, de la familia. Porque como decía un ilustre notario, José GONZÁLEZ PALOMINO, en Derecho todo lo que no son efectos es literatura, lo que interesa es puntualizar los efectos jurídicos que producen tanto la familia que descansa sobre el matrimonio como la pretensión de ampliarla. Que la familia basada en el matrimonio es jurídicamente una familia no parece que arroje la menor sombra de duda. Además de los amplios efectos jurídicos que el matrimonio despliega entre los cónyuges, esos efectos, normalmente, se extienden a otras personas (hijos, padres y demás ascendientes, hermanos e incluso primos y sobrinos, limitadamente). Corresponde al Derecho explicar dónde se extinguen esos efectos jurídicos, de suerte que más allá ya no podrá hablarse de familia en sentido jurídico, aunque se siga empleando la expresión en un sentido amical y sociológico.

(39) Ob. cit., p. 648.

co. Sociológico es también el concepto amplio de la familia que propugnan los que se inclinan por ampliar el concepto con base en el artículo 39 de la CE, porque la mayor parte de los que se reputan vínculos familiares no lo son desde el punto de vista jurídico.

Los efectos jurídicos de la unión libre entre los convivientes, como ya hemos apuntado y volveremos a insistir, son tan limitados que difícilmente puede decirse que sobre ellos se funda una familia, vínculos que, además, están llamados a desaparecer en cualquier momento por la simple decisión unilateral de una de las partes. Distinto es que de la unión libre nazcan hijos, reconocidos formal y libremente por ambos progenitores, e incluso los habidos de una relación anterior por una de las partes, si el otro conviviente acepta de buen grado la situación. En ese supuesto, los efectos jurídicos de la relación paternofilial son lo suficientemente fuertes (recuérdese que el número 2 del art. 39 de la CE dice que “los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, *iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*”, principio éste respetado y hasta extendido por el Código Civil y permiten por tanto afirmar que aquí sí hay una familia jurídicamente hablando.

En cambio, cuando la filiación haya sido determinada en virtud de reclamación judicial, acogiendo la acción interpuesta contra el presunto progenitor, el artículo 111 del Código Civil dispone: “Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias, el progenitor:

1. Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.
2. Cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra su oposición.

En ambos supuestos, el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efectos estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos”.

No creemos que nadie, cuando sea de aplicar el precepto transcrito, y salvo que las restricciones que impone le hayan sido levantadas al progenitor de acuerdo con el penúltimo párrafo del precepto, pueda sostener seriamente que las relaciones entre el hijo, el progenitor y la madre de aquél (40) constituyen una familia.

(40) Que normalmente es la que entabla la demanda en representación de su hijo.

Resumiendo mi punto de vista sobre las relaciones entre sociedad y Derecho, pienso que independientemente de la primacía de la ley sobre la costumbre (art. 1.3 del Código Civil y sin olvidar que la costumbre sólo será de aplicación cuando no sea contraria a la moral y al orden público), la sociedad tiene que adaptarse a la función pedagógica y conformadora del Ordenamiento jurídico.

Tratemos ahora de concretar, aunque ya puede suponerse cuál es nuestro modo de pensar después de cuanto hemos ido diciendo a lo largo de estas páginas, cuáles son los efectos jurídicos que surte en nuestro Derecho la unión libre. A estos efectos hay que distinguir entre las parejas que, siendo libres para casarse, han decidido no hacerlo, y las que por el contrario no lo han hecho porque la ley les veda llevarlo a efecto.

En el primer caso creo que un factor determinante deriva de la voluntad de los convivientes. Éstos han eludido el matrimonio porque no quieren someterse a los deberes, obligaciones y vinculaciones que presupone el vínculo conyugal, reservándose el derecho de poner fin a la convivencia cuando cualquiera de ellos lo decida.

Pensamos en primer lugar en el estatuto personal de la pareja. ¿Son aplicables a la pareja de hecho los artículos 67 y 68 del Código Civil? Hasta dónde se nos alcanza la postura de la doctrina no acaba de ser clara. Así, por ejemplo, ÁLVAREZ LATA (41) entiende que las obligaciones que imponen aquellos artículos a los cónyuges (convivencia, fidelidad, ayuda mutua, etc.), en las uniones de hecho tales derechos y deberes funcionan como características y no como obligaciones jurídicamente exigibles, o, mejor, no como deberes cuyo incumplimiento produzca determinadas consecuencias jurídicas. De este modo, si se cumplen tales requisitos estaremos ante una pareja de hecho, si no, simplemente tal figura se desvanece. A nuestro entender, ocurre precisamente lo contrario. En primer lugar, si el cumplimiento de esos requisitos es voluntario, el comportamiento de los convivientes ni da ni quita nada a la pareja de hecho, pues el Derecho, como hemos significado antes, sólo entiende de efectos, en este caso de obligaciones, que la propia autora entiende que no existen como tales deberes; por consiguiente, no debe sostenerse que la figura existe cuando estas obligaciones (que ya no serán tales) se cumplen y cuando no se cumplen estoy conforme con que la figura se desvanece, pero no que para existir se requiera la obligatoriedad de su cumplimiento, criterio con el que ÁLVAREZ LATA está de acuerdo, pero que postula la libertad de la pareja en este punto, por lo que no acabo de ver clara la tesis de la autora.

(41) Ob. cit., p. 28.

Otros autores piensan que el estatuto personal del matrimonio establecido en los artículos 68 y 69 del Código Civil puede ser pactado por los convivientes y que incluso algunos, como el deber de socorro y ayuda mutua, pueden ser impuestos por el legislador. En cambio, dice GAVIDIA (42), el deber de vivir juntos no puede ser impuesto a los convivientes en unión libre porque es incompatible con la libre ruptura de estas uniones. Lógicamente, aunque GAVIDIA no lo dice, tampoco creemos que la obligación de vivir juntos pueda pactarse, por la misma razón que el legislador no puede imponerla. En cuanto al deber de fidelidad, entiende que éste tiene muy poco sentido cuando se trata de uniones en que no queda excluida la libre ruptura, pero parece que los convivientes podrían pactarlo.

RAMS ALBESA (43) piensa que en esta materia debe regir la autonomía de la voluntad de los convivientes, a los que debe atribuirse la potestad de pactar esos deberes.

Por nuestra parte, creemos que los deberes que impone a los matrimonios el artículo 68 del Código Civil (obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente) pueden pactarse al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, pues no son contrarios a la ley y a la moral ni al orden público, pero al margen de que pactar la convivencia va contra la esencia de la unión libre, parece que unos convivientes que se comprometen, no sólo a vivir juntos, sino además a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente, no se entiende por qué no se casan, pues estas son las obligaciones que los cónyuges se obligan cuando se casan. Es, por tanto, una incongruencia celebrar un convenio de esa naturaleza permaneciendo los interesados en estado de soltería, porque no puede presumirse que lo hacen por no someterse a las formalidades que comporta la celebración del matrimonio, formalidades que son bien livianas, al menos si se trata del matrimonio civil; no puede, pues, impedirles contraer matrimonio una supuesta onerosidad formal del matrimonio.

En resumen, estimamos que el estatuto personal de los cónyuges, con la excepción acaso del deber de socorrerse mutuamente, no puede ser objeto de pacto, de suerte que los convivientes son libres de asumir o no esas obligaciones.

La presunción de paternidad del marido es otro efecto peculiar del matrimonio y que, por consiguiente, no es transferible a las uniones libres. Dice el artículo 116 del Código Civil que “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”. Se trata de una presunción que a su vez se

(42) Ob. cit., p. 40.

(43) Ob. cit., p. 309.

fundamenta en la presunción de convivencia y de fidelidad de los esposos, esta última referida especialmente a la fidelidad de la mujer.

En el caso de que nazcan hijos de la unión libre, la determinación de la paternidad del varón ha de regirse por las normas de la filiación no matrimonial. Quedará determinada legalmente: "1.º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro civil, en testamento o en otro documento público. 2.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil. 3.º Por sentencia firme. 4.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil".

Subrayar únicamente que si la filiación paterna tiene que determinarse mediante sentencia firme, se incurrirá generalmente en las sanciones ya vistas del artículo 111 del Código Civil, que, al aplicarse, terminarán con la unión libre y con la supuesta familia nacida de dicha unión.

Las relaciones económicas entre los convivientes presuponen que cada cual ha de ser dueño de sus propios bienes y de los que alcance con su trabajo. No son aplicables, como ya hemos dicho antes, con el carácter de régimen supletorio los previstos con este carácter por el Código Civil, ni cabe tampoco pactar estos regímenes. Las normas que determinan su disolución son incompatibles con la libertad de cada conviviente de poner fin a su relación cuando le plazca.

Más fácil es decidir qué régimen se debe aplicar a las parejas de hecho que no pueden casarse porque les afecta un impedimento o prohibición legal. Como indica GAVIDIA, al que ya nos referimos anteriormente, sería efectivamente una perversidad del ordenamiento jurídico impedir el matrimonio a determinadas parejas, aunque sea en virtud de razones plenamente fundadas y, sin embargo, imponerles o permitirles adoptar las normas que regulan la relación conyugal.

Este magro cuadro normativo que es el que, a nuestro entender, debe aplicarse a las uniones libres, a despecho de lo que dispongan las leyes autonómicas, debe experimentar algunas excepciones.

No es admisible que la convivencia empobrezca a uno de los convivientes a costa del otro que se enriquece, aunque pueda discutirse cuál es el mejor medio de compensar al empobrecido y aunque no parezca la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil y la concesión de una pensión compensatoria el mejor medio para lograr esa finalidad.

No se debe olvidar, por otra parte, la separación propuesta por PANTALEÓN, anteriormente examinada, entre las normas cuyo objeto específico es regular la convivencia entre un hombre y una mujer, casados o no, y, por otro lado, las que regulan un tema distinto por completo, como responsabilidad por daños o accidentes de circulación o por otras causas, pre-

ceptos sobre arrendamientos, algunas previsiones fiscales, etc. En las primeras, los aspectos personales y patrimoniales específicos de la relación de convivencia son el aspecto relevante, y, en las que cabe como ya hemos hecho nosotros, diferenciar el tratamiento convivencial, según se trate de matrimonio o de parejas de hecho, mientras que, en las segundas, la relación de convivencia sólo es un dato del que la norma “toma nota”, es, por así decirlo, como uno de los presupuestos de su aplicación.

Dicho esto, sólo nos queda ya examinar los aspectos más importantes de las diferentes Leyes autonómicas sobre parejas de hecho.

VI. Leyes autonómicas sobre parejas de hecho. Su constitucionalidad

Al principio de este trabajo se ha dicho que, contrastando con la pereza legislativa para regular las parejas de hecho –pereza que a juzgar por los síntomas está llamada, como también se ha insinuado, a cesar pronto–, en las Comunidades autónomas, aunque con algunas excepciones, se ha registrado un verdadero frenesí legislativo. Se han promulgado hasta la fecha, y según mis noticias, nada menos que once leyes autonómicas.

Estas Leyes son: la de Cataluña, de 15 de julio de 1998; de Aragón, de 26 de marzo de 1999; de Navarra, de 3 de julio de 2000; de Valencia, de 6 de abril de 2002; de Madrid, de 19 de diciembre de 2001; de las Islas Baleares, de 19 de diciembre de 2001; de Asturias, de 23 de mayo de 2001; de Andalucía, de 16 de diciembre de 2002; del País Vasco, de 7 de mayo de 2003 y de Extremadura, de 20 de marzo de 2003 (44).

Estas leyes plantean, ante todo y en mi opinión, un importante problema: el de su constitucionalidad, problema que, a pesar de su indiscutible importancia, ha sido poco discutido en la doctrina.

El fundamento de la constitucionalidad de las Leyes autonómicas sobre parejas de hecho, que no alcanza a todas, como habremos de ver, se encuentra en el artículo 149.1.8 y 3 de la Constitución. Dice este artículo que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 8.º) *Legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*. Y el número 3 del mismo precepto dispone que las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades autónomas en virtud de sus respectivos estatutos. Es decir, que los Estatutos de autonomía pueden asumir como competencia legislativa propia aquellas materias de De-

(44) Estas leyes se han relacionado teniendo en cuenta su antigüedad en función de su publicación en los Boletines de las diferentes Comunidades autónomas.

recho civil que tengan su antecedente en sus Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, para promover su conservación, modificación y desarrollo.

El precepto exige, pues, la existencia de un Derecho civil peculiar de las Comunidades autónomas, lo que evidentemente no ocurre en la Comunidad de Madrid, de Valencia, de Andalucía, de Extremadura y Asturias; Comunidades que no pueden legislar sobre Derecho civil so pena de ser tachadas en este punto de inconstitucionales.

Pero en mi opinión, para que pueda aplicarse el artículo 149.1.8, es necesario que un determinado particular haya sido objeto de una referencia, si queremos incipiente o rudimentaria, por lo que no creo que lo que no constituye una institución reconocida, aunque sea como un atisbo, pueda ser objeto de conservación, modificación o desarrollo. Cabalmente esto es lo que ocurre con las parejas de hecho, de las que no se vislumbra un conato de regulación en los respectivos Derechos civiles, forales o especiales, por lo que a mi entender no pueden fundamentar una nueva reglamentación de las parejas de hecho, a pesar de lo cual las Comunidades autónomas, basándose en los preceptos citados (art. 149.8.1 y 3 de la Constitución), se han atribuido competencias para legislar, y hacerlo ampliamente sobre la materia.

Lo curioso es que estas leyes, en vez de apelar directamente a los citados preceptos constitucionales, se envuelven en una cita de preceptos constitucionales que a mi juicio no tienen demasiado que ver con las parejas de hecho, o lo tienen con carácter indirecto, cuando a veces no son contrarias.

La mayor parte de estas leyes apelan al principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución, y que, por ejemplo, ha constituido la esencia y base del Derecho aragonés, o bien se cita el artículo 48 del Amejoramiento del Fuero de Navarra, que atribuye a esta región la competencia exclusiva en materia de Derecho civil, o se busca el apoyo en el artículo 14 de la Constitución, que garantiza la igualdad de todos los españoles ante la Ley, o también en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, o se indica que la falta de legislación ha provocado injusticias por parte de los órganos jurisdiccionales, o, de nuevo, el principio de igualdad es invocado con el artículo 39 de la Constitución, que impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, o se aduce el artículo 9.2 de la Constitución, que impulsa a la Comunidad a promover las condiciones para que la libertad e igualdad de los individuos sean reales y efectivas.

Como se ve, en los preámbulos de las leyes respectivas figuran muchas declaraciones más bien retóricas o invocaciones a la Constitución, aunque falta la de los preceptos de la misma, que pueden servir para de-

fender la constitucionalidad de las leyes de parejas de hecho que nosotros hemos invocado al principio.

Si bien la constitucionalidad de las leyes autonómicas no ha sido contradicha, en general sí lo ha sido la Ley 11/2001, de la Comunidad de Madrid, e igualmente y, por parecidos motivos, podrían serlo la Ley Valenciana, la Andaluza, la Extremeña, la Canaria y la Asturiana.

Esther GÓMEZ CALLE lo ha hecho por lo que dice a la Comunidad de MADRID (45). El punto de partida obligado en esta cuestión –como dice acertadamente la autora– es el artículo 149.1.8 de la Constitución, que, tras establecer como principio general que la legislación civil es de la competencia exclusiva del Estado, exceptúa “la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan, y como quiera que Madrid no cuenta con ese Derecho es claro que la competencia legislativa que el número 3 del mismo artículo confiere a los Estatutos de Autonomía para “desarrollar” esa materia no es predicable de la Comunidad autónoma madrileña.

Otro precepto que está siendo utilizado por los nacionalistas para despojar al Estado de sus facultades, dejándolo reducido poco menos que a la nada, como ha puesto de relieve Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (46) al Estado central, podría haberse utilizado, desde luego abusivamente, la facultad de legislar sobre parejas de hecho. Se trata del artículo 150.2 de la Constitución, que faculta al Estado para transferir o *delegar* en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de la titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. A través de la facultad de delegar, que no se puede confundir con la de transferir, entre otras razones porque es revocable, podría haberse intentado conferir a los Estatutos de Autonomía de las Comunidades autónomas la facultad de legislar sobre parejas de hecho cuando carezcan de la base que puede prestarles su Derecho autóctono, pero como carecen de él, se trata de la facultad de legislar sobre Derecho civil, que no es susceptible de delegación, según resulta del propio artículo 150.2.

Curiosamente se ha planteado la posibilidad de declarar inconstitucionales las leyes autonómicas, alegando que con ellas se rompe el principio de igualdad sancionado por la Constitución. Porque establece una separación entre los españoles que se rigen y no se rigen por esa regulación,

(45) Cfr. “La Ley de 19 de diciembre de 2001 de la Comunidad de Madrid”, en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio de 2003, pp. 411 y ss.

(46) Cfr. “Sobre los límites constitucionales a la reforma de los estatutos de autonomía”, en el diario *ABC* de 15 de abril de los corrientes.

que, como sabemos, no comprende a todas las Comunidades autónomas.

El tema ha preocupado al Tribunal Supremo, que en su sentencia de 5 de julio de 2001 (ya citada) entiende que debe ser aplicado el artículo 97 del Código Civil (pensión compensatoria) a las parejas extramatrimoniales que se separan, pues lo contrario “conduciría a establecer dos clases de españoles según que sus autonomías tuvieran o no dictada Ley de Parejas de Hecho, pudiendo acudir a esa específica normativa o tener que debatirse en la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de todos los españoles proclamado en el artículo 14 de la Constitución”. Añade el Alto Tribunal que, “de no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a algunas autonomías que hayan legislado sobre este punto hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista” (47). Pensamos que la doctrina del Tribunal Supremo es acertada, pero el peligro no se conjura sin más que aplicar analógicamente el artículo 97 del Código Civil.

No obstante, el criterio del Tribunal Supremo ha sido impugnado por algunos autores. SALAZAR (48) entiende que la doctrina del Tribunal Supremo es insostenible en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico, debido ello, principalmente, a atribuir al texto constitucional el alcance que dicha resolución le da.

SALAZAR ha impugnado el criterio de esta sentencia. El principio de igualdad –afirma– no impone que todas las Comunidades autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o regionalidad para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y como es lógico que de dicho ejercicio deriven desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos de las distintas Comunidades jurídicas, no por ello resultan infringidos necesariamente los artículos 14, 39 y 149.1 de la Constitución española, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la Autonomía, sino a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y deberes constitucionales se refiere, una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales.

(47) Sin embargo, se ha afirmado que la indemnización al conviviente perjudicado no puede superar los límites del enriquecimiento injusto.

(48) “Parejas de hecho y pensión compensatoria, comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001”, en *Jurisprudencia comentada*, XXXVI, p. 757.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con esta opinión de SALAZAR sobre este punto, y hemos de reconocer que las leyes autonómicas difieren, aunque no demasiado grandemente, aunque su contenido, por supuesto, no sea igual.

Resumiendo nuestra postura sobre la constitucionalidad de las leyes autonómicas, creemos que hay que distinguir dos grupos, según pueda afirmarse que son conformes con la Constitución. Lo son, a mi juicio, aunque con una sombra de duda, la legislación catalana, la aragonesa, la navarra y la del País Vasco, pues todas ellas se apoyan en su propio Derecho foral, civil o especial; no lo son, en cambio, por carecer de ese importante precedente, la legislación madrileña, la valenciana, la andaluza, la extremeña, la asturiana, la canaria y probablemente la balear. Su inconstitucionalidad se manifiesta sobre todo cuando esas legislaciones tratan de interferirse en la regulación del matrimonio.

VII. Examen de las diferentes leyes autonómicas

Vamos a examinar a continuación, sumariamente, las principales disposiciones de las respectivas leyes autonómicas. Antes de empezar conviene advertir que la mayoría de ellas comparten la que hemos denominado orientación progresista y formulan criterios que se alejan bastante de las que nosotros hemos expuesto. Quizá la más moderada, en lo que cabe, es la legislación de Cataluña, que separa, como ya se indicó, el Código de la familia de la Ley de Uniones estables de pareja, lo que ha dado lugar a que se diga que, en el Derecho de Cataluña, las parejas de hecho no forman parte de la familia, constreñida a la matrimonial, lo que ha dado lugar a las severas críticas que le ha dirigido, como sabemos, LÓPEZ BURNIOL.

A) Ley Catalana de 15 de julio de 1998 de uniones estables de pareja.

En el preámbulo de la Ley catalana se separa claramente el matrimonio de las parejas de hecho, que se regula en una disposición separada, aunque en estos últimos años se aprecia el aumento de las llamadas parejas de hecho y coincidiendo también con el creciente nivel de adaptación que tienen en el seno de nuestra sociedad, que abarca todas las parejas referidas, incluidas, por tanto, las parejas del mismo sexo, hasta el punto que se detecta entre la población catalana una opinión mayoritaria a favor de la regulación legal de estas normas de convivencia.

De acuerdo con la doctrina constitucional —dice el preámbulo—, el matrimonio es una realidad social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y la mujer a contraerlo está garantizado por la Ley Funda-

mental. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se producen *de una manera jurídicamente necesaria* (la cursiva es mía) entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio.

Por esta razón, las uniones matrimoniales son objeto de regulación en el Código de familia y las demás relaciones de convivencia diferentes del matrimonio, que constituye el elemento básico de la distinción constitucional, lo son en la otra Ley, en capítulos separados, respetando la especificidad de cada modalidad.

La pareja heterosexual vive maritalmente, pero si no se casa es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede casar aunque lo desee. La primera tiene capacidad para engendrar descendencia biológica, la segunda no, y, aun dentro de las parejas que viven *more uxorio*, es posible distinguir aquellas que rehúsan toda clase de formalidades y las que, por razones de seguridad jurídica, son objeto de mayor exigencia a la hora de hacer valer sus derechos.

Después de estas observaciones que dibujan suficientemente la orientación seguida por la Ley catalana, vamos a estudiar separadamente: 1.º) Los requisitos que deben cumplirse para que se entienda constituida una pareja de hecho. 2.º) Las relaciones de convivencia. 3.º) La extinción de la unión, y 4.º) Las consecuencias de la disolución en el ámbito del Derecho privado y del Derecho público.

1.º) Requisitos que han de cumplirse para que se entienda constituida una pareja de hecho.

Según el número 1 de la Ley, es necesario o que un hombre y una mujer, mayores de edad, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, un período ininterrumpido de dos años, o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en la Ley se establece.

El precepto, a mi juicio, por más que preceptos similares se encuentren en otras leyes autonómicas, no es acertado. Creemos que una pareja de hecho no necesita, para ser calificada como tal, convivir un determinado período de tiempo; basta la voluntad de unirse *more uxorio* sin poner a su relación un plazo de caducidad.

La misma Ley lo entiende así cuando sustituye el tiempo de duración de la convivencia por el otorgamiento de escritura pública, formalidad que no parece muy conforme con los que se quieren unir libremente y que tal vez inician lo que podríamos llamar “matrimonialización” de la unión de hecho.

Además es también requisito exigible que, como mínimo, uno de los dos miembros de la pareja deba tener su vecindad civil en Cataluña. Exi-

gencia ésta que, como vamos a ver, puede plantear problemas de difícil solución.

Porque este requisito limita considerablemente, por lo menos a primera vista, el ámbito de aplicación de la Ley. Así, en el caso de que los convivientes residan en Cataluña, pero no tengan la vecindad civil catalana, quedan excluidos de la Ley y ni siquiera les vale el recurso de la escritura, porque ésta sirve para subsanar solamente el plazo previo de convivencia. Por consiguiente, en este supuesto los convivientes no quedarán sujetos a la Ley catalana, sino a su Ley particular, suponiendo, primero, que ésta exista (en caso contrario quedarán sujetos al régimen que se puede llamar “atípico”), y segundo, que los dos convivientes tuvieran la misma vecindad civil, pues de no ser así habría que intentar compatibilizar las dos leyes respectivas, lo que no siempre será fácil ni a veces incluso posible. En rigor, se trata de un problema —que como veremos también puede plantearse en presencia de otras leyes autonómicas— que, dado su planteamiento, debe resolver la Ley Estatal, a no ser que se entienda —y quizá éste fue el pensamiento del legislador catalán— que el hecho de que uno de los convivientes tenga la vecindad catalana ejerce una especie de “vis atractiva” sobre la otra Ley aplicable, quedando ambos convivientes sujetos a la Ley de Cataluña. Pero es cuando menos dudoso que una Ley autonómica pueda interferir la aplicación de otra.

Si la pareja tiene descendencia común, no es necesario que transcurra el período previo de dos años, pero los miembros de la pareja han de convivir. Si media entre ellos vínculo matrimonial con otra persona no pueden constituir pareja de hecho, salvo que uno de los dos obtenga la disolución o la nulidad del vínculo, aunque les contará el tiempo que hubieran convivido. Salvo en ese caso, se expulsa del campo de las parejas de hecho a las parejas casadas con otra persona aunque se hayan separado de hecho o de derecho, que en mi opinión debían entrar en el concepto legal.

La regulación de la convivencia depende de que haya o no pacto. Si lo hay, la convivencia se puede regular de forma verbal, por escrito privado en documento público, las relaciones personales o patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes. También pueden regular las compensaciones económicas para el caso de cese de la convivencia, con el mínimo de los derechos que regula este capítulo, que son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles (art. 3.º).

En mi opinión, el alcance de este precepto debe rebajarse considerablemente. Relativamente a las relaciones personales, salvo la de ayudarse mutuamente, que no hay inconveniente en pactarla, aunque tal vez sea innecesario hacerlo; el deber de convivencia es incompatible con la esencia de la unión libre y lo mismo puede decirse del deber de fidelidad. No

cabe tampoco, a nuestro entender, pactar un régimen de bienes establecido para el matrimonio conforme a las razones que antes fueron expuestas. No vemos inconveniente, sin embargo, en que se estipule un régimen de comunidad de bienes, que puede cesar en cualquier momento mediante la *actio communi dividundo*, lo que es conforme con los postulados de la unión libre. Tampoco estipular una sociedad civil o incluso regular una colectiva si ambos convivientes explotan conjuntamente un negocio.

Pueden estipularse estas sociedades por tiempo indefinido, ya que el artículo 1.705 del Código Civil dispone que estas sociedades se extinguen por la voluntad o renuncia de uno de los socios, aunque agrega que para que la renuncia surta efecto debe ser hecha de buena fe y en tiempo oportuno, además de ponerse en conocimiento de los demás socios. Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debiera ser común. En este caso, el renunciante no se libra para con sus socios de sus obligaciones, y éstos tienen la facultad de excluirle de la sociedad. Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia cuando no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la conclusión de los negocios pendientes.

En términos semejantes se produce el artículo 224 del Código de Comercio. Su artículo 224 dispone que en las sociedades colectivas o comanditarias por tiempo indefinido, si alguno de los socios exigiere su disolución, los demás no podrán oponerse más por causa de mala fe del que la proponga. Se entenderá que un socio obra de mala fe cuando con ocasión de disolverse la sociedad pretenda hacer un lucro particular que no habría obtenido subsistiendo la compañía.

En principio, ambas sociedades responden al modelo de la unión libre por cuanto pueden disolverse a instancias de cualquiera de los convivientes. Las limitaciones a esta facultad, además de tener lógica explicación, no son incompatibles con la unión libre, porque no son instituciones de carácter matrimonial, sino que se trata de unos contratos que los convivientes pueden pactar como si no lo fueran. Parece excesivamente compleja, para una situación como la estudiada, la sociedad anónima o de responsabilidad limitada y lo mismo puede decirse de la sociedad civil de todos los bienes presentes o de todas las ganancias, aunque no parece indefendible la respuesta afirmativa.

Las compensaciones económicas para el caso de extinción de la convivencia no son renunciábiles, pero pueden serlo llegado el momento de que se hagan exigibles, por lo que su utilidad es más bien dudosa.

A falta de pacto, el número 2 del artículo 3 establece que los dos convivientes tienen la obligación de colaborar, se supone que en las tareas del hogar, aunque la Ley no lo dice.

La venta de la vivienda común es anulable en el plazo de cuatro años aunque esté a nombre de un conviviente. No procederá la anulación cuando el adquirente actúe de buena fe y a título oneroso si el titular manifestó que la vivienda no era común, aunque este dato fuera falso.

La extinción de la unión tiene lugar por común acuerdo, por voluntad unilateral, notificada fehacientemente al otro conviviente; por defunción de uno de los dos; por separación de hecho por más de un año; por matrimonio de uno de los miembros. La extinción implica la revocación (quiere decir que quedan revocados) los poderes que hubieran otorgado el uno al otro.

Se atribuye una compensación económica al miembro de la pareja que resultara empobrecido por la convivencia, y adicionalmente, lo que parece excesivo, una pensión periódica.

Además, la Ley reconoce derechos sucesorios a las parejas tanto heterosexuales como homosexuales, aunque en este caso si han formalizado su unión en escritura pública. (En otro caso, si llevan dos años de convivencia, tienen hijos comunes o han formalizado la unión en escritura pública.)

Son tres efectos: El derecho de predetracción (sobre las prendas, mobiliario y utensilios que constituyen el hogar común en el que convivieron, exceptuándose joyas u objetos artísticos o de extraordinario valor; el año de luto, regulado para el matrimonio por el artículo 36 del Código de la familia, el supérstite tiene derecho a seguir habitando en la vivienda habitual de la pareja propiedad del difunto durante el año siguiente a la muerte, resultando injustificable, a juicio de VILLAGRASA (49), porque la propiedad de la vivienda se transmite a los herederos, pero éstos tienen que soportar la carga de la habitación. Respecto a las parejas homosexuales, sorprendentemente se les atribuye más derechos sucesorios que a las parejas heterosexuales, lo que ha tratado de explicarse por algunos como discriminación positiva para este tipo de parejas de hecho, bajo el argumento simplista de castigar a los que pudiendo no contraen matrimonio, frente a los que, aunque quieran, no se les permite legalmente casarse. La norma crea, a nuestro juicio, una situación de desigualdad que carece de justificación y crea tal vez una inconstitucionalidad al revés.

Los derechos sucesorios de la pareja homosexual son:

a) Si concurre el compañero supérstite con descendientes o ascendientes del causante únicamente podrán ejercitar una acción personal de reclamación de cantidad contra los herederos del premuerto, acreditando que no tiene medios económicos suficientes para su adecuado sustento.

(49) "Los derechos sucesorios de las parejas de hecho en los Derechos civiles catalán y aragonés", *Revista de Derecho de familia*, p. 26.

b) Si cuando fallece el causante no existen ni descendientes ni ascendientes suyos, pero hay hermanos en segundo grado de consanguinidad o por adopción o sobrinos (hijos de los hermanos premuertos al causante que ocupan la posición de su progenitor por el llamado derecho de representación), el compañero homosexual supérstite, en concurrencia con aquellos parientes, tiene derecho a la mitad del caudal relicto.

c) A falta de los parientes antes indicados, el conviviente homosexual supérstite tiene derecho a toda la herencia.

La pareja homosexual ha de constituirse en escritura pública. La regulación de la convivencia, los gastos comunes de la pareja y la responsabilidad por dichas obligaciones se rigen por las normas de las parejas heterosexuales.

En los artículos 9 y 27 se regulan para ambas clases de parejas los beneficios de la función pública.

B) Ley Aragonesa de 26 de marzo de 1999.

No hay cita concreta de un precepto estatutario. Se alega que en 1982 fue auspiciado por el Consejo de Europa el primer y único Congreso sobre parejas no casadas, aduciendo además que son muchos los países de la Unión Europea que han ido adoptando sus respectivas legislaciones a esta modalidad vivencial, tendiendo a equiparar, total o parcialmente, a estas parejas con los matrimonios.

Por otra parte, se lee más abajo, junto a la pareja estable heterosexual, otro fenómeno similar, aunque de consecuencias bien diferentes, el de la pareja homosexual estable en convivencia marital, que está dejando de ser algo extraño y marginal.

Se trata en ambos casos –se dice– de un fenómeno recientemente aceptado y asumido por la sociedad (?), cuya marginación legislativa no hace sino generar problemas de muy difícil solución, cuando no de provocar importantes injusticias: en unos casos, para los propios miembros de la pareja; en otros, y esto es mucho más grave, para la prole nacida de la misma. No hace falta, pues, insistir mucho para conocer los propósitos del legislador, así como de su falta de fundamento constitucional.

La constitución de la pareja de hecho se rige por idénticas pautas que en el Derecho catalán: convivencia durante dos años o escritura pública.

La pareja constituida por dos personas mayores de edad ha de ser estable, no casada, y en la que exista afectividad análoga a la conyugal. Ha de inscribirse en un Registro de la Diputación foral de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas previstas en la Ley y anotada o mencionada en el Registro civil competente si la legislación del

Estado así lo previera. Como se ve, aumentan los requisitos formales, contra lo que es la esencia de la unión libre de hecho.

No pueden constituir pareja de hecho las personas ligadas con vínculo matrimonial; luego se expulsa de la Ley a las parejas casadas, pero separadas de hecho o de derecho, contra mi criterio.

La relación de convivencia puede regularse por pacto. Valen las observaciones que sobre este particular se hicieron al tratar de la Ley catalana.

En defecto de pacto contribuirán a los gastos comunes en proporción a sus ingresos respectivos o, de ser insuficientes, con sus respectivos patrimonios.

Se incluyen en los gastos los de vivienda y los de los hijos, comunes o no de cada miembro de la pareja; responden solidariamente frente a terceros de los gastos antes especificados si se adecuan los usos sociales, en cualquier otro caso responderá sólo quien hubiera contraído la obligación, norma de difícil aplicación en la práctica.

Se especifican las causas de extinción, sobresaliendo la voluntad unilateral de cualquiera de los convivientes.

En caso de extinción de la pareja por causa distinta de la muerte o declaración de fallecimiento (común acuerdo, separación de hecho por más de un año, matrimonio de uno de sus miembros), implica la recíproca revocación de poderes, y, además, derecho:

A una compensación del enriquecimiento injusto si la convivencia lo ha supuesto para uno de los convivientes; cuando uno de ellos ha contribuido económicamente o con su trabajo a la conservación o mejora de bienes comunes o de la pareja; cuando ha contribuido, sin retribución o si ésta es insuficiente, se ha dedicado al hogar o a los hijos comunes o del otro conviviente. También tiene derecho a una pensión al extinguirse la convivencia, si la necesitase para su sustento, en el caso de que el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte grandemente.

El juez determinará, a falta de acuerdo, lo procedente en orden a la guarda y custodia de la prole común, comunicación y visitas.

En caso de muerte, el sobreviviente, con independencia de lo dispuesto en testamento, escritura de constitución o pactos sucesorios, tiene derecho al mobiliario, útiles o instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de procedencia familiar.

Las parejas estables no casadas pueden adoptar conjuntamente (si son heterosexuales); representarán al conviviente declarado en ausencia; ocuparán el primer lugar en la tutela dativa, podrán otorgar testamento mancomunado y otorgar pactos sucesorios y les es aplicable la normativa relacionada de Derecho público.

C) Ley Navarra de 7 de julio de 2000.

Se ampara especialmente en el artículo 48 del Amejoramiento del Fuero que, para los autores de la Ley, tiene competencia exclusiva en materias de Derecho Civil. Se inspira en el principio de no discriminación.

Se entiende por pareja de hecho la unión libre y *pública* (por primera vez aparece este requisito) de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco, por consanguinidad o adopción, en línea recta o colateral hasta el segundo grado, con independencia de su orientación sexual y siempre que ninguna de ellas esté unida por vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona. No se exige, en cambio, que los convivientes no estén ligados por vínculo matrimonial si luego éste se extingue, computándose el tiempo de la convivencia.

Las disposiciones de la Ley se aplican cuando uno al menos de la pareja tenga la vecindad civil en Navarra, lo que presenta los mismos problemas que se registran en otras Comunidades; hemos visto ya el caso de Cataluña.

Se exige la convivencia por un período de un año, salvo que tuvieran descendencia común o hubieran manifestado su voluntad de unirse en escritura pública. Como se ve, ha cundido el ejemplo de lo que hemos llamado “matrimonialización” de la unión de hecho, desde el punto de vista de la forma.

La pareja se disuelve: Por muerte o declaración de fallecimiento, matrimonio de uno de sus miembros, mutuo acuerdo, voluntad unilateral de uno de ellos, cese efectivo de la convivencia por un período superior al año y por convenio en escritura pública (supuesto de innecesaria mención).

El contenido de la relación de convivencia se rige por los mismos criterios que en Cataluña y Aragón.

Los miembros de la pareja son solidariamente responsables por las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes (art. 7).

Y llegamos así al conflictivo artículo 8, relativo a la adopción.

Dice el precepto: 1) Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las unidas por matrimonio.

2) Se adecuarán las disposiciones normativas forales sobre adopciones y acogimiento para contemplar el modelo de familia formada por parejas estables.

La norma foral difiere abiertamente del artículo 175 del Código Civil –redactado conforme a la disposición adicional tercera de la Ley de 11 de noviembre de 1988–. En el que se dice que “las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor

serán también aplicables al *hombre y la mujer* integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”. Las diferencias entre la norma estatal y la comunitaria son patentes. Mientras la ley estatal reserva la adopción conjunta a la pareja heterosexual, la norma navarra, dada la generalidad de sus términos, ampara la adopción conjunta que lleven a cabo tanto una pareja heterosexual como homosexual, y aquí radica precisamente la particularidad del precepto foral.

Inspirándose en la nueva norma, se ha consumado en Navarra la adopción llevada a cabo por una mujer homosexual del hijo tenido mediante fecundación artificial por su compañera sentimental, como ahora se dice. Contra la aprobación de la adopción indicada y contra la ley navarra se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad (pendiente de resolución cuando escribo estas líneas) por la Unión del Pueblo Navarro y por el Partido Popular.

La constitucionalidad de la ley ha sido ardorosamente defendida por GAVIDIA SÁNCHEZ (50).

Dice GAVIDIA que, con anterioridad a la ley citada, la única adopción conjunta permitida era la que llevaban a cabo personas de distinto sexo, y aquí existía una manifiesta discriminación por razón del sexo entre las parejas estables no casadas en función de que estuvieran integradas por personas del mismo o diferente sexo. Cuando el criterio de distinción –continúa GAVIDIA– es “sospechosamente discriminatorio”, en principio procede el escrutinio más estricto. Sin embargo, en este caso, no existiendo el derecho a tener niños, sino a que la regulación de la adopción no sea discriminatoria, como el interés a proteger es el del adoptado, sobre todo si es menor de edad o está incapacitado, debe entenderse que el legislador dispone de un mayor margen de maniobra, precisamente en interés del adoptado. Y, entonces, puede considerarse justificada la diferencia de trato, consistente en que no se pueda mediante la adopción llegar a situaciones que no se pueden dar en la filiación biológica: nadie puede tener dos padres o dos madres. Entonces se pregunta, ¿pueden los homosexuales considerarse excesivamente perjudicados por esta diferencia de trato? Le parece que no, ya que tal diferencia no impide a nadie adoptar, por razón de su orientación sexual; en adopciones individuales, la ley no excluye a nadie por razón de su orientación sexual ni siquiera cuando forma pareja con alguien del mismo sexo; en las conjuntas tampoco, porque los homosexuales casados o que vivan en pareja con persona de sexo diferente no están excluidos de la adopción. Ahora bien, esto no significa que

(50) “Las uniones libres de parejas estables en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables”, pp. 627 y ss.

no exista una diferencia de trato por razón del sexo entre los integrantes de la pareja, a la que el legislador navarro ha decidido ponerle fin.

GAVIDIA (51) se preocupa porque el legislador navarro, si bien ha puesto fin a la diferencia de trato que en sede de adopción entrañaba la exclusión de las parejas homosexuales, sólo se pronuncia sobre la adopción conjunta, y no sobre la sucesiva.

La no admisión de la adopción sucesiva –cree GAVIDIA– puede dar lugar a una grave rémora para la efectividad de esta reforma de la adopción. Si concurren una serie de solicitudes de adopción sobre un mismo menor, es obligado que los servicios sociales informen sobre la solicitud que consideren más conveniente para el adoptado, y que el juez, sin estar vinculado por dicho informe, decida aprobar la adopción que considere más preferible para el menor. Eso puede dar lugar a que, cuando concurren parejas casadas con no casadas, se prefiera a las casadas, por la mayor estabilidad de la unión matrimonial, al quedar excluida su libre ruptura; y entre las no casadas, a las integradas por personas de sexo diferente, puesto que en ellas la relación de filiación se establece estando presentes las dos identidades de género, lo cual es algo que, en sí mismo, no representa ningún peligro para el desarrollo de la personalidad del menor. El problema no existiría si se admitiera que el compañero del padre o el compañero de la madre pueda adoptar al hijo de aquél o de ésta con la consiguiente extinción de la filiación con el otro padre o madre. GAVIDIA cree que para que se dé esta posibilidad caben dos caminos: o el Parlamento de Navarra reforma el artículo 8.1 de la Ley Foral, admitiendo claramente la adopción sucesiva por homosexuales, o lo hace el legislador estatal, admitiendo la adopción sucesiva por el compañero del padre o de la madre, sin que hiciera falta que admitiera la adopción por parejas homosexuales, al haber equiparado Navarra una y otras parejas (52).

¿Es contraria a la Constitución la adopción de un niño realizada conjuntamente por una pareja de homosexuales? El problema ha de resolverse teniendo en cuenta el interés del niño, que por supuesto debe prevalecer sobre el que tengan en adoptar conjuntamente dos homosexuales. Téngase en cuenta, como el mismo GAVIDIA recuerda, que el artículo 39.4 de la Constitución dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1990, ratificada por España, establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas

(51) Ob. últimamente cit., p. 631.

(52) Está bien en Navarra, pero ¿y fuera de ella?

de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. De acuerdo con este criterio, y como el propio GAVIDIA admite, la posible inconstitucionalidad de la adopción por parejas homosexuales sólo puede plantearse con base en que tener dos padres o dos madres sea perjudicial para el niño, pues si lo fuera, se estaría violando el artículo 39.4 de la Constitución. Conforme de toda conformidad; pero mi discrepancia con GAVIDIA estriba que para él estamos ante una cuestión científica a esclarecer por los expertos.

Según GAVIDIA, caben tres clases de informes procedentes de los expertos: que la adopción de un niño por una pareja de homosexuales no perjudica al niño, entonces la norma sería constitucional; que puede perjudicarlo, dependiendo del grado de desarrollo mental del adoptado o de las condiciones personales y familiares de los adoptantes; cree que también, aun con ese informe, la norma sería constitucional, puesto que ya se prevén mecanismos de control; y, finalmente, si los expertos dictaminan que esa adopción perjudica en todo caso al niño, la ley foral sería, en ese único caso, inconstitucional.

Pero GAVIDIA, en conclusión, no cree precisos esos informes, ya que, dependiendo de una resolución judicial, la aprobación de una solicitud de adopción y la conveniencia de ésta para el adoptado queda suficientemente garantizada, a menos que ya no confiemos en nuestros jueces o tribunales. Por mi parte, no quiero entrometerme en esa vidriosa materia, pero sí digo: primero, que no parece preciso que se considere necesariamente perjudicial para el menor su adopción por una pareja homosexual, basta con el peligro cierto de que pueda perjudicarlo; segundo, que los jueces no son especialistas en pedagogía y psicología infantil, y, tercero, que basta recurrir al sentido común para percatarse que a un niño lo que ha de parecerle normal es que se le proporcionen un padre y una madre (o a lo sumo un solo progenitor), pero no dos padres o dos madres.

Por otra parte, entiendo que se interpreta abusivamente el artículo 14 de la Constitución cuando se ven discriminaciones por todas partes. Una cosa es que la ley fije las condiciones necesarias para realizar válidamente un acto jurídico y otra que discrimine a quien no las reúne. Por eso el Código Civil, al limitar la adopción conjunta por una pareja de hecho al caso de que se trate de dos personas de distinto sexo, no ha discriminado a los homosexuales, si el término discriminación que emplea nuestra Ley fundamental no se saca de quicio.

GAVIDIA afirma que la actual legislación estatal discrimina a los homosexuales porque sólo permite el matrimonio entre personas de distinto sexo. Sin embargo, a su juicio, esto no implica que la norma estatal sea inconstitucional. Naturalmente que no, decimos por nuestra parte, so pena

de tachar de inconstitucional a la propia Constitución, que concede el derecho a casarse sólo al hombre y a la mujer; el artículo 44 del Código Civil (la odiada norma estatal) no hace más que seguir la pauta que le da la Constitución. Por eso me parecen inadmisibles dos de sus afirmaciones:

La primera, que el artículo 1 de la Ley foral catalana ha invadido la competencia del Estado por mantener el matrimonio como una institución circunscrita a las uniones entre dos personas de distinto sexo. No discuto la cuestión de competencia, lo que contradigo es el ataque a la definición.

La segunda, que el legislador navarro haya “pulverizado” el presupuesto en que se basa ese modelo (el bisexual) de matrimonio y de familia. No sé de dónde saca GAVIDIA semejante conclusión. En definitiva, dice GAVIDIA (53): “Navarra, sin regular el matrimonio, ha «pulverizado» uno de los presupuestos fundamentales –acaso el básico– de la concepción del matrimonio como una unión de dos personas de sexo diferente, como es o era que dos personas del mismo sexo no pudieran tener hijos comunes”.

Esto es sencillamente inexacto. Como dijimos anteriormente, el desenlace *normal* del matrimonio es la procreación, y por eso, y porque el matrimonio permite la reproducción por procedimientos naturales, se exige que lo formen un hombre y una mujer. Claro es que hay matrimonios sin hijos, pero se trata de supuestos que, no obstante su validez, están fuera de los parámetros normales de la unión conyugal. Y como una pareja de homosexuales no puede tener nunca hijos comunes, y menos de acuerdo con el procedimiento natural, se explica que la ley no les permita acceder al matrimonio, sin que ello represente discriminación de ninguna clase. La ley navarra, aunque, a nuestro entender, se ha extralimitado al permitir la adopción por parejas homosexuales, no significa por eso un ataque a la institución matrimonial.

Dejemos el conflictivo artículo 8 de la Ley navarra y continuemos con su examen.

Se equiparan a los cónyuges los miembros de una pareja estable de hecho en la aplicación de las leyes relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la declaración de prodigalidad. El párrafo segundo de este artículo (el 9) complementa lo que dice el primero mediante la adición de un nuevo párrafo a la Ley 62 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

No me atrevo a tachar de inconstitucional esta disposición, pero sí diré que me parece excesivo que los miembros de una pareja de hecho, que puede deshacerse en cualquier momento por voluntad de cualquiera de las partes, ostente ese rosario de facultades sobre la persona del otro.

(53) Ob. cit., p. 640.

En el artículo 10 se establece el régimen de guarda y visita de los hijos en caso de cese de la convivencia. En principio prevalece el acuerdo, pero el juez puede moderar lo acordado y, por otra parte, se prevé que el juez puede decidir lo que estime conveniente en beneficio de los hijos comunes.

Nada se dice en caso de que falte el acuerdo de los padres, lo que extraña en una ley tan minuciosa.

Los artículos 11 y siguientes, que forman el capítulo tercero, tratan del régimen sucesorio, del fiscal y de la función pública.

Respecto del régimen sucesorio, se modifican las Leyes 253.2, 304.5 y 341 de la Compilación. Se equipara al cónyuge viudo con el miembro sobreviviente de una pareja estable reconocida por la ley, se incluye en el número 5 de la Ley 304 al cónyuge o pareja estable, y se incluye entre las personas que no pueden ser contadores-partidores al miembro sobreviviente de la pareja estable.

El larguísimo artículo 12 se refiere al régimen fiscal de las parejas de hecho.

En términos generales, se equiparan los miembros de una pareja de hecho a los cónyuges en lo que afecta a los impuestos de sucesiones y transmisiones patrimoniales.

Se presume la pertenencia al causante de los bienes que hubieran estado en su poder durante el último año, salvo que se hallen en poder, entre otras personas, del cónyuge o pareja estable del causante o de cualquiera de ellos.

Se equipara al cónyuge la pareja estable a los efectos de la presunción de pertenencia de los bienes que durante los tres últimos años hubieran sido adquiridos a título oneroso en usufructo por el causante y en nuda propiedad por el cónyuge o la pareja estable.

Se modifica la letra c) del artículo 45, relativo a las deudas contraídas entre otras personas a un miembro de pareja estable.

Se da nueva redacción al número 2 del artículo 48, referente a exenciones. Se da igualmente nueva redacción a la letra a) del apartado 1 del artículo 113. Trata de la disminución de patrimonio que resulte de los Registros fiscales y del aumento sincrónico del patrimonio del cónyuge o pareja estable.

Se da también nueva redacción al primer párrafo de la letra b) del apartado 1 del artículo 113. Trata del caso de persona que fallezca sin dejar cónyuge viudo o pareja estable sin descendencia o hijos adoptivos y los Registros fiscales acusen disminuciones sincrónicas en el patrimonio del causante que, nunca después de tres años, sean correlativas al incremento del patrimonio de los herederos o legatarios.

Igualmente se da nueva redacción a la letra c) del apartado 1 del artículo 113. Se ocupa de las altas y bajas en el impuesto industrial cuando

resulte el alta de descendiente o cónyuge por razón del mismo negocio en el que se dio de baja el ascendiente o el otro cónyuge o miembro de pareja estable.

También se redacta nuevamente el apartado 74 del artículo 116, que incluye a la pareja estable entre las personas beneficiarias de una cantidad hasta 500.000 pesetas satisfechas por las empresas.

Se modifica la Ley Foral 22/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

Nueva redacción de la letra d) del apartado 2 del artículo 14. Incluye las pensiones compensatorias recibidas por la pareja estable y las anualidades de alimentos.

Nueva redacción del apartado 2 del artículo 55 para incluir las cantidades satisfechas por pensión compensatoria y las anualidades de alimentos, con excepción de las establecidas por decisión judicial a favor de la pareja estable.

Nueva redacción del segundo párrafo de la letra e) del apartado 1 del artículo 62. Incluye a la pareja estable en la deducción que contempla.

Nueva redacción de la subletra b' de la letra f) del apartado 4 del artículo 62. Derecho a deducción por obras e instalaciones de adecuación que deban efectuarse en la vivienda del sujeto pasivo, por razón de la minusvalía del mismo, su cónyuge, pareja estable, ascendientes o descendientes que convivan con él.

Se modifica el apartado 1 del artículo 71 a efectos de considerar unidad familiar –entre otras– la integrada por una pareja estable y, si los hubiere, los hijos menores de edad, con excepción de los que con el consentimiento de sus padres vivan con independencia de éstos y los hijos mayores incapacitados judicialmente sujetos a la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Se da nueva redacción a la regla 6.^a del artículo 75, incluyendo en su normativa los miembros de la pareja estable.

El artículo 13 se refiere al régimen de la función pública. Se equiparan a los cónyuges los miembros de la pareja estable, en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar y derechos pasivos.

Serán beneficiarios de la pensión de viudedad los cónyuges o parejas estables de los funcionarios y de los pensionistas por jubilación que reúnan los requisitos que se determinen reglamentariamente.

La Ley concluye con una disposición adicional en la que se establece que el Gobierno de Navarra y los Ayuntamientos podrán crear Registros de parejas estables para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución, y si la legislación del Estado previera la inscripción en el Registro civil de las uniones estables reguladas por la pre-

sente Ley Foral, los efectos que ésta les otorgara han de entenderse referidos a las parejas que se inscriban en el mismo.

Sigue una disposición transitoria, otra derogatoria y dos disposiciones finales.

D) Ley de 6 de abril de la Comunidad Valenciana por la que se regulan las uniones de hecho.

La Ley valenciana adolece de los mismos defectos que ya anticipamos de la Ley madrileña. Obviamente ni en Valencia ni en la Comunidad de Madrid existe un Derecho civil propio ni compilado ni consuetudinario (aunque el Tribunal Constitucional ha “descubierto” una institución peculiar en Valencia), por lo que, de acuerdo con el criterio ya citado de Esther GÓMEZ CALLE, todas las normas de Derecho civil que contengan las respectivas compilaciones deben reputarse inconstitucionales, criterio que comparto. La inconstitucionalidad alcanza también, según dicha autora, a las normas para resolver conflictos de leyes, censura que abarca a todas las leyes autonómicas que sigan el mismo criterio, o parecido, al determinar su ámbito de ampliación.

Casi todas ellas exigen, para que la Ley de que se trate sea aplicable, que uno de los convivientes al menos tenga la vecindad civil en la comunidad de que se trate (la Ley valenciana exige que uno de los miembros de la pareja esté empadronado en la comunidad valenciana) (art. 1-3).

Esto plantea un grave problema cuando uno de los dos miembros de la pareja o acaso los dos tengan vecindad civil en otra comunidad. En ese caso, o se opta por entender que la vecindad civil de uno de los convivientes que pertenece, suponemos, a la Ley primeramente aplicable, “atrae” al otro miembro de la pareja, lo que sería una solución razonable desde el punto de vista práctico, pero difícilmente defendible en el plano legislativo, pues se priva al conviviente que tiene vecindad civil en otra comunidad de la aplicación de la ley que le es propia. Este problema sólo puede resolverse desde la legislación del Estado. Desde este punto de vista, puede hacerse a las leyes autonómicas el reproche de inconstitucionalidad.

El artículo 1 de la Ley exige la convivencia, pública, notoria, de dos personas, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses (no se exigen dos años), existiendo una relación de afinidad siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción en el Registro administrativo de uniones de hecho de la Comunidad valenciana. Parece que, si se cumple este requisito, resulta obviado el problema conflictual a que antes nos referimos. Pero como el párrafo 3 del artículo 1 dice que ésta será de aplicación a aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de sus miembros se halle

empadronado en la Comunidad valenciana, parece que el problema conflictual vuelve a aparecer, si bien debe tenerse en cuenta que es más fácil para el cónyuge no empadronado empadronarse que adquirir una vecindad que no se tiene. No obstante, el empadronamiento en la Comunidad valenciana (como lo mismo ocurre en la madrileña) no resuelve el problema definitivamente, pues si uno de los convivientes tiene otra vecindad civil, se le priva del derecho de ampararse en su propia ley, eso sin contar con que uno de los convivientes tenga su vecindad civil donde no exista una Ley autonómica sobre parejas de hecho.

Pensamos que el conflicto no desaparece a pesar de que el número 2 del artículo 1 diga que la inscripción en el Registro tendrá carácter constitutivo. El que lo sea cuando se cumplan todos los requisitos para que quede constituida la pareja de hecho, no por eso resuelve la dualidad de leyes si los convivientes tienen vecindades civiles diferentes, como no sea que se entienda resuelto de acuerdo con la voluntariedad de la inscripción en el Registro.

Siguiendo el planteamiento de Esther GÓMEZ CALLE, que compartimos, las normas que tratan de reemplazar a la disciplina peculiar del matrimonio son inconstitucionales por falta de competencia allí donde no existe Derecho civil compilado o consuetudinario. Por tanto, merecen a nuestro juicio esta calificación el artículo 4.1 de la Ley que faculta a los miembros de la unión para establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren conveniente para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos.

El precepto se refiere a las relaciones patrimoniales y no a las personales y en eso es correcto. También lo sería si el objeto de los pactos fueren instituciones ajenas al régimen económico conyugal. Es posible, según indicamos antes, pactar una comunidad de bienes, sobre todo si se ciñe a bienes concretos, o una sociedad civil y hasta regular colectiva.

Tampoco sería censurable que, a falta de pacto, los miembros de la unión contribuyan equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos.

La extinción de la unión sigue los criterios ya tradicionales: común acuerdo, decisión unilateral, muerte de uno de los miembros de la pareja, separación de hecho por más de seis meses, matrimonio de uno de los miembros.

Las normas administrativas consisten en mantener los mismos beneficios a las parejas de hecho que a las parejas que hubieren contraído matrimonio, en relación con el personal al servicio de la Generalitat valenciana.

La equiparación se hace extensible a la normativa valenciana de derecho público, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios.

Aunque el texto de la Ley no incluye en su texto las parejas homosexuales, tampoco las excluye; en cambio, del Preámbulo se sobreentiende que sí están incluidas.

Es dudoso si están incluidas las parejas de casados con otra persona, si están separadas de hecho o de derecho. La generalidad de los términos en que está concebida la letra b) del número 1 del artículo 2 abona la respuesta negativa.

E) Ley de 19 de diciembre de 2001 de uniones de hecho en la Comunidad Autónoma de Madrid.

Esta Ley plantea problemas en cuanto a su constitucionalidad análoga a la de la Comunidad Autónoma de Valencia.

En consecuencia reputamos inconstitucionales las normas para resolver los conflictos de leyes y las que versen sobre Derecho civil, de conformidad con lo expuesto por Esther GÓMEZ CALLE, que, sin embargo y como veremos, no es del todo consecuente con esta última afirmación.

Respecto del primer punto, la Ley madrileña dispone que “únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos uno de sus miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid”. Se exige un doble requisito: empadronamiento y residencia. Parece, pues, que los no empadronados o no avecindados civilmente en Madrid no podrán estar sujetos a esta Ley y, como dijimos, así como no ofrece mayores dificultades empadronarse, tropieza con ellas la adquisición de la vecindad civil. No creemos pues que el doble empadronamiento conduzca a la aplicación bilateral de la Ley madrileña respecto del conviviente no avecindado civilmente en Madrid, lo mismo que ocurre en la Comunidad valenciana, según vimos y pese a que en aquella Comunidad la inscripción es constitutiva y en la de Madrid se dice que las uniones a que se refiere la presente Ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro administrativo de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, luego es complementaria.

Aunque el Preámbulo de la Ley hace constantes referencias al principio de igualdad (como la mayor parte de las Leyes autonómicas) a la Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y las lesbianas, se está obviando —dice Esther GÓMEZ CALLE— la falta de competencia de la Comunidad de Madrid para regular las uniones de hecho desde el punto de vista civil.

Por eso no estoy de acuerdo con la citada autora cuando se declara

partidaria de los pactos reguladores de la convivencia, incluyendo la posibilidad de pactar un régimen económico matrimonial que para nosotros sería inconstitucional por las razones antes consideradas, pero sería válido pactar una comunidad de bienes o una sociedad civil o mercantil colectiva o mercantil atípica o secreta, lo que también sería viable en la Comunidad valenciana. Son nulos –dice acertadamente el art. 4.4 de la Ley– los pactos cuyo objeto sea solamente personal.

En cuanto a la forma de los pactos, el artículo 4.1 de la Ley hace referencia a la escritura pública, como las Leyes aragonesa y valenciana; las demás admiten que el convenio conste en documento público o privado. No parece con todo, aunque para nosotros es cuestión dudosa, que la escritura no se exija como requisito *ad solemnitatem*.

En cuanto a los requisitos para que se entienda formada una pareja de hecho, el artículo 1.1 de la Ley dispone: “La presente Ley será de aplicación a las personas que vivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo relación de afectividad, siempre que voluntariamente hubieran decidido someterse a la misma mediante la inscripción en el Registro de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid”.

La pareja puede serlo de personas del mismo o de distinto sexo. En el artículo 1, ni antes, ni después en el artículo 2, se hace mención alguna a su sexo, de donde se deduce que este tema no interesa a la Ley, o mejor dicho, que ampara las dos posibilidades.

El plazo de convivencia se exige como requisito con carácter previo al nacimiento de la unión, como en general ocurre en casi todas las comunidades, excepto en aquellas en que la unión se formaliza mediante el otorgamiento de escritura pública o la inscripción en el correspondiente Registro, como requisito alternativo a la convivencia, tal vez porque este requisito significa que la pareja considera su relación de convivencia con visos de estabilidad. No es esto lo que ocurre ni en las Comunidades madrileña ni valenciana, que, además de exigir la inscripción para que la unión quede sometida a la ley, exigen además el requisito de la convivencia previa durante un año.

La Ley, conviene subrayarlo, al exigir la inscripción, además de la convivencia previa, lo que supone es que uno al menos de los miembros de la pareja sea residente y esté empadronado en la Comunidad de Madrid. Esther GÓMEZ CALLE (54) entiende que al exigirse que uno al menos de los miembros de la pareja resida y esté empadronado en la Comunidad de Madrid, que de hecho el requisito se exige a los dos, pues es presupuesto esencial la convivencia, aunque creemos nosotros que, si bien el

(54) Ob. cit., p. 428.

requisito de la residencia común en la Comunidad de Madrid se dará siempre al ser presupuesto de la aplicación de la Ley el hecho de la convivencia, puede no darse el del empadronamiento, aunque se tratara de un caso extraño. Pero tanto en este supuesto, como si los convivientes no quieren inscribirse en el Registro, no por eso dejan de ser pareja de hecho. Ocurrirá simplemente que no estarán amparados por la Ley y tendrán que remitirse al sistema –digamos general, articulado por la jurisprudencia– siempre que reúnan los requisitos necesarios para ser considerados parejas de hecho conforme a lo que antes expusimos. Y es entonces cuando puede aparecer el problema de inconstitucionalidad que temió la sentencia de 5 de julio de 2001 y que creyó zanjar aplicando al caso analógicamente el artículo 97 del Código Civil.

Es importante subrayar que pueden constituir pareja de hecho las personas unidas por vínculo matrimonial, pero separadas judicialmente, como se deduce de la interpretación “a contrario” de la letra b) del artículo 2.1 de la Ley, lo que constituye una diferencia significativa con otras Leyes, como la catalana y la navarra, por ejemplo, que disponen que las personas casadas, aunque estén separadas judicialmente, no pueden constituir pareja de hecho, aunque el tiempo de convivencia computa hasta que uno de los miembros de la pareja haya quedado libre del vínculo, por divorcio, fallecimiento o declaración de nulidad.

De todo esto resulta que pueden darse tres tipos de parejas: matrimonios, parejas de hecho contempladas por una normativa autónoma y parejas atípicas, es decir, las que no están reguladas por ninguna Ley autonómica. Queda aún a nuestro entender un cuarto supuesto. ¿Qué ocurre si la Ley autonómica exige, como ya hemos visto, que uno al menos de los convivientes tenga su vecindad civil en la región de que se trate y el otro no? No parece fácil hacer compatibles las dos Leyes, en el supuesto de que el otro miembro de la pareja pertenezca a otra Comunidad autónoma que también tenga Ley autonómica sobre parejas de hecho, que lógicamente diferirá de la otra en algunos puntos. Parece que en la medida que no sea posible hacerlas mínimamente compatibles, la pareja deberá ingresar en el grupo de las atípicas.

No pueden tampoco constituir pareja de hecho: Los menores de edad no emancipados, las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita dar el consentimiento a la unión válidamente; las personas unidas por vínculo matrimonial, con la importante excepción que antes se señaló; las personas que formen ya parte de una pareja con otra persona; los parientes por consanguinidad en línea recta o por adopción; los parientes colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.

En cuanto a las causas de extinción, son éstas:

1) De común acuerdo. 2) Decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja. 3) Por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. 4) Por separación de hecho de más de seis meses. 5) Por matrimonio de uno de sus miembros.

Entre los pactos destinados a regular la convivencia interesa considerar cuáles se refieren precisamente a las consecuencias de la extinción de la convivencia.

En este sentido es importante subrayar que el artículo 4.2 de la Ley dispone que “los pactos a que se refiere el número anterior (reguladores de la convivencia) podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia, se produzca un desequilibrio económico que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil”.

El precepto inspirado directamente en el artículo 97 del Código Civil, aunque afecta a una de las condiciones económicas del matrimonio y, por tanto, en buena doctrina no debiera entenderse que cumple rigurosamente las condiciones de la constitucionalidad, cuenta así a favor con dos argumentos:

1.º Que se trata de un pacto y entendemos que éste elude la consideración de que constituye un obstáculo al derecho de libre denuncia de la unión, puesto que lo han convenido los dos convivientes (55). 2.º Por otra parte, la sentencia tantas veces citada de 5 de julio de 2001 no tuvo empacho en aplicar analógicamente –sin existencia de pacto, por tanto– el artículo 97 del Código.

En cambio, creo incompatible la pretensión de obtener una compensación compensatoria con otra dirigida a reparar el enriquecimiento injusto. Pienso que la pensión compensatoria ya cumple esa finalidad si se la aplica rectamente, y aunque es cierto que se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por el matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, supuestos en que parece forzado mantener una compensación compensatoria. El enriquecimiento injusto como constitutivo de una pretensión independiente dirigido a obtener el resarcimiento debe reservarse, parece, a los casos en que no pueda reclamarse la pensión compensatoria. Se trata de todos modos de una cuestión compleja y discutible.

(55) Se dirá que el argumento sería válido para sostener la validez de los pactos por los que se pacte para durante la convivencia un régimen económico conyugal, a lo que nos hemos opuesto, porque el régimen de suyo sólo se extingue por las causas señaladas por la Ley, y eso sí constituye un obstáculo para el cese unilateral de la convivencia, mientras que aquí se trata única y exclusivamente de regular ese cese.

F) Ley de 29 de diciembre de 2001 sobre parejas de hecho de la Comunidad de las Islas Baleares.

La Ley fundamenta su legitimidad en la Compilación del Derecho civil de Baleares. Por nuestra parte, no vamos a insistir sobre nuestro criterio acerca de cuándo un precepto de Derecho civil foral o especial puede servir para legitimar constitucionalmente una Ley sobre parejas de hecho.

Por lo demás, en el Preámbulo de la Ley hay, como ya es costumbre, una invocación al concepto amplio de la familia sancionado por la opinión probablemente dominante del artículo 39 de la Constitución; la aceptación social de las parejas de hecho, incluso con independencia de su orientación sexual, lo que implica incluir en el concepto las parejas homosexuales, es otro de los argumentos esgrimidos en defensa de la nueva Ley.

La Ley se abre con una definición de la pareja estable que coincide más o menos con la que formulan otras Leyes autonómicas, con una importante diferencia, no se exige tiempo mínimo de convivencia; en cambio, para que les sea aplicable la Ley, se precisa como mínimo que uno de los dos miembros de la pareja tenga vecindad civil en las Islas Baleares y que la pareja se inscriba voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares. La inscripción tiene pues carácter constitutivo.

Esta normativa plantea el problema ya tratado para el caso de que uno de los convivientes tenga vecindad civil en otra región, que en ésta exista o no Ley de parejas de hecho o que los dos o uno de los miembros de la pareja no quiera inscribirse en el Registro, a pesar de ser la inscripción constitutiva. Se reiteran los problemas de hacer compatibles dos Leyes autonómicas cuando cada miembro de la pareja pertenezca a Comunidades con leyes diferentes o qué es lo que ocurre cuando la pareja o uno de sus miembros se niega a inscribirse en el Registro, puesto que la inscripción es voluntaria. Creemos que en los dos últimos casos procede aplicar el escaso régimen que podemos denominar común, y también cuando las disposiciones legislativas contrapuestas sean francamente contradictorias, lo que no será frecuente.

Se declara que pueden constituir pareja estable los mayores y los menores emancipados. No obstante, no pueden constituir pareja estable: Los que estén ligados por vínculo matrimonial, sin excepciones, por lo que no podrán constituirlos los casados separados de hecho o de derecho; los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado; los que formen pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente.

La Ley contiene una cláusula permitiendo que los convivientes pacten lo relativo a sus relaciones personales y patrimoniales, así como los derechos y deberes respectivos, y pactar las compensaciones económicas

en el caso de extinción con el límite de los derechos mínimos que establece la ley, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que sean exigibles.

Consideramos inaceptable, por las razones que ya se expusieron, que los convivientes puedan pactar lo que se refiere a sus relaciones personales. Las obligaciones derivadas de los artículos 67 y 68 del Código Civil son privativos del matrimonio. En cuanto a pactar lo referente a las relaciones patrimoniales, nos remitimos a lo que dejamos dicho al ocuparnos de la Ley madrileña.

En defecto de pacto, los convivientes contribuirán al sostenimiento de las cargas familiares, que se detallan en el artículo siguiente, en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia.

Tienen este concepto: Los originados en concepto de alimentos en el sentido más amplio; los ocasionados por las atenciones médicas y sanitarias; los de conservación de la vivienda u otros bienes de la pareja.

No se consideran gastos comunes los derivados de la gestión y defensa de los bienes propios de cada uno de los miembros de la pareja.

Cada miembro responde con sus bienes del cumplimiento de las obligaciones que hubiera contraído, pero de las contraídas para el levantamiento de las cargas de la familia responde subsidiariamente el otro conviviente.

Los miembros de la pareja tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia sobre cualquier obligación legal.

Los convivientes se equiparan a los cónyuges en cuanto a la aplicación de las normas relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y la prodigalidad. Norma que tiene el inconveniente que resulta de la fragilidad de la unión.

La pareja se extingue: Por mutuo acuerdo; por voluntad unilateral notificada al otro; por cese efectivo de la convivencia por un período superior al año; por matrimonio de uno de sus miembros y por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los integrantes. Cuando la convivencia cese, cualquiera de los miembros puede reclamar una pensión periódica, siempre que la necesite para atender adecuadamente a sus necesidades y se encuentre en alguno de los siguientes casos:

Que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos; que el cuidado de los hijos comunes a su cargo impida o dificulte gravemente la realización de actividades laborales; el conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos:

Que el conviviente haya contribuido con su trabajo o económicamente a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.

Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de los trabajos para la familia.

Como se ve, la Ley balear hace compatible una pensión (parece que no es semejante a la pensión compensatoria) con una pretensión de enriquecimiento injusto.

El derecho a la pensión se extingue en un plazo de tres años, a contar desde el pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos, y si el receptor contrae matrimonio, constituye pareja estable o convive en relación afectiva con otra persona análoga a la conyugal. Parece que los dos últimos supuestos son iguales.

La pensión concedida para atender a los hijos se extingue cuando la atención a los hijos cese por cualquier motivo o éstos lleguen a la mayoría de edad o se emancipen, exceptuando los supuestos de incapacitación.

La pensión puede ser modificada o extinguida si cambian las circunstancias que la produjeron.

El pago de la compensación se deberá hacer efectivo en el plazo máximo de tres años, con el interés legal que se haya reconocido. Se ha de pagar en metálico, excepto acuerdo entre las partes o decisión judicial por causa justificada que establezca el pago en bienes.

Pensión y compensación (por enriquecimiento injusto) son compatibles, como anticipamos antes, pero la reclamación se deberá ponderar adecuadamente, de donde parece deducirse que tal vez la pensión por enriquecimiento pueda disminuirse en función de la cuantía de la pensión.

En cuanto al cuidado de los hijos, si se rompe la convivencia, los convivientes pueden acordar lo que estimen oportuno, aunque el juez puede moderar equitativamente lo acordado y en defecto de pacto acordar lo que considere procedente con respecto a los hijos y previa audiencia de éstos si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de doce años.

Consecuencias de la extinción por muerte o declaración de muerte. El conviviente tiene los siguientes derechos:

1. Derecho a la propiedad de la ropa, mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda común, sin que se computen en el haber hereditario. Se entienden excluidos los objetos artísticos o históricos, los bienes de procedencia familiar y los de valor extraordinario, teniendo en cuenta el nivel de vida de la pareja.

2. Si el causante era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse.

A continuación la Ley establece el régimen sucesorio. A nuestro juicio, en éste, como en el caso de otras Leyes comunitarias, es dudoso que

una comunidad tenga competencia para atribuir derechos sucesorios al miembro sobreviviente de la pareja de hecho, pero la Ley balear atribuye los mismos derechos que la Compilación del Derecho civil balear atribuye al cónyuge viudo.

La Ley concluye con dos disposiciones adicionales y cuatro transitorias. Se equiparan a los cónyuges los integrantes de una pareja de hecho en cuanto al régimen laboral al servicio de la Comunidad autónoma de las Islas Baleares. Los derechos y obligaciones de los cónyuges en el marco competencial normativo de las Islas Baleares se entenderán de igual aplicación para los miembros de una pareja estable.

G) Ley de 6 de marzo de 2003 de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Antes de empezar el comentario de esta Ley creemos conveniente hacer algunas precisiones. La Comunidad canaria, creemos, ha legislado sobre la materia en virtud de una delegación de poder legislativo del Estado amparado en el artículo 150.2 de la Constitución. Al principio de nuestro comentario sobre la posible inconstitucionalidad de las Leyes autonómicas subrayamos que, en el número 1 de dicho artículo (que lógicamente debe extenderse a todo su contenido), exigía para la delegación de materia de competencia estatal que esas normas delegadas estuvieran “en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una Ley estatal”. Si bien en el párrafo segundo del mismo artículo admite que el Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades autónomas facultades correspondientes a *materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación*. Pero subraya que el artículo 149.3 no podría corresponder a las Comunidades autónomas si están atribuidas expresamente en la Constitución, entre las que figura, conforme al número 8 del artículo 149, la Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles o especiales *allí donde existan*. Es claro que ninguna legislación civil foral contiene normas sobre parejas de hecho susceptibles de ser desarrolladas, de donde el artículo 149 supone a nuestro juicio un dique a la delegación “ex artículo 150.2” de determinadas materias.

Dejemos ahora tan importante materia para centrarnos en la Ley Canaria, que asimismo legisla al amparo de una delegación estatal, cuyo significado y alcance es el que acabamos de señalar.

Como de costumbre, el Preámbulo de la Ley intenta apoyarse en los artículos 9.2 de la Constitución española y en el 39 de la misma Constitución.

Se dice en el artículo 5, puntos 1 y 2, del título preliminar que “Los ciudadanos de Canarias son titulares de los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución” y que “los poderes públicos canarios, en el marco de sus competencias” asumen como principios rectores de su política la promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y la igualdad de los individuos y los grupos en que se integran.

Sigue el recordatorio, que no podía faltar, de las resoluciones adoptadas por el Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual.

La Comunidad autónoma de Canarias no puede quedar al margen de esta realidad social, y debe, en el ámbito de la competencia que el Estatuto de autonomía concede (nótese cómo la competencia se atribuye al Estatuto y no a la ley de delegación), aportar a la sociedad canaria una norma que otorgue seguridad jurídica a quienes voluntariamente han decidido formalizar una relación estable de pareja, con independencia del sexo de cada uno de ellos, y sin ningún tipo de discriminación. Se reconoce pues la legalidad de las parejas homosexuales con el mismo rango que las heterosexuales.

Veamos ahora lo que dispone la Ley.

En cuanto al ámbito de aplicación, lo es a las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable, con independencia de su orientación sexual, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que se cumplan las exigencias siguientes, aunque bastará la mera convivencia cuando la pareja tuviere descendencia común.

El artículo 2 dispone:

No pueden constituir pareja de hecho: los menores de edad no emancipados; las personas ligadas por el vínculo del matrimonio, no separadas (en este punto la Ley canaria es más amplia que casi todas las demás); las personas que formen una unión estable con otra persona simultáneamente; los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado; las personas legalmente incapacitadas por sentencia judicial firme.

Los dos miembros de la pareja de hecho han de estar empadronados en alguno de los Ayuntamientos de la Comunidad autónoma de Canarias. Al exigir acumulativamente que los dos miembros de la pareja estén empadronados en Canarias, se pone coto a los problemas que se plantean cuando la exigencia del empadronamiento o de la vecindad civil se exige sólo a uno de los miembros. Quiere decirse, por tanto, que si uno de los miembros no está empadronado en las Islas, se aplicará el sistema atípico

o habrá de ver si se pueden compatibilizar las leyes de cada una de las parejas. Con todo, la exigencia, a pesar de ser más rigurosa, cuando se cumpla, se eliminarán los problemas ya vistos.

La acreditación de la existencia de la pareja de hecho podrá acreditarse:

1.º Mediante la inscripción en el Registro Administrativo de las parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Canarias.

2.º Mediante escritura pública otorgada conjuntamente por los dos miembros de la pareja.

3.º Por cualquier medio de prueba admisible en Derecho y suficiente a los efectos establecidos en el artículo 1 de esta Ley.

La regulación de la convivencia puede ser objeto de pacto. Se extiende a cualquier forma verbal o escrita y comprende tanto las relaciones personales (contra nuestra opinión) y patrimoniales derivadas de la convivencia. Entre los derechos que pueden pactarse está el de obtener información médica en relación con el otro miembro de la pareja, en los casos en que razones médicas lo exijan o lo aconsejen. Pueden pactarse compensaciones económicas para el caso de cese de la convivencia.

Los pactos deben constar en escritura pública o en otro documento auténtico.

En defecto de pacto se presumirá que los miembros de la pareja contribuyen al mantenimiento del hogar y a los gastos comunes, como el trabajo doméstico y con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos, y si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios respectivos.

Los pactos se inscribirán voluntariamente en el Registro de parejas de hecho, pero en ningún caso se inscribirán los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o atenten a la esfera de intimidad de los convivientes.

(La norma es a mi juicio acertada, pero no rima bien con lo dispuesto al establecer el posible contenido del pacto.)

Los pactos sólo surtirán efectos entre las partes y nunca podrán perjudicar a terceros.

La denegación de la inscripción de los pactos, en su caso, debe hacerse mediante resolución motivada y contra ella podrán interponerse los recursos correspondientes.

La extinción de la pareja se produce:

Por mutuo acuerdo; por decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja notificada al otro.

Por muerte de uno de los miembros de la pareja.

Por separación de hecho por más de seis meses.

Por contraer matrimonio uno de los miembros de la pareja.

Cuando se extinga la convivencia (por cualquier causa que no sea el fallecimiento), los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea

separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública que, en su caso, hubieran otorgado.

Continúa la Ley con normas administrativas que se caracterizan por equiparar la situación de los convivientes a la de los cónyuges e igualmente ocurre con la normativa autonómica de Derecho público.

Concluye con tres disposiciones finales (hay antes una transitoria) y con una disposición derogatoria.

H) Ley de 16 de diciembre de 2002 de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El Preámbulo de la Ley comienza con la conocida lista que funda la familia en unidades de convivencia que han ido surgiendo como consecuencia del ejercicio de los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales sin sujeción a las reglas que condicionan su libertad de elección. Es decir, la Ley empieza con un canto a la indisciplina.

También se ha puesto de manifiesto, por otra parte, sigue diciendo el Preámbulo, las legítimas aspiraciones de estos ciudadanos a que su opción sexual no supusiera un obstáculo en orden a conformar un núcleo familiar, así como que éste no será considerado de forma marginal, sino que quedará plenamente integrado dentro de una sociedad que, al amparo de los principios de libertad y pluralidad, admite sin reparo alguno el derecho a ser diferente. Es decir, la Ley abre su declaración con un homenaje a los homosexuales.

La situación de los homosexuales no puede continuar porque a ello se oponen, según el preámbulo, el artículo 9.1 de la Constitución y el artículo 12 del Estatuto de Autonomía, que impulsan a la Comunidad Autónoma de Andalucía a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que lo integran sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificultan su plenitud, y, de otra, el artículo 39 del texto constitucional encomienda a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia.

Para ello, es necesario regular esta nueva realidad social, no ya desde la imposición de un régimen imperativo y supletorio de las relaciones interindividuales, sino mediante una intervención de las Administraciones públicas de Andalucía que contribuya a superar reconocimientos meramente formales de derechos y a materializar en la práctica cotidiana los derechos a la libertad y la igualdad en el ámbito familiar.

En este sentido se desarrolla la competencia sobre orientación familiar que el artículo 13.22 del mencionado Estatuto de autonomía atribuye a la Comunidad autónoma de Andalucía, puesto que, con respeto en todo caso a la legislación civil, no sólo se facilita la constitución y auto-

regulación de nuevos modelos de convivencia, sino que incide igualmente en aspectos sustantivos que afectan de modo importante a la familia, como la salud y los servicios sociales, lo que supone, en definitiva, una forma de atención, promoción y ayuda a la misma.

Dejamos el resto del Preámbulo, que se dedica a comentar las disposiciones de la Ley y pasamos a estudiar sucintamente éstas:

En el artículo 1 se reitera lo que ya se ha dicho en el Preámbulo, pero de forma aún más abigarrada, y en el artículo 2 se dice:

Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación a las parejas que al menos uno de sus miembros tenga su residencia habitual en cualquier municipio de Andalucía, y que ninguno de sus miembros se encuentre inscrito en otro registro como pareja estable.

Los términos del precepto plantean un problema similar al que hemos tratado al ocuparnos de otras Comunidades autónomas. Se precisa que uno de los miembros tenga su residencia habitual en cualquier domicilio de Andalucía, pero si uno de ellos se halla inscrito como pareja de hecho en otro registro ya no se aplica la Ley. Es un poco extraño que quien forma pareja de hecho con otra persona que tiene su residencia habitual en Andalucía forme pareja de hecho, al parecer con otra persona, e inscrita en distinto Registro. Con buena dosis de buena voluntad cabe interpretar que es la misma pareja de hecho la que se encuentra inscrita en otro Registro, si bien entonces quedarán sujetos al régimen atípico o bien habrá que ver de conciliar las dos leyes diferentes.

A los efectos de la Ley, se entiende por pareja de hecho la unión de dos personas con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. Por tanto, integran las parejas de hecho tanto las formadas por heterosexuales como por homosexuales.

No podrán formar pareja de hecho:

Los menores de edad no emancipados.

Los que estén ligados con vínculo matrimonial o pareja de hecho anterior inscrita. Luego no pueden formar pareja de hecho los casados separados de hecho o de derecho. También es anómalo que la pareja de hecho anterior que impide la formación de una nueva pareja haya de estar inscrita.

Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

Los colaterales por consanguinidad en segundo grado. La Ley Andaluza es en este sentido más rigurosa que otras, creemos que con razón.

Las Administraciones públicas de Andalucía promoverán las actuaciones tendentes a garantizar el reconocimiento y la protección de las parejas, conforme a los siguientes principios:

Respeto a cada persona en la libre elección de su opción sexual. Pre-

cepto innecesario porque, de acuerdo con la Constitución, está protegida la libertad individual.

Igualdad y no discriminación de los individuos por razón del modelo de unidad de convivencia de que formen parte. Más de lo mismo, como en el apartado siguiente, en el que se dice:

Respeto a la identidad sexual de cada persona.

Autonomía de los integrantes de la pareja de hecho en la configuración de los derechos y obligaciones derivados de su unión, con respeto en cualquier caso de los intereses de los menores a su cargo. No se sabe bien si la Ley quiere decir, como muchas de las otras, que los convivientes pueden regular por pacto sus derechos y obligaciones recíprocos, así como sus relaciones patrimoniales. Parece que sí, aunque según nuestro criterio estarían sujetos a las limitaciones que antes se expusieron.

Información en medios educativos y de proyección social sobre la coexistencia de diversos modelos de convivencia. La verdad, no entendemos bien lo que aquí se quiere decir, ni tampoco si existen centros que proporcionen esa información.

Acreditación:

Para acreditar la existencia de la pareja de hecho se deberá justificar ante las Administraciones públicas de Andalucía, documentalmente, las circunstancias siguientes:

Identificación personal; residencia habitual en un municipio de la Comunidad andaluza; declaración de no hallarse incurso en ninguno de los casos previstos en el artículo 3 de la Ley (los que incapacitan para ser pareja de hecho); declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho.

Esta declaración podrá realizarse mediante comparecencia personal de los interesados ante el titular del órgano encargado del Registro correspondiente, o ante el alcalde, concejal o funcionario en quien delegue, en la que manifiesten su voluntad de mantener una relación de convivencia estable, conforme a lo dispuesto en la presente Ley. (Parece que la declaración deberá ser hecha por los dos miembros de la pareja.) El acto tendrá carácter público, salvo que los interesados soliciten expresamente que se desarrolle en forma reservada.

También podrá efectuarse en escritura pública o por cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho.

Registro de parejas de hecho:

Prevía solicitud de los interesados, las parejas de hecho cuya constitución resulte acreditada serán objeto de inscripción en el Registro instituido al efecto.

La inscripción registral producirá presunción de convivencia, salvo prueba en contrario.

Los beneficios previstos en la Ley serán aplicables a las parejas de hecho desde la inscripción en el Registro.

La nulidad de la inscripción podrá promoverse de oficio o a instancia de los interesados, de acuerdo con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, y en los supuestos en que se hubiera acreditado la constitución de la pareja de hecho mediante ocultamiento de datos, falseamiento o con una finalidad fraudulenta.

El acceso a los datos obrantes en el Registro, así como la expedición de certificaciones, quedarán limitados a los propios interesados, salvo que éstos autoricen a tercero para la obtención de una información determinada.

El Registro de Parejas de Hecho tendrá carácter administrativo y será único, sin perjuicio de su gestión descentralizada en los municipios de la Comunidad autónoma. A tal efecto, la Administración de la Junta de Andalucía asumirá las correspondientes funciones de coordinación.

Reglamentariamente se regulará la organización y funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho, así como el procedimiento para la inscripción en el mismo y su gestión descentralizada en los municipios andaluces. Con la inscripción en el correspondiente registro, las parejas de hecho gozarán de todos los derechos que le confieren los ámbitos municipales, autonómicos, dentro del territorio andaluz.

Pero ¿qué ocurre si la pareja no se inscribe? Parece que habrá de sujetarse al régimen de las relaciones atípicas.

El capítulo II se ocupa de las relaciones personales.

Se sanciona el derecho de los miembros de la pareja para regular los derechos y deberes derivados de sus relaciones personales; las Administraciones públicas de Andalucía no inscribirán en el Registro los actos que atenten contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus integrantes.

Independientemente de la vaguedad de esta última aseveración, se plantea un problema importante común a otras Comunidades. En primer lugar hay que saber, puesto que la Ley no lo dice, si se ha efectuado a favor de la Comunidad de Andalucía la delegación de facultades que autoriza el artículo 150.2 de la Constitución, pues de no ser así la Comunidad carecería de competencia para regular, siquiera mediante pacto entre los interesados, lo relativo a sus relaciones personales. En segundo término, como ya hicimos constar, esta materia está sustraída a las facultades de las Parejas de Hecho.

Respecto de los derechos de los menores (que no se especifican) se dispone que las Administraciones Públicas velarán porque el respeto de los derechos de los menores tenga carácter prioritario y prevalezca sobre

cualquier pacto o situación de hecho, con independencia de la unidad de convivencia de la que aquéllos formen parte y de la relación jurídica existente entre sus miembros, precepto que por su ambigüedad y mala redacción no se sabe bien lo que quiere decir.

Por último, dentro de las relaciones personales, se establece el acogimiento de familia:

Según el artículo 5: Los componentes de las parejas de hecho podrán iniciar ante la Junta de Andalucía, de forma conjunta, los procedimientos para la constitución de los acogimientos familiares simples o permanentes. A los efectos de lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al menor, en relación con los criterios de idoneidad aplicados en dichos procedimientos, en ningún caso podrá ser utilizado como factor discriminatorio la opción o la identidad sexual de los solicitantes. Es decir, la barroca redacción quiere decir en síntesis que la identidad sexual de los solicitantes no puede ser, en ningún caso, factor discriminatorio.

En el capítulo III se abordan las relaciones patrimoniales. Los miembros de la pareja de hecho, teniendo en cuenta el principio de libertad de pactos que rige sus relaciones patrimoniales, podrán solicitar de las Administraciones Públicas de Andalucía información sobre las disposiciones legales vigentes al respecto.

En cualquier caso, las parejas podrán, en el momento de su inscripción, establecer el régimen económico que mantendrán durante su relación como a su término. Los pactos que acordaren podrán establecer una compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia.

Independientemente de la obsesión de reproducir aproximadamente el artículo 97 del Código Civil, hemos de repetir lo ya dicho. Los regímenes económico-matrimoniales son difícilmente compatibles con la esencia de las uniones de hecho: poner fin a ella cuando así lo decida unilateralmente una de las partes, lo que no es posible dentro de los regímenes regulados por el Código Civil, que serían los aplicables a Andalucía. Son posibles, como ya se dijo, la Comunidad de bienes ordinaria y ciertas variantes del contrato de sociedad. A recalcar el porqué a una pareja que no quiere entablar lazos de convivencia se les otorgan toda clase de facilidades (cosa distinta es que sean viables) para que las asuman.

Información e inscripción registral.

1) Las parejas de hecho interesadas en suscribir un documento, en el que quede reflejado el régimen económico voluntariamente pactado entre sus miembros, podrán requerir de la Junta de Andalucía que les informe

sobre los aspectos a tratar en la elaboración del mismo, especialmente con respecto a las siguientes materias:

- a) Contribución a las cargas familiares.
- b) Régimen de titularidad y disposición de los bienes y ganancias, con la constitución, en su caso, de una sociedad universal en cualquiera de sus modalidades.
- c) Derecho a alimentos.
- d) Efectos patrimoniales derivados de la disolución de la pareja de hecho: distribución y adjudicación de bienes; atribución del uso de la vivienda y el ajuar familiar; contribución a las cargas familiares y alimentos; indemnización a alguno de sus miembros.

Artículo 12. Disolución:

A los efectos de la presente ley, se considerará disuelta la pareja de hecho en los siguientes casos:

Muerte o declaración de fallecimiento de alguno de los integrantes; matrimonio de la pareja o de uno de sus miembros; cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año.

Los miembros de la pareja podrán regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, respetando en todo caso los derechos mínimos contemplados por la legislación general aplicable.

En todo caso, los pactos a que se refiere este artículo nunca podrán perjudicar a tercero.

Los miembros de la pareja estable son responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa.

Acreditada la disolución se procederá a la cancelación de la correspondiente inscripción en el correspondiente Registro de Parejas de Hecho.

El miembro de la pareja de hecho que haya tramitado la cancelación deberá notificarlo fehacientemente a la otra parte, sin perjuicio de la notificación obligatoria del Registro.

Artículo 13. Derechos en caso de fallecimiento de cada uno de los convivientes.

En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que le correspondan, a residir en la vivienda durante el plazo de un año.

Capítulo IV.

Del ejercicio de los derechos ante las Administraciones Públicas de Andalucía.

Artículo 14. Régimen por la normativa andaluza.

Derecho público.

Las parejas de hecho consideradas como unidades de convivencia familiar respecto a la normativa andaluza en Derecho Público que la Administración de la Junta de Andalucía pueda establecer a favor de la familia o de alguno de sus integrantes. De nuevo un precepto enigmático.

Artículo 15. Centros residenciales para personas mayores.

Las parejas de hecho podrán solicitar su ingreso conjunto en los centros residenciales para personas mayores dependientes de las Administraciones públicas de Andalucía, de forma que, acordada su incorporación a los mismos, dispondrán de habitaciones compartidas exclusivamente para ellos.

Artículo 16. Rehabilitación de drogodependientes.

Los órganos de las Administraciones Públicas de Andalucía competentes en materia de drogodependencias tendrán en cuenta la existencia de parejas de hecho, y desarrollarán su actuación sobre las mismas cuando éstas sean un factor determinante para la asistencia, la rehabilitación y la incorporación social de sus miembros.

Artículo 17. Información e intervención sanitaria.

Los miembros de la pareja de hecho podrán ejercer en todo caso el derecho que la legislación sanitaria reconoce a los familiares y allegados de una persona obtener, en términos comprensibles, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamientos.

2) Si fuera preciso el previo consentimiento de un paciente para la realización de una intervención sanitaria y éste no se hallase capacitado para tomar decisiones, los miembros de la pareja de hecho tendrán el derecho que la legislación sanitaria reconozca a los familiares y allegados de los usuarios del sistema sanitario público de Andalucía.

Artículo 18. Impulso a la equiparación de derechos en la economía privada.

La Administración pública andaluza promoverá, en el ámbito de la economía privada, la equiparación de los miembros de cualquier tipo de pareja respecto a los derechos de formación, licencias, ayudas de acción social, condiciones laborales y similares que se recojan en los convenios, respecto a las personas que forman matrimonio.

Artículo 19. Equiparación en materia de vivienda pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En la adjudicación de viviendas propiedad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía se entenderá a la pareja estable al matrimonio.

Artículo 20. Equiparación fiscal y tributaria.

La convivencia por unión estable de una pareja se equiparará al matrimonio a todos los efectos tributarios y beneficios fiscales en el régimen

tributario y fiscal autonómico, siempre que la acreditación de la pareja reúna los requisitos señalados por la Ley.

Artículo 21. Equiparación a la función pública.

En todo lo relativo a permisos, licencias, provisión de puestos de trabajo, ayudas de acción social y demás condiciones de trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en lo referente a los empleados públicos de la misma, se entenderá equiparada la pareja estable al matrimonio y al conviviente al cónyuge.

Artículo 22. Equiparación al matrimonio.

En las materias no reguladas expresamente en esta Ley, las parejas de hecho quedarán equiparadas al matrimonio en las relaciones jurídicas que puedan establecer con las diversas Administraciones públicas de Andalucía en su propio ámbito de competencias, con las limitaciones que puedan resultar impuestas por la aplicación de la normativa estatal.

La Ley concluye con una disposición transitoria, una disposición derogatoria única y dos disposiciones finales.

La Ley Andaluza es desde luego la peor de las Leyes autonómicas sobre parejas de hecho. Es larga, confusa y reiterativa.

I) Ley de 23 de mayo de 2002 sobre Parejas Estables del Principado de Asturias.

La Ley –se trata de una Ley corta– se fundamenta como casi todas en los artículos 9.2, 14 y 39 de la Constitución. Se citan en el Preámbulo los artículos 10.1.1.3, 24 y 25, que atribuye al Principado competencias exclusivas en materia de organización de sus instituciones de autogobierno, vivienda, asistencia y bienestar social y protección y tutela de menores y concordantes de la Ley Orgánica 7/1998, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, modificada por la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, ofrece un instrumento para no favorecer la discriminación de las personas unidas de forma estable en relación de convivencia análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, en cumplimiento de los principios constitucionales, y del Estatuto, de libertad e igualdad del individuo y de protección a la familia con respecto a la Resolución adoptada por el Pleno del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales en la Unión Europea desde la plena convicción de la igualdad de todos los asturianos y las asturianas.

Como se ve, los antecedentes que se invocan para justificar la Ley son más bien confusos y habría que consultar el Estatuto, para comprobar si estamos dentro de las competencias derivadas claramente de la Constitución.

El ámbito de la Ley se aplicará a las parejas estables cuyos miembros estén empadronados en cualquiera de los municipios de los concejos de Asturias. La Ley pues no es aplicable si alguno de los miembros de la pareja no cumple esta exigencia, produciéndose los problemas que ya hemos visto cuando la disparidad de empadronamiento (o de vecindad civil) se produce en el ámbito de aplicación de otras Leyes.

Se entiende por pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo (luego el concepto abarca también a los homosexuales) de dos personas mayores de edad o menores emancipados sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

Para que la pareja constituya pareja estable se necesita que hayan convivido, maritalmente, durante un período ininterrumpido de un año, o que tuvieran descendencia común, bastando entonces la simple convivencia, o que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable o en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias.

El cumplimiento de cualquiera de estos requisitos no subsana, sin embargo, que uno de los miembros de la pareja no esté empadronado en Asturias.

La pareja estable se disuelve: Por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja; por matrimonio de uno de sus miembros; por mutuo acuerdo; por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro; por cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año; cuando se acuerde por los convivientes en escritura pública, disposición inútil, pues anteriormente se dice que la pareja se disuelve por mutuo acuerdo.

Disuelta la unión los miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto el documento que hubieran otorgado o a cancelar la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho que hubieran promovido.

La disolución de la pareja implica la revocación de los poderes que se hubieran concedido el uno a favor del otro.

No se reconocerá la existencia de otra pareja de hecho mientras no se hubiera disuelto otra anterior mediante alguno de los supuestos comprendidos en el número 1 del artículo 4.

Regulación de la convivencia.

Podrán regular tanto en el aspecto personal como patrimonial, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes. Podrán también incluir las compensaciones económicas

que convengan para el caso de disolución de la pareja y siempre con observancia de la legalidad aplicable. Aparte de que no se entiende bien el significado de esta última frase, parece excesiva la libertad de establecerse compensaciones. En cuanto a la regulación de las relaciones personales y patrimoniales, nos remitimos a lo dicho anteriormente al tratar de otras Comunidades Autónomas.

Se remite la Ley a la normativa vigente en tema de comunicación, estancia y régimen de visitas de los menores, así como a su guardia y custodia (se sobreentiende que deben ser hijos comunes).

Medidas de acción afirmativa (?).

En todo lo relativo a permisos, licencias, provisión de puestos de trabajo, ayudas de acción social y demás condiciones de trabajo en el ámbito de la Administración del Principado de Asturias y en lo referente a los empleados públicos de la misma, se entenderá equiparada la pareja estable al matrimonio y al conviviente al cónyuge.

Los miembros de una pareja estable podrán acoger a menores de forma conjunta siempre que la modalidad de acogimiento familiar sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable. ¿Cuál?

En todo lo concerniente a prestaciones y servicios dependientes de la Administración del Principado de Asturias dirigidos a la protección familiar y de apoyo a la unidad convivencial o que presuponen demandas de la unión familiar, las parejas estables se entenderán equiparadas al matrimonio. (Tampoco se entiende bien el contenido de este precepto.)

Viviendas propiedad del Principado de Asturias.

En la adjudicación de viviendas propiedad de la Administración del Principado de Asturias se entenderá equiparada la pareja estable al matrimonio.

La Ley concluye con una disposición transitoria y otra final.

J) Ley de 7 de mayo de 2003 reguladora de las Parejas de Hecho del País Vasco.

La Ley de la Comunidad autónoma del País Vasco es una de las más recientes. Aunque en el País Vasco hay un Derecho civil propio, sobre todo en Vizcaya, no hay desde luego en esas normas forales una referencia a las parejas de hecho, situación no conocida ni por el Derecho vasco consuetudinario, ni por la Compilación de Derecho civil, ni por los llamados Derechos históricos. Sin embargo, el Estatuto de Autonomía del País Vasco se refiere al Derecho civil vasco y hace referencia a la norma constitucional que trata de su conservación, modificación y desarrollo, y además a las normas que se refieren a la organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección de menores, sanidad, interior y asistencia social.

Naturalmente hay una referencia a los artículos 9, 10 y 39 de la Constitución.

El Preámbulo se inicia con una correcta distinción entre, por un lado, muchas personas que constituyen unidades afectivo-sexuales de carácter estable sin llegar a formalizarlas en un contrato matrimonial, bien porque al tratarse de personas del mismo sexo no tienen posibilidad de casarse, bien porque no desean sujetarse a aquel régimen (el matrimonio). Estas uniones –sigue diciendo el Preámbulo– dan lugar a verdaderos núcleos familiares no sujetos actualmente a ninguna regulación jurídica (naturalmente ello hace alusión exclusivamente al País Vasco), más allá de la interpretación que los jueces y tribunales formulan en aquellos casos en que el desamparo del derecho produce la judicialización de los conflictos.

Especial desprotección sufren los grupos familiares en los que la pareja está compuesta por dos hombres o dos mujeres, que se ven discriminados frente al resto de las parejas por ejercer una opción afectivo-sexual tan legítima como cualquier otra (?) al ver negado por el ordenamiento jurídico el acceso al matrimonio, y, en algunos casos, el ejercicio de los mismos derechos de que gozan las parejas no casadas compuestas por hombre y mujer.

Se cita la proposición no de ley aprobada por el Parlamento Europeo de 28 de mayo de 1982 y la resolución del Parlamento europeo de 6 de febrero de 1994. Hay una referencia, asimismo, al artículo 13 del Tratado de Amsterdam, por los que se revisan los Tratados Fundacionales de la Unión Europea, que faculta al Consejo a luchar contra la discriminación por razón de la orientación sexual. El 26 de septiembre del 2000 también la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha recomendado a los Gobiernos de los Estados miembros que adopten medidas para poner fin a la discriminación de las personas homosexuales.

El Preámbulo de la Ley del País Vasco es, pues, uno de los más completos sobre la materia, aunque, para nosotros, no justifique lo que pretende justificar.

El concepto de la pareja de hecho aparece definido en el artículo 2.1 de la Ley: “Se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o en segundo grado colateral y que se encuentran ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o de distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o de pareja de hecho.”

El número 2 del precepto establece que la presente Ley será aplicable a las parejas de hecho constituidas en los términos del artículo 3 y siguientes de la Ley. A tal efecto, podrán inscribirse aquellas parejas de

hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga la vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin distinguir, en el caso de la otra parte, la nacionalidad.

La Ley tiene, pues, un ámbito de aplicación mayor que el de otras comunidades, pues basta que uno de los miembros de la pareja tenga su vecindad administrativa en Euskadi para que la pareja en su integridad quede sometida a la Ley sin que importe la nacionalidad (se emplea por primera vez este término) del otro conviviente.

La inscripción de la pareja de hecho en el Registro que se lleva al efecto en el País Vasco tiene carácter constitutivo, de modo que a las parejas no inscritas no les será aplicable la Ley. En ese caso se aplicará el que hemos llamado reiteradamente régimen "atípico" o la que por aplicación de lo dispuesto en otras leyes tuvieran los convivientes, lo que conlleva los problemas de adaptación si sus vecindades fuesen diferentes.

En el artículo 4 se regula prolijamente el Registro de Parejas de Hecho, en el que se inscribe la constitución y los convenios reguladores del régimen económico-matrimonial que pudieran establecer los convivientes.

En cuanto al contenido de la relación de pareja de hecho, se establece que sus componentes podrán regular sus relaciones personales y patrimoniales derivadas de su unión mediante documento público o privado, así como las compensaciones económicas para el caso de disolución de la pareja. Ya hemos expuesto nuestra opinión sobre el alcance y la validez de tales pactos.

En defecto de pacto expreso, los miembros de la pareja podrán adherirse a las cláusulas generales que en este sentido se establezcan. Las cláusulas generales preverán:

La contribución al mantenimiento de la vivienda y de los gastos comunes mediante aportación económica o trabajo personal. Se considerará contribución a los gastos comunes el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o a la empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes en proporción a sus patrimonios. No tendrán la consideración de gastos comunes los derivados de la gestión y defensa de los bienes propios de uno de los miembros de la pareja. Ninguno de los miembros podrá enajenar, gravar o, en general, disponer de sus derechos sobre los bienes comunes de cualquier forma que comprometa su uso sin el consentimiento del otro.

La cláusula es demasiado larga, mezcla problemas distintos y en general es oscura y complicada.

Se señalan a continuación los efectos del cese. Disponiéndose:

Una pensión periódica para el miembro de la pareja que la necesitara para atender adecuadamente a su sustento en uno de los siguientes casos:

Si la unión hubiera supuesto una disminución de la capacidad del solicitante de obtener ingresos.

Si el cuidado de los hijos o hijas comunes a su cargo le impidieran la realización de actividades laborales o las dificultara seriamente.

Una compensación económica a favor del miembro de la pareja que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro miembro, en el caso de que por este motivo se haya creado una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique enriquecimiento injusto.

El derecho del superviviente en el caso de extinción de la pareja por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los componentes, cuando existiese convivencia y siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos, a la propiedad del ajuar doméstico y al uso de la vivienda común durante el año siguiente a la defunción, salvo que constituyera nueva pareja de hecho o contrajera matrimonio.

El precepto confiere demasiadas pensiones, deja demasiado margen al arbitrio judicial y mezcla el derecho a las pensiones con un derecho de sucesión *mortis causa*, demasiado raquítico.

Adopción, acogimiento y régimen sucesorio.

Artículo 7. Los miembros de la pareja podrán, en los términos establecidos por la normativa vigente, formalizar el acogimiento de menores de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas en matrimonio.

(No se sabe cómo va a cumplirse esta obligación si la pareja se separa.)

Artículo 8. De la adopción.

1) Los miembros de parejas formadas por personas del mismo sexo podrán adoptar de forma conjunta, con iguales derechos y deberes que las parejas formadas por dos personas de distinto sexo y las parejas unidas por matrimonio. Es decir, al igual que en Navarra, se sanciona la adopción por parejas homosexuales, apartándose de lo que ahora dispone el Código Civil. Discrepamos de este criterio, según ya quedó expuesto.

Artículo 9. Régimen sucesorio.

A los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio (LPV 1992/266), de Derecho civil foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas. Así, en relación con el régimen sucesorio y en función del Derecho foral aplicable a cada caso:

1) Podrán pactar que a la muerte de uno de ellos el otro pueda conservar en usufructo la totalidad de los bienes comunes.

2) Podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad, pudiendo ser revocado o modificado por los miembros de la pareja.

3) Podrán nombrarse recíprocamente comisario en testamento o pacto sucesorio.

Régimen de Derecho público-administrativo.

Artículo 10. Régimen fiscal.

En el marco de las competencias administrativas de la Comunidad Autónoma de Euskadi se da el mismo tratamiento fiscal a las parejas de hecho que a las unidas por matrimonio.

Artículo 11. Régimen de la función pública.

Los miembros de la pareja de hecho tendrán la misma consideración que los cónyuges a los efectos de lo previsto en la Ley de la Función Pública Vasca y en el resto de las normas que regulan el estatuto de los funcionarios del País Vasco, en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas y provisión de puestos de trabajo.

Artículo 12. Mediación.

En caso de desacuerdo entre los miembros de la pareja, podrá instarse de común acuerdo la mediación familiar en los términos que señala la normativa reguladora de esta figura.

Artículo 13. Servicios sanitarios.

En el ámbito de los servicios sanitarios, los miembros de la pareja de hecho tendrán los mismos derechos que la normativa sectorial sanitaria atribuye a los cónyuges o familiares y, asimismo, tendrán derecho a obtener, en términos comprensibles, información completa y continuada, verbal o escrita, sobre diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, incluida la información y prestación de testimonio en los casos de donación y extracción de órganos.

Si fuera preciso el consentimiento escrito de un paciente para la realización de una intervención sanitaria y éste no se hallase capacitado para tomar decisiones, los miembros de la pareja de hecho tendrán el derecho que la legislación sanitaria reconoce a los cónyuges y familiares de los usuarios del sistema sanitario público vasco.

Artículo 14. Residencia para personas mayores.

Las residencias para personas mayores, tanto públicas como privadas, dispensarán el mismo trato a las parejas de hecho que a las unidas en matrimonio, tanto en lo relativo a su acceso al centro como en las condiciones de estancia y utilización de los servicios, incluido el uso de habitaciones, la posibilidad de compartir otras instalaciones existentes y cualesquiera otras condiciones de utilización y estancia en el centro.

Artículo 15. Trámites administrativos *post mortem*.

En caso de fallecimiento de uno de los componentes de la pareja de hecho, el otro podrá participar en los trámites y gestiones relativas a la identificación y disposición del cadáver, enterramiento, recepción de objetos personales del difunto y cualesquiera otros que resultaran precisos, en iguales condiciones que las parejas casadas.

Artículo 16. Régimen penitenciario.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el ámbito de sus competencias, velará por el tratamiento igualitario entre las parejas de hecho, sean del mismo o diferente sexo y las parejas casadas, en la aplicación de la normativa que regula los centros penitenciarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Artículo 17. Régimen laboral y de la Seguridad Social.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el ámbito de sus competencias en materia social, cuidará por la plena equiparación de los derechos entre las parejas de hecho y las casadas en la aplicación de las normas laborales y de la Seguridad Social, tanto si se trata del sector público como del privado.

Extinción de la pareja de hecho.

Son causas de extinción: Común acuerdo, decisión unilateral de uno de los miembros de la pareja notificada fehacientemente al otro; muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja; matrimonio entre los propios miembros de la pareja, matrimonio de cualquiera de los componentes de la pareja.

Efectos y obligaciones derivados de la extinción:

1) Cuando se produzca la extinción de la pareja de hecho, ambos miembros o uno de ellos en los casos de decisión unilateral, deberán instar la cancelación correspondiente en el registro. Ninguna de las partes puede constituir relación de pareja sometida a esta Ley sin la previa cancelación de la anterior. (Luego podrán constituirla sin sumisión a la Ley cuando la constituyan sin haber procedido a la cancelación de la anterior.)

Cuando se encuentre plenamente acreditado el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho o el matrimonio de uno o de ambos, podrá practicarse de oficio la cancelación de la inscripción.

La Ley termina con dos disposiciones adicionales. Dos transitorias y dos derogatorias.

K) Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Que sepamos es la última de las Leyes autonómicas referentes a las Parejas de Hecho.

Como casi todas, el Preámbulo hace referencia al primer y único congreso de parejas no casadas celebrado y auspiciado por el Consejo de Europa, añadiendo que la relación se ha ido normalizando en diversos textos legislativos, como el Código Penal, la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado.

No falta la cita del artículo 39 de la Constitución, ni la de los artículos 11, 14 y siguientes, ni la de las Leyes de 13 de mayo de 1981, que modificó profundamente nuestro Derecho de Familia, ni la de 7 de julio de 1981 y 11 de noviembre de 1987.

Se señala que, junto a la pareja de hecho 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 ajeno y marginal. Se impone la adecuación de la normativa a la realidad de la sociedad en este momento histórico. Deben respetarse y cumplirse la recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo a los Consejos de ministros de los Estados miembros, ratificada el 11 de junio de 1985 por nuestro Congreso de Diputados, sobre no discriminación a los homosexuales, y la resolución adoptada el 5 de febrero de 1994 por el Pleno del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, que, desde la convicción de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual, pide a los Estados de la Comunidad que supriman todas las disposiciones jurídicas que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

En este sentido, la Comunidad Autónoma de Extremadura considera que la convivencia duradera y estable, con independencia de la orientación sexual de sus miembros, debe considerarse una realidad cotidiana de nuestra sociedad, por lo que no puede permanecer al margen del Derecho positivo. Así, con esta Ley se daría cumplimiento a las previsiones del artículo 6.2 b) del Estatuto de Autonomía de Extremadura, que dentro del marco de su competencia ejercerá sus poderes con el objetivo básico de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los extremeños sean reales y efectivas.

En igual sentido, la Comunidad Autónoma de Extremadura, mediante el Decreto 3 de la Comunidad Autónoma de Extremadura 5/1997, de 18 de marzo, creó el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, decreto que fue desarrollado mediante Orden de 14 de mayo de 1997 de la Consejería de Bienestar Social, suponiendo ahora la presente Ley una respuesta clara, desde esta Comunidad Autónoma, a una demanda realizada por amplios sectores sociales e institucionales, con el fin de reconocer esta fórmula de convivencia en el marco del Derecho común que evite cualquier tipo de discriminación para la persona.

Este farragoso preámbulo concluye diciendo: Siendo de obligado cumplimiento que el tratamiento de estas uniones de convivencia se ajuste al marco de las competencias autonómicas en la materia, se han excluido las

cuestiones propias del Derecho penal, las de carácter laboral y las relativas a la Seguridad Social. Constitucionalmente, debieran haberse excluido, lo que no se ha hecho, las normas de Derecho civil, ya que Extremadura carece de un Derecho civil o foral peculiar, con lo cual el Derecho civil queda fuera del ámbito competencial del Estatuto, según antes quedó expuesto.

Concepto de pareja de hecho: Se considera pareja de hecho, a los efectos de la ley, la unión estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad, o menores emancipados, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Se exige que, al menos, uno de los miembros de la pareja se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

La fórmula es similar a la que aparece en otras Leyes Autonómicas. Del último inciso parece desprenderse que es suficiente que uno de los miembros de la pareja se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad Autónoma para que la pareja, en su totalidad, quede sometida a las disposiciones de la Ley Autonómica.

La pareja es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido como mínimo un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público. Luego esta manifestación, que debe ser común, sustituye al requisito efectivo de la convivencia.

En caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial con otra persona al tiempo de iniciar la relación, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo indicado de un año.

La inscripción en el Registro tiene carácter constitutivo.

No pueden constituir pareja de hecho: Los menores de edad no emancipados, las personas ligadas por vínculo matrimonial no separadas judicialmente. Luego sí pueden constituir pareja de hecho personas casadas separadas judicialmente, no así en caso de estar separadas solamente de hecho; las personas que formen pareja de hecho debidamente inscrita con otra persona; los parientes por consanguinidad o adopción en línea recta; los parientes por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

Las parejas de hecho se constituirán a través de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extrema-

dura, previa acreditación de los requisitos antes relacionados en expediente contradictorio ante el encargado del Registro. Pero la previa convivencia, libre, pública, notoria y no interrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante cualquier medio de prueba admitido en derecho. ¿Para qué, pues, el expediente contradictorio?

Disolución de la pareja de hecho: Muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros; matrimonio de uno de los convivientes; mutuo acuerdo; voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, que deberá ser notificada fehacientemente a la otra; cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año.

Ambos miembros están obligados a dejar sin efecto el documento público que hubieran otorgado y a instar la cancelación en el registro correspondiente. Si la voluntad de cancelación se presenta por uno solo de los miembros, se dará conocimiento al otro.

Los miembros de una pareja de hecho no podrán establecer otra pareja estable con tercera persona mientras no se haya producido su disolución mediante alguno de los supuestos antes descritos.

La disolución de la pareja de hecho implica la revocación de los poderes que uno de los miembros hubiera otorgado a favor del otro.

La relación de pareja.

La Ley autoriza a los miembros de la pareja para establecer en escritura pública los pactos y convenios para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese.

A nuestro juicio, la norma no es conforme con el derecho constitucional por cuanto el derecho extremeño carece de Derecho civil o foral propios, que es la primera condición para que los estatutos de autonomía asuman competencias sobre Derecho civil, con arreglo a los artículos 149.1.8. y 150.2, que antes fueron examinados.

En defecto de pacto (o salvo que éste sea declarado nulo conforme a lo antes dicho) se presumirá que los miembros de la pareja de hecho, salvo pacto en contrario, contribuyen al sostenimiento de los gastos de ésta en proporción a sus recursos.

Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de los derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos, así como aquellos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecte a la intimidad de los convivientes.

Aunque la redacción del precepto no brilla por su claridad, es de encomiar que niegue validez a los pactos cuyo objeto sea puramente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes.

En todo caso, los pactos a que se refiere este artículo (sus números 2 y 3) sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros. Podrán inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho

de la Comunidad Autónoma de Extremadura, siempre que en ellos concurren los requisitos de validez antes expresados, a petición de ambos miembros de la pareja.

Reclamación de compensación económica.

En el supuesto de que se produzca la extinción en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica para el conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente. El precepto, como otros muchos, está inspirado en el artículo 97 del Código Civil, atinente a la pensión compensatoria.

Acogimiento familiar de menores.

1) Teniendo en cuenta que es competencia de la Junta de Extremadura la función tuitiva de los derechos de la infancia, así como todas las actuaciones de tutela, acogimiento y adopción de menores, los miembros de la pareja de hecho podrán acoger de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas en matrimonio, siempre que la modalidad del acogimiento sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable.

2) En los casos de disolución de una pareja de hecho que hubiere recibido en acogimiento familiar administrativo a un menor de edad, en lo relativo a la guarda y custodia de éste, se estará a lo que disponga, en interés del menor, la Entidad pública competente en materia de protección de menores. En los supuestos de acogimientos familiares judiciales, decidirá el juez, a propuesta de la Entidad pública.

La oscura redacción del precepto no aclara si los menores pueden ser acogidos o adoptados por parejas homosexuales. Ante el silencio de la Ley nos inclinamos por la negativa, aunque las constantes referencias a disposiciones de rango internacional podrían hacer pensar otra cosa.

Artículo 9. Guarda y régimen de visita a los hijos.

En caso de disolución de la pareja de hecho en vida de ambos miembros, la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y el régimen de comunicación y estancia se determinará en aplicación de la legislación civil vigente en materia de relaciones paternofiliales. La norma es correcta en cuanto se remite a la legislación común.

Normas administrativas.

Artículo 10. En todo lo que respecta al personal de servicio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, deberá entenderse la pareja de hecho al matrimonio y el conviviente al cónyuge, de tal manera que los convivientes mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio.

Artículo 11. Régimen de prestaciones sociales.

Se entenderá equiparada la pareja de hecho al matrimonio y el conviviente al cónyuge, en toda la normativa de servicios y prestaciones sociales de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Artículo 12. Normativa de la Comunidad Autónoma de Derecho público.

Los derechos y obligaciones establecidos en la normativa extremeña de Derecho público serán de aplicación a los miembros de la pareja de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y tributos propios.

Artículo 13. Régimen fiscal.

Los miembros de una pareja de hecho serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal autonómica, a los efectos de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones.

La Ley concluye con una disposición adicional, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

VIII. Reflexión final

Si echamos una mirada panorámica sobre las leyes autonómicas comprobaremos que, salvo algunas excepciones, las mismas no difieren grandemente y no cabe presumir que cuando se dicte una ley estatal entre ésta y aquéllas existan grandes diferencias. El problema consistirá en saber, una vez que la ley estatal se promulgue, qué suerte van a correr las leyes autonómicas.

Una visión acaso precipitada sobre las leyes autonómicas nos sitúa a primera vista ante dos grandes clases de supuestos: el primero, sin duda preferido por el legislador, consiste en crear entre los dos miembros de la pareja una serie de vínculos y compromisos que acercan la unión de hecho al matrimonio, lo que sin duda no es probablemente conforme con lo que persigue la pareja al pretender unirse libremente.

El segundo grupo estaría compuesto por los que no se avienen a someterse a unas reglas contrarias a su voluntad. Pero cabe preguntarse, ¿cuáles son los componentes de ese segundo grupo? Porque hasta donde se nos alcanza, una vez cumplidos los requisitos para constituir según cada ley una pareja de hecho, no cabe renunciar a lo establecido en esas leyes. Claro es que cabe no cumplir los requisitos necesarios para que se les aplique la ley, pero si ya llevan viviendo juntos el plazo que marca la propia ley ya están automáticamente sujetos a lo que en ella se dispone. Sólo cabe un escape: la unión se disuelve siempre que uno de sus miembros lo exija. Pero aun así, las leyes imponen una serie de trabas al que

quiere separarse, de suerte que la aproximación entre el matrimonio y la unión libre es cada vez mayor.

A nuestro entender, la verdadera unión libre sólo existe cuando los componentes de la pareja pueden rechazar los pactos y convenios que se les ofrezcan y conservan íntegra la libertad de separarse. El que podríamos llamar “encorsetamiento” de la relación sólo servirá para confundir ambas instituciones, que sólo se distinguen con claridad en la Ley autonómica de Cataluña.

Queda por último la inminencia, si no es ya una realidad cuando estas líneas se publiquen, que esté ya admitido y regulado el matrimonio entre homosexuales. Claro que para ello, creemos, será necesario modificar la Constitución, porque el artículo 32 de la Ley Fundamental “constitucionaliza” el matrimonio como la unión de un hombre con una mujer. Por lo demás, el matrimonio entre homosexuales, además de ser una unión “contra natura”, de matrimonio sólo tiene el nombre.

EL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD: APUNTES PARA UNA REVISIÓN (1)

M.^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LA CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD: SITUACIÓN ACTUAL. **III.** REGULACIÓN DEL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD ANTE LA RUPTURA DEL MATRIMONIO. **1.** Crisis del matrimonio y evolución social. **2.** La exclusión del usufructo legal en la ley 254 del FN: propuestas de modificación. **3.** El usufructo legal de fidelidad frente a la obligación de pago de la pensión compensatoria. **IV.** ATRIBUCIÓN DEL USUFRUCTO LEGAL DE FIDELIDAD EN LAS SITUACIONES CONVIVENCIALES. **V.** CONCLUSIÓN FINAL.

(1) Trabajo publicado en *Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Manuel Albaladejo*.

I. Introducción

Es innegable que la evolución experimentada en el ámbito social y cultural en el último cuarto de siglo está generando una auténtica revolución en las concepciones sobre el matrimonio y la familia.

Fenómenos como la normalidad que se viene detectando en la ruptura de los esposos o la extensión a quienes comparten su vida en común de derechos que tradicionalmente se han ligado a las nupcias, generan una seria reflexión sobre el actual panorama legislativo y las exigencias de cambio en las regulaciones afectadas.

Un foco importante de esas cavilaciones se proyecta sobre la sucesión *mortis causa*, ya que el tratamiento legal de los derechos sucesorios se ha vinculado de forma insoslayable a la organización familiar y el matrimonio.

Nuestro Derecho civil navarro no ha escapado a ese dilema, siendo testigo de la superación de los principios de familia legítima y matrimonio indisoluble en los que se asentaba su régimen sucesorio, y ha tenido que hacer frente a la asimilación de realidades jurídicas antagónicas a tales orígenes.

Este estado de cosas ha suscitado en Navarra opiniones diversas, llegándose a rechazar las modificaciones normativas introducidas por su incompatibilidad con la esencia del sistema sucesorio (2).

La aplicación del principio de igualdad ante la ley de todos los hijos, el reconocimiento de protección a todo tipo de familia, o la concesión de estatus jurídico a quienes conviven en análoga relación a la conyugal, plantean enormes dificultades en un sistema jurídico que sigue estructurado sobre bases tradicionales. No es de extrañar, en consecuencia, que sea la regulación actual del usufructo de fidelidad una de las que más críticas y reticencias ha generado.

La extensión a favor de la pareja estable de ese derecho legal y la propia regulación que se le dispensa plantean diversas dudas de acomodación, cuestionando la flexibilidad de una organización que, abocada a absorber esa realidad, ha sufrido su imposición sin una reflexión previa de las consecuencias que ello podía comportar.

Otro fenómeno social, la instauración de normalidad en la ruptura del matrimonio (3), obliga a la meditación sobre la satisfactoria respuesta

(2) ARREGUI GIL, J., "Reflexiones sobre la fidelidad vidual navarra (fealdat)", *Revista Jurídica de Navarra*, 1993, pp. 20 y ss.; "Leyes 253 y ss.", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXVIII, vol. 2, ed. Edersa, Madrid, 2001, pp. 30 y ss.; cf. TORRES LANA, J. A., "Ley 253", *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 746 y ss.

(3) EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2003, pp. 23 y ss.

que nuestro Fuero Nuevo ofrece a tales casos en el marco sucesorio *mortis causa*, replanteando las soluciones que se dispusieron por el legislador de 1987 respecto al usufructo legal de fidelidad.

II. La caracterización general del usufructo legal de fidelidad: situación actual

Para comprender en toda su dimensión la problemática expuesta debemos recordar algunas de las claves que permiten entender esta figura y facilitan la intelección de su funcionalidad, midiendo la coherencia de la actual regulación con el papel que está desempeñando.

El usufructo legal de fidelidad, reconocido tanto para el viudo como el conviviente (ley 253 del FN), es un derecho atribuido por ley que se impone a la voluntad del causante. Constituye una de las limitaciones a la libertad de testar que rige en Navarra, siendo quizá la más poderosa e ineludible restricción, tanto por su extensión como conformación. El causante sólo puede privar de ese derecho al supérstite, en testamento o contrato sucesorio, cuando éste hubiera abandonado el hogar familiar, sido infiel, incumplido gravemente o de forma reiterada los deberes conyugales o familiares, o bien atentado contra la vida del otro (ley 254 *in fine* del FN).

Su atribución por “ministerio de la ley” entraña consecuencias de importancia. En caso de que fuera prevista por el *decius* no constituirá un acto de liberalidad y, por tanto, no se computará a los efectos de la limitación de los derechos de los hijos de anterior matrimonio (ley 272 del FN) (4); éstos nada podrán reclamar si el nuevo cónyuge únicamente recibe *mortis causa* ese usufructo legal (5). Posee un carácter vitalicio que

(4) Según se contempla en dicha norma, el disponente no puede dejar a los hijos del primer matrimonio menos de lo que hubiera asignado al cónyuge o hijos del segundo matrimonio. Esta limitación a la libertad dispositiva no deja de ser cuestionable, ya que la igualdad que persigue se limita a los hijos o cónyuge de segundas nupcias, planteando evidentes problemas dada la igualdad ante la ley de los hijos cualquiera que sea su filiación.

(5) Así se ha entendido en la SAP de Navarra de 1 de octubre de 1999 (AC 1999/8998), indicándose que “el derecho de usufructo de fidelidad viene legalmente establecido en favor del cónyuge viudo y queda fuera de la facultad de disponer del testador, y la limitación que establece la Ley 272 afecta exclusivamente a aquello que entra dentro del ámbito de la libertad de disponer, limitándolo, pero sin que en dicha Ley se contenga referencia alguna al derecho de usufructo del cónyuge viudo, ni contemple en modo alguno tal derecho”. Según señalaba LACRUZ BERDEJO, J. L., “Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad”, *Anuario de Derecho Aragonés*, 1946, vol. III, pp. 354 y 355, en referencia a la institución de la viudedad aragonesa, cuyo entronque con el usufructo legal de fidelidad navarro resulta de aceptación común, la viudedad legal tiene una causa onerosa, dado su carácter inicialmente recíproco e impuesto por ley. En el usufructo legal del viudo se encuentra ausente la intención liberal por su naturaleza legal,

permite al supérstite gozar del patrimonio del difunto, salvo que contraiga nuevas nupcias (ley 261) o se estime alguna de las causas para su privación (convivencia marital, vida notoriamente licenciosa, corrupción de los hijos o disposición de los bienes usufructuados –ley 262 del FN–). Comprende el uso y disfrute de la herencia del causante, con excepción de los bienes contemplados en la ley 255 del FN (6), conformando un derecho real *in re aliena*. De índole personalísima, ese derecho resulta inalienable y como consecuencia de ello también inembargable (7), en la línea de lo previsto en el artículo 605-1 LEC. Cabe su renuncia anticipada siempre que conste en escritura pública, incluso aunque esa manifestación se lleve a cabo con anterioridad a la celebración del matrimonio (ley 253, *in fine* del FN), siendo dicha decisión irrevocable.

La caracterización descrita es exigente y constituye un indicio significativo del papel que se atribuye a esa institución en el marco sucesorio navarro, que mira más allá de los intereses de quienes son sus destinatarios. Así, aun cuando el usufructo legal surge con la muerte y se encuentra regulado en sede sucesoria, su base familiar resulta palpable. No en vano se condiciona la pervivencia de ese derecho a la falta de celebración de nuevas nupcias, que exista cumplimiento de los deberes familiares o no se establezca convivencia *more uxorio* con otra persona (leyes 261 y 262 del FN).

El usufructo legal de fidelidad permite al viudo desempeñar el papel de continuador de la comunidad familiar creada en vida con el causante,

de ahí que concedida la viudedad universal al bínubo, perjudica, si su consorte llega a ejercer el usufructo, los derechos de los hijos del primer matrimonio. Desde esta perspectiva se ha de entender lo dispuesto en la ley 272 del FN, cuyo ámbito de aplicación son los actos de liberalidad del causante. No obstante, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de febrero de 2004, parece no considerarlo así, cuando extiende a los hijos de anterior matrimonio la atribución que el causante hizo a favor de su segunda esposa sobre la base de la ley 272 del FN; instituida la viuda heredera fiduciaria con facultad de disponer a título oneroso y los hijos designados herederos fideicomisarios. Esta solución a la que llega el Tribunal Supremo resulta discutible, aunque el testador se extralimitara concediendo la facultad dispositiva a título oneroso a su cónyuge. La decisión judicial debiera haberse limitado a decretar la ineficacia de la facultad dispositiva atribuida a la segunda esposa. La propia coherencia del sistema lleva a ese resultado, en otros casos siempre que existan hijos de anterior matrimonio necesariamente deberán recibir éstos, con o sin testamento, lo mismo que lo asignado al cónyuge viudo por imperativo legal, solución que no es la que corresponde a la intelección de la ley 272 del FN ni a la naturaleza de ese derecho legal.

(6) Las exclusiones que detalla la ley 255 del Fuero Nuevo tienen, en realidad, mero valor aclaratorio. Buena parte de los bienes que aparecen excluidos del usufructo legal de fidelidad no integran, por sus propias características, la herencia del difunto (núms. 1, 2, 3 ó 4). En otros casos se da la circunstancia que tales bienes se encuentran especialmente afectos al pago de obligaciones que correspondían al causante (ley 255-5, 6 y 7). Quizá sean los legados piosos, ley 255-5 del FN, la única excepción en este ámbito.

(7) Cf. AAP de Navarra de 19 de junio de 2000 (AC 2000/1576); AAP de Navarra de 1 de diciembre de 1998 (AC 1998/2397).

transmitiéndole el control de la dirección familiar y recursos económicos que posibilitan el mantenimiento de la familia.

Ese cariz familiar es el que puede llevar a atemperar algunas de las exigentes consecuencias que arrastra el régimen de libertad dispositiva en Navarra; en concreto, la legítima foral de los hijos y descendientes, de carácter formal y sin contenido patrimonial (leyes 267 y 268 FN). Los hijos o descendientes habidos entre el *decurius* y el supérstite, aun cuando sean instituidos en la legítima foral, tendrán el socorro del viudo, si son menores o precisan alimentos, puesto que éste gozará de la capacidad económica inherente al usufructo legal.

Hoy por hoy, las razones en las que tradicionalmente se ha justificado ese derecho, continuidad de la sociedad familiar creada con el matrimonio y sucesión en el control de la dirección de la familia y sus recursos (8), quedan atenuadas cuando se permite que en vida de los esposos se produzca la quiebra del matrimonio y ruptura de la unidad familiar. En tales casos, el voto de confianza que el legislador asignaba al cónyuge supérstite, como la mejor opción para mantener la unidad de la familia sin contar con lo querido por el propio disponente, es cuando menos discutible. No en vano, el propio nombre que identifica a esta tradicional figura, “usufructo legal de fidelidad”, evoca la sugerente imagen de unos esposos que seguirán siendo “fieles” más allá de la muerte.

Los redactores del Fuero Nuevo también parecían entenderlo así, cuando justifican el otorgamiento de un poder de control del patrimonio del causante de esa envergadura en la normalidad del matrimonio. La separación conyugal quiebra esas bases y choca con esa justificación primera.

Por otra parte, en un sistema de libertad dispositiva, una restricción de tal calado se percibe unida a razones de peso que justifiquen tal imposición y ligada a un régimen de garantías que eviten el fraude a la ley o consecuencias no queridas. La tradicional vinculación del usufructo legal al matrimonio proporcionaba cierta seguridad en cuanto a la coerción de ese límite. Tras la entrada en vigor de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, la arquitectura diseñada ofrece fisuras, en buena parte debidas al régimen de constitución de “pareja estable” (9), ya que se puede imponer tal limi-

(8) MORALES, A., *Memoria del Derecho civil de Navarra*, Pamplona, 1884, p. 125. Cf. ARREGUI GIL, J., *La fidelidad vidual en el Derecho privado de Navarra*, Pamplona, 1968; “Reflexiones sobre la fidelidad vidual navarra (fealdat)”, *Revista Jurídica de Navarra*, 1993, pp. 17 y ss.; “Ley 253”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXXVIII, vol. 2, Edersa, Madrid, 2001, pp. 35 y ss.

(9) El artículo 2 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. Concepto de pareja estable.

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por

tación aun cuando el causante no hubiera querido conformar ésta, o bien su utilización pueda facilitar la obtención de intereses contrarios a los pensados por la norma, caso de la exclusión de la normativa fiscal (10).

La extensión de este derecho sucesorio viudal a quienes conviven replantea, además, el sentido funcional del mismo que aparece desdibujado de su inicial función, continuidad de la sociedad familiar, obligando a una serena reflexión sobre la exigencia y oportunidad de una regulación positiva que lo prevé como derecho legal y no voluntario.

III. Regulación del usufructo legal de fidelidad ante la ruptura del matrimonio

1. Crisis del matrimonio y evolución social.

El tiempo transcurrido desde la introducción del divorcio en España ha permitido que se hayan asumido de manera natural criterios que resultaban *a priori* impensables en la materia.

Como se recordará, el modelo propuesto para solventar las crisis matrimoniales en la Ley 30/1981, de 7 de julio, intentó conjugar sensibilidades distintas y antagónicas. Así, el régimen que se dispuso para la separación y divorcio cohonestó planteamientos que permitían la ruptura de la relación por causas objetivas (arts. 81-1, 82-5 y 6, 86-1, y 2 CC), el llamado modelo divorcio remedio, junto a un régimen causal soportado en la culpabilidad o su imputabilidad, asumiendo la filosofía del divorcio sanción.

consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

3. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

4. Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables, cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

(10) A tenor de lo que se dispone en el artículo 2-2 de la Ley Foral 6/2000, podría plantearse una constitución voluntaria de pareja estable con la única finalidad de beneficiar al supérstite en el tratamiento fiscal y que se le considere como cónyuge (art. 12 Ley Foral 6/2000). La exigencia de que “*exista una relación de afectividad análoga a la conyugal*”, elemento que define el concepto de pareja legal, no deja de ser una cuestión de compleja valoración y, en buena parte de ocasiones, de difícil acreditación. Cf. GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E., “El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español”, *Anuario de Derecho civil*, 2003, pp. 1069 y ss.

Por su parte, el legislador de 1981 planteó la reforma centrada en la figura de la “separación conyugal”, asignando a ésta la entidad y papel que en otros ordenamientos se habían atribuido al divorcio. Se pensaba que, en el marco social en el que se iba a desenvolver esta regulación, la mayor parte de los cónyuges solventarían sus conflictos a través de la separación, concibiéndose como residual el cometido que en este ámbito desempeñara el “divorcio”. Este parecer del legislador era palpable en la regulación ofrecida, como prueba la disciplina del Código Civil cuando anuda a la separación los efectos dispuestos para la reconciliación (art. 84 y 88 del CC) y exige un previo proceso de separación, en buena parte de los casos, para fundamentar la acción de divorcio (11).

Tales previsiones se han visto desbordadas y superadas. El número de supuestos que han llegado a los Tribunales en materia de ruptura del matrimonio ha ido aumentando hasta superar las expectativas inicialmente previstas, observándose una cierta normalidad en la adopción de resoluciones sobre separación y divorcio; medida esta última que en modo alguno se percibe por los ciudadanos como un remedio residual.

En este devenir el pensamiento de los autores y el sentir de los Tribunales, incluidos los navarros, han venido evolucionando, asumiendo un talante aperturista a la hora de pronunciarse sobre las soluciones a aplicar. Con ello se pretende dar, en todo caso, salida a los conflictos conyugales y eludir declaraciones de culpabilidad que señalen a un causante como responsable de la fractura de la relación, en aras de intentar evitar males mayores y facilitar la convivencia entre los “ex cónyuges”.

Por ello, aun cuando la justificación del proceso de ruptura matrimonial requiere una incardinación clara en las causas legalmente previstas y su determinación con la correspondiente atribución de responsabilidad, se observa una tendencia imparable hacia la flexibilización del régimen. Declaraciones como las contenidas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 21 de mayo de 1999 (Sección 3.ª) (12) son de todo punto ilustrativas de ese sentimiento, siendo comunes en buena parte de nuestros tribunales: *“en el actual estado de evolución de nuestro Derecho de familia y de la regulación en el ordenamiento de sus crisis, en la mayoría de las ocasiones irreversibles, resulta absolutamente inútil el «esfuerzo culpabilizador» o la búsqueda de concretas causas que justifiquen la separación”*. A ello se une que la aceptación de una pretensión de separación sobre la base de la causa primera del artículo 82 del CC suele ser asumida sin anudar efectos ulteriores: *“la afirmación de un criterio de impu-*

(11) LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “La crisis matrimonial: separación y divorcio”, *Jornadas Hispánicas sobre la Reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, p. 52.

(12) (AC 1999/6613).

tación culpabilística, simplemente () da estado jurídico a lo que constituye la realidad de la situación de los litigantes” (SAP de Navarra de 21 de mayo de 1999). De esta forma se constata una evolución de criterios que trasciende y corrige la regulación vigente.

En Navarra, este cambio está marcando el sino del usufructo legal de fidelidad, augurándose una proyección de futuro aún mayor, dados los términos de la ley 254 del FN, que en algunos casos condiciona la atribución de ese derecho legal a la falta de culpabilidad del separado (13).

2. La exclusión del usufructo legal en la ley 254 del FN: propuestas de modificación.

La adecuación del Derecho civil navarro a los principios constitucionales y el sistema abierto por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que transformó la regulación del matrimonio, se resolvió mediante modificación del Fuero Nuevo por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril.

Una de las instituciones sobre las que necesariamente incidió la reforma fue el usufructo legal de fidelidad, por su directa implicación con la regulación del matrimonio y su entonces exclusivo condicionamiento a las nupcias. Entre las normas modificadas se encontró la ley 254 del FN, que trasladó al orden civil navarro el régimen resultante de una de las interpretaciones a las que había dado lugar la coordinación de los artículos 834 y 835 de Código Civil; preceptos que planteaban diversas dudas en su aplicación al no haber sido objeto de reforma por la citada Ley 30/1981, y que literalmente reconocen que el cónyuge que no esté separado, o bien lo esté por culpa del difunto, mantiene su derecho a la legítima, ordenándose a los separados en virtud de demanda que esperen al resultado del pleito (14). La convivencia de estas previsiones con lo

(13) Esta cuestión ya ha adquirido entidad en el régimen del Código Civil, artículos 834 y 835, observándose las inseguridades jurídicas a las que conduce una regulación que no se acomoda con el sentir social y el criterio de una parte de los Tribunales. Cf. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2003, pp. 43 y ss.

(14) Las interpretaciones a las que dieron lugar los artículos 834 y 835 del CC fueron diversas. Un sector de la doctrina restó importancia a la literalidad de esos preceptos, considerando que debían ser valorados a la luz de lo dispuesto en el artículo 945 del CC, precepto reformado que excluyó al cónyuge separado judicialmente o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente del llamamiento intestado, proponiendo su interpretación correctora. Otro sector, en cambio, estimó que, si bien los desajustes evidentes que en el sistema ocasionaban esos artículos 834 y 835 del CC requerían una acción legislativa, los preceptos vinculaban necesariamente y, por tanto, los tribunales debían pronunciarse sobre la culpabilidad en la separación. Para unos dicha culpabilidad se identificaría con la separación causal, para otros con las causas descritas en los artículos 82-1 a 3 y 86-5 del CC. Como regla general, los separados legalmente por mutuo acuerdo que constara fehacientemente y quienes fueran designa-

dispuesto en el artículo 945 del Código Civil, norma sí modificada, que excluye del llamamiento intestado al cónyuge supérstite que se encuentra separado legalmente o de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, levantó una ardua polémica que aún no ha cesado (15).

En la reforma del Fuero Nuevo de 1987 el legislador foral dispuso, con mejor técnica que el estatal, un régimen único para la atribución del usufructo legal de fidelidad y llamamiento intestado, haciendo gala de coherencia en sus planteamientos (16). Se optó por asumir los criterios culpabilísticos, que imponen una identificación de culpables e inocentes en la ruptura de la relación y premian a los primeros, con la consecuente sanción a los segundos (17). El tenor de la ley 254 del FN identificó con toda nitidez los supuestos en los que la ruptura del matrimonio conllevaba la exclusión del usufructo de fidelidad, disponiendo que la separación de hecho pudiera dar lugar a su exclusión. De esta forma quedó resuelta para Navarra la espinosa controversia suscitada alrededor del artículo 834 del Código Civil, que motivó la intervención de la Dirección General de los Registros y el Notariado con el resultado de estimar que la separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente no determina la pérdida de la legítima viudal (18).

dos como culpables de la separación perderían su derecho a la legítima viudal, manteniendo el cónyuge inocente dicho derecho. No sin discrepancias se cuestionaba que la separación de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente debiera tener como consecuencia la pérdida de la legítima del viudo, según los términos previstos en el artículo 834 del CC, cuestión analizada por la DGRN en su resolución de 25 de junio de 1997 (RJ 1995, 4571). Cf. LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales: consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, pp. 168 y ss.

(15) EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2003, pp. 43 y ss.

(16) La ley 304-5 del FN llama en cuarto lugar, detrás de los hijos, hermanos, ascendientes, al cónyuge o pareja estable que no esté excluido del usufructo legal de fidelidad conforme a la ley 254 del FN. Se condiciona de esta forma la sucesión legal del supérstite a las mismas exigencias que se prevén para la asignación del usufructo legal de fidelidad.

(17) En realidad, el que resulta efectivamente afectado por este planteamiento no es el cónyuge culpable de la ruptura, sino los herederos de éste, a pesar de ser ajenos al conflicto matrimonial.

(18) RDGRN de 25 de junio de 1997 (RJ 1995, 4571) se dirá que: “Admitida hoy la separación amistosa (cf. art. 81.1 del Código Civil), en cuyo caso, el juez debe decretarla, una vez comprobado el requisito del año de matrimonio (cfr. art. 81.1. del Código Civil y disposición adicional sexta de la Ley 30/1981), la lógica llevaría a entender que, hoy la solución legal, de haberse contemplado expresamente el supuesto, hubiera sido, bien la de anudar a la ratificación de la demanda de separación amistosa, la consecuencia de la pérdida de los derechos legítimos, sin necesidad de continuación del proceso, bien la de la necesidad de continuación del pleito pero con reconocimiento expreso de tales derechos entre tanto. Ahora bien, a falta de tal pronunciamiento legal específico, el mantenimiento inalterado del artículo 835 del Código Civil en conexión con la lectura actualizada del artículo 834 del Código Civil, obliga a concluir que la pérdida de estos derechos legítimos ha de ser consecuencia de una sentencia”.

La norma foral dejó, sin embargo, pendiente otras cuestiones de gran interés y conflictividad.

La primera de ellas es el alcance del “consentimiento” de los cónyuges en la separación a efectos sucesorios. Según se dispone en la citada ley 254-1 del Fuero Nuevo, en la separación de hecho ambos cónyuges quedan excluidos del usufructo legal de fidelidad si la hubieran *convenido o consentido*. La intelección de cuándo existe “convenio” parece clara, suponiendo un acuerdo de los esposos, verbal o escrito, en el que se manifiesta una voluntad evidente y compartida en la ruptura. La valoración de qué suponga “consentir la separación” genera mayores problemas, pues la ley 254 del FN introduce una presunción por la que se niega la existencia de consentimiento tácito si el cónyuge abandonado no denuncia el abandono ni insta la separación judicial. El silencio en tales casos no se reputa “consentimiento”, aunque sí tendrá tal efecto en caso de que hubiera sido requerido fehacientemente para que se pronuncie contra la separación y nada hubiera manifestado en el plazo de seis meses. Los términos de esa regla permiten pensar que esta valoración legal pueda desplazarse si se acredita, a través de los oportunos medios de prueba, que la inacción del cónyuge abandonado obedece a un efectivo querer de ruptura de la relación (por ejemplo, si éste comienza a convivir *more uxorio* con otra persona).

Las dudas de interpretación que ofrece la ley 254 del FN no acaban aquí.

¿Hasta cuándo puede valorarse que no existe consentimiento del cónyuge abandonado a la situación de quiebra matrimonial no habiendo denunciado el abandono o instado la separación judicial? En las separaciones matrimoniales de hecho que se prolongan en el tiempo, por ejemplo treinta años, ¿tiene sentido que la decisión sobre la atribución de los derechos sucesorios únicamente tenga como referente la situación vivida en el momento de la ruptura cuando *de facto* la convivencia entre los cónyuges resulta inexistente?

Si a esos interrogantes se añaden algunas circunstancias, como la convivencia *more uxorio* con otra persona o la constitución de una nueva familia, las incertidumbres se agravan, ya que la interpretación estricta puede perjudicar seriamente los derechos del supérstite que dedicó sus esfuerzos y atención al cuidado del fallecido o del hogar común. La pervivencia del vínculo matrimonial impide la constitución de pareja estable, quedando aquel miembro de la pareja excluido de la sucesión legal dispuesta en la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio. Igualmente puede generar la ineffectividad de la disposición del causante que instituyendo a su conviviente como heredero universal podría tener que soportar el usufructo

de fidelidad del cónyuge “abandonado” (19). El conflicto será evidente si el causante no logró el divorcio por causas ajenas a su voluntad antes de fallecer. En caso de que tal situación se deba a su deseo de evitar las obligaciones que imponen la citada Ley Foral 6/2000, también nos podemos encontrar con una pugna de intereses, cuya vía de solución para el supérstite podría pensarse a través del enriquecimiento sin causa, si con su trabajo y dedicación incrementó el patrimonio del difunto (ley 508 FN).

Un segundo tema es la incidencia de la culpabilidad en la atribución de este derecho, pues el usufructo legal de fidelidad también se excluye en la separación de hecho si se advierte que el cónyuge es “culpable de la separación” (ley 254-1, b) (20); aunque no en caso contrario.

La previsión indicada resulta compleja, ya que, para obtener un resultado del tenor descrito, los herederos perjudicados tendrán que acudir a los Tribunales y demostrar la culpabilidad del cónyuge supérstite, debiendo desplegar una actividad probatoria estrechamente ligada al ámbito más íntimo del individuo, pudiendo quedar en entredicho el buen nombre y la fama del afectado.

El planteamiento culpabilístico suscita además otros problemas.

En caso de que se produzca una separación de hecho, por ejemplo, ante la infidelidad conyugal, si tal situación de separación se acepta posteriormente por el cónyuge ofendido, ¿pierde éste su derecho legal sucesorio por aceptar esa situación, vistos los términos en los que se pronuncia el apartado 1.º, ley 254?

La solución parece que debiera ser afirmativa por varias razones.

En primer lugar, no se puede desconocer la relevancia jurídica que en todos los órdenes proyecta la voluntad unilateral en Navarra (leyes 7 y 8 del FN). En segundo lugar, la ubicación sistemática de esta causa de exclusión del usufructo, que queda postergada ante la efectiva voluntad de

(19) Desde la perspectiva de la justicia material, resulta interesante el planteamiento que ha venido realizando el Tribunal Supremo en cuanto a la liquidación del régimen de gananciales ante las reclamaciones de partición de los bienes obtenidos mediando separación de hecho. En estos casos, el Alto Tribunal niega que concurra el fundamento que da lugar a la ganancialidad de los bienes, la solidaridad y colaboración existente entre los esposos, y refuta la petición de reparto de los mismos [cf. STS 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 110)]. Estos argumentos, en un sistema de raigambre familiar como el navarro, debieran ser tenidos en cuenta para resolver los posibles dilemas que se plantearan, pues no deja de ser paradójico que tales criterios sean de aplicación si se pretende la liquidación de la sociedad de conquistas (leyes 82 y ss. FN) y se desconozcan en la sucesión *mortis causa*, pues es el análisis global de los derechos económicos matrimoniales y sucesorios los que permiten valorar la situación del cónyuge supérstite. Cf. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2003, pp. 29 y ss.

(20) Según se dispone en la norma se debe haber motivado la separación “*por infidelidad conyugal, incumplimiento grave de los deberes familiares o por haber atentado contra la vida del otro*”.

los cónyuges en la separación, parece priorizar a ésta frente a aquélla. En tercer lugar, la propia naturaleza del “usufructo legal de fidelidad” abona esta tesis, pues difícilmente se adapta a un sistema culpabilístico, como se verá.

Iguales pautas se siguen para la separación judicial, aunque los supuestos resulten más complejos (21), por ello la reflexión sobre la búsqueda de culpabilidades en la ruptura del matrimonio y su repercusión en la atribución del usufructo legal de fidelidad se extienden a todo el sistema. Y es que un régimen como el dispuesto en el Fuero Nuevo, que premia al cónyuge que no motivó la separación y castiga al culpable, difícilmente puede resultar plausible con dictados jurisprudenciales que diluyen la determinación de culpabilidades en la separación conyugal. La falta de indagación de este extremo en la ruptura aboca a que resulte papel mojado la citada ley. El tema tiene especial enjundia, ya que de esta decisión no sólo depende la atribución del derecho legal de usufructo, sino también el llamamiento a la sucesión intestada del cónyuge supérstite separado, según la remisión que la ley 304-5 del FN realiza a la ley 254 del FN.

No voy a adentrarme en los problemas procesales de “incongruencia” que puede generar esa falta de pronunciamiento sobre la culpabilidad, evidentes si se solicitase una declaración explícita a los efectos sucesorios, pues quedaría limitada la tutela judicial de los intereses del cónyuge y herederos afectados por aquella decisión que omitió el análisis de esa cuestión (22).

En cambio, sí me detendré en las correcciones fácticas que mediante la omisión de declaraciones culpabilísticas se han producido.

A mi modo de ver, esas rectificaciones merecen un juicio favorable y resultan oportunas para el régimen legal sucesorio de Navarra, aunque los pronunciamientos judiciales no reparen siempre en las consecuencias (23).

(21) Quedan excluidos de este derecho los cónyuges separados judicialmente por mutuo acuerdo, el solicitante de la separación judicial que inste la acción en atención a una separación de hecho no consentida por la otra parte, o el cónyuge “culpable” de la ruptura según las causas legalmente previstas (abandono del hogar, infidelidad, incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales o familiares, o atentado contra la vida del otro –ley 254, 2, 3 y 4 del FN).

(22) En caso de que no se hubiera realizado un pronunciamiento sobre la culpabilidad del cónyuge, interesándose expresamente esa petición por las partes demandantes de la separación, se plantea la duda de si puede instarse una acción declarativa con tal contenido y, en caso afirmativo, si el efecto de cosa juzgada de la sentencia que decida la separación no se extenderá a la pretensión que se solicite por los herederos para obtener el pronunciamiento omitido de culpabilidad, siendo esta cuestión uno de los puntos objeto del pleito. El criterio de la tutela judicial efectiva, artículo 24 CE, parece que llevaría a aceptar la pretensión de los herederos si en la sentencia de separación se hubiera obviado una petición expresa de culpabilidad a esos efectos, aunque no en otro caso.

(23) Recientemente se ha hecho eco de ello la SAP de Navarra de 1 de marzo de 2004.

Por un lado, debe tenerse en cuenta que la libertad dispositiva del causante en Navarra le concede un amplio poder para transmitir *mortis causa* su patrimonio. Desde esta perspectiva nada impide que el cónyuge separado legalmente, aun excluido del usufructo legal de fidelidad, pueda ser instituido por el difunto como su beneficiario (24), a salvo las limitaciones legalmente previstas (derechos de hijos de anterior matrimonio –ley 272 FN– o reserva del bínubo –ley 274 FN).

Por otro lado, no se puede desconocer que el fundamento y naturaleza del usufructo legal de fidelidad se acompasa mal con unos criterios de atribución que se soportan sobre la culpabilidad en la ruptura del matrimonio. Si el usufructo legal de fidelidad se caracteriza por la protección familiar, cuya base es la normalidad del matrimonio, no resulta plausible que se excepcione este criterio en la quiebra de unas relaciones matrimoniales y no en otras. No en vano las Notas a la Recopilación Privada anudaban el reconocimiento de ese derecho a la “normalidad de la relación matrimonial”, puesto que la atribución al cónyuge supérstite de unos poderes que implican el control de todo el patrimonio del causante y, por ende, de su familia exigen una relación sin fracturas.

Desde la intelección finalista de la norma, la exclusión del usufructo legal de fidelidad, en caso de que se declare la culpabilidad del causante, tiene una débil coherencia con el resto del sistema previsto. La razón estriba en que si tal derecho se excluye en los supuestos de separación por mutuo acuerdo, en los que suele existir una mejor relación conyugal y familiar, resulta difícil comprender que se asigne en las separaciones contenciosas que designan como culpable al causante, pues la experiencia indica que el encono y quiebra de la relación no auspicia que pueda presumirse que el mejor gestor familiar sea el cónyuge supérstite. A ello se une un factor que debe ser ponderado, la imposición legal de tal derecho no desplegará sus consecuencias sobre el culpable, sino sobre los sucesores del difunto.

Si a través de aquella atribución del usufructo legal de fidelidad se pretende resarcir el sufrimiento padecido por el cónyuge inocente por la separación o divorcio, quizá pudiera pensarse en otros cauces que efectivamente paliaran ese daño moral y recayeran sobre quien lo motivó, como es el ofrecido por la ley 488-2 FN, que contempla para el régimen navarro la responsabilidad extracontractual (25).

(24) La libertad de la que goza el causante queda patente en la propia ley 254 del FN cuando se deja en sus manos la decisión de privar al cónyuge del derecho legal de usufructo, aunque no hubiera separación, si se diera alguna de las causas previstas en el apartado 2-b de la citada ley 254 (abandono del hogar familiar, infidelidad conyugal, incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales o familiares, o bien atentado contra la vida del otro).

(25) A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, apenas si se ha explorado dentro de nuestro sistema la posibilidad del resarcimiento del daño moral por ruptura de la relación

A estos argumentos cabe añadir otros de índole general que llevan a reflexionar sobre la regulación dispuesta en la ley 254 del FN.

Cuando se repara que los derechos sucesorios de los que estamos tratando no son otra cosa que derechos económicos del cónyuge y se observa que éstos deben integrarse con los que se derivan del régimen económico de conquistas en Navarra, no se comprende la causa de no supeditar la liquidación de la sociedad conyugal a la culpabilidad de la ruptura del matrimonio y sí, en cambio, la atribución del usufructo legal de fidelidad, siendo cuestionable la utilización de criterios diversos para resolver una y otra situación.

En este sentido, debe destacarse el planteamiento que se ha dispuesto en esa cercana institución al “usufructo legal de fidelidad navarro”, que comparte ideas comunes en su concepción y fundamento, el “derecho de viudedad aragonés”. Con buen sentido, en la reforma llevada a cabo por la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, se ha previsto que la pérdida de la viudedad aragonesa se produzca cuando exista crisis matrimonial por la causa objetiva de ruptura de la relación. Y así el artículo 94-2 de la citada ley dispone que se extinguirá el derecho de viudedad *“por la admisión a trámite de la demanda de separación, divorcio o nulidad, interpuesta por uno o ambos cónyuges, a menos que pacten su mantenimiento mientras el matrimonio subsista”*.

Esa norma, además de ajustarse a las inquietudes anteriormente planteadas, da respuesta a otro de los problemas que suscita el tenor literal de la ley 254 del FN, que sí se encontraba resuelto en la redacción anterior a la reforma de 1987. En caso de que instado el proceso de separación o divorcio fallezca uno de los cónyuges, ¿puede continuar el pleito el que resulte afectado por la decisión de separación o divorcio?

Sabemos que las acciones de separación y divorcio poseen un carácter personalísimo. Cuando entran en liza los derechos de los herederos con los del cónyuge supérstite en el régimen del Código Civil se admite en la separación la sucesión procesal sobre la base que ofrece el artículo 835

matrimonio y violación de los deberes conyugales. Éste podría ser un cauce para satisfacer planteamientos contradictorios y legítimos: la ruptura de la relación matrimonial de forma no traumática y la reparación del daño moral, cuando aquélla se produzca por comportamiento culpable de uno de los integrantes de la pareja. No se puede desconocer que para el ciudadano es de difícil intelección que el sujeto que motivó la ruptura pueda gozar del derecho a una pensión compensatoria si la ruptura por él generada le causa una situación de desequilibrio, sin que a la inversa se le pueda exigir responsabilidades con efectos patrimoniales. Cf. SIEBEICHLER DE ANDRADE, F., “Il resarcimento dei danno morali per lo scioglimento del vincolo coniugale e per violazione dei doveri personali tra coniugi: l’esperienza brasiliana”, *Responsabilità civile e Previdenza*, 2003, núms. 4-5, pp. 1238-1250.

del CC; no así en caso de divorcio, dados los términos del artículo 88 del CC. En otros ordenamientos, como el catalán, la cuestión ha quedado resuelta a través de una declaración expresa en la que se acepta esa sucesión procesal a fin de que se dilucide lo conveniente (26). De forma sencilla y efectiva el Derecho aragonés resuelve este problema, ligando la extinción del derecho de viudedad a la admisión a trámite de la demanda (art. 94-2 Ley Aragonesa 2/2003).

Dentro del Fuero Nuevo se carece de una norma que solvente esta cuestión y las incertidumbres no son pocas. Quizá el criterio seguido por nuestros Tribunales en este punto, específicamente el planteamiento del Tribunal Constitucional (STC 18 de diciembre de 2000), cuando asume la atemperación del carácter personalísimo de la acción de separación o divorcio respecto a la tutela del incapaz que carece de cualquier medio de defensa frente a la decisión que adopte su cónyuge, puede marcar un camino y arrojar cierta luz en este tema. En todo caso, si se acomete una reforma legal en la materia no debiera olvidarse este aspecto, pudiéndose dirigir la mirada a nuestro cercano Derecho aragonés, cuyo planteamiento en este punto resulta especialmente atractivo, pues compatibiliza con enorme acierto técnico el respeto a la caracterización de la acción separación y divorcio, la voluntad de los cónyuges y la realidad que subyace en la ruptura del matrimonio.

3. El usufructo legal de fidelidad frente a la obligación de pago de la pensión compensatoria.

Hay un último tema que me gustaría plantear respecto a las consecuencias que la crisis del matrimonio puede proyectar sobre el usufructo legal de fidelidad, pues el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981 da pie a que se augure su conflictividad ante los Tribunales. Éste es el relativo a la lucha de intereses que se puede producir cuando deba conjugarse las previsiones de la ley 253 del FN, que atribuye al cónyuge o pareja estable supérstite el usufructo legal de fidelidad, con los dictados del artículo 101-2 del CC, precepto que dispone la transmisión a los herederos de la obligación de pago de la pensión compensatoria con la salvedad de su derecho a la legítima.

El conflicto arranca del hecho de que en Navarra no se contempla una legítima con contenido material [ley 267 del FN (27)], ni los cónyu-

(26) Artículos 335 y 381 del Código de Sucesiones de Cataluña.

(27) Según reza este precepto: *“La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por los bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene conte-*

ges tienen la condición de legitimarios, pues sólo los hijos y descendientes ostentan la misma (ley 268 del FN). En consecuencia, la posibilidad de instar la reducción o supresión de la obligación de pago de la pensión compensatoria plantea sus dudas, puesto que aquélla se encuentra prevista en aras de la intangibilidad reconocida al derecho de legítima del Código Civil.

La cuestión podría tener una solución positiva si se admitiera que en ambos ordenamientos jurídicos concurre un interés común de protección al cónyuge supérstite, pues los usufructos viduales común y navarro participan de un carácter legal y se imponen al causante como límite a su libertad dispositiva. De estimarse ello así, el supérstite podría limitar su obligación de pago de la pensión compensatoria del difunto; en otro caso, se planteará una situación ciertamente negativa para aquél, ya que el que sobreviva quedará vinculado por dicha obligación hasta que se agote incluso el valor del usufructo legal de fidelidad (ley 259-4 del FN).

Esa primera interpretación, integradora de la ley 253 del FN con el artículo 101-2 del CC, lleva aparejado otro aspecto de no menor entidad, cuál sea la cuantía del haber hereditario que puede verse afectada por aquella obligación. Si se estima que el tratamiento del usufructo legal de fidelidad, en las exigencias del artículo 101-2 del CC, debe ser semejante al que se dispensa a la legítima viual común (art. 834 del CC), necesariamente tendrá que concluirse que en Navarra la parte ligada a la satisfacción de la pensión compensatoria será la que corresponda al valor de la nuda propiedad de los bienes sujetos a ese derecho. Y, por tanto, el cónyuge supérstite instituido heredero universal podrá pedir la reducción de aquella obligación, a salvo la cantidad que corresponda a esa nuda propiedad.

Mayor dificultad plantea la protección de los intereses de los legitimarios, hijos o descendientes del causante, pues instituidos como herederos universales tendrán que soportar el usufructo legal del viudo, quedando obligados a satisfacer la pensión compensatoria del “ex cónyuge” del causante. La carencia de contenido material de su legítima (ley 267 del FN) obstaculiza una interpretación como la anteriormente propuesta y, por tanto, podrían verse abocados a cumplir con esa obligación del testador hasta agotar el valor de lo recibido. Éste no parece que fuera el espíritu del artículo 101-2 del CC, que únicamente pensó en las consecuencias que la transmisibilidad de la pensión generaba en el régimen sucesorio *mortis causa* previsto en el Código Civil. Sin embargo, tal planteamiento

nido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero”.

puede tener ese efecto en Navarra. Por ello, quizá sea precisa una revisión en la materia que dé soluciones ajustadas al sistema foral navarro y tenga presente esta regulación.

Con todo, debe recordarse que la reducción o supresión de la pensión compensatoria precisa de pronunciamiento judicial y, en tanto no se produzca, los herederos deben hacer frente a esa obligación que competía al causante (28). Por ello, no será extraño que puedan darse paradojas como la siguiente: cónyuge supérstite que satisfaga al “ex” del causante la pensión compensatoria hasta que se agote la cuantía que corresponda a la nuda propiedad de los bienes usufructuados (29).

IV. Atribución del usufructo legal de fidelidad en las situaciones convivenciales

El otro gran evento que ha perturbado la concepción tradicional del usufructo legal de fidelidad ha sido la extensión de este derecho a quienes conviven en una relación de afectividad análoga a la conyugal, introducida por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. La equiparación de derechos que se pretendía a través de esta Ley ha tenido, en el ámbito del usufructo legal de fidelidad, consecuencias que van más allá de la norma (30).

Desde la intelección jurídica de lo que constituye el estatus de una pareja estable, el papel desempeñado por el usufructo legal de fidelidad se concreta en la atribución de un derecho individual en atención a la relación de afectividad y solidaridad, que la propia ley concibe de manera limitada para la ruptura de los convivientes (arts. 5-4.º, 5-5.º y 6 Ley Foral 6/2000). No se funda en su tradicional dimensión de salvaguarda de los intereses familiares conjuntos; en tales casos no existe definición legal de presunciones de paternidad de los hijos habidos dentro de la relación, dándose la circunstancia que en Navarra la determinación de filiación extra-

(28) EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Aranzadi, 2003, pp. 129 y ss.

(29) El número de casos en los que el cónyuge es instituido heredero universal en Navarra es muy elevado.

(30) En realidad, esta ley no resuelve supuestos en los que cabría advertir razones de justicia material para la atribución del usufructo legal de fidelidad. Así, por ejemplo, el supérstite que hubiera mantenido una relación de vida en común durante más de treinta años, si el causante no se hallase divorciado al momento de fallecer, carecerá de ese derecho; mientras que el antiguo cónyuge del causante mantendrá el mismo si la ruptura se produjo por “culpa” del fallecido. En tal caso, aun cuando el causante hubiera dispuesto por testamento la institución como heredero universal de su conviviente, nos encontraremos que éste tendrá que soportar el usufructo legal de fidelidad del “cónyuge del causante”.

matrimonial queda, en buena parte, a criterio de los hijos (leyes 70 y 71 FN) (31). Es significativo, además, que la exigencia normativa de continuidad en la relación no esté ínsita en ese concepto aunque de facto se produzca, así como que la obligación legal de “fidelidad” se halle ligada al matrimonio (art. 68 del CC) y no a la convivencia reconocida, no pudiéndose desdeñar que es la “fidelidad” la que define en Navarra ese derecho legal de usufructo.

No acaban aquí los desajustes que se generan con la Ley Foral 6/2000 en el marco sucesorio.

El primero es, sin duda, la cercenación del principio “paramiento fue-ro vienze” y “libertad civil” (leyes 7 y 8 del FN) que auspicia esa norma. Si el usufructo legal de fidelidad se impone cuando se constata una convivencia ininterrumpida en los términos previstos en el artículo 2-2 de la Ley Foral 6/2000 (32), y no se exige comprobación que efectivamente ambos miembros de la pareja quieren adquirir el estatus de pareja legal (33), a mi modo de ver queda en entredicho ese principio básico de “libertad civil” que rige en el Derecho civil navarro. Piénsese que el matrimonio, que determina la atribución de los derechos sucesorios en la pareja casada, se encuentra sujeto en su valoración jurídica a que exista “*el libre y pleno consentimiento de los contrayentes*”, principio que ha sido ga-

(31) El régimen de filiación en Navarra tiene singularidades propias, puestas de relieve por el TSJN en su sentencia de 22 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 9781) y aceptadas por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de octubre de 2000. A los efectos que interesa debe destacarse que el hijo extramatrimonial reconocido, según lo dispuesto en la ley 70 FN, puede impugnar discrecionalmente la filiación en el plazo de cuatro años, a contar desde que alcance la mayoría de edad. Igualmente, según lo dispuesto en la ley 71 FN, el padre carece de legitimación para instar la acción de declaración de filiación extramatrimonial.

(32) “*Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año*”.

(33) Debe tenerse en cuenta que a los efectos de la Ley Foral 6/2000, según se señala en el artículo 2-1, sólo podrán constituir una pareja legal quien reúna las condiciones que se exigen para el matrimonio, a salvo la sexual (mayor de edad o emancipado, sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta segundo grado, sin vínculo matrimonial previo o de pareja estable). Con ello se garantiza que únicamente pueda haber un titular del derecho legal de usufructo de fidelidad. No obstante, la redacción de la ley 253, párrafo 1.º *in fine* del FN, que explícitamente equipara al “miembro de una pareja estable reconocida por la Ley” con el cónyuge viudo, ha llevado a sugerir a TORRES LANA la posibilidad de una concurrencia de titulares en este derecho legal, puesto que no se limita su concesión a la pareja estable definida en la Ley Foral y las leyes en esta materia de otras Comunidades no condicionan el estatus de pareja estable a la carencia de un vínculo previo matrimonial o de pareja legal.

rantizado por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 22-3). La consideración como pareja legal de los convivientes, sobre la base fáctica de su vida en común, no respeta esa garantía, ya que por sí no es expresiva de un inequívoco querer (34). No es casual que en Derecho civil aragonés, igualmente fundado sobre el principio de libertad *standum est cartae*, se haya decidido no asignar por ministerio de la ley el derecho de viudedad a quien constituye una pareja estable no casada, aunque sí se permita al causante, cuando lo desee, su atribución (35).

Sorprende, además, que no se limite la renuncia anticipada al usufructo legal de fidelidad, que podrá efectuarse “antes y después de celebrado el matrimonio” o constitución de la pareja estable (ley 253, *in fine*), y se imponga a los convivientes un rígido sistema dispositivo para otros derechos de índole económica de igual entidad (pensión periódica y compensación económica), obligando a que deba esperarse a su exigibilidad para que puedan renunciarse (arts. 5-1 *in fine* Ley Foral 10/1996) (36).

Cuando se abunda en el régimen jurídico del usufructo legal de fidelidad tipificado en el Fuero Nuevo no sólo se advierten notables agravios comparativos, sino también el dificultoso encaje de la situación de pareja estable en el régimen dispuesto.

Así, por ejemplo, las reseñadas causas de exclusión del usufructo –ley 254 FN– en los casos de separación conyugal de hecho o judicial culpable tienen una difícil traslación a la pareja estable, pues rota la relación cesa la misma; salvo el supuesto de ruptura por voluntad unilateral sin notificación fehaciente al otro conviviente (art. 4-1, d), en la que se mantiene la consideración jurídica de pareja legal hasta que no transcurra el período de un año (art. 4-1,e) (37). Quizá sea ésta una razón más para objetivar causalmente el régimen de exclusión del usufructo legal de fidelidad en caso de ruptura del matrimonio y ofrecer una disciplina que pueda ser de común aplicación a las nupcias y las parejas estables.

(34) En este tema las disfunciones del sistema resultan palpables desde el momento en el que se aconseja a quienes no quieren constituir pareja estable que no se divorcien si tienen un vínculo matrimonial. Igualmente resulta significativa la existencia de manifestaciones ante notario declarando que no se quiere ser pareja estable y quedar sometida a la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, planteándose el complejo tema del valor que pueda tener tal pacto, dados los términos de la Ley Foral que parece imponer el régimen a toda pareja que cumpla los requisitos dispuestos en la misma.

(35) Artículo 9 de la Ley Aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas.

(36) “En todo caso, los derechos mínimos contemplados en la Ley Foral (...) son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.”

(37) Como señala TORRES LANA, J. A., “Ley 254”, en *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 754 y 755, no tiene mucho sentido la aplicación de esta ley, incluso en el único supuesto en el que pudiera apreciarse, ruptura unilateral sin notificación, ya que a la pareja estable ni le vincula la obligación de fidelidad ni el cumplimiento de los deberes conyugales.

Igualmente, se advierte que mientras el matrimonio celebrado por el viudo determina automáticamente la pérdida de ese derecho sucesorio (ley 261 FN), la constitución de pareja estable por el supérstite no lleva aparejado ese efecto; lo cual supone una evidente desigualdad que requeriría una solución normativa clara, pues el cariz sancionador de la norma puede hacer difícil su interpretación extensiva (38).

V. Conclusión final

Hasta aquí se han desbrozado algunos de los problemas que afectan a esta figura básica del régimen sucesorio navarro y los retos a los que debe hacer frente.

Parece claro que el escenario en el que ese derecho ha de aplicarse no se corresponde con el que dio pie a su consagración en el Fuero Nuevo. Por ello, las reformas que se aborden deben aceptar una sociedad en la que los distintos modelos familiares se encuentran en pie de igualdad, el matrimonio resulte disoluble, y el interés del individuo deba valorarse frente al familiar. El punto de arranque en este proceso de reflexión pienso que debe ser el principio de libertad civil, pues es el valor seguro en el que se cimienta la sucesión *mortis causa* en Navarra. Quizá sea hora de replantearse si debe seguir siendo este derecho, en todo caso, un límite efectivo a la libertad dispositiva y explorar otros caminos que satisfagan su comprensión social, exigiendo en este tema responsabilidad a los navarros.

(38) Ciertamente es que la convivencia marital, según dispone la ley 262, permite a los nudos propietarios instar la privación del usufructo legal de fidelidad, pero ello supone todo un proceso de reclamación y el efecto pretendido no opera inmediatamente por ministerio de la ley.

ALGUNOS COMENTARIOS A LA LEY 59/2003, DE 19 DE DICIEMBRE, DE FIRMA ELECTRÓNICA

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario

*Letrado adscrito de la Dirección General
de los Registros y del Notariado*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NOVEDADES DE LA LEY DE FIRMA ELECTRÓNICA. 3. FIRMA ELECTRÓNICA Y DOCUMENTOS FIRMADOS ELECTRÓNICAMENTE. CLASES DE FIRMA ELECTRÓNICA Y SU SIGNIFICADO. ASPECTOS TÉCNICOS. PRUEBA Y EFICACIA. ARTÍCULO 3. 4. CERTIFICADOS ELECTRÓNICOS DE PERSONAS JURÍDICAS. LA FIRMA ELECTRÓNICA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 5. LOS CERTIFICADOS RECONOCIDOS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL ARTÍCULO 13. 6. EL DNI ELECTRÓNICO.

1. Introducción

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, sustituye al Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. En efecto, el citado Real Decreto fue aprobado antes de la aprobación definitiva de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. El texto que sirvió de base para el Real Decreto-Ley fue la posición común, que varió muy poco con respecto al texto definitivo de la Directiva.

El Real Decreto-Ley surge por una necesidad de urgencia en la aprobación para dar a los usuarios de los nuevos servicios elementos de confianza, para permitir una rápida introducción y difusión de la firma electrónica. Esto es lo que de alguna manera se justificaba en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley. Con posterioridad, se quiso hacer una Ley de firma electrónica, y al efecto se convirtió en proyecto de Ley para que fuese discutido en el Parlamento, en concreto ya casi finalizando la legislatura. Este proyecto fue dejado de lado, y posteriormente se vuelve a retomar por el Gobierno la necesidad de aprobar una Ley de firma electrónica, posterior a la aprobación de la Directiva, con un amplio debate en todo el sector y, sobre todo, con el debate parlamentario que determina todo proyecto de Ley que entra en las Cortes. Como indica la propia exposición de motivos de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, esta Ley es el resultado del compromiso asumido en la VI Legislatura, actualizando a la vez el marco establecido en el Real Decreto-Ley ya citado, mediante la incorporación de las modificaciones que aconseja la experiencia acumulada desde su entrada en vigor tanto en nuestro país como en el ámbito internacional.

Vamos a estudiar en este trabajo algunos de los aspectos que en mi opinión son más importantes. A modo de ejemplo, baste indicar toda la problemática de la denominada firma electrónica de las personas jurídicas, con lo que esto supone con relación a nuestro ordenamiento jurídico y a los esquemas establecidos en el tráfico jurídico-civil y en el mercantil, así como la concepción del documento electrónico, sus diversos tipos, y la esencia de la firma electrónica. El artículo 13 de la Ley, con todas sus implicaciones en cuanto a la acreditación de la identidad y de la representación en la firma electrónica. Por último, haremos un breve análisis sobre una de las novedades introducidas en la Ley, como es el DNI electrónico.

Podemos indicar, a grandes rasgos, cuáles son las novedades con respecto al Real Decreto-Ley de firma electrónica, según indicó un informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología, en febrero de 2003; por supuesto

se hacía referencia al Anteproyecto de Ley, aunque dicho informe lo he adaptado a la definitiva Ley de firma electrónica. A la hora de ir analizando el texto, veremos si alguna de estas novedades son realmente positivas o, en definitiva, las consecuencias de las modificaciones planteadas.

2. Novedades de la Ley de firma electrónica

1.^a Como punto de partida, se elimina el artículo dedicado a las definiciones, integrando éstas a lo largo del texto, y no en un artículo único y específico dedicado a ello, como es costumbre en las directivas comunitarias, pero no en cambio en nuestra técnica legislativa tradicional.

2.^a En el apartado de definiciones, y a los efectos de dar más concreción a los términos, se utiliza en el texto la definición de establecimiento del prestador de servicios, de acuerdo con la definición utilizada en nuestra Ley de comercio electrónico, definición que es muy importante a los efectos de determinar la ley aplicable, entre otros extremos.

La definición de establecimiento de un prestador de servicios de certificación se modifica para hacerla paralela a la incluida en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Se modifica la definición de “prestador de servicios de certificación”, que incluye ahora a las entidades que efectúan una prestación de cualquier servicio relacionado con la firma electrónica, aunque no emitan certificados propiamente dichos, adaptándose de manera más precisa a lo establecido en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre, sobre firma electrónica y dando respuesta a las peticiones del sector.

3.^a Se habla en el texto de la denominada firma electrónica reconocida. No se trata de una nueva modalidad de firma electrónica, diferente a las contempladas en la Directiva de firma electrónica y en el derogado Decreto-Ley de firma electrónica, sino que se trata de la denominada firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y con un dispositivo seguro de creación de firma; lo que pasa es que ahora se le da esa denominación para aclarar más la terminología, al igual que hace la Ley alemana de firma electrónica, que la denomina “firma cualificada”. Esta firma es la que tiene una equivalencia funcional con la firma manuscrita, como claramente establece la Directiva de firma electrónica.

4.^a Se fortalecen los mecanismos destinados a salvaguardar la libre competencia y se incluye la participación del Ministerio de Ciencia y Tecnología en el establecimiento de condiciones adicionales para el uso de la firma electrónica ante las Administraciones Públicas.

5.^a Se elimina la existencia del denominado Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, sustituyéndolo por un mecanismo de infor-

mación más liviano, en el que se pone a disposición del público en general la oferta de los servicios en el sentido de quiénes son los prestadores, a través de una página web en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, y éste suministrará la información que le faciliten los prestadores de servicios.

6.^a Se clarifica la obligación de constitución de una garantía económica por parte de los prestadores de servicios de certificación que emitan certificados reconocidos, estableciendo una cuantía mínima única y se disminuye a tres millones de euros la cuantía de la misma.

7.^a Se modifica la definición de acreditación voluntaria, dando un mayor grado de libertad y mayor protagonismo al sector privado en los sistemas de acreditación. Se favorece la autorregulación de la industria para que ésta, de acuerdo con sus necesidades, gestione y diseñe los sistemas voluntarios de acreditación.

8.^a Se habilita al Ministerio de Ciencia y Tecnología para hacer uso de entidades cualificadas independientes para efectuar labores de supervisión y control, eliminándose la posibilidad de requerir a los Prestadores de Servicios de Certificación informes técnicos auditados sobre las características de los servicios que prestan.

9.^a Se mantiene un esquema de mayor control para la certificación de dispositivos seguros de creación de firma electrónica, con una supervisión del Ministerio de Ciencia y Tecnología, y existe un nuevo esquema de certificación que se refiere a los dispositivos seguros de creación de firma electrónica en lugar de a los productos de firma electrónica en general, ciñéndose a lo establecido en la Directiva sobre firma electrónica.

10. Una de las novedades introducidas en la Ley de firma electrónica, en relación con el derogado Real Decreto-Ley de firma electrónica de 17 de septiembre de 1999, es el relativo al DNI electrónico.

En el texto se incluyen la definición y las principales características de este nuevo documento, y se indica que servirá para acreditar electrónicamente la identidad personal, además de permitir la firma electrónica de documentos, debiendo ser aceptado por todas las Administraciones Públicas.

11. Se introducen unos artículos relativos a la firma electrónica de las personas jurídicas, o dicho de otra manera, se contempla la emisión de certificados de personas jurídicas, estableciéndose el régimen aplicable a la actuación de personas jurídicas como firmantes.

12. Se modifica la definición de “acreditación voluntaria” para otorgarle mayor grado de libertad y dar un mayor protagonismo a la participación del sector privado en los sistemas de acreditación, adaptándose de manera más precisa a lo establecido en la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre, sobre firma electrónica, eliminando cualquier tipo de presunción legal asociada a la misma. Así, se favorece la autorregulación de la industria, de manera que sea ésta quien diseñe y gestione, de acuerdo

con sus propias necesidades, sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles técnicos y de calidad en la prestación de servicios de certificación.

13. Se regula la “Declaración de Prácticas de Certificación”, que es el documento actualizado en el que se especifican, por parte del prestador de servicios de certificación, los aspectos relevantes de la gestión del ciclo de vida de los certificados, incluyendo las condiciones para la solicitud, emisión, uso, suspensión y pérdida de vigencia de los certificados. Se ha redactado un artículo específico sobre declaración de prácticas de certificación con el propósito de dar mayor entidad a este concepto, que favorece la transparencia y la autorregulación en la prestación de servicios de certificación.

14. Se fortalecen los mecanismos destinados a salvaguardar la libre competencia, con mención expresa a los Órganos de Defensa de la Competencia.

15. Se incluye la participación del Ministerio de Ciencia y Tecnología en el establecimiento de condiciones adicionales para el uso de la firma electrónica ante las Administraciones públicas.

16. Se elimina el régimen especial de uso de la firma electrónica en el ámbito de la gestión de tributos. Se añade un régimen especial para la expedición de certificados electrónicos a entidades sin personalidad jurídica a las que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, para el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, en los términos que establezca el Ministerio de Hacienda.

17. Se equilibra la responsabilidad de los prestadores, al considerar también los necesarios supuestos relacionados con la diligencia y custodia que corresponden a los firmantes. En el nuevo texto se matiza que, más que deberes de los firmantes, se trata de supuestos en los que la responsabilidad del prestador de servicios de certificación está limitada.

18. Se desarrollan, con mayor detalle, los medios que deben ser utilizados por los prestadores de servicios para la identificación de los solicitantes de certificados reconocidos.

19. Se mantiene un esquema de mayor control para la certificación de dispositivos seguros de creación de firma electrónica, con una supervisión del Ministerio de Ciencia y Tecnología. En el nuevo texto, el esquema de certificación se refiere a los dispositivos seguros de creación de firma electrónica, en lugar de a los productos de firma electrónica en general, ciñéndose a lo establecido en la Directiva sobre firma electrónica.

20. Se equilibran en mayor medida los tramos de sanciones que se corresponden con cada uno de los tipos de infracciones identificados. Se añade una disposición adicional primera, en relación a la Fe Pública y la firma electrónica.

3. Firma electrónica y documentos firmados electrónicamente. Clases de firma electrónica y su significado. Aspectos técnicos. Prueba y eficacia. Artículo 3

Uno de los artículos, en mi opinión, más importantes de la nueva Ley de firma electrónica es el artículo 3, cuyo contenido en algunos de sus apartados tiene una significación que en un primer momento no se planteó.

Los apartados 1, 2 y 3 de este artículo están dedicados a la definición de los distintos tipos de firma electrónica, teniendo en cuenta la Directiva de firma electrónica a la que hemos hecho mención en varias ocasiones. Se hace referencia a la denominada firma electrónica, a la firma electrónica avanzada y a la denominada firma electrónica reconocida. Las variaciones con respecto al Real Decreto son mínimas, ya que se utiliza la misma terminología que en la propia Directiva. La diferencia entre las tres radica fundamentalmente en los estándares de calidad y seguridad y como consecuencia de ello en lo que cada una puede aportar o garantizar. La firma electrónica está en el último estadio en cuanto a estos criterios de garantía y de seguridad, mientras que la firma electrónica reconocida es la del más alto nivel.

Ciertamente, el Real Decreto-Ley de firma electrónica no utilizaba la expresión firma electrónica reconocida como tal, pero sí la contemplaba, al igual que la propia Directiva de firma electrónica, ya que la firma electrónica reconocida es aquella firma electrónica avanzada que está basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, y esta firma estaba contemplada en el artículo 3, punto 1, párrafo 2.º, del Real Decreto-Ley de firma electrónica. Es decir, el contenido, el sentido es el mismo, lo único que ahora se le ha dado una denominación, como ocurre en la Ley de firma electrónica alemana, que, en vez de firma reconocida, se la denomina firma cualificada.

Como ya hemos tenido ocasión de ver en otro momento, el significado de la firma electrónica no determina que se trate de una auténtica firma, sino más bien se puede hablar de un sello; por ejemplo, lo que ocurre es que se utiliza la misma tecnología quizá por ser más expresiva, y como comparación con la firma manuscrita.

La firma electrónica básica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. Esta es una firma electrónica normal o más bien básica. Se trata de una definición amplia, que puede englobar a todo el conjunto de firmas electrónicas, desde la denominada firma numérica o digital, hasta las firmas basadas en sistemas biométricos, como el iris, la propia palma de la mano, la huella dactilar, etc. La utilización en la Ley del medio de identificación del firmante,

que por supuesto también se predica de la avanzada y de la reconocida, ha sido discutida por mí en otros momentos, y por otros autores, ya que lo que puede determinar sobre todo la reconocida es que esa firma está vinculada o pertenece a un titular, pero no que efectivamente haya sido utilizada por el propio titular.

Esta definición de firma electrónica básica comprende la firma manuscrita digitalizada, la existencia de un usuario con una clave de acceso, la existencia de una pregunta-respuesta y un pin de acceso, lo que se denomina tecnologías de secreto compartido.

Por su parte, el artículo 3, al definir la firma electrónica avanzada, la caracteriza por estar vinculada al firmante de manera única, permitiendo la identificación de éste, habiendo sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control, y por último el requisito de la integridad, es decir, estar vinculada a los datos firmados, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectado. De los numerosos tipos de firma electrónica, aunque la Directiva quiso ser neutral en esta materia, en el fondo y más en concreto en nuestra Ley de trasposición, basa la misma en el llamado sistema criptográfico (1). El sistema criptográfico es un sistema de tratamiento de la información que transforma un mensaje, de manera que sólo las personas en posesión de los algoritmos (procedimiento matemático) y claves (conjunto de dígitos alfanuméricos) adecuados pueden acceder a su contenido de manera correcta.

Estos sistemas criptográficos por tipo de clave se pueden clasificar en sistemas simétricos y asimétricos.

En los simétricos, la misma clave es compartida en origen y destino, y en los asimétricos existen dos claves complementarias, una de ellas privada, *en poder del emisor*, y otra pública, *en poder de uno o varios receptores*. Está claro que el sistema más seguro es el asimétrico, al existir dos claves complementarias que evitan en gran medida la ruptura de una de ellas, y que garantizan, al ser complementarias, la seguridad del sistema.

En este sistema criptográfico de carácter asimétrico o de clave pública, en el punto de origen de emisión del mensaje, se aplica la clave privada utilizando un algoritmo criptográfico sobre unos datos a transmitir. En destino, cuando se recibe el mensaje, el receptor, que tiene en su poder la clave pública correspondiente que le ha proporcionado el emisor, puede proceder a la correcta descryptación de los datos transmitidos; de igual manera el procedimiento puede ocurrir en sentido inverso.

Las claves siempre funcionan de forma complementaria pública-pri-

(1) Para la explicación técnica expresada en el trabajo, entre otros materiales, he utilizado la presentación elaborada en el entonces Ministerio de Ciencia y Tecnología, en concreto, por el subdirector general de Servicios de la Sociedad de la Información, Salvador SORIANO MALDONADO.

vada. Si el emisor encripta datos con la clave privada, sólo podrán descryptarse por el otro poseedor de la clave pública. Si el destinatario encripta datos con la clave pública, no podrán leerlos otros poseedores de la clave pública, sino únicamente el poseedor de la clave privada. Por lo tanto, las dos claves están matemáticamente relacionadas entre sí y con el estado de la técnica es imposible obtener una a partir de la otra. Existe una complementariedad única de las claves privada y pública asimétricas, teniendo en cuenta que la clave privada está bajo el exclusivo control del emisor y nunca bajo otra persona.

Estas son las bases técnicas de la firma electrónica avanzada, en la que existe también la denominada función *hash* o huella digital de un documento que no es nada más que la aplicación de la transformación matemática sobre un documento, dando como resultado una cadena de bits de tamaño predeterminado denominada *hash*, o huella digital, que es representativa de cada documento, que es de tamaño constante y habitualmente menor que el documento original, y que no es reconstruible el documento original a partir de ella.

El proceso sería el siguiente: se aplica una función *hash* sobre el documento que se quiere enviar y se extrae su huella digital. A continuación se encripta la huella digital extraída aplicando la clave privada del firmante, denominada datos de creación de firma, mediante un sistema informático denominado dispositivo de creación de firma. A continuación se remite el documento (en claro), junto con la huella digital encriptada y la clave pública del firmante. Cada firma electrónica generada depende por tanto del documento firmado (de su *hash*) y no coincidirá con otra firma electrónica efectuada por el mismo firmante sobre otro documento.

Para verificar esta firma electrónica en destino, es decir, cuando recibe el receptor el documento, se extrae la huella digital del documento recibido (aplicando la misma función *hash* que en origen) y posteriormente se compara con la huella digital recibida, que debe ser descryptada con la clave pública del firmante (utilizando el mismo algoritmo aplicado para encriptar). Si coinciden la huella extraída localmente con la recibida descryptada, entonces la verificación es correcta y se asegura la integridad de la información. Otra cuestión esencial es la vinculación del firmante a través de la complementariedad de las claves privada y pública.

Como proceso final, desde el punto de vista conceptual, se dice que la firma digital o firma electrónica numérica cumple, en relación con los documentos electrónicos, las dos principales funciones que se atribuyen a la firma manuscrita sobre un documento en papel, a saber, permite identificar al autor del escrito (autenticación) y constatar que el mensaje no ha sido alterado después de su firma (integridad). Una de las memorias justificativas de algún borrador de anteproyecto de ley sobre firma electró-

nica establecía que: “En realidad, la firma digital no identifica por sí sola al autor de un escrito, ya que sólo confirma que, a la clave privada utilizada para firmar el mensaje, le corresponde la clave pública que permite descifrarlo, sino mediante el complemento de un certificado electrónico, que constata que la clave pública del firmante pertenece a quien dice haberlo hecho. Este certificado es emitido por un tercero digno de confianza, denominado en el argot “entidad de certificación”, en el que descansa, en gran medida, la fiabilidad del sistema de autenticación mediante firma electrónica, al tener la misión de comprobar la identidad del signatario antes de expedir un certificado”.

No obstante, volvemos a repetir la idea sobre la que hemos dado vueltas al decir que, con este sistema, incluso con la firma electrónica reconocida, la de mayor calidad, se puede garantizar que el mensaje no se intercepte, no haya alteración, evitar el repudio, pero la autenticación que llaman algunos, término en mi opinión no utilizado con una gran corrección jurídica, no queda garantizada al ciento por ciento. Volvemos a insistir en la escindibilidad de la firma electrónica, en este caso de la digital, ya que no hay una conexión directa, a diferencia de lo que ocurre en la manuscrita, entre el sujeto, a través de su brazo, y el papel. Para poder firmar electrónicamente, es necesario tener una clave o pin de acceso, ya que sería imposible conocer la clave privada. Este pin de acceso puede ser utilizado por otra persona y firmar el documento electrónico. Con la firma electrónica reconocida, no se detecta ninguna alteración en el mecanismo, todo el proceso se ha desarrollado perfectamente, pero en cambio el titular de la firma no ha sido quien ha firmado. Esta utilización por un tercero puede provenir de diversas causas, bien voluntariamente el titular le ha dado el pin de acceso, o bien ha sido extraviado, o bien ha sido sustraído o bien observado y copiado por ese tercero.

Cuando en la firma manuscrita hay una falsificación, la persona a la que se le imputa dicha firma puede oponerse por tacha de falsedad, y a través de un procedimiento de peritaje caligráfico puede determinarse o no si ha sido su autor. En cambio, en el proceso de esta firma digital no se detecta si ha sido utilizada la firma por su titular o por un tercero. Por ello, hay que ser más humilde y prudente, cuando se dice de manera grandilocuente que este tipo de firma garantiza la identidad del firmante.

En relación con el sentido, naturaleza y efectos de la firma electrónica, BONARDELL, de manera acertada, sistemática y muy pedagógica analiza en profundidad esta cuestión. Así ha indicado (2):

(2) BONARDELL LENZANO, Rafael: “La firma electrónica. Especial consideración de sus efectos jurídicos”, *Notariado y contratación electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pp. 59 y ss.

“... Sentado lo anterior, la similitud funcional argumentada entre la firma autógrafa y la firma digital no cabe entenderla como una identidad odontológica entre ambas (...) considero que la separan tres notas diferenciales trascendentes. La primera de ellas es la necesidad de un acto relevante de asunción de la firma digital como mecanismo de suscripción de declaraciones de voluntad. Por su propia naturaleza, no es necesaria una manifestación específica para adjudicar a nuestra firma autógrafa la virtualidad de representar nuestro consentimiento a un texto escrito precedente. Sin embargo, la firma electrónica sí precisa de un acto de asunción por el sujeto que pretenda utilizarla en el futuro, ya sea en el momento de concluir el convenio de cobertura con la contraparte con la que proyecte contratar electrónicamente en el futuro, o en el de prestar el consentimiento a la emisión del correspondiente certificado por la entidad de certificación, declaración por virtud de la cual aquél confirma y asume su contenido y significado, así como las consecuencias que de ello puedan derivarse, fundamentalmente la imputación a su esfera jurídica de los compromisos adquiridos mediante la utilización de la clave privada. La segunda nota distintiva se encuentra en la escindibilidad de la persona que la posee. Mientras la firma manuscrita está indisolublemente unida a un sujeto, la firma electrónica resulta perfectamente separable de su titular, de manera que la apropiación por otro del mecanismo de creación de firma (clave privada) permite la suplantación de aquél sin rastro alguno. De ahí que resulte inexcusable el establecimiento de procedimientos de revocación y suspensión cuando el mecanismo privado de firma haya resultado comprometido o haya pasado a poder de un tercero (...) La tercera y última nota distintiva a que quiero aludir es la temporalidad. A diferencia de las características de la grafía que acompañan al individuo durante toda su vida, la firma electrónica tiene una vigencia cronológica limitada, consecuencia de la escindibilidad entre sujeto y clave privada de firma (...) Como consideración (...) creo necesario destacar que el mecanismo objeto de análisis no es propiamente una firma en el sentido que lo es la autógrafa, sino un procedimiento generador de una apariencia jurídica (la propia firma electrónica) a la que se asocian unos efectos parcialmente semejantes a los de aquélla. Esa apariencia determina el nacimiento de unas determinadas responsabilidades a cargo de los diferentes sujetos intervinientes en el sujeto, responsabilidades que se concretan en la vinculación del titular de la firma electrónica por los actos de utilización de la misma, siempre que haya sido voluntariamente asumida por él, y en la indemnización de daños y perjuicios por parte del prestador de servicios de certificación por el funcionamiento anormal del sistema...”.

Otra cosa será la asunción o no de responsabilidades por parte del titular de la firma, que por su falta de diligencia en todos los sentidos deba

asumir las consecuencias de la utilización de la firma por un tercero. Esa es otra cuestión, solucionada de diversa manera, y creo que de una forma muy adecuada, en la Ley de firma electrónica alemana. Pero en sentido estricto, si una de las partes contratantes no ha sido quien ha firmado el documento, sino un tercero, no podremos decir que ha prestado su consentimiento en el contrato; podremos decir cualquier otra cosa, que asuma las obligaciones derivadas del mismo, que existe un principio general en la firma electrónica sobre asunción de lo que se firma, y un largo etcétera, pero nunca que efectivamente ha prestado el consentimiento.

En cuanto a la firma electrónica reconocida, ya hemos visto la definición de este artículo 3, en su párrafo 3, y que es la de más alta calidad y seguridad, ya que, además de ser avanzada, está basada en un certificado reconocido, llamado así por la información que debe contener el mismo, así como los requisitos mínimos que debe cumplir el prestador de servicios que lo expida, y además generada por un dispositivo seguro de creación de firma. Terminología ésta que iremos clarificando al analizar el propio texto de la Ley de firma electrónica.

Un principio enunciado en este artículo 3 es el de la denominada equivalencia funcional, de la misma manera que aparecía en el Real Decreto-Ley de firma electrónica y en la propia Directiva de firma electrónica. Es decir, que la firma electrónica reconocida, y sólo ésta, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel. Se denomina equivalencia funcional, para dejar bien claro que, aunque se produzcan los mismos efectos jurídicos, de otro lado, no tienen nada que ver conceptualmente la firma electrónica y la firma manuscrita. Por otra parte, y también siguiendo las directrices de la propia directiva de firma electrónica, se impone el que no se le van a negar efectos jurídicos a una firma electrónica que no sea firma electrónica reconocida, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica, pero no cabe la menor duda que a ese otro tipo de firmas electrónicas no se les aplica el principio de equivalencia funcional en cuanto al mismo valor que la firma manuscrita; será en mi opinión una cuestión de valoración procesal.

Una novedad importante es que en esta Ley de firma electrónica, en el artículo 3, se define y regula el documento electrónico, cosa que no había ocurrido en el Real Decreto-Ley de firma electrónica, y que en principio y a primera vista podría parecer que no es necesario, ni conceptualmente, ni menos aún por la ubicación. Con carácter general, no se había definido el documento electrónico en una norma fundamental con rango de ley, aunque se podía deducir de diversas disposiciones normativas. En cambio, sí se había definido y regulado el documento público no-

tarial electrónico gracias a la ya tan citada Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en virtud de la cual se adiciona un nuevo artículo 17 bis) a la Ley Orgánica del Notariado de 1862. Este es un punto importante que luego se desarrollará en otros apartados de esta obra. El que aparezca esta definición del documento electrónico en el apartado 5 y el desarrollo en los apartados 6 y 7, además introducidos en la fase parlamentaria del Senado como enmienda, obedece en mi opinión a intentar clarificar lo que algunos pretendían oscurecer, confundir y en definitiva a alterar los principios documentales de nuestro ordenamiento jurídico.

Se había dejado traslucir por algunos que realmente existían diferencias básicas, incluso conceptuales, en cuanto a los efectos, entre el documento privado, por ejemplo en soporte papel, y el documento privado electrónico, y más en concreto el firmado con firma electrónica reconocida. Se decía que por las especiales características técnicas que ofrecía esta firma electrónica reconocida, y por lo que ella garantizaba, se podía hablar de una nueva categoría cuasipública de esos documentos privados electrónicos, con esa firma específica. Más aún, sin atreverse a denominarlo documento público, se decía que a todos los efectos procedimentales tendrían o deberían de tener los del documento público.

El planteamiento como base de partida no podía aceptarse de ninguna manera, ya que en modo alguno un instrumento técnico puede suplir a un funcionario público cuando confecciona un documento bajo su responsabilidad, máxime cuando la firma electrónica está pensada sólo para dar seguridad a las comunicaciones telemáticas, mientras que la intervención del funcionario, autor del documento público, está pensada para dotar de un valor jurídico reforzado al documento que realiza, esto es, se dirige a reforzar y garantizar la seguridad jurídica, que es un valor esencial para una economía moderna, y que es un principio constitucionalizado por nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.3 de la CE); y por ello sólo se otorga un determinado valor a un tipo de documento, con independencia de su soporte, en el que ha intervenido un funcionario público. De otra manera, se desfigura y destruye nuestro sistema de seguridad jurídica, acercándolo de un modo absoluto al sistema anglosajón. Es la actuación del funcionario público la que dota de valor documental público al documento por él confeccionado. En la realidad, lo que se está produciendo no es más que la actuación del Estado a través de sus funcionarios. Es el Estado el que quiere que sólo determinado tipo de documentos cuenten con una eficacia probatoria y ejecutiva específica, porque el hecho de dotar de valor documental público a ese documento es consecuencia ineludible del ejercicio de una función pública, y por ello es el mismo Estado el que escoge qué tipo de documentos, sea en soporte pa-

pel o electrónico (documento administrativo público electrónico, o judicial o notarial), son los que cuentan con tal valor. Nos encontramos ante una potestad administrativa ejercida por determinados funcionarios que tiene su origen y causa en la soberanía del propio Estado y que no puede ser atribuida a un medio técnico, llámese firma electrónica basada en un sistema de criptografía asimétrica, o biométrica, o cualquier otro medio técnico.

En consecuencia, si a un medio técnico, como es el certificado electrónico y el dispositivo seguro de creación de firma, que puede ser prestado por cualquier sociedad constituida como prestador de servicios de certificación, se le atribuyen las mismas consecuencias que a la intervención de un funcionario, en el fondo lo que se hace es privatizar una función del Estado, privatizar en definitiva la prestación de la fe pública judicial, administrativa y notarial.

Además, desde el punto de vista de Derecho comparado, no existe ningún país de la Unión Europea, basado en un sistema continental de distinción entre documento público y privado, que por el mecanismo técnico de la firma electrónica haya alterado los principios sobre el valor y efectos de estos documentos, aunque estén en soporte electrónico, ni atribuir un valor probatorio documental público a un soporte electrónico con firma electrónica, aunque ésta sea de la mejor calidad. Más aún en los países que no han creído preciso adoptar medida alguna, se sigue equiparando el soporte electrónico a un medio de prueba distinto al documental, siendo pues mucho más regresivas las medidas que las adoptadas en nuestro país, ya que el artículo 3 de la Ley de firma electrónica indica que el soporte electrónico en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio.

Tomando algunos ejemplos concretos, podemos indicar lo siguiente:

1. *Alemania*: la Ley sobre condiciones marco para la firma electrónica, de 16 de mayo de 2001, sólo recoge el principio de equivalencia funcional entre la firma electrónica cualificada y la manuscrita. Asimismo, y en la ulterior Ley de 13 de julio de 2002, de modificación del Derecho privado y de otras disposiciones al moderno tráfico de actos jurídicos, al modificar el artículo 292 y ss. de su Ley de Enjuiciamiento Civil, tan sólo recoge el anterior principio de equivalencia, mas no equipara ni atribuye a ese soporte electrónico valor documental público; igualmente, cuando se modifica la Ley sobre asuntos de jurisdicción voluntaria, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa o del Tribunal Económico-Administrativo.

En suma, entiende que un soporte electrónico firmado con firma electrónica cualificada, que recoja una declaración de voluntad, es un docu-

mento privado que constituye simplemente un principio de prueba que puede cuestionarse por los medios legalmente previstos.

2. *Francia*: toda la reforma habida ha sido para modificar el artículo 1.317 del *Côde* a los efectos de introducir la posibilidad de que un documento sea electrónico, mas en ningún momento modifica los tipos documentales ni, lo que es más importante, atribuye valor documental público a un soporte electrónico firmado con firma electrónica de particular.

3. *Luxemburgo*: la modificación es idéntica a la francesa.

4. *Italia*: no se ha modificado precepto alguno, constituyendo el soporte electrónico un mero principio de prueba.

5. *Países Bajos*: igual que en Italia.

Como conclusión final, el documento tendrá la categoría de público, con independencia del soporte electrónico y de la firma electrónica, siempre y cuando este documento esté utilizado por un funcionario público habilitado y autorizado por la Ley para hacerlo. En el caso del documento electrónico será público, judicial o notarial, cuando haya sido realizado por el secretario judicial o esté autorizado por el notario, con los requisitos exigidos por la Ley, y al ser documento público tendrá los efectos, la fuerza probatoria y la eficacia que las normas sustantivas establezcan. La función del secretario judicial, notario o del registrador, en la redacción del documento implica la prestación de unas funciones jurídicas que no son predicables de un simple medio técnico. El que exista una firma electrónica reconocida no altera la categoría o modalidad documental, ya que ésta se rige por las normas sustantivas, y lo que ocurre es que en este caso existirá una equivalencia funcional entre la firma manuscrita y la firma electrónica, pero en ningún caso que el documento en ese soporte electrónico sea denominado de una o de otra forma. De otra manera, se estarían creando unos falsos documentos públicos, pues a un soporte electrónico con firma electrónica de un particular se le están atribuyendo las mismas cualidades que a las funciones jurídicas antes descritas. Sin la intervención de los funcionarios, encargados de la dación de fe pública, podrían proliferar declaraciones de voluntad que, no sólo no procederían de su autor, sino que, sin duda, estarían aquejadas de vicios que judicializarían el tráfico mercantil y civil.

Realmente se trataba de un error conceptual básico al sobrepasar los límites de lo que significa una firma electrónica, que es sólo un instrumento técnico que, como hemos visto, no puede garantizar la identidad del firmante, y menos aún la fehaciencia que el ordenamiento jurídico da al documento público.

Por ello hubo que intentar aclarar la cuestión para decir con claridad que nuestro sistema documental, en cuanto a las clases, valor y eficacia

de los diversos tipos de documentos, no quedaban en absoluto alterados por el tipo de soporte utilizado. Es el principio de igualdad que vengo defendiendo desde hace varios años. Por ello, la redacción de los apartados 6 y 7 de este artículo 3, que intenta dejar clara la cuestión.

De un lado, se define el documento electrónico como el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente. Parecía conveniente dar esta definición, tan obvia en el soporte papel.

De otro lado, el apartado 6 de este mismo artículo dice los tipos de documentos que existen en el soporte electrónico, que son los mismos que en el soporte papel. Es decir, establece que el documento electrónico será soporte de:

a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúe en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la Ley en cada caso. Este es el concepto clásico de documento público, en conexión con el artículo 1.206 del Código Civil, y hace referencia a la fe pública judicial, notarial o administrativa, y siendo público porque lo firma y porque realiza las funciones que la Ley le atribuye un determinado funcionario, con los requisitos establecidos en la Ley, como ocurre en el soporte papel.

b) Se habla también de los documentos expedidos y firmados también electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica. El sentido de esta letra b) pienso que radica en hacer mención a aquellos documentos que han sido definidos como documentos oficiales, que no tienen técnicamente la consideración de documentos públicos, pero que están expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos, claro está en el ejercicio de sus funciones, pero este apartado b) en ningún caso podría haber quedado englobado en la letra a), ya que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se marcaban claramente las diferencias.

La razón de esta letra b) de la Ley también tuvo su historia, pero era necesario distinguir este tipo de documentos administrativos de los verdaderamente documentos públicos, porque integrarlos todos en un mismo cajón de sastre hubiera supuesto un auténtico error conceptual y práctico, y ello es así por los siguientes argumentos. Los documentos expedidos por funcionarios públicos se conceptúan, desde un punto de vista amplio, como documentos públicos porque su origen es público: provienen de una Administración en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, el concepto estricto de documento público desde hace más de ciento cuarenta años,

siempre se ha circunscrito a aquél que es redactado por un funcionario que tiene entre sus competencias la facultad de prestar fe pública, sea ésta judicial, administrativa –la denominada potestad certificante de los secretarios de Ayuntamiento, por ejemplo– o notarial. Este es el concepto previsto en el artículo 1.216 del Código Civil, en las Leyes Administrativas, en el Código Penal y en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. A los documentos administrativos que no son públicos, en cuanto a su concepto, se les ha denominado tradicionalmente como documentos oficiales o incluso simples documentos administrativos.

En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge en su artículo 317 un listado tasado y cerrado de qué es documento público a efectos de dicha norma. Los números 5 y 6 definen el documento público como el expedido por funcionario público legalmente facultado para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. Ésta no fue la redacción primitiva del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho proyecto incluía en su redacción primitiva como número 7.º del entonces artículo 318 de la LEC, regulador del concepto de documento público, a los documentos públicos administrativos no comprendidos en los números anteriores.

Este nuevo inciso 7.º fue suprimido en el informe de la ponencia en el Congreso de los Diputados, pues se entendió que tales documentos no eran públicos en el sentido previsto en el artículo 1.216 del Código Civil. Cuestión distinta es que su eficacia probatoria en proceso fuera pública o cuasipública, y por ello se incluyeron en el actual artículo 319.2 de la LEC.

Es más, incluso la Exposición de Motivos de la LEC, en su punto XI, recoge la necesidad de otorgar valor documental cuasipúblico en proceso a esos documentos expedidos por funcionarios públicos, mas sin ser documentos públicos en el sentido del artículo 1.216 del Código Civil.

En idéntico sentido, el Tribunal Supremo acoge la distinción, entre otras, la sentencia de 10 de octubre de 1997.

La idea básica es que los documentos oficiales, esto es, los administrativos no públicos, o si se prefiere, los documentos públicos por su origen, los que provienen de una Administración, pero no de un funcionario que presta fe pública, tienen un valor probatorio cualificado respecto del simple documento privado, pero no son documentos públicos en el sentido conceptual que hemos indicado, y con los argumentos anteriormente enunciados.

Y por último la letra c): Los denominados documentos privados.

Este apartado 6, antes estudiado, se complementa y aclara, por si alguien tuviera alguna duda, con el apartado 7, que establece que los docu-

mentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que le resulte aplicable.

En cuanto a la prueba, en el Real Decreto-Ley de firma electrónica, y con la redacción de la LEC, sin las modificaciones realizadas *a posteriori*, escribí en su momento que: “En la reciente Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil, se hace referencia en su articulado a las nuevas tecnologías. Así el artículo 299 regula los medios de prueba, y en el número 1 hace referencia a los documentos públicos, a los privados, al dictamen de peritos, reconocimiento judicial, etc. El número 2 establece que también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas...

De otro lado, el artículo 382, en relación con el 384 del citado cuerpo legal, desarrollan esos medios de prueba, estableciendo como principio general que el Tribunal valorará dichos medios conforme a las reglas de la sana crítica.

En los dos últimos artículos citados también se determina que la parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

Por todo lo anterior, considero que la firma electrónica no es una prueba legal mediante documento privado, y ello a pesar de la existencia del artículo 812 de la ya citada Ley, donde hace referencia a los documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, para acudir al proceso monitorio, ni a la propia Exposición de Motivos, donde se indica que la Ley prevé la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales..., a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales. Más aún, no se consagra el concepto como tal de *documento privado electrónico*”.

No cabe la menor duda que la nueva Ley de firma electrónica cambia lo que yo había expuesto, entre otras cosas, porque ahora dice algo que antes no decía en el Real Decreto-Ley de firma electrónica, y que ya empezó el camino de ese cambio legislativo en la Ley española de comercio electrónico, es decir, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. El apartado 2 de este artículo 24 establece un principio que no está en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que además en la vigente ley o en la ley de firma electrónica ha sido elevado a una categoría general, ya que se refiere, no sola-

mente a los documentos electrónicos donde esté incorporado un contrato, sino en general a todo tipo de documentos. Por ello, el legislador indica en la Ley de comercio electrónico que el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental, aplicándose las normas generales que la Ley de Enjuiciamiento Civil determina, según se trate de un documento privado o público electrónico. No se trata, como ya he defendido en otras ocasiones, de una simple prueba determinada por las reglas de la sana crítica y de apreciación por los Tribunales, sino una auténtica prueba documental, superando así los límites en los que la Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba la prueba para los instrumentos electrónicos.

Además, dando un paso adelante, el primer inciso del apartado 8 del artículo 3 de la Ley de firma electrónica establece que el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio; con ello se extiende esa categoría del documento electrónico, y se regirá por las normas procesales probatorias de los documentos públicos o privados, según se trate, efectivamente, de un documento de una o de otra clase. En mi opinión supone un salto cualitativo desde el Real Decreto-Ley de firma electrónica en cuanto a la conceptualización de la denominación de medio de prueba. Mi opinión es que, y así se indicó en alguna ocasión, debería de haberse hecho esta admisión como prueba documental en los casos, única y exclusivamente, en que los datos estuviesen firmados con firma electrónica reconocida a los efectos del principio ya visto, de equivalencia funcional y del pleno reconocimiento del mismo valor y efectos a la firma electrónica reconocida y a la manuscrita. Dejando para las otras firmas el principio que estaba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, reconduciéndose a las reglas de valoración de la sana crítica.

Otra novedad introducida también en una enmienda del Senado, y específicamente dirigida a la especialidad del soporte electrónico, y necesaria por la novedad que ello supone, es la de regular la impugnación de una firma electrónica reconocida. En los casos de esta impugnación de la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por parte del prestador de los servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen los requisitos establecidos en la ley, relativos a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes. Dos observaciones a este párrafo deben hacerse según mi opinión, de un lado, la no necesidad quizá de especificar lo que

hace el prestador, sino remitirse a otros apartados de la ley que, sobre todo para decirlo con la misma terminología que utiliza la misma, y de otra parte, el haber sustituido la expresión “identidad de los firmantes” por vinculación del titular de la firma o del titular a una firma, por lo que ya dijimos de la escindibilidad de ésta.

También se prevé la posible impugnación de la firma electrónica avanzada, remitiéndose en este caso al apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y ello hay que ponerlo en conexión con la disposición adicional tercera de la Ley, que añade un apartado tres al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el siguiente tenor: “Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de firma electrónica”. Con ello, se conecta la Ley Procesal, en este caso, con la ley sustantiva, apareciendo por primera vez la palabra firma electrónica y documento electrónico en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, el apartado 10 establece un principio que siempre discutí, por no estar de acuerdo en su fondo, y el principio reflejado es que cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas. Me parece altamente peligroso este principio, además de no ser necesario, ya que los efectos de la firma electrónica, el principio de equivalencia funcional y las garantías y requisitos que la Ley exige a los determinados tipos de firma electrónica, no pueden en ningún caso ser dejados al principio de autonomía, de voluntad de las partes, por ser normas de derecho imperativo o de *ius cogens*. Así, por ejemplo, sería impensable que, al amparo de este apartado, las partes que se relacionan con una firma electrónica básica estipularan que se están relacionando con el valor y efectos de una firma electrónica reconocida. Por todo ello, siempre expuse mi opinión del perjuicio, más que beneficio, de incorporar este apartado.

4. Certificados electrónicos de personas jurídicas. La firma electrónica de las personas jurídicas

Una de las cuestiones más debatidas, tanto en el proceso de elaboración en el anteproyecto de Ley como en el mundo doctrinal, es la de la posibilidad o no de los denominados certificados electrónicos de personas jurídicas, es decir, la firma electrónica de personas jurídicas, que es distinto a la firma electrónica para las personas jurídicas.

A los efectos de dejar bien clara mi opinión, y para evitar cualquier ambigüedad, he de decir que la oposición del Ministerio de Justicia, y en

especial de la Dirección General de los Registros y del Notariado, fue total, hasta el momento en que fue necesario, a los efectos de desbloquear el texto, intentar llegar a un acuerdo que, si no recuerdo mal, el Anteproyecto de Ley que llegó al Consejo de Ministros, así como el Proyecto de Ley remitido al Congreso, no sufrió alteración hasta su aprobación final.

Como punto de partida he de indicar que, cuando en un sistema jurídico, las instituciones jurídicas, están acuñadas, asentadas y funcionan, el hacer experimentos con gaseosa puede provocar al menos una distorsión total y a la larga una desconfianza en las instituciones y en el principio de seguridad jurídica.

Como se puede imaginar, en el texto de anteriores borradores, cuando se introdujo la firma de las personas jurídicas, era completamente abierto en todo caso y circunstancia, aduciéndose necesidades y demandas del sector. Como he dicho, la posición del Ministerio de Justicia fue muy importante en todo momento. Sinceramente no había argumentos sólidos para defender estos certificados de personas jurídicas. El sistema de representación en Derecho español de las personas físicas y jurídicas estaba claro en cuanto a su contenido y en cuanto a sus efectos en el tráfico jurídico civil y mercantil.

Como punto de partida, la tan citada *Directiva de firma electrónica*, considero que no prevé esta posibilidad, ya que en su artículo 2 define al firmante como la persona que está en posesión de un dispositivo de creación de firma y que actúa en su propio nombre o el de la entidad, persona física o jurídica, a la que representa. La dicción del texto me parece lo suficientemente clara, e incluso así al hacer la trasposición se define en el artículo 6, apartado 2, de la Ley de firma electrónica. Se aducía como tesis opuesta que la definición de la Directiva era lo suficientemente amplia y que, además, el propio Real Decreto-Ley de firma electrónica, en su artículo 5, apartado 3, preveía en el campo del cumplimiento de las obligaciones tributarias, y en concreto respecto de la gestión de los tributos, la posibilidad de que el signatario sea una persona física o una persona jurídica. En efecto, la citada norma contiene esa especificación para el campo tributario, en mi opinión en contra de la Directiva, pero al menos restringida al campo tributario; ahora, en cambio, se quería extender a todo. En mi opinión, aunque no sea muy jurídico el argumento, creo que se planteaba un grave problema a la administración tributaria, que había expedido ya cientos de certificados y, como es lógico, quería que la nueva ley confirmase este hecho, pero ampliándolo aún más.

Una de las posibles soluciones hubiera sido, en una disposición adicional, el permitir esta firma de personas jurídicas sólo y exclusivamente para el campo tributario.

Uno de los argumentos a favor que se daba en el grupo de trabajo era que la realidad mostraba ciertamente esta necesidad, poniéndose varias veces ejemplos de grandes superficies donde los vendedores no son representantes orgánicos o voluntarios de una persona jurídica, o los argumentos de la contratación con máquinas y con dispositivos automáticos.

A los efectos de llegar a un mínimo consenso posible, y vista la imposibilidad de eliminar esta firma de las personas jurídicas, se propuso por el Ministerio de Justicia, DGRN, acotar en sus justos límites esa utilización de la firma de las personas jurídicas en base a las explicaciones que se nos daban.

De un lado, excluir de este mecanismo a los supuestos de la representación orgánica y voluntaria, sometiendo a sus propias reglas el sistema utilizado en el tráfico jurídico mercantil. Ello significa que un administrador único, por ejemplo, de una sociedad limitada solicita un certificado electrónico para una persona jurídica, y lo solicita en nombre y representación de la persona jurídica. Una vez obtenido ese certificado, el firmante es la persona física que actúa como administrador único en nombre y representación de esa sociedad limitada, y en el certificado electrónico que se expide aparecerá ese atributo, fulanito de tal como administrador único, en nombre y representación de la sociedad limitada X. Lo mismo si se trata de un representante voluntario, es decir, un apoderado de la sociedad. Con ello se conserva todo el sistema jurídico, en cuanto a representación societaria, responsabilidad de los administradores y un largo etcétera. De otra manera sería volver o querer inventar algo que está inventado, creando figuras sustitutorias que lo único que hacen es oscurecer y crear inseguridad jurídica.

Creo que esta cuestión al final quedó aceptablemente reseñada en el artículo 7, párrafo 1.º, apartado 2.º, cuando establece que “los certificados electrónicos de personas jurídicas no podrán afectar al régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica.

De otro lado había que establecer unos límites al campo de aplicación de estos certificados, y se ofreció la posibilidad de hacer constar en el texto la figura del factor, conocido desde tiempo inmemorial en el Código de Comercio, por considerar que éstos eran los supuestos a los que se referían los que indicaban la necesidad imperiosa de regular los certificados de personas jurídicas. Asimismo, para salvar todo el tema tributario, había que hacer una mención específica al mismo. Por ello se propuso la siguiente redacción, que fue incorporada en alguno de los textos, y que luego desapareció: “El usuario o factor de la firma electrónica de persona jurídica podrá utilizar ésta en aquellas relaciones jurídicas contractuales que sean propias de las cosas concernientes al establecimiento

fabril o mercantil donde presta sus servicios, pudiendo la persona jurídica limitarle la utilización de su firma a determinado tipo de actos o negocios jurídicos, sea por razón de cuantía o de materia, en cuyo caso deberá incorporarse tal limitación al certificado de firma digital como atributo de éste.

El resultado más o menos acertado fue el apartado 3 del artículo 7, cuando establece que: “Los datos de creación de firma sólo podrán ser utilizados cuando se admita en las relaciones que mantenga la persona jurídica con las Administraciones públicas o en la contratación de bienes o servicios que sean propios o concernientes a su giro o tráfico ordinario...”.

En este sentido, y a los efectos de clarificar esta circunstancia, en la propia exposición de motivos se indica que “... de cara a terceros limita el uso de estos certificados a los actos que integren la relación entre la persona jurídica y las administraciones públicas y a las cosas o servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la entidad... Se trata de conjugar el dinamismo que debe presidir el uso de estos certificados en el tráfico con las necesarias dosis de prudencia y seguridad... El equilibrio entre uno y otro principio se ha establecido sobre las cosas y servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la empresa de modo paralelo a como nuestro más que centenario Código de Comercio regula la vinculación frente a terceros de los actos de comercio realizados por el factor del establecimiento. Con la expresión giro o tráfico ordinario de una entidad se actualiza a un vocabulario más acorde con nuestros días, lo que en la legislación mercantil española se denomina establecimiento fabril o mercantil. Con ello se comprenden las transacciones efectuadas mediata o inmediatamente para la realización del núcleo de actividad de la entidad y las actividades de gestión o administrativas necesarias para el desarrollo de la misma, como la contratación de suministros tangibles e intangibles o de servicios auxiliares”.

En definitiva, el intento era el de reconducir esta materia a la figura del factor, y ello se ha plasmado con mayor o menor acierto; para ello podemos acudir a los artículos 286, 291, 294, 297 del Código de Comercio.

Como indicábamos al comienzo de este epígrafe, al forzar la existencia de la firma de las personas jurídicas, hubo que establecer un mecanismo de control de esas firmas, y así en el apartado 2 se habla de la custodia de los datos de creación de firma, que será responsabilidad de la persona física solicitante, cuya identificación se incluirá en el certificado electrónico. El solicitante, conforme al apartado 1, párrafo 1.º, de este artículo podrá ser los administradores de las personas jurídicas, representantes legales y voluntarios con poder bastante. En definitiva, se busca un es-

quema parecido a lo que hubiera pasado en condiciones normales, sin necesidad de hacer el invento de la firma de la persona jurídica.

En el Derecho comparado hay ejemplos muy significativos en la mayoría de los países de nuestro entorno, en donde sólo se admite la firma de las personas físicas, entre otros, en países como Alemania y Austria.

Desde otro punto de vista, establecer lo contrario supone una ficción tan clara que supone la necesidad de hacer un mecanismo complicado y estéril para llegar a admitir la figura, como aparte de realizar la solicitud por el representante; además, el realizar un segundo documento de aceptación, expedido por el órgano de administración, e incluso una regla de presunción de asignar esa firma de la persona jurídica a quien en cada caso ostente su representación orgánica o legal. Como se puede apreciar, es querer inventar algo, pero más complicado, para no conseguir nada especial, y encima alterando todo un sistema compacto existente en la actualidad.

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado, de 29 de mayo de 2003, también estudia los certificados electrónicos de las personas jurídicas, reconociéndose por el propio Consejo de Estado que éste había sido uno de los aspectos más polémicos en la tramitación del anteproyecto, teniendo en cuenta que fue el Ministerio de Justicia y, dentro de él, la Dirección General de los Registros y del Notariado quienes con insistencia, a través de múltiples informes, discutieron desde un primer momento la existencia de los certificados electrónicos de personas públicas. En este sentido, es bastante esclarecedor el citado Dictamen, ya que, al describir la regulación propuesta en el anteproyecto, dice que ésta suscita algunas dudas y reparos, y así indica que: “En primer lugar, dicha regulación se aviene mal con el criterio inspirador de la norma, plasmado en el artículo 1.2, a tenor del cual las disposiciones de la Ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos, ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten. En relación con los certificados electrónicos de las personas jurídicas, dicho criterio se hace patente en el apartado 1.º del artículo 7, que establece que dichos certificados no podrán afectar al régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica. Y se dice que la regulación proyectada se aviene mal con tal principio, por cuanto la atribución de la condición de firmante a la persona jurídica implica imputarle directamente a ella, y no a través de su representante, la declaración de voluntad que la firma electrónica reconocida plasmada en un documento supone. En el mismo sentido, no cabe ignorar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, dicha firma electrónica reconocida tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, firma de la que, como es obvio, carecen las personas jurídicas. Y cabe agregar a lo

anterior que no se advierten las ventajas que supondrá el certificado electrónico de las personas jurídicas y la atribución a éstas de la condición de firmantes respecto a la emisión de un certificado electrónico a favor de su representante o administrador, certificado en el que se puede dejar constancia de la propia relación de representación —en los términos ya previstos en el art. 11.4—. En este último caso, la imputación de los efectos de la firma electrónica a la persona jurídica se haría a través de los cauces ordinarios de la teoría de la representación, sin necesidad de artificios tales como la atribución de la condición de firmante a la persona jurídica y sin forzar las categorías del Derecho Civil y Mercantil. En última instancia, la finalidad a que se alude en la exposición de motivos, consistente en integrar a estas entidades en el tráfico telemático, puede conseguirse sin necesidad de considerar a la persona jurídica como firmante. Por ello, estima el Consejo de Estado que debiera reconsiderarse la conveniencia de mantener, en los actuales términos, la regulación proyectada. En este sentido, bastaría, además de otros ajustes a lo largo de la redacción del texto, con establecer de forma clara que en tales certificados es el solicitante —y no la persona jurídica— la que asume la condición de firmante, y que la traslación de los efectos de la firma a la persona jurídica se producen de conformidad con los principios generales de la teoría de la representación”.

Una cuestión que en mi opinión se ha resuelto de una manera poco clara y segura es el de la responsabilidad frente a los terceros en el caso de la utilización de la firma de las personas jurídicas. En el campo del comercio electrónico, el conjunto de normas que varíen el sistema aplicable en soporte papel deben tender a incrementar la seguridad jurídica por los propios efectos que el uso de las nuevas tecnologías produce. En efecto, se dice en este artículo 7.º que la persona jurídica podrá imponer límites adicionales, por razón de la cuantía o de la materia, para el uso de la firma, y que deberán figurar en el certificado, y que si la firma se utiliza trasgrediendo los límites, la persona jurídica quedará vinculada frente a terceros, sólo si los asume como propios, o se hubiesen celebrado en su interés; en caso contrario, sigue diciendo el precepto, los efectos de dichos actos recaerán sobre la persona física responsable de la custodia, quien podrá repetir contra quien los hubiera utilizado.

Cuando el apartado 4.º habla de actos o contratos realizados dentro de los límites, creo que debe constreñirse únicamente a límites que se hayan puesto con carácter adicional, por razón de la materia o de la cuantía, pero no cuando sea en la contratación de bienes o servicios propios o concernientes al giro o tráfico ordinario, porque ahí y por razones de seguridad, y del sistema de representación notoria, la persona jurídica debe quedar obligada, con independencia de que ésta ejercite una acción de

repetición frente al custodio de los datos de creación de firma. En este sentido, el artículo 286 del Código de Comercio es claro al establecer que los contratos celebrados por el factor de un establecimiento comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa conocida, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue dicho abuso de confianza, trasgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o sí, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivos.

Esta cuestión es esencial, como indicamos anteriormente, ya que si, en el mundo del soporte papel, la relación de confianza de los terceros debe ser total, más aún en otro tipo de soporte; si esto no es así la inseguridad será total, y además habremos cambiado el régimen general de responsabilidad establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, en el informe del Ministerio de Justicia de 15 de abril de 2003 se decía que, para aclarar totalmente la cuestión y conseguir una auténtica seguridad, se debería introducir el siguiente párrafo: “en lo relativo a la responsabilidad por el indebido uso de la firma electrónica, se estará a lo dispuesto en la legislación mercantil general”.

Los apartados 5 y 6 de este artículo 7 hacen dos especificaciones, una relativa, y es lógica, a los certificados maestros, que son los que expide el propio prestador de servicios y que sirven para verificar la firma electrónica de éste, que utiliza para expedir los certificados electrónicos. En este caso no se plantea ningún problema desde el punto de vista de la representación, y de su eficacia frente a terceros.

Por otro lado, hay una remisión a la normativa específica de los certificados de este tipo que se expidan a favor de las Administraciones públicas.

En conexión con los certificados de personas jurídicas, se encuentra la disposición adicional tercera, que, rizando el rizo de lo imposible, habla de la expedición de certificados electrónicos a entidades sin personalidad jurídica, para el cumplimiento de obligaciones tributarias, a los efectos del artículo 33 de la Ley General Tributaria, y en los términos que establezca el Ministerio de Hacienda. Poco comentario puedo hacer con respecto a esta disposición, ya que sabemos que, entre otras, a las comunidades de bienes se les da un número de identificación fiscal, y no tienen personalidad jurídica, pero aquí se da un salto más en el vacío expidiendo certificados de firma electrónica a favor de entidades sin personalidad jurídica, pero curiosamente pueden firmar. No se indica el mecanismo en cuanto a su solicitud y otros requisitos, aunque pueden ser imaginables.

5. Los certificados reconocidos. Especial consideración del artículo 13

Ya definimos anteriormente el concepto de certificado electrónico, así como su contenido. En la Ley aparecen en diversas ocasiones las palabras certificados reconocidos, y su importancia es capital, sobre todo cuando hablamos de la firma electrónica reconocida, que no es más que una firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y producida mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

Por ello, los certificados reconocidos deben cumplir los requisitos especiales relativos a la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que prestan.

La Ley dedica del artículo 11 al artículo 14 inclusive para regular estos certificados reconocidos, estableciendo por una parte los datos que al menos deben incluir, las obligaciones previas a su expedición, los artículos 11 y 12 respectivamente, así como el importantísimo artículo 13, sobre la comprobación de la identidad y otras circunstancias personales de los solicitantes de un certificado reconocido, ello regulado en el artículo 13, y por último, en el artículo 14, la equivalencia internacional de certificados reconocidos.

En cuanto a los datos que al menos deben incluir, el artículo 11, apartado 2, los contiene, y entre otros la indicación de que se expiden como tales el código identificativo único del certificado, la identificación del firmante, la firma electrónica avanzada del prestador de servicios, así como cualquier otra circunstancia o atributo, siempre que el firmante así lo solicite.

Por su parte, el artículo 13 regula la comprobación de la identidad y de otras circunstancias personales de los solicitantes, regulando todas las posibilidades, como los certificados de personas físicas, los certificados de personas jurídicas, o los certificados pedidos en nombre y representación de una persona jurídica.

Como punto de partida, la identificación de la persona física que solicite el certificado exige la personación de éste ante los encargados de verificarla, y ésta se acreditará mediante el DNI, pasaporte u otros medios admitidos en Derecho. Pero matiza este apartado 1.º que podrá prescindirse de la personación si la firma estampada en la solicitud para la expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial. Al menos el legislador ha intentado establecer un control cuando no hay personación ante el prestador siempre que se haya legitimado la firma en presencia notarial. Ello significa que de las diversas maneras que el Reglamento Notarial prevé para la legitimación notarial de firmas, única y exclusivamente podrá ser la realizada en presencia notarial.

A pesar de esta importante cautela, quedan en el aire otros aspectos como los de la comprobación y legitimación de las facultades del solicitante, en los supuestos en que el certificado se expida para otra persona distinta física o jurídica. Este aspecto intenta solucionarse en los apartados 2.º y 3.º de este artículo 13. Hay una remisión a la normativa administrativa para la solicitud de certificados que se expidan previa identificación del solicitante ante las Administraciones públicas, en cuanto al régimen de personación.

Los apartados 2 y 3 de este artículo regulan una cuestión esencial, que es la comprobación, por parte de los prestadores de servicios, bien por sí mismos o bien por medio de otras personas, físicas o jurídicas, públicas y privadas, en el sentido de establecer tanto en los supuestos de certificados de personas jurídicas, dentro de los límites del artículo 7, como los certificados reconocidos que reflejen supuestos de representación voluntaria, o bien por otro tipo de representación legal, comprobarán, como hemos dicho, los datos relativos a la constitución y personalidad jurídica de la entidad representada, a la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante, la personalidad jurídica del representado, etc. En todos los supuestos se dice que el medio de hacer esta comprobación es mediante consulta en el registro público en el que estén inscritos los documentos de constitución o apoderamiento, o bien la comprobación de los datos relativos a la personalidad jurídica del representado y a la extensión y vigencia de las facultades del representante. Se quieren prever, como hemos dicho en estos dos apartados 2 y 3, todos los posibles supuestos. Pero en todo caso se dice que dicha comprobación será mediante la consulta en el registro público en el que están inscritos los documentos de constitución y de apoderamiento o, en general, en el que estén inscritas las facultades y extensión de las mismas del representante. Como medio supletorio, o mejor dicho, únicamente se obliga a la comprobación mediante los documentos públicos que sirvan para acreditar los extremos citados de manera fehaciente, cuando aquéllos no sean de inscripción obligatoria.

Este artículo fue muy debatido en los diferentes momentos de elaboración del texto, e incluso cambiado en algún momento posterior a como surge del Anteproyecto de Ley.

Obviar el documento público en estos supuestos, como punto de referencia primero y esencial para acreditar y comprobar estas circunstancias, supone en mi opinión una auténtica barbaridad jurídica y un desconocimiento de lo que significa la acreditación fehaciente en el ordenamiento jurídico. Es decir, el texto va mucho más allá en la barbaridad, ya que ni siquiera exige documento público y consulta en el registro cuando sea de inscripción obligatoria un determinado apoderamiento o representación,

sino que excluye o al menos no exige la comprobación mediante el documento público, cuando por ejemplo las facultades de representación no sean de inscripción obligatoria. Y ello contradice, como luego veremos, todo el sistema jurídico, sino que además está contradiciendo lo que establece el artículo 11, apartado 4, de la propia Ley, ya que en el mismo se establece que, si los certificados reconocidos admiten una relación de representación, incluirán una indicación del documento público que acredite de forma fehaciente las facultades del firmante para actuar en nombre de la persona o entidad a la que represente y, en caso de ser obligatoria la inscripción, de los datos registrales, de conformidad con el apartado 2 del artículo 13. Es decir, exige los dos mecanismos de manera conjuntiva, no uno excluyendo al otro en algunos supuestos.

El artículo 13 de la Ley de firma electrónica, como hemos indicado anteriormente, fue modificado del texto que aparecía en el Anteproyecto en sus apartados 2 y 3, en el sentido de introducir la frase “cuando aquéllos no sean de inscripción obligatoria”, lo que implica que cuando lo sea, desaparece de un plumazo la necesidad de presentar el documento público, que es la base de la que nace todo el proceso, y más aun cuando en la copia autorizada constan los datos de la inscripción.

Esta modificación altera en su integridad el régimen de acreditación de la representación en el tráfico jurídico inmobiliario y mercantil, pues ya se trate de poderes que pueden ser inscritos en el Registro Mercantil, o de poderes que no pueden ser inscritos en éste, la representación se acredita por el documento público que, en su caso, tiene como corolario la inscripción y no por ésta sólo. Basta leer el artículo 1.280,5.º del Código Civil para llegar a esta conclusión, artículo por cierto redactado con posterioridad a la Ley Hipotecaria.

Al realizarse esta modificación, no será nada de extrañar que nos encontremos con abundantísimos errores en una materia, el “mundo digital o electrónico”, que si está necesitado de algo es de seguridad jurídica, porque ésta es y ha sido hasta el momento la razón por la que en nuestro país y en nuestro entorno económico el citado “mundo digital” no ha tenido el desarrollo adecuado.

En los textos anteriores se establecía la doble posibilidad alternativa de la consulta al Registro Público o de la presentación de los documentos públicos correspondientes. Redacción que, si no era muy positiva y clara, era mejor a la que luego quedó como definitiva. Esta redacción tampoco fue la que se venía manejando en textos anteriores, ya que casi con similares redacciones, en todos los textos anteriores, se indicaba la necesidad de que la comprobación de todo lo relativo a la existencia de la persona jurídica y las facultades de representación se debía realizar a

través de la aportación de los documentos públicos acreditativos de la constitución de las personas jurídicas, así como el del nombramiento de los representantes orgánicos y voluntarios, como en su caso la acreditación de la inscripción en el Registro Público correspondiente cuando ésta fuese necesaria. Esa era realmente la redacción más correcta.

Los supuestos pueden ser muy variados en la práctica, pero está claro que no puede prescindirse del documento público en ninguno de los supuestos, ya que éste es la base de la que surge la representación o la existencia de la persona jurídica; y, desde luego, en todos los supuestos en los casos en los que la inscripción no es necesaria u obligatoria la única base del poder y de su acreditación es el documento público.

Basta citar los siguientes ejemplos, que ilustran las anteriores afirmaciones:

En las relaciones del tráfico jurídico ordinario, si un sujeto comparece como administrador único de una sociedad para vender bienes de la misma, y el negocio que va a realizar está dentro del objeto de la Sociedad, éste presenta el documento público de su nombramiento donde consta el cajetín de los datos de inscripción en el Registro Público, y donde a su vez constarán los de la constitución de la sociedad, y la escritura de compraventa se puede autorizar perfectamente. Dicho de otro modo, la representación se acredita por la exhibición del documento público en el que consta, cuando sea preciso, y en su caso, el cajetín con su correspondiente inscripción en el registro. La representación no se acredita, por tanto, por una certificación o una consulta a registro alguno. Así no se desenvuelve el tráfico ordinario, del que el mundo telemático o electrónico no es más que un reflejo.

Pero aún más, si se trata de un apoderado de la sociedad, efectivamente puede ser que el poder le haya sido revocado, pero que esa revocación no haya aún sido presentada para su inscripción, y por lo tanto no tenga aún el reflejo registral. Puede ocurrir que, al haberse revocado el poder, esta revocación le sea notificada notarialmente al apoderado y se le retire el poder y no tenga ya el documento público correspondiente, o que habiéndose autorizado la correspondiente revocación sin el reflejo registral correspondiente, la Sociedad representada mostrase al prestador de servicios de certificación la revocación del poder una vez que se hubiese enterado de que el apoderado revocado hubiese solicitado un certificado de firma electrónica, éste lo tendría que revocar y no podría aducir buena fe, ya que conocía que la revocación había sido anterior a la solicitud realizada por el apoderado. Más aún, los miles de supuestos donde los poderes no pueden no ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil, por ejemplo, en los casos de los poderes especiales, o incluso en los supuestos del empresario individual.

Es decir, los supuestos que se pueden dar en la práctica son muy variados, y el juego de la documentación pública también, y desde luego la modificación introducida, si algo va a generar, es confusión, error e inseguridad.

Por todo ello, hubiera sido importante el reflexionar sobre estas cuestiones, para dotar de la mayor seguridad posible al sistema para saber cuál es la realidad en el momento de la solicitud del certificado, en aras de una total seguridad que se quiere imprimir al comercio electrónico.

De todo ello se deduce que, para cerrar el círculo al máximo y dotar de la mayor seguridad al sistema, para la comprobación de todas las circunstancias anteriores, el artículo 13 de la Ley de firma electrónica debería haber tenido en cuenta lo siguiente:

1. Aportar los documentos públicos correspondientes, por ser la base en la que se basa la representación y de la que nace, y
2. Aportar la acreditación de la inscripción en el Registro Público cuando ésta sea necesaria, y ello sería jurídicamente lo correcto.
3. Introducir también la expresión de Archivo Público, y no sólo Registro. La incorporación de la palabra “archivo” tiene una explicación muy simple. Como se expuso, no existe un registro de poderes como tal; sin embargo, sí que existen determinados “archivos públicos” que publicitan relaciones de apoderamiento y que no son el Registro Mercantil. De nuevo, ha de recordarse que sólo unos determinados poderes y tipos de representación se inscriben en ese Registro, quedando fuera de él la inmensa mayoría de los poderes que se autorizan.

Pues bien, es preciso incorporar la palabra archivo para dar carta de naturaleza y reflejar adecuadamente la realidad actual en la norma, puesto que, en otro caso, se quedan fuera, por no ser un Registro Público –Registro Mercantil, en esencia– los archivos que de un modo u otro publiciten el resto de los poderes existentes. Por cierto, debe recordarse que, siendo el documento público la fuente del poder, es obvio que los notarios y su organización corporativa cuentan con algunos “Archivos” que publicitan relaciones de apoderamiento, pero es que los mismos archivos obran, por ejemplo, en todas y cada una de las Administraciones públicas en la que se presentan documentos por representantes y a éstos se les exige, previamente, que entreguen el documento público de donde nacen sus facultades representativas para incorporarlos a un archivo.

Con el texto definitivo de la Ley de firma se deja fuera de la legalidad a los centenares de archivos administrativos donde se recogen tales poderes y que no son un Registro Mercantil. Por extensión, y como puede deducirse, el beneficiado es el ciudadano que, de otro modo, y para cual-

quier mínima gestión administrativa que nada tiene que ver con temas de registro mercantil, deberá ir con el poder “debajo del brazo”, mientras que si se hubiese introducido la palabra Archivo bastaría que esa oficina administrativa comprobara telemáticamente y *on line* la vigencia del poder o si, simplemente, existe contra el correspondiente archivo.

Este hubiera sido el método adecuado, y es el medio de acreditación de la representación desde hace décadas, sin que se entiendan, en modo alguno, las razones de la modificación realizada.

En este sentido se propuso una redacción alternativa, que por supuesto no contemplaba la firma de las personas jurídicas, y que establecía un mecanismo más adecuado para la comprobación en materia de personas jurídicas, así como incluía un párrafo para los supuestos de exención de responsabilidad por parte de los prestadores de servicios de certificación, cuando determinados funcionarios hubiesen realizado esa comprobación. Como luego veremos, el texto en relación al artículo 23, apartado 5, donde se establece esta exención de responsabilidad, pero de una manera menos clara y rotunda, más ambigua, en cuanto a la intervención de esos funcionarios. La redacción que en su día se propuso como alternativa fue la siguiente:

1. La identificación de los solicitantes de certificados reconocidos exigirá su personación ante los encargados de verificarla, a través de la acreditación mediante el DNI, pasaporte o cualquiera de los medios reconocidos en Derecho.

En cuanto a las personas jurídicas, se deberá comprobar la existencia de las mismas, así como las facultades de representación y legitimación de las personas físicas que las representen, cuando solicitan los certificados reconocidos, siendo en todo caso el signatario la persona física que represente a la jurídica. En este caso deberán aportarse, entre otros medios, los documentos acreditativos de la constitución de dichas personas jurídicas, así como aquellos en los que consten el nombramiento de los representantes orgánicos y voluntarios, como, en su caso, la acreditación de la inscripción en el registro público correspondiente cuando ésta sea necesaria.

2. En el supuesto de que se actúe en nombre y representación de una persona física, deberá acreditarse el documento que justifique dicha representación, así como que las facultades del representante se encuentran vigentes por cualquiera de los procedimientos reconocidos en Derecho, y con sujeción a lo establecido en la legislación sustantiva, en especial en cuanto al régimen de responsabilidades del representante y representado en relación a los terceros.

3. El certificado podrá hacer mención a otras circunstancias personales del solicitante, como su condición de titular de un cargo público, su

pertenencia a un colegio profesional o su titulación, debiendo acreditarse dichos extremos con los documentos oficiales correspondientes emitidos por los organismos o autoridades competentes, conforme se prevea en su legislación específica.

4. Los prestadores de servicio de certificación podrán encargar a otras personas la realización de las actuaciones contempladas en este artículo, siendo responsable en todo caso el prestador de servicio de certificación en lo relativo al contenido del certificado.

No obstante lo anterior, el prestador de servicios de certificación no responderá de inexactitud de los datos que constan en el certificado, si éstos le han sido acreditados mediante la actuación de personas que están especialmente facultadas en relación a la comprobación de identidad, la constatación de las facultades de representación y de legitimación, por delegación de la soberanía del Estado en la dación de la fe pública.

En idéntico sentido tratándose de funcionarios especialmente cualificados para la realización de las actividades anteriormente indicadas, siempre que en el ejercicio de su función pública estén especialmente facultados para realizar un documento público, administrativo o judicial.

Asimismo, el artículo 13 dice que el certificado puede contener otras circunstancias personales o atributos del solicitante, como su condición de titular de un cargo público, su pertenencia a un Colegio profesional, o su titulación. En estos casos se deberá comprobar mediante los documentos oficiales que acrediten estas circunstancias, y siempre de conformidad con su normativa específica.

Ello es lógico, ya que, por ejemplo, la circunstancia de ser titular de un cargo público, o de ser funcionario, habrá que acudir a la normativa específica que lo regula para determinar su acreditación. Más aún en el caso de un notario o registrador, por su Ley específica, que en este caso es la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social, la acreditación de esta circunstancia, es decir, la de ser notario en activo y en una determinada plaza, no es comprobada por el prestador de servicios, para el caso que no sea el prestador de servicios el propio Consejo General del Notariado, sino por la Autoridad corporativa competente, que es dicho Consejo General, única y exclusivamente, por razones de seguridad, y de competencia de la propia Administración.

El apartado 4.º de este artículo 13, en mi opinión, crea una total inseguridad, dice que no será exigible en todos los procedimientos anteriores, en los supuestos en que cuando la identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de los certificados constaran ya al prestador de servicios de certificación, en virtud de una relación preexistente, en la que se hubiera identificado el interesado, por los medios señalados en el

artículo, o cuando para solicitar un certificado se utilice otro vigente, y le conste en ambos casos que el período transcurrido desde la identificación es menor de cinco años. Consideramos totalmente anómala esta excepción, y más anómalo aún lo relacionado con el plazo de los cinco años, ya que, incluso en los certificados reconocidos, el período de validez no podrá ser superior a cuatro años.

En este sentido iba dirigido también el informe del Consejo de Estado cuando indicaba: "... En todo caso, considera el Consejo de Estado, que debiera excluirse del ámbito de aplicación de la regla contenida en dicho apartado cuando las circunstancias a que se alude en el apartado 2.º (en relación con los certificados reconocidos de personas jurídicas), y en el primer párrafo del apartado 3.º (certificados reconocidos que reflejan una relación de representación voluntaria). Pues, de otro modo, podrían suscitarse problemas en cuanto a la correspondencia de los certificados reconocidos con la realidad jurídica (esto es, con la existencia o extinción de las relaciones de representación), lo que generaría inseguridad en el tráfico jurídico".

Como dijimos anteriormente, todas estas actuaciones de comprobación de los prestadores las podrán realizar por sí, o por medio de otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, siendo responsable, en todo caso, el prestador del servicio de certificación, conforme establece el apartado 5 del artículo 13. En el mundo de las nuevas tecnologías, la confianza es un punto esencial, y no cabe la menor duda que los prestadores de servicios fiables, y los que expidan estos certificados reconocidos acudirán a aquellas personas cualificadas para tener la mayor seguridad posible a la hora de expedir los certificados, e incluso en su declaración de práctica de certificación podrán señalar quién les ha realizado ese trabajo. La función notarial, se me ocurre, puede cumplir en este caso un papel esencial, y estoy seguro que los prestadores de servicios acudirán a los notarios para realizar las actuaciones de comprobación. Más aún, el artículo 23 de la propia Ley hace referencia a las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios, y en el apartado 5.º establece una exención de responsabilidad del prestador por los daños y perjuicios ocasionados al firmante, o a los terceros de buena fe, por la inexactitud de los datos que consten en el certificado electrónico si éstos ya han sido acreditados mediante documento público. Este apartado es muy importante, y aunque ciertamente en algún otro borrador se intentó aclarar y especificarlo más, en mi opinión subyace una importante coordinación con nuestro ordenamiento jurídico, ya que si un notario, por ejemplo, acredita algún extremo del certificado por su actuación, éste será el responsable de los perjuicios causados, puesto que es un funcionario, con unas facultades legalmente acreditadas. De igual manera podemos decir, en relación

a los documentos públicos, judiciales y administrativos. También en el apartado 5.º del artículo 23 se prevé el supuesto de que si esos datos deben figurar inscritos en un registro público, el prestador de servicios deberá comprobarlo en algún momento inmediatamente anterior a la expedición del certificado.

Por último, el artículo 14 regula la equivalencia internacional de los certificados reconocidos, expedidos por prestadores de servicios de un Estado que no sea miembro del espacio económico europeo, y en su caso la posibilidad de su equivalencia a los expedidos por prestadores establecidos en España. Para ello se prevé la norma, la necesidad de cumplir alguna de las condiciones que se establecen, con criterio alternativo y no acumulativo, como por ejemplo que el prestador de servicios reúna los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica para la expedición de certificados reconocidos, y haya sido certificado conforme a un sistema voluntario de certificación establecido en un Estado miembro del espacio económico europeo. Esta es una de las formas que establece la norma para la equivalencia de los certificados.

Asimismo, el artículo 12 recoge las obligaciones previas a la expedición de certificados reconocidos, como la comprobación de la entidad y circunstancias personales de los solicitantes, como ya hemos visto en el artículo 13, verificación de que la información contenida en el certificado es exacta, garantizar la complementariedad de los datos de creación y verificación de firma, y asegurarse de que el firmante está en posesión de los datos de creación de firma correspondientes a los de verificación que constan en el certificado.

6. El DNI Electrónico

Una de las novedades introducidas en esta Ley es la del DNI Electrónico. Al respecto, en la exposición de motivos se establece que “... También ha de destacarse la regulación que la Ley contiene respecto del documento nacional de identidad electrónico, que se erige en un certificado electrónico reconocido llamado a generalizar el uso de instrumentos seguros de comunicación electrónica capaces de conferir la misma integridad y autenticidad que la que actualmente rodea las comunicaciones a través de medios físicos. La Ley se limita a fijar el marco normativo básico del nuevo DNI electrónico, poniendo de manifiesto sus dos notas más características –acredita la identidad de su titular en cualquier procedimiento administrativo y permite la firma electrónica de documentos–, remitiéndose a la formativa específica en cuanto a las particularidades de su régimen jurídico...”. El artículo 15 define el Documento Nacional de Iden-

tividad Electrónico como el documento Nacional de Identidad que acredita electrónicamente la identidad personal de su titular y permite la firma electrónica de documentos.

Por otra parte, se da un principio, importante en el sentido de dotar de auténtica eficacia a este Documento Nacional de Identidad, ya que la propia ley establece que todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, reconocerán la eficacia del Documento Nacional de Identidad Electrónico para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo, y para acreditar la identidad del firmante, y la integridad de los documentos firmados con los dispositivos de firma electrónica en él incluidos.

Uno de los problemas más importantes, en el fenómeno de la utilización de las nuevas tecnologías, es el de conseguir el uso generalizado de las mismas. No cabe la menor duda que la aparición del DNI Electrónico supone un punto esencial para esta generalización, más aún cuando la tendencia es a conseguir una Administración de carácter telemático y, a través del DNI Electrónico, ello será una realidad.

Uno de los problemas que plantea este artículo es que el DNI Electrónico incorpora los mecanismos o dispositivos de firma electrónica para que su titular pueda firmar electrónicamente documentos. En mi opinión puede ir en contra de la propia Directiva de firma electrónica, ya que el principio de libre competencia y libertad de prestación de servicios puede verse conculcado, ya que al ser el DNI una materia reservada por razones de seguridad al Estado, en este caso al Ministerio del Interior, no puede ser manipulado o intervenir en él sujetos extraños a esa administración. En concreto, ningún prestador de servicios privado podría prestar los servicios de certificación de firma electrónica, ni por lo tanto actuar en relación a los dispositivos de firma. Como consecuencia, se puede entender que en este punto hay oposición con uno de los principios fundamentales de la Directiva de firma electrónica. No obstante, parece que en este punto no ha habido problema, por parte de la Comisión, cuando se notificó el texto.

El artículo 16 tiene como título el de los requisitos y características del Documento Nacional de Identidad Electrónico. Cuando se realiza una lectura de dicho artículo se ve con claridad que no aparecen determinados estos requisitos, sino más bien lo que se hace es el enunciar algún principio general, como, por ejemplo, el que los órganos competentes del Ministerio del Interior, para la expedición de este DNI, cumplirán las obligaciones que la presente Ley impone a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos, con excepción de la relativa a la constitución de la garantía a la que se refiere el apartado 2 del artículo 20, que ya tuvimos ocasión de analizar.

Otro principio de carácter general es el relativo “a que la Administración General del Estado empleará, en la medida de lo posible, sistemas que garanticen la compatibilidad de los instrumentos de firma electrónica incluidos en el DNI, con los distintos dispositivos y productos de firma electrónica generalmente aceptados”. Esto es fundamental, ya que uno de los problemas más importantes que se plantean en estos temas es el relativo a la interoperabilidad de los sistemas, problema que en la práctica puede hacer que todo el mecanismo falle.

Por su parte, la disposición adicional 6.^a hace mención al régimen jurídico del documento nacional de identidad electrónico, estableciendo: “1. Sin perjuicio de la aplicación de la formativa vigente en materia del documento nacional de identidad en todo aquello que se adecue a sus características particulares, el documento nacional de identidad electrónico se regirá por su normativa específica. 2. El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá dirigirse al Ministerio del Interior para que por parte de éste se adopten las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le incumban como prestador de servicios de certificación en relación con el documento nacional de identidad electrónico”.

Por todo lo anteriormente indicado, habrá que esperar al desarrollo reglamentario pertinente para poder evaluar con todos los datos cómo se desarrolla la evolución de este DNI Electrónico.

El Consejo de Estado también hizo algún comentario en relación al DNI electrónico, en el sentido de suponer una de las novedades más importantes, así como los importantes efectos que se le asignan, en cuanto a su reconocimiento frente a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. En cuanto a las dificultades de este DNI, el Consejo de Estado indica que: “No obstante, su implantación no está exenta de dificultades y riesgos, habida cuenta que la Administración asume, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 16, las obligaciones –y por ello también la responsabilidad– que corresponden a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos. Conviene subrayar, por ello, la necesidad de apurar los mecanismos que permitan dotar a dicho documento de todas las garantías que corresponden a la extensión de su uso y a la relevancia de los efectos que se le reconocen. Por otra parte, de lo dispuesto en el anteproyecto no se desprende con la claridad suficiente si se unirán en un único soporte el DNI y el DNI electrónico –como debe hacerse–, o si por el contrario, se establecerán dos documentos diferentes. Estima el Consejo de Estado que debe precisarse dicho aspecto en el anteproyecto”.

Además, como comentario crítico, hay que indicar que hubiese sido necesario en el texto definitivamente aprobado el modular lo relativo a la identidad de la persona y adaptarlo al mundo de las nuevas tecnolo-

gías ya que en este caso hay que hablar más que de identidad o identificación, de acreditación de la identidad del titular a quien se le atribuye por la propia esencia del mecanismo utilizado que no es a través de una identificación física del sujeto en cuestión.

Por ello, en algunos informes sobre la tramitación del Anteproyecto de Ley, se propuso una redacción alternativa, en el siguiente sentido: *“El Documento Nacional de Identidad Electrónico será un medio suficiente para acreditar la identidad del titular a quien se le atribuye, así como otros datos a los que se hace referencia en el apartado anterior de los interesados en un procedimiento administrativo, así como para comprobar la integridad de los documentos...”*.

UNA APORTACIÓN A LA HISTORIA DE LA CIENCIA DEL DERECHO REGISTRAL

JESUS LÓPEZ MEDEL
Registrador de la propiedad

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL “SUPLEMENTO” DE LA *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*. 3. LA *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*. 4. EL FUTURO DE LA CIENCIA DEL DERECHO REGISTRAL (EPÍLOGO).

1. Introducción

1.1. Renovación de la ciencia del Derecho Registral.

Hacia 1925 se produce en España, en muchos órdenes de la vida, un período que, genéricamente, se podría llamar de “renovación”. Pasado el del ilustre notario aragonés de Grau, Joaquín COSTA, de signo regeneracionista, se entra en el final del primer cuarto de siglo, en España, en un

afán de revitalización moral, cultural, universitaria y científica (lo glosamos nosotros al recordar –el 26/2/2000– los 75 años de la creación de la Residencia de Estudiantes de la Universidad de Zaragoza, en la época en que se crea la Universidad de Jaca, y la Residencia de Estudiantes de la calle Pinar, en Madrid, promovida por la Junta de Ampliación de Estudios y con carácter más amplio está aquel germen renovador, en ORTEGA, como analizamos en *Ortega y Gasset y el pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2003).

En ese contexto hay que situar la aparición, por entonces, de la figura de don Jerónimo GONZÁLEZ, creador, fundador y director de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que elevó los estudios, trabajos y problemas de la Ciencia Registral. Su formación iusfilosófica, su conocimiento y vivencia de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y redacción de sus *Anuarios*, su experiencia en la Magistratura del TS le hizo concebir “su Revista” como un núcleo de encuentro y de llamada, no sólo para los profesionales del Derecho Hipotecario o Registral –registradores de la propiedad– sino contando con aquel “hermanado” de los notarios, y también de magistrados, abogados, profesores y aun los iusfilósofos. Hacer su Historia, o aproximarse a ella, aunque sea de una forma personal y directa, es gratificante.

1.2. Ámbito temporal y motivador de la investigación.

Dentro de las distintas opciones que el investigador de la Ciencia del Derecho Registral puede tener, con ocasión de los 75 años de la aparición de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (en adelante *RCDI*), puede darse una de carácter cronológico. Como síntesis, o como repertorio. Esta es mi opción. ¿Por qué reducirla a los años 1953-1958? Tenemos una motivación casi anecdótica: aprendí de los maestros de la Filosofía Jurídica, que siempre suele haber una cuestión de actitud en toda creación jurídica. Y esa puede ser la clave para entender mejor nuestra aportación a la Historia de la Ciencia del Derecho Registral, que comprende lo inmobiliario y lo mercantil. A partir de lo humano. De lo que me atrevo a calificar de nuestra “*inmersión registral*”. Porque es el período en que tiene lugar –para nosotros– la primera “noticia”, la primera “suscripción”, la primera “colaboración” en la *RCDI*; en 1953 se convocan las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes de la Propiedad (las anteriores habían sido en 1948. Las siguientes fueron en 1960). Es una etapa en nuestra vida, esencial (1).

(1) Tendría que recordar aquella mi primera visión de la Oficina del Registro de la Propiedad en mi ciudad natal –Daroca–. Cuando ayudaba a mi padre, en ocasiones, al reparto de cartas –no había suplicas ni festivos–. Las atenciones que recibí de don Miguel Castells, regis-

Aunque también de una conciencia y problemática singulares en el funcionamiento registral y notarial con singladuras convergentes y ejemplos de *renovación y superación*. La etapa de dos años y medio de “espera” en el Cuerpo de Aspirantes, con mi conocimiento y suscripción a la “Revista”, me sirvió para abrir los ojos a la iniciación científica del Derecho Registral. Ya en activo –registros de Puente Candelas, Puebla de Sanabria, Tíneo– pude preparar mi tesis doctoral y publicarla en la *Revista Crítica*, a lo largo de 1958. Con las primeras experiencias, se encuentra uno con las realidades: los registros rurales, la corriente desinscribitoria, el personal auxiliar, la responsabilidad profesional, la colaboración entre compañeros dentro de nuestra “individualidad”, la relación con el Notariado, el Juzgado, el Ayuntamiento. Tanto el “Suplemento” como la *RCDI* ampliaron los horizontes científicos y prácticos.

1.3. Método.

No he querido ir a los “Índices”, sino a los textos, situados en la biblioteca del Colegio. Por el paso del tiempo, la calidad del papel, etc., nos permiten llamarlos “incunables” (esos tomos no los dejan sacar, son un tesoro). Y en aquel reducto silencioso de la biblioteca he vuelto a pasar muchos días, releyendo y anotando. He disfrutado. Aparecen comentarios a resoluciones, que pueden seguir teniendo actualidad. Personas y nombres, ya desaparecidos de la literatura hipotecaria, cuyas ideas han

trador titular –también notario y auditor del Ejército–, luego “defensor” y sobreviviente en Teruel (1937), más tarde “vigilado” en su notaría de San Sebastián, que era de la Junta de la Adoración Nocturna de Daroca con mi padre Manuel, de Presidente, no las olvido. El registro me parecía, con ojos de un niño, un santuario. Me quedó la idea de un “conjunto de libros”, gruesos, valiosos por sí mismos, en su confección y encuadernación artística. Daban la impresión de lo “sagrado”, lo “histórico”. Sólo en el Coro de la Basílica o en el Archivo se podían ver parecidos volúmenes. Otros registradores, como Gimeno, y sobre todo don José Royo, que fue titular muchos años, estando de notario don Leonardo Camón Aznar, los sustitutos Linares y Fausto Sánchez, fueron personas amigas de casa. Nunca podía soñar, ni prever, cómo por los caminos del trabajo y de la ilusión, llamaríamos a las puertas del Cuerpo de Aspirantes. Antes, había ingresado en el Cuerpo Jurídico del Aire como lo habían hecho otros ilustres colegas: Genovés, Villacañas, Cifuentes, Fernández y F. Feijóo. De ahí vino mi relación con el número 1, Carlos Álvarez Romero. Los dos, al final de la Academia, nos pusimos, para la preparación, en manos de Gregorio Madero. Luego tuve la fortuna de continuar con Emilio Bartual. Compartiendo estudios y trabajo, tuve el honor de formar parte de aquéllos sus “discípulos” (tanto que, en unas oposiciones de notarías en Barcelona, el letrado de la Dirección General de Registros llamó por la noche a Fermín de Paniagua, gestor, antes de hacer la calificación del último ejercicio, para preguntarle si podría “informar” al Tribunal de quién sería el preparador de unos quince opositores excelentes, y a los que se les veía con una formación peculiar y semejante: era Bartual). Y por mi parte, en recuerdo y gratitud al mencionado gestor, añadir que, ausente de la capital de España, y sin poder acercarme a ver ejercicios, me digo: “Usted estudie, y Paniagua hará todo lo demás”.

sido pioneras, pronosticadoras y adelantadoras de cuestiones vivas –el mutualismo, la relación con el notario o criterios que se han visto plasmados en Sentencias del TS y reformas legislativas–. Es una etapa que refleja la preocupación del legislador y del jurista por estar preparado al cambio que en todos los órdenes se empezaba a percibir en la sociedad española. Son los comienzos de la ampliación de una transformación agraria y rural, con los sistemas de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, con el urbanismo y los Planes de Desarrollo, en todo lo cual la pieza de lo notarial y registral va a tener un juego significativo. Es el momento de proyección a la sociedad, la presencia de registradores y de notarios o la participación de aquéllos en tareas jurídicas, políticas y culturales. Esto hoy, con la actividad de los Centros de Estudios Registrales y sus Programas, puede parecer una nimiedad. En aquellos años del Colegio de Registradores en la sede de la Gran Vía, de Madrid, o en la Academia Matritense del Notariado, o con el Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de la calle de Medinaceli, también realizaron una actividad destacada (con presencia de magistrados, catedráticos, notarios o expertos en otras materias). Entonces se inician los primeros trabajos registrales de LACRUZ, HERNÁNDEZ GIL o GONZÁLEZ PÉREZ, por ejemplo. Finalmente, destacaría, quizá por la precariedad en que vivieron los registros en la posguerra civil española, el sentido de cercanía, de aproximación y de humanidad entre los miembros de la Junta, colaboradores, autores, etc. Termino esta *“inmersión registral”*: puede ser objeto de crítica la opción temporal 1953-1958. Ni que pudiera haber sido mejor. La historia está ahí. Lo que sigue es lo que vimos, oímos, leímos y practicamos. Cuando se haga un *“Libro Blanco”* de los registros en España, esta etapa –desde la óptica de la *Revista Crítica*–, figurarán aquellos documentos. Nosotros hemos intentado sintetizarla y hacerla llegar a los jóvenes y profesionales de hoy, que son esperanza. Como nosotros entonces.

Analizamos separadamente el *“Suplemento”* y la *“Revista”*. Aunque haya una interdependencia o interconexión. Quien desee encontrar más datos históricos, le será fácil y aun gozoso zambullirse en esa *“reliquia”* del *“Suplemento”*. Es lo humano de los protagonistas. Lo doctrinal, lo documental, lo científico, está más en la *RCDI*. (Ambos documentos estaban editados no por el Colegio de Registradores sino por Publicaciones Jurídicas, SA, a cuyo Consejo de Administración pertenecían destacados hipotecaristas). Había *“anuncios”*, con espacios, a veces *“disponibles”*.

2. El “Suplemento” de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*

Era una hoja informativa que, al comienzo, apenas tenía cuatro páginas. Así como la “*Revista*” –con periodicidad bimensual–, el “*Suplemento*” se movía por las necesidades de comunicación y relación entre registradores. Los *concursos* de traslado se hacían cada dos meses. El Cuerpo rondaba los quinientos miembros. Se daba noticia de las *listas* de los concursantes a las vacantes anunciadas. El Colegio sólo ofrecía la información económica. El “*Suplemento*” fue enriqueciéndose con otro tipo de datos, artículos, mensajes, normas jurídicas y hasta “arengas”. Con un seguimiento de la novedad normativa.

2.1. Antecedentes a los “Suplementos”, premios “Jerónimo González”. Números 648 a 664 (de 5 de enero a diciembre 1953).

Anuncio del premio “Jerónimo González” convocado por el Colegio Notarial de Albacete. Reseña de una curiosa *Orden de 10/11/1952 sobre: “Registro de concesiones de terrenos y solares concedidos legalmente a particulares: caducidad de los asientos del antiguo Registro de concesiones de terrenos, sin perjuicio de los derechos de los dueños que hubieren promovido cualquier tipo de expediente de dominio al amparo del artículo 200 de la LH para justificar el tracto sucesivo”*. La concesión de terrenos a particulares había sido una de las medidas urbanísticas primeras para la reconstrucción nacional, ante registros destruidos. Con aquella norma se inicia un camino de plena ordenación del suelo y se respetan de manera expresa los derechos registrales. Resolución de *concurso* entre registradores. A Yecla va Pulín, 123; a Medina del Campo, Juan José Bedoya –luego decano y que había sido ministro con la República, y que venía de Infantes–. A Cangas de Narcea va García Pumariño, procedente de Tineo... entre otros. Listado de los concursantes. Noticia de jubilaciones próximas. Oferta-anuncio de “oficial” desde el Registro de Campillo. *Segregaciones y agregaciones* del Registro de Tarrasa. Se anuncian los tres tomos de *Estudios de Jerónimo González*, por 175 pesetas, más dos pesetas por reembolso. Resumen-repertorio de Leyes. Cruz distinguida de 1.ª clase a don Sebastián Moro, letrado de la Dirección General (fallecido en 2002). Junta de “Publicaciones Jurídicas, SA”, en su sede de la calle de Alcalá, 16-5.º Oferta de oficial de Montefrío. “Anuario”. Distinción al ilustre oralista, registrador y secretario judicial, Francis María Encabo, como vicepresidente de la Asociación Cultural Greco Española de Letras, una nota informativa sobre “El Registro de la Propiedad en Argentina”.

2.2. “Suplemento” año 1954. Sociedades Anónimas. Números 665 al 687 (del 18 de enero al 13 de diciembre).

Concurso. Convocatoria de oposiciones entre notarios para los Colegios de *Notarios de Oviedo y La Coruña*. Resolución sobre aspirantes, nombramientos y excedencias. Se inicia una sección “*Asuntos varios*”, que va a tener continuidad, con ese nombre o “*Varia*”. Junta de “Publicaciones Jurídicas, SA”. Recensión de la 2.^a edición de la conferencia de MARTÍNEZ SANTONJA (precio 30 pesetas. Muy práctica y aún actual). “*Lo que se debe hacer y no se debe hacer en la relación de documentos sujetos a inscripción*”, noticia del “Índice Cultural Español”, lo que continuará en otros “Suplementos”. Se transcribe el Decreto de 5 de febrero de 1954, de Adaptación de Estatutos de Sociedades a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. En las oposiciones a registros empiezan a darse resultados... Aladrén, 48,25; Barrenechea, 48,50; Menéndez, 48,65; Oria, 48,65; Ballester, 48,50; ... Normas sobre “*Concentración Parcelaria*” (en cuya aplicación intervinieron bastantes aspirantes de la promoción de 1954). En aquel servicio estaba el registrador Marcelino Piñel, como jefe de la Asesoría Jurídica (Francisco Corral, antes de fallecer –2002–, dio un balance exhaustivo de este equipo). Se anuncia a concurso la plaza de registrador en Tángier. Decreto-Ley sobre Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Derecho Agrario. Números del 674 al 682 (del 13 de julio al 16 de noviembre). Aprobados en las oposiciones de 1954: núm. 1, Emiliano Cano... termina en Juan Cuadrado. De aquella promoción, han fallecido: Parra, Núñez Ruiz, Guerrero, J. Ducay, Sánchez de Frutos, Cid, Prudencio del Río, Coronel de Palma, Pérez Ruiz, Monterde, G. Sancha. Ley de julio de 1954 sobre *Prórroga de Arrendamientos Urbanos*. *Relación* de los primeros en tener plaza: Cano, que va a S. Sebastián de la Gomera; Oria a Ágre-da; Serrano Terrades a Potes; Parra a Medinaceli; a Riaño, Márquez; Sánchez Marín a Sedano; Ejea a Grandas de Salime. Ingreso en la Academia de Nobles de San Luis de José Cabezudo Astrain, ilustre escritor e historiador y registrador. Se comenta una cuestión de competencia entre un gobernador civil y un Juzgado de 1.^a Instancia sobre aplicación del artículo 41 de la LH defendiendo la competencia registral, con informe favorable del Consejo de Estado en un asunto de Montes Catalogados, según Decreto de 1901. Se transcribe un artículo de la *Revista de Estudios Agro-sociales*, de León LEAL RAMOS, notario de Sevilla, “Por los Fueros del Derecho Agrario, lo jurídico y lo social”. Es vibrante, y termina así: “*Todos a una para llegar a un Derecho Agrario español que sea bendición para España y ejemplo para el mundo*”. Ley de 15 de julio de 1954 de

“*Unidades Mínimas de cultivo*” en cuyo artículo 5.º se impone la constancia registral de “*indivisible*”. El primer comentario a esta Ley –de la que será su mejor glosador CORRAL DUEÑAS (2)– se publicará en el número 692, por el registrador Ruiz Arteche. Renuncia de Francisco Cervera como presidente del Consejo de Administración de la compañía “Publicaciones Jurídicas”, recordando su unión con el fundador don Jerónimo GONZÁLEZ. Es designado don Valeriano Tena –un valioso registrador a quien nosotros habíamos conocido en su etapa de Zaragoza, visitando, como alumno de la Facultad, el Registro, con José Luis LACRUZ...–. La suscripción a la *Revista* queda en 110 pesetas.

2.3. “Suplemento” año 1955. *Mutualidad Notarial*. Números 688 a 692 (enero a junio 1955).

Resultado de concurso: Jesús González Pérez –que en la *Revista* colaboraba como profesor ayudante o adjunto de Derecho Administrativo– pasa de Atienza a Sigüenza, y Sánchez Marín a Viana del Bollo.

Números 693 a 697 (de 6 de junio a 3 de agosto de 1955). Decreto nombrando director general de Registros a don José Alonso Fernández, que formaba parte de la Junta, y quien, con el tiempo, haría el prólogo y presentación de mi tesis doctoral, *Teoría del Registro como Servicio Público* en su 2.ª edición. (Su ejemplaridad y bondad me hicieron mucho bien en esta etapa inicial profesional.)

Estatuto de la Mutualidad Notarial de 1955. (El Fondo se nutre con 30 céntimos por folio). Elección de ROCA SASTRE como Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación –se dará el texto íntegro en la “*Revista*”–. Organización del I Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal (es la primera noticia de una actividad en el orden internacional, que luego adquirirá mayor relieve con los Congresos Registrales y del Notariado Latinoamericano). Decreto de 19 de julio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de la *Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento*. Traslado de Ramón Feced –que había sido ministro con la República, paisano mío–, de Carlet a Madrid. (Nosotros le visitamos en su casa, como amigo de mi padre.) El 16 de julio de 1955 se aumentan las mejoras de la Mutualidad Benéfica de Registradores, creándose el subsidio de fallecimiento, de viudedad y de orfandad.

(2) V. en *Libro Homenaje a J. L. M.*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1999. “Divisibilidad de Fincas Rústicas”, pp. 627 a 649.

Congreso Internacional del Notariado Latino. Números 699 a 703, del 3 de agosto al 19 de noviembre. Aprobación del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, con inscripción obligatoria. Ingresan en notarías, para los Colegios de Albacete, Valencia y Zaragoza, Francisco Escrivá de Romaní –que luego sería director general de los Registros y procurador en Cortes por el Notariado, y más tarde fallecería en un accidente–; Antonio García Trevijano; José Luis Álvarez y José María Prada.

Convocatoria del Congreso Internacional del Notariado Latino. Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort a Enrique Taulet, decano de notarios de Valencia. Concurso de trabajos para la *Revista de Estudios Agrarios*, con premios de 7.000 pesetas y 100 separatas. Ayuda benéfica a doña María Angustias Arnaiz, viuda de don Francisco Trillo, después de quedarse sin recursos por una operación del hijo en el Hospital Provincial. Los registradores José González y José Solís encabezan una *suscripción “agradeciendo las aportaciones que vayan haciendo los compañeros del difunto”*. La Junta del Colegio “superando las disposiciones de la Mutua-
lidad”, concede una aportación mensual de 879,16 pesetas, 1.000 por la fiesta del Patrón y 3.000 para una beca al hijo.

Junta del Colegio Registral. Números 704 a 706 (14 de diciembre a 31 de diciembre). Concurso de registradores para el África Occidental Español. Renovación de la Junta: Pedro Cabello, 381 votos; Narciso Fuentes, 360; Francisco Cervera, 360. Homenaje a don José Alonso Fernández, director general, y al registrador y auditor del ejército, secretario general de la Dirección General de Seguridad, Alfonso Fernández y Fernández Feijóo. La nueva Junta queda: Ramón de la Rica, decano; Francisco Cervera, vicedecano; Mutua-
lidad, Pedro Cabello; secretario, Gregorio Prieto; bibliotecario y Centro de Estudios Hipotecarios, Rafael Chinchilla; interventor, Narciso de Fuentes; tesorero, Rafael V. Almazán (que sustituyó a don Ramón Cortiñas, sobre el cual Cabello escribe en el suplemento 705 un artículo, presentándolo como “*ejemplo para las nuevas generaciones de registradores*”). Don Manuel Batalla, de Pamplona pasa a Zaragoza –dividido–. Se jubila en Madridejos, Gerardo de la Mora y Cabezudo.

2.4. “Suplemento” año 1956. Colaboración pública de la función registral. Números del 707 al 709 (26 de enero a 2 de febrero 1956).

Reseña del homenaje a Valeriano Tena, registrador de Zaragoza, que tuvo lugar el 17 de enero de 1956. Se leyó un poema del colega José Cabezudo...

*“Yo no sé si el arancel
 será rico en vitaminas
 o fabricará toxinas
 de las que engordan la hiel.
 Pero hay un verde plantel
 de pimpollos jubilados.
 Estás aquí, Valeriano
 entre gente algo chungu
 porque eres buena persona
 humanista y campechana.
 Vas a recibir triunfal
 una prenda de afecciones
 prenda sin desplazamiento
 Manuel López atento
 te va a dar su bendición.”*

Decreto de refundición de textos sobre expropiación forzosa, con buena técnica jurídica. Hay un artículo (en el 708) de Eladio BALLESTER, de los primeros de la promoción de 1954 –su padre había sido registrador de El Ferrol del Caudillo y alcalde de aquella ciudad–, se titulaba “Voces del cuerpo”: *“Creo que no abriré los ojos a nadie si digo que los comienzos de nuestra carrera son francamente malos y que la huida al Notariado y actualmente a los Servicios de Concentración Parcelaria se debe a la espionosa pendiente económica de los primeros pasos. Alrededor de 60 compañeros nuestros están excedentes y en Cuerpo tan reducido el promedio es alarmante”*... y de corta duración, 600 pesetas mensuales; sugería agrupamiento de registros incongruos con un solo titular. Terminaba: *“Vere mos si esta semilla germina y se mejora un poco a los que con ilusión vienen a formar filas de nuestra centuria”*. Eladio BALLESTER. Bases de la Ley de 22 de diciembre de 1955 (BOE del 23), de *Arrendamientos Urbanos*. Pasa a Sedano Francisco Sánchez de Frutos, quien sería uno de los primeros en fallecer de la promoción; muy competente, alegre y vital. Audiencia al Jefe del Estado de la Junta del Colegio con el director general. Conferencia de Ventura Traveset en el Instituto de Estudios Jurídicos, “Colaboración Pública de la Función Registral” (un antecedente del eslogan de un “Registro abierto a la sociedad”), y digno –aquel artículo– de reproducirse hoy. *Modelo de inscripciones para fincas procedentes de Concentración Parcelaria*, firmado por el director general, José Alonso, el 17/01/1956 (muy práctico y orientador). Necrológica de *Luis Rodríguez Lueso*, vocal del Consejo de Administración de *La Revista*. Comentario a la jurisprudencia de la Dirección General. Gestión en los aranceles de 1920 y sugerencia en tal sentido de reforma del RH.

Instituto de Estudios Jurídicos. ROCA SASTRE, Académico. Números 710 a 712 (del 22 de marzo al 2 de junio). Concurso y resultados del anterior. Decreto de *Derechos Pasivos Máximos* y su opción por los registradores. Noticia de *El Adelanto de Salamanca* del acto de imposición de la Medalla al Mérito del Trabajo al funcionario del Registro José Martín González. Presidió el director general con el decano, Francisco Cervera, y el abogado del Estado, Rodilla. Conferencias: Ramos Folqués, “La realidad jurídica como base para la solución de problemas registrales”; Alfonso de la Fuente: “Caducidad de las anotaciones preventivas”; Narciso de Fuentes: “Reforma Hipotecaria y Jurisprudencia registral”; Rafael Chinchilla: “Revisión de ideas sobre posesión y Registro”. Todas ellas en el Instituto de Estudios Jurídicos y en la Academia Matritense del Notariado. Condomines: “Hipoteca y su desplazamiento”. Antonio Polo (catedrático de Derecho Mercantil de Barcelona y primer director de los Servicios Letrados de la Organización Sindical), “La Hipoteca de establecimiento mercantil”. Concurso de vacantes: a Nules va Cervera, procedente de Salamanca; a Santander Pedro Gimeno, de Reus. Gerardo Burgos, de Puebla de Sanabria a Barco de Ávila... Orden de *Aplicación de Unidades Mínimas de Cultivo*. Desierto del concurso para oficiales del Registro de África Occidental. Fallecido Vicente Riera, de Valencia, y Rafael García Valdecasas, de Santa Fe. Decreto Ley del *Timbre* de 23/3/1956. Convocatoria de Juntas de accionistas de “Publicaciones Jurídicas” y texto de la *Reforma de Ley de Arrendamientos Urbanos*. Para el Registro de África va Luis Felipe Blázquez. A Sedano, Ramón Sánchez de Frutos... Se jubila en Bilbao, Juan Romaní, creándose uno nuevo sin división personal. Recepción en la Academia de ROCA SASTRE, presidida por Iturmendi, ministro de Justicia, con CASTÁN, presidente del Consejo de Estado. El discurso versó sobre “El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil”. Le contestó NÚÑEZ LAGOS. El colegio organizó un homenaje, en el que hablaron CERVERA y ROCA, “*notario, juez, y sintiéndose siempre registrador*” (palabras textuales de ROCA). Resultado de las oposiciones a notarías, que se habían convocado casi simultáneas a las de registros. Número 1, Mezquita del Cacho; 2, José María Lucena; 3, V. Moreno Torres; 13, Ramón Sánchez de Frutos; 19, Carlos María Bru; 16, Matías Valdecantos...

Naturaleza de la relación del registrador con su personal auxiliar. Número 713 (del 20 de junio). Concurso... Serrano Terrades va a Puebla de Sanabria (la que nosotros cubrimos a continuación). Resolución de la Delegación de Trabajo de Valencia: se deja sin efecto la sanción al Registro por supuesta infracción laboral. Importante es la sentencia de la Magistratura de Trabajo de 29/9/1956, de Valladolid:

“Que el TS en varias sentencias ha sentado la doctrina de que cuando la persona o personas que prestan sus servicios lo hacen como miembros y servidores de una función pública, tal prestación de servicios no puede calificarse de alguna manera debida a contrato de trabajo ya que quien la recibe no es un mero propietario o contratista sino funcionario público y quienes prestan el servicio no pueden calificarse como obreros, sino como sirvientes de la función y así lo declara expresamente su sentencia de 15 de junio de 1955, resolutoria de un despido... y que declaraba la incompetencia de la Magistratura del Trabajo y vistas las ideas y doctrina... se declara la sentencia de la Magistratura del Trabajo.”

Este “Suplemento” es un poco monográfico acerca de la naturaleza no laboral del personal de los registros (3). Nota resumen de los Servicios Jurídicos de la DNS de 5/12/1950, sobre *exención de la cuota sindical* al personal y devolviendo las cantidades percibidas... *“vista la situación estatutaria del personal auxiliar al margen de la legislación laboral”* (es una comunicación de aquellos Servicios a determinado registrador). Resolución de la Dirección General de Previsión de 16 de febrero de 1952, en expediente promovido por el registrador de Montefrío:

“No es posible considerar al registrador como un patrono, ni como obreros, las personas que auxilien en el despacho de su misión... que los auxiliares han de tomar decisiones susceptibles de producir consecuencias jurídicas y no encajan en ninguna actividad laboral y eximente de contrato obligatorio de accidentes de trabajo.”

Sentencia de 15 de junio de 1955: *“Que el Registro de la Propiedad sirve función pública y en tal concepto no se le puede considerar propietario o contratista del servicio quienes con él cooperan y sirven a la función pública, y por lo tanto la índole de ésta decide el Régimen... Si al registrador no concierne el calificativo de patrono, conforme a la definición que de tal concepto da el párrafo 1 del artículo 5.º de la Ley de 21/11/1931, y sí como funcionario público, según el artículo 8.º, está some-*

(3) La situación actual es la aceptación de la naturaleza laboral. Iñigo Sagardoy de Simón, en su tesis doctoral “La relación de trabajo de los empleados de los Registros”, analiza la evolución sobre la materia. Hasta la sentencia del TCT de 1988, la incompetencia de la jurisdicción laboral era meridiana. Hay una más atractiva “laboral” desde el Estatuto de los Trabajadores, pero a la inversa. También la hay de “administratización” en el sentido de que el personal de los registros se entienda colaborador de una función pública (arts. 274 y 294 de la LH). Y si, como reconoce el propio Sagardoy, será en todo caso una selección de trabajo especial, y cuya opción estará determinada por lo más eficaz y lo menos conflictivo para una buena técnica de gestión. Mi opinión –modesta– por mi experiencia y haber tratado el tema en múltiples ocasiones y gestiones, era la de haber agotado la vía jurisprudencial, y fundamentar la naturaleza jurídica de la relación laboral ante un servicio público institucional, como es el Registro de la Propiedad (V. el epílogo de la ob. cit., pp. 329 y ss.).

tido a preceptos especiales distintos de los que regulan la relación de trabajo, no puede convenir a los auxiliares del Registro el de obreros del registrador por ser conceptos correlativos el de ambas personalidades... nunca los auxiliares se consideraron obreros al servicio de los registradores lo demuestra el historial de su Régimen. Así se deduce del Decreto de 23/8/1931, Orden de Presidencia del Gobierno y Ministerio de Trabajo de 1934, Reglamento de 1941, Orden de 1 de agosto de 1945, y la Jurisprudencial sentencia de 30/11/1943 del Tribunal Supremo, confirmatoria de otra de la Magistratura de Valencia que resolvió el litigio sin competencia, por razón de la materia, la que, por la índole de la asignada al pleito no es propia del contrato de trabajo faltando como falta personal que en concepto de propietario de negocio la explote con libertad de dirección, con fin de lucro, nacido del éxito directo o de cooperación económica". (Firman la sentencia los magistrados Guzmán de la Calle, Brey Guerra y Álvarez de Miranda.)

Se informa de las conferencias en el IEJ de RUIZ MARTÍNEZ, "Inexactitud registral", GENOVÉS AMORÓS "¿Ha sido eficaz la reforma hipotecaria?". Y en la Matritense del Notariado: GÓMEZ ACEBO "Hipoteca de propiedad intelectual y propiedad industrial", GUIMERÁ, "Prenda sin desplazamiento". Y LACRUZ BERDEJO —que cada vez más va dejando el Derecho y Familia, y esta conferencia fue su estreno en Madrid sobre temas hipotecarios—, con el título "La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento". (Joaquín VIOLA —más adelante alcalde de Barcelona, y luego asesinado en un acto terrorista— también habló de ese tema.)

Hipoteca mobiliaria. Números 714 a 716 (de 9 de julio a 22 de septiembre). Segregaciones de los términos de Villaverde, Carabanchel Alto y Bajo, Leganés y Alcorcón. Orden de 7 de junio de 1956 ordenando a favor de la Hacienda una nueva anotación preventiva de prohibición de disponer sobre una sociedad X, por haber pasado la prórroga dentro de los cuatro años. *Bases de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en la parte de derecho de tanteo y retracto.* Concurso: José Menéndez, de Puente Candelas a Garrovillas (en aquél le sucederíamos). Ramón S. de Frutos, de Sedano a Cervera de Río Alhama. José Antonio Luna, de Calamocha —con quien haríamos nosotros las prácticas para el tercer ejercicio, estando de sustituto Arnal— a Falset. Legislación del Timbre y su exención, al igual que sobre Impuesto de Derechos Reales y Concentración Parcelaria (Orden 3 de julio de 1956). Oferta de oficiales. Conferencia en la Matritense de PRIETO CASTRO "Procedimiento de ejecución en la Hipoteca Mobiliaria", y de MUÑOZ SECA, asesor del Banco de Crédito Industrial,

“Hipoteca mobiliaria y crédito industrial”. Los “Estudios” de Jerónimo GONZÁLEZ, a 175 pesetas.

Aranceles-Arrendamientos Urbanos. Números 717 a 722 (de 22 de septiembre a 2 de diciembre). Concurso. Decreto de 26 de julio de 1956 sobre *Aranceles* especiales a registros y notarios. Decreto de 26/7/1956 sobre desarrollo de preceptos de la *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Anuncio de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del Premio “Castán Tobeñas” (355.000 pesetas) sobre “*El Código Civil y Reforma Agraria*”. Resolución del Concurso... Desiertas: Puente Candelas, Grandas de Salime y Sedano. Homenaje al director general Alonso Fernández en La Coruña, ofrecido por Ballester, registrador de El Ferrol del Caudillo, en el “Hotel Embajador”, por su estancia en la ciudad gallega presidiendo oposiciones a notarías. Segregaciones del término de Villaloma y agregación a Medina de Rioseco. Convocatoria Premio “López Palop” (75.000 pesetas), sobre “Historia de la organización y funciones del Notariado en España”. Premio Jerónimo González. Convocatoria del IV Congreso Internacional del Notariado Latino, con el nombramiento de Rafael NÚÑEZ LAGOS y de GIMÉNEZ ARNAU, secretario general y presidente. Próximos congresos en Roma, Montreal, Bruselas y Montevideo. *Concurso*. Información sobre el Índice Cultural Español, en materias de Teología, Historia, Derecho, etc. (hay varios registradores de promotores). Orden de 28/9/1956 para la aplicación de la *Ley de 17 de julio de 1956, sobre ayuda familiar*. Nombramiento de Agustín Serrano para Sedano, Vidal a Grandas, y nosotros a Puente Candelas (primer registro). Propaganda del *Anuario*. En concurso, Zumalacárregui va a Melilla.

2.5. “Suplemento” año 1957. Problemas metodológicos del Derecho. El Notariado en España. Números 723 a 726 (10 de enero a 25 de febrero).

Renuncia a la carrera del registrador Fernando Fiscal. Condecoración de Isabel la Católica a Fernández y F. Feijóo. Creación en Murcia de dos registros. Mejoras en la *mutualidad*. Ofrecimiento de oficiales. Elección de López Palop decano de notarios. Fallece el notario de Bilbao y exdirector general de los Registros y del Notariado (presidió las oposiciones de 1954), don Maximino de la Miyar y de la Miyar. Academia Matritense del Notariado: HERNÁNDEZ GIL la inaugura con “Problemas metodológicos del Derecho”. Se convoca el Premio “López Palop” (75.000 pesetas) sobre “*Historia de la organización y funciones del Notariado en España*”. Por el Colegio Notarial de Albacete se anuncia el Premio “Jerónimo González” y se anuncian obras editadas. Concurso y lista de aspirantes. Elec-

ciones de procuradores en Cortes entre notarios y registradores. Los aspirantes Monterde, Arozamena y Pérez Ruiz cubren Riaza, Torrecilla de Cameros y Potes. Excedencia por incompatibilidad en Concentración Parcelaria a Serrano Medialdea, Vidal y otros. Por Orden de 9/1/1957 se jubila don Ramón Cortiñas, registrador de Madrid. Visita de los “Reyes Magos” a los jubilados de Madrid, Pinto, Xaudet y Ortega Baeza. Y en provincias, Saura (Calanda), Rico (Valencia) y Sastre (Barcelona). Se adquiere una ambulancia para el servicio del Sanatorio de San Pedro. Don Manuel ALBALADEJO en la Matritense habla sobre “Revocación de testamentos”. Decreto de 14/12/1956 sobre incidencias legales en *Viviendas Bonificables*. La Junta del Colegio elige a José Alonso *Procurador en Cortes*. Se crean tres registros en Valencia. Entrega de la Cruz de Honor de San Raimundo al registrador de Valencia, Martínez Santonja (transcripción de la prensa). Artículo de RÍOS MOSQUERA sobre “Contratos de las Órdenes Religiosas” (estudia los problemas y da recomendaciones prácticas muy precisas. El final, muy expresivo, dentro de su gran saber: “*Ya sé que esto es poco Derecho. Pero, o elevarse, o entregarse, o no hacer nada. Probablemente, Sancho, en su Ínsula, discurriría así*”...).

Reconstrucción registral de Santander. Números 727 a 728 (13 de marzo a 23 de abril). Encarnación Torres –única mujer de la promoción– pasa de Sedano a Medinaceli. Nombrado subsecretario de la Vivienda Joaquín Reguera Sevilla, registrador, fundador del SEU, refugiado en una embajada en 1936, delegado especial –era el gobernador civil– del Gobierno para la reconstrucción de Santander sobre lo que escribió “Tratado jurídico de una catástrofe” y “El jurado de Empresa”. A Vicente Lledó, letrado de la Dirección –del Tribunal de oposiciones de 1954 (4)–, se le concede la Cruz de San Raimundo. Ley de 27/12/1956 sobre “*Here-damientos de Aguas*”. Convocatoria de notarías de Cáceres, Granada, Madrid, Sevilla y Zaragoza. Excedente José Coronel de Palma, que pasa a notarías. Cruz de Honor al notario Sigler. Conferencia en la Matritense de Renato RODIERE, profesor de París (en la “Revista” se daría más información). *Ley de Cesión de Fincas de deudores a Hacienda* a favor de Hermandades, Ayuntamientos, Patrimonio del Estado, etc., con el precio del *débito, recargo y gastos e inscripción obligatoria* (en Puebla de Sanabria la aplicamos nosotros abundantemente. Fue cuando ocurrió la rotura de la presa del Rivadelago con muchas víctimas). RÍOS MOSQUERA en *Pequeñas cuestiones* escribe sobre “¿Prenda sin desplazamiento sobre ac-

(4) V. CUADRADO CÁNOVAS, “Jesús López Medel y su promoción de Registradores”, en *Libro Homenaje a J. L. M.*, Madrid, 1999, pp. 2335 y ss.

ciones?”. Nota del B. M.: edición equivocada de modelos de asientos registrales, sobre letras y guarismos.

Dualidad normativa CC y LH. Números 729 a 732 (25 de abril a 22 de julio). Vacantes. Listas. Genovés, de Sevilla a Madrid-Occidente; Cano, de San Sebastián de la Gomera a Villar del Arzobispo; Nebot, de Cabuérniga a Huete. Segregación en Arzua, Betanzos, Tamarite y Barbastro. Amengual accede a Riaño. *Curso de Derecho Agrario* en el IE Jurídicos en colaboración con el CER. Intervienen Alejo Leal (sería un gran agrarista y fundador de la Asociación Española de Derecho Agrario), Gallardo Rueda, Zulueta, Rafael Chinchilla y González Pérez, este último sobre *Intervención administrativa en materia agraria*. Nuevos precios de los libros, 216,14 pesetas los de inscripciones; 249,94 pesetas los de presentación. En “Asuntos varios” se recuerda los 75 años del establecimiento en Cuba del sistema hipotecario español, transcribiendo el reportaje del *Diario de Cuba* en la redacción de Álvarez Laso. Medalla al Mérito en el Trabajo al oficial Aniceto Magaito de Pedro. Anuncio de la Universidad de Deusto sobre un premio de Derecho Marítimo. Resultados del concurso. “*Registrador triunfante*”: Arozamena ingresa en abogados del Estado. Orden de 10 de julio sobre “*Índice de Precios Medios*” a efectos del Impuesto, con la colaboración con Cámaras Agrarias, Ayuntamientos y Hermandades, para las revisiones quincenales. En “varios”: el Colegio crea el Premio “Ríos Mosquera” de 50.000 pesetas sobre “*Superación de la dualidad normativa CC y Ley Hipotecaria*” (un jurado de catedráticos y académicos). Premio de la Cámara de la Propiedad Urbana de Valencia (50.000 pesetas), “*Propiedad Inmobiliaria y sus problemas*”.

Responsabilidad profesional. Números 733 a 738 (de 2 de octubre a 16 de diciembre). Nueva demarcación registral de Zaragoza, I y II. Normas de *Elección de Personal Auxiliar en el Colegio* por Orden de 30 de julio de 1957. *Semana notarial* en Santander. Número 1 del escalafón de registradores, López Palop, decano notarial de Madrid. Inauguración del Edificio del Colegio de Oviedo. Sentencia sobre “*Inscripción de Bienes Eclesiásticos*”. “*Pequeñas cuestiones*”: “¿Nulidad del título de transmisión, no está en el 3.º Protegido?”. ¿Acciones personales respecto al 3.º? ¿Responsabilidad del registrador cuando la calificación no hubiere coincidido con la resolución judicial posterior? En un diálogo con Bartolomé MENCHEN (comentarista en la “Revista” de la jurisprudencia del TS) se pregunta: “¿Es que tenemos que ser todos (los registradores) unos Sénecas, o unos Papianos?, ¿quién es infalible?”. La responsabilidad –en esos casos– ¿habría de recaer en el Estado? Aladrén pasa de excedente a Torrecilla de Cameros. *Resolución de la Seguridad Social*: que son aplicables las pagas

de 18 de julio y navidad al personal, por normativa expansiva del R. de Oficinas y Despachos. Concurso. "*Pequeñas cuestiones*", de RÍOS MOSQUERA: "*Titulación de bienes de dominio público, tanto de propios como de dominio privado*". Recuerda la obligatoriedad de la inscripción por la Ley Municipal de 1935. Manuel Batalla va del registro II al I de Zaragoza. Elecciones en la Junta: Cervera, 335 votos; Prieto, 445; Chinchilla, 270; M. Pereda, 510; Eduardo Ballester, 159; Cimiano, 139; Almazán, 128; Zumalacárregui, 43. Segregación de Ojos Negros, de Albarracín a Calamocha... Sentencia de la Audiencia de La Coruña, Sala I... "que sin llegar los asientos al valor de cosa juzgada... les dota, sin embargo, del mayor alcance de un mero suponer una presunción probatoria". (Glosa sobre aplicación del art. 41 LH frente a arrendatarios.) Oposiciones a letrados de la Dirección General.

2.6. "Suplemento" año 1958. Ramón Cortiñas. Números 739 a 740 (6 de febrero a 17 de marzo).

Homenaje a Ramón Cortiñas, decano de honor, que en Burgos, en plena Guerra Civil, organizó los registros y se hizo cargo de la Jefatura de Servicios y más tarde, al llegar a Madrid, fue elegido decano. El Sr. Cortiñas ha sido procurador en representación del Colegio de Registradores y en época de la monarquía fue gobernador civil. Se le entregó un álbum con las firmas de todos los ejercientes. Ramón de la Rica hizo la semblanza y señaló las dotes de inteligencia, competencia y caballerosidad.

Fallece don Luis Coletto Rodríguez, registrador de Cádiz. Homenaje al oficial de Marbella, con Medalla del Trabajo, con 58 años de servicio; asistente Miguel Donoso en representación de la Junta. Decano, Cervera. Vicedecano, Cabello. Mutualidad, Fuentes. Contador, Zumalacárregui. Circular sobre la aplicación de las "Utilidades". Orden sobre *entrega de los Libros de Contadurías de Hipotecas a los Archivos Históricos* por solicitud a la Dirección General de Bibliotecas. Ley de 26/12/1957, modificando la de 1945, sobre *Censos en Cataluña*. Declaración de *utilidad pública de las Obras en Templos y Seminarios*, como beneficiación de la Ley de 26/1/1957. Aclaración sobre moratoria fiscal (Orden de 1/2/1956). Locales para registros con la firma de los titulares (acuerdo Junta 19/10/1957). Homenaje a Manuel Amorós, por su reelección como presidente del Centro Regional Valenciano y su actuación al producirse la inundación de Valencia. Calendario de fiestas: inhábil a todos los efectos el 18 de julio, aniversario del Alzamiento Nacional. Ley de 26/12/1957 de Reforma Tributaria: Presupuestos. *Cuota sindical exenta*: reitera la DNS resoluciones anteriores, "*por ser funcionarios del Estado que le confiere la Ley Hipo-*

tecaria". Relación de aspirantes auxiliares de letrados de la Dirección: Sanz Jarque, Fairén, Gimeno, Corral, Sánchez Marín, Bravo, Díez-Picazo. Tribunal: Federico de Castro, Lledó, Pío Cabanillas. Cruz de Honor: Ramón de la Rica; de 2.^a a Narciso Fuentes y Manuel Peña.

Régimen del Colegio de Registradores. Números 741 a 744 (del 17 de marzo al 10 de junio). Concurso: ... Álvarez Romero, de Atienza a Moguer; Martínez de Bedoya, de Infiesto a San Clemente; José María Bru, de Reus a Cádiz. Elegido procurador en Cortes por unanimidad José Alonso (5). Decreto de 28 de marzo de 1958, aprobando las *Bases para la Reforma del Régimen del Colegio Nacional de Registradores*, reiterando su naturaleza de "Corporación de Derecho Público". (Es un texto importante.) Decreto de 21/2/1956 dando interpretación al apartado 43 de la Ley de 17 de julio, de Sociedades Anónimas, sobre titulación, firmado por uno o varios administradores de la sociedad, en acta notarial. Decreto de 7/3/1958, se crean seis nuevos registros en Barcelona. Resultado del concurso: Oria, de Ágreda a Sos; Ballester, de La Cañiza a Aliaga; López Medel, de Puente Caldelas a Puebla de Sanabria; Cabezudo, de Borja a Tafalla. Orden de 24/4: resuelve consulta al decano sobre *inscripción forzosa de urgencia*, en expropiación forzosa, acompañando acta de pago o resguardo del precio. Festividad de San Juan Evangelista, en la Iglesia de los Jerónimos: asisten las Juntas de notarios y registradores, preside el ministro Iturmendi con los decanos Cervera y López Palop; Castán (presidente TS), presidentes de las Salas (De la Plaza, Peces Gallo y Mariscal de Gante); director general, Alonso; decano de abogados, Escobedo. Y de los procuradores de los Tribunales, Granados. Conferencias en el Centro de Estudios Hipotecarios sobre *propiedades especiales*: "Propiedad Minera" (GARCÍA ARANGO), "Industrial" (LÓPEZ LALLANA), "Montes" (RODRÍGUEZ y R. GERMES), "Aguas" (Tirso CARRETERO), "Intelectual" (GARCÍA NOBLEJAS, notario y director general de Bibliotecas).

Métodos técnicos mecanográficos para las matrices. Números 745 a 753 (del 7 de julio al 17 de diciembre). Decreto-Arancel de Ley de Montes. Agradecimiento de Ramón de la Rica por el homenaje como ex decano. Resolución oposiciones entre notarios: a Madrid, Ruiz Gallardón, Ballarín (núm. 1), José Luis Álvarez, Monedero, Tena Artigas, de Prada, Escrivá de Romaní. Entrada en vigor de la Ley del Registro Civil de 1/1/1959. Concurso: Poveda Murcia, de Piedrabuena a Daimiel; Benavi-

(5) Más adelante no sería la Junta, sino los "registradores" como votantes. Y en algún momento habría un planteamiento "democrático" incipiente entre Cabanillas y Poveda Murcia -nosotros estuvimos en medio- que tuvo una solución extracolegial.

des, de Tarazona a Jijona; Coronel de Palma, de Sacedón a Belchite; Aladrén, de Torrecilla a Sacedón. Decreto de 22 de julio sobre elevación de renta en arrendamientos urbanos. Resolución-Concurso: Genovés, del registro 4 al 5 de Madrid; Gimeno, de Santander a Pamplona; Chacón, de Baena a Yecla; Pérez Ruiz, de Potes a Castellote. Decreto de 27 de septiembre de 1958: uso de *Métodos técnicos mecanográficos*, los notarios, en matrices y copias, con tinta indeleble y legibles –primer paso histórico para la mecanización–. Jubilación de don Ángel Traval, como notario de Barcelona (antiguo diputado catalán). Impuesto de Derechos Reales. *Índices de precios medios*. Cruz de Honor a Juan Alférez, registrador de Madrid; Iturmendi impuso la de Honor a González Ferragut, registrador de La Habana, por su colaboración en el Centenario de la Ley Hipotecaria. Concurso: Hernández Crespo, de Tineo a Nava del Rey; García Valdecasas (Jesús), de Ceuta a Benabarre; Luis de la Campa –fallecería en 2003–, de Fernando Poo a Sanlúcar. Homenaje en Toro a Alonso Fernández (se publicó el texto del discurso... “*En esta calle, tan transitada por mí en las primeras horas de tantas mañanas en dirección al Colegio de Escolapios...*”. Se descubrió una lápida que da el nombre a la *Calle Alonso Fernández*).

3. La Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

3.1. Indicación general.

Terminada la exposición sintética de los “Suplementos” a la *RCDI*, diremos que –en su tiempo– tanto en España como en el Derecho Comparado, la *Revista Crítica* fue un acontecimiento doctrinal y práctico original. Estuvo en la mente de su fundador Jerónimo GONZÁLEZ, de una formación no meramente pragmática, sino iusfilosófica. (Como iusfilósofos, en realidad, fueron los formuladores de los códigos alemán y austriaco) (6). Una visión más amplia, comprensiva e interdisciplinar, en buena parte vinculada a su compañero en el Tribunal Supremo, don José CASTÁN TOBEÑAS (7), le llevó a la formulación sistemática de los “*Principios Hipotecarios*”, a la redacción de “*Estudios de Derecho Hipotecario*” y a

(6) V. n. trab. en 1.ª y 2.ª edición de *Modernas orientaciones...* ya citado.

(7) V. n. trab. “Castán Tobeñas y los Registradores”, *RCDI*, 1999. MANZANO SOLANO, Antonio, en *La demanda de inscripción en el Registro de la Propiedad*, Barcelona, 1999, pp. 18 y siguiente, y en “Pedagogía del Derecho Registral: Un proyecto docente” en la obra *Libro Homenaje a J. L. M.*, Madrid, 1999, vol. II, pp. 2283 y ss., se ha referido a este tema y con claras influencias de don J. González.

encontrar un vehículo, regular y “crítico”. Si el “Suplemento” respondía a lo profesional-humano, como “pequeña historia”, la *RCDI* quiso ser la plasmación, especializada, y aun autónoma, dentro de un planteamiento global del Derecho privado, general o especial. El subtítulo era expresivo de lo que anteriormente expusimos: “*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, dedicada en general al estudio del Ordenamiento Jurídico y especialmente al Régimen Hipotecario*”.

Se editaba una vez al mes. Al principio no llegaba a las cien páginas. Luego pasaría a ser bimensual. El esquema era: unos trabajos doctrinales o prácticos referidos al Derecho Hipotecario; otros con atención a temas más generales, y de manera más particular, aquellos de glosa o análisis de leyes de carácter general. Problemas, sugerencias, críticas. Y luego –y fue el “caramelo” de la “Revista”, y en esto no tuvo rival– venían al grupo de Jurisprudencia por este orden: *Resoluciones* de la Dirección General (Tirso CARRETERO); las del Tribunal Supremo (Bartolomé MENCHÉN). Con una sistemática muy fina de los distintos libros del Código, con referencia especial a puntos relacionados con el Derecho Hipotecario; y la materia fiscal (*Impuesto de Derechos Reales, y Sucesiones*, y en su caso, del *Timbre*). Firmaba esta parte, al principio, “*La Redacción*”, aunque se veía la pluma de BAS Y RIVAS, o CABELLO DE LA SOTA, y sobre todo de CHINCHILLA RUEDA (8), el cual, salvo su último destino en Bilbao, casi siempre sirvió en registros con oficinas liquidadoras, y era un buen conocedor del Derecho patrimonial y fiscal (posteriormente lo llevó RODRÍGUEZ VILLAMIL). Como conocí personalmente a todos ellos, me queda la impronta de su magisterio y de la finura de sus dictámenes. Finalmente, daremos una información sintética de los números de este período de 1954 a 1958. Su relectura para mí –y espero que para los lectores jóvenes también– ha sido una gozada. Como una invitación, añadido, que pese al “*Suplemento*”, la “Revista” tenía una sección “*Varia*”, en la que se advertía el tono humano, personal o social, que forma parte de la Historia de la ciencia del Derecho Registral.

3.2. Año 1954.

Número 308. Enero. Valeriano TENA. (V. *El proceso fundacional de las Sociedades de Responsabilidad Limitada en el orden jurídico de su reestructuración.*) Habla de la delimitación de su legalización, del pacto social, etc. Se transcribe la respuesta a un “anónimo” que recibió el registrador RUIZ ARTECHE referente a un artículo suyo, “El grave problema que a veces se plantea en la ejecución forzosa de bienes inmuebles”

(8) Fue asesor letrado patrimonial de la DNS muchos años.

(RCDI, 1953). El matasello llevaba “Barcelona” y al final dice: “Atención Barcelona, atención”; contestó a las tres objeciones: que el *reservatario no es tercer poseedor*; que el *reservatario* adquiere sin perjuicio de la *mención* de su derecho; y que el juez debe acordar la *cancelación de las menciones caducadas*. FRANCISCO CERVERA, “Nuestra biblioteca. Problemas pendientes olvidados”. Se apuesta por unas bibliotecas circulantes para todos los fondos bibliográficos; la relación del registrador con el bibliotecario, se parte de la gran Biblioteca en el Colegio... con sugerencias –por ejemplo– de interesarse o “*adquirir las bibliotecas de registradores fallecidos, con gran utilidad y prestigio*”. Bartolomé MENCHÉN, en su Sección de Jurisprudencia del TS, comenta la sentencia de 14 de octubre de 1953 sobre “Fe pública registral, en la aplicación del artículo 38 de la LH en cuanto indemnización al tercero”. En “Varia”, GONZÁLEZ PÉREZ, doctor en Derecho y en Ciencias Políticas –registrador de la propiedad–, comenta la obra *Legislación de Seguridad Social*. Instituto Nacional de Previsión, 1953.

Número 309. Febrero. JOSÉ AZPIAZU, conferencia en el IEJ sobre “El retracto y el Registro”. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La sentencia administrativa” (cap. de su obra *La sentencia administrativa: su impugnación y efectos* –IEP). Bartolomé MENCHÉN, sentencia de 28 de noviembre de 1953 sobre “Hipoteca de máximo”, que afecta a terceros, con la nota marginal que concreta la responsabilidad. (Muy interesante). “Varia”: PEDRO CABELLO: “Glosa de historia y organización de la abogacía en Valencia desde la Reconquista”.

Número 310. Marzo. AZPIAZU, “El retracto y el Registro” (continuación). RAMÓN FOLQUÉS, “El Registro de Hipoteca Mobiliaria (Sugerencias a la LH de Panamá)”, 15-2-1952. Se pregunta, ¿qué enseñanzas de las leyes españolas y sobre los registros de prenda sin desplazamiento? ¿Por qué del fracaso? RUIZ ARTECHE, Juan, “La declaración judicial de herederos abintestato en cuanto a la legítima viuda del cónyuge sobreviviente”. (Fórmula empleada por CONDOMINES, decano del Colegio de Abogados de Barcelona, artículo en el diario *Ya*, que se transcribe.) “La concentración parcelaria como forma de intervención del Estado en la propiedad rústica y en el Registro de la Propiedad”. (Se alude a las ideas de GONZÁLEZ PÉREZ sobre inscripción obligatoria, y al artículo de Gregorio TREVINO, registrador, publicado en RCDI, octubre 1953, sobre “Patrimonios familiares públicos”, que firma PEDRO VENTURA TRAVESET.) En “Varia”: “Compraventa de inmuebles a nombre de otros, sin su autorización” (conferencias en el Colegio Notarial de Valencia, 1952), “Sociedades Anónimas” (Conferencia en el Colegio Notarial de Barcelona, por MÁXIMO MIYAR; profesor BOTER; notario FIGA, magistrado GARCÍA MARCO; Santiago

PELAYO, notario; Rodrigo URÍA, catedrático, y otra glosa de SOBRINO ÁLVAREZ, "El negocio jurídico en el Derecho Romano", de *La posesión* de GARCÍA VALDECASAS. Firma, CABELLO). En la misma sección "Varia", RAMOS FOLQUÉS comenta *Modernidad del Derecho Catalán*, de Joaquín CAMPS. 1953, Premio "Durán y Bas", del Instituto de Estudios Catalanes (apoyado en CÁRDENAS, PERMANYER, OLIVER, ROCA). Importante para la Historia del Derecho catalán, que sufrió una fuerte romanización, a diferencia del Derecho aragonés y Derecho navarro. En un momento se lee: "*El Derecho no siempre se dio en la democracia: en Roma hubo confusión del Derecho, pero luego se hizo separación del Derecho Divino*".

Número 311. Abril. TENA, Valeriano: "El proceso fundacional..." (continuación). José SÁNCHEZ DEL VALLE: "Sugerencias a la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*" (analiza el rol del arbitrio judicial en esta materia). Jaime PINTOS, notario, "Revocación de testamentos mancomunados" (con ocasión de la reaparición de derechos forales, evitar fraudes, y da consejo para las notificaciones). En la jurisprudencia fiscal, "*La Redacción*" comenta la sentencia de 2 de abril de 1954 sobre el *alcance de las notificaciones por correo*. En "Varia": MARÍN PÉREZ trata de la obra de RODRÍGUEZ ARIAS, *La obligación natural* (de las tesis comunitarias del Derecho). Pedro CABELLO lo hace de *El Derecho Agrario en anécdotas parlamentarias*, de Adolfo RODRÍGUEZ JURADO, diputado en la monarquía, república y Cortes; texto de su conferencia de 5 de abril de 1953. En el apéndice se contiene una proposición de Ley sobre "*Fuero de la Justicia*", con noventa firmas. Se comenta a Antonio BORRELL, *La persona humana. Derecho sobre el propio cuerpo, vivo y muerto. Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Barcelona, 1954. Novedosa en su tiempo, se extiende sobre la persona, su centro de la vida, la esterilización, enajenaciones parciales del cuerpo, o de la sangre, lactancia, fecundación artificial, exhibiciones, exclusión de voluntades, "utilización de sustancias de cadáveres"... Buenaventura CAMPY, *Repertorio alfabético del impuesto de Derechos Reales*, Granada, 1953, *Catálogo de Derecho y Materias Afines*, 1954. En la misma sección "Varia" se da noticia de "Posición de la mujer casada en el Derecho Privado extranjero". (Conf. de Manuel AMORÓS en la Academia de Jurisprudencia. Presidió CASTÁN, con BOFARULL, UBIERNA, NÚÑEZ LAGOS, MAYAR, DE VIVES, PRIETO CASTRO.) De la obra *La internacionalización desde las Constituciones*, por M. IVES, París. Y del III Congreso Nacional de la Abogacía en Valencia. (Temas: Defensa del pobre, asistencia de letrado en lo laboral, jurisdicciones, creación del *Secretario Letrado en los Consejos de las Sociedades*.)

Número 312. Mayo. VILLARES PICÓ, Manuel, "El documento privado en el Registro de la Propiedad" (documentado y práctico: "los tipos de contratos privados, son los que ayudan a evitar desacuerdos"... Abundante jurisprudencia). RUIZ ARTECHE, Juan, "La llamada certificación registral negativa: Consideraciones sobre su aspecto externo o formal" (cuestiona sustituir la vigente terminología oficial por otra más adecuada: la calificación que se concede al registrador aunque esté incompleta la documentación...) CAMPY S. CAÑETE, Buenaventura, "El Timbre en las Declaraciones de Obra Nueva". "Varia" (Pedro CABELLO). II Congreso Nacional de Derecho Procesal (da extracto de comunicaciones, en distintas materias, civil, penal, organización de Tribunales, ideas sobre creación del *Cuerpo de Policía Judicial, Hacia la Administración única...*). Glosa de *La comunidad de bienes en el Derecho español*, de J. BELTRÁN DE HEREDIA, 1954; de *Sociedad de Responsabilidad Limitada en el Nuevo Derecho Español*, de SOLÁ DE CAÑIZARES, 1954; y de *Propiedad de casas por pisos*, de Manuel BOTELLA, Murcia, 1954.

Número 313. Junio. RODRÍGUEZ ARIAS, Lino: "Hacia un derecho cristiano". Pobreza del humanismo vigente. "En España -dice-, donde prevalece un cristianismo de liturgia", hay una posición vitalista de ARANGUREN en su *Catolicismo y protestantismo como forma existencial*. Termina con una visión institucionalista sobre familia, propiedad y sucesiones. RUIZ ARTECHE, J., "Temas del Impuesto de Derechos Reales" (el aumento obtenido -se pregunta-, ¿por la aprobación de valores origina un nuevo concepto contributivo? TORRES, Juan (juez municipal de Sevilla), "Algo sobre la convivencia entre extraños" (sobre la problemática de la aplicación de arrendamientos urbanos en su art. 27). En la jurisprudencia registral se comenta la resolución de 12-12-1953 sobre *asientos contradictorios*, y análisis del artículo 306 LH (lo comenta Ginés CÁNOVAS). En "Varia" (de CABELLO): "Oposiciones a oposiciones", un artículo de Francisco CERVERA, en polémica en *Ya* y *Ateneo*. En *Hogar*, revista de AC de P, se enfoca la reforma de las Universidades Libres. *El aval-letra de cambio*, de LANGLE Y RUBIO, catedrático de Mercantil de Granada, 1954. *El reconocimiento de la filiación*, de Manuel ALBALADEJO, Barcelona, 1951.

Números 314 y 315, julio y agosto (la revista se hace bimensual). RIBERA MARCIAL, "Precedente histórico del Derecho Foral Menorquín" (es el texto de una conferencia en el Salón de Actos del Palacio de Mahón el 21-6-1954. Se estudian los prolegómenos históricos de fenicios, griegos, cartagineses... bizantinos). CARRETERO, Tirso, "Temas de Impuesto" (tríptico). (Tipos aplicables a nietos, renuncia de herencia, con exposición de un contrapunto de BAS Y RIVAS, CASTÁN, ROCA y RUIZ ARTECHE). "Varia"

(de CABELLO): MARÍN PÉREZ, “Necesidad de construir un orden nuevo en el Derecho Privado Español y el Derecho Catalán ante las posibles reformas del CC”. Síntesis de una conferencia en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de 25-5-1953, y otra en el Ateneo de Barcelona el 15-2-1954, y luego en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander. Obra *Los Fueros de Sepúlveda*. Estudios de R. GIBERT, ALVAR y otros. Prólogo de MARÍN PÉREZ. *El proceso en la Ley de Sociedades Anónimas*, de Víctor FAIRÉN. *Enciclopedia Universal*, Herder, 1954. “Apuntes de Derecho Hipotecario”. “Contestaciones al Programa de Oposiciones”.

Número 316. Septiembre. TENA, Valeriano, “El proceso fundacional”... (cont.). GONZÁLEZ PÉREZ, profesor adjunto y registrador, “Sobre ejecución de los actos administrativos” (de gran contenido doctrinal y práctico. Asomaba ya el maestro y académico). GÓMEZ PAVÓN, Rafael, registrador, 1961. En una llamada –casi arenga– con vistas al centenario de la Ley Hipotecaria, y desde las perspectivas iniciales de la promoción de 1954: “¿Cuál es el panorama –se pregunta– de 1861? Véase la exposición de Motivos... *“limpiar la propiedad nacional de la piratería circundante, usura despiadada, cargas clandestinas, patrimonios de huérfanos y viudas, y de la mujer...”*. Hace una evocación a los hombres que fueron semilla del Banco Hipotecario y fuerza de las Cajas de Ahorro... Cita a GALINDO y ESCOSURA, OLIVER, ARAGONÉS, GÓMEZ DE LA SERNA, MONASTERIO, PÁEZ, RAMOS, BASCUÑANA, MORELL Y TERRY, GALLOSO, CALDERÓN, GONZÁLEZ... *“cual héroes del Derecho Hipotecario”*. Finalmente –el autor– envía un saludo a los treinta y seis opositores por haber sobrevivido a la dura selección de unas severas oposiciones al Cuerpo de Aspirantes, a los compañeros... (termina): “vuestra formación civilista (CASTÁN) e hipotecaria (ROCA) es nuestra fuerza... si así lo hacéis que Dios os lo premie y si no que os lo demande”. *“Varia”* (de CABELLO), se glosa *Conferencias de Derecho Inmobiliario Registral*, Centro de Estudios Hipotecarios. Prólogo de ITURMENDI, ministro de Justicia, quien, entre otras cosas, dice: “*Ni la función legitimadora confiada al registro, ni la naturaleza de la decisión resultante de la calificación, ni los derechos sobre cuya existencia y validez se califica, ni el lugar que formalmente corresponde al Derecho Inmobiliario en nuestro ordenamiento jurídico general, permiten mantener semejante ficción. La jurisprudencia registral está a la altura de la emanada de la organización jurídica*”.

Contiene los textos de las conferencias: ALONSO FERNÁNDEZ –castellano viejo y no por la edad–, “Débito y responsabilidad”; RÍOS MOSQUERA –gallego, fino y sutil charlista–, “De la fiducia a la hipoteca mobiliaria”; VILLARES PICÓ –gallego profundo, humano–, “Principios hipotecarios en la Ley de 1861. Sus antecedentes y evolución”; RUIZ MARTÍNEZ –andaluz,

con injerto navarro-, “Consideraciones sobre la calificación registral”; TENA, Valeriano –se conoce por “don Valerio”, sin parentesco con el “Emperador”–, “Proyección del derecho de acceder en el Registro de la Propiedad”; Ramón DE LA RICA –bonachón y tozudo, macizo de cerebro y cuerpo–, “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario”, incide con claridad en el anticipo de la LH y el Código Civil, sin haber resuelto el tema del título y modo; AZPIAZU RUIZ –santanderino y pasiego–, “El artículo 41, delimitación de perfiles” (cita los Códigos Civiles suizo y austriaco).

Número 317. Octubre. TENA, V., “El proceso fundacional”... (cont.). CAMY y S. CAÑETE, “El artículo 1.404 del CC y la Declaración de Obra Nueva” (preceptos fundamentales, problemas jurídicos y tributarios... Un buen trabajo en su época). En la Jurisprudencia Registral, V. “Resolución de 8 de mayo de 1954 sobre rectificaciones de errores en los asientos”. Al final del comentario de CÁNOVAS, se dice: “*Recomendamos la lectura del documento informes*” (era un caso sobre el estado civil). Conferencia y estudio de PUIG PEÑA, “Las uniones maritales de hecho” (publicada, entonces, 1949, en la *Revista de Derecho Privado*). Otra resolución de interés es la de 8 de junio de 1954, sobre “*calificación en orden a los Monumentos artísticos*” (puede tener actualidad). “*Varia*” (CABELLO) comentaría *Fundamentos de Derecho Civil*, de PUIG BRUTAU, 1954.

Número 318-319. Noviembre-Diciembre (desde entonces se hace bimensual). RAMOS FOLQUÉ, “La regulación jurídica registral de edificación” (fue una aportación doctrinal y jurisprudencial con un análisis amplio, tanto sobre el objeto –pisos *proyectados*, accesos invertidos, el subsuelo, el vuelo, etc.– como sobre los titulares). Ramón DE LA RICA, “Meditaciones Hipotecarias” (insiste en el tema de la “*fecha de los asientos y en su teoría de unidad de fecha, que es la de presentación sobre las prórrogas de asientos, delimitación de usufructos, incorporaciones de planos, etc.*”). RIVERA SIMÓN, “Modalidad del Derecho Foral subsistente en Menorca” (2.ª conferencia. Ateneo de Barcelona). MORENO PÁEZ, Manuel, “Principio de legalidad en los deslindes administrativos de Montes Públicos” (“el ingeniero operador –dice– *no puede desconocer la eficacia de los títulos inscritos y calificados como válidos por el abogado del Estado*”). En “*Varia*” (CABELLO): *Introducción a la lógica jurídica de Loevinger*. Trad. de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1954. Glosa de *Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho*, de Carlos COSSÍO, Buenos Aires, 1952. *Tratado de la Competencia*, de Ramón PODETTI, Buenos Aires, 1954 (influencia de E. GOLDSCHMIDT). *La Cooperación y las Cooperativas*, de SARON y puesta al día por Juan GASÓN, Madrid, 1954. (El autor fue catedrático de Cooperación y

Mutualismo, e inspirador del anteproyecto de Cooperativas de 1922). La glosa la hace GONZÁLEZ PÉREZ. Sumario de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número extraordinario por el centenario del Instituto Editorial Reus. Colaboran CASTÁN TOBEÑAS, CASTÁN VÁZQUEZ, Eustaquio GALÁN, PÉREZ SERRANO, Federico CASTEJÓN, PRIETO CASTRO, QUINTANO RIPOLLÉS, FRANCISCO BONET, NÚÑEZ LAGOS (reinscripción de inmuebles), ROCA SASTRE (*adquisición hereditaria de la posesión*). Anuncio del Premio “Jerónimo González”.

3.3. Año 1955.

Números 320-321. Enero-Febrero. HERMIDA LINARES, registrador, “Inscripción de resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas”. (Análisis “contradictorio” de los arts. 34 y 38 de la LH). RIVERA SIMÓN, “Modalidades del Derecho Foral de Menorca” (cont.). RUIZ ARTACHO, “*El perro del hortelano*” (dos casos de retracto en arrendamientos urbanos y nulidad de transmisiones por exceso en el precio). Texto de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre “Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión”. (Comentarios.)

Números 322-323. Marzo-Abril. RODRÍGUEZ ARIAS, profesor de Filosofía del Derecho en Panamá, “El abuso del Derecho en la Historia y en la legislación comparada”. MARTÍNEZ DE BEDOYA, Ignacio, “Crónica Legislativa: observaciones a la Ley de fijación de Unidades Mínimas de Cultivo” (un estudio de los más completos en su época; cita a Federico DE CASTRO, *El Derecho Agrario en España*, con su afirmación de que “la renovación del Derecho Agrario constituye una de las mayores y más elevadas tareas del jurista moderno”; termina exponiendo una “Teoría general de la finca”, con su diferenciación en rústicas y urbanas). CRESPO ROMEU, “La Escuela libre de interpretación del Derecho” (cita a PÉREZ GONZÁLEZ –desechando el positivismo–, quien entiende que hay que “acercarse a la jurisprudencia de intereses para ofrecer soluciones al nuevo Estado y normativas más comprensivas con la comunidad”). Ley de Hipoteca mobiliaria (continúa el texto de RAMOS FOLQUÉ). “*Varia*”: Glosa *La conferencia sobre antecedentes de la primitiva Ley de aguas*, de José LATOUR BROTONS, “Casino ilicitano”, Elche, 1955. M. ALBALADEJO comenta *La tutela*, de RODRÍGUEZ ARIAS, 1954, y CABELLO, *Préstamos a suscripciones de títulos de sociedades de capitalización*, de Salvador BULLÓN, catedrático, Badajoz, 1954.

Números 324-325. Mayo-Junio. En la sección de Anuncios continúa el de la obra de *Jurisprudencia Registral*, de ROCA SASTRE y MOLINA TU-

YOL, nueve tomos, seis plazos de 510 pesetas; y *Derecho Hipotecario*, de ROCA (1.000 pesetas, rústica y 1.150 pesetas, encuadernado). CABELLO, Pedro, abre el número con una entrada en grandes titulares y negrita: "El Registrador de la Propiedad don José Alonso Fernández, nombrado Director General de los Registros y del Notariado" (recuerda que el 3 de julio de 1913 había sido designado para aquel cargo Vicente Cantos Figuerola. Transcurridos 42 años hasta el 3 de junio de 1955 en que es nombrado: "*Pepe Alonso, adelante sin vacilación*") (9). GONZÁLEZ PÉREZ, profesor adjunto de Derecho Administrativo, "La utilidad pública y el interés social en la nueva Ley de Expropiación forzosa". E. L., "Inscripción de Consejeros en el RM" (es un escrito en polémica), viene en una nota, rogando respeto al anonimato "aunque le consta la competencia notarial" y le invita a una mayor colaboración. REZA, Alfredo, "Incompatibilidad del derecho de representación en la sucesión testada". BRU PURÓN, Carlos María, "Negocios judiciales en el Derecho Mercantil". Crónica resumen del discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia de Joaquín GARRIGUES. Jurisprudencia registral (CÁNOVAS): Resolución de 26-1-1954. *Inscripción de excesos de cabida* (arts. 205 LH y 298 RH), con respecto a restos de inmuebles o productos de segregaciones (de interés y pautas prácticas). Jurisprudencia TS (MENCHÉN): Sentencia de 23-11-1954. Extinción de usurpación del arrendamiento concertado por el usufructo (el 480 CC prevalece sobre la Ley especial). "*Varia*". "El registrador de la propiedad: Presente y futuro de la propiedad registral" (texto síntesis de la conferencia de Ramón DE LA RICA en la Universidad de Oviedo organizada por el Servicio de Extensión Universitaria. Es una pieza fundamental y clave para entender, en aquella etapa, la historia de la actitud profesional del registrador respecto a otras —magistratura, notariado y cátedras—, la vocación, la preparación, el ejercicio profesional y las perspectivas en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil). CABELLO comenta *La sentencia administrativa. Su impugnación y efecto*, obra de GONZÁLEZ PÉREZ, Madrid, 1954.

Números 326-327. Julio-Agosto. Prácticamente *monográfico* sobre la materia agraria, juntamente con los trabajos de M. DE BEDOYA y luego CORRAL, que constituyen la base doctrinal sobre ese tema básico de reforma de estructuras agrarias, lo que sin el registro no hubiera sido posible. CAMY S. CAÑETE, B., "Ley sobre cabidas mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad". VILLARES PICÓ, Manuel, registrador, "Acerca de la Ley de Unidades Mínimas de cultivo". SALAS MARTÍNEZ, registra-

(9) Nosotros le dedicaríamos nuestra obra *Modernas orientaciones sobre la institución registral*. Madrid, 1.ª ed., 1975 (en ésta incorporamos la gratitud a Ramón DE LA RICA).

dor, "Las Unidades Mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad". Reglamento de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (*texto literal*).

Números 328-329. *Septiembre-Octubre*. GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La impugnación de los actos registrales". RUIZ ARTACHO, Juan, "La supresión de las «menciones» en el R. de la P.". "¿Ha causado algún efecto positivo en cuanto a la del dominio directo de la enfiteusis y a la del usufructo de viudedad?" (es un estudio de interés, incluso actual, a la hora de tener criterio para la "recuperación de Índices" y de "cargas mencionadas"). MORENO PÁEZ, Leocadio Manuel, "La inscripción de bienes municipales" (comenta el paso de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, con fórmulas abstractas, a la de 26-10-1950, que concibe el municipio como integración de entidades naturales; con fórmula de inscripción de los bienes municipales). TORRES AGUILAR, Juan, juez municipal de Sevilla, "Contenido social de la Ley de Arrendamientos Urbanos". Reglamento de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (se publica con los errores advertidos, y los *Modelos de Asientos e Índice del Reglamento*). "Varia" (CABELLO), *Ley y Reglamento de Hipoteca Mobiliaria. Resoluciones de la Dirección General*, 4.^a ed. oficial, Ministerio de Justicia. *Manual de Derecho Mercantil* (tomo II) de Emilio LANGLE, catedrático de Derecho Mercantil de Granada. Barcelona, 1955. *Iniciación al Derecho Comparado*, de Felipe SOLÁ DE CAÑIZARES. *Los arbitrajes de Derecho Privado*, de Fernando FERREIRA, "Comentario al texto articulado de la Ley de 22-12-1953". (Muy "útil", dice CABELLO.) *El patrimonio familiar. Legislación y procedimiento para lograr el acceso de los asalariados al mismo*. "Premio Marvía", 1953, por Antonio AGÚNDEZ, juez de 1.^a Instancia de Madrid —quien llegaría a magistrado del TS, y miembro fundador de la Sociedad Española de Derecho Agrario.

Números 330-331. *Noviembre-Diciembre*. MAZUELOS, José María, registrador, "Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas". BOLLAÍN, Luis, notario, "Un caso práctico de Derecho Hipotecario" (es un supuesto de doble inmatriculación con criterios prácticos orientadores sobre usucapión o no contra tabulas). TORRES AGUILAR, Juan, "La recuperación por el inquilino de la posesión de la cosa locada". Concentración Parcelaria. D. de 10 de agosto de 1955, que aprueba el texto refundido de las Leyes de *Concentración Parcelaria*. Jurisprudencia registral (CÁNOVAS): Resolución de 1-5-1955 sobre inscripción de escritura de fincas otorgada por juez de 1.^a Instancia. Capacidad del registrador para calificar algunos extremos ambiguos sobre precio, honorarios, según la escritura. Jurisprudencia TS (MENCHÉN): Sentencia de 29-12-1954 sobre *cuo-*

ta legal usufructuaria del viudo, según el CC no aplicable al Derecho Foral catalán (un antecedente para la actual Ley Civil catalana). Jurisprudencia fiscal (*La Redacción*): Resolución del TEAC de 25-12-1953: Medio de comprobación ordinario del artículo 80 R. (antiguo), valor asignado de bienes hipotecados, a efectos del artículo 130 LH. “*Varia*”. *La sociedad de Responsabilidad Limitada*. (Comentarios en sus aspectos legales, económico y financiero) por GAY DE MONTELLÁ, Barcelona, 1954. *La Comunidad Hereditaria*, por José FERRANDIS, Barcelona, 1954. *La imposición municipal* (Madrid, 1954), por Fernando SÁINZ DE BUJANDA, catedrático de Derecho Tributario, académico, fallecido en 1999.

3.4. Año 1956.

Números 332-333. Enero-Febrero. MAZUELOS, José María, “Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas” (cont.). GARCÍA ARANGO, Ladislao, “Derecho Hipotecario Minero. Notas sobre transmisión y gravámenes de propiedad minera”. VILLARES PICÓ, “Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código Civil”. N. MERAS, Rafael, abogado, “De la legitimación registral. Suspensión y sobreseimiento en la ejecución hipotecaria”. Jurisprudencia registral (Cánovas): Resolución de 9-4-1955: no cabe recurso cuando se haya inscrito un mandamiento judicial aunque hubiese caducidad; cita el artículo 1.º LH (esa denegación al juzgado especial de responsabilidades políticas). Jurisprudencia Civil (MENCHÉN): “No alegable el artículo 38, si se acude a él por vía de excepción”. “*Varia*” (de CABELLO): comentario a *Derecho Procesal Administrativo*, de GONZÁLEZ PÉREZ, Instituto de Estudios Políticos, 1955; del *Código de Deontología Jurídica*, de Alejandro MARTÍNEZ y otros, prologa José CASTÁN, 1954; y de *Arrendamientos rústicos. Comentarios a la nueva Ley de 15 de julio y D. 17 de diciembre de 1954*, por Joaquín DE CAMPS, trad. por PUIG BRUTAU.

Números 334-335. Marzo-Abril. MAZUELOS, “Apuntes sobre las anotaciones...” (conclusión, con una adición de ROCA y PRIETO CASTRO, cita la resolución de 15-5-1955 sobre inscribibilidad de una escritura de compraventa otorgada por el juez, en rebeldía). SAPENA, Joaquín, notario, “Inscripción de Estatutos de copropiedad” (delimitación de lo inscribible). ABRAIDA, Carlos, “Cargas deducibles”. LÓPEZ MEDEL, “Propaganda y Publicidad Registral” (es mi primera colaboración en la *RCDI*. Este trabajo se incorporó a la 2.ª edición de *Modernas orientaciones...* ya citado). “*Varia*” (de CABELLO): *Técnica procesal (cognición y jurisdicción verbal)*, por Pedro ARAGONESES, prólogo de Jaime GUASCH. *El dolo en el Derecho Civil*, por COSSÍO y CORRAL. Madrid, 1955. GONZÁLEZ PÉREZ comen-

ta Instituto Nacional de Previsión. *Legislación*, Madrid, 1955 y *Pactos colectivos y contratos de grupo*, de ALONSO OLEA, IEP, 1954.

Números 336-337. Mayo-Junio. ROCA SASTRE, Ramón, "El fideicomiso a *sine liberis decesserit* y el CC" (es el *discurso* de ingreso como académico en la Real de Jurisprudencia y Legislación). CAMY, Buenaventura, "Comentarios a la Ley de Hipoteca mobiliaria" (cont.). LEÓN NOVOA, Manuel, "El ejercicio del derecho de voto en el caso de acciones sujetas a juicio universal sucesorio". REZA, Alfredo, registrador, "Alcance del artículo 18 de la Ley de Censos de Cataluña". MENÉNDEZ, José, "Anotación preventiva de embargo y el Impuesto de Derechos Reales. ¿Convendría modificar el artículo 17 del Reglamento del Impuesto?" (es su primer trabajo sobre temas fiscales en la *RCDI*, en cuya materia seguiría siendo un especialista). Jurisprudencia registral: una resolución de 8-11-1955 servirá de pauta para las *inscripciones de aprovechamiento de aguas públicas*. "Varia". Reseña conferencia de Narciso DE FUENTES sobre "Reforma Hipotecaria y Jurisprudencia registral".

Números 338-339. Julio-Agosto. MARÍN PÉREZ, Pascual, "El capitalismo y el Derecho Privado en España" (planteamiento, desde una filosofía y doctrina social de la Iglesia, acerca de un orden social nuevo, que afecta a la reforma del Derecho, la empresa, la propiedad, lo sindical..., etc.). GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El contencioso administrativo en España" (texto publicado en la *R.I. de Ciencias Administration*. Se anota en el trabajo, una vez redactado, que en el *Boletín de las Cortes* de 27 de junio de 1956 venía el proyecto de la *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* -vigente hasta la actual de 1998- que "constituyen (se apostillaba) un paso definitivo en la estructura del nuevo Estado Español y a la Historia del Derecho Administrativo a la que quedará unido para siempre el nombre de nuestro Ministro"). CAMY, "Comentarios a la Ley de Hipoteca..." (cont.).

Números 340-341. Septiembre-Octubre. LATOUR, José, fiscal y letrado del Ministerio de Justicia, "Estudio del usufructo". RODRÍGUEZ ARIAS, "La distinción del Derecho en Público y Privado" (se apoya en la doctrina de Kelsen). CAMY, "Comentarios a la Ley..." (conclusión). Jurisprudencia registral: Resolución de 13-12-1955: "Prohibición de disponer y pacto de administración de fincas con opción de venta". "Varia" (de CABELLO): *Derechos reales en las sociedades y valores mobiliarios*, de Federico BAS Y RIBAS, con comentarios de Valeriano TENA. MELÓN INFANTE, *Código Civil alemán*, prólogo de HERNÁNDEZ GIL, Barcelona, 1955. ORDEIX GESTI, *Impuesto de Derechos Reales*, Barcelona, 1956. *Estudios de Derecho Civil*, de ALBALADEJO, Barcelona, 1954.

Números 342-343. *Noviembre-Diciembre*. LATOUR, “Estudio del usufructo...” (cont.). RIVERA, Marcial, registrador, “Modalidad del Derecho Foral menorquín”. FOSAR, “Régimen jurídico de las tierras reservadas a las zonas regables” –Ley de 21-4-1941–. ABRAIRA, Carlos (notario), “Cargas deducibles”. Jurisprudencia registral: Resolución de 10-2-1956 sobre inmatriculación: deber del registrador determinar discrecionalmente, según los datos (arts. 306 y 307 RH). Resolución de 11-2-1956: *¿es inscribible un exceso de cabida que se tramita para reanudar el tracto?* Por razones de economía procesal es viable. “*Varia*”: *Reexamen del procedimiento judicial en Puerto Rico*, de RODRÍGUEZ RAMOS, México, 1954. (Firma el comentario J. A. B.).

3.5. Año 1957.

Números 344-345. *Enero-Febrero*. LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Inscripción y tradición”. (Es un fragmento de sus lecciones de Derecho Inmobiliario Registral en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Curso 1954-1955.) URIARTE BERASATEGUI, “Catastro y Registro”. Pone en conexión jueces, notarios, registradores. BAS Y RIVAS, F., “Normas de fijación de bases para el Impuesto de Derechos Reales”. GONZÁLEZ PÉREZ, “Régimen administrativo y proceso administrativo” (es la colaboración al *Libro Homenaje al profesor Calamandrei*, con ocasión de su fallecimiento). GÓMEZ GÓMEZ, Manuel, registrador, “Una norma que puede resucitar: el censo consignativo” (por efecto de la “capitalización agraria”. El autor sugiere que a los notarios se les llame “magistrados de las familias” y “consejeros de las partes”). Jurisprudencia registral: Resolución de 1956 sobre la “Reinscripción de hipotecas pasado el plazo de reconstrucción del Registro”, de un inmueble que pertenecía a Izquierda Republicana y que por Ley de 1939 pasó a favor de DNS (BORJAS BLANCAS). Denegó el registrador y la Dirección General revocó el auto.

Números 346-347. *Marzo-Abril*. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, registrador y catedrático de Derecho Administrativo, “Los Derechos Reales Administrativos”. CHINCHILLA RUEDA, Rafael, registrador, “Legitimación del Derecho inscrito” (temas para adaptación de las oposiciones a registrador de la propiedad). DELGADO ROLLÁN, Isidoro, “Concentración Parcelaria. Problemas” (práctico y experimental, terminaba con una sugerencia: “¿Por qué no inscribir todo el término afectado por la concentración, ya que lo excluido es mínimo?”). GIMENO FALERO, Pedro, abogado, “Bases para la construcción del método en la Ciencia del Derecho”.

Números 348-349. *Mayo-Junio*. VILLARES PICÓ, Manuel, “¿Es necesario y urgente implantar la inscripción constitutiva en toda mutación ju-

ridica sobre bienes inmuebles?”. Argumenta la pregunta y arranca de la *función social* de la propiedad y de las necesidades de la publicidad. Dice: “*Nosotros los españoles, que somos católicos de solera histórica y con tasa de hidalgos, debemos aferrarnos a este concepto de propiedad inmueble, instrumento de libertad... erga omnes... En la Ley de 30-12-1944 se debió implantar la inscripción constitutiva*”. CAMY, B., “Tres problemas tributarios en tres leyes recientes”: Viviendas de renta limitada, H. Inmobiliaria y Urbanismo. SAPENA, Joaquín, notario, “Sobre prohibición de ceder el crédito hipotecario”. CHINCHILLA RUEDA, Rafael, “Temas hipotecarios” (cont.). SÁNCHEZ MARÍN, Pedro, registrador de Viana del Bollo, “Hay que rehacer el modelo XIII” (se trataba de los modelos oficiales para inscripciones de aprovechamiento de aguas, según D. Ley de 1927 y art. 70 del RH). “*Varia*”: Noticia del *Anuario de Derecho Aragonés*, 1953-1954. CSIC.

Números 350-351. Julio-Agosto. ÁLVAREZ ROMERO, Carlos, “Aeronave y su situación registral”. (Se inicia la publicación de su tesis doctoral. En una nota a pie de página viene su amplio curriculum). VALLET DE GOYTISOLO, J., “Observaciones a la resolución de 11-3-1957 en relación con la sentencia del TS de 2-2-1951 y otras consideraciones” (el contenido versaba sobre *el valor de la confesión judicial y extrajudicial* y su reflejo registral). LÓPEZ MEDEL, Jesús, profesor de Derecho Natural y registrador, “Sobre el Derecho y su concepto”. (Esta mi segunda colaboración en *RCDI* fue incorporada a *El Derecho, forma de vida social*, 1.^a y 2.^a ed., Madrid, 1964 y 1965, sobre la cual han construido los maestros FRAGA y PUY su propio enjuiciamiento acerca de mi pensamiento iusfilosófico, en sus trabajos “Dicotomía Moral y Derecho” y “Dinámica Jurídica, Dinámica Social” en el *Libro Homenaje a J. L. M.*, vol. I, pp. 25 a 45 y 105 a 125.)

“*Varia*”. Discurso del Sr. MARTÍNEZ SANTONJA, con motivo de su jubilación, en el Colegio de Registradores de Valencia (se transcribe). Su pertenencia al Ateneo de Madrid y al de Valencia, su juventud rebelde y recuerda su conferencia “Misión social de la juventud intelectual española”. Entre otras cosas, dice:

“Existe en los Cuerpos algo semejante a lo que en nuestra Religión ocurre con la doctrina de la comunión de los Santos. En virtud de esta doctrina los méritos adquiridos por la fe, la piedad y las obras nuevas de cada cristiano son socializadas sobrenaturalmente... nada produce más alto interés en esta vida y seguramente en la otra, que nada rinda más pingües beneficios que la honradez y el cumplimiento del deber.”

Conferencia del profesor de la Universidad de París Renato RODIERE, "El matrimonio de hecho" ("La menage de fait"). Colegio Notarial de Madrid, presentado por el secretario del Colegio, José Martín López. Parte de unas definiciones:

"El hecho natural es aquel que no interesa al ordenamiento jurídico. El hecho jurídico es aquel que interesa a dicho orden y es objeto de regulación. El orden jurídico no niega el hecho, trata de organizarlo". Anticipa una problemática -incisiva y penetrante- sobre el divorcio, los amantes, las donaciones por amancebamiento, y termina: *"No se tardará mucho tiempo antes de que se llegue a reconocer relaciones maritales de hecho"*. (La reseña la firma L. D. S.).

Números 352-353. Septiembre-Octubre. ÁLVAREZ ROMERO, C., "Las aeronaves..." (cont.). MENÉNDEZ, José, "¿Es perfecta la regulación contenida en los artículos 10, 51, 60 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales?". ATTARD ALONSO, Emilio, abogado de Madrid y de Valencia, "La causa ilícita". Jurisprudencia del TS (MENCHÉN): Sentencia de 2-10-1956 sobre retracto legal. Conocimiento de venta por el retrayente. Carácter secreto para la Oficina Liquidadora del Impuesto de Derechos Reales y para sus funcionarios (art. 144 de la LRT). *El problema de las Oposiciones en España*, de Jesús LÓPEZ MEDEL (prólogo de NAVARRO RUBIO, letrado del Consejo de Estado y ministro de Hacienda. La recensión, amplia y cariñosa, la hizo don Ramón DE LA RICA Y ARENAL). *Estudios de Derecho Aragonés*. Homenaje a don Juan Moneva y Puyol. Zaragoza, 1954. La presentación de MONEVA la hacen Salvador MINGUIJÓN, Luis HORNO LIRIA, LORENTE SANZ. Hay estudios de BOFILL, SERRES, SANCHO IZQUIERDO, VALENZUELA DE LA ROSA, ALONSO LAMBÁN, CAMÓN AZNAR (Leonardo), ORLANDIS, LACRUZ, Vicente GELLA, GUALLART y L. DE GOICOECHEA. Firma: "La Redacción". *Acción y responsabilidad civil derivada de delitos y faltas*, por REYES MONTREAL. Madrid, 1955. Firma, Pedro CABELLO.

Números 354-355. Noviembre-Diciembre. ÁLVAREZ ROMERO, C., "Aeronaves..." (conclusión). CARRETERO, T., "Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la Propiedad" (texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 13-4-1956). MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, "En torno al artículo 38 de la Ley Hipotecaria". Jurisprudencia registral: Resolución de 14-2-1957 sobre reinscripción de hipoteca de un registro reconstruido a favor de persona que lo haya adquirido a título oneroso.

3.6. Año 1958.

Números 356-357. Enero-Febrero. LÓPEZ MEDEL, Jesús, "Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público" (es el comienzo de la publicación de mi tesis doctoral "Premio Gascón y Marín"). GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Las entidades locales y la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa" (conferencia en el Cabildo Insular de Gran Canaria. Jornadas Municipalistas. 1957). MOLINA Y RAVELLO, Enrique, "De la llamada tercería registral" (apunta al sobreseimiento registral en un procedimiento de apremio). RUIZ SARRAMELARA, Ricardo, "Concepto y fundamento de la expropiación forzosa por causa de interés social". RODRÍGUEZ COLLANTES, Paulino, registrador, "Discordancia y falta de concordancia entre el Registro y la realidad jurídica". Jurisprudencia registral (CÁNOVAS): Resolución de 11-3-1957: enajenación en estado de viuda de finca adquirida en matrimonio, con aseveración del marido de que el dinero satisfecho era de su exclusiva pertenencia de la esposa. Precisa justificar que a la viuda se le adjudicó en liquidación de gananciales, no por sólo la voluntad... Los hechos son elementos decisivos para el juzgador. Jurisprudencia del IEP: Los comentarios a esta Jurisprudencia los inicia en este número José María RODRÍGUEZ VILLAMIL, y desaparece la firma genérica "La Redacción".

Números 358-359. Marzo-Abril. LÓPEZ MEDEL, Jesús, "Teoría del Registro..." (cont.). GÓMEZ Y GÓMEZ, M., "Inscripción y tradición". "Varia" (CABELLO): "Jurisdicción contencioso-administrativa". IEP. Preparado por GONZÁLEZ PÉREZ. Madrid, 1959. *Bibliografía del Derecho Catalán moderno*, de Joaquín CAMPS, Barcelona, 1956.

Números 360-361. Mayo-Junio. LÓPEZ MEDEL, J., "Teoría del Registro..." (cont.). GIMENO FALERO, P., "Introducción esquemática a la Ciencia del Derecho". Jurisprudencia registral (CÁNOVAS): Resolución de 7-11-1957, adaptación a la Ley de 17 de junio de 1953 de sociedades de responsabilidad limitada. Resolución de 10-11-1957, "Exclusión de un socio". "Varia" (CABELLO): *El contrato de trabajo*, de José MARTÍN BLANCO. Madrid, 1957. *Tratado General de Derecho Administrativo*, ÁLVAREZ GANDIÁN (lo comenta Francisco CERVERA). *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, con la colaboración de Francisco SANCHO REBULLIDA, con prólogo de ALONSO LAMBÁN, Zaragoza, 1959, donde se señala: "La obra se ha escrito no para poner el Derecho Hipotecario al alcance de los niños (pues los niños no tienen necesidad de abordar estos temas) sino al alcance del universitario medio".

Números 362-363. Julio-Agosto. LÓPEZ MEDEL, J., "Teoría del Registro..." (cont.). "Naturaleza de la función y procedimiento registrales". Conferencias en el IEJ, 1951-1952. Prólogo de Iturmendi, ministro de Justicia:

"La realidad se ha encargado de poner de manifiesto de buen grado a la jurisprudencia registral pareja autoridad doctrinal que la emanada de los órganos inferiores y superiores de la Organización judicial común". Al final, en una nota -p. 495- hay apuntados un sinfín de problemas y de cuestiones, tales como "necesidad de delimitar lo notarial y lo registral, no en la esfera funcional, sino en la calificación separada del acto causal y el acto real... en aquel tiempo -1951- en los objetivos, se insinuaba la idea de una justicia registral, a través de la institución registral".

SANZ JARQUE, "El proceso de concentración parcelaria y el Registro de la Propiedad" (se citan expresamente las aportaciones teórico-prácticas de los registradores Aladrén, Moreno, del Río, Nebot, Páez, Serrano Medialdea, Cid y Vidal). Jurisprudencia registral (CÁNOVAS): Resolución de 18-1-1958: si es posible la reinscripción de una escritura de constitución de sociedad cuyo plazo había vencido en dos años.

Números 364-365. Septiembre-Octubre. LÓPEZ MEDEL, J., "Teoría..." (conclusión). MENÉNDEZ, José, "Comentarios a la nueva Ley del IDR. Ley de Reforma Tributaria de 1958". MORENO QUESADA, B., "Sobre garantía del pago en legado de cosa ajena".

Números 366-367. Noviembre-Diciembre (10). ÁLVAREZ JENDÍN, Sabino, magistrado del TS y catedrático de Derecho Administrativo, "Naturaleza de los Montes Públicos según la nueva Ley que los regula". CARRTERO, Tirso, "Tanteo y retracto urbano y Registro de la Propiedad". Ramón DE LA RICA Y ARENAL, "Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones retrasadas". Comenta:

"No se encuentra en la LH una definición del principio operativo de prioridad. Hay que partir de posiciones doctrinales y prácticas, y apela, en todo caso, a la «tercería registral»."

(10) Desde su fundación, la RCDI no tenía, propiamente, un Consejo de Redacción. Por vez primera se constituye con posterioridad al número último (440-441), de 1958, es el siguiente: Presidente, Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre; Consejeros: Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal; Ilmo. Sr. D. Federico Bas y Rivas; Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello; Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño; Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo; Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo; Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y S. Cabezuado; Consejero Secretario y Jefe de Redacción: Ilmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Tal consejo tuvo varias y sucesivas incorporaciones.

4. El futuro de la ciencia del Derecho Registral (epílogo)

Por los temas y los autores reseñados se puede decir que la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* fue un asidero y una plataforma excepcional para su Historia. El que nosotros estuviéramos inmersos en ella, puede –para algunos– hacer creer en una subjetividad o en un protagonismo. Si cada cual reflejase la propia historia que ha vivido, respecto a una Institución de Seguridad Jurídica preventiva, estaríamos más serenos ante disfunciones y problemas que, ahora, afloran como intereses. Quien se niega a conocer su Historia corre el riesgo de repetirla. El período analizado de la *Revista Crítica* mereció la pena ser recordado con la mejor voluntad y buena fe (11). Pero no podemos quedarnos ahí. Pensando en el futuro, acaso no sea momento para vislumbrar –con cierta perspectiva– los aires de esta disciplina del Derecho, que ha adquirido mucha aplicabilidad por el “boom” inmobiliario; que se ha convertido en fuente de gran inversión. El desarrollismo técnico, informático o telemático, en el marco de la llamada “sociedad de la información”, posibilitará una mayor rapidez y economía. Los riesgos pueden ser el costo de errores mecánicos, la derivación de las enfermedades “informáticas”, o la pérdida de un trato humano al “tercero”, convertido ahora en “consumidor”. El otro “desarrollismo”, el legislativo, llevando también las modificaciones hipotecarias o notariales a Leyes de Acompañamiento discutidas no suficientemente. El acercamiento a una burocratización o administratización de la función jurisdiccional *ex novo* o peculiar que siempre tuvo el Registro de la Propiedad. La desviación o pérdida del valor jurisdiccional dentro de su género, al permitir una doble calificación registral. Hay mucho, quizá, que renovar, pero no al precio o la velocidad con que se han presentado casi siempre por motivos de política económica, más y mejor que por orientaciones doctrinales o necesidades sociales. La *Revista Registradores* ha superado con creces las perspectivas o anhelos del “Suplemento” y *RCDI* de los años difíciles, pero en lo que se pusieron los cimientos de conexión del Registro-Sociedad. La presencia internacional comparada es un buen camino.

(11) Prueba de ello han sido nuestros trabajos posteriores de índole registral-hipotecario, reseñados en *Ortega y Gasset en el pensamiento jurídico*, 3.^a edición, 2003. Cito algunos temas: además del recuerdo y estudio de las figuras de FERNÁNDEZ CUESTA, ALONSO MARTÍNEZ, CASTÁN TOBEÑAS, Joaquín COSTA, LEGAZ LACAMBRA, LACRUZ BERDEJO, sobre propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica, constitucionalismo y Derecho Hipotecario, el convenio de Viena, preconstitucionalidad registral, ética profesional, montes públicos, anteproyecto de CC peruano, derecho a la intimidad, calificación, globalización, familia intergeneracional, arbitraje y propiedad horizontal, principios hipotecarios registrales de carácter internacional en una sociedad en globalización, etc.

JURISDICCIÓN CIVIL Y NOTARIADO (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

*Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación.
Notario Honorario*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **1.** Omisión del Notariado en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. **2.** La función notarial como función de justicia. **II.** FUNCIÓN ANTILITIGIOSA DEL NOTARIADO. **3.** Consideraciones generales. **4.** La prevención de los conflictos. **5.** La eficacia del instrumento público. **6.** La resolución alternativa de los conflictos. **III.** NOTARIADO Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

(*) Publicado en los *Estudios acerca de la Reforma de la Justicia en España*, promovidos por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y el Ministerio de Justicia, tomo II, pp. 249-62, Madrid, 2004.

I. Introducción

1. Omisión del Notariado en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia.

La presente exposición tiene por objeto hacer algunas consideraciones sobre la omisión en que, a mi parecer, ha incurrido el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001 al no contener ninguna referencia al Notariado, cuando por sus orígenes, su desarrollo histórico, sus finalidades, su función y sus documentos, nuestro Notariado, de tipo latino, está tan fuertemente vinculado a la Justicia civil que ambos, fundamentalmente, comparten la misión de encauzar las relaciones jurídico-privadas de la vida en sociedad conforme al Derecho y a la Justicia, dejando su protagonismo a los ciudadanos y a su libertad, conforme a los artículos 1, 33, 38 y concordantes de la Constitución.

2. La función notarial como función de justicia.

Quizá la más acertada expresión de esta idea se encuentre en la que podríamos llamar Exposición de Motivos de todo el Notariado moderno, la Relación del consejero Pedro Francisco Real al Consejo de Estado francés –una de las cuatro Asambleas que compartían el poder legislativo en Francia–, sobre la que habría de ser la Ley del Notariado de 25 de Ventoso del año XI (12 de marzo de 1803): “al lado de los funcionarios que concilian y juzgan las diferencias, la tranquilidad requiere otros funcionarios que, consejeros desinteresados de las partes, al tiempo que redactores imparciales de sus voluntades, haciéndoles conocer toda la extensión de las obligaciones que contraen, redactan sus obligaciones con claridad, dándoles el carácter de un acto auténtico y la fuerza de una sentencia en última instancia... Estos redactores imparciales, esta especie de juez voluntario que obliga irrevocablemente a las partes contratantes son los notarios; esta institución es el Notariado”. Por ello, una difundida opinión doctrinal explica la naturaleza de la función notarial como “jurisdicción”, apellidándola “voluntaria”, en un sentido amplio, genérico, sin referencia a la concreta normativa contenida en el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, todavía vigente, a fin de distinguirla de la jurisdicción “contenciosa”, la única y verdadera jurisdicción, que incumbe exclusivamente a los jueces y tribunales.

La aplicación del Derecho en la normalidad y sin contienda es, en efecto, una función del Estado, que éste encomienda primordialmente a los notarios. Quizá se ha insistido, en exceso por sus tintes de exclusividad, en los fines de “seguridad” a que la función notarial indudablemente

tiende, llamando por ejemplo “seguridad sustancial” a lo que no es otra cosa que la perfección jurídica del negocio que mediante la escritura pública se contrae (1); pero su inseparable calificativo de seguridad “jurídica”, encuadrada en el artículo 9.3 de la Constitución, recuerda que es una seguridad que por sus fines y por sus medios hace relación al “derecho”, en latín *ius*, palabra que etimológicamente proviene de “justicia”, según enseñó Ulpiano en el comienzo del Digesto (1.1.1), *nomen iuris ... a iustitia appellatum*.

La función notarial, en efecto, sólo en sus dimensiones organizativas y disciplinarias compete a la Administración del Estado, porque en sí es una función “de justicia”, sobre todo de justicia conmutativa, y la nulidad o la falsedad de los instrumentos públicos que de ella emanan no pueden ser declaradas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, por el Ministerio de Justicia, ni por órgano administrativo alguno, sino solamente por los tribunales de la jurisdicción ordinaria. En su virtud, otras posiciones doctrinales, y en contraposición a la justicia “correctora” o “reparadora” de los jueces, la misión de justicia de los notarios ha sido calificada de justicia “reguladora” o “legitimadora”, de justicia “cautelar”, en cuanto que trata de aportar la posible certidumbre a un futuro naturalmente incierto, o de justicia “preventiva”, expresión que llega a la justificación de la enmienda a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que ha introducido en la Ley del Notariado de 1862 un artículo 17 bis, regulador de los instrumentos públicos electrónicos.

De manera coincidente, la llamada Declaración de Madrid, aprobada el 23 de marzo de 1990 por la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea, con el voto unánime de los presidentes de los Notariados de Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia y Luxemburgo, afirmó: “La *misión del Estado* no acaba con la promulgación de las leyes. Continúa con la tarea de conseguir, además, que esas leyes se apliquen, que conformen la realidad jurídica y que ello tenga lugar con el menor coste social posible. = Los Tribunales de Justicia resuelven los conflictos que originan la incertidumbre o la infracción de las normas legales, pero lo hacen a un coste social elevado. Su actuación, por tanto, ha de prevenirse, facilitarse o abreviarse. = Esta función está encomendada, en gran medida, al Notariado, que la lleva a cabo mediante la redacción y autorización de documentos que, por su contenido, sean válidos y adecuados a la ley y, por su forma, eficaces y ejecutivos” (letra B).

(1) Conf. mi conferencia “La seguridad jurídica sustancial de los actos jurídicos”, en el *Seminario sobre seguridad jurídica*, agosto-septiembre, 1989, Universidad Internacional Menéndez Pelayo y Consejo General del Notariado, pp. 71-102; y *Escritos Jurídicos*, II, pp. 187-211.

En todo caso, como seguridad preventiva y como justicia, cumulativamente, la función notarial queda incluida en la Europa del Derecho, pues contribuye a conformar ese espacio europeo de libertad, justicia y seguridad que, a partir de la Cumbre de Tampere (1999), la Unión Europea viene construyendo y ampliando, y no debiera haber sido silenciada en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia (2).

II. Función antilitigiosa del Notariado

3. Consideraciones generales.

Confirmación y consecuencia de cuanto antecede es la virtualidad antilitigiosa que en todos los tiempos se ha reconocido a la función y a los documentos notariales y que entre nosotros se suele formular con la lapidaria expresión de Joaquín COSTA, “Notaría abierta, Juzgado cerrado”. En este sentido, y de manera unánime, se han producido: el Congreso de la Unión Internacional de Magistrados (1989), el “notario latino ... deviene un agente de prevención de litigios”; la citada Declaración de Madrid de los Notariados Europeos (1990), “la intervención del notario, que *preserva* de posibles *litigios* es un mecanismo indispensable para la *administración de una buena justicia*”; la Resolución del Parlamento Europeo 0422/93, de 18 de enero de 1994, que atribuye a los notarios “funciones preventivas de las judiciales, al eliminar o reducir los riesgos de litigio” (núm. 3); el informe anexo a la misma, conocido por Informe Marinho, sobre “La situación y la organización del Notariado en los doce países de la Comunidad”, al declarar que “los notarios facilitan, previenen o abrevian la intervención de los tribunales” (núm. 13); nuestro Simposio Notariado 2000, “La situación de la Justicia, por el bloqueo de los tribunales ante el excesivo número de pleitos, no es un problema exclusivo de España, sino europeo, que motiva una gran preocupación hasta el punto de que fue tratado específicamente en la cumbre de Tampere, en octubre de 1999, primera cumbre de los presidentes de los países integrados en la Unión Europea que no se ha dedicado a temas estrictamente económicos... Ante esta situación ... es indudable el valor de la función notarial como mecanismo antilitigioso, que reduce notablemente la litigiosidad”; y finalmente el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas, 2001), que señala como “fin primordial” del Notariado “servir a la prevención de los conflictos y litigios, a la descongestión de la jurisdicción del Estado y a la salvaguardia de la paz jurídica y social”.

(2) Conf. *La Europa del Derecho*, obra colectiva publicada por la Conferencia de los Notariados de la Unión Europea (CNUE), Bruselas, 2002, pp. 519.

No se trata sólo de apreciaciones genéricas que podrían tacharse de apriorísticas; hay publicaciones concretas, como la de PASTOR PRIETO (3), que con estudios estadísticos y econométricos demuestra la función antilitigiosa de buena parte de la actividad notarial, porque claro es que también hay documentos, como los poderes para pleitos, que no previenen los pleitos, sino que son mera consecuencia de su existencia; lo mismo que hay otras escrituras que son directamente sustitutivas del litigio, como las que contienen acuerdos transaccionales.

Esta antilitigiosidad de la actuación notarial se comprueba igualmente desde la perspectiva contraria; la inexistencia de un verdadero Notariado, su mal funcionamiento o el poco valor atribuido a sus documentos recarga el trabajo de los jueces, pues los particulares se ven forzados a acudir continuamente a los Juzgados buscando una forma para sus contratos que les dote de seguridad, incluso mediante juicios fingidos, según nos demuestran la historia —desde la *in iure cessio* romana— y el Derecho comparado. Jurisdicción civil y Notariado actúan juntos, según decíamos, en la finalidad de conseguir las más altas cotas factibles de justicia y de seguridad en las relaciones jurídicas entre los particulares, y el buen funcionamiento o las disfunciones de uno de los componentes de ese binomio no puede por menos de afectar al otro. Los beneficiosos efectos que son de esperar del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia se verán muy disminuidos, en el ámbito de la jurisdicción civil, si se prescinde del Notariado, y el deterioro de éste llevaría el caos a la Justicia civil.

4. La prevención de los conflictos.

Para señalar las principales direcciones en que se manifiesta la antilitigiosidad resultante de la actuación notarial, recordemos que ésta tiende a conseguir, en la conocida expresión de D'ORAZI FLAVONI, “el negocio perfecto en el documento perfecto” (4). La primera manifestación de esa función antilitigiosa consiste en la prevención de los conflictos por medio de la perfección de los negocios documentados. Los litigios nacen de los conflictos; impidiendo en numerosos casos que el conflicto surja, los litigios necesariamente disminuirán. Estamos ante un conjunto de actuaciones profesionales, inescindibles de su función pública, que el notario tiene que desarrollar previamente a la autorización del documento según el artículo 147.1 del Reglamento: “El notario redactará el instrumento públi-

(3) PASTOR PRIETO, S.: *Intervención notarial y litigiosidad civil*, Consejo General del Notariado, 1995, pp. 112.

(4) D'ORAZI FLAVONI, M.: “La responsabilità civile nell'esercizio del Notariato”, en *Contributi giuridice della Scuola di Notariato “A. Anselmi”*, 1958, p. 68.

co conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción”; estas actividades son las que van a permitir al notario dar fe, como exige el artículo 17 bis de la Ley del Notariado, “de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes” (5).

Volvamos al aforismo de COSTA, transcribiéndole ahora por entero, sin reducirle a ese estrambote de todos conocido: “Si a esto se añade que el fedatario sea jurisconsulto al propio tiempo, y reciba de la ley el encargo de ilustrar a las partes acerca de sus derechos y de traducir la expresión de sus voluntades en un lenguaje claro, preciso, ordenado, previniendo deficiencias y ambigüedades que pudieran servir de causa o de pretexto a litigios de buena o de mala fe, y encima de eso que sea hombre probo y celoso de su deber, que haya tomado su oficio en serio, como si fuera un sacerdocio, y lo desempeña en persona, con la conciencia presente en todos los instantes, sin dejar que la fe pública, de la que es depositario, degenera en una ficción y la firma en una estampilla puesta mecánicamente al pie de los documentos redactados sobre fórmulas generales por auxiliares legos e irresponsables como pudieran máquinas de fonografiar, se comprenderá que el documento auténtico sea la prueba antilitigiosa por excelencia. El número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, Juzgado cerrado” (6). Más que en el instrumento público en sí, con su fe pública, el verdadero origen de la antilitigiosidad notarial se encuentra por tanto en el notario, en la dimensión profesional de la función notarial latina.

El notario, para autorizar el instrumento público, tiene que realizar, en efecto, una serie de operaciones respecto de la voluntad de los otorgantes y a su conformidad con la Ley, que han sido reiteradamente descritas (7). El notario, en resumen, habrá de indagar la *voluntad empírica de las partes*, que con frecuencia es una voluntad *no informada*, una deci-

(5) “El nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado y otras incidencias en la legislación notarial de la Ley 24/2001”, conferencia pronunciada el 14-11-2002 en la Academia Matritense del Notariado; pendiente de publicación en sus Anales. Publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 48, octubre-diciembre 2003, pp. 81-150, y en *Ensayos de Actualidad* de “Escritura Pública”, 2004, pp. 95.

(6) COSTA MARTÍNEZ, J.: *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Obras completas, XIII, 2.ª edición, Madrid, 1917, pp. 363, las palabras citadas en p. 205.

(7) Conf. mi conferencia en la Academia Granadina del Notariado, “El Notario: función pública y función privada. Su inescindibilidad”, *Revista de Derecho Notarial*, CVII, enero-marzo, 1980, pp. 255-409, y *Escritos Jurídicos*, II, pp. 213-321.

sión tomada sin la información legal indispensable para que pueda ser jurídicamente sancionada, una voluntad *deformada* incluso por prejuicios y falsos conocimientos jurídicos; es también muchas veces una voluntad *errónea*, por ignorancia, de hecho o de derecho, de la situación preexistente o de las normas aplicables, incluso las dispositivas e integrativas; una voluntad *incompleta*, que sólo regula los aspectos fundamentales e inmediatos; una voluntad *imprevisora*, que no ha tenido en cuenta los efectos a largo plazo y menos aún los acaecimientos que pueden sobrevenir o interferirse; una voluntad *ilegal*, que choca en todo o en parte con el Ordenamiento; y en los negocios plurilaterales el inicial acuerdo de voluntades puede contener, si se me permite la expresión, un consentimiento *discordante*, y no sólo a la hora de llenar las lagunas, sino porque, aun dentro de sus limitadas previsiones, los que creían haber llegado a un acuerdo siguen de hecho en el desacuerdo más completo. El notario ejerce así las funciones de informar a los otorgantes; de corregir y completar su voluntad empírica inicial; de ayudarles, en su misión de consejo, a formar y a integrar su verdadera voluntad; y ejerce también, dada su imparcialidad, funciones de mediador, de conciliador, de árbitro, cuyos pareceres suelen ser aceptados precisamente por venir de persona que no ha sido impuesta y por la equidad que los inspira; tiene que dar forma legal al negocio, configurarlo y conformarlo en Derecho, controlando su legalidad; y tiene que redactar el documento con claridad, sin ambigüedades, y que explicar a los otorgantes su contenido. Sólo así las posibilidades de conflicto se habrán alejado.

El desarrollo de estas funciones exige un delicado equilibrio entre los aspectos público y profesional que el notario ha de reunir. El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia habría sido la ocasión ideal de definir ante todo la figura del notario, que a mi personal parecer se ve sacudido por corrientes opuestas, que pueden llegar a desgarrarle. Unos lo consideran puro funcionario público, un servidor del Estado sin otra particularidad que su forma de retribución; desconocen que el notario está también, y fundamentalmente, al servicio de los ciudadanos y de su libertad, dentro de los límites trazados por el Ordenamiento jurídico. Otros estiman que el notario es un profesional puro, y la notaría el punto de venta de sus servicios, según las leyes de un mercado alejado por completo del mercado perfectamente competitivo dibujado por los economistas; desconocen o dificultan el ejercicio de las funciones notariales públicas, y frente a los agentes económicos el notario queda indefenso, y los particulares, y sobre todo los consumidores, ven mermado su derecho a la libre elección de notario. No intento describir con las palabras que anteceden la situación actual, de la que estoy alejado, sino sólo señalar las contradictorias tendencias existentes, a veces plasmadas en parciales mo-

dificaciones normativas y que, como antes indiqué, podrían acabar, mediante el deterioro del Notariado, con todos los logros que se pretenden para la Justicia civil (8).

5. La eficacia del instrumento público.

Este negocio “perfecto”, para conseguir su total virtualidad antilitigiosa, tiene que estar contenido en un documento “perfecto”, que reúna todos los requisitos precisos para producir esa máxima eficacia jurídica que se conoce con la expresión genérica de “fe pública”. La eficacia antilitigiosa de la fe pública radica, con la vigorización del negocio (*enforcement*), en la predecibilidad del resultado del litigio, disuasoria de su iniciación, y en la aceleración del proceso si llegare a surgir, que también disuade al que sólo pretende ganar tiempo.

La fe pública venía regulada en nuestro Derecho, bajo la capa de eficacia probatoria, solamente dentro del Código Civil. Con ello se desconocían las particularidades de la prueba en juicio por medio de los documentos públicos, donde sus efectos tienen que ser evidentemente menores que los que desarrollan en la esfera extrajudicial, puesto que es en el proceso donde pueden ser alegadas, y declaradas, su nulidad y su falsedad. La reforma procesal que culminó en el año 2000 tomó inicialmente el camino contrario y más erróneo todavía, pues otorgando naturaleza procesal a la eficacia de los documentos públicos, intentó derogar pura y simplemente todos los preceptos del Código Civil sobre la prueba de las obligaciones (9). Pero al fin la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, aun regulando la eficacia de los documentos como medios de prueba en juicio, artículo 319, ha conservado la casi totalidad de los artículos 1.216 y siguientes del Código Civil, de manera que los efectos de los documentos públicos, y entre ellos los documentos notariales, tienen ahora una doble regulación, en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (10).

(8) Conf. también GARRIDO CHAMORRO, P.: *La función notarial, sus costes y sus beneficios*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000, pp. 201, especialmente pp. 17 y 18.

(9) Conf. mi conferencia “La prueba en el «Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil» de 1997”, pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 18-2-1998; publicada por ésta en el volumen *El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997-98*, Madrid, 1998, pp. 85-128; y en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 27, julio-septiembre 1998, pp. 439-86.

(10) Conf. mi conferencia “La prueba en la nueva Ley (de Enjuiciamiento Civil)”, pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 9-4-2002, dentro del ciclo “Temas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7-1-2000”, publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 43, julio-septiembre 2002, pp. 235-84 y en *Ensayos de Actualidad de “Escritura Pública”*, 2003, pp. 70.

Ni el Código ni la Ley de Enjuiciamiento han abordado, sin embargo, el verdadero tema de fondo de la prueba en juicio por los documentos públicos, que el artículo 1.198 del Proyecto de Código Civil de 1851 remitía al Código de procedimientos: “*el caso de oponerse el vicio de falsedad, simulación u otro a los instrumentos*”. Las Leyes de Enjuiciamiento de 1855 y de 1881 no lo hicieron por pensar que era materia civil; el Código Civil de 1888-1889 tampoco lo hizo por estimar que era materia procesal; y ante tal falta de regulación resulta platónico, y en algunos aspectos exorbitante, que el artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento haya calificado de “plena” la prueba en juicio derivada de los documentos públicos.

Parece difícil de cubrir esa laguna legal, pero el camino está muy facilitado por el Derecho comparado y por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, que han tenido que ir llenando el vacío de nuestros Cuerpos legales. Mientras ello no se haga, es de temer que continúen en la jurisprudencia esas afirmaciones de que los documentos públicos no tienen “prevalencia” (STS 7-7-1989), “preferente ni privilegiado valor” (STS 29-5-1970), valor “superior” (STS 7-7-1986), o “mayor fuerza probatoria” (STS 12-7-1984), que los restantes medios de prueba, o que se acojan el “conocido expediente” (FERNÁNDEZ LÓPEZ) (11), o la “nefasta jurisprudencia” (SERRA) (12) de la apreciación conjunta de la prueba (STS 24-7-1989), que ningún legislador se atrevería a proclamar, fomentadora de los litigios en cuanto que siempre cabe la esperanza de lograr el convencimiento personal, libre, del juez en la apreciación de los hechos. La regulación que aquí se sugiere no precisa modificar una Ley tan reciente como la de Enjuiciamiento Civil del año 2000, sino sólo añadirla; aparte de que la Ley 39/2002, de 28 de octubre, ya la ha modificado nada menos que en nueve artículos, y de que la Exposición de Motivos (apartado XX, *in fine*) de la misma Ley de Enjuiciamiento ya se refería a la “posibilidad de que, en el futuro, sean perfeccionadas” algunas de sus normas, precisamente en materia de prueba documental.

6. La resolución alternativa de los conflictos.

La situación actual de la Justicia en los diversos países, próxima al colapso, ha hecho pensar en procedimientos alternativos; también lo hace el

(11) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A.: *Derecho Procesal Civil*, con Andrés de la Oliva, II, Barcelona, PPU, 1988, p. 520.

(12) SERRA DOMÍNGUEZ, M.: “Comentario al artículo 1.692”, en los *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Ley 34/1984, de 6 de agosto de 1984*, coordinados por Valentín Cortés, Madrid, Tecnos, 1985, p. 848.

Pacto para la Reforma de la Justicia: “Asimismo se potenciará la evitación de conflictos desarrollando e impulsando fórmulas eficaces de arbitraje, mediación y conciliación” (núm. 19, *in fine*). Aludiremos a la posible actuación del notario como mediador y como árbitro.

El XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas, 2001) entendió que “el notario, por sus características profesionales (su carácter «neutral», núm. 4); su «competencia particular» núm. 5) y por su experiencia como «moderador» entre las partes está especialmente capacitado para ser mediador y para actuar como notario-mediador competente en todos los conflictos que tengan relación con lo jurídico” (tema I, recomendaciones, núm. 6); y al mismo tiempo “puede ofrecer sus servicios profesionales para la documentación de la solución alcanzada por las partes” –con fuerza ejecutiva transfronteriza a partir de los Convenios de Bruselas, 1968, y Lugano, 1988–, por lo que tiene “la facultad especial de ofrecer con su única intervención todos los servicios relativos a la mediación jurídica y a su ejecución definitiva” (núm. 7).

El mismo Congreso ofrecía, respecto al arbitraje, “la intervención del notario en este campo, aprovechando su experiencia profesional y su competencia en materia jurídica” (núm. 2); claro es que para esto hay que empezar por derogar –como había pedido el IV Congreso del Notariado Español, Madrid, 1991– el inconstitucional artículo 12.4 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, que establece la incompatibilidad de los notarios para ser árbitros (12 bis).

También el denominado Libro Verde, aprobado por la Comisión de la Unión Europea el 14 de abril de 2002, se refiere expresamente al notario y a sus escrituras en tema de alternativas no jurisdiccionales para la resolución de los conflictos (“*Alternative Dispute Resolution*”, ADR).

Hay que advertir, sin embargo, que estas actuaciones no forman parte de la función pública del notario; son actividades profesionales que se le deben reconocer como desarrollo de las homólogas que emplea para llegar a la autorización del instrumento público (13).

(12 bis) La nueva Ley de Arbitraje, 60/2003, de 23 de diciembre, ha eliminado esta incompatibilidad, quedando deferida la cuestión a la legislación notarial (art. 13); si bien en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad se requerirá de los árbitros la condición de abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario (art. 15.1).

(13) Conf. TORRES ESCÁMEZ, S.: “Los mecanismos de seguridad jurídica preventiva y los mecanismos alternativos de solución de conflictos (*Alternative Dispute Resolution*, ADR)”, pp. 195-225 de *La Europa del Derecho*, citada en la nota 2.

III. Notariado y Jurisdicción voluntaria

Terminemos por el procedimiento más elemental de descongestionar la Jurisdicción civil; encomendar a otros funcionarios asuntos no jurisdiccionales que actualmente ocupan la atención y el tiempo de los jueces. La oportunidad del tema es evidente, puesto que la disposición final 18 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, ha dispuesto que en el plazo de un año, a partir de su entrada en vigor, el Gobierno remita a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción voluntaria, plazo ya transcurrido, por lo que las obsoletas normas que sobre ésta dictó la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 sobreviven por así decir en precario, hasta que se redacten, se promulguen y entren en vigor los nuevos preceptos (disposición derogatoria única, 1.1.^a). Y entre los funcionarios a los que se podrían encomendar muchos de esos procedimientos se encuentran en primer término los notarios, únicos a los que vamos a referirnos; piénsese en que su atribución a los secretarios judiciales –“se potenciarán las funciones de ... jurisdicción voluntaria”, dice respecto de los secretarios judiciales el Pacto para la Reforma de la Justicia, núm. 10– descargaría sólo la labor personal del juez, pero no la del Juzgado, y su atribución a los registradores de la propiedad rompería una nota estructural esencial de su función, cual es la de inscribir documentos ajenos, y no hacer, para luego inscribir, documentos propios.

Estas transferencias no harían otra cosa que cumplir el artículo 117.4 de la Constitución: “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior (las jurisdiccionales) y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”; normas semejantes contenían ya todas las Constituciones españolas, a partir de la de Cádiz de 1812. Pero el cumplimiento de tales “buenos propósitos” no debe ser tan sencillo, pues el proceso inverso, de judicialización de la vida jurídica privada, es siempre creciente; basta, en efecto, con que en algún punto concreto se estime precisa una autorización judicial para que todo el acto de que forma parte, y todas sus consecuencias, se consideren de competencia judicial; al contrario, por ejemplo, de lo que hacía y hace el Código Civil cuando considera necesaria la autorización judicial para que los padres (art. 166) o los tutores (art. 271) puedan realizar determinados actos referentes a los bienes de los hijos o de los tutelados, en que la competencia del Juzgado se limita estrictamente a conceder o denegar la autorización, sin “homologar”, en el primer caso el acto o contrato autorizado. El fenómeno de competencia judicial expansiva fue seguido por el mismo Código Civil en su reforma de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que en su artículo 90 hace aprobar al juez

la totalidad del convenio regulador en los supuestos de separación y divorcio de los cónyuges, cuando sólo debe controlar si es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. Y continuaron la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que, modificando el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimía la escritura pública en la transmisión de bienes inmuebles de resultados del juicio ejecutivo; y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que ha ampliado tal disposición en su artículo 674.1 y en la nueva redacción que su disposición final novena ha dado al artículo 134 de la Ley Hipotecaria; y ha potenciado y extendido a todos los juicios declarativos la audiencia previa, con su finalidad de lograr el acuerdo, conciliación o transacción de las partes, que el tribunal podrá homologar después de examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las mismas (art. 415.2). El IV Congreso Notarial Español (Madrid, 1991), por su parte, recabó para el Notariado “la configuración en documento público de los negocios jurídicos derivados de los procesos judiciales, por entender que ello constituye actividad ajena a la función jurisdiccional” (Ponencia 1.ª, II, b). Funciones ajenas, en efecto, a lo jurisdiccional y aun a lo judicial, como el cumplimiento de una serie de obligaciones que el notario tendría, de conexión con el Registro y con el Catastro, de información a las Administraciones fiscales, estatal, autonómica y municipal, o de prevención del blanqueo del dinero. Incluso funciones incompatibles, pues el juez que tendrá que fallar el pleito, si las partes no llegan a un acuerdo, no puede aconsejarlas, ni mediar entre ellas, ni redactar el documento.

La Ley 10/1992, 30 de abril, ya atribuyó a los notarios dentro de ciertos límites que quizá convendría repensar, la declaración de herederos abintestato, lo que ha supuesto un alivio para los Juzgados y grandes ventajas para los ciudadanos en tiempo y coste: en el pasado año 2001 se han autorizado 77.184 actas notariales de declaración de herederos abintestato; la duración media del procedimiento es ligeramente superior a los veinte días reglamentariamente exigidos para la expedición de copias del acta (regla 3.ª, 3 del art. 209 bis del Reglamento Notarial, introducido por RD 1368/1992); y el coste medio del acta es ligeramente superior a las 20.000 pesetas.

También la ejecución extrajudicial –notarial– de las hipotecas en base al artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria se incrementó por efecto del RD 290/1992, de 27 de marzo, que modificó el Reglamento Hipotecario, alcanzando en el primer año un total de 197. De la situación ulterior no podemos juzgar, por el caos de la práctica a que dio lugar la STS (Sala 1.ª) 402/1998, de 4 de mayo, que declaró sobrevenidamente inconstitucional, y por tanto nulo, el citado artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria, arrastran-

do tras sí los preceptos reglamentarios que lo desarrollaban. En mi personal apreciación se confundió el ejercicio extrajudicial del *ius distraendi* del acreedor hipotecario con un proceso de ejecución, posiblemente a consecuencia de las doctrinas carneltuttianas sobre la naturaleza procesal de la hipoteca tan en boga en los años cincuenta; el caso es que se produjeron graves divergencias doctrinales, y también jurisdiccionales, respecto de la indicada sentencia, y por fin la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ha dado nueva redacción al artículo 129.2 de la Ley Hipotecaria (disposición final 9.^a,4), admitiendo la venta extrajudicial del bien hipotecado. Al tratarse ya de una norma posterior a la Constitución, su inconstitucionalidad sólo podría ser ahora declarada por el Tribunal Constitucional; pero fácilmente se comprende que la práctica, escarmentada, tiene que tardar en reaccionar. Una enseñanza deriva de todo ello; la atribución de procedimientos de la actual jurisdicción voluntaria judicial a funcionarios no judiciales tiene que estudiar previa y detenidamente su constitucionalidad.

Pero no sólo hay que tener en cuenta la Constitución; también hay que pensar en la función y estructura del Notariado y de las instituciones jurídicas de su entorno, y muy especialmente en la separación entre fe pública extrajudicial y fe pública judicial que llevó a cabo la Ley del Notariado de 1862, y que conserva toda su vigencia, pues notarios y secretarios judiciales tienen funciones esencialmente distintas, aunque ambas contengan un momento culminante de fe pública. Para poner otro ejemplo, el Anteproyecto de Ley de Actualización de la de Enjuiciamiento Civil y de otras disposiciones, de 1990, atribuía a los notarios requerimientos, notificaciones y emplazamientos procesales, así como una serie de funciones de los secretarios judiciales, y aun de los jueces, en la subasta de bienes inmuebles en virtud de juicio ejecutivo. Acabaron con el intento los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo General del Notariado, sin que fuera escuchada la colaboración que éste ofrecía para el estudio de otras vías, más acordes con la función propia del Notariado, que permitieran utilizar el acta notarial de subasta para aliviar el trabajo de los Juzgados, ofrecimiento que “con carácter transitorio” reiteró el IV Congreso Notarial Español (Madrid, 1991, 1.^a, II, c).

Respecto a la atribución de nuevas atribuciones competenciales a los notarios, y manteniéndonos en términos de generalidad (14), baste indicar que el citado IV Congreso Notarial Español (Madrid, 1991) estimó: “Dejando aparte los actos de Jurisdicción Voluntaria que implican auto-

(14) Conf. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “La Jurisdicción Voluntaria: Racionalización y Redistribución de competencias, a propósito de su futura regulación por ley específica”, *Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, 2002, II, pp. 1977-2036 (especialmente V.4: “Ámbito de atribución de competencias al notariado”, pp. 2018-2022).

rizaciones o complementos de capacidad para los que carecen de ella o la tienen disminuida, en los cuales debe estar ausente la actuación notarial, el Congreso defiende que en otros supuestos no sólo no hay inconveniente para dicha actuación, sino que ésta sería sumamente aconsejable” (Ponencia 1.^a, II, c). En la misma dirección se produjeron el VI Congreso Notarial Español (Madrid, 1997): “Que debe ser integrada la función notarial con aquellos actos de la llamada jurisdicción voluntaria que constituyen esencialmente funciones notariales” (conclusión E), y el VII Congreso Notarial Español (Zaragoza, 2001): “En el marco actual de la Reforma de la Justicia, el Notariado, sin pretensiones de exclusividad, y como partícipe de la función pública que ejerce, se ofrece a asumir cuantas funciones y tareas dentro del campo de la jurisdicción no contenciosa le sean encomendadas, con el ánimo de contribuir al servicio de la Administración de Justicia y de los ciudadanos” (conclusión 1.^a). Sin pretensiones de exclusividad, en efecto, pues puede ser más conveniente conservar la competencia judicial concurrente con la notarial, salvo en aquellos supuestos (informaciones *ad perpetuam*, subastas voluntarias, etc.) de estricta función notarial.

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS VICIOS TESTAMENTARIOS

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada de Familia

Doctora en Derecho

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL TEMA. II. DOLO, FRAUDE, VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS VICIOS TESTAMENTARIOS.

I. Introducción al tema

El artículo 673 de nuestro Código Civil establece que “será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude”.

No contiene nuestro corpus legal una Parte General sobre los vicios de la voluntad genéricamente aplicables a todas las declaraciones, sino, todo lo más, unas prescripciones más bien escasas referidas a las disposiciones *mortis causa*.

Según exponen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1), al tratarse el testamento de un acto unilateral, la presencia de vicios de la voluntad tiene una apreciación y unas consecuencias diversas que en los contratos, pues se tutela únicamente la voluntad del testador, al paso que, en los contratos, hay que considerar la existencia de dos partes contratantes, con voluntades distintas e intereses contrapuestos.

El testamento implica y supone una noción de liberalidad, por lo que requiere de una mayor diaphanidad y limpieza en las voliciones afectivas, según declaró, con agudeza, la sentencia de 22 de febrero de 1934. En consecuencia, en el testamento se ha de investigar, exclusivamente, la voluntad real del testador.

En el mismo sentido al expuesto, hay que resaltar que se trata de un acto que deviene irrepetible en el momento de ser eficaz y que ha de producir sus efectos después de la muerte del testador, por lo que éste no podrá ser árbitro de la impugnación, como sucede, sin embargo, en sede contractual, y ni siquiera podría llegar a saberse nunca, como no fuera por presunciones, a favor de quién hubiera dispuesto, con lo que el daño causado por el dolo o la violencia resulta en tales casos irreparable la mayoría de las veces.

Al ser el testamento un acto solemne, la única voluntad *mortis causa* que puede valer, a su amparo, es la expresada realmente en él, y no la que no se expresó, aunque ciertamente fuera la última voluntad del causante.

Hechas estas consideraciones previas, a modo de introducción al tema, voy a entrar seguidamente en el análisis de los siguientes supuestos: dolo o fraude y violencia e intimidación.

II. Dolo, fraude, violencia e intimidación: problemática jurídica de los vicios testamentarios

En primer lugar, hay que destacar que la intimidación es, como no podía ser menos, causa de nulidad del testamento, según el artículo 673 del Código Civil. También lo es de indignidad para suceder, ex artículos 674 y 756 del citado corpus legal.

La intimidación ha de ser diferenciada de la violencia en sentido estricto. Efectivamente, la violencia supone, no un vicio de la voluntad, sino la falta absoluta, la ausencia o plena carencia de voluntad.

El Código Civil no nos dice cuáles son los caracteres que ha de reunir la intimidación para viciar la voluntad testamentaria. Se aplica, en todo

(1) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho civil, Derecho de sucesiones*, tomo V, Bosch, Barcelona, 1982.

caso, el artículo 1.267 del Código Civil: “Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible”.

“Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.”

“Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona.”

Las sentencias de 22 de febrero de 1934 y 17 de abril de 1959 declararon que “la coacción moral intimidatoria puede determinar la nulidad del testamento, siempre que las amenazas sean de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al testador y le causen inhibición de su libertad”. La sentencia de 30 de junio de 1944 estableció, asimismo, que “para apreciar la existencia de la intimidación deben ser tomadas en cuenta todas las condiciones que en el caso concurren y, por tanto, no sólo los hechos coactivos, sino además las circunstancias que se den, tanto en la persona que ejerció la coacción como en la que fue objeto de ésta”.

Me interesa destacar la tesis mantenida, en este punto, por Mariano IZQUIERDO TOLSADA (2), que, en una ponencia muy interesante con motivo de un congreso sobre “La herencia”, afirmaba que hacía algún tiempo que a su despacho había llegado el padre de un buen alumno que comenzaba a alarmarse ante el número y la intensidad de las presiones que venía recibiendo de una de sus hijas con el objeto de que revocara el testamento y otorgase otro en el que viniera a desheredar, por incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, a la segunda esposa del testador, a la sazón madrastra de la autora de las presiones. A juicio de este autor, a falta de una definición específica del dolo testamentario, se suele acudir a la descripción del mismo en sede contractual, dentro de la cual el artículo 1.269 del Código Civil establece que “hay dolo cuando con palabras y con maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho”.

En sede testamentaria, la actuación dolosa sólo puede provenir de cualquier tercero, pero nunca de una inexistente parte contratante. El dolo testamentario habrá que entenderlo, por tanto, como utilización de palabras o maquinaciones insidiosas con las que se induce a una persona a otorgar un testamento en un sentido diferente del que hubiera otorgado si no hubieran mediado tales interferencias. También hay que entender que existe actuación dolosa cuando ésta tiene por finalidad que el otor-

(2) IZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “La planificación hereditaria. El testamento”, Jornadas sobre la herencia, El Puerto de Santa María, 29 y 30 de noviembre de 2003.

gante revoque el testamento anteriormente otorgado, o cuando una persona trata con ellas de impedir que otra de la que es heredero intestado otorgue libremente su última voluntad.

La jurisprudencia ha integrado la laguna legal por medio de la aplicación analógica de los artículos 1.269 y 1.270 del Código Civil, tal como declararon las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1972 y 3 de febrero de 1977: “Si bien el artículo 1.269 se refiere al dolo específico contractual, en defecto de una doctrina general de los vicios de voluntad y la nulidad o anulabilidad por dolo en los negocios jurídicos, viene aplicándose por analogía la regulación relativa a los contratos a pesar de las notorias diferencias entre los negocios bilaterales y los actos unilaterales, tomando el consentimiento como sinónimo de voluntad cuya autonomía puede ser anulada si se coarta por estímulos exógenos o endógenos capaces y suficientes y concretamente puede producir este efecto el dolo, como admiten los artículos 1.265 y 1.269 del Código Civil, pero en todo caso las maquinaciones insidiosas, en que este último lo hace consistir, han de quedar claras como causa determinante de la conducta”.

Hay que resaltar que algunas definiciones han quedado trasnochadas, como por ejemplo la que indica que es captatoria la disposición testamentaria hecha con el fin de inducir al favorecido a otorgar testamento a favor del disponente, o la de que son constitutivas de sugestión testamentaria las atenciones, sugerencias o estímulos realizados con objeto de inducir a otra persona a otorgar testamento, consiguiendo inclinar su voluntad en un determinado sentido.

Hay supuestos, aparte de los de captación o sugestión de la voluntad, como aquel del que se ocupó la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1945, que recibe el nombre de “simulación de conveniencia”. Se trataba de un abogado que, prevaleciéndose de la relación de confianza que tenía con la testadora, indujo a ésta a revocar un testamento que había otorgado anteriormente, a favor de su sobrina por la que sentía un gran afecto, para instituirle a él heredero en vista de la “conveniencia”, con el objeto de evitar que los bienes relictos quedasen afectados al proceso de responsabilidades políticas del que venía siendo objeto dicha heredera, ya reducida a prisión. El abogado había prometido a la testadora que haría llegar los bienes de la herencia o su valor a poder de la sobrina cuando las circunstancias lo permitiesen.

Al igual que ocurre en materia contractual propiamente dicha, el dolo debe ser grave, por lo que no es suficiente el llamado *dolus bonus*, o, en otras palabras, los mimos, las atenciones, los especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que la misma dirija a su favor la disposición patrimonial *mortis causa*. Así, debe existir total y absoluta relación de causalidad entre la maquinación y la disposición testamentaria, de mane-

ra que, si el testador tenía el propósito de ordenar su sucesión en la dirección en que lo hizo en su testamento, no habrá vicio de la voluntad.

El dolo no se presume, sino que hay que probarlo. La prueba corresponde a quien lo alega, según declararon las sentencias del Supremo de 22 de marzo de 1941, 10 de mayo de 1972 y 7 de enero de 1975. Esta última sentencia es muy interesante porque matiza declarando lo siguiente: "Habiendo declarado esta Sala que aun cuando la libertad del consentimiento tenga extraordinaria importancia en materia testamentaria y pueda el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, al igual que los demás negocios jurídicos, ser impugnado por engaño doloso, según resulta del explícito precepto contenido en el artículo 673, en relación con la doctrina que sobre el concepto y requisitos del dolo establecen los artículos 1.269 y 1.270, no ha de perderse de vista que es también interés social fundamentalísimo el de la seguridad jurídica, en razón del cual y de las normas generales que rigen en orden a la prueba, es tesis incontrovertible que el que invoca supuestos vicios de voluntad necesita probarlos debidamente, como un hecho impeditivo de los efectos jurídicos normalmente atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal y, por ello, esta sala, aplicando y salvaguardando tales cánones, no menos que los que gobierna con un cierto grado de rigidez el funcionamiento de la casación, tiene declarado tantas veces que el dolo no se presume y tiene que probarse por la parte que lo alega".

Esto significa que la existencia de dolo puede ser acreditada por cualquier medio de prueba, sea con documentos o testimonios, e incluso con presunciones. Pero esto último siempre que, no habiendo pruebas directas, al menos exista certeza sobre la "realidad de hechos que al unísono envuelvan la maquinación intencionadamente dirigida a mover en determinado sentido la voluntad del declarante", tal como determinó la sentencia del Supremo de 1 de junio de 1962.

Parece oportuno reseñar que la doctrina francesa, en este extremo, ilustra, de manera ejemplar, las maniobras dolosas, enumerando, entre otras, la interceptación de la correspondencia, el alejamiento de los antiguos amigos, el despido de los criados fieles, las calumnias contra la familia, la injerencia en los negocios del testador.

Esta doctrina sugiere que se tenga en cuenta la circunstancia de que el testador sea persona de espíritu débil o de carácter apocado, pues el dolo no es el resultado de una presión momentánea, sino de una maquinación prolongada en el tiempo que provoca una suerte de sumisión de la voluntad del testador. En este sentido, la fortaleza física y mental del testador pueden resultar determinantes. Asimismo, será importante, en cuanto factor a tener en cuenta, que, después de otorgado el testamento, no haya existido revocación alguna, porque ello permitirá deducir, con

frecuencia, que la maniobra continuó hasta el fallecimiento del testador.

De todas formas, hay un alto grado de relativismo en toda esta materia, lo que provoca que la elaboración doctrinal no pueda ir muy lejos, pues la necesaria valoración de cada sujeto implicado lo impide.

La sentencia de 1 de junio de 1962 resolvió un supuesto que, a todas luces, resulta muy interesante: se trataba de un señor, casado en segundas nupcias con una mujer más joven que él y parece que la voluntad de éste había quedado sometida a la voluntad de ésta, provocando un ulterior testamento en el que se limitaron los derechos hereditarios de las hijas de su primer matrimonio a la legítima estricta. La acción de impugnación no llegó a prosperar por falta del debido acreditamiento del dolo, cuando lo cierto es que, si se lee detenidamente la sentencia, se llega a la conclusión de que el testador tenía una voluntad débil y tornadiza, lo que, añadido a la circunstancia de las cartas aportadas al proceso, hace que quepa la sorpresa, como no podía ser menos, por la no apreciación del dolo por el Tribunal Supremo. En una de estas cartas, la duquesa daba al asesor jurídico de la Casa Ducal unas instrucciones para incluir en el clausulado del primer testamento del duque. En la otra, la “nurse” de la última hija del testador afirmaba que éste no tomaba decisiones propias en su vida cotidiana, y que su correspondencia pasaba previamente por las manos de su esposa, que utilizaba lo no conveniente.

En otros supuestos, como por ejemplo en el contemplado en la sentencia, también del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 1974, se apreció el dolo en un supuesto de impugnación de un testamento abierto otorgado por el causante. Éste era soltero y sastre de profesión, muy diestro con las tijeras y muy ahorrativo, tanto que había logrado acumular un importante caudal y comprado bastantes inmuebles. Después de ser operado de un cáncer de estómago, pasó a vivir en la casa de su hermano, y éste consiguió que revocase anteriores testamentos, dejándole a él la totalidad de su patrimonio en detrimento de los sobrinos, que habían sido instituidos herederos en un testamento anterior. El Tribunal Supremo declaró, al respecto, lo siguiente: “el otorgamiento de dicha disposición testamentaria tuvo su origen en maniobras de captación de la voluntad del causante, cuando se alojaba en el domicilio del demandado, y que éste había conseguido con anterioridad otra herencia, de un hermano fallecido, de forma análoga, es decir, en pruebas directas, que por no haber sido impugnadas en el recurso, y mucho menos destruidas, permanecen inalterables”.

Este último caso, tal como ha puesto de manifiesto, con agudeza, Mariano IZQUIERDO TOLSADA (3), enlaza muy directamente con una consulta

(3) Ídem: *ibídem*.

relativamente frecuente: la persona que ha atendido a otra en sus momentos de última enfermedad, ¿tiene por ley reconocido algún derecho hereditario? La respuesta a esta pregunta es sencilla y contundente: la Ley no concede derecho alguno a estas personas por el solo hecho de haberse ocupado del cuidado del enfermo. En todo caso, tendrán los derechos que puedan corresponderles en su condición de legitimarios o herederos voluntarios o abintestato. Así, si como únicos parientes tenía cuatro sobrinos y resulta que uno de los cuatro se ocupó de él y los otros ni siquiera fueron a visitarle, la herencia se repartirá por partes iguales, a falta de designación expresa. Si murió sin testamento y no tenía parientes dentro del cuarto grado, no se abrirá la sucesión a favor de los parientes. Aunque los haya de grado más lejano que se hubieran ocupado de sus cuidados, ninguno heredará nada.

Una voluntad libre y espontáneamente manifestada de modo directo es la única que puede imponer su ley a la sucesión, por lo que, tal como se ha podido comprobar en páginas atrás, se hace necesario examinar y analizar muy a fondo el particular sentido y significado que, en materia testamentaria, ofrece la teoría de los denominados vicios de la voluntad, porque éstos, sin duda alguna, no juegan en la misma manera en los testamentos que en los contratos, ya que, en los primeros, la Ley tutela únicamente una voluntad, la del testador, y, en los segundos, han de tenerse en cuenta dos partes, dos intereses contrapuestos y perfectamente diferenciados, cuales son la voluntad y el interés de cada una de las partes contratantes. Por eso, extender, sin crítica, principios propios del derecho contractual al derecho testamentario puede dar lugar –de hecho, los da– a errores graves y a resultados injustos.

Como expuso hace muchos años Alfonso DE COSSÍO (4), la existencia de dolo, fraude o violencia en el testamento tiene, en efecto, un alcance mayor que el de implicar un vicio de la voluntad, ya que supone la existencia de un verdadero delito civil, que la Ley sanciona, no sólo con la nulidad, sino con la imposición de penas, ya que el testamento está llamado a producir sus efectos después de la muerte del testador, es decir, en un momento en el que éste ya no podrá evitar sus consecuencias mediante el ejercicio de las acciones de impugnación y rescabimiento, lo que determina que se extienda aquí la idea del dolo a supuestos y consecuencias que no se dan cuando de simple anulabilidad de un contrato se trata.

Si nos centramos en el dolo testamentario, lo primero que salta a la vista es que el dolo puede jugar en materia testamentaria de modo posi-

(4) DE COSSÍO, Alfonso: "Dolo y captación en las disposiciones testamentarias", en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, Madrid, 1964.

tivo, en cuanto determinante de un acto de última voluntad. Pero también puede jugar en sentido negativo, pues, según el artículo 674 del Código Civil, “el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que haya incurrido”.

Con arreglo a ello, la sentencia de 25 de octubre de 1928 declaró que el acto doloso está calificado por ser producto de la astucia, maquinación o artificio empleados para engañar a otra persona, por quien puede beneficiarse del fin propuesto y con tan injusto procedimiento conseguido. Es, por tanto, producto de un engaño o resultado de una falta de verdad, empleadas por quien se proponga y lo haya conseguido, frustrar la ley o privar de los derechos que de la misma se deriven, realizando un fraude con la consiguiente existencia de perjuicios apreciables.

En este sentido, se tiende a identificar el dolo con el error sustancial, estableciendo entre ellos la misma relación que existe entre la causa y el efecto. Esta es la concepción que parece admitir el Derecho anglosajón, tal como puso de relieve POLLOCK (5): “La sinceridad y plenitud del consentimiento pueden ser afectados por la ignorancia, es decir, por la creencia errónea o simplemente la falta de información o de creencia en hechos sustanciales del contrato. Las consecuencias son diferentes según que este estado de espíritu sea debido o no a la otra parte, más bien que al estado de espíritu de la lesionada; hablamos no de error padecido por dolo, sino de dolo simplemente, como de una causa capaz de producir la nulidad de contrato, aunque no haya dolo donde no hay error. Podemos ofrecer las combinaciones siguientes: a) Ignorancia no causada por el acto de la otra parte: es lo que, en Derecho, se llama «mistake» (error); b) Ignorancia causada por la otra parte sin intención: es lo que se llama «misrepresentation» (falsa representación), y c) Ignorancia causada por la otra parte con mala intención: es lo que se llama fraude (dolo)”.

La sentencia del Supremo de 7 de enero de 1975 declaró, en sus considerandos, que “su primer motivo impugna la validez del testamento de la causante, alegando infracción del artículo 674 del Código Civil en relación con el artículo 756 del mismo cuerpo legal y jurisprudencia que cita, siendo bastante para su inadmisión y consiguiente desestimación en este trámite tener en cuenta su falta de precisión (...), aparte de que el precepto del número 6 del artículo 756, que contempla la incapacidad de suceder por causa de indignidad, se refiere a los casos en que no llegue a otorgarse testamento, pues si a virtud de la coacción se consigue el otor-

(5) POLLOCK: *Principles of contracts*, citado por DE COSSÍO, Alfonso, en artículo citado en nota 4.

gamiento, entonces la disposición aplicable es la del artículo 673 –sentencia de 24 de mayo de 1954–, habiendo declarado esta Sala que aun cuando la libertad del consentimiento tenga extraordinaria importancia en materia testamentaria y pueda el acto de disposición de los bienes para después de la muerte, al igual que los demás negocios jurídicos, ser impugnado por engaño doloso, según resulta del explícito precepto contenido en el artículo 673, en relación con la doctrina que sobre el concepto y requisitos del dolo establecen los artículos 1.269 y 1.270, no ha de perderse de vista que es también interés social fundamentalísimo el de la seguridad jurídica, en razón del cual y de las normas generales que rigen en orden a la prueba, es tesis incontrovertible que el que invoca supuestos vicios de voluntad necesita probarlos debidamente, como un hecho impositivo de los efectos jurídicos normalmente atribuidos a las declaraciones emitidas en forma legal; y por ello, esta Sala, aplicando y salvaguardando tales cánones, no menos que los que gobiernan con un cierto grado de rigidez el funcionamiento de la casación, tiene declarado tantas veces que el dolo no se presume y tiene que probarse por la parte que lo alega, correspondiendo como cuestión de hecho al Tribunal de instancia la apreciación de su existencia”.

Es importante subrayar que “dolo” y “fraude” son dos conceptos distintos. Así, una sentencia –muy antigua– de 22 de febrero de 1934 llamó la atención sobre la diferencia existente entre los artículos 673, que se refiere al “dolo o fraude”, y el 756, referido exclusivamente al fraude, señalando, con tal motivo, la existencia de lagunas legales susceptibles, en todo caso, de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales.

Parece evidente que el concepto de “fraude” va íntimamente ligado con el de “engaño”, al paso que el concepto de dolo se extiende a otros supuestos de naturaleza muy distinta.

El error es uno de los posibles efectos del dolo, pero no es el único que puede dar lugar a la nulidad de un testamento.

Ya en el *Digesto* se definía el dolo como la maquinación, cuando se finge una cosa y se hace otra. Se consideraba, en consecuencia, únicamente eficaz el dolo cuando llega a producir un engaño y a determinar un error. Ésta era la definición que hacía Servio del dolo (6).

Sin embargo, Labeón estimaba que el dolo era toda astucia, engaño o maquinación que se hace para perjudicar, engañar o captar a otro. Ulpiano, por su parte, concluía afirmando en que la definición de Labeón era la verdadera.

Es obvio que, puede acaecer, y ello será lo más frecuente, que los manejos dolosos produzcan un error sustancial, que determine la nulidad

(6) *Digesto*, 4, 3, 1, 2.

del testamento; no faltan, sin embargo, casos en que tales maniobras y artificios, cuando encuentran el terreno propicio de una voluntad débil, lleguen a anularla por completo, sustituyendo la voluntad del testador por la del agente del dolo.

La sentencia de 31 de octubre de 1924 declaró que “el dolo consiste genéricamente en el propósito de dañar injustamente”, y la de 19 de mayo de 1925 afirmó que son características del dolo “la idea de engaño o propósito de engañar injustamente”.

Nuestro Código Civil no define qué debe entenderse por dolo o fraude con respecto a las disposiciones de última voluntad. Por ello, tal como ha quedado expuesto en páginas atrás, hay que entender aplicables los artículos 1.269 y 1.270 del Código Civil. Algunos autores, no obstante, han contrapuesto el fraude, que implica engaño, al dolo, que no consiste en recurrir precisamente al engaño, sino que puede consistir en maquinaciones y artificios para inclinar en un determinado sentido una voluntad débil, llegando a anularla por completo. Este concepto del fraude —que, al fin y al cabo, no sería completamente ajeno, como expresan Manuel DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y Antonio DE LA ESPERANZA Y MARTÍNEZ-RADÍO (7), al dolo, aparece acogido por las sentencias de 1 de junio de 1962 y, sobre todo, por la de 9 de mayo de 1979, referidas al concepto “captación”, que define como artificios o maquinaciones encaminados a desviar la libre determinación de las decisiones del causante para conseguir que se aparte de la herencia a personas que, en otro caso, serían llamadas a la sucesión. En el caso, el testador era un sujeto de personalidad psicopática cuya voluntad fue captada por el instituido, que ya había conseguido hacerse con la herencia de otro hermano por análogos procedimientos, y que alojó al testador en su domicilio (el testamento fue anulado, como ya sabemos, porque el comentario a esta sentencia se ha hecho *supra*).

El Tribunal Supremo ha declarado que al término “dolo”, a falta de una doctrina general sobre vicios de la voluntad, debe serle aplicado el concepto del artículo 1.269 del Código Civil, aunque haya notorias diferencias entre los negocios unilaterales, según la sentencia de 10 de mayo de 1972, y que el dolo testamentario consiste en el empleo de la astucia, maquinación o artificio dirigidos a desviar la libre determinación de las decisiones del testador (sentencia de 9 de abril de 1974).

De otro lado, la violencia no aparece definida en el artículo 673, ni tampoco se hace referencia a la intimidación. Ambos conceptos se distinguen, no obstante, porque en el primero se trata de ejercer una coacción

(7) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y DE LA ESPERANZA Y MARTÍNEZ-RADÍO, Antonio: “Elementos de Derecho sucesorio”, *La Ley*, Madrid, 1997.

de carácter externo o físico, al paso que la intimidación comporta una coacción moral. Ambas son invalidatorias, ya que la violencia puede dar lugar incluso a la nulidad absoluta si el testador es materialmente forzado a otorgar el testamento en el acto del otorgamiento, y ello no ofrece duda si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 756.5 del Código Civil, referido tanto a la amenaza como a la violencia. La sentencia de 22 de febrero de 1934, que paso a analizar a continuación, incluyó en los artículos 673 y 674 ambos conceptos.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1934 se dictó resolviendo un supuesto en el que un marido logró, por medio de amenazas de muerte, que su esposa le hiciera heredero. El Tribunal a quo declaró válido el testamento y al marido incapaz de heredar por indignidad. Se recurrió en casación, pidiendo la anulación del testamento y el Tribunal Supremo, fundándose en que el hecho de que las amenazas estén contadas entre los motivos de indignidad, no implica el que cuando ellas determinaron, por intimidación, el testamento sean contadas como violencia moral *metus* y, por lo tanto, como causa de anulación, casó la sentencia y anuló el testamento.

En sus considerandos, declaró el Supremo que “al objeto de desarrollar con plena consecuencia los temas de casación propuestos en este recurso, conviene hacer una relación exacta de los hechos que, para lo pertinente, la Sala de instancia admite como probados y ellos son los siguientes: primero, que constante matrimonio de don A. S. R. con doña M. del R. C. de la F. La esposa otorgó testamento ante notario en 23 de junio de 1924 por el que instituía herederos a los sobrinos que designa; segundo, que tras una vida conyugal de incesantes desavenencias y discusiones por cuestiones de intereses, desde 1920 a 1927, que motivaron por dos veces el depósito judicial de la mujer, ésta fue amenazada de muerte por su marido, si no cedía a otorgar testamento a su favor; y tercero, que el 10 de marzo de 1927 hizo, en efecto, una nueva disposición testamentaria notarial, por la que nombra en la cláusula cuarta, único y universal heredero a su referido esposo y en la quinta revoca expresamente cuantos tenga otorgados –se refiere a los testamentos– con anterioridad como su postrera y deliberada voluntad”.

“Que solicitada conjuntamente la nulidad de este último testamento y la incapacidad de suceder por indignidad del heredero instituido, denegó el Tribunal a quo el primer extremo, pero accedió al segundo, por entender que la probada amenaza de muerte como causa de testamentifacción, asume carácter intimidatorio, distinto del de violencia, según explica el artículo 1.267 en relación con el 1.265 del Código Civil; y eliminadas las amenazas, cualquiera que sea su gravedad, del texto categórico del artículo 673, para incluirla *nominatim* en el número 6 sexto del 756, sólo co-

rresponde imponer en el caso de autos la sanción relativa establecida aquí y no la de nulidad absoluta prevenida por aquél; pero alzado el primer motivo de casación, con la extensión y el alcance que razona el recurrente, ha de contraerse la tesis dialéctica al punto concreto de hallarse o no comprendida la noción intimidante de la coacción moral bajo la rúbrica genérica de «violencia» que, como fundamento de anulación testamentaria, se inscribe en el citado artículo 673.”

“Que entendiendo el testamento como una manifestación de voluntad por la cual cierta persona dispone de todos sus bienes o de parte de ellos para después de la muerte (art. 677 del Código Civil), es evidente que constituye un acto volitivo que, como tal, germina en el campo reservado por la ley a la autonomía de la libertad individual, cuyo orden causal se quiebra cuando la interferencia de un fenómeno insólito, intrínseco o extrínseco, opera sobre la determinación interna del querer, dando a la declaración humana una materia o inclinación radicalmente distinta de las motivadas en génesis moral por la colaboración de la libertad y del medio, que si obedeciera, de contrario, al estímulo o presión de otros poderes extraños, se desvaría o desnaturalizaría la sustancia del propio ser, porque donde no hay deliberación ni acción autónomas tampoco existe decisión personal libremente realizada y desaparece toda solidaridad interna y toda unidad dominante de la vida, por la yuxtaposición de elementos ajenos a la coherencia de los que integran la personalidad inteligente, y de ahí que las anomalías de la voluntad, reflejada a veces en las formas plásticas del consentimiento dentro de los negocios jurídicos que lo requieren, cuales la menor edad y el trastorno mental, por una parte, la violencia –material y moral–, el dolo y el fraude, de la otra, aquéllos en concepto de factores endógenos y éstos externos, han sido acogidos en todas las legislaciones como agentes de instituciones defectuosas o coartadas sin más valor ni prestigio que el de meras apariencias, relevantes y condenadas a sucumbir cuando la ley reobra contra ellas.”

“Que la violencia *in genere* en sus dos aspectos de violencia material, *vis*, y violencia moral, asume el primer lugar en la jerarquía de los vicios que aniquilan o perturban la libertad de querer, puesto que la primera, en su sentido de constricción material, de fuerza física irresistible, y la segunda, como amenaza grave e injusta de un mal temido, quitan toda posibilidad de obtener un movimiento propio y sujetan los motivos racionales de la volición frente a la conciencia rectora así encadenada; fundamento en méritos del cual el derecho romano incluyó las dos especies en un solo concepto (...) y así pasó a nuestra legislación, consignada en el Fuero Juzgo (...), el Fuero Real (...) y las Partidas (...) y se recoge cumplidamente en los artículos 1.275 y 1.267 del Código Civil, interpretado por constante doctrina, los cuales, al explicar la naturaleza específica de

la fuerza y el miedo, no los desintegra en su calidad efectual de analogía, aunque designe a la primera con una locución demasiado extensiva.”

“Que, concretamente, al negocio unilateral testamentario, inspirado en una moción de liberalidad que, por lo mismo, requiere mayor diafanidad y limpieza en las voliciones electivas, la ley establece normas depuradoras de la libre determinación en el querer del causante y entre ellas sanciona con nulidad el instrumento otorgado mediante violencia, dolo o fraude; bien entendido que, dominada la institución testamentaria por la concepción apriorística de la autonomía de la voluntad, no limita la norma legal el sentido de la «violencia» al de fuerza material, al invencible *vis atrox*, *vis divina*, *vis maior* con una inconsecuencia e ilogismo propios de la naturaleza jurídica de la institución, de su importancia social y de la sistemática del Código Civil, sino que embebe en ella la coacción moral intimidatoria, causal, grave e injusta, porque tal criterio responde así a la dirección del pensamiento que guía este aspecto trascendente de la sucesión «ex testamento» en nuestro derecho; y aunque es verdad la inclusión de las amenazas entre los motivos de indignidad que enumera el artículo 756, en apariencia excluidas del 673 por no haber sido designadas en el *nominatim*, no es menos cierto que la violencia y el fraude se citan en ambos y el dolo se omite en aquél, lo que supone más que un defecto de técnica, por la existencia de lagunas susceptibles en todo caso de ser cubiertas mediante construcciones jurisprudenciales, una gradación intensiva de los citados vicios de la voluntad, aptos unas veces, si son agudos, para anular radicalmente el consentimiento, cuando no aniquilan y anonadan o de enervarlo otras relativamente si el sujeto imputado de coaccionar en provecho no logró destruir por completo la libre decisión y lucidez de la víctima, en cuyo caso y por vía de sanción penal, se le incapacita para suceder a causa de indignidad, conservando incólume el resto de la institución sucesoria; en suma, que si las amenazas en general no deben ser consideradas siempre como materia de violencia moral, aunque revistan entidad suficiente para dotar indignidad, cuando por el contrario son de tal naturaleza que infundan racionalmente temor grave al paciente y le causen inhibición de su libertad, constituyen una modalidad de la violencia genérica y pueden por lo tanto determinar la nulidad del testamento, a estímulos del artículo 673 del Código Civil; y es claro que, dentro de esta categoría, caen indiscutiblemente las amenazas de muerte, como muy calificadas.”

“Que establecida por la Sala de instancia la ilación incontrovertible de hechos probados, y tal como aparecen enumerados en el primer considerando de esta sentencia, es lógico declarar la existencia de una relación de causalidad entre las amenazas de muerte proferidas por el heredero y el otorgamiento del testamento en que lo instituye como único y

universal sucesor, así como igualmente procede estimar la extraordinaria gravedad del miedo producido a través de aquella coacción moral, con poder de ofuscación de la inteligencia y de secuestro de la voluntad, que por demás es injusta e ilegítima vejación; y todo esto supone la intervención de la violencia intimidatoria integral en la formación aparente de la institución testamentaria coartada, nula e írrita *ab initio* y por lo tanto irrelevante en sus efectos, puesto que el juzgador de mérito no da elementos facticios de juicio para presumir siquiera una reacción espiritual posterior al momento de la emisión de la voluntad cohibida, susceptible de convalidarla o de ratificar sus cláusulas de modo expreso, *tracto tempore*".

Esta sentencia, a primera vista, parece un tanto embrollada, pero hay que tener en cuenta el año en que fue dictada, 1934. Su antigüedad se pone de manifiesto en su dicción lingüística, pero es interesante por cuanto pone de relieve algo que estimo es de gran trascendencia en sede del tema que estoy tratando: se trata de la relación de causalidad que ha de existir –para que un testamento sea declarado nulo– entre la violencia y/o coacción ejercidas sobre el testador y el posterior otorgamiento del testamento. Sin la existencia de esta relación de causalidad, no cabe que un testamento sea declarado nulo por violencia o intimidación.

Es interesante resaltar, llegados a este punto, cuáles son los requisitos exigidos para la existencia de coacción o violencia moral. En este sentido, hay que analizar, de una forma detenida, una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de marzo de 1994. Efectivamente, en esta sentencia se parte de la idea de la falta de prueba de la coacción moral alegada. El fundamento jurídico segundo de esta sentencia declaraba que la actora ejercitaba dos acciones: una, por la que impugnaba la validez del testamento abierto que su madre, A. F. M., había otorgado el 27 de mayo de 1992, en el que, tras mencionarla, "de conformidad con lo establecido en el artículo 120.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón", instituía heredera de la totalidad de sus bienes, derechos y acciones a su hija doña Rosa María (demandada).

La segunda de las acciones ejercitadas pretendía que, tras la declaración de nulidad del testamento, se declarara "ola privanza" del derecho a la herencia de la demandada.

Ambas acciones ejercitadas tuvieron, como base, la concurrencia del dolo, violencia o fraude que la demandada habría empleado –supuestamente– para con su madre, con el fin de que otorgara testamento, en primer lugar, y, en segundo lugar, para impedirle que lo rectificara, con invocación del artículo 673 del Código Civil, pero no especificaba la actora cuál de los tres vicios de voluntad constituye el asiento de su pretensión, el fundamento en el que había que apoyarse.

Al parecer, ambas hermanas litigantes habían cuidado a su madre –la testadora– en los últimos años de su vida. La razón de la nulidad pretendida se contenía en la afirmación que la causante había hecho a la actora que “en el mes de mayo, cuando estaba en casa de Rosa María, llamó a un notario para que hiciera testamento en las condiciones que ella me imponía. Yo tenía miedo de tu hermana y lo hice contra mi voluntad, me lo hicieron con el dedo. Yo, a pesar del mal comportamiento de siempre de tu hermana, quiero que seáis las dos iguales. Quiero rectificar el testamento y hacer otro”.

Del relato de los hechos se afirmaba que la demandada trató de aislar a su madre de los demás miembros de la familia, manteniéndola en su exclusiva compañía, por lo que se desprendía que el motivo de nulidad que se invocaba, que, a su vez, sirve como causa de la privación del derecho hereditario de la demandada, estaba constituido por la coacción moral.

El fundamento jurídico cuarto de la sentencia declaró que “ciertamente que la coacción o violencia moral se debe entender comprendida dentro de los vicios de la voluntad que se contienen en los artículos 673 y 674 del Código Civil, y así lo ha proclamado la jurisprudencia (...) siempre que sea grave y, por lo tanto, si se emplea para obtener el otorgamiento de un testamento éste será anulable, y si se emplea para impedirlo dará lugar a la privación del derecho hereditario del que lo haya empleado.

Ahora bien, como cualquier otro vicio de voluntad, la violencia o coacción moral han de ser debidamente probadas por quien las alega (...), sin que baste la mera afirmación de que el favorecido por el testamento impugnado tuviere al testador en su connivencia, como aislado y sometido a las presiones domésticas derivadas (...), máxime cuando como en el presente caso se trata de un testamento abierto otorgado ante dos testigos con todos los requisitos legales, la que dota de una enérgica presunción *iuris tantum* de validez que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba de contrario (sentencias de 13 de julio de 1981 y 13 de octubre de 1990)”.

“Pues bien, en el presente caso, el actor no ha llevado a cabo tal prueba; en primer lugar, su afirmación de que el demandado trató de aislar a su madre del resto de familiares se halla huérfana de toda prueba, pues ni tan siquiera en el interrogatorio de preguntas por ella presentado se contiene extremo alguno relativo a la señalada cuestión, sin que al efecto pueda servir la pregunta número 2, pues al contestar la repregunta la testigo doña Matea, hermana de la testadora, afirma que las litigantes acordaron tener a su madre en su compañía un mes cada una. De otro lado, el supuesto aislamiento se comprende mal con su ingreso en

dos ocasiones en los dos meses anteriores a su fallecimiento, con una duración total de unos quince días, en el Hospital Miguel Servet, el último de los cuales terminó con su fallecimiento, después de cuatro días de permanencia (...).”

“En segundo lugar, si bien es cierto que la hermana de la finada al contestar a la pregunta número 7 del interrogatorio afirma que ésta le dijo la expresión que se contiene en el hecho cuarto de la demanda, más arriba transcrito, ello no puede bastar para tener por probada la existencia de violencia moral, pues, de una parte, ésta difícilmente podría mantenerse durante el ingreso en su centro hospitalario en el que, según afirma la propia actora, la dejaba sola durante largos períodos de tiempo, de otra parte tampoco se entiende cómo el mismo día en que la testadora comunicó a su hija la realización de un testamento contra su voluntad no se dispuso lo necesario para su revocación y, finalmente, ha de señalarse que no se contiene en la demanda el acto que la demandada pudiera haber realizado para quebrantar la voluntad de su madre; en cualquier caso, lo endeble de la prueba presentada por la actora en modo alguno puede desvirtuar la presunción de validez que se deriva de un testamento regularmente otorgado, por todo lo cual se impone la estimación del recurso interpuesto.”

En esta sentencia late una idea importante: cuando la violencia moral o la coacción empleada sobre el testador es grave, da lugar a la anulabilidad del testamento así otorgado; cuando se emplea para impedir el otorgamiento de testamento, dará lugar a la privación del derecho hereditario del que lo haya empleado.

Carlos VÁZQUEZ IRUZUBIETA expresaba que la violencia o el fraude pueden provenir no sólo de un tercero o un eventual legatario, sino y concretamente de quien sería heredero abintestato si el causante muriera sin testar, que será, seguramente, el supuesto más corriente, por lo cual el legislador le ha dedicado un precepto autónomo. La sanción, además de la que, desde el punto de vista penal, pudiera corresponderle, es la pérdida de sus derechos hereditarios (8). La acción de impedir el libre otorgamiento de un testamento puede ser física o moral, mediante amenazas. Tampoco se descarta el fraude en tanto que engaño.

Problemática es la cuestión relativa al error sufrido por el testador, de la que se ocupa la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de febrero de 2001, en la que se alegaba que había existido error en la causante en la concreción de los bienes de la herencia, declarando en su fundamento jurídico segundo que “para centrarnos en las alegaciones en que se fundamenta el recurso de apelación interpuesto, hemos de partir

(8) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 2000.

de la base de que el testamento como tal negocio jurídico exige para su eficacia el hecho de que exista una declaración de voluntad libre y sin vicios en el consentimiento, de ahí que el artículo 673 del Código Civil disponga que será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude; sin embargo, a diferencia del artículo 1.265 del citado Código, referente a los contratos, el precepto anteriormente mencionado no incluye el error entre las causas de nulidad del testamento, planteando tal omisión la problemática de si la misma es intencionada o si por el contrario el error en general como vicio del consentimiento puede servir también para las disposiciones testamentarias en las que concurra”.

“Sentado lo anterior, la Sala entiende que la omisión que se hace en el artículo 673 citado no tiene sentido excluyente, sino que sólo existe en su redacción una normativa que ha de subsanarse acudiendo a la aplicación analógica del artículo 1.265 del Código Civil, de ahí que será relevante, no sólo el error *in negotio* que entraña inexistencia de verdadera voluntad de testar, sino cualquier error esencial referente al contenido de la declaración testamentaria, pues de no entenderlo así se vulnerará el artículo 675 del Código Civil, que da prevalencia a la voluntad del testador al tener por eficaz una disposición equivocada.”

“Aplicando tales criterios a que el error pueda ser causa para invalidar el testamento, lo cierto es que, en el presente caso, ateniéndonos a los criterios de interpretación que establece el mencionado artículo 675 del Código Civil, no consta de modo acreditado que fuese otra la voluntad de la causante que la que aparece reflejada en su testamento. Es por ello por lo que no procede estimar la nulidad del testamento que se pretende en el recurso interpuesto, ya que además y de conformidad con lo establecido en el artículo 743 del Código Civil, sobre la ineficacia de los testamentos, tampoco nos encontramos en los supuestos excepcionales que a tal efecto se regulan en los artículos 767, párrafo 1, y 862, todos ellos del Código Civil, en cuanto que no consta acreditado que su aplicación en este caso en concreto pueda invalidar las disposiciones testamentarias que se impugnen. En último extremo, la Sala entiende, aceptando los razonamientos del cuarto de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, que tampoco procede acoger la nulidad del testamento que se solicita por el demandante, por entender éste que en el mismo se ha lesionado su legítima. Es evidente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 815 del Código Civil, el ahora apelante puede pedir que se restablezca el perjuicio que haya podido tener ejercitando las acciones correspondientes contra los herederos, pero éstas no pueden llevar consigo la nulidad de las disposiciones testamentarias que se pretenden en este procedimiento; de ahí que proceda la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada.”

Ya ha quedado analizado en páginas anteriores que el error se omite entre los vicios de la voluntad que restan eficacia a un testamento, quizá por la dificultad o, mejor dicho, la imposibilidad de acreditarlo, dado que quien lo padeció –o, presuntamente, lo padeció– está muerto.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA pone el ejemplo del testador, que dice: “Mejoro a mi hijo Luis”, justificándose plenamente que el testador no tuvo nunca un hijo de ese nombre, por lo que se tomaría como un error en la designación sin posibilidad de saber a quién se refería en realidad, por lo cual esta cláusula de mejora quedaría como no puesta. Sin embargo, el error mismo está excluido del precepto como causa específica de nulidad testamentaria. El error en cuanto a su contenido, que no el error provocado, parece ser una hipótesis totalmente descartable: el propio testador cree, sin la intervención de nadie, que su hijo está incurso en causa de desheredación y le priva equivocadamente de la legítima larga. Aunque haya quienes piensan que se trata de una hipótesis perfectamente estimable como error sustancial capaz de provocar la nulidad del testamento, con mejor criterio, a juicio de VÁZQUEZ IRUZUBIETA (9), se debe resolver esta cuestión recordando que el artículo 743 del Código Civil no autoriza a declarar la ineficacia de un testamento o de sus cláusulas sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código. Y, en cuanto a la naturaleza misma del acto, también es descartable el error –creer que se está llevando a cabo un negocio jurídico distinto al testamento.

No siempre es fácil distinguir con claridad el dolo de la violencia como vicios de la voluntad. En este sentido, CARNELUTTI matizaba afirmando que tanto el dolo como la violencia son formas de atentado contra la libertad del querer –se refiere a la volición–, en cuanto se resuelven en la influencia de un querer extraño sobre el querer del agente, esto es, es una alteración de la situación natural, a base de la cual el querer debería determinarse. Tanto el autor de la violencia como el autor del dolo ponen motivos aptos para dirigir la elección del agente, y la diferencia, según este autor (10), está en que mientras, si se trata de dolo, los motivos son ficticios, al paso que, si se trata de violencia, los motivos son reales. CARNELUTTI pone el empleo siguiente: si amenaza a alguien con matarle si no hace testamento a mi favor, es violencia, en tanto que si le hago creer que otro le matará, es dolo.

La sentencia de 28 de febrero de 1883, tomada como paradigma por la jurisprudencia italiana, afirmaba que “si la captación puede incluir el concepto de malas artes y manejos dolosos para aprovecharse de la li-

(9) Ídem: *ibídem*.

(10) CARNELUTTI: “Captazione del testamento e indegnità a succedere”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1933.

beralidad a favor propio, la sugestión, como la misma palabra indica, se refiere a una disposición que alguno, con torcidas intenciones y manejos, haya insinuado en el ánimo del testador, ya a su propio favor, ya en ventaja de otro. Pero si la sugestión y la captación representan dos maneras distintas mediante las cuales el dolo puede actuar sobre el ánimo de otro, los efectos, por lo demás, son idénticos, en cuanto con el dolo se quita o disminuye la espontaneidad que es carácter esencial del testamento, y se llega con ello a obtener una disposición que el testador no habría dictado si no hubiera sido captado o sugestionado”.

Para VITALI (11), en la doctrina italiana, seguida, asimismo por los franceses, hay que admitir la impugnabilidad del testamento por sugestión y captación, como una manifestación concreta de la acción de nulidad por dolo, es decir, que tanto una como otra producen la invalidez del testamento, de la institución de heredero o de legado, siempre que fuese el resultado de maniobras dolosas.

La sugestión y la captación, como efecto de dolo, no suponen tanto un error de la voluntad cuanto una anulación o aminoración de ésta, en cuanto que el artificio no va encaminado tanto a equivocar al testador como a determinar su querer (volición).

La doctrina italiana expresaba que el dolo y la violencia en los testamentos ofrecen formas de engaño más sutiles que las que se aprecian en relación con los contratos. Así, CICU afirmaba que, con respecto a la violencia, el legislador –italiano– había tratado de recoger la opinión, muy difundida, de que, en materia testamentaria, se tienen en cuenta formas de engaño mucho más sutiles que las que se tomarían en consideración en sede de contratos (12). Por su parte, GANGI afirmaba que el dolo en los testamentos debería ser valorado de modo más amplio que en los contratos y, por lo tanto, podía ser causa de invalidez del testamento, aun cuando por su entidad y por su influencia sobre la voluntad del disponente, no podría considerarse como causa de invalidez de un contrato (13). Para apoyar su tesis, citaba la sentencia del Tribunal de Apelación de Bolonia, de 20 de febrero de 1936, sosteniendo que el dolo y la violencia hacen inválido el testamento, no tanto en cuanto constituyen un vicio de la voluntad, sino en cuanto a causa de ellos viene a faltar un requisito esencial de la disposición testamentaria, que consiste en la pureza, en la libertad y en la verdad del querer del testador.

Lo esencial, a mi juicio, es, sin duda, que, interviniendo engaño y/o violencia, el testador, en un acto tan personalísimo como lo es, efectiva-

(11) VITALI: *De las sucesiones*, tomo I, traducción española, sin fecha.

(12) CICU: *El testamento*, traducción española, Madrid, 1959.

(13) GANGI: *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, Milán, 1952.

mente, el testamento, no va a ejercitar su libertad, no expresa su voluntad, sino que esa libertad y esa voluntad vienen coaccionadas y/o influenciadas por una persona extraña, por un tercero, que no es el propio testador, único árbitro de las disposiciones testamentarias. Éste es el núcleo de la problemática que estoy analizando.

La dificultad probatoria, a mi juicio, es un factor que, necesariamente, hay que tomar en cuenta en estos procesos. Efectivamente; hay sentencias –según he podido ir investigando– en las que se pone de relieve que no se ha llegado a probar, fehacientemente, que el testador otorgó testamento coaccionado o impulsado por el miedo o por cualquier género de violencia sobre él.

En este sentido, veamos una sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 11 de enero de 1999, declarando en su fundamento jurídico segundo que “... sentada la conclusión de falta de prueba de enfermedad que produjere en el testador una situación de incapacidad, es preciso examinar si concurre violencia, dolo o fraude de entidad suficiente para provocar la nulidad del testamento, de conformidad con el artículo 673 del Código Civil, y cuya carga de la prueba incumbe a los demandantes. Las tesis mantenidas por los demandantes pueden sintetizarse en la existencia de una táctica del codemandado, cuyas relaciones con su padre eran muy tirantes, para quedarse con todos los bienes de la herencia con un cambio de médico, obligando al abuelo a convivir con él, con agresiones físicas, psíquicas y falsas amenazas, obstaculización a toda relación con sus nietos, y existencia de miedo *vis compulsiva* y violencia teniendo en cuenta la edad y la situación de la víctima con su grave enfermedad. La tesis mantenida por el hijo codemandado puede resumirse que el cambio de criterio se debió al agradecimiento por haberle acogido en su casa en su última enfermedad, mientras que sus nietos no lo quisieron y tenían intención de internarlo en un geriátrico.

“Por la la Sala examinado el conjunto de la extensa prueba practicada, principalmente testifical, comparte la conclusión del Juzgador de instancia de que no consta acreditado ningún vicio del consentimiento. Sobre el particular no puede olvidarse el principio general del Derecho antes mencionado de que la voluntad del hombre es mudable hasta su muerte, y con ello es factible que el testador cambiare de criterio en sus cuatro últimos meses de vida, respecto a lo que antes considerare procedente, en un ámbito en el cual, salvo la parte destinada a legítima, el testador puede distribuir a su libre voluntad dos tercios de la herencia. Del contexto de pruebas se infiere que don José B. T. padecía de cáncer de próstata, del que se sospechó ya en el año 1992, se confirmó su malignidad en el año 1994, fue sometido a quimioterapia, y en febrero de 1997 llegó a la calificación de terminal con metástasis en los huesos y fuertes

dolores de espalda, con situación que junto a la edad de 88 años, necesitaba de cuidados continuados. De los testimonios de sus familiares más próximos, su hermana Catalina (...), su cuñada doña Isabel M. y su sobrino don Juan T., así como de otros se desprende que el testador era un hombre muy independiente, muy «suyo», hacía poca vida en común y «le disgustaba perder la independencia y no poder vivir solo», así como la existencia de discusiones con su hijo José, con quien las relaciones no eran satisfactorias, en una de las cuales quedó con una lesión en la nariz, presentaba una mayor preferencia por su hijo Esteban (padre de los actores y fallecido en el año 1996). De lo actuado se desprende que en el contexto de la grave enfermedad, que le impedía ya vivir solo, situación traumática en una persona tan independiente, el testador optó por pasar a residir con su hijo José, muy posiblemente dado que su estado de salud no le permitía otra cosa, y por los motivos que fuere no solicitó ayuda a sus nietos o éstos también por el motivo que fuere no pudieron o no quisieron prestársela. Es imposible conocer el pensamiento del testador y el motivo que le llevó a otorgar los dos testamentos en los cuales favorecía claramente a su cuidador, y es hipotéticamente factible que tal modificación se debiere a una compensación por las molestias relevantes que con tal enfermedad pudiese ocasionar a la familia de su hijo José, la cual más bien o más mal, fue quien cuidó del mismo en sus últimos seis meses de vida, sin que conste ofrecimiento claro de sus nietos, ni que éstos instaran la incapacitación de su abuelo como medio de intervenir ante una situación de hipotéticos malos cuidados, ni conste intentaran pactar una atención compartida con su tío. Del examen de los testamentos y del contexto de la prueba testifical de sus parientes más próximos, es evidente que hasta cuatro meses antes de su muerte el deseo de don José B. T. era que la finca de las «Tancas de Bagur» fuera para su hijo Esteban y, al fallecer el mismo, posiblemente para sus nietos, y que en vida de don Esteban mostraba una clara preferencia por éste, más favorecido en el reparto de bienes de los tres anteriores testamentos, pero, como antes se ha reseñado, en su última enfermedad cambió de parecer y lo manifestó de modo claro, sin que conste violencia o dolo grave del hijo codemandado o de su familia. Asimismo es de señalar que don José B. T. no se hallaba encerrado como pretenden los demandantes, y tal como indica su hermana no se le impedía contactar con sus parientes cuando se hallaba ya en casa del hijo, aunque parece ser que, tras otorgarse el testamento, la familia de don José no deseara un trato muy intenso con los nietos por evidente peligro de que cambiare el testador nuevamente de criterio, recordando nuevamente que la voluntad del testador es mudable hasta el momento de su muerte. Por tanto, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes.”

Como se observa a través de la jurisprudencia, es difícil, efectivamente, acreditar fehacientemente que el testador ha emitido su disposición de última voluntad coaccionado o violentado de algún modo. Así podemos encontrarlo en muchas sentencias que he examinado, en las que el demandante —o demandantes— se limita a alegar que el testador ha sufrido violencia o coacción, pero sin aportar prueba de estos hechos, por lo que dicha alegación queda desestimada. Así, por ejemplo, lo vemos en una sentencia —esta vez del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1988, en la que su fundamento de derecho primero declaró que “las actuaciones de las que el presente recurso trae causa tienen su origen en la demanda formulada por don Jaime V. M. contra su hermana doña Montserrat y doña María V. M., con la pretensión de que se declare la nulidad del testamento abierto que doña Montserrat M. C., madre de demandante y demandadas, había otorgado el 22 de diciembre de 1971 (...), por el que revocando cualquier otro testamento anterior y aparte de otras disposiciones transmitía, bajo la forma de prelegado, a sus tres citados hijos, por partes iguales entre ellos, la fábrica e industria de elaboración de champagne denominado «Torre Blanca», con todas las instalaciones, bodegas, terreno sobre el que se halla construido dicha finca y demás particularidades del mismo, por entender el demandante que dicho testamento había sido otorgado con error, violencia, dolo o fraude (menciona todos estos vicios, pero no especifica concretamente a cuál de ellos se refiere), como consecuencia de la coacción moral que sobre la testadora, dice, había ejercitado su hija (hermana del demandante), la demandada doña Montserrat V. M., para que lo otorgara en tal sentido, a pesar de que su madre siempre había dicho, tanto antes, como después del otorgamiento de dicho testamento, que el heredero único de dicha industria sería él. Tras un examen particularizado de todos los elementos probatorios obrantes en autos, tanto la sentencia de primera instancia, como la de apelación, en plena y absoluta conformidad, declaran y resuelven que no puede en modo alguno estimarse probado que la voluntad testamentaria de doña Montserrat M. C. estuviera viciada por error, violencia, dolo o fraude, cuando otorgó el testamento abierto objeto de la litis.

Hay que resaltar, asimismo, que las alegaciones efectuadas fueron vagas e imprecisas, porque se hizo alusión tanto al dolo como al fraude, a la violencia y al error, conceptos todos ellos que requieren una delimitación y una concreción jurídica, cosa que no se llegó a hacer.

Es oportuno tener en cuenta que la mayor gravedad del dolo en materia testamentaria ha hecho, incluso, que algunos autores hayan visto en él más que una mera causa de anulabilidad del contrato, fundada en un simple vicio de la voluntad, un motivo de nulidad radical. En este sentido es de destacar que el artículo 756 del Código Civil establece la indig-

nidad para suceder en los casos en que con dolo, fraude o violencia se impidiere que una persona de quien se sea heredero abintestato otorgue libremente su última voluntad.

La trascendencia de la voluntad testamentaria —el testamento como acto personalísimo y libre— hace que entre en juego en esta materia un principio de orden público, teniendo, además, en consideración que habiendo de producir el testamento sus efectos después de la muerte del testador, no puede éste, por definición, convertirse en árbitro de la impugnación, al contrario de lo que sucede en sede contractual propiamente. Nunca, en efecto, puede llegar a saberse, como no sea por presunciones, a favor de quién hubiera dispuesto el testador, de haber procedido libremente. Son, como fácilmente se comprueba en la práctica, materias en las que las dificultades probatorias se acrecientan. A veces, estas dificultades son insuperables y, en todo caso, siempre serán superiores a las que ofrece el negocio jurídico bilateral, unido todo ello a la circunstancia de que, como la impugnación ha de producirse forzosamente después del fallecimiento del testador, no puede éste facilitar los elementos y datos necesarios para fundarla, de donde habría que deducir que sería oportuna la necesidad de un criterio más amplio y generoso en la admisión y valoración de los medios probatorios.

**EL MODO COMO ELEMENTO
ACCESORIO DEL NEGOCIO JURÍDICO:
NATURALEZA; LEGITIMACIÓN ACTIVA
(Con ocasión de la sentencia
del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003)**

JOSÉ ENRIQUE GOMÁ SALCEDO

Notario

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003 zanja una controversia sobre interpretación de cláusula testamentaria. El caso debatido, simplificado para reducirlo a lo que aquí interesa, es como sigue: una señora, casada y con seis hijos, otorga el año 1964 testamento por el que instituye herederos universales a los seis, y lega el tercio de mejora y la mitad del de libre disposición a uno de ellos, disponiendo que esta mejora y legado “los hace a su hijo Antonio con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo en cuanto precisen, sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes”.

En el momento de otorgarse el testamento vivía el mejorado en casa y compañía de sus padres, pero, al cabo de algún tiempo, marchó a Cataluña por razones de trabajo, aunque en vacaciones residía en el mismo pueblo que sus padres, si bien no en casa de éstos sino en la de sus suegros, y se preocupaba de ellos tanto directamente como por medio de la

persona, ajena a la familia, que desde muchos años atrás les atendía personalmente. Y en Cataluña siguió residiendo hasta después de la muerte de aquéllos, acaecida la de la madre en 1976 y la del padre en 1993, sin constar que ni la madre ni el padre ni los hermanos le requirieran en momento alguno para que fijara su residencia en el domicilio familiar.

Después de haber fallecido ambos padres, los cinco hermanos no favorecidos demandan al mejorado solicitando que se declare que el demandado ha incumplido la obligación que se le impuso en el testamento y que, en consecuencia, quedan sin efecto la mejora y el legado. El Juzgado de Instancia desestima llanamente la demanda e impone las costas a los demandantes. La Audiencia revoca la sentencia de instancia y da lugar a la demanda en los términos que en ella se pedían. El Supremo casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado.

Razones: sustancialmente –a mi modesto juicio– la de que, a juicio de la Sala, el mejorado ha cumplido básicamente lo que se le había pedido o encargado, esto es, ha atendido a sus padres a satisfacción de ellos mismos, que en ningún momento se han quejado o han dado muestras de sentirse desatendidos, ni mucho menos intentado revocar el testamento. En estas condiciones, no parece haber motivo para anular la cláusula debatida.

Nada que objetar por nuestra parte a esta conclusión, que nos parece justa. Añádase, como observa la propia sentencia, que los demandantes han tenido buen cuidado de estar callados mientras vivía su padre –posiblemente porque no les hubiera dado la razón– y esperar hasta su fallecimiento para acudir a los Tribunales.

Pero algunas cosas que aparecen en el proceso nos dan que pensar y nos incitan a este comentario.

En primer término, la calificación de la carga impuesta por la testadora. El notario, al redactar el testamento, la denomina, como hemos visto, “obligación modal”. La Audiencia la estima condición potestativa de hechos pasados (y la estima incumplida). El Supremo vuelve al concepto de modo, basándose en que el notario, al modelar técnicamente la voluntad que la causante le ha manifestado, ha utilizado esta expresión, y en que, conforme al artículo 797.1, en caso de duda, debe calificarse la disposición como modo antes que como condición.

Artículo 797.1: “La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad”.

En segundo lugar, la determinación de quién puede pedir el cumplimiento del modo. Al parecer, se había objetado por el demandado la

falta de legitimación activa de los demandantes, es de suponer que partiendo de la base de que sólo los beneficiados por la carga pueden pedir su cumplimiento. La Sala declara que no cabe “limitar la legitimación para exigir el cumplimiento del modo tan sólo al directamente beneficiado por el mismo, pues, en cuanto deber jurídico que es, también ha de reconocerse tal legitimación, como propone la doctrina científica, a los albaceas y herederos, en cuanto interesados y encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, y a los que se beneficiarían de su incumplimiento por pasar entonces a ellos los bienes”.

Pues bien: frente a esas afirmaciones, y con el mayor respeto a las mismas, alineamos en orden de batalla las nuestras, que pueden cifrarse como sigue:

— El modo no es una obligación, sino una carga. Son dos figuras jurídicas completamente distintas, sujetas a un régimen diferente.

— El beneficiario del modo no puede pedir su cumplimiento: solamente pueden hacerlo las demás personas que indica la sentencia que comentamos.

— En el caso que nos ocupa, lo que dispuso la testadora era una condición y no un modo.

Fuera de la discusión queda lo acertado del fallo, que, como antes hemos dicho, compartimos plenamente. Se trata sólo de temas conceptuales o técnicos.

El modo no es una obligación, sino una carga

La obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual: a) una persona, llamada acreedor, puede pedir a otra, llamada deudor, que haga o no haga alguna cosa (deuda); b) si el deudor no cumple voluntariamente, el acreedor puede acudir a la ejecución forzosa en forma específica y, si ésta no es posible, a la indemnización de daños y perjuicios (responsabilidad).

En la obligación hay un sujeto activo, que es el acreedor, un sujeto pasivo, que es el deudor, y un vínculo, que fuerza a éste a realizar una prestación a favor de aquél, y, si no lo hace, actuará ilícitamente, merecerá un reproche jurídico.

Pues bien: en la carga no hay acreedor, ni deudor, ni vínculo. Se llama carga a aquella prestación que el sujeto ha de cumplir si quiere obtener un resultado beneficioso para él pero sin estar obligado personalmente a hacerlo. Si no cumple, no actúa ilícitamente; simplemente, sufrirá las consecuencias de su actitud.

Es un concepto importado del Derecho procesal en el que aparece como típica la carga de la prueba: el litigante no está obligado a probar, pero si no aporta prueba perderá probablemente el pleito. LARENZ (1) lo incluye entre los que llama "deberes de cumplimiento", cuya característica es que el ordenamiento jurídico prescinde de toda coerción para el cumplimiento.

El sujeto a una carga no está obligado en sentido técnico: no es un deudor. Simplemente perderá una ventaja si no lo hace. Es el caso del beneficio de inventario, de la fianza del usufructuario, de la donación o el legado modal, la obligación de notificar el siniestro a la compañía de seguros, etc.

CARNELUTTI: "En la carga, el gravado no ha de elegir entre el sacrificio voluntario y el impuesto, sino entre el sacrificio de uno u otro de sus intereses. La diferenciación entre carga y obligación es a veces difícil, sobre todo porque se usa la misma terminología; cuando se dice que «quien quiera hacer valer un derecho en juicio debe plantear la demanda» o que «en el cumplimiento de sus obligaciones el deudor debe emplear la diligencia de un buen padre de familia», se usa el verbo «deber» en dos acepciones distintas: en el primer caso es una carga y en el segundo una obligación.

A la obligación le corresponden las dos figuras del acto debido y del acto ilícito, y a la carga únicamente la figura del acto necesario; y así sucede que la piedra de toque para distinguir entre carga y obligación consiste en ver si la violación del precepto puede definirse o no como acto ilícito" (2).

PUGLIESE: "El criterio para distinguir la obligación de la carga —puesto que, a nuestro parecer, la distinción tiene un innegable fundamento dogmático, aunque sea bastante sutil— deriva de la actitud del derecho objetivo respecto al evento cuyo verificarse evita las consecuencias dañosas o provoca las favorables: si el orden jurídico es indiferente respecto al evento y sólo establece determinados efectos jurídicos, según que se verifique o no, el particular es jurídicamente libre para actuar de un modo u otro, con lo cual se da la figura de la carga; si, al contrario, el orden jurídico tiende a que se verifique el evento, en cuanto éste responde a los fines en que está inspirada la disciplina de las relaciones sociales y por esto «quiere» que el particular de quien depende que se verifique se comporte consecuentemente, el particular viene a quedar sujeto a un vínculo jurídico, si bien su libertad de hecho permanezca inmutada, con lo cual se delinea la figura de la obligación"... "Que el derecho determine las consecuencias jurídicas de los actos humanos, además de los de ciertos hechos naturales, es exacto; no es, en cambio, exacto que su posición ante aquellos actos sea idéntica y se mantenga siempre indiferente. Algunos actos son asumidos propiamente por el

(1) LARENZ, Karl: *Derecho civil. Parte general*. 3.^a ed. 1975. Trad. esp. Edersa, Madrid, 1978, p. 266.

(2) CARNELUTTI, F.: *Teoría general del Derecho*. 3.^a ed. Trad. esp. Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 215-224.

orden jurídico a mera condición del producirse de determinados efectos; algunos otros actos, al contrario, son queridos o, respectivamente, no queridos. En el primer caso la actitud del derecho es de indiferencia, de donde se puede decir que su función es solamente la de establecer efectos jurídicos, provocando eventualmente la aparición de la figura de la carga; en el segundo caso, la actitud es positiva o negativa, de donde a la determinación de los efectos jurídicos se añade, con valor de *prius*, un mandato o una prohibición; del lado subjetivo existe entonces la obligación. Esta diversa posición del orden jurídico no es fruto de la imaginación de los juristas, ni tiene un valor puramente abstracto, ni depende, en fin, de factores extrajurídicos; es valorable también exteriormente y se desprende de la concreta disciplina de las instituciones" (3).

El modo es una carga. Consiste en una prestación a favor de sí mismo o de un tercero que el autor de una liberalidad impone al que la recibe, como límite o moderación (*modus*) de la misma. Es, por tanto, un elemento accidental que se añade a una donación o a una disposición *mortis causa* (institución de heredero o de legado) eficaz por sí misma.

El objeto del modo suele ser el de aplicar total o parcialmente el patrimonio atribuido, o su valor, a un fin determinado por el disponente de la liberalidad, pero también puede consistir en cualquier clase de prestación, tenga o no valor patrimonial.

La naturaleza del modo exige que su valor económico no agote el de la atribución patrimonial principal, pues entonces el gravado con el modo no tendría interés en aceptar la liberalidad. Esta es la idea a que responde el artículo 619 cuando dice que: "es también donación... aquélla en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado".

El beneficiario del modo no puede pedir su cumplimiento

También es característico del modo que su cumplimiento no pueda ser exigido ni por el beneficiado con él ni por el que lo impone. En esto se diferencia el modo testamentario del legado, pues el legatario, como dice el artículo 881, "adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos". En el modo se contempla como única sanción la de la resolución de la liberalidad por el que la hizo o sus herederos, en caso de que el gravado con él no cumpla la prestación en que consiste. Esta estructura de la disposición es perfectamente adecuada para la donación modal, en la que, por definición, el donatario gravado es persona distinta del donante y no tiene por qué ser su

(3) PUGLIESE, Giovanni: *Actio e diritto subiettivo*. Milano, Giuffrè, 1939, pp. 189, 208.

heredero, de manera que mientras viva el donante podrá ejercer el control sobre el cumplimiento de lo que ordenó, y, en su caso, proceder a la revocación con arreglo al artículo 647. Lo mismo podrán hacer sus herederos cuando el donante haya fallecido.

También funciona este sistema en las disposiciones *mortis causa* siempre que no coincida en la misma persona la cualidad de heredero del disponente y gravado con el modo. La Ley del Parlamento de Cataluña de 30 de diciembre de 1991, sobre sucesiones por causa de muerte, señala en su artículo 162 quién puede exigir el cumplimiento del modo testamentario: “el albacea; el heredero respecto al modo impuesto a otros partícipes en la herencia; el legatario gravado con un legado sujeto a modo; el coheredero o colegatario respecto a los modos impuestos a todos o a determinados coherederos y colegatarios, y las personas que a tal fin hubiese nombrado el testador”.

Pero conduce a un callejón sin salida cuando el gravado con el modo es el heredero único y el testador no ha nombrado albacea o persona encargada de vigilar su cumplimiento, pues resulta que sólo él está legitimado para exigirse a sí mismo el cumplimiento del modo, lo cual significa que puede incumplirlo sin sufrir ningún perjuicio. Quizá esta consideración es la que ha llevado a muchos autores a sostener que el cumplimiento del modo puede ser exigido por el beneficiado con él: así lo entienden VALLET DE GOYTISOLO, DíEZ-PICAZO, ALBALADEJO, LACRUZ BERDEJO, y otros. Sin embargo, esta opinión, que, como hemos visto, no ha aceptado la Ley catalana, debe rechazarse. En primer lugar, porque si así fuera desaparecería la diferencia entre modo testamentario y legado. Y también por el argumento que opone GARCÍA VALDECASAS (4): esta facultad de exigir el cumplimiento sería incompatible con la de revocar el donante la donación. En efecto, si el tercero favorecido por el modo estuviese legitimado para reclamar judicialmente su cumplimiento, el derecho de revocación del donante estaría expuesto a extinguirse en el caso de que el tercero se anticipase a pedir su cumplimiento. Sería necesario establecer un orden de preferencia entre el donante y el tercero favorecido por el modo para el ejercicio de sus respectivas acciones. Pero no existe ningún precepto legal en que basar tal orden de preferencia.

Quizá pueda contribuir a resolver el problema una consideración acerca del sentido institucional del modo y el legado. Cuando el testador quiere disponer un beneficio para alguien a cargo de la persona —heredero o legatario— que va a recibir de él una atribución patrimonial, puede escoger entre una u otra figura: si desea que el beneficiario adquiera por sí

(4) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1983, p. 404.

mismo su derecho y lo transmita a sus herederos deberá usar la vía del legado. Si, en cambio, prefiere que el heredero o legatario no pueda ser molestado por el beneficiario, al que no quiere dar entrada en su intimidad familiar, y prefiere que el asunto quede reducido a las relaciones entre él y el gravado, bien porque confía plenamente en éste, o porque nombra albacea o persona encargada de exigir el cumplimiento, será aconsejable utilizar la figura del modo, aceptando de antemano que si el control, por la causa que sea, no funciona, puede quedarse la carga sin cumplir.

Pero habría que reservar una consideración especial para aquellas disposiciones que no tienen un carácter estrictamente particular, privado, porque se dirigen a satisfacer necesidades de interés público o general, como las benéficas o, en cierto modo, las piadosas. En este tipo de disposiciones cabría pensar que la autoridad pública, bien sea gubernativa o judicial, mediante el Ministerio Fiscal, o, en su caso, la eclesiástica, estaría facultada para intervenir en la gestión de los bienes afectados e, incluso, exigir el cumplimiento de la carga. Algo de esto puede deducirse del artículo 788: “Será válida la disposición que imponga al heredero la obligación de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres o de cualquier establecimiento de beneficencia o de instrucción pública, bajo las condiciones siguientes:

Si la carga se impusiere sobre bienes inmuebles y fuere temporal, el heredero o herederos podrán disponer de la finca gravada, sin que cese el gravamen mientras que su inscripción no se cancele.

Si la carga fuere perpetua, el heredero podrá capitalizarla e imponer el capital a interés con primera y suficiente hipoteca.

La capitalización e imposición del capital se hará interviniendo el Gobernador civil de la provincia y con audiencia del Ministerio público.

En todo caso, cuando el testador no hubiere establecido un orden para la administración y aplicación de la manda benéfica, lo hará la Autoridad administrativa a quien corresponda con arreglo a las leyes.”

El § 525 del BGB dice: “Quien hace una donación bajo un modo puede exigir la ejecución del modo si él por su parte ha realizado la prestación.

Si la ejecución del modo es de interés público, la autoridad competente, después de la muerte del donatario, puede también exigir dicha ejecución.”

Y el § 527: “Si se omite la ejecución del modo el donante puede exigir la restitución de lo donado bajo los presupuestos determinados para el derecho de resolución en los contratos bilaterales, según las disposiciones sobre la restitución de un enriquecimiento injusto, siempre que lo donado hubiera debido ser utilizado para la ejecución del modo.”

El Código Civil italiano (arts. 648 y 793) parece presuponer que todos los modos o cargas son de interés general y autoriza para exigir su cumplimiento a cualquier interesado.

También se puede citar a este propósito el artículo 179 del vigente Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, que impone a los notarios que autoricen testamentos o particiones en que conste alguna disposición de carácter benéfico o benéfico-docente de remitir una copia simple de las disposiciones correspondientes a la autoridad administrativa competente.

En el caso que nos ocupa, lo que dispuso la testadora era una condición y no un modo

A diferencia de la condición, que hace incierta la eficacia del negocio, el modo presupone dicha eficacia, reduciéndose a gravar la atribución patrimonial gratuita con una obligación del beneficiario que no nace sino cuando éste ha recibido la ventaja patrimonial. La condición no impone ninguna obligación, pero cuando su cumplimiento depende de la voluntad del beneficiario (condición potestativa) ejerce sobre la conducta del mismo una presión más fuerte que el modo, puesto que de ella depende la eficacia de la liberalidad. El modo —se dice— limita, pero no suspende; la condición suspende, pero no limita.

Sobre esta base, no puede ser un modo aquella disposición por la que el testador subordina la eficacia de una mejora o un legado a que su destinatario le cuide mientras viva, pues para cuando el beneficiado llega a adquirir lo que se le ha mandado la cuestión está ya zanjada. O ha cuidado o no ha cuidado. En el primer caso, recibe el beneficio sin ninguna carga, y en el segundo no recibe nada. Parece claro que estamos ante el juego de una disposición condicional.

En la Villa de Madrid, a veintiuno de enero de dos mil tres.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador don I. A. L., en nombre y representación de don A. F. L., contra la sentencia dictada con fecha 14 julio de 1997 por la Audiencia Provincial de Lugo en el recurso de apelación núm. 150/1997 dimanante de los autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 178/1996 del Juzgado de Primera Instancia de Sarriá, sobre ineficacia de mejora y legado. Ha sido parte recurrida don B. F. L., representado por la Procuradora doña M. J. G. D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 21 de junio de 1996 se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Sarriá demanda interpuesta por don B., doña C., doña P., doña M. y doña R. F. L. contra don A. F. L. solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: *“a) que el demandado ha incumplido la obligación impuesta por su madre en el testamento de fecha 7 de octubre de 1994, consistente en cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto necesitasen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes. Y,*

b) se declare en consecuencia que es ineficaz la cláusula primera del testamento de doña M. L. R., otorgado ante el Notario de Sarriá don E. M. C., con fecha 7 de octubre de 1964, instrumento público núm. 662 del protocolo de dicho fedatario público, quedando sin efecto la mejora y el legado de la mitad del tercio de libre disposición en ella ordenados.

Condenando al demandado a estar y pasar por tales pronunciamientos, con expresa imposición de costas al mismo.”

SEGUNDO. Formados los autos núm. 178/1996 de juicio declarativo ordinario de menor cuantía y emplazado el demandado, éste compareció y contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO. Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la señora Juez sustituta del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 1997 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: *“Desestimo la demanda presentada por la representación procesal de don B., M.^a C., M.^a P., M. y R. F. L. contra don A. F. L., con imposición de costas a la parte demandante”.*

CUARTO. Interpuesto por el codemandante don B. F. L. contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el núm. 150/1997 de la Audien-

cia Provincial de Lugo, dicho Tribunal dictó sentencia en fecha 14 de julio de 1997 con el siguiente fallo: *“que dando lugar al recurso entablado por don B. F. L. contra la sentencia de 26-2-1997 del Juzgado de Primera Instancia de Sarriá, con revocación de ésta, estimando la demanda interpuesta por don B., doña M.^a C., doña M.^a P., doña M. y doña R. F. L. contra don A. F. L. debemos declarar y declaramos que: el demandado ha incumplido la obligación impuesta por su causante en el testamento de 1964 consistente en cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto necesitasen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes, declarando en consecuencia ineficaz la cláusula primera del testamento de doña M. L. R., otorgado ante el Notario de Sarriá don E. M. C., con fecha 7 de octubre de 1964, instrumento público núm. 662 del protocolo de dicho fedatario público, quedando sin efecto la mejora y el legado de la mitad del tercio de libre disposición en ella ordenados; condenando al demandado referido a estar y pasar por tales pronunciamientos, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de ambas instancias”*.

QUINTO. Anunciado recurso de casación por el demandado contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador don I. A. L., lo interpuso ante esta Sala articulándolo en tres motivos amparados en el ordinal 4.º del art. 1692 LEC de 1881: el primero por infracción del art. 797 CC y la jurisprudencia, el segundo por infracción del art. 798 CC y la jurisprudencia y el tercero por infracción del art. 675 CC y la jurisprudencia.

SEXTO. Personado el codemandante-apelante don B. F. L. como recurrido por medio de la Procuradora doña M. J. G. D., evacuado por el Ministerio Fiscal el trámite del art. 1709 LEC con la fórmula de “visto” y admitido el recurso por Auto de 12 de noviembre de 1998, el mencionado recurrido presentó su escrito de impugnación solicitando se confirmara la sentencia recurrida con imposición de costas al recurrente.

SÉPTIMO. Por Providencia de 12 de noviembre de 2002 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 9 de enero siguiente, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. F. M. C.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso, articulado en tres motivos al amparo del ordinal 4.º del art. 1692 LEC de 1881, plantea dos cuestiones que en realidad vienen a ser las mismas que centraron el debate en las instancias: una, si la cláusula segunda del último testamento otorgado por la madre de los litigantes establece una condición o una carga o modo; y la otra, si el hecho de que el demandado

hoy recurrente no se atuviera exactamente a lo prescrito en dicha cláusula debe determinar la ineficacia de la mejora y el legado ordenados a su favor.

La sentencia de primera instancia, razonando que el contenido de la referida cláusula era modal y no condicional, interpretando la voluntad de la testadora en función de sus otros dos testamentos anteriores y entendiendo que la testadora se había considerado suficientemente atendida por su hijo mejorado-legatario, desestimó la demanda interpuesta contra éste por sus hermanos. Formulado recurso de apelación por solamente uno de los demandantes, el tribunal de segunda instancia, razonando que el contenido de la cláusula segunda del testamento era el propio de una condición suspensiva potestativa de hechos pasados y entendiendo que el demandado la había incumplido por propia voluntad al alejarse del domicilio materno en Galicia para fijar su residencia en Cataluña, estimó en cambio la demanda y dejó sin efecto la mejora y el legado de la mitad del tercio de libre disposición ordenados a favor del demandado. Interpuesto por éste recurso de casación, ante esta Sala se ha personado como parte recurrida únicamente, de los cinco hermanos inicialmente demandantes, el mismo que en su día apeló la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. Dado el muy concreto ámbito del recurso, ya reseñado, conviene transcribir, antes de entrar en el examen de sus motivos, el contenido de la cláusula testamentaria especialmente controvertida y el de unas cláusulas similares contenidas en otros dos testamentos anteriores de la madre de los litigantes, así como especificar las fechas de los respectivos testamentos y de la muerte de la testadora y su esposo.

La cláusula conflictiva se contiene en el último testamento abierto de la causante, otorgado ante Notario el 7 de octubre de 1964 y expresamente revocatorio de los anteriores. Tras ordenar en la cláusula primera que mejora a su hijo hoy demandado-recurrente, *“mandándole en tal concepto el tercio destinado por la ley a ese fin”*, y legarle, además, *“la mitad del otro tercio llamado de libre disposición de todo su caudal o haber, en propiedad”*, la testadora dispone, numerándola como segunda, la siguiente cláusula: *“La mejora y el legado de la cláusula anterior los hace a su hijo A., con la obligación modal de cuidar y asistir a la testadora y a su esposo, en cuanto precisen sanos o enfermos, y vivir en su compañía, en familia, ayudándoles, según costumbre, en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes”*. Y a continuación, como cláusula tercera, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus seis hijos, sustituyéndolos vulgarmente, incluso en la mejora y legado, por sus respectivos descendientes legítimos.

Este testamento del año 1964 vino precedido de otros dos igualmente abiertos y otorgados ante Notario: en el de 6 de junio de 1955 la madre de los litigantes mejoró igualmente al hoy demandado-recurrente, legándole asimismo la mitad del tercio de libre disposición, *“a condición de que habrá de asistir y cuidar a sus padres en cuanto precisen sanos o enfermos y tener con él en familia a sus demás hermanos en tanto permanezcan solteros no reclamen sus participaciones hereditarias y le ayuden según costumbre en los trabajos de la casa y laboreo de los bienes”*; y en el de 22 de febrero de 1956, otorgado tras emigrar el hoy

demandado-recurrente a Santo Domingo, hizo idéntica disposición a favor de una de sus hijas *“a condición de que habrá de asistir y cuidar a su padre en cuanto precise sano o enfermo en tanto se conserve viudo y vivir en su compañía en familia ayudándole según costumbre en los trabajos de la casa y bienes y la de tener con ella también en familia a sus hermanos solteros mientras no se casen o reclamen sus participaciones hereditarias y le ayuden según el estilo del país en las faenas agrícolas y domésticas”*, previendo que si la hija así favorecida no cumpliera por su voluntad *“las condiciones impuestas”* o dejara de vivir en compañía de sus padres, los referidos legado y mejora pasarían a otra de sus hijas *“en las mismas condiciones”* y, en defecto de esta última por las causas expresadas, a otra hija distinta, *“también en igual forma”*.

El testamento litigioso, es decir, el de 1964, se otorgó después de que el hoy demandado-recurrente retornara de Santo Domingo a la casa de sus padres en Galicia. No obstante volvió luego a marcharse, ahora a Cataluña, por razones de trabajo, aunque en vacaciones residía en el mismo pueblo que sus padres, si bien no en casa de éstos sino en la de sus suegros, y se preocupaba de ellos tanto directamente como por medio de la persona, ajena a la familia, que desde muchos años atrás les atendía personalmente; y en Cataluña siguió residiendo hasta después de la muerte de aquéllos, acaecida la de la madre testadora el 29 de julio de 1976 y la del padre el 8 de abril de 1993, sin constar que ni la madre ni el padre ni los hermanos requirieran en momento alguno al hoy recurrente para que fijara su residencia en el domicilio familiar. Fue por el contrario una vez muerto el padre cuando sus hermanos se dirigieron contra el hoy recurrente pidiendo la ineficacia de la mejora y el legado ordenados a su favor, mediante demanda presentada el 21 de junio de 1996.

TERCERO. A partir de lo antedicho puede entrarse ya en el examen de los motivos del recurso, que en buena lógica debe comenzar por el **tercero** y el **primero** conjuntamente, pues fundados en infracción de los artículos 675 y 797 del Código Civil, respectivamente, así como de la jurisprudencia correspondiente, ambos vienen a impugnar la interpretación que del testamento hace la sentencia recurrida, propugnando el recurrente que la cláusula especialmente conflictiva establece una carga o modo y no una condición suspensiva como declara la sentencia impugnada.

Acerca de la interpretación de los testamentos y su revisión en casación es doctrina reiteradísima de esta Sala que aquélla corresponde a los órganos de instancia, pero también, de un lado, que cabe excepcionalmente revisarla en casación cuando resulte ilógica o contraria a la voluntad del testador o a la ley y, de otro, que la principal finalidad de la interpretación del testamento es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, atendiendo incluso a circunstancias exteriores al testamento (SSTS 29-1-1985 y 26-4-1997).

Pues bien, con arreglo a dicha doctrina procede estimar los dos motivos aquí examinados por las siguientes razones: **primera**, aunque la sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 1990 parezca autorizar la calificación de condición potestativa de hechos pasados que la sentencia atribuye a la obligación establecida en la cláusula debatida, una detenida lectura de dicha sentencia revela, en primer lugar,

que la cláusula allí examinada mejoraba al nieto de la testadora “*bajo condición*” de atenderla hasta su fallecimiento y abonar los gastos de entierro y funerales y, en segundo lugar, que esa misma sentencia consideraba que en tal cláusula se reunían una condición, la de atender a la testadora, y un modo, el pago de entierro y funeral; **segunda**, una interpretación de la cláusula debatida en el sentido literal de sus palabras, como en primer término establece el art. 675 CC, apenas deja lugar alguno a la duda desde el momento en que, ante Notario y por tanto sin poder desconocerse la función de éste en relación con la expresión de la voluntad de la testadora, se omite por completo el término “condición” y, en cambio, se consigna expresamente el concepto de “*obligación modal*”; **tercera**, lo mismo sucede si, en virtud de la duda que técnicamente podría suscitar la incompatibilidad del modo con una obligación no ligada a los bienes de la testadora para después de su muerte, cual sería la de cuidarla y vivir con ella en vida, se investiga su voluntad acudiendo a circunstancias exteriores o extrínsecas al propio testamento interpretado tan significativas como sus dos testamentos anteriores, pues en éstos, en cambio, sí se supeditan muy claramente la mejora y el legado a una “*condición*”, y en el segundo de ellos incluso se prevén sucesivas sustituciones de la primeramente instituida para caso el de incumplimiento; **cuarto**, el art. 797 CC es inequívoco al disponer que la expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad, de suerte que cualquier duda al respecto debe resolverse legalmente en contra y no a favor de la condición, como por demás tiene declarado esta Sala en sus sentencias de 18 de diciembre de 1965, 17 de mayo de 1971 y 28 de mayo de 1994; y **quinta**, la conducta de la testadora posterior al testamento interpretado autoriza igualmente la misma conclusión, porque mientras la primera marcha del demandado-recurrente del domicilio de sus padres determinó la inmediata revocación del testamento de 1955 que le favorecía, su segunda ausencia, en cambio, no produjo cambio alguno en la voluntad de la testadora, que mantuvo el testamento litigioso desde el año 1964 hasta su muerte casi doce años después.

CUARTO. La estimación de los dos motivos examinados comporta la del motivo restante del recurso, articulado como **segundo**, que se funda en infracción del artículo 798 del Código Civil.

Las razones de tal estimación no coinciden exactamente con los argumentos del recurrente en el cuerpo del motivo, que parecen apuntar a una falta de acción de los hermanos del hoy recurrente para exigir el cumplimiento de la carga o modo, aunque sí con otros razonamientos del mismo recurrente expresados en el desarrollo argumental del motivo tercero, ya estimado, y que en cualquier caso pueden ser tomados en consideración por esta Sala al asumir la instancia tras estimar los dos motivos examinados en el fundamento jurídico anterior.

Ciertamente la sentencia de esta Sala de 4 de junio de 1965 declaró que la institución modal no atribuía a un tercero el derecho a exigir la prestación a cargo del favorecido, pero aclarando que “*para sí*”, como reiteró la sentencia de 28 de mayo de 1994. De ahí que, contra lo que alega el recurrente en este moti-

vo, no quepa limitar la legitimación para exigir el cumplimiento del modo tan sólo al directamente beneficiado por el mismo, pues en cuanto deber jurídico que es también ha de reconocerse tal legitimación, como propone la doctrina científica, a los albaceas o herederos, en cuanto interesados y encargados de velar por el cumplimiento de la voluntad del testador, y a los que se beneficiarían de su incumplimiento por pasar entonces a ellos los bienes.

Lo que sucede, empero, es que siendo claro, conforme al art. 798 CC, que el modo no afecta a la institución (SSTS 18-12-1965, 17-5-1971 y 9-5-1990), pues lo dejado de tal manera *“puede pedirse desde luego”*, la jurisprudencia de esta Sala muestra una gran flexibilidad a la hora de apreciar su cumplimiento, y también el de la condición suspensiva, atendiendo a las posibilidades del instituido (SSTS 9-2-1948 y 18-12-1965), al mantenimiento de la institución por la testadora sin revocar el testamento por otro posterior (STS 9-5-1990) o conjuntamente a las posibilidades del instituido y a la ausencia de petición o requerimiento alguno de cumplimiento (STS 10-5-1991). En consecuencia, como quiera que en el caso examinado la marcha del hoy recurrente a Cataluña se debió a razones de trabajo, éste se preocupó de sus padres directamente mientras residía en el mismo pueblo durante sus vacaciones e indirectamente a través de la persona que con ellos vivía, la testadora no manifestó indicio alguno de revocar la mejora y el legado durante años pese a la segunda marcha del hoy recurrente de la casa familiar, tampoco tras la muerte de la testadora le requirió su padre viudo para que retornara al pueblo a vivir con él pese a sobrevivir a aquélla durante casi diecisiete años y, en fin, los hermanos del recurrente ni le requirieron tampoco para que regresara a vivir con su padre ni instaron la resolución de la mejora y el legado por incumplimiento del modo mientras su padre vivió sino que, por el contrario, esperaron a que éste muriera para, sólo entonces, pedir la *“ineficacia”* de aquellas disposiciones por incumplimiento de la obligación impuesta al demandado, debe concluirse que se dio el cumplimiento alternativo del modo en los términos más análogos y conformes a la voluntad de la testadora, como prevé el citado art. 798 y atinadamente entendió la juzgadora del primer grado.

QUINTO. De todo lo antedicho se desprende que, conforme al art. 1715.1.3.º LEC de 1881, procede resolver desestimando la demanda, como hizo la sentencia de primera instancia.

SEXTO. En cuanto a las costas de las instancias, sobre las que debe resolverse aplicando las reglas generales como dispone el art. 1715.2 LEC de 1881, las de primera instancia deben ser impuestas a la parte demandante conforme al art. 523 de la misma ley, procediendo por tanto confirmar la sentencia de primera instancia también en este punto, en tanto las de apelación deben imponerse al único demandante-apelante, conforme al art. 710 de la misma ley, ya que la sentencia de segunda instancia tenía que haber sido confirmatoria de la apelada.

SÉPTIMO. Al haber sido estimado el recurso de casación, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el mismo (art. 1715.2 LEC de 1881).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

PRIMERO. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador don I. A. L., en nombre y representación de don A. F. L., contra la sentencia dictada con fecha 14 de julio de 1997 por la Audiencia Provincial de Lugo en el recurso de apelación núm. 150/1997.

SEGUNDO. Anular la sentencia recurrida para, en su lugar, confirmar la de primera instancia, incluido su pronunciamiento sobre costas.

TERCERO. Imponer al codemandante-apelante don B. F. L. las costas de la segunda instancia.

CUARTO. Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la **Colección Legislativa** pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— P. G. P.— F. M. C.— J. de A. G.— **Firmado y rubricado.**

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. F. M. C., Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

EL OLVIDADO ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO CIVIL

JOSÉ GARRALDA VALCÁRCEL
Magistrado del Tribunal Supremo jubilado

En el título preliminar del Código Civil, referente a las “Normas jurídicas, su aplicación y eficacia” y en su capítulo V, bajo la rúbrica “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”, figura el artículo 13, que dispone:

“Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

En lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como Derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales.”

El precedente de este artículo se encuentra en el artículo 5.º de la Ley de Bases para la redacción del Código Civil de 11 de mayo de 1888, que disponía: “Las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por

sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.^a, relativa a las formas de matrimonio”.

En cumplimiento y desarrollo de cuanto antecede, en la edición reformada del Código Civil que se publicó por Real Decreto de 24 de julio de 1889, se consignó en el artículo 12 el precepto de la Ley de Bases transcrito, si bien se invirtió el orden de los párrafos, puesto que decía literalmente: “Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y de las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título IV, libro I.

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales.”

Al articularse las normas de la base 3.^a, relativa a las formas del matrimonio, entendemos que el legislador, lejos de ajustarse estrictamente al mandato de aquélla, se excedió consagrando preceptos referentes a cuestiones de carácter patrimonial y de capacidad y facultades de los cónyuges, que ni eran propios del lugar, rebasaban el contenido de la base 3.^a y además podían contradecir lo dispuesto en el párrafo siguiente respecto al mantenimiento y subsistencia en su integridad del Derecho foral o particular allí donde existiera, puesto que las normas referentes al régimen económico matrimonial son una de las peculiaridades más características de aquel Derecho particular de algunas provincias o territorios.

Así continuaron las cosas hasta la Ley de Bases para la reforma del título preliminar del Código Civil 3/1973, de 17 de marzo, en cuya base séptima se dispuso:

“El título preliminar del Código Civil, en cuanto determina los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, así como el título IV del libro I, **con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial**, tendrán aplicación general y directa en toda España.”

En razón a ello, en el texto articulado del título preliminar promulgado por Decreto 1836/1974, el contenido del hasta entonces artículo 12 pasó a ser el ordinal 13 con la redacción consignada al principio de estas líneas.

Al promulgarse la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económi-

co del matrimonio, desaparecieron del título IV del libro I del Código todos los preceptos que existían relacionados con el aspecto patrimonial del matrimonio, en su sección cuarta bajo la rúbrica “De los derechos y obligaciones entre marido y mujer”, algunos de los cuales pasaron a integrarse en el título III del libro IV del Código. Pero pese a esto y a que por consiguiente quedó el título IV citado vacío de contenido respecto a normas alusivas al régimen económico matrimonial, extrañamente no se modificó el artículo 13 para ponerle a tono con esta reforma, es decir, eliminado del mismo la frase **“con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial”**, como parece que procedía por cuanto que ya carecía de posibilidad de juego, dado que excepcionaba del régimen general algo inexistente, situación anómala que sólo cabe atribuir a olvido del legislador.

Pero si resulta extraño lo ocurrido con la promulgación de la Ley 11/1981 en cuanto al tema que nos ocupa, aún mayor sorpresa produce que al redactarse *ex novo* el título IV del libro I del Código Civil referente al matrimonio por la Ley 30/1981, de 7 de julio, se volviera a incurrir en el olvido, omisión o error, califíquese como se quiera, de no atemperar el texto del repetido artículo 13 a la situación actual del citado título IV en cuanto a su contenido, en el que no hay referencia alguna al “régimen económico matrimonial” y por tanto siga existiendo la falta de correspondencia adecuada entre reglas de los dos puntos del Código Civil señaladas, de tan fácil corrección.

En resumen, es indudable que ya no tiene razón de ser y, por tanto, sobra la frase del párrafo uno del artículo 13 que nos ocupa: **“con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial”**. Y esto que sería reprobable entre otros puntos cualesquiera del Código, cobra especial relieve cuando la discordancia afecta a dos materias primordiales del texto legal, como son el matrimonio y las reglas sobre el ámbito de aplicación general del Derecho común y el reconocimiento de los Derechos particulares de determinadas provincias o territorios, a fin de delimitar campos y regular su armonización.

Esperemos que en una posible nueva revisión del título IV tantas veces citado y probable dados los nuevos vientos sociales y políticos que soplan, haya alguien que se acuerde de impulsar la corrección en el sentido antes apuntado, al que por todo lo expuesto hemos calificado de “el olvidado artículo 13 del Código Civil.”

**BICENTENARIO FESTIVO
DEL *CODE CIVIL*, RETICENCIAS
FRANCESAS ANTE LA CODIFICACIÓN
EUROPEA... Y ¿EN ESPAÑA?**

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho civil

SUMARIO: 1. *OCASSIO* DE ESTA RECENSIÓN MÚLTIPLE. 2. EL BICENTENARIO DEL CÓDIGO DE NAPOLEÓN... CON SORDINA. 3. RETICENCIAS FRANCESAS ANTE LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL. 4. OPINIONES ESPAÑOLAS SOBRE LOS PROYECTOS EUROPEOS Y OTRAS CUESTIONES. 5. ¿HACIA UNA REFORMA PARCIAL, O TOTAL, DEL CC ESPAÑOL...? ¿CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL *VERSUS* X CÓDIGOS O LEGISLACIONES AUTONÓMICAS? 6. ALGUNAS CONCLUSIONES: ¿SIGUE SIENDO –O HA DEJADO DE SER– *INTOCABLE* EL CC DE 1889?

1. *Ocassio* de esta recensión múltiple

Coinciden sobre mi mesa dos libros editados en Francia y otros dos en España, y aunque muy diferentes por sus características y por las circunstancias a que responde su publicación, aparecen unidos, sin embargo, por un común denominador, a modo de un hilo invisible que autoriza a presentarlos conjuntamente a los lectores de esta revista.

El bicentenario del Código de Napoleón (1804-2004) ha suscitado en el país vecino un gran número de conmemoraciones y homenajes nacionales, y aunque las circunstancias han variado, por ejemplo, en relación con el primer centenario (o con los 150 años de su promulgación), todavía la efemérides ha sido capaz de encender los ánimos y pulsar la fibra más sensible de la *grandeur*. Así se ha dicho que constituye un texto *qui transcende le temps et les frontières, le meilleur et le plus efficace des ambassadeurs de notre système juridique* (Jacques Chirac). Ningún país puede ofrecer, ciertamente, el hecho casi inusitado de un cuerpo legal que sigue en vigor al cabo de dos siglos de su promulgación, sirviendo todavía de modelo a un número significativo de códigos civiles en muchas partes del mundo. Entre los especialistas ha dado ocasión, además, a replantearse en profundidad los problemas que hoy suscita la codificación civil en general, la descodificación y, en particular, la denominada *recodificación*, término multívoco, uno de cuyos significados más difundido en Francia es el de codificación *à droit constant*. Como telón de fondo, pocas veces deseada y más bien temida, más o menos próxima según la personal percepción del autor, se presenta ¿espectralmente? a nuestros vecinos la total o parcial codificación civil europea.

2. El bicentenario del Código de Napoleón... con sordina

En primer lugar cabe mencionar una obra, cuidadosamente editada (1) y nutridamente apadrinada por la *Cour de Cassation*, el Colegio de los Abogados que actúan ante esta última y ante el Consejo de Estado, y la Asociación Henri Capitant; y en la que colaboran juristas de varias nacionalidades, abogados, consejeros de Estado, magistrados y profesores, así como representantes de otras ciencias humanas, como la historia, la filosofía y la sociología; un total de 35 autores en los que está presente buena parte de la plana mayor de la actual civilística francesa (CARBONNIER, RÉMY, AUBERT, VOGEL, LEQUETTE, HAUSER, Françoise DEKEUWER-

(1) VVAA: *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire 2004*. Editions Dalloz-Juris Classeur, 720 pp. (París, 2004).

DEFOSSEZ, MESTRE, BÉNABENT, GENEVIÈVE VINEY, GRIMALDI, LIBCHABER, SIMLER, JESTAZ, REVET, BLANC-JOUVAN, WITZ y CORNU).

Sencilla resulta la distribución de materias del volumen, partiendo del sugestivo prólogo que sobre el *Code* hace el maestro CARBONNIER (2); dedica la primera parte a los problemas generales, con unas originales perspectivas de un historiador, un sociólogo y un filósofo, y unas interesantes reflexiones sobre la recodificación iniciada –modestamente, en apariencia– por el Decreto número 89-647, de 12 septiembre 1989, y que más tarde llega a adquirir gran amplitud, sin perjuicio de plantearse por algunos autores, como indicaré, la necesidad de un nuevo Código Civil para Francia (recodificación en sentido propio). Quizá la segunda parte del volumen sea la de mayor atractivo para el lector extranjero, pues en ella, y partiendo de la noción de *récodification à droit constant*, se analizan en particular las diversas partes del Derecho civil (personas, familia, teoría general del contrato, contratos especiales, responsabilidad civil, sucesiones y donaciones, bienes, garantías personales) con referencia además al Derecho internacional privado y al Derecho administrativo, finalizando con unas reflexiones finales y un sugestivo dilema: *La recodification, entre tentation et illusions*. La parte tercera sobre el destino del Código Civil ofrece, sobre todo, datos informativos sobre la persistencia actual de la influencia jurídica francesa analizada en varios lugares de África, Argentina, Israel, Louisiana, países del Próximo Oriente, Holanda, Perú, Québec y Viet-Nam; resulta poco conocido, por ejemplo, respecto de este último país, que, después de la retirada norteamericana, las autoridades comunistas han solicitado ayuda técnica francesa para realizar su codificación civil. Original es la perspectiva que asume el profesor WITZ, a saber, la influencia de las futuras codificaciones europeas en el posible nuevo Código Civil francés del mañana, y muy perspicaces, bajo su personal óptica, las palabras finales de CORNU: *El debate que se abre en 2004 para el CC no es cuestión de valores; radicalmente es cuestión de existencia. Ser o quedar desmembrado, es decir, dejar de ser, he aquí la cuestión. ¿Conservaremos todavía en Francia un Código Civil? ¿Un cuerpo unido de reglas sobre el conjunto de las materias civiles? Es la cuestión a plantear, especialmente a quienes tienen por horizonte un Código europeo de contratos*.

Por su originalidad, ya que la mayoría de autores se alinean bajo la enseña de la *récodification à droit constant*, quiero destacar la posición específica aquí defendida por algunos autores sobre una *récodification tout court*; así la de AUBERT (3), quien parte de una situación actual de

(2) Bella pieza literaria, no exenta de lirismo, publicada bajo el título *Le Code civil* en la colección *Les lieux de mémoire*, tomo 2, vol. 2 (París, 1986).

(3) AUBERT: *La recodification et l'éclatement du Droit civil civil hors le Code civil*, op. cit., pp. 123-140.

verdadero *éclatement*, es decir, fragmentación, dispersión y mutación del actual Derecho civil francés, que requiere, a su juicio, una nueva codificación y no una mera compilación de los textos en vigor; si bien respetando las codificaciones parciales que ya se han hecho (por ej., en materia de propiedad intelectual, copropiedad, servidumbres, Código rural, Código del urbanismo, Código del medio ambiente, Código de la construcción, etc.), propugna vigorosamente *sans faire injure au Code Napoléon* reescribir un nuevo Código en el que han de figurar necesariamente la persona y su *status*, la filiación y la familia tanto en sus aspectos personales como patrimoniales, el régimen nuclear de los bienes, la parte general de las obligaciones y contratos, la parte general de la responsabilidad civil y una selección de los contratos en particular (4). A modo de conclusiones expresa que el estado actual del Derecho civil galo implica una llamada al orden que impone, no sólo la redacción de un nuevo Código Civil, sino también la organización racional de un conjunto de textos y códigos satélites que cubran en su totalidad la materia civil. La postura de VOGEL (5) parte de que debe reencontrarse la coherencia sistemática del *Code* –si no se quiere que el bicentenario se convierta en su *requiem*–, imitando al BGB con su reciente Ley de modernización. Ahora bien, ante las modalidades que se ofrecen de recodificación, entre la mera codificación *à droit constant*, que es una simple recopilación, y la codificación-innovación (verdadera recodificación, a su juicio), es esta última la que se impone. El autor acumula sucesivamente los defectos imputados a la primera; en el plano práctico con frecuencia se ve acompañada de numerosos errores e infidelidades, que no son fruto del azar (*l'exercice de la réécriture n'est pas toujours innocent*), sino que derivan de la misma naturaleza de esta forma de codificación, burocrática y no creadora; con bastante frecuencia se han conservado disposiciones que habían dejado de estar en vigor, mientras que se han suprimido algunas reglas de derecho sustantivo siempre vigentes. La codificación *à droit constante* no cumple el objetivo propuesto de facilitar el conocimiento del ordenamiento jurídico por parte de todos, ya que se acumulan las normas, unas sobre otras, sin remediar su incoherencia ni integrarlas en una nueva regulación, siendo esencial el error que supone haber prescindido de la jurisprudencia. Lo ocurrido con el Código de Comercio ilustra, a juicio del autor (6), los vicios intrínsecos de que adolece esta forma de codificación. VOGEL se muestra también contrario a incluir en el CC los principios del Derecho del consumo (apartándose así

(4) Aunque no lo dice expresamente, doy por supuesto que el autor incluye en ese nuevo CC diseñado la materia sucesoria.

(5) VOGEL: *Recodification civile et renouvellement des sources internes*, op. cit., pp. 139-150.

(6) VOGEL: *loc. cit.*, pp. 166 y ss.

del nuevo CC holandés y del BGB después de la reforma del 2002); a su juicio, el CC debe aspirar sólo a contener el derecho común, dejando las excepciones y particularidades a las leyes especiales; lo que resulta especialmente aplicable a la materia de los contratos en particular.

En resumen, puede hablarse indiscutiblemente de una, en apariencia, celebración festiva del bicentenario del Código Civil francés... pero con sordina. Es verdad que las nuevas codificaciones importantes se han alejado del modelo francés, pero, como dice HONDIUS (7), el Código de Napoleón puede todavía aspirar a figurar como uno de los *Tres grandes* en la Europa unida, junto al BGB y al Derecho inglés, aunque es de esperar que, en adelante, los civilistas franceses demuestren interesarse más por el desarrollo del Derecho en aquellos países dotados de Códigos inspirados en el de Napoleón (8). Pero queda, en todo caso, abierta la trascendental cuestión de conocer cuál sea la actitud mayoritaria de la doctrina y del legislador francés ante una eventual codificación europea.

3. Reticencias francesas ante la europeización del Derecho civil

A este interrogante responde la oportuna publicación de la *Société de Législation comparée* recientemente aparecida (9), y que inaugura la colección de *Droit privé comparé et européen*, dirigida por la profesora Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, de la Universidad de París-2. El Sr. Guy Canivet, primer presidente de la *Cour de Cassation*, y presidente a su vez de la prestigiosa Sociedad de Legislación comparada, explica el motivo de haber compilado en un volumen una serie de trabajos publicados recientemente en Francia. Se trata de la bastante difundida y ya famosa Comunicación de la Comisión de 11 de julio 2001, dirigida al Consejo y al Parlamento europeos, sobre la oportunidad de una codificación del Derecho europeo de los contratos; y asimismo de las diversas resoluciones del Parlamento a favor de una armonización más radical del Derecho civil de los Estados miembros mediante la elaboración de un Código Civil europeo. Ello dio origen a una conferencia del profesor Von BAR, pronunciada el 12 de abril 2002 en el Tribunal Supremo de París, sobre el tema *Vers un Code Civil européen*, cuya reacción generalizada parece que ha sido el móvil determinante de recoger, en este volumen, las opiniones expresadas a favor y en contra.

(7) En un duro testimonio, duro en el fondo, aunque *trés poli* en la forma, titulado *Le Code Civil et les néerlandais*, *op. cit.*, pp. 613 y ss.

(8) HONDIUS: *loc. cit.*, p. 621.

(9) VVAA: *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit* (Textes rassemblés par Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Denis MAZEAUD), 304 pp. (París, 2003).

La selección ha sido realizada con bastante cuidado, pues el lector tiene delante un amplio y variopinto haz de opiniones, en su gran mayoría debidamente fundamentadas, que ofrecen una fiel radiografía sobre el *status quaestionis* en la actual doctrina francesa. Se ha buscado un esquema sencillo para exponerlas: I. Reflexiones generales sobre la armonización del Derecho, y II. Reflexiones sobre la armonización del Derecho de los contratos. Como útil anexo se transcribe el texto literal de las Comunicaciones de la Comisión de 12 de septiembre 2001 y 12 de febrero 2003.

En primer lugar, sobre la supuesta moda actual que ha redescubierto el *jus commune* en los distintos países europeos, se incluyen dos colaboraciones específicas y una aplicación actualizada de aquélla:

OPPETIT: *Retour à un droit commun européen* (10).

HALPÉRIN: *L'approche historique et la problématique du jus commune* (11).

Mireille DELMAS-MARTY: *Le phénomène de l'harmonisation: L'expérience contemporaine* (12).

La postura de OPPETIT es restrictiva, más bien pesimista y claramente contraria. Recuerda que, durante todo el Antiguo Régimen, el *jus commune* ha suministrado un marco de pensamiento y un método de razonamiento, permitiendo dominar la mescolanza de diversas fuentes del Derecho, dotadas todas ellas de autoridad, alimentado por una metodología, por principios y por conceptos, que han permitido durante siglos a los juristas europeos abordar de modo evolutivo y racional las cuestiones más diversas. Pero el Derecho europeo actual, pretendidamente común, difiere considerablemente –a su juicio–, tanto del espíritu como del método del antiguo. Tampoco puede afirmarse que los actuales órganos reguladores y jurisdiccionales de las Comunidades europeas estén contribuyendo a constituir, ya desde ahora, un verdadero Derecho común. Tarea que muy problemáticamente podría encomendarse a la doctrina, tal como aparece en los planes de estudio de las Universidades europeas (13).

(10) Incluido en el volumen del mismo autor –ya fallecido– *Droit et modernité* (París, 1988), pp. 73 y ss.

(11) Publicado en el volumen colectivo *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires* (París, 2001), pp. 17 y ss.

(12) Publicado en el volumen colectivo (dirigido por Ch. Jamin et Denise Mazeaud) *L'harmonisation du droit de contrats en Europe* (París, 2001), pp. 23 y ss.

(13) “Ganados por el gigantismo y el enciclopedismo, resultando invadidos cada vez más por materias de elevado tecnicismo; en su mayoría los universitarios se encuentran confortablemente a gusto encerrados en el interior de especialidades cada vez de horizontes más estrechos; los manuales de enseñanza reflejan bien esta evolución y reducen sus ambiciones a ser

Con mayor aparato bibliográfico aparece el trabajo de HALPÉRIN, que se hace eco de la reciente *moda por el jus commune* desarrollada en varios países europeos, que viene a simbolizarse en la monumental obra de ZIMMERMANN (14), facilitada y anticipada, en cierto modo, por la de COING (15), corriente doctrinal que finalmente ha alcanzado a la doctrina francesa (16). Después de ocuparse de las duras críticas, a veces virulentas, suscitadas por los excesos de la indicada tendencia, el autor matiza su opinión personal que, globalmente, resulta ser algo más positiva y abierta que la de OPPETIT. En efecto, HALPÉRIN cree que el redescubrimiento del *jus commune* permite una profundización metodológica; no se trata de un concepto intemporal y mucho menos un modelo para un hipotético paso atrás que carecería de sentido y conduciría a negar el desarrollo histórico del Derecho desde la codificación; por el contrario, el estudio del *jus commune* ilustra una problemática que parece esencial para la historia del Derecho y el Derecho comparado, a saber, la de decidir el puesto que se reserva a lo general y a lo particular, a las situaciones locales y a las tendencias universalistas en los fenómenos jurídicos; recordando a LAMBERT, concluye que, tanto en una perspectiva europea como en otra mundialista, el estudio del *jus commune* puede concebirse como una introducción para la aplicación del doble método, histórico y comparativo.

Mireille DELMAS-MARTIN, profesora de Derecho Penal en el Colegio de Francia, prescinde de discusiones históricas y parte de que el actual fenómeno de la armonización del Derecho de los países miembros a través de las fuentes comunitarias está haciendo emerger un nuevo Derecho común; no se trata de un bello sueño o de una utopía, sino de una realidad que se manifiesta ya, aunque se la sigue persiguiendo todavía al no habérsela dado alcance; parece como si la historia *avait voulu jouer un tour* a los comparatistas que acudieron al Congreso fundador de París en 1900, pues este nuevo Derecho común se está construyendo con piezas y trozos variados en diversos dominios del Derecho y en forma incoherente; es de Derecho positivo más bien que de *droit savant*, aunque la doc-

meras fotografías del estado actual de los reglamentos y doctrinas jurisprudenciales, a los que se invita a que se impregnen los estudiantes hasta el próximo examen..." (OPPÉTIT, *loc. cit.*, pp. 22 y s.).

(14) ZIMMERMANN: *The Law of Obligations. Roman Foundation of the civilian Tradition*, 1996.

(15) COING: *Europäisches Privatrecht*, 1985-1989.

(16) RENOUX-ZAGAMÉ, Marie France: "La méthode du droit commun: reflexion sur la logique des droits non codifiés", *Revue d'histoire des Facultés de Droit et de la science juridique*, 1990, núms. 10-11, pp. 133 y ss.; "Le droit commun européen: entre histoire et raison", *Droits*, 1991, núm. 14, pp. 27 y ss.

trina intenta poner en él un poco de orden; inicialmente debido al impulso internacional, aunque más tarde también se inspira en las tradiciones nacionales, con posterior intervención del Derecho comparado, que intenta igualmente poner orden en el proceso. Se trata de una armonización instalada bajo el signo de la complejidad, de modo que aparece la multiplicidad de fuentes, la heterogeneidad de vías y medios y el carácter evolutivo del proceso mismo.

Prosigue la autora que puede ponerse en duda la existencia de un único legislador para pilotarlo, ya que este Derecho común surge de cualquier parte y en el mayor de los desórdenes. Cita una frase muy gráfica de OPPETIT: “El Derecho europeo expresa el más exarcebado positivismo jurídico, reposa en innumerables reglamentos cuyo número crece exponencialmente, que emanan de un aparato de naturaleza puramente burocrático y ultracentralizado que elabora estas reglas prácticamente sin control”. De aquí deriva la sectorización y parcelación que conducen a una eclosión de cada una de las disciplinas individualmente consideradas. Asimismo surge una extraordinaria dificultad para ser aplicado por una mayoría de jueces con mentalidad fundamentalmente nacional. La intervención de la doctrina puede evitar la burocratización del Derecho europeo, pero con el riesgo de introducir un dogmatismo de inspiración continental, que será repudiado por los juristas del *common law* y por los prácticos del Derecho. A juicio de la autora, si se quiere evitar ambos a la vez, hay que innovar facilitando toda clase de intercambios (17).

Probablemente, la aportación más valiosa de la autora sea el apartado relativo a la heterogeneidad de vías y medios. A su juicio, la vía de la unificación no parece aceptable sino sólo cuando la síntesis es posible, pues de otra suerte conduce a un Derecho común imperialista y hegemónico; manifiesta no querer intervenir en el debate sobre el Código Civil o el Código europeo de contratos. Por el contrario, se manifiesta contraria a un proyecto de Código Penal europeo que corre el riesgo de conducir a inútiles querellas dogmáticas sin garantizar, por otro lado, una represión de los delitos más eficaz y más justa. Pero la unificación resulta una estrategia adaptada para la protección de intereses supranacionales o europeos, como pueden ser los intereses financieros de la UE. La vía de la armonización se impone cuando la síntesis es imposible o inútil, siendo políticamente más aceptable por ser un objetivo más modesto, si bien ju-

(17) Como en materia penal el Grupo de estudio denominado *Corpus iuris*, que ha permitido intercambios entre los penalistas ingleses y alemanes sobre unos mismos textos. V. la obra colectiva, dirigida por la autora, *Corpus iuris pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne* (París, 1997), y de la misma *La mise en oeuvre du Corpus iuris dans les Etats modernes* (París, 2000).

rídicamente puede resultar más difícil dado que los medios son más complejos; tales medios son los principios directores que constituyen la referencia común y dirigen la aproximación, abandonando a la reglamentación nacional las modalidades de aplicación. Pero si la armonización posee indudables ventajas, aumentan los riesgos de arbitrariedad, pues aquélla otorga amplios poderes al juez europeo (de quien se desconfía más que del juez nacional). La única solución consiste, no sólo en garantizar la independencia e imparcialidad del juez europeo, sino la calidad de sus resoluciones a través de una mayor transparencia en la motivación de sus decisiones y en el rigor para aplicar idénticos criterios en todas las resoluciones. Con el tiempo puede evolucionar el criterio de aplicación conservando el principio, ya que puede partirse de una armonización débil y progresivamente avanzar hacia una armonización fuerte, elevando el umbral de compatibilidad cuando las divergencias se hayan atenuado.

A modo de conclusión, afirma la autora que la solución no consiste en eliminar la complejidad de las fuentes; hecho que puede lamentarse, pero que no podrá suprimirse. Es mejor aprender a poner orden, pues resulta imposible, en el actual estadio, concebir un Derecho común que sustituya al Derecho nacional. Durante mucho tiempo el Derecho europeo se añadirá y se superpondrá a los sistemas nacionales. Pero esta armonización tiene un objetivo mucho más amplio que el ámbito europeo, a saber, constituir además una alternativa a una mundialización hegemónica que extendería a todo el planeta el sistema jurídico del Estado económicamente más poderoso.

Creo, por mi parte, que se trata de un interesante punto de vista que llama la atención por no proceder de un civilista.

Bajo el epígrafe *Vers un Code Civil européen?* se ofrecen cuatro respuestas:

CORNU: *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire* (18).

TALLON: *Droit uniforme américain, Code civil européen, quels rapports?* (19).

LEQUETTE: *Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar* (20).

Benédicte FAUVARQUE-COSSON: *Faut-il un Code civil européen?* (21).

(18) Publicado en *Dalloz* 2002, Chron. 351.

(19) Estudio publicado en el vol. colectivo *Law and Justice in a Multistate World. Essays in honor of Arthur T. von Mehren*, 2002, pp. 835 y ss.

(20) Publicado en *Dalloz*, 2002, Chron. pp. 2002 y ss.

(21) Artículo publicado en *RTDC*, 2002, pp. 463 y ss.

Estos estudios se hacen preceder de una breve moción (22) aprobada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas, de Francia, por unanimidad, en su reunión de 1 de julio 2002, cuyo texto no tiene desperdicio y reza así:

“La Academia:

— ha tenido conocimiento de este proyecto de Código Civil europeo, redactado con cierto secretismo y en inglés;

— expresa su sorpresa de que el Parlamento europeo aparezca en el origen de esta iniciativa, que cuenta con el apoyo de la Comisión, mientras que no figura entre las materias que según los Tratados competen a la Unión Europea;

— señala que un mercado competitivo no implica la unificación de las legislaciones y jurisprudencias civiles, como lo demuestra la experiencia norteamericana;

— estima que la unificación del Derecho de los contratos afectaría sucesivamente a muchos elementos del Derecho civil, especialmente al Derecho de la familia y de los bienes;

— observa que los vínculos existentes entre el Derecho civil y las diferentes culturas fundamentales de los países europeos se han subestimado por los autores del proyecto en cuestión.”

Queda claro el sentido claramente opuesto a la codificación europea de la moción.

El trabajo del profesor CORNU constituye un breve alegato o manifiesto, tal como se deduce del propio título, a favor de conservar la competencia exclusiva de los Estados miembros para seguir regulando su legislación civil, materia que se concibe a modo de una esfera de la intimidad de cada uno de aquéllos y representa un mínimo no negociable. Advierte que no se trata de una reivindicación exclusivamente francesa, sino que beneficia a todos, aunque el autor dice respetar las diversas opiniones sobre la importancia que en cada país se atribuya a la legislación civil. El Código representa para los franceses un monumento del Derecho que figura entre las referencias primordiales: *Qui inhonnêtement voudrait l'indécence de l'évincer par un instrument communautaire?* se interroga descarnadamente. En primer lugar, hay una cuestión lingüística; la ley francesa sólo puede ser hija de la lengua francesa. El Derecho comparado es libre, y su libertad induce la de los préstamos que se efectúan a través de las especulaciones que suscita; el legislador, a la vista de todos los datos

(22) *Loc. cit.*, pp. 55 y s.

recogidos, incluidos los comparativos, puede ejercitar la competencia de cada Estado tomando la última decisión en su propia lengua, y si el Gobierno o el Parlamento abdican de esta autonomía lingüística traicionarían a sus ciudadanos. Y si se piensa en un Código europeo de contratos, se produciría un desmantelamiento del Código que constituye un todo unitario; el principio del buen funcionamiento del mercado que parece inspirar el derecho comunitario es sólo uno de los diversos que conjugándose y entremezclándose inspiran el Código Civil en su conjunto. Para finalizar, el autor expresa un juicio lapidario: *El unitarismo comunitario será una empresa reductora, recesiva y, para decirlo de una vez, totalitaria, y la obsesión fusionista representa una aberración cultural.*

El pensamiento de TALLON –Profesor Emérito de la Universidad París-2 y miembro de la Comisión Lando– difiere radicalmente del de CORNU por su mayor ductilidad y flexibilidad, y, sin duda, por un mejor conocimiento de la realidad social, tal como viene a recogerse en la conclusión de su trabajo (23): Un Código Civil europeo –afirma– conducirá, más pronto o más tarde, a la desaparición de los grandes códigos que han regido en el continente, y lo propio ocurrirá con la *common law*, o más bien su fusión en un único cuerpo de reglas. Se comprenden bien las nostalgias que tal perspectiva provoca. En Francia, a finales del siglo XVIII debió ocurrir lo mismo cuando se decidió por la Asamblea Constituyente que se haría un código de leyes civiles *communes à tout le royaume*, y hubo juristas que lamentaron la desaparición de la Costumbre de Vermandois o de alguna de las sesenta costumbres mayores que existían en Francia en aquel momento. Igualmente en Alemania, a fin del siglo XIX, la desaparición del CC prusiano pudo haber sido deplorado por algunos. Sin embargo, triunfó el deseo de unidad. Es el mismo fenómeno que se produce hoy en el seno de una Europa económicamente unificada. El ejemplo americano –si se entiende bien– podrá ayudar a los juristas europeos a llevar a buen puerto esta gran obra. Sin duda ello no sucederá de inmediato. Pero PORTALIS había escrito ya que *les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.*

El autor es un excelente conocedor del Derecho norteamericano, y de aquí el valor excepcional de la comparación que hace entre las tendencias unificadoras que se manifiestan en USA y en el interior de la UE. Después de rechazar analogías y diferencias meramente superficiales comienza por establecer una constatación meramente temporal: No hay prisa por realizar la unificación porque la ausencia de un Código Civil europeo no comprometerá el futuro de la UE. Ciertamente el argumento según el cual un mercado único y una única moneda implican una reglamentación

(23) *Loc. cit.*, p. 67.

también única posee fuerte lógica interna. Pero el ejemplo norteamericano conduce a relativizarlo, aun en el supuesto de que la construcción europea adopte en el futuro la forma de una federación, de contornos todavía inciertos. En los EEUU hay un mercado único, moneda única, pero no está unificada la legislación; existen *Restatements*, pero sin valor oficial, y tampoco hay *common law* federal general, aunque el poder federal puede regular el comercio entre los Estados. Además el Código de Comercio uniforme no ha logrado alcanzar una perfecta uniformidad. Por otro lado, la elaboración de un Código Civil europeo requerirá un largo proceso para alcanzar esa base común que sí existe en los EEUU. Habrá que partir del conocimiento, siempre perfeccionado, de los derechos nacionales en presencia. Hay que eliminar tanto el miedo hacia los demás como la idea de la superioridad del Derecho propio. La enseñanza del Derecho comparado debe salir fuera de los Institutos especializados y difundirse en todos los cursos de la Licenciatura. Es necesario que la enseñanza del Derecho contractual de cada país vaya acompañado de una fuerte dosis de comparación europea. Todavía hay que ir más lejos y tratar de buscar las raíces profundas del Derecho europeo, que ya no podrán limitarse a lo continental. Aprueba, sin exclusivismos, los esfuerzos que ya se están realizando por diferentes grupos, tratando de buscar más lo que nos une que lo que nos separa. En resumen: una postura de mayor apertura europea, y que supone un contrapunto, razonablemente amplio, a la opinión estrictamente nacionalista y negativa de CORNU.

El extenso estudio (24) del profesor LEQUETTE, de la Universidad de París-2, constituye un vigoroso, pero fundamentado y correcto, alegato frente a las ideas que, en diversas ocasiones, ha expuesto en Francia (¡en lengua inglesa!) el profesor VON BAR, así como una enérgica crítica a los modos de actuación de la Comisión que él dirige y al programa hecho público de sus actividades; todo lo cual ha contribuido a crear un ambiente de temor y recelo en el país vecino (se pretende que en 2005 los resultados obtenidos por la Comisión se integren en los planes de estudio de las Universidades europeas, y que en 2010 entre en vigor el CC europeo); y, en cierto modo, dicho estudio viene a desarrollar los argumentos que *in nuce* contiene la moción aprobada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de 1 de julio 2002, anteriormente transcrita. Resulta incuestionable el punto de partida: *cada intervención de las autoridades comunitarias tiene necesidad, para su validez, de una precisa base legal*. No está exento de ironía el juicio que manifiesta al decir que los únicos problemas del Grupo de Trabajo VON BAR consisten en que la más completa opacidad reina en la constitución y funcionamiento del mismo, que no re-

(24) *Op. cit.*, pp. 69-97, con abundante aparato bibliográfico.

presenta, por el momento, a nadie más sino a sí mismo, y del que no se sabe sobre qué texto se basarán las autoridades comunitarias para llevar a término un proceso que se manifiesta como ineluctable, ni qué mecanismo será utilizado para imponer a los pueblos de Europa una legislación civil elaborada por un grupo cuya única legitimidad radica en su activismo.

Al profundizar en las razones que avalan el futuro Código europeo suelen invocarse las de naturaleza patrimonial, pero el autor echa de menos el uso del análisis económico del Derecho, y argumenta que en los EEUU y en Canadá la disparidad de las legislaciones civiles en sus territorios no impide el funcionamiento de mercados prósperos, añadiendo que la uniformidad del Derecho civil europeo se acompañará de una previsible *glaciation*, de modo que la ausencia de opciones, petrificación y rigidez podrían ser las consecuencias más tangibles de la adopción de un Código Civil europeo. El capítulo de los costos de la codificación es analizado minuciosamente; el punto de vista económico no puede pasarse por alto, pues debe incluirse necesariamente la formación de todos los operadores de este Derecho nuevo, así como el de las perturbaciones que provocará la introducción de reglas nuevas en cada uno de los sistemas jurídicos ya existentes, poniendo en peligro el buen funcionamiento de los mercados nacionales. Además hay una dimensión social y cultural que, a juicio del autor, no puede pasarse por alto. El Derecho civil francés constituye un elemento importante de la base de la sociedad y una pieza esencial de su sistema jurídico; imponer un CC europeo significaría, en general, suprimir un elemento de cohesión de las sociedades nacionales en un momento en que corren grave riesgo de disgregación. El autor ve estrecha armonía entre el proyecto que propugna el Parlamento europeo con la Europa federal de las naciones, frente a la Europa de las naciones. Con mención del santo y seña de LEGRAND (*el Derecho se inscribe infaliblemente en una lengua, participa inevitablemente de una cultura y emerge de una tradición*) se apoya en el artículo 22 de la Carta de derechos fundamentales de la UE para sostener la subsistencia de los Códigos preexistentes, ya que si la Unión va a respetar la diversidad cultural, no puede olvidarse que el Derecho es también cultura.

En cuanto al método a utilizar, LEQUETTE entiende que hay ciertas exigencias mínimas (25) que la autoridad comunitaria debe respetar; en primer lugar convendría que se reciba un mandato claro y que se haya fijado el objetivo a alcanzar, ya sea el de elaborar un verdadero código, simple *Restatement* o mera enunciación de principios; el trabajo debe realizarse respetando el pluralismo cultural que constituye la riqueza de la

(25) *Op. cit.*, pp. 83 y ss.

Unión, lo que implica que no se sacrifique la diversidad lingüística y que las diferentes culturas jurídicas estén representadas de manera equitativa; por último, el proyecto debe ser examinado por los parlamentos nacionales a fin de comprobar si respeta las exigencias socioculturales propias de cada uno de ellos; luego analiza la circunstancia de ser el inglés la lengua casi exclusiva del Grupo de trabajo; en 2001 se anunció para después una traducción trilingüe del proyecto (alemán, italiano, francés), y al año siguiente se habló de la traducción a las demás lenguas de la UE, sin más precisiones (26). LEQUETTE se pregunta por las razones del arrinconamiento del francés en beneficio del inglés, mostrando el contrasentido que supone intentar hacer frente a los EEUU precisamente utilizando el idioma de la gran superpotencia; cree encontrar alguna explicación en el hecho de que fundaciones y entidades que subvencionan el Grupo pertenecen al ámbito cultural alemán.

Analizando el modo de composición y de trabajo del Grupo, de la amplitud de poderes asumidos por Von BAR, sea de modo directo, sea a través de personas por él designadas, llega a la conclusión de que cierto número de culturas jurídicas están excluidas, de hecho, de hacerse oír en la elaboración y aprobación de los trabajos. En cuanto al espíritu que anima el trabajo del Grupo, se recogen opiniones del propio Von BAR: En una codificación europea no es necesario que todos los detalles sean codificados, y que cualquier cuestión que haya sido resuelta encuentre en él un eco; habrá que modernizar el lenguaje, y las referencias a los derechos nacionales deben quedar estrictamente limitadas de modo que se desarrolle *un droit autonome permanent*. De aquí parece deducirse que el nuevo Código europeo atribuirá amplios poderes de interpretación al juez, con el riesgo de que la diversidad vuelva a introducirse por la vía de la aplicación. No es fácil prever el resultado final: *Une véritable synthèse, un simple compromis, un droit basique constituant le plus petit dénominateur commun entre le systèmes en présence* (27)...? En cuanto a la legitimidad del procedimiento utilizado hasta ahora, hay un texto significativo de Von BAR (28): *El Grupo de Estudios se preocupa poco de la cuestión muy discutida en otros foros de saber si hoy la UE posee la competencia necesi-*

(26) En trabajo posterior Von BAR ratifica el inglés como *lingua franca* y habitual de trabajo de las reuniones del Grupo, sin perjuicio de que en razón al lugar se utilicen otros idiomas (por ej., el alemán en Osnabruck) (*From the general Law of Contract to patrimonial Law - Some observations prompted by the Valencia meeting of the Study Group on a European civil Code*, en el vol. de VVAA, *Derecho patrimonial europeo* [coord. G. Palao Moreno, L. Prats Albentosa, M.^a José Reyes]. Monografía asociada núm. 10 a *RdP* [Cizur Menor, 2003] pp. 21 s.). De hecho, algunos trabajos de dicha reunión se han publicado en español.

(27) *Op. cit.*, p. 88.

(28) VON BAR: "Le groupe d'études sur un Code Civil européen", *RIDC*, 2001, p. 133.

ria para hacer un Código Civil europeo. En realidad ello pertenece a una ulterior preocupación: la cuestión se resolverá una vez que se plantee. (¿Voluntarismo se denomina esa figura?). En todo caso, sí puede afirmarse que hasta este momento es un trabajo exclusivamente científico y puramente privado, que contrasta fuertemente con actitudes posteriores del director del Grupo, calificadas de un ejemplo de la *politique du fait accompli*, ya que tal proyecto hasta podría llegar a aprobarse, sorpresivamente, en cualquier cumbre europea carente de proyectos. Por otra parte, la resolución del Parlamento Europeo de 15 noviembre 2001 coincide prácticamente con las cuestiones planteadas en la contribución del Grupo al cuestionario de la Comisión (29).

A modo de conclusiones el autor afirma (30): Siguiendo la vía de una profundización y mejor comprensión de los Derechos civiles europeos, el Proyecto de Von BAR podría constituir una etapa útil, a condición de ser sólo un trabajo científico más entre otros que alimentan la reflexión doctrinal. Pero al pretender erigirlo en objeto oficial de estudios de Derecho civil europeo a partir del 2005, es decir, dando por supuesto que el conocimiento del Derecho civil europeo se limita al conocimiento de este proyecto, sus promotores están haciendo un poco más escarpada y peligrosa la vía de la aproximación de los Derechos civiles europeos. De ser un instrumento de conocimiento y reflexión, el proyecto del Grupo de Estudios se transformaría en una especie de pantalla entre los universitarios y la realidad que éstos deben esforzarse por aprehender.

La profesora Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, de la Universidad de París-2, al enfrentarse con el tema *Faut-il un Code civil européen?*, adopta una posición más matizada, realista y abierta que los anteriores críticos. Así reconoce, de entrada, que el CC europeo, símbolo de la unidad europea, podría muy bien erigirse sobre los escombros del CC francés. Aunque no puede olvidarse que este último constituye en sí mismo un verdadero símbolo (*Constitution civile de la France, lieu de mémoire de la Nation, Fleur de la culture française, Grammaire de notre droit*, etc.), pues encarna la tradición jurídica continental en oposición a los derechos del *Common law*. Tal simbolismo se acompaña de la *défense et illustration de la langue française*, lo que permite dar un matiz cultural al debate. Sin embargo, la autora reconoce que el *Code* se encuentra ahora en mala posición para ejercer de modelo en el transcurso del ineluctable proceso de

(29) LEQUETTE: *op. cit.*, pp. 89 s., apostilla: *Bel exemple de circularité: le groupe d'études répond aux vœux émis par le Parlement européen, lequel reprend à son tour les réponses formulées par le groupe d'études, lesquelles jouissent ainsi aux yeux de leur auteur d'une valeur éminent, et ainsi de suite...*

(30) LEQUETTE: *loc. cit.*, p. 97.

unificación del Derecho privado europeo. A su juicio, las dificultades de la unificación no provienen tanto del Derecho inglés como de los legisladores continentales, demasiado distanciados unos de otros y poco acostumbrados a discutir sobre sus propios conceptos jurídicos, de suerte que practican escasamente el método comparativo. Bajo esta perspectiva, la mejor estrategia consiste, a su juicio, en acometer una reforma de conjunto del Derecho francés de obligaciones, participando al mismo tiempo en los trabajos que actualmente se están realizando para adoptar un CC europeo siempre que aquéllos se presenten de modo independiente y con carácter meramente doctrinal; recuerda oportunamente que DOMAT y POTHIER no fueron autorizados por nadie para realizar los trabajos que inspiraron el *Code Civil*. Con todo acierto afirma que *de la complète insularité de chaque système juridique national européen à un code européen de droit privé il y a toutefois place pour d'autres manières d'agir, plus mesurées*.

Cualquier tarea de unificación del Derecho sólo es aceptable en la medida en que represente un progreso real, fundado en un trabajo de calidad incontestable. Esto significa que el CC europeo no se podrá realizar de inmediato, a menos que esté destinado al fracaso. Tal proyecto tropieza con diversos obstáculos: ausencia de base jurídica en los Tratados comunitarios, debilidad de los argumentos avanzados para justificar la unificación de todo el Derecho privado europeo y ausencia de una línea directriz en cuanto a los métodos a utilizar con preferencia. Después de un análisis pormenorizado de los Tratados (en particular los arts. 95 y 308, así como la doctrina de las competencias implícitas) llega a la conclusión de que los textos en vigor no suministran una base jurídica suficiente al proyecto (31), sin que sea necesario acudir a las ideas que propugnan una organización federal de la futura UE, como permite comprobarlo la experiencia norteamericana. Se muestra, en cambio, favorable a utilizar instrumentos similares a los *Restatements*, o, mejor aún, leyes-modelo que otorguen a los Estados la posibilidad de adoptar sus derechos nacionales a las exigencias de un código europeo, ganándose así en legitimidad y credibilidad.

Entre los argumentos aducidos para la codificación europea parecen los económicos los más convincentes. Sin embargo, observa que nunca se ha evaluado con precisión el sobrecosto que la divergencia de legislaciones nacionales implica en las transacciones transfronterizas; que el costo puede ser mayor en relación con las divergencias fiscales o laborales; y que las distorsiones son más elevadas en el comercio con terceros paí-

(31) Véanse *infra* en parecido sentido las posturas mantenidas por el profesor español de DIP SÁNCHEZ LORENZO.

ses. La acogida real a los actuales instrumentos de unificación (Convención de Viena o principios Unidroit) no parece que en la práctica haya llegado a ser masiva. En el caso inglés, la distinta legislación reguladora de las relaciones contractuales entre Escocia y el Reino Unido tampoco parece incidir significativamente en el floreciente comercio interior británico. Por último, las razones económicas tienen peso notablemente inferior en materia de unificación del Derecho de familia.

En cuanto a las razones jurídicas se destaca su ambivalencia, pues si bien la codificación europea pondría coherencia en el Derecho comunitario del consumo, sería necesario extenderla a las numerosas convenciones internacionales. Además la unificación del Derecho se vive en el momento de su aplicación, y el Código europeo de contratos requeriría Tribunales europeos (el Convenio de Viena está originando tantas interpretaciones como Tribunales nacionales lo aplican). La unificación como fuente de modernidad sólo dura cierto tiempo, más allá del cual se cae en la petrificación. Nadie ha pensado en los problemas que plantearía la reforma del Código europeo (¿a quién correspondería la iniciativa? ¿requeriría unanimidad, mayoría cualificada o simple?). Finalmente se aduce el argumento de que la unificación constituye una fuente de seguridad jurídica, eliminando los problemas del Derecho Internacional privado en el interior de la UE; a ello se responde que el actual DIP ofrece medios para conocer con exactitud el Derecho aplicable, y que después del Tratado de Amsterdam se ha producido la *comunitarización* de esta rama del Derecho sobre la base de los artículos 61 y 65 del Tratado de la Comunidad Europea, producida a ritmo rápido debido a haberse optado por la vía de los Reglamentos, sin que haya originado grandes problemas, aunque destaca la escasa calidad de los mismos. Pero la unificación de las reglas de conflicto es una solución minimalista que no elimina la diversidad de las leyes sustantivas.

La autora deja abierta la puerta del pluralismo cultural que, lenta aunque inexorablemente, puede facilitar en el futuro la unificación jurídica europea. En efecto, los fundadores de Europa iniciaron su construcción sobre la base del pluralismo, concibiendo aquélla como una confederación de países de tradiciones culturales diferentes. Casi medio siglo después del Tratado de Roma va progresando la idea de la cultura europea, superponiéndose, y no reemplazando, a las culturas nacionales. Algo parecido ocurre con la cultura jurídica europea, siendo más intensa en el ámbito de los contratos que en el de la familia o sucesiones. Instituciones judiciales tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo o el Tribunal de las Comunidades de Luxemburgo están contribuyendo, más intensamente cada vez, a crear esa cultura jurídica común. Los Tribunales ordinarios de los Países miembros invocan en sus

sentencias, con mayor frecuencia, y apoyan sus fallos en las resoluciones de los Tribunales europeos. Nada desdeñable es el influjo doctrinal (Grupo de Pavía, de Trento, Comisión Lando, Grupo de Estudios de Von BAR, etcétera) en la formación de la actual cultura jurídica europea. La autora reitera las críticas que otros autores han hecho respecto del último de los Grupos citados, y, por su parte, se muestra favorable a crear un Instituto europeo, permanente e independiente, que agrupe no sólo a los profesores, sino también a prácticos del Derecho. Tal Instituto podría encargarse de coordinar los proyectos de investigación, preparar los textos comunes y, eventualmente, organizar la revisión de los cursos universitarios. Estos grupos de expertos, tanto si se presentan como grupos teóricos o en representación de instancias comunitarias, no son otra cosa que partes de un engranaje en un proceso que les supera y dentro de la doctrina tiene que cumplir su función propia: no ya redactar por sí sola el futuro código europeo, sino trazar las grandes etapas de un proyecto, demasiado importante para ser realizado con precipitación.

Buen ejemplo de una postura bien argumentada y razonablemente abierta, sin ocultar el peso de algunas de las anteriores críticas.

La segunda parte de la obra versa sobre la armonización del Derecho contractual, y se abre con un trabajo sobre un concepto muy amplio de codificación:

ROUHETTE: *Les codifications du droit des contrats* (32).

El autor es Emérito en la Universidad de Clermont-Ferrand y dedica fundamentalmente su estudio a explicar el significado que, a su juicio, presentan los Principios UNIDROIT y los Principios de la Comisión Lando. Justifica, inicialmente, el haberse reducido a tratar de la codificación contractual por tratarse de un sector jurídico dotado de cierto particularismo que se presta a ser objeto de una codificación aislada (por ej., el Código tunecino de obligaciones y contratos), o distinta (por ej., el Código suizo de Obligaciones promulgado con anterioridad al CC y que, a partir de 1911, constituye, con numeración propia, el libro V del ZGB), o supone una revisión por separado (Ley alemana del 2002 de Modernización del BGB), o implican un propósito de unificación (Proy. franco-italiano de Código de Obligaciones y contratos de 1927). Además los Principios UNIDROIT y los Principios Lando ofrecen, a su juicio, algunas notas de aproximación a la noción tradicional de código.

(32) Estudio publicado en la revista *Droits*, 1996, pp. 113 y ss.

Los Principios UNIDROIT han sido elaborados en el seno del Instituto para la Unificación del Derecho privado, con sede en Roma, el cual se ha acreditado, a lo largo de su funcionamiento, con la publicación de excelentes trabajos preparatorios de numerosos instrumentos internacionales (y no sólo europeos). En este caso, su gestación arranca de 1971 con la finalidad de lograr una codificación del comercio internacional, modificado ulteriormente para regular las relaciones de igual clase entre los países capitalistas y comunistas. En 1980 el trabajo se limitó a formular principios. Aquí ha funcionado una Comisión internacional de expertos que han intervenido a título particular, y aunque finalmente ha sido aprobado por el Consejo de dirección de UNIDROIT, el trabajo sigue teniendo carácter privado.

La Comisión Lando inicia sus trabajos en 1980 por iniciativa del profesor Öle LANDO, de la Universidad de Copenhague, y se compone en su mayoría por profesores universitarios pertenecientes a varios países comunitarios que actúan privadamente. Ha recibido ayudas financieras de la Comisión y del Parlamento europeos, aunque carece de cualquier vínculo orgánico con estos organismos.

En cuanto a su valor jurídico actual, los principios UNIDROIT se presentaban como una codificación progresiva del Derecho de comercio internacional, pero luego se alteró el enfoque, para convertirlo en una elaboración de principios; de aquí que no signifiquen un proyecto de convenio internacional, ni tampoco un anteproyecto, sino, en todo caso, un modelo que puede presentarse tanto al legislador nacional como al internacional. Los Principios del Proyecto Lando, si bien han sido considerados por el Parlamento Europeo como trabajos dirigidos a la armonización del Derecho contractual, sin embargo, la Comisión parece haber declinado la invitación a que adoptasen de algún modo carácter oficial.

El autor no se satisface con esta conclusión de tratarse ambos textos de meras codificaciones particulares, y analizando los Principios Lando observa que van acompañados de comentarios cuya finalidad no es justificar la solución adoptada, sino proporcionar una interpretación del texto, de donde deduce un factor de normatividad (33), no sólo cuando las partes expresamente lo acuerdan, sino en calidad de reglas generales de los contratos en la UE. En cuanto a los Principios UNIDROIT, en apariencia son más modestos, pues sólo se aplican si las partes los han aceptado expresamente, pero ROUHETTE cree que además de normas contractuales también poseen valor supletorio (34). A continuación plantea el autor el alcance que pueden poseer estas reglas si se les atribuye, expresa o tácita-

(33) ROUHETTE: *loc. cit.*, pp. 131 y ss.

(34) ROUHETTE: *loc. cit.*, p. 132.

tamente, valor imperativo; con base en la jurisprudencia francesa llega a la conclusión de que los Principios poseen una unidad, una coherencia, y una racionalidad, y sería desnaturalizarlos el descartar la aplicación de algunos que, probablemente, serían los más importantes. Se estaría en presencia de un *Derecho culto* que se presenta *ab initio* como un modo de codificar de valor privado, que más tarde puede llegar a ser oficial. A mi juicio, no parece fácil dar el paso decisivo, y aquí puede radicar el talón de Aquiles de la construcción del autor. En cuanto a los Principios de UNIDROIT, dirigidos principalmente a los contratos mercantiles, el autor opina que pueden tener el valor de un *Restatement*. En cuanto a los Principios Lando, permitirían reconstruir el antiguo *jus commune* con el mismo carácter de Derecho culto. Para que unos y otros adquieran valor normativo será decisiva la conducta y la opinión de sus usuarios y de quienes los estudien. Concluye *sans illusion excessive, pour une codification non imposée du droit des contrats*.

Postura favorable, sin ambages, a la codificación europea, aunque, ciertamente, la argumentación que utiliza en los dos casos que le han servido de base, así como los mecanismos de actuación de los mismos, no resulta muy sólida ni exenta de críticas.

Bajo el bien elegido enunciado genérico de *Vers un droit européen des contrats?*, se agrupan los siguientes estudios:

TALLON: *Vers un droit européen des contrats?* (35).

WITZ: *Plaidoyer pour un code européen des obligations* (36).

JAMIN: *Un droit européen des contrats* (37)?

D. MAZEAUD: *La Commission Lando: Le point de vue d'un juriste français* (38).

En una anterior colaboración, ya analizada, el profesor TALLON se mostraba abierto a la codificación europea, trayendo al debate el contrapunto de la experiencia norteamericana, cuyo real significado había tratado de aclarar. Ahora se centra en el trabajo llevado a cabo por la Comisión Lando –de la que ha formado parte–, teniendo presentes los principios relativos al capítulo preliminar y al cumplimiento e incumplimiento del contrato. La colaboración se centra en explicar las razones del trabajo

(35) Artículo publicado en *Mélanges offerts à André Colomer* (París, 1993), pp. 485 y ss.

(36) Publicado en *Dalloz*, 2000 Chron. 79 y ss.

(37) Publicado en *VVAA: Le droit privé comparé* (bajo la dirección de P. de Vareilles-Sommieres) (París, 1998), pp. 40 y s.

(38) Publicado en *VVAA: L'Harmonisation du droit des contrats en Europe* (bajo la dirección de C. Jamin y D. Mazeaud) (París, 2001), pp. 141 y ss.

realizado por esta Comisión, y, en particular, el por qué elaborar sólo reglas de naturaleza sustancial y no limitarse a las reglas de conflicto, y, también, por qué limitarse sólo a Europa y no a nivel mundial. Teniendo en cuenta la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en muchos países comunitarios, cualquiera que sea el juez que conozca del caso, la ley nacional del contrato será idéntica. Desde un punto de vista práctico es de observar que un Derecho sustancial de contratos unificado aporta algo más que una regla unificada de conflicto, pues evita la búsqueda del contenido de la ley aplicable, que puede ser larga, difícil y costosa, especialmente cuando los litigantes son nacionales de países pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes. Además los Principios Lando se destinan a contratos intracomunitarios para cuya regulación las legislaciones estatales están mejor preparadas. En el futuro nada impedirá que se produzca una fusión entre las reglas internas, las reglas comunitarias y las reglas internacionales sobre los contratos, aunque ello no es cuestión urgente. En todo caso la redacción de los Principios Lando no hace inútil la aplicación del Convenio de 1980, y tampoco aquéllos pueden considerarse agresivos en relación con los ordenamientos nacionales; son un modelo propuesto y no impuesto, se aplican después de los usos y costumbres y las prácticas establecidas por las partes, y éstas pueden, por regla general, derogarlas en todo o en parte. TALLON plantea a fondo el alcance, europeo o mundial, de los Principios Lando; inicialmente puede verse cierto solapamiento con los Principios UNIDROIT; pero aduce razones serias para que estos últimos se limiten a los países de la UE cuyo Derecho comunitario ha originado una problemática específica, y en cuyo ámbito geográfico se deja sentir menos la presión norteamericana, muy presente en la redacción de los Principios UNIDROIT. Se trata de regular toda clase de contratos celebrados dentro de la UE, no sólo los celebrados entre empresas, sino también por los particulares, consumidores o no.

Los Principios Lando no son un código de reglas detalladas e imperativas, sino un conjunto de recomendaciones cuya eficacia dependerá de la voluntad de las partes y de la benevolencia de jueces y árbitros, no obstante lo cual pueden ejercer una importante función doctrinal. Según el artículo 1:101, los Principios se aplican cuando las partes han convenido que su contrato se regule por ellos; es un modelo facultativo cuya aplicación dependerá de sus cualidades intrínsecas. El autor piensa que pueden resultar útiles a las pequeñas y medianas empresas que carecen de servicios jurídicos especializados en materia internacional. También pueden aplicarse cuando las partes convienen que se apliquen los principios generales del Derecho, a la *lex mercatoria*, etc. Incluso aunque las partes nada hayan estipulado a este respecto, los jueces y los árbitros pueden

encontrar en aquéllos un sistema de referencia coherente. También podrá aplicarse en caso de laguna de la ley escogida. No es desdeñable el papel doctrinal que pueden desempeñar al inspirar las reformas legislativas, como ocurrió con el Proyecto franco-italiano de 1927, y, bajo otra perspectiva, con los *Restatements* norteamericanos. Luego explica la composición y método de trabajo de la Comisión, y una conclusión teñida de realismo: *Un droit européen de contrat, certes, mais qui n'a par lui-même aucune valeur normative*. Se resiste, sin embargo, a atribuirle exclusivamente el valor de un mero ejercicio académico. A su juicio puede contribuir a la emergencia, lenta y progresiva, de un *jus commune* del contrato.

Creo que siguen siendo válidas las transcritas conclusiones del autor, –formuladas hace ya una decena de años–. Hoy la Comisión Lando ha dejado de funcionar como tal, mientras que ha comenzado, poco a poco, el tratamiento doctrinal y científico de los resultados de los Principios de este Proyecto europeo, ya concluido.

El título del trabajo del profesor WITZ, de las Universidades del Sarre y Estrasburgo, así como director del Centro jurídico franco-alemán de Sarrebruck, es significativo por sí mismo y advierte ya de su postura abierta y favorable a la codificación europea de las obligaciones; propósito que se concreta inicialmente en la intención de sensibilizar a la comunidad jurídica francesa frente al actual desafío de tomar postura ante un Código que *brevitatis causa* denomina *Eurocode des Obligations*; al menos aspira a convencer a los más reacios en favor de una *nécessaire européanisation du droit des obligation*.

A su juicio, las políticas sectoriales de armonización del Derecho de obligaciones de los Estados miembros han mostrado tanto sus límites como sus efectos nefastos, al poner en peligro el equilibrio interno de los Derechos nacionales (pone como ejemplo la trasposición de la Directiva sobre los productos peligrosos, que ha dado origen a que se inserten en el *Code* los arts. 1.386-1 y siguientes, que han afectado a principios importantes del Derecho francés de obligaciones, y representan un factor de complejidad que perjudica la comprensibilidad del Derecho francés); adviértase que, a su juicio, los legisladores nacionales son tan responsables del mencionado desajuste como el legislador comunitario, pues la aproximación exige un segundo trabajo de armonización, que habitualmente se ignora. En realidad, la armonización suele quedar habitualmente en la superficie de las normas, en atención a los resultados a alcanzar, sin que la totalidad del conjunto normativo sea armonizado. Ocurre así que, pese a la aproximación verificada en el ámbito del Derecho de los consumidores, el Derecho de obligaciones europeo ha terminado rompiéndose y dispersándose en quince sistemas jurídicos diferentes. ¿Qué hacer?

Opina WITZ que, como ocurrió ya en 1814, se vuelve a plantear hoy

un combate entre dos escuelas: *el clan de Savigny y el clan de Thibaut*. A continuación resume y sintetiza los argumentos contrarios, que encabeza LEGRAND (39) y otros autores, y los favorables a la codificación europea. Según LEGRAND, un Derecho uniforme, incluso circunscrito al Derecho de los contratos, sería irrealizable hoy en Europa; pues el Derecho se inscribe infaliblemente en una lengua, participa inevitablemente de una cultura y emerge de una tradición. Resultan insalvables las diferencias entre el sistema del *Civil Law* y del *Common Law*. ¿Por qué esta atracción a favor de la universalidad? ¿Por qué esta repugnancia singular a pensar las diferencias? Los esfuerzos debieran desplegarse a favor de cómo gestionar la diversidad. Y tampoco está hoy demostrado que un Derecho uniforme reduzca notablemente los gastos de las transacciones intracomunitarias.

Al hablar de los argumentos a favor de su Eurocódigo de obligaciones, el autor constata que su necesidad es mayor para las pequeñas y medianas empresas que, en caso de conflicto judicial suscitado por los contratos transfronterizos, pueden tropezar con mayores dificultades prácticas que las otras que acuden a la instalación de filiales o al arbitraje ejercido por juristas especializados. El autor describe vías alternativas (40). Así la creación de una auténtica comunidad europea de juristas capaces de dialogar cómodamente entre sí, dado que su formación no se ha hecho principalmente a través de los derechos nacionales; las estancias de estudiantes en universidades extranjeras; la redacción de obras de Derecho privado auténticamente europeo; la impartición de cursos que no se concentran ya en las soluciones de los derechos nacionales. Todo ello evoca el nacimiento del *jus commune*, aunque surge la duda de si hay que esperar a que nazca tal comunidad de juristas europeos para iniciar las tareas de unificación, o si ambas cosas pueden hacerse a la par. Añade una interesante cuestión jurisdiccional, a saber, el modo de asegurar el control de la aplicación del Derecho extranjero por los jueces de fondo. ¿Es normal que la aplicación del Derecho extranjero se trate como mera cuestión de hecho? ¿Es lógico que no se controle la aplicación del Derecho extranjero por una instancia superior? ¿Cuándo van a considerarse como cuestiones interregionales los conflictos transfronterizos? Sin duda es real el peligro de que las reglas europeas sean interpretadas de modo divergente; pero tal riesgo disminuirá a medida que se vaya creando un *corpus de doctrina* en el idioma de cada uno, en el que cada parte podría inspirarse para redactar un contrato, o para completar la argumentación esgrimi-

(39) LEGRAND: "Sens et non sens d'un Code civil européen", *RIDC*, 1996, pp. 779 y ss.; "La leçon d'Apollinaire", en la obra del mismo autor *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer, 1999), pp. 117 y ss.

(40) WITZ: *Plaidoyer pour un Code européen des obligations*, cit., pp. 154 y s.

da frente al juez con apoyo en trabajos preparatorios redactados en su propia lengua. Concluye el autor que la diversidad de lenguas y culturas en Europa, lejos de constituir una objeción al Eurocódigo, apoya la creación de un conjunto de normas comunes, que además podrán así alcanzar mayor influencia fuera de sus fronteras.

La última parte del estudio, dedicada a cómo concibe el Eurocódigo de obligaciones, sirve al autor más bien para plantear interrogantes que para ofrecer soluciones apodícticas (que, no obstante, también presenta algunas veces). Por ejemplo, ¿Eurocódigo de obligaciones o Código de operaciones intracomunitarias? ¿Código uniforme o código de armonización? ¿Código de contratos, de obligaciones o del patrimonio? ¿Debe comprender la materia regulada por el Código del consumo? Por supuesto, debe incluir la culpa extracontractual, y no eludir la complejidad de intereses presentes en la regulación de cada uno de los contratos especiales. En cuanto a la competencia para promulgarlo, el autor se muestra partidario de la doctrina minoritaria, que la encuentra suficiente en los artículos 95 y 100 del Tratado. En todo caso muestra sus reservas sobre el procedimiento del Tratado internacional, de muy difícil modificación ulterior, y que corre el riesgo de la *glaciation* que ha denunciado CARBONNIER. En la conclusión final advierte que *l'ère du nationalisme du droit des obligations doit prendre fin en Europe*. Como solución de mínimos, propugna la adopción de un *Restatement* según el modelo norteamericano, unido a una mejora en el trato jurisdiccional de las leyes nacionales de los Estados miembros.

El profesor JAMIN, de la Universidad de Lille-2, observa que del título de su ponencia cabe deducir que el Derecho europeo privado de los contratos no existe todavía, pero cabe estudiar el tema y aún desear que llegue a existir en un futuro más o menos cercano. Ciertamente existe un Derecho comunitario en la materia, constituido fundamentalmente por Directivas, las cuales no garantizan la armonización, pues sólo afectan de modo indirecto a los principios fundamentales aplicados en cada legislación interna. Caben dos posibilidades: o seguir utilizando los instrumentos actuales para actualizar, en plazo más o menos breve, los diferentes derechos nacionales, o dar un salto cualitativo creando un Derecho común de los contratos que supere los obstáculos que suponen los derechos nacionales. El autor se opone a esta dirección, mostrándose en desacuerdo con las opiniones del profesor WITZ, ya que el Derecho de obligaciones no es un instrumento jurídico neutro, sino que responde en cada país a concepciones morales y culturales; para ilustrarlo alega la noción de buena fe (41), y la diferente óptica con que, a título de ejemplo, los Tri-

(41) Con cita de RIPPert: *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^é. ed. (París, 1949).

bunales Supremos francés y belga enfocan el abuso del Derecho en materia contractual. Ante ello se muestra, incluso, más benevolente con el desorden introducido por el Derecho comunitario, ya que respeta, al menos, las culturas jurídicas nacionales. Para respetar de algún modo el actual pluralismo conviene, a su juicio, no limitarse a un *jus commune* más o menos mítico, sino tratar de construir un Derecho de contratos que no ignore aquél. Transige por último y admite que ambas vías podrían seguirse.

Un Derecho contractual pluralista puede ser el resultado de los trasplantes o transferencias de derechos, tanto verticales como horizontales (menciona la admisión por la jurisprudencia francesa de la validez del contrato con precio indeterminado, y las repercusiones que la ratificación del Convenio de Viena de 1980 está produciendo en este país). Pero en la situación actual es ilusorio apoyarse en tales transferencias –realizadas un tanto anárquicamente– para construir un Derecho europeo de contratos. El Derecho comunitario derivado constituye, en su opinión, un poderoso factor de circulación de conceptos jurídicos, especialmente cuando se trata de Reglamentos, y en menor medida a propósito de las Directivas cuyos defectos han sido frecuentemente denunciados; y, en todo caso, su objeto ha recaído fundamentalmente, hasta ahora, sobre el Derecho del consumo.

Los Principios Lando, a su juicio, constituyen un trabajo previo a cualquier esfuerzo codificador y pueden compararse a los *Restatements* norteamericanos. Aquéllos responden, en primer lugar, a la necesidad de eliminar las diferencias entre los diversos derechos nacionales que constituyen un obstáculo al comercio transfronterizo. JAMIN considera revisable esta fundamentación y, acudiendo a estudios sociológicos sectoriales (42), afirma que estos compradores se motivan diversamente; así, aducen razones tales como la diferencia de precios, la proximidad, la costumbre, la ausencia de obstáculos lingüísticos, ser el modo habitual de comprar, etc. También pone en duda que la existencia de un Derecho europeo de contratos acabe con las distorsiones en la libre competencia; puede ocurrir que el pluralismo estimule precisamente la libre competencia; en último término plantea la pregunta clave: ¿para qué sirven los Principios? Al tratarse de un conjunto de principios parece que trata de promoverse una mayor unidad del Derecho europeo de contratos invocando la razón universal, pero basta una lectura de los mismos para advertir que se trata más bien de un compromiso o transacción entre diversos sistemas jurídicos, a veces en el seno de un único artículo, de suerte que hay escasas posibilidades de que las percepciones obtenidas de ellos por los juristas pertenecientes a tradiciones diversas sean idénticas; cada uno tratará de

(42) JAMIN: *loc. cit.*, pp. 172 y s.

entender los principios según la tradición a que pertenezca, y en el peor de los casos sólo aceptará aquéllos que se aproximen a la suya (43).

En su opinión, estos Principios Lando corren el riesgo de garantizar sólo una unidad superficial (*une unité de façade*) en el Derecho de contratos, pues lo importante no radica en la norma que se invoca, sino en el alcance que se le da; por ejemplo, es fácil constatar que en cada sistema jurídico el principio de la fuerza obligatoria del contrato tiene amplitud diferente. La Comisión se ha limitado a analizar los textos y la jurisprudencia que ha suscitado, y la doctrina contenida en algunos manuales que reflejan la subjetividad de sus autores. No han realizado, en cambio, ninguna investigación sociológica de carácter científico con los prácticos que, a diario, están modelando el Derecho europeo de los contratos.

Apunta el autor que quizá la tarea podría reducirse a elaborar un Derecho de contratos basado en los Derechos del hombre. Curiosamente en la Convención europea de 1950 hay escasas referencias a la contratación; en el artículo 1.º del Protocolo adicional número 4 se dice que *nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il ne pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle*. La s. civ. de 6 marzo 1996 de la *Cour de Cassation* ha establecido la nulidad de la cláusula de un arrendamiento de vivienda que exigía que la vivienda fuese ocupada exclusivamente por el arrendatario y sus hijos, por violar el derecho al respeto a la vida familiar reconocido por el artículo 8.º de la Convención; decisión importante porque significa que cabe invocar los derechos humanos en las relaciones contractuales de Derecho privado, aunque expresa el temor de que aquéllos se banalicen, y vengán a representar, en la práctica, algo marginal.

Todo lo anterior justifica una postura escéptica: Opina el autor, en resumen, que es necesario abandonar un método que parece estar fundamentado en un mito, a saber, un derecho casi uniforme desde el Atlántico a los Urales, en el que sueñan los hombres de negocios y algunos prácticos. Hay que aceptar el pluralismo de los derechos nacionales y su complejidad, que se incrementará con la ampliación, sin dejar de usar los instrumentos que nos ofrece el DIP y los Principios de UNIDROIT para regular algunos contratos de comercio internacional.

A la hora de enjuiciar la Comisión Lando bajo la óptica de un jurista francés, el profesor Denis MAZEAUD, de la Universidad de París-2, constata el escaso eco que, hasta el momento en que escribe (2001), ha suscitado aquélla entre los autores franceses, a diferencia de la abundante literatura producida a propósito de los Principios UNIDROIT. Confiesa que su actitud personal ante el Proyecto Lando se basa en la dificultad

(43) JAMIN: *loc. cit.*, pp. 174 y ss.

de aceptar que cualquier clase de armonización o unificación europea sea concebible en materia económica, monetaria, cultural, industrial, deportiva y social, mientras que, precisamente, el terreno jurídico y el Derecho de los contratos ha de ser impermeable a la misma. Su misión será meramente la de un comparatista, es decir, la de constatar en qué medida esos Principios son conciliables con los de la teoría general del contrato en Derecho francés; es decir, la de comprobar que los Principios Lando, no sólo no constituyen una agresión, sino que representan una fuente de inspiración para el legislador y el juez franceses. Advierte que no será posible examinar todo el contenido de aquéllos, sino que se limitará a dos aspectos principales, uno el Derecho que tratan de promover, y otro el tipo de contrato que tratan de modelar.

Este Derecho contractual europeo concebido por un puñado de universitarios aparece como un Derecho virtual, es decir, un Derecho que se conjuga más en el futuro que en el presente, y no tanto por tratarse de un Derecho culto, incluso dogmático, como por el déficit crónico de autoridad que, según algunos, puede desembocar en una ausencia fatal de unidad. Su fuerza radica más bien en la capacidad de persuadir a los propios contratantes para que se sometan a ellos, y en la buena voluntad del juez público o privado que quiera aplicarlos al caso. Sin embargo, el autor niega (44) que la abundancia existente en los Principios Lando de conceptos jurídicos indeterminados, de conceptos estándar flexibles y fluidos, de normas-marco que hacen referencia a la cultura jurídica específica de aquel que los aplica, vayan a ser fuente de inseguridad e incoherencia; se fija, por ej., en la noción de *razonabilidad*, extraño en principio al Derecho francés. Por otro lado habría que aceptar una interpretación plural de los principios contractuales europeos. Curiosamente el autor califica de *derecho virtuoso* al que se deduce de los Principios Lando, orientado hacia la protección de los débiles *sans pour autant succomber aux sirènes de l'ordre moral*, ya que no se acogen nociones como la causa ilícita o inmoral, o la conformidad del contrato con las buenas costumbres. En su lugar se introduce la sumisión del contrato a la lealtad y a la proporcionalidad. La exigencia de lealtad aparece sustancialmente recogida en el Derecho francés a través de la buena fe; en cambio, la exigencia de proporcionalidad en algunas de sus manifestaciones no lo está, y el autor estima que una verdadera revolución cultural y contractual serán precisas para que se acepte en Francia que el juez pueda adaptar un contrato a nuevas circunstancias imprevistas que lo han desequilibrado profundamente (45).

(44) D. TALLON: *loc. cit.*, pp. 185 y s.

(45) D. TALLON: *loc. cit.*, pp. 191 y s.

El concepto de contrato que han modelado los Principios Lando *nous renvoient une image du contrat à cent lieues de la conception traditionnelle qui le present comme le fruit d'un accord de volonté conclu en toute liberté, sur un pied d'égalité, et défendu au juge. Bien au contraire, le contrat est largement abandonné au pouvoir de la volonté unilaterale du maître du contrat qui se déploie sous la tutelle vigilante du juge, et plutôt qu'intangible, il semble mû par une sorte de mouvement perpétuel orchestré par la baguette d'un juge omniprésent* (46). En particular el autor se ocupa de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, de la determinación unilateral del contenido del contrato y de la ampliación de los poderes del juez (47). El autor discurre sobre la posible acomodación al Derecho contractual francés de estos principios, de los que deriva que el contrato que presuponen ya no es exclusivamente el delimitado por la voluntad de quienes lo han concluido, sino algo flexible y sensible a la acción del poder judicial: quizá lo más extraño a la mentalidad gala sea el poder del juez para sustituirse a la voluntad de las partes. Concluye el autor expresando un relativo optimismo: *Ces Principes réfléchissent, dans une assez large mesure notre droit contractuel national; ils en sont en quelque sorte le miroir. En outre, il n'apparaît pas déraisonnable de penser que, sur bien des points sur lesquels des différences subsistent aujourd'hui, les solutions retenues dans les Principes préfigurent les évolutions majeures de notre droit contractuel* (48).

En el tercero y último apartado de esta segunda parte se incluyen varios trabajos suscitados, precisamente, *À propos de la Communication de la Comisión*. Se trata de la emanada el 11 de julio 2001, que ha servido para desencadenar un cierto movimiento de respuestas en algunos países de la UE antes de la ampliación, así como ha dado origen al *compte rendu* por parte de la Comisión del 25 de marzo 2002. A continuación se recogen en el volumen algunas respuestas francesas con variedad –en cierto modo, equilibrada– de criterios y actitudes:

HEUZÉ: *À propos d'une "initiative européenne en matière de droit des contrats"* (49).

(46) D. TALLON: *loc. cit.*, p. 192.

(47) Gráficamente se describe así esta ampliación de las facultades judiciales: *Les Principes du droit européen du contrat aiment le juge: non seulement, il lui accordent manifestement leur confiance aveugle pour réguler l'exercice des pouvoirs contractuels et rééquilibrer les droits et obligations respectives des contractants, mais encore il lui donnent parfois carte blanche pour parfaire un contrat lacunaire, voire refaire un contrat imparfait ou injuste* (D. TALLON: *loc. cit.*, p. 195).

(48) D. TALLON: *loc. cit.*, pp. 197 y s.

(49) Publicado en *JCP* 2002.I.152.

HUET: *Nous faut-il un “euro” droit civil?* (50).

MALAURIE: *Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte* (51).

MALINVAUD: *Réponse –hors délai– à la Commission Européenne: À propos d’un Code européen des contrats* (52).

HEUZÉ, profesor agregado de la Universidad París-1, expresa el parecer colectivo de los miembros pertenecientes al Instituto André Tunc, carácter colectivo que se justifica por el breve plazo otorgado para responder al cuestionario de la Comisión Europea. Trata de la oportunidad de una aproximación de las legislaciones nacionales en materia contractual y de las modalidades de tal acercamiento.

Se está de acuerdo con la idea expresada por los fundadores de que establecer una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa podrá conducir un día a establecer reglas contractuales idénticas para todos ellos. Pero no se aceptan las dos motivaciones que hace valer la Comisión; en primer lugar, hacer desaparecer las incoherencias, a veces graves, engendradas por el Derecho comunitario derivado en las legislaciones nacionales; en segundo lugar, que la diversidad de legislaciones constituye un freno a los intercambios intracomunitarios, que está desmentido por el ejemplo norteamericano, y se corrobora por la escasa utilización por los prácticos de los diversos mecanismos de derecho uniforme recientemente aparecidos (Convenio de Viena de 1980 y Principios UNIDROIT). Se dice que la resistencia muy fuerte de los profesionales, que no discuten, sin embargo, la calidad de las reglas uniformes consideradas, se explica precisamente por tener conciencia de la grave inseguridad jurídica que provoca ineluctablemente, al menos en un primer momento, la adopción de soluciones uniformes. En efecto, como éstas se conciben siempre como un compromiso entre dos concepciones diferentes, cuando no opuestas, de las cuestiones debatidas, su significación exacta y su alcance real son siempre una fuente de incertidumbres mucho más vivas que las que provoca una reforma decidida en un sistema jurídico determinado. Aunque se encomiende a los Tribunales de Justicia de las Comunidades Europeas la solución de los conflictos, no cabe olvidar el largo período de aclimatación que producirá incertidumbres, aumentando el costo de las transacciones. De aquí un matizado juicio: si bien la diversidad de las legislaciones en materia de contratos no carece de inconvenientes para el funcionamiento y la regulación del mercado a nivel comunitario, no es absoluta-

(50) Artículo publicado en *Dalloz* 2002, Point de vue, p. 2611.

(51) Publicado en *JCP* 2002.I.110.

(52) Publicado en *Dalloz* 2002, p. 2542.

mente claro que la uniformidad del Derecho en este campo constituiría la mejor y menos costosa manera de remediarla. Pero de ello no deriva que la uniformidad no deba ser alcanzada, pues está implícita en la lógica misma de la construcción europea, la cual carecerá de oportunidades de desembocar algún día en una verdadera unión de pueblos europeos si cada uno de los Estados miembros continúa ejerciendo sus competencias legislativas de manera aislada, ignorando lo que hacen los demás.

En cuanto a las modalidades para realizar la aproximación de las legislaciones nacionales en materia contractual, el autor se refiere a la utilidad de coordinar los trabajos que ya están realizándose por el Grupo de Pavía, el Grupo Lando, el Grupo de Trento en pro de un *common core of european private law* (que estima ser el más riguroso de todos, científicamente hablando), o el de la Universidad Católica de Lovaina y la Universidad de París 1. Sin embargo, discrepa de la utilidad que pudieran tener como principios el resultado de tales trabajos de aproximación, los cuales, a su juicio, ni los invocarán las partes, ni los aplicarán los jueces. Deriva de todo ello que sólo la elaboración de una completa formulación del Derecho de los contratos, que suponga tanto el enunciado de reglas de Derecho común y de disposiciones más precisas o derogatorias adaptadas a las particularidades de cada categoría de contratos en particular, permitirán alcanzar realmente una verdadera uniformización de las legislaciones europeas en la materia; para vencer las resistencias que esta empresa suscita deben ser suficientemente detalladas para convencer de sus méritos intrínsecos y eliminar el temor de un salto en el vacío. Sólo así podrá suscitarse el interés de los prácticos. Ahora bien, en el estado actual del derecho de los Tratados, no parece que la competencia de las instituciones de la UE se extienda a adoptar semejante Código uniforme de los contratos. Si bien es cierto que el marco natural es el territorio de la UE, las decisiones deben adoptarse por los parlamentos nacionales mediante leyes-modelo. El instrumento adecuado para su elaboración puede ser un Instituto Europeo, el cual puede trabajar con la colaboración de expertos de los distintos países. La misión de los Parlamentos estatales no debiera limitarse a aprobar o rechazar el modelo propuesto, sino que en cuestiones concretas puede ser aconsejable dejarles posibilidades de elegir opciones diferentes, aun a riesgo de que quede alterada de algún modo la uniformidad perseguida.

El profesor HUET, de la Universidad de París-2, trata de delimitar el perímetro exacto al que afectaría el proceso de uniformización, fijándose en el ámbito de los contratos utilizados en el comercio intraeuropeo y en las garantías de carácter personal que pueden asegurar el cumplimiento de tales contratos, con exclusión de la responsabilidad civil y el Derecho de la familia. Después de exponer las modalidades que pueden tomarse en

consideración, se inclina por la uniformización jurídica menos radical consistente en proponer a los agentes económicos un cuerpo de reglas admitidas a nivel europeo para las transacciones transeuropeas; la práctica constituirá un verdadero plebiscito al comprobar la frecuencia con que se adopta este modalidad de derecho culto. El autor llama la atención sobre el coste de la uniformización, especialmente el que suponga encargar al Tribunal de las Comunidades Europeas la tarea de unificar la interpretación de los nuevos textos; así como el de la formación de los jueces y abogados; el de la creación de una nueva jurisprudencia y doctrina, en sustitución de las antiguas bases de datos. Todo ello le permite concluir sobre lo peligroso de elegir soluciones demasiado radicales y ambiciosas, ya que para evitar, por un lado, los problemas que han encontrado las empresas que actúan a nivel europeo, se pueden causar, por el otro, profundas perturbaciones a los diversos sistemas jurídicos de los países de la UE.

Lo cual le conduce a dictar prudencialmente una respuesta negativa, aunque matizada, a la pregunta de si es preciso un *euro droit civil*. Pues ello no significa que sea preciso dejar las cosas tal como están: *l'état du droit en Europe et, en tout cas, en France est, à l'heure actuelle, passablement mauvais* (53).

En concreto, es considerable el trabajo que debe ser emprendido por los juristas europeos, y debe organizarse, a su juicio, en torno a tres ejes: Proseguir la obra llevada a cabo por la Comisión Lando, continuada ahora por el Grupo de Von BAR; mejorar en calidad y coherencia la actual legislación comunitaria; poner en marcha en Francia la reforma de aquellas partes del *Code civil* que no se han alterado desde 1804 (contratos, responsabilidad civil, cuasicontratos, contratos en particular).

El profesor MALAURIE, Emérito de la Universidad París-2, apostilla así su trabajo que, inicialmente, fue presentado en el Coloquio de Lovaina del 30 noviembre-1 de diciembre 2001: *La codification européenne du droit des obligations et des contrats demande du temps, une longue durée et surtout beaucoup d'humilité*, recogiendo así ideas de Portalis, Brodel y San Bernardo de Clairveaux.

La tradición casi inmemorial y la práctica jurídica constante muestran que todas las grandes reformas legislativas se han debido sobre todo a una voluntad política; sin voluntad política fuerte sólo hay *reformettes*, es decir, pequeñas reformas, o leyes dictadas al hilo de las circunstancias o interminables debates. En la Comunicación presentada por la Comisión no hay tal voluntad política, se está en su búsqueda y se cuestiona su propia competencia. Los artículos 2 y 3 del Tratado de Roma, los principios

(53) HUET: *loc. cit.*, p. 206.

de subsidiariedad, proporcionalidad y economía de medios, no parecen dar a las autoridades europeas el poder de sustituir por un Código Civil único, aunque sea limitado a las obligaciones y contratos, los diferentes cuerpos de Derecho civil de los quince (ahora veinticinco) Estados que componen actualmente la UE, a menos que se tenga una comprensión muy evolutiva de la competencia comunitaria, la subsidiariedad, la proporcionalidad o la economía de medios.

Aunque la Comisión ha tenido la honradez de no plantear el tema en términos simples, sino estableciendo cuatro posibles hipótesis, lo cierto es que han llovido las críticas sobre la metodología propuesta: por ej., limitarse a los contratos mercantiles, o sólo a los concertados entre profesionales y consumidores; que era preciso distinguir entre contratos internos e internacionales, especialmente los transfronterizos; que sólo había que codificar las normas facultativas y no las imperativas (o a la inversa, o ambas a la vez); que había que eliminar los contratos relativos a la familia, o al trabajo, o a los regímenes matrimoniales, o a las sucesiones, etc. Lo menos que puede decirse es que las metodologías de la Comisión y de los intervinientes no han sido ni claras ni firmes.

Las respuestas han sido todavía más variadas que las preguntas, y, a menudo, aparecen condicionadas por prejuicios. Algunos proponen un Código muy minucioso, extremadamente detallado, cuya claridad y precisión impedirían cualquier equívoco o imprecisión, de modo que el Derecho de los contratos sería perfectamente uniforme en el interior de la UE. El autor se manifiesta decididamente en contra de esta postura por no ser deseable y opuesta a la necesaria flexibilidad del Derecho, además de ser irrealizable. Un Código extremadamente detallado suscitaría fatalmente interpretaciones divergentes. Otros proponen un Código de principios (Proyecto Lando, Von Bar), una especie de *loi-cadre*, menos desarrollada que lo que han llegado a ser las Directivas europeas. Estos principios inspirarían a jueces y árbitros y, más tarde, al legislador nacional o europeo. Pero se pregunta MALAURIE, ¿qué diferencia hay entre un principio y una regla? Enunciar simplemente disposiciones puramente conceptuales basadas en la abstracción equivale a separarse de la realidad, a formular un código intemporal hecho por profesores europeos, sin vinculaciones territoriales concretas, políticas o nacionales. ¿Un Código opcional aplicable sólo si las partes se someten al mismo? El resultado práctico es que sólo se aplicaría a hipótesis marginales y raras, convirtiéndose en un texto insignificante, que ha nacido muerto. ¿Un *Restatement* a la europea? Idea seductora en cuanto tiende a preparar las ideas que desembocan en una codificación –un *avant-code*– que serviría para huir del riesgo de abstracción, pero que no garantiza una clara visión de las realidades políticas, sociales y económicas del momento.

En el trasfondo de la polémica, dice MALAURIE (54), están las realidades políticas europeas, entre ellas el binomio progresista-conservador; con el primero vienen a identificarse los jóvenes, los avanzados que sueñan un Código Civil europeo para una Europa unida, mientras que los conservadores bloquean el dinamismo. Pero el autor nos sorprende con una de sus habituales paradojas: El innovador no es siempre quien cree serlo; la codificación europea llevaría consigo la rigidez y la abstracción del Derecho; Europa no tiene necesidad de ser petrificada y conceptualizada, de aquí que *la codification est une idée traditionnelle devenue ancienne et archaïque qui ne corresponde plus aux besoins nouveaux de l'Europe* (55).

El autor prosigue buceando en las realidades culturales de Europa en relación con la futura codificación de los contratos. Afirma que la diversidad cultural es la que ha construido Europa: *ce qui nous unit, ce sont nos différences*. Si, vísperas de la Revolución, juristas y justiciables franceses gritaban *Que Dieu nous garde de l'équité du Parlement!*, ahora paralelamente se podría exclamar: *que Dieu nous garde de l'uniformisation des eurocrates!* No hay idioma único ni estilo jurídico único para toda la Unión Europea; si se quiere imponer su uniformización corremos el peligro de caer en el babelismo. La unificación, tanto si resulta de una armonización o de la codificación, será cara, no sólo en su génesis, sino en las transformaciones que impondrá a nuestros hábitos ancestrales. Habrá que establecer un Tribunal Europeo que asegure la unicidad en la interpretación del Derecho europeo para impedir las divergencias que resulten de las interpretaciones nacionales; la inversión será considerable y ¿cuándo se amortizará? ¿Podrá el legislador europeo seguir adaptando el Derecho europeo de contratos a los vertiginosos cambios que se están produciendo, especialmente en el ámbito del Derecho del consumo?

El autor estima finalmente (56) que las críticas pueden ser algo excesivas, pues acaso estemos en la aurora de una gran era jurídica, perspectiva que le permite concluir con la nota de relativo optimismo que he reproducido en cabeza del resumen.

La última opinión aquí recogida, suscrita por el profesor MALINVAUD, de la Universidad París-2, expresa el parecer de la Asociación Henry Capitant, que no llegó a tiempo dentro del plazo fijado por la Comisión, pero que tiene el valor añadido de ser una opinión colectiva (57), y que

(54) MALAURIE: *loc. cit.*, pp. 223 y ss.

(55) MALAURIE: *loc. cit.*, p. 224.

(56) MALAURIE: *loc. cit.*, p. 228.

(57) Se mencionan los siguientes profesores franceses representados: Bénédicte Fauvarque-Cosson, Laurent Aynés, Bertrand Fages, Hélène Gaudement-Tallon, Alain Gozhi, Maria Goré, Jérôme Huet, Denis Mazeaud, Arnaud Raynouard y Louis Vogel. Obsérvese que algunos de estos autores figuran ya, a título individual, en esta recensión.

ha llegado a ser la más extensa (58) y, probablemente, la más meditada de las opiniones aquí recogidas. En primer lugar se detiene en analizar el problema recurrente –ya abordado por otros autores– de las competencias de que actualmente disponen los organismos europeos en la materia. Si bien el Parlamento, desde 1989, había aprobado una resolución para pedir que se inicien trabajos preparatorios con vistas a la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado, petición reiterada en 1994, y el 15 de noviembre 2001 convocaba a la elaboración de un cuerpo de reglas materiales uniformes con la fijación de un detallado calendario (en el 2004 debería acabar la elaboración de textos comunes; en el 2005 se iniciaría la enseñanza en las Universidades de aquéllos, y a partir del 2010 se adoptaría el texto común), se hace notar, con acierto, que este órgano europeo no es, de momento, el mejor situado para realizar este proyecto, pues sus poderes son todavía bastante limitados; si bien esta situación puede evolucionar rápidamente, y si el Código europeo se pudiera apoyar en el artículo 95, el Parlamento actuaría como colegislador con el Consejo. La Comisión dispone del monopolio del Derecho de iniciativa en materia de directivas, reglamentos y decisiones. El artículo 189 del Tratado le otorga función de negociador. El Consejo de Ministros, al día siguiente de la resolución del Parlamento, publicó un *Rapport sur la nécessité de rapprocher les législations des Etats membres en matière civil* para someterlo al Consejo Europeo de Laeken; con ocasión de dicho *rapport*, el Consejo Justicia y Asuntos internos ha insistido en la misión central del Derecho de los contratos, mencionando el Derecho de familia como tema posible de discusión. El Consejo también pidió a la Comisión que dé a conocer los resultados de su consulta antes de acabar el año 2002, y deseaba que la Comisión lanzara un estudio sobre la responsabilidad no contractual y el Derecho de bienes a fin de estudiar si las diferencias de las legislaciones estatales constituyen un obstáculo al mercado interior. No parece, sin embargo, que el Consejo haya inscrito la cuestión del Código Civil europeo en el programa oficial de éste para el siguiente cuatrienio.

A diferencia de los legisladores nacionales, el legislador comunitario sólo dispone de una competencia de atribución, de modo que únicamente puede actuar en el marco previsto por los Tratados europeos. Ahora bien, en ellos no existe base jurídica clara que permita justificar la unificación del Derecho civil europeo, y, por otro lado, los principios de subsidiariedad y proporcionalidad parecen impedirlo. El artículo 95 del Tratado no puede servir de fundamento a un Código Civil europeo, y tampoco a un Código de contratos, y resulta dudoso que pueda fundamentar un simple Código de consumo, pues el mercado interior lleva muchos años

(58) *Loc. cit.*, pp. 231-252.

funcionando bien con una pluralidad de legislaciones nacionales. El artículo 308, que permite al Consejo, cuando el Tratado no prevé ninguna competencia específica, adoptar por unanimidad, después de consultado el Parlamento, las disposiciones apropiadas en el caso de que una acción de la Comunidad aparece como necesaria para realizar uno de los objetivos de la comunidad, debe ser interpretado restrictivamente. Algo parecido puede decirse de las denominadas competencias implícitas. Por otro lado, el Tratado de Maastricht ha introducido los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, que constituyen a modo de contrapesos frente a la irresistible extensión de los poderes de Europa. Después de Niza y de Lacken, MALINVAUD entiende (59) que la perspectiva de un Código europeo de contratos obligatorio, que sustituya a los Códigos nacionales y que regule minuciosamente todos los aspectos del Derecho de los contratos, parece alejarse. Debe reconsiderarse igualmente la idea según la cual la construcción de una Europa fuerte, incluso federal, implica necesariamente la elaboración de un Código europeo de contratos, o, incluso, de un Código Civil europeo.

Merece destacarse el novedoso procedimiento –inobjetable, doctrinal y democráticamente– que propone el autor para elaborar unos Principios europeos de contratos, cuya aprobación debe someterse también a los Estados miembros. Juzgando positivo el trabajo realizado por la Comisión Lando, el Proyecto de Pavía y la Comisión Von BAR, sugiere corregir los excesos en que han incurrido aquéllos, cumpliendo a este fin determinados requisitos que propone a continuación:

— El Grupo no debe ser de origen privado, sino oficial, y a propuesta de los Estados miembros.

— No debe estar compuesto exclusivamente por universitarios, sino también por magistrados, abogados, juristas de empresa, etc.

— No debe tener por idioma oficial único el inglés, sino todas las lenguas oficiales en la Comunidad; debe garantizarse la traducción simultánea.

— Ha de asegurarse el funcionamiento democrático de la Comisión, de modo que debe prohibirse expresamente que un solo miembro tenga la facultad exclusiva de presentar textos a la aprobación de los demás.

— Los textos aprobados deben presentarse en todos los idiomas oficiales para garantizar que tienen el mismo sentido en todas las lenguas (60).

(59) MALINVAUD: *loc. cit.*, p. 238.

(60) La realidad hará ver las limitaciones prácticas de este *desideratum* –a menos que se trate de imponer tales requisitos que su cumplimiento resulte imposible–; si *ad exemplum* la Comisión comprueba al iniciar los trabajos que hay varios idiomas comunes, que todos los miembros conocen a fondo, parece razonable que sólo éstos se admitan en los trabajos ordinarios de la misma, sin perjuicio de que se asegure una versión oficial en los demás.

— Finalmente, los textos aprobados deben someterse a los Parlamentos nacionales para garantizar que están de acuerdo con los componentes socioculturales de cada país.

Analizando las respuestas dadas a la Comisión en relación con el punto 4.º, a saber, la adopción de una nueva legislación completa a nivel comunitario, es interesante el análisis de las respuestas dadas por los miembros de la Asociación Henri Capitant, aquí recogidas, pues algunas resultan favorables a esta idea, generalmente entre los más jóvenes, si bien mediante un proceso a largo término; otros, en cambio, son hostiles, con matices, según su temperamento y sensibilidad. MALINVAUD ve aquí una cuestión de cultura jurídica (61): Por un lado, el Código Civil, después de dos siglos de buenos y leales servicios, ya no responde a la cultura actual. Urge su revisión sin esperar la eventual promulgación de un Código europeo. Pero este último sólo se promulgará si responde a una cultura común, una cultura europea todavía por construir. La unidad jurídica de Europa no puede imponerse por las instituciones, ni *a fortiori* únicamente por los profesores. En último término, conforme a los principios democráticos, corresponde decidir a los europeos; y sólo cuando formen un pueblo y quieran evolucionar hacia una mayor codificación les corresponderá desarrollar los principios de Derecho contractual y hacer de ellos un Código (62).

4. Opiniones españolas sobre los Proyectos europeos y otras cuestiones

Se impone la constatación de que el bicentenario del Código Civil francés apenas si está teniendo eco en España. Podría hacerse una inicial lectura de este hecho afirmando, por ej., que, hoy por hoy, la doctrina civilista española no necesita ya de ninguna clase de apoyaturas externas, es decir, de la tutela gala para presentarse e intervenir con voz propia en los foros jurídicos internacionales (si fuera cierto que tal patrocinio existió alguna vez). ¿Será plenamente cierto que, de la noche a la mañana, los civilistas españoles nos hemos convertido en comparatistas consumados y con este moderno bagaje instrumental nos creemos habilitados para dialogar, sin complejos, con colegas de cualquier parte del mundo? Claro es que tampoco resulta fácil borrar los orígenes de nuestro Código Civil, ni parece razonable que, a esta altura de la historia, pretendamos fingir que

(61) MALINVAUD: *loc. cit.*, pp. 251 y s.

(62) La obra lleva como anexos la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento concerniente al Derecho europeo de los contratos, de 12 de septiembre 2001, y la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo: “Un derecho europeo de contratos más coherente. Un Plan de acción”, de 12 de febrero 2003.

desconocemos su paternidad. En todo caso sí parece claro que el futuro de nuestro Derecho civil no se presenta ya indisolublemente unido al del Código de Napoleón, y en confirmación de ello acaso pueda aducirse que las generaciones de civilistas más jóvenes están empezando a desdeñar como posible destino, para ampliar sus estudios, las universidades europeas, a las que anteponen las inglesas y norteamericanas. A menos que, a medio plazo, resulte que vengamos a tener el mismo horizonte europeo de leyes civiles sustantivas que nuestros vecinos (un futuro Código europeo de obligaciones y contratos o, incluso, un mismo Código Civil europeo...).

El reciente *Derecho patrimonial europeo* (63) –que no es la única obra con similar título en nuestra bibliografía reciente (64)– puede significar un espejo y, acaso, una confirmación, en todo o parte, de lo que acabo de decir; aunque el lector tiene derecho a conocer la singular génesis de la obra, tal como lo explican sus coordinadores. Se trata de la celebración en la Universidad de Valencia del *Seminario Internacional sobre la Unificación del Derecho Contractual Europeo*, al que siguió la reunión del Grupo de Estudio de Von BAR durante los días 11 a 15 de junio del 2002 sobre el Código Civil europeo, decidiéndose la publicación conjunta de los trabajos presentados en ambas reuniones científicas, aunque –lamentablemente– sin especificar a cuál de ellas pertenece cada uno. Algunos de los autores se reiteran confrontándolos con la lista que he examinado en la primera parte de esta recensión, y, a veces, también sus trabajos que ya habían sido publicados en otros lugares, lo que parece, por lo demás, inevitable. Entre las veintiuna colaboraciones incluidas hay un tercio de autores extranjeros (un alemán, un francés, una griega, un holandés, un danés y dos italianos); predominan los civilistas, pero hay nutrida representación romanista y de cultivadores del DIP, además de mercantilistas y procesalistas. Sobre todo conviene destacar un haz de opiniones españolas en torno a algunos de los temas ya recensionados de la actual doctrina francesa.

Ninguno de estos autores se manifiesta, sin embargo, en relación con el 2.º centenario del *Code*, pero sí sobre la recodificación y la unificación europea. Con carácter introductorio mencionaré el breve trabajo del profesor ORDUÑA MORENO, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia, sobre *La codificación como técnica de unificación del Dere-*

(63) VVAA: *Derecho patrimonial europeo*. Monografía núm. 10 de la *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* (coordinadores: G. Palao Moreno, L. Prats Albentosa y M.ª José Reyes López) (Cizur Menor, Navarra, 2003), 436 pp.

(64) VVAA: *Derecho privado europeo* (coord. S. Cámara Lapuente) (Madrid, 2003), 1249 pp. Se trata de una obra de gran ambición por los temas que aborda, y que merece una recensión independiente.

cho privado europeo (65), en el que propone, inicialmente, una revisión de la conocida obra de IRTI sobre la era de la descodificación por no haber sido del todo correcto el debate que se abrió en España con su traducción; añádase, a mayor abundamiento, que desde España no estuvimos atentos a las subsiguientes vicisitudes de lo que constituía fundamentalmente nada más que un brillante ensayo, pero cuyas ideas no fueron seguidas por la doctrina mayoritaria de su país, y de las que el propio autor abjuró al cumplirse medio siglo del *Codice civile*. Con toda razón ORDUÑA MORENO reafirma (66) la conveniencia y superioridad de la técnica de la codificación para la consecución de los fines habitualmente propuestos a esta forma de legislar; siguiendo a Díez-PICAZO sostiene que la recodificación encuentra un sólido fundamento en la conexión de progreso económico y adaptación del sistema jurídico como presupuesto indisociable del propio desarrollo de la UE. La armonización del Derecho privado europeo, no ya sólo del Derecho de obligaciones, sino del Derecho civil patrimonial, responde a un necesario presupuesto metodológico que debe guiar el futuro de la civilística española en los años venideros. Se trata, por lo demás, de orientaciones muy genéricas que implican una evidente adhesión, sin más especificaciones, a la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre 2001, y sin que el autor concrete el concepto de recodificación que asume y del que personalmente parte (meridianamente perfilado, por lo demás, en la doctrina gala, como vimos).

Varios romanistas destacan la importancia del Derecho romano en la formación de un nuevo *jus commune* que coopere y ayude a la promulgación de un Derecho privado europeo (67), siendo de observar que si bien todos ellos recogen los diversos intentos de unificación que están realizándose, las preferencias personales se diversifican según los autores (Principios de Unidroit, Proyecto de Pavía) o bien se hace una referencia general a los Proyectos existentes sin preferencia específica. Con razón se invocan precedentes algo lejanos (68), que tienen continuadores en la actualidad (69), llamando la atención sobre la importancia del De-

(65) *Op. cit.*, pp. 267-270.

(66) ORDUÑA MORENO: *loc. cit.*, p. 270.

(67) CASINOS MORA: *¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho Romano ante la unificación del Derecho contractual europeo. Notas Críticas*, *op. cit.*, pp. 67-81. VALIÑO ARCOS: *Observaciones preliminares sobre el "Anteproyecto Gandolfi": Hacia la concreción de un "Code européen de contrats"*, *op. cit.*, pp. 383-402; VALIÑO DEL RÍO: *Historia de los modernos intentos de unificación en el ámbito del Derecho privado patrimonial. Los Principios sobre los contratos comerciales internacionales y su inspiración romanista*, *op. cit.*, pp. 403-417.

(68) KOSCHAKER: *Europa und das römische Recht* (München-Berlín, 1947).

(69) FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F.: "Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea", *Storia e Documenta Storie et Iuris*, 1998, pp. 532 y ss.; "Retorno a Roma en la elaboración del futuro Código europeo de contratos", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 15, 2000, pp. 121 y ss.

recho romano como *jus commune*, y ello explica alguna postura maximalista (70), aunque no dejan de ser razonables las dos premisas que CASINOS MORA requiere para que aquél cumpla su fin en la actualidad (71): 1) Que el Derecho romano, o una tradición jurídica tributaria del mismo, haya constituido la base de los modernos derechos nacionales europeos, es decir, el reconocimiento de una preexistente comunión jurídica entre los Estados miembros; y 2) Que sea aceptado como instrumento en el proceso unificador. Se recuerda que, hasta la fecha, el Derecho romano ha sido considerado tácitamente como fuente del Derecho comunitario, a través de la fórmula de *los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros*, que aplica el TJCE. Concluye el autor (72) que la vía a seguir en la construcción de un Derecho contractual europeo debiera ser la revitalización del viejo *jus commune*, limitado por ahora al sector de las obligaciones y contratos, basado en la ciencia y en el pensamiento jurídico propios de una tradición común superadora de las divergencias nacionales y de las limitaciones que comporta el Derecho privado comunitario, tarea encomendada a los comparatistas con perspectiva histórica, y luego sometida a los trámites de una codificación, con derogación de los derechos nacionales, tratando de evitar los inconvenientes de algunos de los actuales proyectos.

Las simpatías que entre los romanistas ha suscitado el Proyecto de Pavía (73) –probablemente debidas a la condición de romanista acreditado que ostenta el profesor GANDOLFI, inspirador de aquél–, se concretan en el trabajo de VALIÑO ARCOS, profesor titular de Derecho Romano en la Universidad de Valencia, al prestar a aquél en su estudio amplia aten-

(70) Así CASINOS MORA: *loc. cit.*, pp. 70 y s.: “La unificación jurídica, aunque se limite al Derecho contractual, presentaría, a mi juicio, una radical diferencia respecto a la unificación en los aspectos económico y político. Efectivamente, mientras que en los aspectos político y económico fueron el Estado de Derecho y el régimen parlamentario, y la economía de mercado, respectivamente, factores de convergencia y bases del proceso de creación de las Comunidades Europeas y de su ulterior transformación por el Tratado de Maastricht (...) en el aspecto jurídico no se trataría en realidad de una convergencia, sino de una *reunificación*, de un acto de retomar un pasado jurídico común y de resituarse en una precedencia experiencia jurídica común que fue interrumpida con la consolidación de los derechos nacionales tras la oleada de codificaciones del siglo XIX”. Contrasta este parecer con las reservas que en la doctrina francesa se han expresado a propósito del Derecho romano como *jus comune* (*vide supra* opiniones de OPETIT y HELPÉRIN).

(71) CASINOS MORA: *op. et loc. cit.*

(72) CASINOS MORA: *loc. cit.*, p. 77.

(73) Así CASINOS MORA: *loc. cit.*, pp. 78 y ss., aunque no deja de observar los grandes inconvenientes que presenta, máxime en una materia tan versátil como la de los contratos basada en el principio de la autonomía de la voluntad, propone que se eviten normas rígidas y excesivamente detalladas que provoquen un anquilosamiento del Derecho contractual, descartando una codificación en sentido clásico que aspire a la compleción, y más bien una codificación de aspectos jurídicos básicos que permita una futura legislación de detalle.

ción sobre la génesis, elaboración y caracteres del libro I del Proyecto de Pavía (74), sin perjuicio de mencionar otros intentos, pasados y presentes. Similares presupuestos que, un tanto sorprendentemente, en el trabajo del profesor VALIÑO DEL RÍO, catedrático de Derecho Romano en la misma Universidad, mueven a centrarse en los Principios de UNIDROIT como uno de los modelos a seguir, al tiempo que se destaca con énfasis su inspiración romanista y la ausencia de españoles en el Grupo de trabajo que lo elaboró (75).

El trabajo de VATTIER FUENZALIDA (76) sirve de cumplido colofón a las anteriores referencias que otros autores han hecho al Proyecto de Pavía, mostrando, de entrada, las diferencias que el mismo presenta con el Proyecto Lando, explicando la creación de la Academia de Pavía como órgano impulsor del Proyecto que GANDOLFI logró aprobar en el Congreso de 1990, describiendo luego su estructura y contenido. Luego se desarrollan con alguna profundidad las cuestiones fundamentales sobre la noción y elementos esenciales del contrato, la formación del mismo y sus efectos obligacionales y reales, la regulación de las anomalías del contrato y el incumplimiento y responsabilidad contractuales.

En este concierto de voces proeuropeo debe mencionarse la opinión de otro civilista valenciano, el profesor PLAZA PENADÉS (77), que se manifiesta resueltamente a favor de una codificación europea, haciendo una entusiasta profesión de fe en ella, después de pasar revista a los diversos proyectos en curso y de fijar sus bases (78). En su opinión es aconsejable (79) la elaboración de un CC europeo de contratos donde en un único texto se trate de forma ordenada y sistematizada toda la materia; los textos vigentes de los Tratados legitiman a la Unión Europea con competencia para elaborarlo, extendiéndose incluso a otras materias conexas que sean necesarias para la existencia de un mercado interior real y efectivo; se considera preferible la forma de un Reglamento para evitar las divergencias que originan las Directivas; se muestra partidario de una gradualidad en su carácter vinculante respecto a los Estados miembros, así como en atribuir al TJCE la función de intérprete supremo del Derecho

(74) VALIÑO ARCOS: *loc. cit.*, pp. 387-390 y 397-402.

(75) VALIÑO DEL RÍO: *loc. cit.*, p. 410. Bajo el epígrafe de *Otros participantes en el Proyecto* se mencionan a los mercantilistas ILLESCAS y VERDERA.

(76) VATTIER FUENZALIDA: *El Anteproyecto de Pavía*, *loc. cit.*, pp. 419-436.

(77) PLAZA PENADÉS: *Algunas consideraciones sobre el futuro Código Civil europeo*, *loc. cit.*, pp. 301-320.

(78) En su opinión, deben reposar sobre: a) el Derecho privado comunitario (del que se ocupa, en particular, sobre los problemas de armonización); b) los principios comunes de Derecho contractual tal como los han ido plasmando los diversos grupos, y c) las exigencias de la globalización y el respeto a la *lex mercatoria* (*loc. cit.*, pp. 304 y ss.).

(79) PLAZA PENADÉS: *loc. cit.*, pp. 317 y ss.

comunitario; aunque inicialmente versaría exclusivamente sobre las obligaciones y contratos, luego podría extenderse al Derecho de daños, al Derecho de propiedad y sus sistemas de adquisición, y al Derecho de la persona y de la familia. Todo ello teniendo como base la Carta Europea de Derechos Humanos.

Mención especial merecen las opiniones del ilustre catedrático de Derecho Internacional Privado de Granada SÁNCHEZ LORENZO, cuya escuela está figurando últimamente en la primera línea de los estudios comparativos en España (80). A su juicio, la madurez práctica del DIP se manifiesta en el recurso al método comparativo, lo que le ha conducido a ser pionero en el tema de la unificación jurídica europea. Advierte que el DIP no es una vía alternativa, sino un camino complementario y paralelo, que se muestra especialmente útil para ir preparando el terreno de una armonización progresiva, lenta y blanda. Para que un DIP uniforme funcione armónicamente requeriría un alto grado de armonización de los Derechos materiales. En relación con el Derecho privado europeo, aquél tendría una doble función, por un lado, la localización residual del Derecho aplicable, y, por otro, la delimitación espacial del Derecho unificado. La reciente atribución de competencia a los órganos europeos en materia de DIP, y su actuación por vía de Reglamentos, ha hecho avanzar considerablemente dentro de la UE la unificación del DIP. Por ello no han de caer en saco roto las advertencias que el autor dirige a los civilistas (81). No oculta su simpatía por los Principios Lando (82) y plantea los problemas derivados de la coexistencia con los Principios UNIDROIT, cuyas insuficiencias denuncia (83) al poder conducir su aplicación a una regionalización poco recomendable; de aquí que propugne un Código europeo extensible, no sólo a las obligaciones contractuales, sino a otros sectores, como la responsabilidad por daños o la publicidad engañosa, lo cual aparece como una opción con mayor base jurídica en las políticas comunitarias actualmente existentes, y cuya implantación *desde arriba* encontraría mayores argumentos.

(80) Se trata del interesante estudio, no sin algún matiz reivindicativo, titulado "La unificación del Derecho contractual europeo desde el Derecho Internacional privado", *loc. cit.*, pp. 363-381, en el que recoge ideas ya expuestas en su obra más general, *Derecho privado europeo* (Granada, 2002).

(81) "El hecho de haber obtenido desde hace algún tiempo normas comunes, singularmente en el ámbito contractual, nos legitima para advertir a nuestros colegas civilistas de las dificultades que se esconden en la unificación del Derecho más allá de los textos legales, y, en particular, los derivados de las versiones plurilingües, la interpretación por jueces con culturas diversas, la imbricación inevitable con los sistemas jurídicos nacionales considerados como conjuntos, etc." (SÁNCHEZ LORENZO: *loc. cit.*, p. 365).

(82) A quien considera el padre de la unificación del Derecho de los contratos en Europa (*loc. cit.*, p. 363).

(83) SÁNCHEZ LORENZO: *loc. cit.*, pp. 377 y ss.

Del resto de trabajos aparecidos en este volumen, siguiendo el orden de inserción, interesa mencionar los siguientes:

VON BAR, *From the general Law of Contract to patrimonial Law.—Some observations prompted by the Valencia Meeting of the Study Group on a European Civil Code* (84). Se trata de una crónica de la reunión que el Grupo celebró en Valencia en el mes de junio de 2002. Dado que esta ponencia abre la publicación que recensiono, por los coordinadores viene a destacarse el valor que se atribuye a las investigaciones del Grupo, sin efectuar observaciones críticas de ninguna clase, a diferencia y en contraste con las importantes reservas que las ideas de Von BAR han recibido en Francia, por parte de la doctrina de este país, según hemos visto anteriormente. A dicha reunión acudieron cuarenta y cinco profesores pertenecientes a veinte países diversos. Se discutieron problemas relacionados con la compraventa, los contratos de servicios, garantías personales, contratos de larga duración, culpa extracontractual y gestión de negocios. También se ilustra el método de trabajo que se ha seguido en tales reuniones.

HONDIUS, *The influence of the Principles of european Contractual Law on Dutch Law* (85), ofrece información muy interesante, en parte ya de conocimiento general, sobre el origen, composición y procedimiento de trabajo de cada uno de las Comisiones de estudio que han creado el Proyecto Lando, el Proyecto Gandolfi y el Grupo de Estudio de Von BAR; y luego analiza la proyección del primero sobre el nuevo CC holandés de 1992, cuya lenta gestación también se describe. En particular, los Principios Lando han sido objeto, sucesivamente, de una amplia recepción doctrinal en Holanda, lo que ha asegurado ulteriormente una importante proyección práctica. También influyeron en la propia elaboración del Código, y ahora, una vez promulgado, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo holandés.

LANDO, *The future development of European civil and commercial Law* (86). Se trata de un breve pero interesante trabajo en que el presidente de la Comisión de Derecho contractual europeo explica cómo nació esta última en 1982, publicándose en 1999 una primera parte de los *Principles of European Contract Law* (PECL), con el propósito de integrarse en el futuro Código europeo de contratos; saliendo a la luz la se-

(84) El autor dirige el Grupo de Estudios que, en cierto modo, continúa la labor de la Comisión Lando ampliada a la unificación de todo el Derecho civil. Es profesor de la Universidad de Osnabruck. El trabajo encabeza el vol. cit., pp. 19-26.

(85) El autor es profesor de Derecho civil en la Universidad de Utrecht y director de la ERPL (*op. cit.*, pp. 201-221).

(86) *Op. cit.*, pp. 231-240.

gunda parte en 2002. La Comisión se componía de veintitrés miembros procedentes de los países de la UE, no designados oficialmente, en su mayoría profesores universitarios, si bien no pocos de los cuales ejercen también la profesión. (Ha de añadirse que formalmente la Comisión se ha disuelto en febrero de 2001.) Sin cita expresa de los autores, LANDO recoge las opiniones a favor y en contra de la unificación; llama la atención sobre la circunstancia de que estamos promocionando un Derecho europeo mientras que la enseñanza jurídica en las universidades es fundamentalmente nacional. No se desea un Código liberal, sino otro que busque el bienestar de los ciudadanos; la legislación de protección de los consumidores ha llevado a todos los Estados miembros la preocupación por lograrla, y el nuevo Código la recogerá ("*welfarist*" Code). Pone como ejemplo los *unfair contracts terms* contemplados en el artículo 4:110 de los Principios. Propugna la creación de un Tribunal europeo para cuestiones civiles y de un *Standing Committee* compuesto por profesores, jueces y prácticos que vigilen la aplicación del Derecho europeo de contratos por los tribunales nacionales, y puedan proponer reformas en el propio Código. Frente al argumento cultural que esgrime, por ej., la doctrina francesa en contra de un Código unificado de contratos, alega LANDO que el Derecho contractual no es cuestión de folclore (87), sino que fundamentalmente sirve a finalidades económicas, y, asimismo, que las ventajas de esta clase compensarían, en su caso, las eventuales pérdidas culturales que se produzcan al sustituir el Código nacional por el europeo.

Concluye afirmando que *the economy and the ethical values of the european nations are so similar that we can easily have the same contracts laws* (88).

El artículo de la profesora Encarna ROCA TRÍAS sobre el CcC será analizado en el siguiente apartado de esta recensión por estar reproducido también en el libro que se examina a continuación.

5. ¿Hacia una reforma parcial, o total, del CC español...? ¿Código Civil español versus X códigos o legislaciones autonómicas?

Se completa esta nota bibliográfica con la referencia al extenso volumen *El Dret civil català en el context europeu*, que contiene los *Materials de les Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa* (celebradas los días 26 y 27 de septiembre de 2002) (coor.: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona)

(87) Interpretación reduccionista que, a juicio del recensor, no puede menos de calificarse, incluso, de caricaturesca.

(88) LANDO: *op. cit.*, p. 240.

(Girona, 2003), 497 pp. (89). En esta obra pueden diferenciarse, a nuestro objeto, tres grandes bloques de temas: en primer término, los referidos al Código Civil de Cataluña; luego, contribuciones diversas, españolas y extranjeras, sobre la codificación europea, bloque que será objeto de mayor atención por mi parte dada la finalidad de la recensión; y por último temas variados que, pese a su importancia, no encajan en esta recensión (90).

Sobre el tema específico del CC catalán, la problemática general es tratada por los siguientes autores:

Encarna ROCA: *Codificació catalana i codificació europea. El Codi Civil com a instrument de política jurídica* (91).

MARTÍN CASALS: *Estructura y contingut del futur Codi Civil de Catalunya* (92).

VARIOS AUTORES: *Importància d'un Codi Civil per a Catalunya: Reflexions des del món jurídic* (93).

Lidia ARNAU I RAVENTÓS: *Un apunt històric: La idea de "codificació" segons Estanislau Reynals i Rabassa*.

La profesora Encarna ROCA diferencia la codificación como forma de expresión de una cultura jurídica concreta, como instrumento político para determinadas finalidades y como mecanismo para el ejercicio de la soberanía; se hace eco asimismo de los argumentos que apoyan la codificación europea sin eludir los interrogantes planteados sobre la amplitud y las modalidades de esa posible y futura codificación, advirtiendo que deberán respetarse los estados plurilegislativos existentes en la UE como Inglaterra y España. No vacila en afirmar que Cataluña puede considerarse

(89) Ejemplar que debo al amable envío del profesor Miquel MARTÍN CASALS, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona, y a quien se lo agradezco cordialmente.

(90) Me refiero a la ponencia de MORALES MORENO: *Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: La compraventa*, *op. cit.*, pp. 109-149.

(91) *Op. cit.*, pp. 21-46. Una versión inglesa, con leves alteraciones, bajo el título *Codification in Catalonia and in Europa. The civil Code as instrument for legal policy*, se incluye en el volumen VVAA: *Derecho patrimonial europeo*, anteriormente cit., pp. 339-362.

(92) El profesor MARTÍN CASALS es presidente de la sección de armonización de la Comisión de Codificación de Cataluña (*op. cit.*, pp. 185-189). En el panel intervinieron también los Sres. FOLLIA CAMPS, presidente de la sección de familia; EGEA FERNÁNDEZ, vocal de la sección de armonización; BRANCÓS NÚÑEZ, vocal de la sección de armonización; BADOSA COLL, miembro del plenario de la Comisión de Codificación, y MIRAMBELL I ABANCÓ, presidente de la sección de Derecho patrimonial.

(93) En este panel intervinieron con diversa extensión: Araceli FERRER VENDRELL, directora general de Derecho y entidades jurídicas del Departamento de Justicia; GENOVER HUGUET, abogado; FONT y AUSIÓ, decano del Colegio de Abogados de Granollers; OLLER I FAVARÓ, abogado; Nuria BASSOLS I MUNTADA, magistrada; ISAAC AGUILAR, registrador de la propiedad.

un banco de pruebas para la futura estructura del Derecho privado europeo. En Cataluña, la base normativa arranca de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, que establece la estructura del Código Civil de Cataluña. A continuación examina las competencias de Cataluña en materia civil y plantea la cuestión siguiente: ¿Qué sentido tiene un código catalán a principios del siglo XXI? ¿No resulta contradictorio hablar de un código limitado a una región que ni siquiera es miembro de la UE, a no ser indirectamente, en el momento en que se discute si conviene o no un código unitario para la UE? Su respuesta es afirmativa por las siguientes razones: 1.^a) La codificación expresa una cultura jurídica determinada, y Cataluña la tiene en contraposición al Código Civil. 2.^a) La codificación es un instrumento político para obtener determinadas finalidades (por ej., la defensa de los intereses de la familia no matrimonial), y 3.^a) La codificación como expresión de soberanía se recoge en el preámbulo de la Ley de 2002 al hablar del ejercicio de la competencia para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil de Cataluña, recuperado hace más de veinte años en el nuevo marco constitucional y estatutario. Opina la autora que hoy pocos juristas se mostrarían contrarios al CC catalán, aun con los límites de la distribución de las competencias de acuerdo con los parámetros constitucionales y las realmente escasas posibilidades de una auténtica innovación u originalidad; sin perjuicio de que la hipotética promulgación de un código europeo no puede alterar los derechos internos, ni en su estructura ni en su contenido. Se invoca el voto particular de DURÁN y BAS al discutirse el Código Civil de 1889, defendiendo las codificaciones separadas de los territorios forales, inspirado probablemente en las ideas de SAVIGNY y de la Escuela Histórica, en que también se apoya la autora. Previene de los riesgos que puede correr hoy el proceso codificador catalán (94). No deja de sorprender que ninguno de los asistentes a las Jornadas hiciera algún comentario o juicio crítico sobre las ideas que sirven de respaldo a esta singular, aunque no inesperada, codificación civil catalana (95).

(94) 1.º Crear un derecho artificial que sea ignorado por los operadores jurídicos. 2.º Legislar sin tener en cuenta lo que se está discutiendo en el momento actual. Y 3.º Crear un derecho de baja calidad con características más reglamentarias que de leyes auténticas (*op. cit.*, pp. 42 y s.).

(95) El volumen publicado no refleja ninguna discrepancia en este punto. Como mero censor me sorprende la referencia al ejercicio por la Comunidad Autónoma catalana de *facultades soberanas* a la hora de promulgar el nuevo CC. Añado, por mi parte, cuestiones prácticas: Nadie podrá impedir que, en la futura Mesa que eventualmente debata el Código Civil europeo (o simplemente, el de contratos), España se presente con su viejo Código y tantos códigos civiles territoriales y abiertos como Autonomías (el Fuero Nuevo de Navarra creo no difiere mucho de un *Código Civil abierto*; hay algunas CCAA que siguen legislando en materia civil aun sin ser forales). Como tampoco se podrá impedir que se modernice el CC

En línea inspiradora de esta nota bibliográfica, me interesan destacar especialmente las siguientes ponencias:

SÁNCHEZ LORENZO: *Aproximación del Derecho civil en Europa: Marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea* (96).

MARTÍNEZ SANZ: *Los principios de Derecho contractual europeo (Comisión Lando) en el marco de la armonización del Derecho de contratos* (97).

DÍEZ-PICAZO: *Reforma de los Códigos y Derecho europeo*.

BEALE: *Europeanisation of Private Law and English Law* (98).

MAGNUS: *Europe and the legal reform of the law of obligations* (99).

La nueva ponencia del profesor SÁNCHEZ LORENZO es una precisa y rigurosa exposición crítica de una de las cuestiones más recurrentes sobre la unificación europea del Derecho privado, a saber, la competencia de los órganos comunitarios para llevarla a cabo. Después de analizar con detalle los artículos 94 y 95, con invocación de la jurisprudencia pertinente, llega a la conclusión de que actualmente el Derecho privado comunitario sólo puede aspirar a desarrollarse por el mismo cauce puntual y fragmentario por el que ha discurrido hasta ahora. Cabría darse una modificación de los Tratados atribuyendo una competencia comunitaria genérica para la armonización del Derecho privado, pero sometiendo a las restricciones derivadas del ámbito de aplicación, a saber, *ratione materiae*, por cuanto quedan excluidos los sectores de contenido no patrimonial (Derecho de familia y de sucesiones); estos límites sectoriales constituyen en sí mismos

español, o se llegue a promulgar uno nuevo (siguiendo el ejemplo italiano, portugués y holandés) y entonces puede ocurrir que los modelos que se hayan adoptado no sean similares ni homogéneos (la nueva reforma alemana parece haber inspirado el CcC). Además quiero llamar la atención sobre otros problemas prácticos que la entrada en vigor del CcC el 1 enero 2004 ha traído. Me refiero a los nuevos plazos de prescripción extintiva, inspirados también en este punto en la Ley alemana de Modernización (cfr. el excelente estudio de RUDA GONZÁLEZ: *Pactes sobre la durada del termini de prescripció en la modernització del dret d'obligacions alemany i el Codi Civil de Catalunya*, op. cit., pp. 457 y ss.). ¿No se infringe, o pone en riesgo, el principio constitucional de unidad del mercado por el hecho de que, en Cataluña, las acciones por culpa extracontractual se extingan por prescripción a los tres años, mientras que en el resto de España el plazo es anual? ¿No es predicable lo mismo a propósito del plazo decenal de prescripción ordinaria de las acciones personales que en Cataluña se ha rebajado de quince a diez años?

(96) Texto extraído de la monografía del autor, *Derecho privado europeo* (Granada, 2002), esp., pp. 193-224.

(97) El autor es catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Jaime I de Castellón, y ha sido últimamente miembro de la Comisión Lando.

(98) Profesor de la Universidad de Warwick y miembro destacado de la Comisión Lando.

(99) Profesor de la Universidad de Hamburg.

un inconveniente notable para la elaboración de un Código Civil europeo; la sectorialización del código impide un sistema jurídico coherente, que exige una relación íntima entre obligaciones contractuales y no contractuales, derechos reales, Derecho de familia y sucesiones, y sectores concretos del Derecho procesal, penal, laboral, etc. Además, la elaboración de un Código europeo con trascendencia tanto intracomunitaria como interna supondría *per se* una contradicción con los límites espaciales del Derecho comunitario. Añádanse los límites personales en cuanto no puede afectar a los nacionales de terceras personas. Por otro lado, aunque resulta posible vincular la unificación del Derecho privado, al menos parcialmente, con la eficiencia del mercado, la competencia de la Comunidad, en base al artículo 95, sólo será legítima si no conculcara las limitaciones que derivan de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad contenidos en el artículo 5; la mayoría de los estudiosos estiman que ambos principios o, en todo caso, el de proporcionalidad, son obstáculos insalvables a la competencia de la CE para promulgar un Código Civil europeo e implican serias limitaciones en el contenido del Derecho privado comunitario fragmentario (100). Por último, el autor deja escaso campo de actuación a los llamados poderes implícitos.

El profesor MARTÍNEZ SANZ ofrece informaciones y comentarios de primera mano sobre la Comisión Lando, cuya disolución no cree que se debiera a razones financieras, sino a la convicción de haber alcanzado cumplidamente sus objetivos y a la de que era llegado el momento de dar paso, sin solución de continuidad, al Grupo de Trabajo de Von BAR, en el que dos tercios de miembros de la Comisión Lando trabajan en la actualidad. Los objetivos de ésta no han de buscarse a corto plazo, sino a medio o a largo plazo. No puede pretenderse que los Principios deban considerarse como una ley europea inmediatamente aplicable a los contratos, sino que acogen una visión moderadamente realista y acaban reconociendo las dificultades existentes para alcanzar ese objetivo; entre las finalidades del Proyecto figura la de tender puentes entre distintas culturas jurídicas y obtener una especie de *destilado* o de principios, o reglas comunes, a partir de las cuales pudiera seguir avanzándose en la unificación; en definitiva, encontrar reglas asumibles por juristas latinos, germanos, británicos o escandinavos. En tanto *soft law* pueden servir como modelo a los contratantes a la hora de afrontar un contrato internacional; también a los operadores del tráfico internacional para incluirlos en los principios internacionalmente aceptados en el comercio de aquella clase, en la *lex mer-*

(100) Amplio desarrollo en *loc. cit.*, pp. 69 y ss. En relación con la pluralidad legislativa española que deriva del artículo 149.1.8 CE, el autor afirma que *nuestra identidad nacional sufriría doblemente con un Código Civil europeo* (*loc. cit.*, p. 81).

catoria o expresiones similares. Al margen de estos objetivos a corto plazo, desde siempre se entendió en el seno de la Comisión que la misma podría sentar las bases de una futura unificación –siquiera parcial– del Derecho europeo de obligaciones y contratos. Ha habido, por tanto, una evolución hacia objetivos parcialmente distintos (101). Anota, con acierto, que en nuestro país los trabajos de la Comisión Lando han pasado inadvertidos, lo que contrastaba con lo que ocurría en otros países, situación que está empezando a cambiar. El autor describe con bastante detalle el método de trabajo de la Comisión hasta llegar a obtener un texto articulado (102) en el que han primado, sobre otros aspectos, la concisión, la claridad y la flexibilidad. Normas redactadas de manera flexible y fácilmente comprensible, a lo que ayudan los casos y ejemplos; cada uno de los artículos se acompaña de un comentario explicativo, que vendría a ser una *interpretación auténtica* de lo que quiso decirse en el texto; al comentario le siguen las notas nacionales en las que se recoge el estado de la cuestión en relación con la regla consagrada en cada uno de los artículos; se ofrecen así los antecedentes de Derecho comparado. Los últimos pronunciamientos de la Comisión europea vienen a sancionar de alguna manera los Principios al insistir en la idea de un *Restatement* como un camino adecuado para la armonización de los derechos europeos. Los Principios Lando se han asumido como punto de partida por el Grupo de Trabajo de Von BAR, han servido de inspiración a la ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones y puede convertirse en un modelo asumible para otras reformas nacionales.

Con el reconocido prestigio de su inigualado currículum, y con su vigilante atención a las nuevas tendencias europeas (103), el profesor DíEZ-PICAZO ha centrado su ponencia en exponer los problemas fundamentales que puede originar entre nosotros la reforma del libro IV del CC, iniciada en la Comisión General de Codificación con una propuesta del profesor MENÉNDEZ MENÉNDEZ unificando las obligaciones civiles y mercantiles, entrando de inmediato en una nueva regulación del contrato de compraventa. Sin embargo, en la sección de Derecho civil pareció oportuno comenzar por el artículo 1.088, conforme a la tradición europea-continental que, con algunas variantes, regula previamente el Derecho de obligaciones. A continuación el autor pasa revista a las cuestiones más controvertidas para dejar sentado (104) que, cualquier reforma que, en

(101) MARTÍNEZ SANZ: *loc. cit.*, p. 86.

(102) MARTÍNEZ SANZ: *loc. cit.*, p. 91.

(103) Cfr. DíEZ-PICAZO, Encarna ROCA y MORALES MORENO: *Los principios del Derecho europeo de contratos* (Madrid, 2002).

(104) DíEZ-PICAZO: *Reforma de los Códigos y Derecho europeo*, cit., p. 108.

estos momentos o en el futuro, se acometa para modificar los actuales códigos civiles, naturalmente tiene que adquirir conciencia clara de que debe ponerlos en línea con los textos en los que hoy se plasma un proyecto de Derecho europeo. Concluye que el Derecho de contratos se encuentra hoy en un momento delicado de su evolución y, si se considera necesario reformarlo, lo mejor que puede hacerse es colocarse en la misma línea que el llamado Derecho europeo. Actitud que puede calificarse de inicial apertura a la codificación europea, que contrasta con las reticencias generalizadas que hemos encontrado en la civilística francesa. Aunque el autor se ha fijado principalmente en los Principios Lando, no deja de mencionar expresamente el Proyecto de Pavía (105).

Sugestiva en extremo resulta la ponencia del profesor BEALE, que a su cualidad de miembro de la *Law Commission of England and Wales* une la de haber sido miembro destacado de la Comisión Lando. Se pregunta, ¿qué grado de europeización ha alcanzado el Derecho inglés como consecuencia de la aplicación del Derecho comunitario? ¿Qué grado de influencia doctrinal europea ha llegado a las Islas en los últimos años? El autor sostiene que la aplicación de las Directivas comunitarias a través de diversas leyes apenas si ha modificado el Derecho inglés por la especial concepción que tienen del *Statute*, objeto de aplicación restrictiva; incluso cuando el Derecho comunitario hace referencia a nociones jurídicas desconocidas en el Derecho inglés (106). Durante el siglo xx la doctrina inglesa se ha encerrado en sí misma más que en la centuria anterior, probablemente por haberse concentrado los estudios universitarios en el *common law*, si bien algunos indicios hacen pensar que las cosas pueden cambiar. Con alguna frecuencia, las sentencias inglesas mencionan el Derecho alemán (107). En cuanto a las actitudes inglesas respecto de la armonización o unificación del Derecho privado puede hablarse de una postura contraria basada en diversas razones (hostilidad hacia una codificación en cuanto tal; diferencia entre el estatuto y el código; el uso de que muchas veces las partes de un contrato internacional eligen el Derecho inglés como ley aplicable). BEALE es relativamente optimista y cree que en un plazo de unos veinte años el panorama puede cambiar.

(105) Si bien con alguna imprecisión, pues, cabalmente, tal Proyecto ha acogido las reservas inglesas sobre el tratamiento de las obligaciones, y se ocupa directamente de la noción de contrato (lo que no significa prescindir de aquéllas: cfr. GARCÍA CANTERO: "El Anteproyecto de Código europeo de contratos. Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía", en *Derecho Privado Europeo* [coord. Cámara Lapuente], Madrid, 2003, p. 211).

(106) Por ej., el de *Good faith*, que después de amplias discusiones se ha hecho similar al de *fair and reasonable* que ya aparece en la *Unfair Contracts Terms Act* de 1977 (*loc. cit.*, p. 153).

(107) *It is an open secret that Lord Goff, when he needs to know one point on German law on which he is not certain, rings up Professor Von Bar* (BEALE: *loc. cit.*, p. 158).

Las dos reformas alemanas de 2002 producidas en el *Schuldrecht* –una es la *gran reforma*, la más conocida, sobre la modernización que ha tenido por objeto introducir en el BGB los conceptos básicos del nuevo Derecho comunitario sobre el consumo, y la *pequeña reforma*, que ha afectado a la culpa extracontractual– dan ocasión al profesor MAGNUS a una reflexión sobre las influencias recíprocas, en estas materias, entre el Derecho nacional y el Derecho europeo. A su juicio (108), a nivel comunitario van a proseguir incrementándose las reformas en materia de Derecho del consumo, ejerciendo para ello expresas competencias otorgadas en los Tratados de la UE. Estas reformas comunitarias han de ser más consistentes y transparentes que en el pasado, mediante instrumentos más eficaces que las Directivas. El Derecho comunitario se inspirará en la Convención de Viena de 1980, en los Principios de UNIDROIT y en los Principios Lando, originando un nuevo sistema híbrido de familias jurídicas. Junto a lo anterior cabe preguntarse si cada uno de los Estados miembros podrá modificar su legislación, bien entendido que su campo de actuación va restringiéndose sucesivamente, pues si se trata de un campo ya cubierto por el Derecho comunitario, el legislador nacional deberá limitarse a reproducirlo; sin dar origen a una *competition of legal orders*, el autor no ve inconvenientes en que se promulguen diversas nuevas codificaciones en los países europeos. Cuando el legislador nacional legisla en esta materia deberá tener en cuenta, no sólo los acuerdos internacionales, sino los Principios Lando o UNIDROIT (109).

6. Algunas conclusiones: ¿Sigue siendo –o ha dejado de ser– intocable el CC de 1889?

¿Caben conclusiones en esta nota bibliográfica, que ha resultado, acaso, demasiado amplia, un tanto desmesurada, necesariamente diversa y, en ocasiones, hasta dispersa?

Parece que los civilistas españoles no nos sentimos llamados a festejar el bicentenario del CC de Napoleón; y ello pese a que seguimos concienzudamente investigando los precedentes inmediatos de nuestro CC, ya sea en la matriz original, ya sea en la copia mejorada del CC italiano de 1865. No me atrevo a decir que tal indiferencia venga a reflejar la pareja omisión en Francia de cualquier referencia a la doctrina española significativa en las fiestas bicentenarias y en cualquier momento anterior.

(108) V. conclusiones en *loc. cit.*, pp. 181 y s.

(109) ¿Y por qué no las soluciones contenidas en el Anteproyecto de Pavía, añadido por mi cuenta?

Sí han llegado a nosotros los ecos del debate mantenido, al otro lado de los Pirineos, a propósito de la *codification à droit constant*, el cual resulta, a mi juicio, sumamente instructivo al objeto de ratificarnos en la idea de no entusiasmarnos, de inmediato, con cualquier novedad ultramontana.

Lateralmente hemos caído en cuenta de que la era de la codificación no había pasado; y que, en casa, el Parlamento catalán se ha apresurado a utilizar un modelo codicial que procuran pueda encajar –¿sin estrépito?– en el artículo 149.1.8 CE, y que, motivados por ello, acaso valiera la pena emprender la aventura de un CC verdaderamente nuevo, respetuoso igualmente con la normativa constitucional, sin que deba sorprendernos que algunas otras Comunidades Autónomas decidan hacer lo mismo por su cuenta.

Que acaso esté madurando más concretamente una reforma en profundidad del libro IV del Código Civil, que tenga en cuenta la inevitable unificación de las obligaciones civiles y mercantiles, que algunos hace mucho tiempo que habíamos solicitado, pues resultan claras las ventajas que ello ha supuesto en Suiza, Italia, Holanda y en el Derecho inglés.

Que una versión modernizada del CC podría ser la única manera de evitar que el legislador ordinario, con demasiada frecuencia, *siga perdiendo el respeto al venerable CC*.

Que debe estimularse la presencia de civilistas españoles en los diversos grupos que actualmente trabajan en la unificación europea, ya sean de Derecho civil o privado sin más limitaciones, ya sea del Derecho de (Obligaciones y) Contratos, o de algunos de sus aspectos, procurando siempre que acudan, sin complejos, los mejor preparados, lingüística y comparativamente hablando.

Dieu nous garde des euro-technocrats! Es un grito que nuestros colegas galos han dejado exclamar con frecuencia en los últimos años. Es un grito que resulta justificado cuando alguno de los autores de proyectos europeos compara el espíritu del pueblo con el folclore, en desgraciado símil. Yo creo que los documentados trabajos comparativos que están realizándose en tantos campos del viejo *Ius civile* son la mejor garantía de seriedad, solvencia, humildad y paciencia que ha pedido MALAURIE a quienes quieren trabajar en este difícil, aunque fascinante, campo del Derecho civil en el siglo XXI.

**“Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”,
I-IV. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, 6771 páginas.**

No es esta la reseña que merece el presente tratado colectivo de Civil, ni mi condición de mero historiador del Derecho me autorizaría a ocupar tantas páginas de esta Revista, generosa en varios sentidos, también en el de ceder al reseñante el necesario espacio, incluso si su interés propio es la Historia General del Derecho, es decir, la biografía de los juristas, que con uno u otro título, crean o conservan (WIEACKER) el Derecho, a veces también lo deterioran, y de sus obras, que no son, claro está, solamente las Leyes, éstas obedecen también a razones políticas o de poder, sino la jurisprudencia en sus varias acepciones. Sea el Derecho la obra de los jueces (Álvaro D'ORS) o de los profesores y de todos los prácticos, incluso la del Pueblo, como sostenía el maestro Alfonso GARCÍA GALLO, sin duda, un devoto tardío de la Escuela Histórica. Particularmente opino que son los abogados y los periodistas los que impulsan la marcha del Derecho, divididos, como es propio de las cuestiones jurídicas, en conservadores y revolucionarios. Por último, recordaré, frente al medievalismo que introdujo don Claudio, el poderoso historiador y político, y frente al modernismo que nos asola como una herejía, que el Curso de don Galo señalaba como objeto de nuestra asignatura “mostrar cómo nuestro Derecho ha llegado a ser como es” (hoy), y remachó que se extendía desde los orígenes más lejanos hasta Nuestros Días. Por otra parte, la VI Semana de HDE, celebrada en la Distancia, 1983, adoptó como acuerdo corporativo hacer la distinción entre historia general del Derecho e historia especial de sus diferentes ramas y especialidades. Y el Derecho Civil es el tronco principal, el Derecho propiamente dicho. Quien pretenda asomarse e intentar responder a la pregunta de cómo es el Derecho Civil al comienzo del siglo, encontrará respuesta si no total, muy cerca, en la obra

de estos 280 movilizados, a cuya lista, donde sí figura la profesión particular de cada jurista, sólo pondré el reparo de que no se haga constar la fecha de nacimiento, porque no es lo mismo, sin caer en la absurda doctrina de las generaciones, que el jurista nos hable desde sus ochenta, sesenta, sus cuarenta o sus veinticinco años. Por contra, este homenaje es superior al que se rindió al civilista aragonés LACRUZ BERDEJO, donde faltaba una aunque fuera caracterización del homenajeado hecha en un momento tan solemne como el de su jubilación, sin que por esto acabe, como es lógico, su condición de jurista y de humanista, si es, como nos dice el autor que seguimos, el Derecho una rama de las humanidades, aunque a veces tronchada por otros objetivos. Es superior este vasto libro, por haber hecho sujeto al homenajeado de nada menos que cuatro semblanzas. Ya en la presentación se le caracteriza, aparte del ornato académico, por sus publicaciones, por lo tanto, sometidas a la crítica; por su condición de juez de primera instancia e instrucción, por su ejercicio de abogado sólo interrumpido durante el desempeño de plaza en el Tribunal Constitucional, 1980-1989; por su actuación en la Comisión General de Codificación y como consecuencia en la producción legislativa; actualmente activo en una jubilación que esperamos fecunda y prolongada. Por último, señalan la indispensable base ética del jurista, siempre que no se confunda la moral y el derecho, que como la literatura tiene autónoma estructura y su propia moral. Elocuente la participación de diversos organismos en la organización del homenaje, como el Consejo General del Notariado, los Colegios de Abogados de Madrid y Valencia, Facultades de Derecho, la Academia de Marqués de Cubas 13, y muy especialmente el Colegio de Registradores, decisivo siempre, así como el trabajo de doña Begoña Ramos. El trabajo, un rasgo femenino, según decía CHESTERTON, y a la pregunta de qué es lo masculino respondía: la divagación. Dejándonos de ésta vamos a indicar el contenido de la presente corona de discípulos fieles.

Ocupa el primer término una magnífica pieza de historia general y crónica de la enseñanza del Civil en Valencia, que merece una reseña aparte. Trabajo de ocasión dignamente aprovechada para investigar y exponer el proceso de la fundación literaria y sus estatutos, desde el principio hasta hoy, más la nómina ilustrada de titulares, desde el bolonio Alberto de Albania. No hay más que decir. Saludar y seguir adelante. Hombre, uno considera que del siglo XX además de Federico DE CASTRO, ROCA SASTRE y Díez-PICAZO, quedará el CASTÁN, y por lo que se refiere a la historia especial del Derecho Civil, sin duda, para mí, don Francisco de Paula BLASCO GASCÓ. Su obra, un monumento (pp. 47-84).

Precisamente es un CASTÁN, excelente jurista y académico, aplastado por un apellido, que porta dignamente, el que ha redactado la vivaz semblanza de PICAZO como académico en Marqués de Cubas 13. Para que de cual-

quiera se haga un estudio semejante, se tiene que morir. Preferible es seguir enriqueciendo la jurisprudencia patria, un voto al que me sumo (pp. 85-93). Singular es la aportación (pp. 95-102) de un notario, don José CERDÁ GIMENO, coetáneo, en ejercicio de fe pública; consiste en el guión redactado para presentar a PICAZO como conferenciante en Baleares, 1982; el hombre, el publicista y el jurista. Muy alta puntuación. Por último (pp. 103-117), el secretario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, la gran fundación de don Jerónimo GONZÁLEZ. Mucha luz arrojan estos estudios, deslumbrantes. Sólo encuentra un reparo el iushistoriador. Todos son amigos y la amistad es un sentimiento tan dudoso, tan banalizado, tan común, que en el campo del Derecho ha sido necesario limitarse a la íntima porque la manifiesta es vulgar, presupuesta y con frecuencia falsa. Decía CHESTER-TON que de un hombre, y también de un jurista, no se sabe lo mejor hasta que se haya dicho lo peor de él. Qué dice el enemigo. Porque un hombre si es justo debe tener alguno. A veces el enemigo miente o exagera; pero los amigos lo hacen preceptivamente. Hay traidores, pero hasta ellos, y más si fueron amigos, nos conocen mejor y no les falta razón. Los militares hacen un juicio contradictorio para conceder la más alta condecoración y en los procesos de beatificación hay un abogado del diablo. Todavía un amigo, nuestro grande y generoso Francisco RICO PÉREZ escribe una página de esa historia general, igualmente doblada de amistad, y con algo singular: la estirpe de jurista del homenajead, discípulo de Federico DE CASTRO BRAVO, y sus famosos miércoles, continuados por PICAZO (pp. 119-132).

Pasamos a la parte general del Derecho: nuestro ya conocido alemán en Granada Klaus Jochen Albiez DOHRMANN se pregunta "La integración del Derecho de consumo contractual en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?" (pp. 137-152). Es la Universidad un lugar donde el alumno pregunta y el profesor responde. Suponemos que DOHRMANN dará contestación, pero prefiero que mi lector la busque. Por lo pronto al tronco de la ciencia jurídica le ha salido una rama: Derecho del consumo y un nuevo brote en ella: el contractual. Este es el verdadero germanismo en el Derecho español, más cierto que el Altomedieval.

Un abogado, José M.^a ALONSO PUIG, reflexiona sobre el artículo 1.271 del CC, no todo, sino su inciso final (pp. 153-171). Flexionar es. Aquí nuevo choque con las buenas costumbres. Muy estudioso para abogado. Este boceto valdría como resumen de tesis doctoral.

Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, "El derecho a la autonomía de los pacientes" (pp. 173-205). Mala cosa. La relación entre médico y paciente, aparte de una relación de confianza y de caridad tenía algo de magia, muy eficaz. Se ha sustituido, como en otros campos, el servicio por el trabajo. Simple contrato de obras. Y la socialización de la asistencia. Los honora-

rios, por el salario y el seguro. La judicialización de la Medicina y sobre todo de la Cirugía. Médicos procesados. Abogados a la caza del cliente. En fin, los derechos humanos y la constitución. A la larga, peor para el paciente, pero siempre es deseable que la doctrina venga en nuestra ayuda. Derecho sanitario, Medicina forense. Legislación catalana y galaica.

Historia plenamente actual: "La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (la tutela del siglo XXI)". Y no ha hecho más que empezar (pp. 207-220). Nombramiento de tutor por uno mismo, por Joaquín ARCE FLÓREZ-VALDÉS, catedrático en Oviedo. Como él ha visto muy bien, la mitad de la vida pasa uno incapaz; algunos, la vida entera. Pero ahí está la ley, ya la discutían y el parlamento próximo irá más adelante. Ley de progreso. Me dijo Carl SCHMITT, ya no en Berlín, exiliado en Plettenberg: "Yo no me he negado a mi tiempo". Nadie puede negarse, pero a veces cabe tomar precauciones. Nuestro CASTÁN VÁZQUEZ ya se ha ocupado de la tercera edad y el Derecho. Mejor, rápidos a la cuarta.

Ferran BADOSA COLL, catedrático en Barcelona, examina "Tres esquemas fiduciarios en el Derecho español" (pp. 221-236). Se trata de la venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular; los hay. Legislación del siglo pasado: 1992, 1994, 1998; perspectiva histórica. Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1975 y 1976. Doctrina alemana, pero brillan todavía nuestros Pedro GÓMEZ DE LA SERNA (1806-1889) y Florencio GARCÍA GOYENA (1783-1855), así en orden retrospectivo como conviene a la historia especial (CJE 43, 39).

"Los indeterminados límites del Derecho autonómico civil" (pp. 237-253) llevan a Inmaculada BARRAL VIÑALS, titular en Barcelona, a deslindar las competencias del Estado y las comunidades, según que se trate de conservar o modificar la materia civil, noción de extrema complejidad y objeto de variantes como la derivada de la índole agraria o mercantil.

Lourdes BLANCO PÉREZ-RUBIO, titular de la Carlos III en Madrid, describe el régimen de tutela alterado por la Ley de 1983, que junto al restablecimiento de la curatela introdujo "La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras" (pp. 255-275), siempre que esté ausente toda idea de lucro, con la excepción de las cooperativas, cuando se trate de proteger a menores o incapaces, conforme a la ley de aquéllas de 1999.

José Enrique BUSTOS PUECHE, titular en la auténtica Complutense, expone "Consideraciones sobre la llamada metodología jurídica" (pp. 277-298), mediante un recorrido por el jusnaturalismo griego, romano, cristiano que culmina en Tomás de AQUINO, escuela española del siglo XVI, racionalismo del XVII y el XVIII, la irrupción del positivismo hasta el retorno del Derecho natural clásico significado por CATHREIN y VILLEY; en medio,

STAMMLER, RADBRUCH, GENY, DEL VECCHIO. Profundiza en la interpretación a través de dos vías: normativa y judicial, abierta al derecho libre: EHRLICH (1862-1922). Un claro capítulo de historia conceptual.

“La capacidad asociativa del menor de edad” (pp. 298-319). José M.^a CABALLERO LOZANO, titular en Burgos, parte de la común Ley de asociación de 2002 precedida por la vasca de 1988 y la catalana de 1997, en el ámbito de la contratación, que comprende a los menores y se concreta en las asociaciones infantiles y juveniles, al lado de los partidos políticos y los sindicatos, así como las asociaciones de alumnos y otros colectivos, con matices en cuanto al ejercicio de los derechos del socio y restricciones respecto a los órganos directivos y de representación.

Jorge CAFFARENA LAPORTA, catedrático en la Carlos III, vuelve sobre un tema tratado en el seminario Federico DE CASTRO, bajo la dirección de Díez-PICAZO, para dilucidar “La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar” (pp. 321-345), planteado por la Ley de 1991 que modificó el 665 del CC. Previa una ojeada al régimen en Francia, Italia, Alemania y Portugal. Ya la Ley de tutela de 1983 había afectado a la cuestión, así como la anterior diversidad de opiniones sobre el propio artículo. Su nueva redacción podría atentar contra la dignidad y libre desarrollo de la personalidad garantizados por la Constitución, pero en la opinión del autor la nueva norma está justificada.

“El hipotético Código Civil europeo: ¿por qué, cómo y cuándo?” (pp. 347-379), se pregunta Sergio CÁMARA LAPUENTE, titular en Logroño. La respuesta no es simple y tiene una cantidad impresionante de presupuestos. ¿Es necesario un código, o se trata sólo de ambición profesoral? En 2001 fue adoptada una resolución positiva que contemplaba cuatro caminos: dejar hacer al mercado, aprobar principios no vinculantes, mejorar lo existente y la fórmula heroica; un nuevo código exhaustivo. Hasta ahora se han adoptado medidas de protección al consumidor y además las relativas a la competencia, el trabajo y la propiedad intelectual; reformas puntuales han afectado a obligaciones y contratos, el transporte aéreo, la morosidad. Hay unos principios de derecho contractual y reglas uniformes sobre compraventa y otros contratos, pero esto lleva a una labor semejante para la propiedad o patrimonio. Delegar en las naciones la concreción equivaldría a cambiar para que todo siguiera igual. El Código italiano de 1942 se alza como un modelo. Vigencia internacional o asimismo interior. Integración del consumo, o bien un código independiente. Las preguntas se suceden. El modo de aprobarlo: convenio, posibles reservas. No un proyecto único sino paso a paso en directivas sucesivas. Frente a la rigidez, la articulación. El camino de la *auctoritas* preferible al de la *potestas*, distinción orsiana. SHAKESPEARE aconseja tomar las armas contra los problemas y acabar con ellos.

Herminia CAMPUZANO, titular en Oviedo, "Noción jurídica de la información genética" (pp. 381-407), derivada del proyecto de genoma humano, sobre cuyos términos proporciona esa información precisa y elemental que necesitamos, aparte de una exposición detallada y una copiosa bibliografía. Dada la insuficiencia normativa sobre protección de datos personales, desemboca en unas conclusiones y propuestas para una futura reglamentación que deberá fijar la utilización e idoneidad de las pruebas, los supuestos concretos de su realización, un rígido control que evite su distribución indiscriminada y segura confidencialidad.

"La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de obligaciones" (pp. 409-431) por la ley alemana de 1 de enero de 2002 supuso la mayor modificación que ha experimentado el código desde 1900. Ana CAÑIZARES LASO, catedrática en Málaga, examina la lenta preparación, desde 1978; la intervención de los juristas, los puntos afectados: perturbaciones de la prestación, saneamiento de la compraventa, garantías del contrato de obra y prescripción. Respuesta a cambios sociales y económicos. El Derecho del consumidor se atraviesa como una constante. Díez-PICAZO había advertido del problema para España en 1964. En Alemania se ha pasado de la prescripción de treinta años a la de tres, ya preconizada por los principios europeos, con algunas salvedades derivadas del dato del conocimiento, pero esta excepción podría afectar a la seguridad jurídica. Quedan plazos especiales, para los que subsisten los treinta años, así en la reivindicatoria y otros derechos reales. Se da preferencia a la rapidez: que las situaciones se aclaren lo antes posible.

Ana DÍAZ MARTÍNEZ, titular en Compostela, ataca resuelta la simulación, el engaño y el fraude, que Federico DE CASTRO, en su *Negocio jurídico*, 1971, veía en algún caso plausible y elogiable. No hay siempre intención de dañar. Abundante casuística. "La impugnación de los negocios con simulación en la causa por acreedores y legitimarios de las partes" (pp. 433-463). Ante todo, una clasificación. Bajo la apariencia de un contrato oneroso se oculta otro, gratuito. Copiosa jurisprudencia y particularidades procesales. La acción para impugnar tales negocios es imprescriptible. La doctrina ha utilizado hasta el infinito la legitimación para impugnar. La prueba es muy difícil, se impone la presunción judicial. Por último, la tutela de terceros.

"La inscripción de la adopción internacional en el Registro Civil" (pp. 465-472) se ofrece a la indiscutible autoridad de Jesús Díez DEL CORRAL RIVAS, registrador de la propiedad, notario, abogado del Estado excedente, letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado y vocal permanente de la Comisión General de Codificación. La cuestión vital es el viaje de los adoptantes españoles al extranjero para conseguir la adopción de un menor. En todas partes hay lista de espera.

El descenso del índice de natalidad disminuye las oportunidades. La madre es cierta siempre, ratificado el convenio internacional de 1962 sobre hijos no matrimoniales. Soluciones registrales. Convenio de La Haya de 1993. Se impone concertar la legislación propia con la extranjera. La consecuencia es una gran diversidad de figuras que pone a prueba la capacidad constructiva de los asesores.

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, titular en Valladolid, provee al tema clásico de “Los plazos de la prescripción extintiva de las obligaciones” y especialmente su “alteración convencional” (pp. 473-493). El CC español establece en su artículo 1.964 un plazo común de quince años y en los 1.966 a 68, otros de uno, tres o cinco. ¿Pueden las partes acordar otros plazos? El silencio de la ley da lugar a soluciones diversas. La reducción o la ampliación desmesuradas conduce a resultados absurdos. El autor propone la imposibilidad de modificar los plazos, frente a opiniones más flexibles. Soluciones expuestas por ALAS, DE BUEN y RAMOS, el propio Díez-PICAZO, la jurisprudencia del TS y su comentarista OROZCO PARDO. El autor examina el interés de los terceros, acude a la doctrina de PLANIOL Y RIPERT. En torno a los seguros se observan modalidades y consecuencias varias. Concluye el autor que no cabe reducir los plazos, y que cláusulas en tal sentido siempre resultan abusivas, dado el fondo real de las situaciones, en tal sentido interpreta asimismo las sentencias del TS. Partidario de reducir a tres el plazo legal de quince años, opina que debe quedar sustraído a la voluntad de los particulares. Al corregir las galeras, la Ley catalana de 2003 recurrida ante el Constitucional, parecía quitarle la razón, pero vista de cerca resulta que no tanto. La cuestión sigue abierta.

“La acción de jactancia” prevista en las Partidas III,2,46 para cosas señaladas, y el “problema del silencio” ocupan al catedrático José Antonio DORAL, que alude a la opinión expresiva: “hibernada” (pp. 495-515). Una sentencia de Valladolid de 1994 se ocupó de su vigencia. Durante siglos había salido al paso de la difamación. La Constitución ha dado un giro a su ejercicio, dada la importancia que asigna al honor. La acción de jactancia es de dudosa vigencia; difícil enmarcarla en el espacio jurídico: entre la relación social y la cortesía. Obliga a quien con palabras o silencio pone en duda el derecho ajeno, para que en un plazo ejercite el suyo o bien en adelante guarde silencio absoluto. ¿Ha sido derogada? Depende de la respuesta de que la reduzcamos al ámbito civil o bien lo sobrepase, por lo que no le afecta la derogación del artículo 1.976 del CC. En el campo de la posesión, en las relaciones de crédito. Reliquia histórica de los juicios provocatorios.

Titular de Civil en la Carlos III, Manuel Ignacio FELÍU REY se pregunta: “¿Es posible transformar una asociación en cooperativa?” (pp. 517-530).

Lo autoriza la Ley de 1999. Pero el examen de la discusión parlamentaria nos lleva a descubrir que esa transformación se admitía sólo respecto a las asociaciones que ya *de facto* eran cooperativas y el Constitucional la ha admitido en cuanto a asociaciones no de lucro. El mercantilista GIRÓN había advertido que podía admitirse la transformación técnica, pero que repugnaba la posibilidad de invadir un sector con propia entidad. Las asociaciones propiamente dichas no son susceptibles de esa transformación. Una inmensa bibliografía.

Desde San Marcos de Lima, su doctor Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO nos ilustra sobre “El daño al *proyecto de vida* en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos” (pp. 531-566). La persona es también un ser humano. Ese tribunal ha dictado ya sentencias en favor de sujetos cuyo proyecto de vida fue lesionado. La justicia tradicional se había ocupado del haber; ahora se orienta a proteger el ser. El fundamento de esta nueva fase de la justicia es la filosofía existencialista. Los tres casos. 1.º María Elena Loayza Tamayo, absuelta del delito de traición a la patria, fue condenada por los mismos hechos considerados como terrorismo. El Estado indemnizará a todos los seres humanos que “no alcancemos las metas de carácter personal, familiar y profesional”. La Seguridad Social procurará que todos los ciudadanos realicen su proyecto de vida o sean indemnizados. El daño inferido al proyecto de vida es diferente del daño moral. 2.º caso. “Niños de la calle”. Asesinato de cinco menores en Guatemala y un sexto niño herido. Daños corporales y morales. Pero además se había dañado el proyecto de vida de esos niños. 3.º caso: un error judicial: el condenado había sido torturado y sometido a tratos inhumanos y degradantes. Motivo suficiente para ser indemnizado y los culpables paguen por su delito. Pero ahora se añade el daño al “proyecto de vida”. Cada uno en su proyecto.

El catedrático salmantino Gabriel GARCÍA CANTERO (n. 1927) trata de los “Cien años de Derecho comparado. Del Congreso de París de 1900 al de Nueva Orleans del 2000” (pp. 567-579). Aparte de un impecable trabajo histórico, contiene la recapitulación de una experiencia propia, iniciada en seguimiento de un maestro, don Ignacio SERRANO (Valladolid, 1908), catedrático en Salamanca desde 1935; luego en su patria, donde fue decano, vicedecano y rector. El testimonio acerca de una disciplina al margen del plan de estudios viene avalado por haber asistido a siete congresos internacionales que le han llevado a Suecia, Italia, Hungría, USA, Atenas y Persia y haber sido relator en 1974 del tema “los hijos fuera del matrimonio”, y en 2002, sobre la familia en el siglo XXI. No hay que ser pesimistas, tal vez se produzca una reacción. América necesita mucho Derecho católico y romano. La interioridad de cada Derecho, en mi modesta opinión, no es precisamente lo nacional. A la influencia americana

acompañan imperio y visibles regresos a formas primitivas, prerromanas. La Comparación, diferente del conocimiento o la aplicación de normas extranjeras; creciente circulación de modelos jurídicos. Una profesora parisina denuncia la función subversiva del Derecho comparado. Perspectivas españolas.

“Una teoría general del patrimonio” (pp. 581-610) nos ofrece el doctor José Manuel GARCÍA GARCÍA, registrador de la propiedad en Figueras (mi Gerona); una teoría general que encaja y se nutre en y de los derechos reales, en y de las obligaciones, aunque también en y de familia y sucesiones, en y de administrativo, en y de fiscal, lo importante es que todo haya sido sintetizado por un profesional, o sea, pertenece y supera el Derecho Registral. Admirable esta digna elevación categórica.

Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, titular en Madrid, trata asimismo otra cuestión general: “¿Quién y ante quién se deben rendir cuentas?” (pp. 611-631). Ella responde en el campo del Derecho de familia, modificado por la Ley de 1981, y por lo tanto ya con una perspectiva histórica, teniendo en cuenta las alteraciones que ha sufrido el sistema como consecuencia de una legislación progresiva o regresiva según los casos, que pone a prueba la capacidad interpretativa y las cuestiones fluidas del presente Derecho. Porque hay naturalmente otras cuentas que deben ser rendidas en el campo del Derecho privado y público, y finalmente ante Dios y ante la historia general del Derecho.

Civilista en Sevilla desde 1961, Juan Bautista JORDANO BAREA (n. 1924) ha tenido el acierto de rememorar y traer a nuestros días una famosa polémica entre el civilista Federico DE CASTRO y Álvaro D'ORS, desarrollada en los “tiempos oscuros” entre 1947 y 1948. Don Federico (n. 1903), sevillano, catedrático en Madrid desde 1930, era un entusiasta de la unidad jurídica de España, cifrada en el Código, que, naturalmente, él, nutrido de dogmática alemana, es decir, romana a través del BGB, aspiraba a modernizar y actualizar. He aquí que el congreso de civilistas celebrado en 1946 en Zaragoza (la tierra con más fuerte vocación racial por el Derecho), sorprendió con un intenso florecimiento de la tradición foralista, hasta entonces sólo concretada en el apéndice aragonés de 1928 y sucesivamente dio lugar a las compilaciones de Civil, primero de Navarra, por redacción privada de juristas de la tierra con Álvaro D'ORS; 1959, Vizcaya, Álava y tierra de Ayala; 1960, Cataluña; 1961, Baleares; 1963, Galicia; 1967, Aragón, ahora ya no un apéndice, un pequeño código; 1973, Navarra, cuando la redacción privada de varios años atrás se vio promulgada conforme al imperio y como Fuero Nuevo. Don Álvaro no era propiamente un romanista, sino literalmente un jurista romano. Ahora un civilista eminente presenta la *disensio dominorum*, que es tan propia de la libertad académica. Lean (pp. 633-639).

Catedrático en Compostela, donde algunas noches aparece una sombra envuelta en una toga, José Manuel LETE DEL RÍO reflexiona “Sobre la analogía” (pp. 641-660). Delicada cuestión incluso después de 1974 y el nuevo título preliminar. El autor opina que no cabe oponerse al legislador y a sus propósitos íntimos. Y sobre todo respetar el Espíritu; eso siempre. Nada de novedades ni exotismos. Profunda indagación al final de la cual el autor, como BAROJA con la gramática en Coria, tropieza con la Compilación navarra, que sí admite la analogía.

Luisa MORENO-TORRES HERRERA, titular en Málaga, sobre “La interrupción de la prescripción por el reconocimiento del Derecho” (pp. 661-688) arranca de una idea no del todo desarrollada por el maestro PICAZO, la perfila y la aplica a resolver dudas y problemas actuales. Comienza por precisar que lo que se interrumpe no es la posesión, sino la usucapión. Porque el Código es Derecho romano vulgar; no reglamenta el acto jurídico, pero los profesores acuden en socorro. Y una dama: la Interpretación. Los civilistas están de acuerdo en algo y tienen discrepancias. De nuevo nos visitan ALAS, DE BUEN y RAMOS (1916, nació el siglo que hemos visto morir), y todavía MANRESA y NAVARRO.

“El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada” (pp. 689-713) por Susana NAVAS NAVARRO, titular en Barcelona. La nueva constitución federal suiza de 1999 protege a los niños y a los jóvenes. España se adelantó en 1978. Los menores son titulares de derechos fundamentales. Ensáyase un concepto de bienestar: óptimo desarrollo de la personalidad. Casos típicos: uso de anticonceptivos y proselitismo religioso. El bienestar en una sociedad multicultural. El bienestar como factor de integración. La legitimación de los poderes públicos para intervenir en el régimen de la familia. Criterio decisivo: el interés del menor. ¿Y el malestar?

Carácter acentuado de tributo discipular tiene “El influjo del Derecho privado europeo en la metodología del Código Civil” (pp. 715-721), por Francisco Javier ORDUÑA MORENO, catedrático en Valencia, registrado hacia el curso 92-93 el fenómeno de la descodificación, ya advertido en la subsistencia de leyes especiales y la formulación autónoma de los derechos del consumidor. Otro factor lo constituyen las directivas europeas. El profesor Díez-PICAZO había advertido en la primera fecha una tendencia favorable a la recodificación, confirmada en la resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación de Civil y Mercantil en los Estados miembros. Lamentable retroceso significa la Ley de 1988 sobre contratación, frente a la cual se propone la generalidad, simplicidad y transparencia de la técnica codificadora.

Antonio PARA MARTÍN, catedrático y abogado, “En torno a la fiducia *cum creditore*” (pp. 723-737). Múltiple la doctrina y abrumadora la jurisprudencia sobre la índole y finalidades del negocio, figura artificiosa que

podría ser borrada del mapa de las instituciones, pero tiene carta de naturaleza, y el autor consigue al final superar la complejidad de la figura, partiendo de la teoría del doble efecto. La compilación catalana ha abierto un cauce favorable.

“La prueba de la costumbre en nuestro ordenamiento jurídico” (pp. 739-754), por José M.^a PENA LÓPEZ, catedrático en La Coruña, a la vista del Código Civil y las compilaciones forales. Si la costumbre debe ser probada es un debate plurisecular. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son contradictorias, y los legisladores han guardado un equilibrio discreto. Aragón y Navarra son bastante rotundas para hacer sospechar que hay una entelequia denominada Derecho Civil español. La mente se eleva a la distinción entre el hecho y el derecho. Y la admiración hacia nuestros colegas se pierde en el espacio cuando la solución se encuentra en el orden público. La lógica perdura, perdida la razón histórica.

Claro está que la codificación es un misterio, como todo. A desvelar el de la propiamente dicha se aplica el catedrático José PÉREZ DE VARGAS, en la Rey Juan Carlos, en el Sur de Madrid: “Breve referencia a sus bases sociales y económicas” (pp. 755-774); se sostiene por su base. Nuestro BARÓ había incluido también las políticas, y la Escuela tuvo la sensatez de añadir las espirituales. Los colegas filósofos han formulado desde siempre que el racionalismo fue la causa de la codificación. Entre las consecuencias originales parece que los códigos han permitido distinguir claramente lo privado y lo público. La sociedad burguesa, la propiedad, el individuo y una familia jerárquica y patriarcal componen ese cuadro. Hoy echamos de menos a don Álvaro D'ORS. Entre tanto, los códigos son libros de Derecho lo mismo que el Castán y el Aranzadi. Y los protocolos notariales.

“La solidaridad *ex iure* en la cotutela” (pp. 775-796) responde a la evidencia de que allí donde haya tutores coincidentes se añadirán conflictos a los que de modo natural produce la tutela individual. Emociona sorprender a PASTOR Y ALVIRA todavía opinando y que las XII Tablas y el grande JUSTINIANO, GAYO y PAPINIANO y el vecino TORRENT acompañan al jurista del siglo. Por mi parte confío en Alberto PÉREZ VIVÓ y en Alicante cuando busco respuestas.

Luis PUIG FERRIOL, magistrado en Barcelona, catedrático y presidente del Tribunal del Principado de Andorra, cuya soberanía se reparten la monarquía francesa y el obispo de dónde, mejor dicho la Mitra, nos informa sobre “El prestanombre en el Derecho del Principado” (pp. 797-815). El prestanombre es parte contratante; existen terceros que contratan con él e incluso otros terceros. Si me preguntan quién es el prestanombre, responderé que eso pertenece a la Ampliación y ahora estamos en clase de General. Por otra parte se trata de un secreto.

Encarna ROCA TRÍAS, catedrática en su Barcelona, aparte de confirmar que Derecho y Poesía todavía van juntos y se abrazan, nos informa de que hay “Autonomía personal y que es el fundamento de la gestión de los intereses de la tercera edad en Cataluña” (pp. 817-844) y confiamos que pronto en el ancho mundo, porque el dictamen corresponde a una consulta del Comité de Oxford para Derecho y Política de la Familia, siempre frente al Estado, y en Budapest, 2001. Históricamente se ligaba el tema a la Beneficencia. En la Revolución, en la II República Española, en Cataluña, y en lo que queda de ella y en la carrera de San Jerónimo. La opinión sociológica consiste en que los ancianos prefieren la familia, con sus horrores, y su propia vivienda. Por lo que se trata de implementar de un modo creciente la función pública. El antiguo prejuicio acerca del carácter privado de la familia se mira en entredicho. La Ley catalana de ayuda mutua de 1998 ofrece una alternativa. Asimismo la Ley de 2000 sobre acogimiento de ancianos, semejante a una Ley francesa de 1989. La Ley española de 2001 conserva una intervención administrativa; no confía en la familia. Cataluña es creadora y en este caso muy cortés con los madrileños que no somos bilingües. Por otra parte, el precedente histórico, eclesiástico, ha favorecido este caso de tradición actualizada.

En campo plenamente histórico, Alma María RODRÍGUEZ GUTIÁN, titular en Madrid, propone este ambicioso tema: “Del Derecho Civil decimonónico al Derecho Civil contemporáneo” (pp. 845-859), entendido por tal hasta el presente. Tiene en cuenta la creciente producción legislativa, la unidad y pluralidad de ordenamientos, la tendencia a la unidad europea y la tensión entre la rigidez normativa y la libre interpretación, con abundantes referencias a las posiciones doctrinales y la jurisprudencia. Advierte las contradicciones derivadas de esa legislación, como el anonimato del donante en la fecundación artificial respecto al principio de investigación de la paternidad, principio constitucional. El régimen de daños y la contratación sufren distorsión por causa de los avances técnicos. Sofocante intervencionismo. Partidaria de la codificación.

“Autorización y cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables” (pp. 861-888), por José RODRÍGUEZ TAPIA, catedrático en Málaga, se refiere al cuadro general de derechos inalienables que resulta alterado por los contratos de cesión de imagen. La autorización para la intromisión en derechos inalienables es revocable en una serie de supuestos. La legislación de los años noventa ha reforzado este carácter. Se oponen los conceptos de cesión y autorización. Todo un capítulo merece la autorización de los pacientes en el campo de las intervenciones médicas y curativas.

El catedrático Carlos ROGEL VIDE, en torno a la propiedad intelectual, destaca la singularidad de la obra teatral y a su lado la cinemato-

gráfica, y el conflicto entre “Directores de escena y derechos de autor” (pp. 889-908). La ley equipara los directores a los artistas. Son distintos. Contrapuestos intereses de autores, intérpretes y directores escénicos, éstos realzados, porque su actividad es creadora. Opiniones manifestadas en el ámbito forense y en el de la propia actividad. Acerada crítica de la Ley y Reglamento de 1980. El autor propone una serie de modificaciones. Copiosa bibliografía.

“Codificación, descodificación en el Derecho Civil” (pp. 909-924), términos ya aludidos en páginas anteriores, son objeto de un cuadro de conjunto por el catedrático Antonio M. ROMÁN GARCÍA. Visión personal de la primera etapa, tratada por los civilistas y definida por BARÓ, admirable en detalles; la segunda, orientada por ALONSO PÉREZ, casi va paralela; y la tercera, apenas iniciada, con la guía de Pablo PADRÓN. Ha acertado a definir su propia interpretación entre la copiosa referencia colegial.

Lo que tan simplemente definía el Derecho como varones y hembras, ha venido a complicarse por la irrupción de variadas modificaciones del género, que va de la intersexualidad al hermafroditismo, sin contar con la intervención de la medicina y la cirugía, y su proyección sobre la figura del matrimonio, establecida en el paraíso y alterada en seguida por el pecado original. Sobre tan dudosa materia, avanza con pulcritud dogmática M.^a Paz, la invocamos, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, titular gaditana, “La intersexualidad como problema jurídico” (pp. 925-949) y sus contingentes soluciones. Una sentencia del Constitucional de Colombia en 1999 ha merecido un análisis particular.

De nuevo los menores: “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del ejercicio de sus derechos” (pp. 951-974). La reforma de 1981, que afectó al artículo 162 del CC, quedó consolidada por la Ley de 1996, que hizo del menor artífice de su destino, aparte de tratados internacionales. Cabe recordar que el Derecho medieval conoció la edad de siete años de los hidalgos para disponer de sus bienes por testamento. Primacía del discernimiento sobre el dato biológico, como la libertad religiosa tiene el precedente de los niños mártires. Difícil evitar la pavorosa recluta de ellos en conflictos bélicos. Y el contraste con la impunidad criminal que ampara a los mismos menores que pueden ser empresarios. Queda la esperanza de la incapacitación por orden judicial, tal vez puede ser la solución final. En esta selva no ha dudado en aventurarse Carmen SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, titular en Málaga.

En el otro extremo, Blanca SILLERO CROVETTO, asimismo titular en Málaga, asiste al “Tratamiento de la incapacitación de personas de edad avanzada” (pp. 975-1008), porque las solemnes declaraciones sobre la libertad y la dignidad humanas dificultan la seguridad, el progreso, la creación de riqueza y la promoción juvenil; debe acomodarse a las circuns-

tancias. La existencia de un patrimonio es determinante, como decisiva la reforma del CC por la Ley de 1983, que restableció la curatela y creó la figura del defensor judicial. Cataluña avanzó en 2002 la autotutela, es decir, el nombramiento de tutor por el que se aproxima a la incapacidad. La misma Ley ha puesto bajo control judicial el internamiento de los enfermos mentales. Un proyecto de 2003 abordaba los aspectos patrimoniales de la incapacidad senil. Una nueva redacción amenaza a los artículos 223 y 1.731 del Código secular.

Derecho y sentido común fue uno de los últimos títulos avanzados por Álvaro D'ORS, cuando terminaba el siglo sobre el cual planeó. De modo independiente trata el mismo tópico el titular en Cantabria Jaime TALMA CHARLES, en forma de "Apuntes sobre una concepción antropológica del Derecho" (pp. 1009-1038), que traslada la incógnita de qué sea el Derecho al campo del ser humano, el clásico de sus sujetos, mientras no le acompañen los animales. Además de la política, que debe respetar a la esfera privada, están la antropología, la etnografía, la medicina, la sociología, la psicología, la literatura. La filosofía y el sentido común, que HEGEL ha contrapuesto. El sentido común postula derecho a la vida, afectado por la serie de plagas que ha conocido el siglo que comienza, junto a las cuales se coloca la reglamentación de los alimentos. La excesiva protección a los animales domésticos ha encontrado un correctivo en cuanto a la tenencia de los peligrosos. En diversas esferas el sentido común choca con las disposiciones legales, así la división del suelo urbano y campesino, el tráfico y las relaciones de vecindad. Tras diversas exploraciones, el autor desemboca en la conocida distinción de la buena o mala fe.

María de la VÁLGOMA, titular en Madrid, sorprendida por la omnipresencia de "La ficción jurídica" pregunta "por qué el Derecho miente" (pp. 1039-1054). SAVIGNY, BENTHAM, SUMMER MAINE y JHERING pretendieron eliminar esa ficción. Nuestro BONILLA SAN MARTÍN lo hizo objeto de su discurso de entrada en la de Ciencias Morales y Políticas, 1912, seguido por LEGAZ LACAMBRA (sujeto de una tesis doctoral por Jesús RODRÍGUEZ GONZÁLEZ en la Rey Juan Carlos, 1997), en 1958, que además se apoyaba en el alemán ESSER. STAMMLER había reducido la llamada ficción a la abreviación de una voluntad jurídica. Ficción se encuentra en el Código de Hammurabí, florece en el Derecho romano, mientras su cultivador analiza la pluralidad que yace bajo ese término único. Entre tanto estaba inédita una obra redactada entre 1876 y 78, *Die Philosophie des Als ob*, "del como si", publicada en 1911, y del que dio noticia nuestro ORTEGA en el preliminar del *Espectador*, 1916, para separarlo de su perspectivismo. Y también su coetáneo Eugenio D'ORS la definió en *El secreto de la filosofía*, 1947, como sistema fugaz de prescindir de la ontología para darse al curso de las afirmaciones atributivas. VAIHINGER, nos

informa DE LA VÁLGOMA, se apoyó para explicar la ficción jurídica en que también la matemática fingía. Por su parte indaga en los motivos que llevan a engañar; no falta la aspiración a la justicia, como en Derecho tributario ha visto nuestro PÉREZ DE AYALA.

La “Armonización del Derecho privado en Cataluña” (pp. 1055-1072) para Antonio VAQUER ALOY, catedrático en Lérida, no va contra un posible Código europeo, compatible con los Derechos civiles regionales. Registra el desarrollo normativo catalán, en Sucesiones, 1991, y Familia, 1998, incluso en materia contractual atribuida al Estado. Tres resoluciones del Parlamento Europeo, 1989, 1994 y 2001, han impulsado ese proceso, y la tercera apuesta por una generación de juristas no entrenada exclusivamente en torno a los códigos nacionales. ¿Ganará? De momento no tocan familia y sucesiones. En obligaciones y contratos se confía en una jurisprudencia imaginativa sin urgencia política; en la ciencia y en la hermenéutica. Prescindir de convenios internacionales y apoyarse en la cooperación judicial. El problema de las competencias se orilla de momento y conviene esperar un órgano superior europeo para el Derecho privado. *Insiste en que más amplia competencia autonómica se acomoda al largo plazo de Derecho europeo unificado. Como ayuda y estímulo. Pasa igual en Italia.*

“Datos y observaciones sobre la construcción civil de los derechos de la personalidad ante el desarrollo tecnológico” (pp. 1073-1104), por Jaime VIDAL MARTÍNEZ, titular en Valencia, enlazan como casi todas las aportaciones precedentes, pero aquí de un modo especial, sobre iniciativas de Díez-PICAZO, 1978, ante el barrido del magnífico Derecho codificado y el doloroso parto del Derecho nuevo. La fecundación *in vitro*, la reproducción genética, el tratamiento automático de la información, la masificación, afecta a los derechos de la personalidad, mejor llamados derechos inherentes a la persona o simplemente derechos de la persona. No sólo está en peligro ésta sino su medio ambiente. Subraya la importancia de la Constitución y de su tribunal, así como la del Tribunal Supremo en fecunda emulación, a lo que contribuye la elevación del nivel ético en las dos esferas: corporal y moral. La protección del *nasciturus*, recordamos la monografía histórica de José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, 1946, y del embrión humano, así como la autonomía de la persona ante la muerte y el derecho a morir con dignidad, llevan a postular un pacto social que haga factible un mundo habitable. Para quien lo procure.

“El consentimiento informado desde una perspectiva comparada” (pp. 1105-1126) por Agustín VIGURI PEREA, titular de la Jaime I en Castellón, licenciado en la universidad de Pittsburgh (USA), presenta en efecto el panorama del Derecho angloamericano en materia de pronósticos, diagnósticos y tratamientos médicos, con un deber previo de información

al usuario, previo al consentimiento. Se ha revolucionado la práctica de la Medicina, frente al paternalismo tradicional. La noción del enfermo como un consumidor data de un discurso del presidente Kennedy en 1962. El número creciente de demandas judiciales a los médicos, por supuestos errores o imprudencias es un fenómeno a la vista. Se ha pasado del criterio subjetivo al objetivo en lo que respecta a la responsabilidad civil. Pertenece al Derecho de contratos y régimen de daños. La noción de negligencia es decisiva. Curioso que la experiencia actual nos conduce de nuevo al Código de Hammurabí. Las cifras son elocuentes. El Estado de Florida ha prohibido en 1999 que el resarcimiento de los daños cause la quiebra de la empresa. El panorama se completa con un breve análisis de la situación en España. De la Constitución y el CC se deduce que son tres requisitos: negligencia, daño y causalidad. Ley General de Sanidad de 1987 y leyes especiales; jurisprudencia y bibliografía.

Tomo II. La extensión y la densidad del Derecho de Obligaciones exige una síntesis que no oculte la riqueza del momento y la pluralidad de las cuestiones, menos aún la personalidad de los autores. Pedro A. MUNAR BERNAT, titular en Baleares, "La directiva (europea de 1997) sobre contratos a distancia en servicios financieros" (pp. 1189-1200). Protección del consumidor. Documentación. Facultad de desistir. Técnicas agresivas. Pago con tarjeta.

Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, titular en Granada, "Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas defectuosas" (pp. 1201-1232). Una consideración de PICAZO en 2000: las nuevas leyes tienen que convivir con el previo ordenamiento y mutuamente se condicionan. Así la Ley sobre Edificación de 1999 y el 1.591 del CC. Remedios y acciones de que dispone el comprador de inmuebles de primera o segunda mano. Ley procedente de Fomento que da lugar a una batalla quijotesca de los civilistas. Se ha complicado el sistema de responsabilidad. La situación, agitada por los abogados, viene a ser de renuncia o impotencia. Se multiplican las interpretaciones. Hay escollos difíciles de superar. Los plazos de garantía se superponen. No obstante, para algunos supuestos, la autora dispone de remedios estrella.

En el mismo campo, Juan Manuel ABRIL CAMPOY, titular en Barcelona, se ocupa de "La responsabilidad del promotor" (pp. 1233-1250), figura reconocida por la jurisprudencia, agente y garante de la edificación, pero las soluciones obtenidas no son satisfactorias.

"Los daños indemnizables en la responsabilidad contractual y en la extracontractual o aquiliana" (pp. 1251-1274). En el nivel más clásico, el catedrático en Barcelona Manuel ALBALADEJO, saludo colegial, dictamina sobre si el autor de la acción culpable o negligente, dañosa para otro, que-

da siempre obligado a reparar todos los perjuicios ocasionados, o diferentemente, aunque culpable, habiendo actuado de buena fe (i) su deber se reduce a indemnizar las consecuencias necesariamente lesivas de su acto previstas o previsibles. O sea, aplicar el 1.902 del CC, o bien combinarlo con el 1.107. Adelanta su opinión: el 1.902, rectificando una anterior suya, coincidente con la del TS, que ahora combate, así como a los autores que la siguen e incluso a sus partidarios parciales. Analiza él ese 1.107, procedente del 1.016 del proyecto de 1851 (que tanto dura), a su vez, de origen francés. El modelo suizo no es aplicable. Argumentos poderosos contra la aplicación de ese 1.107. Vigencia pura y absoluta del 1.902. Un hermoso espectáculo de lucha por el Derecho, que termina en el rasgo granadino según el cual, una vez dicha y defendida su opinión, admite que puede haber otras y las cosas ocurran como sea.

M.^a Eulalia AMAT LLARI, titular en Barcelona, expone “La teoría de la relatividad del contrato, a propósito de la Ley catalana de Superficie, Servidumbre y Adquisición Preferente de 2001” (pp. 1275-1289), el castizo tanteo y la opción. Comparación anglosajona. Inscripción registral si ha de ser oponible a terceros. Autores que se oponen a limitar la propiedad por decisión individual. Pero el dominio puede dividirse siempre que no se pulverice. Requisitos.

“Del arrendamiento histórico valenciano” (pp. 1291-1322) nada sabíamos, pero la HDPrivado se encuentra en los comienzos y difícilmente se hará un lugar entre la historia general y la del Derecho público más la sociología. Su finalización es problemática. Hay una Ley valenciana de 1986, modificada en 2002 y su aplicación judicial. Ignoramos también si existe una costumbre inmemorial. Debe de haber algún libro jurídico antiguo que trate del asunto. Por lo pronto tenemos a don Pablo AMAT LLOMBART, titular en la Politécnica de Valencia.

El catedrático Ricardo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, en línea filológica responde “Sobre las palabras *responder*, *responsable* y *responsabilidad*” en el Código Civil (pp. 1323-1352). Porque hay un lenguaje jurídico, y este es el principio de la enseñanza del Derecho. Al parecer PICAZO ha tenido mucho cuidado con las palabras. Tal vez debamos revisar aquel tópico antiguo, a menudo olvidado por la Escuela: relación de la Nuestra con otras ciencias y las famosas ciencias auxiliares de las que prescindimos con soberbia catedral. La Gramática no es auxiliar sino maestra suma y fundamento del Derecho.

“Responsabilidad contractual e indemnización de daños y perjuicios: la prueba de los daños en la reciente jurisprudencia del TS” (pp. 1353-1396), por Isabel ARANA DE LA FUENTE, asociada en la llamada Autónoma de Madrid. También sobre un texto del maestro PICAZO. Faltan normas en el CC. Fin de siglo: 1985; la jurisprudencia evoluciona. Y hay quien lee las

sentencias; es función de la cátedra, aunque no está prohibida a los magistrados. Al comenzar el siglo continúa vigente la doctrina básica, pero crece el número y peso de las excepciones. Los hechos no son tan evidentes como dicen algunos. La lectora confía en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificada en 2000. Junto a los daños materiales o patrimoniales se perfilan los morales. Persiste la objeción doctrinal del profesor PICAZO.

La titular en Málaga Carmen ARIJA SOUTULLO, “Sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza” (pp. 1397-1413). Difícil solución en la práctica de las fianzas generales. Enlaza con PICAZO y CARRASCO, éste en *Homenaje* a LACRUZ BERDEJO; la doctrina francesa e italiana. Jurisprudencia.

Clara I. ASÚA GONZÁLEZ y José Javier HUALDE SÁNCHEZ, catedráticos en el País Vasco (las universidades tienen domicilio en las ciudades no en los países), nos permiten asomarnos a “La codificación en Alemania”, pero no en toda, sino en lo relativo a la *culpa in contrahendo* (pp. 1415-1433). Le hace falta mucho latín al querido país. Y mucho *statu quo*, menos *contra legem*, *in natura*. Saludable apertura de ventanas a Europa, y más en este caso que al parecer los criterios hispánicos se revelan superiores a los tudescos. Los admirados alemanes no siempre son coherentes ni bastante romanos.

“Contratos de garantía y ampliación del ámbito de aplicación de las prendas de créditos” (pp. 1435-1455) por Javier AVILÉS, titular en Oviedo. Financiación de proyectos en las esferas pública y privada con varias modalidades. Obvia descoordinación entre normas civiles, mercantiles y públicas. Confusión. Faltan reglas. Invitación a la doctrina. La vida lo demanda. Sirvamos a la vida.

1912 quedará en la memoria de los civilistas por la primera sentencia del TS sobre arras confirmatorias. María Teresa BENDITO CAÑIZARES, titular en la UNED, ha seleccionado 74 más hasta 2001, media docena de las cuales comentadas con firma, para una indagación admirable. “Las arras excepcionales en el Derecho español y aplicación de su sinalagma en la contratación masiva” (pp. 1457-1469). Registra el precedente latino y griego; Fueros Juzgo y Viejo de Castilla. Partidas, CCom. Y POTHIER. Portugués de 1867 y BGB; Juan ANDRÉS y los próximos Federico DE CASTRO y Antonio HERNÁNDEZ GIL... PICAZO. Atención a la LCU y a la LCGC.

“Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (debe de ser esa, 1998): la ausencia de control de contenido específico de dichas condiciones entre profesionales o empresarios y la clase de nulidad de las mismas condiciones contempladas en dichas normas” (pp. 1471-1489). Nadie mejor que el autor,

Juan José BLANCO GÓMEZ, titular en la verdadera Complutense, para resumir su lección. Valerosa denuncia, a tono con lo que nos advierte un ALFARO: “burocracia (tirana del milenio según DICKENS) e intereses corporativos”, que son o no legítimos. Lector agudo siempre necesarios.

De nuevo el Derecho alemán: “El contrato con efectos protectores” (pp. 1491-1523), por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, catedrático en la Carlos III, al tanto de la reciente producción legislativa y doctrinal. El famoso elemento de Eduardo DE HINOJOSA. Seguimiento español por el propio CABANILLAS, un JORDANO FRAGA y nuestro GARCÍA AMIGO.

“Gestores de proyecto, arquitectos y Ley de Ordenación de la Edificación” (pp. 1525-1538), de 1999 (LOE), por el catedrático Juan CADARSO PALAU, que no se limita a la exégesis de la Ley sino que se adentra en la jurisprudencia (también ÁLAVA), que ha perfilado esa figura del gestor, cabe la clásica del arquitecto. CADARSO y la responsabilidad decenal, 1976.

Una nueva *Lex Mercatoria* descubren en el horizonte el catedrático en la Carlos III Alfonso Luis CALVO CARAVACA y el titular en Murcia Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, ambos de Internacional Privado, o sea, Supercivil, en “Contrato internacional. Principios *Unidroit* sobre los contratos comerciales internacionales” (pp. 1539-1567), de evidente actualidad y constante del Mercantil. Sobre la economía de mercado libre. Consecuencias negativas de la regulación nacional. Dos acepciones de esa “nueva ley”: privada o nuevo ordenamiento. Tres fases históricas: 1994. Falsa como fuente jurídica, conceptualmente difusa, políticamente equivocada. Autonomía del Mercantil en nuestra asignatura.

“Armonización de los artículos 1.145 y 1.210,3 del CC, antecedentes para un intento” (pp. 1569-1610) por Salvador CARRIÓN OLMOS, en Valencia. Un siglo después hay dudas y contradicciones, vacilaciones e inseguridad en torno a las relaciones de subrogación y regreso en la solidaridad pasiva. El paso del tiempo ha acentuado la polémica. Hay quienes omiten el problema; no el autor, que se arroja sobre él. Se remonta al Romano y los nombres de GARCÍA GOYENA, ALBERTARIO, ARIAS RAMOS padre e hijo y por supuesto, Díez-PICAZO, resplandecen aún y todavía un TOULLIER expositor del Código de Napoleón en París en 1830, LAROMBIERE en 1857, ACOLLAS 1974 y PLANIOL-RIPERT 1926. Pero POTHIER se eleva sobre todos.

Ahora es la pareja desavenida del 623 y el 629, “Dualidad de funciones de la donación aceptada” (pp. 1611-1628), por Anna CASANOVAS Y MUSSONS, catedrática en Barcelona, que remontándose sólo al Proyecto inmortal de 1851, la doble redacción de uno y el origen de otro, llevan a una solución que GARCÍA GOYENA había calculado.

“Un supuesto concreto de novación objetiva por cambio de circunstancias principales: el pacto de alteración de la renta arrendaticia y el in-

cremento de la misma" (pp. 1629-1645) ha hecho reflexionar a Carolina del Carmen CASTILLO MARTÍNEZ, titular en Valencia y magistrado suplente en su Audiencia provincial. Cuestiones planteadas por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 y su régimen transitorio en relación con los índices de precios al consumo y costes de vida. Con referencias a SANCHE REBULLIDA y PUIG BRUTAU. Ambigüedad y confusión, dos notas con las que empieza el siglo.

Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLVEZ, catedrático en Sevilla, expone la llamada regla negocial, de ámbito privado, en "Interpretación, calificación e integración del contrato" (pp. 1647-1657). Autor de un libro, *La causa del contrato*, 1998, y de comentarios al CC y compilaciones forales, en obra colectiva dirigida en 1993 por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART. JORDANO BAREA y Federico DE CASTRO.

"La resolución del contrato como excepción procesal" (pp. 1659-1677) por el catedrático en Valencia Mario E. CLEMENTE MEORO, sobre una montaña de sentencias del TS entre 1994 y 2000. ¿Judicial o extrajudicial? Todavía el ENNECERUS, Kipp WOLF, traducidos por PÉREZ Y ALGUER y actualizado en 1954 por PUIG BRUTAU. Resolución, acción, excepción, reconvención.

Ángel CRISTÓBAL MONTES, catedrático en Zaragoza, asienta el "Fundamento del derecho de regreso en la cofianza" (pp. 1679-1695). El tratado de Obligaciones por Robert Joseph POTHIER, Orleans, 1699-1772, editado en Buenos Aires, 1978, es el punto de partida, seguido de los *Principios* del belga LAURENT, Bruselas-París, 1878 y CAMPOGRANDE, Milán, 1902. De los nuestros MANRESA, cuyos *Comentarios* al CC han sido revisados en 1951 por RODRÍGUEZ ARIAS y BUSTAMANTE.

"La nueva regulación de los derechos de adquisición preferente de origen voluntario en la Ley catalana de 31 diciembre 2001" (pp. 1697-1730), con vista a un futuro Código Civil, le parece correcta a Carlos Manuel DÍEZ SOTO, que además señala los de origen voluntario entre los más adelantados de la producción española. El legislador catalán se aparta de la línea seguida por el navarro; la rica pluralidad de las regiones jurídicas hispánicas. Pero ya el retracto legal paralelamente objeto de un libro del autor en Madrid, 2000, capital todavía del Derecho Civil, mientras el convencional lo ha tratado aquí mismo en 1997 FELÍU REY.

Dedica a su buen padre y maestro Gema DÍEZ-PICAZO, titular en la Autónoma de Madrid, el comentario a la "Directiva 2000/35/CE sobre la *mora debendi* en las obligaciones comerciales" (pp. 1731-1747) en la que ve "un eficaz intento para luchar contra la morosidad". *La mora del deudor*, ya un libro suyo en 1996. Referencia al 1.100 del CC y reforma del 63 del CCom por esa directiva, claro está que europea; rompe con la doctrina tradicional. El régimen será ahora automático. Europa se pro-

nuncia. Y el pensamiento paterno sobre el proceso monitorio, año 2000, viene a ser confirmado.

También lo relativo al *Derecho de daños*, 1999, por Salvador DURANY PICH, titular en la Internacional de Cataluña, a propósito de “Responsabilidad civil y Derecho penal de los menores” (pp. 1749-1764), en torno a la contestada por el pueblo llano Ley del Menor Criminal de 2000. El régimen difiere, según la edad del presunto criminal. Quién exige la responsabilidad, quién debe responder. Difícil resolver cuando intervienen sujetos de diversas edades. El legislador ha omitido algunos supuestos de la vida real y es desafortunado el criterio seguido para la imputación, mientras se desincentivan conductas favorables, solidarias, sociales.

Teresa ECHEVARRÍA DE RADA, titular en la Rey Juan Carlos, “En torno al derecho de retención” (pp. 1765-1787), artículo 1.911 del CC. Hay dos nuevos supuestos: ventas a distancia y aparcamiento de vehículos. *Ius retentionis* del Derecho pretorio y nuestro BELTRÁN DE HEREDIA 1955, 1966, precedido por VIÑAS MEY en 1922. Disiente de DEL POZO CARRAS-COSA 1989. No es un derecho autónomo, sino una facultad.

“La indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual” (pp. 1789-1798), esta vez contra la opinión del maestro, Santiago ESPIAU ESPIAU sí admite que debe ser indemnizada la perturbación y aflicción que causa ese incumplimiento; puede incluso afectar al proyecto de vida. Tal vez esa sentencia de 1912 es la que obtuvo el murciano LACIERVA. Otra de 1984 significa una nueva etapa, al extender el daño en la esfera contractual. Doble responsabilidad.

Margarita FERNÁNDEZ ARROYO, titular en Cáceres, formula “Observaciones en torno a la revocación de la donación modal” (pp. 1799-1821). El modo no presenta un perfil preciso, según CARNEVALI, 1969. Artículo 647 del CC; rica problemática, escasa evolución, mucha jurisprudencia. Lo que más nos importa: las vicisitudes históricas desde el Derecho romano, con don Álvaro D’ORS, el Fuero Real, el proyecto de 1836, 1851 y GARCÍA GOYENA, anteproyecto de 1882-88, aportado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1965. Falta regulación sobre el ejercicio de la acción, que es transmisible.

“Actuación de la acción pauliana” (pp. 1823-1835), no bastante regulada por el CC, ha sido tratada por Federico DE CASTRO y Díez-PICAZO entre otros autores y en 1998 por el mismo Juan Antonio FERNÁNDEZ CAMPOS, Murcia. Se perdió el artículo 1.889 de 1851, relativo a la rescisión por fraude. Régimen catalán y solución para el Derecho común. Comparación con el Derecho alemán.

José FERRER RIBA, titular en la Pompeyo Fabra, Barcelona, se extiende en “Relaciones familiares y límites del derecho de daños” (pp. 1837-1867), tema ya tratado por él en 2001, a modo de ampliación y actualización, los

daños ocasionados en la esfera familiar, y al margen del Derecho penal y con honda incidencia de normas sociales y morales, que a veces enervan las propiamente jurídicas. Comparación entre el *Civil Law* alemán y el *Common Law* norteamericano. En Alemania hay normas *ad hoc*. No así en Francia, Italia y en cierto sentido en España. Daños entre cónyuges, causados a los hijos. Las indemnizaciones. Sentencias españolas de 1999. Relaciones familiares y daños contra terceros; imputación de la negligencia. Puede ocurrir que la víctima inocente termine asumiendo una parte del coste del daño. Imaginen la finura con que ha de ser analizada la materia.

Último civilista que atravesó el muro de Berlín, antes de su derribo en 1989, junto a la puerta de Brandenburgo, Manuel GARCÍA AMIGO, catedrático en Madrid, enlaza con la liberación política, económica y jurídica unas “Consideraciones sobre el artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994” (pp. 1869-1880), que vino a sustituir bajo el gobierno de Felipe González a la de 1964. Se refiere a los aspectos negocial, relacional y normativo del contrato. Hay pluralidad de fuentes: la ley, la autonomía de la voluntad, la costumbre, los principios generales del Derecho, el propio CC, acerca de lo cual el autor acomete una jerarquización integradora.

María Paz GARCÍA RUBIO, catedrática, aborda desde una perspectiva de Derecho material “Algunas cuestiones relativas a la ejecución forzosa derivada del precontrato en la Ley de Enjuiciamiento Civil” (pp. 1881-1902), de 2000, en su artículo 708, que ha recogido la inspiración variopinta procedente de la jurisprudencia: el precontrato en sentido propio, negocio autónomo, y en sentido impropio, falta de autonomía. Comparación con la regulación portuguesa e italiana. El problema de la ejecución, elemento natural no accidental del precontrato. La integración del precontrato por la decisión judicial. Requisitos de forma y acceso a los Registros. Responsabilidad por *culpa in contrahendo* en un acto incompleto.

“La intimidación en los contratos. Estudio jurisprudencial” (pp. 1903-1928) por José Ramón GARCÍA VICENTE, Salamanca, arranca de unas páginas de Díez-PICAZO en 1979, y se concentra en la jurisprudencia hasta 2001. Vicio del consentimiento, repercute también en el Derecho general concebido como repudio de la violencia. Ley de 1940 sobre contratos celebrados en la Zona roja y tribunal de apelación especial en Madrid. Precedentes en la Ley de Represión de la Usura de 1908, y salvamentos y hallazgos marítimos, 1962. Le parece acuciante introducir una regla especial a la vista del previsible código contractual europeo. Distinción entre violencia e intimidación: gravedad, inminencia, temor racional, magnitud del mal, su injusticia e ilicitud; circunstancias personales. Los cobros vejatorios al honor del deudor.

Martín GARCÍA-RIPOLL, titular en Murcia, “La concepción tribal de la responsabilidad civil en la Ley Penal del Menor” (pp. 1929-1967), que en la práctica se refiere a familias de cierto nivel económico. Distinta regulación en el Código Civil y en el Código Penal, verdadero dislate y el colmo de que las normas a aplicar sean distintas según el orden jurisdiccional al que se acuda. Sujetos responsables: el menor mayor de 14 años; padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden, término ya dudoso, así como los sujetos colocados en el mismo. Quedan las compañías aseguradoras. Principio de solidaridad, graduable por el juez. Regulación procesal bastante defectuosa desde el punto de vista sustantivo. Sangrantes casos revelados por la jurisprudencia en sucesos de tráfico. En conclusión: el criterio que guía al TS, al legislador y a la sociedad es el de la tribu.

“La responsabilidad civil derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos” (pp. 1969-1991) por Esther GÓMEZ CALLE, titular en la Autónoma de Madrid. Regulada por una Ley de 1994, fruto de una Directiva europea, todavía con poca jurisprudencia, dada la preferencia por perseguir a quien los ha recetado. Fabricantes e importadores responden sin culpa. Tratamiento a fondo de esta rama del Derecho.

Fernando GÓMEZ POMAR, catedrático en la Pompeu Fabra, “La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del Derecho” (pp. 1993-2023). De nuevo la oposición entre *Common Law* y *Civil Law*. En favor de una consideración casuística, frente a la noción unitaria. Revisión crítica de las doctrinas pertinentes y soluciones eficientes, pero no hasta el detalle, sino la lógica económica que subyace. Monumental ejercicio sobre el tópico clásico de Economía y Derecho.

“Las cláusulas de modificación o extinción *sólo por escrito* del contrato” (pp. 2025-2042), por Cecilia GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, titular en Sevilla, se refiere a la forma, libre en nuestro Derecho, y la opinión de GARCÍA GOYENA, 1852, favorable a la escritura. La mencionada cláusula en los sistemas europeos. Convención de Naciones Unidas en 1980, principios *Unidroit* y los preparados por la comisión que presidió Lando, año 2000.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, titular en Valladolid, “Las garantías de los adquirentes de vivienda en construcción” (pp. 2043-2065) en cuatro etapas legales, 1968, 1989, 1998 y 1999, ésta, Ley de Ordenación de la Edificación. Frecuente incumplimiento de la vivienda pactada. Protección insuficiente al consumidor. Recoge la acerada crítica de CARRASCO PERERA a las reformas que no han mejorado el sistema inicial.

Deberemos a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS haber proporcionado al Civil el Proyecto de 1888-1895, del cual, no del proyecto de 1851, procede el 343 del CC. La rescisión de los negocios “en fraude de acreedores” ha sido bien atendida por la doctrina. Algo quedaba por esclarecer: la situa-

ción de los “Negocios a título gratuito” (pp. 2067-2071), a lo que provee Antonio GULLÓN BALLESTEROS, magistrado del Supremo.

La titular Margarita JIMÉNEZ HORWITZ y “El enriquecimiento indirecto” (pp. 2073-2102), un problema real y complicado. Una sentencia de 1994 ya comentada por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, y una tradición doctrinal. Los embates de la realidad. Lógica económica y lógica jurídica. Lógica del contrato. Sutilísima ciencia del Derecho civil. Sorprende que MANRESA haya sobrevivido.

Otro JORDANO FRAGA, Francisco, catedrático en la Pablo Olavide de Sevilla, sobre “El pacto de intereses compensatorios en el contrato de mutuo” (pp. 2103-2116), en torno a los 1.740,3 y 1.755 del CC. Clásica exégesis. Antecedentes: 1851, GARCÍA GOYENA y MANRESA. La situación en Francia y en Italia, cuya regulación prefiere como criterio para España.

“La eficacia (o ineficacia) de la llamada garantía *excesiva*” por la Dra. Aída KEMELMAIER DE CARLUCCI (pp. 2117-2151), abogada, nos transmite la definición de un experto en el perverso negocio: “La fianza comienza por servir a un amigo, sigue por el arrepentimiento y si no se evita acaba en pagar”. Jornadas sobre el tema, profético, en la Argentina, 1995. SHAKESPEARE, DOSTOIEVSKI y BALZAC. Uso dado al abuso. La situación en Francia, con el caso Macron 1997, Alemania, Inglaterra. Conclusión: insuficiente protección a los garantes débiles. No deben garantizar. La ética no es incompatible con la seguridad. Europa lo ha entendido, Latinoamérica lo debe entender.

Nuestra Alicia de LEÓN ARCE, titular en Oviedo, dedicada a la Seguridad y al Consumidor alimentarios, y a las becas Erasmo, diserta sobre “Nuevos alimentos y los pavorosos organismos genéticamente modificados” para establecer “los derechos y obligaciones de los consumidores” (pp. 2153-2185). Reglamento Europeo de 2002. Un inmenso saber y una mano prudente. Sabia naturaleza compensa los avances de la Medicina para mantener el equilibrio democrático. Las ventajas y los inconvenientes también. Y la seguridad esa descansa en el Libro Blanco de ella para Europa de 2000. Dentro de la noticia de lo divino y lo humano que debe añadir el jurista Alicia de LEÓN se ocupa de Transgenia. Los españoles no son partidarios.

“Identidad de criterio de preferencia entre créditos: problemas que plantea y apunte de posible solución” (pp. 2187-2202), por Rafael LINARES NOCI, titular en Córdoba, versa de los artículos 194 de la LH y 32,1 del ET, siglas del siglo que comienza y que los entendidos fácilmente desglosarán. Hay asuntos fiscales y salariales afectados. Pío BAROJA, *La feria de los discretos*.

Eugenio LLAMAS POMBO, catedrático en Salamanca, considera “La tutela inhibitoria del daño, la otra manifestación del Derecho de daños”

(pp. 2203-2225). Con finalidad preventiva, como la guerra, una hipótesis, seguida de una tesis, una antítesis culmina en una síntesis. El historiador general se interesará por los antecedentes comparados de una figura atípica. Se inicia en Alemania, a principios del xx, por vía jurisprudencial a partir del 1.004 del BGB. Pero destaca el remedio inglés de la *injunction* seguido en Francia, Italia, tremendamente semejante a España, Argentina y Brasil. Al fondo, mejor, desde lo alto, la *cautio damni infecti*, conocida como *stipulatio damni non facti*.

El profesor Francisco LLEDÓ YAGÜE, en el campo del Derecho deportivo examina “La cláusula de rescisión en la prestación del trabajo futbolístico” (pp. 2227-2252). Al tráfico de esclavos se pretende que le alcance la protección constitucional de 1978 y carrera de San Jerónimo (35.1). El más completo tratado a nuestro alcance sobre el deporte rey, incluido el ergástulo de estar en el banquillo, Esquibel MUÑOZ y CARDENAL CARRO son autores a tener en cuenta. El RD de 26 junio 1985 le da categoría de relación laboral. Orsianamente ellos trabajan y juegan, y han encontrado su abogado.

Hay un Derecho agrario, donde conocimos al colega Juan José SANZ JARQUE, *Introducción al Derecho*, de la UNED, XXXV. Lo cultiva María de los Desamparados LLOMBART BOSCH, titular de Civil en la Politécnica valenciana. Ella nos comunica “Experiencias derivadas de los contratos de futuros de mercaderías agrícolas en el Derecho y en la realidad española. Sus pobres perspectivas futuras” (pp. 2253-2280). La experiencia ha sido favorable para el aceite, no para los cítricos. El signo de los tiempos. Ofrece su experiencia para Europa y el mundo. No pretende hacer historia, pero es digna pretensión. El asunto surgió en Chicago y Nueva York, 1848. Allí, 1919; Inglaterra y Australia. Tímida y confusa andadura legal en la patria: 1988, 1998, Mercado de Valores. Sobre contratos, 1991. Caracterización del contrato. La experiencia valenciana. Una cátedra abierta al porvenir. Los experimentos, siempre con champán, que salen mal enseñan más que los que salen bien. Ánimo y amparo.

J. Miguel LOBATO GÓMEZ, titular en León, reflexiona “Sobre la responsabilidad médica” (pp. 2281-2295). Candente Derecho Sanitario. Que la Medicina salga del campo de la intimidación, de la discreción y de la sociedad para entrar en el terreno forense puede ser un adelanto o un regreso, pero es el signo de la época, que podría cambiar, pero de momento hay que aceptarlo. La cuidada aplicación de la doctrina civilística, como la distinción entre obligación de medios y obligación de resultados, y la que asocia honorarios y obsequio (feudal), choca por el momento con la idea de retribución o salario y la de seguro social. La noción de negligencia interfiere con la de información. Quizá sería preferible: empezar por el fin. Que todos los médicos sean forenses y entregar el cadáver al

principio. Al lado de la Medicina necesaria se desliza otra distinta, voluntaria, que la separa de la esfera del servicio y la sitúa en el contrato de obra, obra bien hecha.

José Javier LÓPEZ JACOISTE, antiguo notario y profesor en Navarra, distingue “La responsabilidad entre cualidad personal y relación jurídica” (pp. 2297-2315). Elevada consideración sobre la persona, o sea, el ser humano. Persona y relación. Filosofía y más sobre el Derecho. Libertad, cuántos negocios se emprenden en tu nombre. Responsabilidad civil, paradigma de responsabilidad. Responsabilidad y seguro. Cuando un jurista se apoya en GOETHE y en TS. ELIOT, una onda de aire limpio, se apodera de la sala. Y un argumento más en favor de la tesis que coloca al Derecho entre las Humanidades, no con la Demografía o con la Psiquiatría, aunque de ambas hay que tener noticia.

Notario y doctor, Francisco de LUCAS FERNÁNDEZ levanta acta de “Resolución, cláusula penal y desistimiento en el contrato de obra” (pp. 2317-2340). La excesiva frecuencia de la anécdota fuerza a ocuparse de las categorías. Al entrecruzamiento de las figuras convocadas aplica su experiencia y su formación con el apoyo del Comparado en Francia y en Italia, y la guía magistral de Díez-PICAZO. Y de nuevo POTHIER y PÉREZ Y ALGUER en la famosa traducción y notas.

“El alcance de los conceptos de venta de bienes de consumo y de garantía de los mismos en la Directiva europea 1999/44” (pp. 2341-2353), señalan para Agustín LUNA SERRANO, catedrático en Barcelona, una protección mínima pero segura para el consumidor, y señalan una etapa fundamental en la evolución de la normativa pertinente, mediante una ampliación notable del clásico *aliud pro alio*. Confluye la directiva con el sistema de garantías comerciales y la competitividad cifrada en el popularizado “si no le gusta le devolvemos el dinero”.

Y de nuevo la “Protección de los consumidores: el crédito al consumo y los contratos vinculados” (pp. 2355-2367), por Carlos J. MALUQUER DE MOTES, catedrático en Barcelona. Concretamente en el servicio de enseñanza, cuando además el alumno ha contratado un crédito para seguir el curso. Contratos separados o, con preferencia, vinculados. Ley del Crédito al Consumo de 1995. Ejercicio de acciones ante la Junta arbitral del mismo, especialmente entre los servicios.

Alberto MANZANARES SECADES, profesor asociado, dictamina sobre “Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de financiación en el ámbito de la banca corporativa” (pp. 2369-2406). Una sentencia del TS en 1999 puso en discusión su admisibilidad, y cuando parecía que las aguas habían vuelto a su cauce mediante la nueva Ley de Enjuiciamiento, una sentencia de la Audiencia de Madrid de 2001 las revuelve de nuevo. Es preciso desbrozar los problemas con orden, precisado el concepto de ban-

ca corporativa, una esfera especial de la contratación, donde quiebran nociones convencionales. Al artículo 1.125 del CC se le oponen excepciones previstas en los códigos y otras, pactadas. Sentencias provinciales de Valencia, Castellón y Barcelona, más una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en 2000 vienen a confirmar el campo de juego de la autonomía de la voluntad. La sentencia inculpada ha sido objeto de acerbos críticas. Notables divergencias entre la jurisprudencia matritense y la catalana imperial.

Nuestro gran especialista en Aeronáutico Dr. Enrique MAPELLI LÓPEZ, hace “Historia de la limitación de responsabilidad en ese transporte” (pp. 2407-2422) que tiene un protagonista en su maestro don Luis de TAPIA SALINAS, autor de un manual fundacional, Barcelona, 1943, allí reeditado en 1993, y al que rinde homenaje. Tema muy frecuentado en la doctrina y en la jurisprudencia (cfr. *Revista de la Universidad de Madrid* III, 1943, 288-89). “Libro hacia el futuro”, para una HD concebida como H de ellos. 1925, 1929 convenio de Varsovia. Otros cultivadores: QUINTANA CARLO, 1994. Díez-PICAZO y otros, junto al vivaz Joaquín GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE y nuestro Emilio LANGLE le guían todavía, cuando aún no ha encontrado su nombre y el italiano CASTELLANI prefiere *Aéreo*, más abierto. El viejo RAUCHHAUPT nos llevó al Espacio Exterior (*Introducción al Derecho*, UUDD de la UNED, t. XVI, 1982). Llegado a su mayoría de edad, el *Aéreo* revela la unidad de la ciencia jurídica y la rica pluralidad de sus ramas.

Otra directiva europea. Por Juana MARCO MOLINA, titular en Barcelona: “Incorporación de la 1999/44, sobre aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones” (pp. 2423-2442). Ampliase el concepto de saneamiento por vicios. La falta de conformidad de la cosa vendida tiende a ser subjetiva. Ha terminado el plazo concedido para incorporársela.

De nuevo sobre la edificación. Titular en Valencia, María Teresa MARRÍN GARCÍA DE LEONARDO sostiene que “El promotor (viene a ser) garante y responsable de aquélla” (pp. 2443-2454). Comenzó a considerarlo el TS a partir de 1974. Creación jurisprudencial, crece la figura del promotor.

Juan MARSAL GUILLAMET y Elena LAUROBA LACASA, en el departamento de Civil de Barcelona, consideran que un Derecho europeo centra el entusiasmo de la comunidad de los civilistas. La universidad de Lérida lo celebró en mayo del 2002. El impulso procede de 1989, pero ha estado sujeto a varios avatares por razones políticas. En la propia comunidad científica hay divergencias. Estamos al principio. Pero la simpática pareja se adelanta a formular “Algunos mecanismos de protección en caso de incumplimiento contractual en ese futuro Derecho, y especialmente res-

pecto a indemnización por daños y perjuicios” (pp. 2455-2470), para lo que no les falta título.

Una página viva en la historia del siglo, la de Miguel MARTÍN CASALS, catedrático en Gerona: “A través del espejo: concurrencia de culpa de la víctima y culpa del causante del daño” (pp. 2471-2490). Noticia de un Grupo para esa Ley, creado en 1992 por un profesor de Tilburg, y afín a él otro, en Hamburgo, por un individuo del Max-Planck y el propio disertante que por fin rompe el mito de las generaciones al registrar la unanimidad en algo de los civilistas de 18 a 90 años. Para nuestro efecto, basta registrar la existencia de esa comunidad y el dato católico de que incluye a los no comunitarios. Hubo un tiempo en que existió la comunidad de historiadores del Derecho, también con pabellón, hoy en guerra civil global. Todavía la doble civilización del *Common Law* y el *Civil Law*, pero la cultura es una, según Eugenio D’ORS. Y al jurista le conviene refrescarse con literatura que no sea jurídica.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, catedrático, expone un “Balance y perspectivas de la directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores” (pp. 2491-2512). Se camina hacia un Derecho contractual europeo. Desde 1985. Queda mucho por hacer, primero en cuanto a la formulación del régimen, segundo, en cuanto a la recepción por los ordenamientos nacionales.

“El medio ambiente y el Derecho Civil” (pp. 2513-2545) por don Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, catedrático y magistrado. Derechos humanos y constitucionales: 1948. Las múltiples amenazas del contorno. Hay Derecho ambiental. Constante desarrollo. La contaminación. El humo del tabaco. El ruido. Sentencia del TS 26 junio 1995 contiene una doctrina sistemática y muy completa: erosión del suelo, deforestación y desertización, extinción de especies, degradación de riquezas naturales y contaminaciones varias. El autor se propone integrar esa realidad en la óptica del Derecho Civil. La propiedad afectada. El venerable CC, no obstante su fecha, no fue ajeno a esa realidad: artículos 590 y 1.908, de los que puede hacerse una lectura actualizada. Todavía sentencias de 2001 y 2002 en el mismo sentido hacia adelante y hacia atrás.

María José MENA-BERNAL ESCOBAR, titular en Sevilla, “El comodato o el préstamo de uso” (pp. 2547-2564). A partir del Derecho romano, Fueros Juzgo y Real, Partidas; BENITO GUTIÉRREZ y GARCÍA GOYENA, cuyo intento renovador no fue aceptado: LACRUZ, JORDANO BAREA, Federico DE CASTRO, MARÍN PÉREZ, ROCA SASTRE, ALBALADEJO y un reciente VIVAS TESÓN. Un orden cronológico de autores y obras dará precisión histórica a la evidente precisión sistemática. Para la jurisprudencia provincial y GULLÓN, el precario del 1.750 se asimila al precario.

“La esencia del error en el objeto del contrato” es a su vez sujeto de

diversos “Criterios” examinados por Antonio MONSERRAT VALERO, titular en Barcelona (pp. 2565-2590). Hay una tesis subjetiva y otra objetiva. SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, CASTÁN, ALBALADEJO, GULLÓN, ALONSO PÉREZ, PUIG BRUTAU, ESPÍN, LUNA SERRANO sostienen la primera. Federico DE CASTRO se aparta de esa posición (1967, *El negocio jurídico*) y le siguen MORALES MORENO y Díez-PICAZO. El Tribunal Supremo nunca ha adoptado la tesis subjetiva estricta, y a veces se ha inclinado a la objetiva; la conclusión vacila. Hacen falta más abogados.

“Causalidad, imputación objetiva y culpa en la concurrencia de éstas” (pp. 2591-2627) llevan a Vicente MONTÉS PENADÉS, catedrático en Valencia, sobre la base del 1.902 del CC, a examinar una jurisprudencia complicada y dispersa, en la que acierta a señalar varias líneas, determinadas por un mínimo de culpa, un riesgo suficiente, un riesgo superior al ordinario, jurisprudencia más reciente, alguna vez desbordan el concepto de culpa, este mismo concepto, pues hay culpa levisísima, cerca de la inocencia. Se decide por la objetivación y hace un llamamiento al artículo 114 del Código Penal.

“El aforismo *Genus nunquam perit*”, sujeto de un estudio por CAFFARENA LAPORTA en 1982, mayor esfuerzo por clarificar “la obligación genérica” (pp. 2629-2662). José Luis MOREU BALLONGA, catedrático en Zaragoza, redacta un comentario y una valoración; lo encuentra valioso pero de resultados humildes y discutibles. GARCÍA CANTERO y otros también han actuado, GARCÍA VALDECASAS sobre jurisprudencia. El autor nos ofrece modesta y realísticamente una solución constructivista, con la ventaja de vindicar, no el abusivo reivindicar, al viejo Código Civil. Múltiples argumentos y casuística.

“Las reglas de interpretación de los contratos en un intento de codificación europea” (pp. 2663-2676). Plantea el catedrático José Luis DE LOS MOZOS superar el escollo de la diferencia sistemática entre voluntad real e interpretación integradora, esplendorosos códigos latinos en seguimiento de Napoleón, culmen en el italiano de 1942 o *Civil Law*, y el *Common Law* y otros intentos de globalización. Sabor de la época. Experiencia comparatista y un anteproyecto de código único de la Academia de Pavía y la Convención de Viena 1980.

“Nueva ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico” (pp. 2677-2694), adoptada la Directiva europea del 2000: comercio ese en el mercado interior. Necesaria integración con efectos sociales y económicos. La Directiva marca mínimos. Ley española de 27 de junio 2002. Esther MUÑIZ ESPADA, titular en Valladolid, sistematiza y profundiza el objeto y el ámbito de aplicación. Propone eliminar la perifrástica “servicios de la Sociedad de la Información”. El contrato electrónico. Solución judicial o extrajudicial.

Antonia NIETO ALONSO, titular en Compostela, propone superar “La rígida normativa del CC como medio de defensa de los consumidores y usuarios en cuanto a la responsabilidad por vicios o defectos ocultos en las ventas” (pp. 2695-2714) para cumplir un mandato constitucional. Examina jurisprudencia con nombres del Tribunal Supremo y la reacción de la doctrina profesoral. La Ley General de 1984 para la susodicha defensa no relega ni suplanta las ya existentes normas civiles y mercantiles.

Para la dominante Protección, en cuanto a “Condiciones generales y cláusulas abusivas”, reflexiona Guillermo OROZCO PARDO, catedrático en la Granada de su estirpe académica, y pone como ejemplo “el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios” (pp. 2715-2763). Duda de la licitud ética de una cláusula frecuente que puede perjudicar a los que contratan créditos para conseguir casa. La trampa es sutil, por lo que deben prepararse a una atenta lectura. Previa una ojeada al pasado: tradición liberal de igualdad entre partes, aunque el 1.255 del CC protegía al débil y la Ley contra Usura de 1908. Pero hay que actualizarse.

En la misma ciudad, siempre bella, Antonio ORTÍ VALLEJO, catedrático, elige “La regla *periculum est venditore* de la Directiva 1999/94” (pp. 2765-2775) para señalar que modifica el régimen de nuestro CC en su artículo 1.484. Pero el cambio es más aparente que real. Al menos para multitud de contratos, la susodicha directiva no hace mucho más que convertir en regla lo que ya se aplicaba. El pasado romanista dura.

Emilio PÉREZ SENDINO reflexiona “Sobre la opción de compra” (pp. 2777-2797) y se ocupa de la huérfana de regulación figura, con un digno motivo profesional. Tema controvertido. Vida para la academia. Remite a un TALMA CHARLES, su *Contrato de opción*, Bosch, Barcelona, 1996, que no ha borrado a nuestro Ángel OSSORIO Y GALLARDO, ni a ROCA SASTRE, siempre autoridad. Pero hay jurisprudencia reciente, resoluciones de Registros y la Compilación navarra, siempre con sorprendentes rasgos romanos. Se hace necesaria una redacción clara y precisa. Lo pide un abogado estudioso, que debe atender a su cliente.

Este otro abogado, ellos impulsan el Derecho en las causas difíciles, además doctor, José Juan PINTÓ RUIZ, se sirve de “La constitución «*Per toltre frau*»” (pp. 2799-2829) (del rey Fernando en Barcelona 1503, traducida por SANDALINAS Y PONS como *Derecho Civil vigente en Cataluña*, Bosch, Barcelona, 1959) y reivindica, no reivindica, el vigor de la responsabilidad aquiliana. Conforme a la tradición romana de Cataluña, cuya historia reluce. La Compilación de 1960 hizo desaparecer la insinuación romana, pero cabe conservarla al amparo de su artículo 340. Sin embargo, es necesaria una reglamentación complementaria. A la vista el 643 del CC. Florece el Civil en Cataluña. ¡Cuidado con los reglamentos!

Letrado de la Dirección General que nos afecta, registrador de la pro-

piedad y doctor, José POVEDA DÍAZ plantea “Algunas cuestiones en torno al contrato de renta vitalicia” (pp. 2831-2846). Poco utilizado en España, a diferencia de Francia, donde la familia es más fuerte, aunque menos afectuosa, este contrato tiene eficacia social. Responde a una situación de la familia y de la propiedad, que haría conveniente su rehabilitación. Compilación de Cataluña, BGB, doctrina, jurisprudencia y resoluciones de la Dirección. Artículo 1.805 del CC y su modelo en 1851. MANRESA y CASTÁN. Historia del Derecho, actualidad.

“El arquitecto y la edificación. El Tribunal Supremo y la Ley 38/1999” (pp. 2847-2867), sobre edificación son el sujeto de las “Notas” del catedrático Antonio REVERTE NAVARRO, eco del estudio de Díez-PICAZO en 2000 con motivo de un congreso profesional de arquitectos en 1999. Enlaza esta novedad con el 1.583 y ss. del CC y con la jurisprudencia del Supremo. Se ha agravado la responsabilidad del arquitecto, gráficamente dicho, en libertad profesional hasta que termina la obra. De modo semejante el cirujano al salir de quirófano y en general los médicos hasta que sus pacientes descansan en paz. Todo esto obliga a una prudente prevención de abogados. Delimitación entre los dos grados de la profesión y con los ingenieros, aficionados a la legislación.

“La culpa *relevante* como culpa *adicional*, a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa” (pp. 2869-2898). La sentencia del Superior de Cataluña 181/2000, largamente esperada, ha sido sorprendente, sobre todo por esa relevancia, de la cual el titular en Gerona Jordi RIBOT IGUALADA hace un análisis crítico que enlaza con un proyecto de investigación en torno a los principios europeos sobre daños dirigido por Miguel MARTÍN CASALS. Votos particulares de los magistrados Conde Martín de Hijas y Garrido Falla. Culpa de la víctima y su relativa imputación. Sigue siendo el Derecho una ciencia no exacta y el de mañana está no escrito.

Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, catedrático en Barcelona, diserta sobre “El desistimiento unilateral del *tercero* en el contrato del representante sin poder” (pp. 2899-2935). Con frecuencia se olvida al co-contratante, mal llamado *tercero*, tan importante como los dos principales. Tema desatendido por la doctrina y la jurisprudencia. Exploración de los principales problemas. La figura del *falsus procurator*. El artículo 1.259,2 *in fine* del CC. De nuevo se aparece el Proyecto de 1882-88, que va a brillar en el siglo, innovador y ahora se confirma que altamente considerado por los legisladores.

La delegación está insuficientemente regulada en el CC, 1.203-1.208. María Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, ayudante en la Autónoma de Madrid, acomete la tarea de replantear la doctrina tradicional e intentará una construcción coherente de las premisas incuestionables que conducen a con-

tradiciones inconciliables. Así, “La delegación pasiva: *delegatio est solutio* y el incumplimiento en las relaciones obligatorias de base” (pp. 2937-2963). RUGGIERO (traducido en su juventud por don Ramón SERRANO SÚÑER (1903-2003), que está ya en la historia del Derecho de su patria, y otros italianos han iniciado la cuestión en la que han intervenido, de los nuestros SANCHO REBULLIDA y, como era de esperar, DÍEZ-PICAZO.

Titular en Sevilla, Tomás RUBIO GARRIDO, “La cofianza: una reflexión sobre nuestra doctrina” (pp. 2965-2976) no es el plural mayestático, sino que se refiere a la plural opinión mantenida por los maestros acerca de esa figura en varios aspectos, aunque en alguno al menos haya una mayoría, que repugnaba a GOETHE. La discusión alcanza límites de orden público y posiciones extremas, con invectivas en torno al 1.844. El Código aparece desafortunado, inadecuado, confuso, insuficiente y contradictorio. No es partidario. De la desesperación ha salvado al autor el haberse decidido a conocer los precedentes históricos. Lo que justifica esa historia especial del Derecho Civil. GARCÍA GOYENA fracasó en la expresión, pero tenía razón. Federico DE CASTRO vindicado; vindicó la doctrina clásica española.

Titular en la pública de Navarra, es decir, en Pamplona, porque públicas son todas, como las calamidades, Elsa SABATER BAYLE pulsa “Notas sobre la cesión de contrato” (pp. 2977-2990), figura necesaria para el tráfico. Pero su regulación es asignatura pendiente para el Derecho común, no así para la Compilación navarra, que en su Ley 513, aunque escueta, conforme al estilo clásico que la dirigió, ha sido reconocida por el Supremo en 1998, y además se completa con las Notas a la Recopilación privada, nada foral en su inspiración romana, a propósito de lo cual se impone un memento por don Álvaro D’ORS, que con los prácticos de Pamplona redactaron el libro de Derecho que ingresa vivo en el tercer milenio. Lo mismo que don Álvaro (1915-2003) en la historia del Derecho romano y, por reflejo en la de su patria España y en la universal.

“ABC de la transacción” (pp. 2991-3013) por Pablo SALVADOR CODERCH, en la Pompeu Fabra de Barcelona. Regulada por el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Elaborado el modelo en los años setenta del siglo XX, el autor se propone incorporar a la doctrina legal española las aportaciones, la negociación y la resolución alternativas de sus conflictos: el *Out-O-Court Settlement*. Hay una masa ingente de literatura. La transacción es una alternativa al juicio. El cálculo de probabilidades es el criterio más seguro, o sea, el infinito. El abuso del Derecho, la buena fe. Los americanos y los alemanes coinciden en utilizar la *discovery*. Tiene también sus adversarios la preconizada transacción. Tentadoras la magia y las mafias colombianas. PICAZO ausente de esta conflagración.

En ambiente más sano, María José SANTOS MORÓN, titular en la Car-

los III de Madrid, rector propietario Gregorio PECES BARBA, reflexiona críticamente “Acerca de la tutela civil del medio ambiente” (pp. 3015-3037). Insuficientes el Administrativo y el Criminal, la vía civil parece la más eficaz, y la acción negatoria la adecuada. Pero es necesario definir el medio ambiente y sus dos acepciones: el inferido al equilibrio ecológico y el que afecta a los bienes de los particulares. Dificultades de la prueba. Había un anteproyecto de Ley, acerca del cual ha tratado Díez-PICAZO. La autora se pregunta si es posible adaptar el esquema clásico de la responsabilidad civil, dada la presencia de la Administración, y resulta que el sistema español es más avanzado que el propuesto por el inevitable Libro Blanco. La acción negatoria, tal como ha sido consagrada por la Ley catalana de 1990, tiene la suficiente virtud preventiva.

“Las consecuencias civiles del delito de alzamiento de bienes” (pp. 3039-3056) son analizadas por Ana M.^a SANZ VIOLA, titular en Oviedo. La figura histórica del deudor que se fuga con sus bienes está sustituida por el hábil negociante que oculta el todo o parte de su activo para burlar a sus acreedores y esto mediante negocios simulados o reales y fraudulentos. La declaración de ineficacia plantea unos problemas que han sido resueltos de modo diverso por la jurisprudencia. La nulidad radical *ex delicto* tiene asimismo varias especialidades, e igualmente la restitución y la indemnización del daño.

“El contrato de ingeniería” (pp. 3057-3073), expresión anglosajona, encierra varias modalidades, que examina Encarna SERNA MEROÑO, titular en Murcia. Son estas: la consulta (planos, proyectos, estudios), o bien, operativos (transmisión de procedimientos o tecnología con cesión de propiedad industrial); añadido de la provisión de materiales y efectiva dirección; algo más: la financiación. Por último: llave en mano. Y más allá: el mantenimiento ulterior. Sólo falta la demolición incluida. Junto a los ingenieros, otros profesionales participan en esta compleja gestión, por lo que deben integrarse en los colegios respectivos. En la caracterización del contrato juega también la índole civil o mercantil. Quedan muchas cuestiones no resueltas. Corresponde a los especialistas del Derecho ingenieril, aparte, por supuesto, de la ingeniería jurídica.

José M.^a DE SOLAS RAFECAS, titular en la auténtica Complutense, a partir del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del 2000, su artículo 4.º, inspirado en los artículos 1.255 y 1.091 del CC, analiza “El principio de la autonomía de la voluntad en la contratación privada y el de la libertad de pactos en la administrativa” (pp. 3075-3095). La doctrina, el legislador y el Supremo sostienen la identidad del principio. El autor se refiere a los antecedentes históricos y encuentra el error básico en la Ley de Contratos del Estado de 1960, que concedió privilegios a esta parte contratante. La labor del Supremo. En

el 63 se acentuó la especialidad del contrato administrativo. El autor establece que son principios diferentes como son distintos sus límites y se adentra en el campo de la construcción jurídica con la finalidad de una buena administración económica.

“Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el Derecho comparado” (pp. 3097-3123). José SOLÉ FELIU parte de la evidencia: los del riesgo lo son en su concepto y en sus consecuencias. En primer lugar hay el riesgo inexistente, como la hacienda pública romana. El Supremo de Flandes y algunos gringos sostienen que la figura es innecesaria. Prudente es acercarse a los sistemas del entorno: Inglaterra, Francia, Alemania. La víctima culpable. El riesgo aceptado. Pero hay bienes de los que no puede la persona disponer: como la vida o la integridad corporal; sólo el consentimiento a la intervención quirúrgica se alza como excepción. El campo de los deportes. Los espectadores en peligro. Conductores de vehículos y sus acompañantes. No se debe viajar con un inexperto. El buen samaritano puede verse encausado. Nutrida jurisprudencia nacional y extranjera y una conclusión: que todo es complicado y que Dios nos asista.

Don Rubén S. STIGLITZ nos ilustra sobre la “Mora del asegurador en el pago de la indemnización-*quid* del daño moratorio” (pp. 3125-3142). La mora da lugar a responsabilidad civil. El incumplimiento puede ser total o defectuoso. El CC en sus artículos 567 y 568. La Ley de Seguros establece como principio general la mora automática para las obligaciones de plazo cierto. La interpelación tiene caracteres propios en este contrato. El año moratorio. El resarcimiento del daño. El incumplimiento del asegurador no conduce al resarcimiento del daño moral si no se prueba claramente, como tampoco el lucro cesante. Apodíctico estudio de origen argentino por un especialista.

El arrendamiento rústico es contemplado con una perspectiva histórica, dado que la Ley de 1980-81 lleva veinte años de vigencia, y por lo tanto coincide con la extinción de los celebrados con arreglo al artículo que además de los seis años de duración mínima conocía otros quince de prórroga forzosa, y ha sido derogado en 1995 por la Ley de Modernización. Son los dos casos típicos en los que se plantea la actividad mejoratoria por el arrendatario. Y la catedrática en Valladolid Teodora F. TORRES GARCÍA diserta sobre “Las garantías de ese arrendatario por el crédito de mejoras” (pp. 3143-3164). El Derecho histórico fue por lo general reacio al resarcimiento de las mismas, aunque compensaba al arrendatario mediante el *ius tollendi*. El CC en su 1.573 le concedía lo mismo que el de 1851 al usufructuario. Un RD Ley de 1929 estableció la indemnización, en la línea marcada en Italia por el gran jurista G. BOLLA, así como la garantía hipotecaria sobre la finca para los créditos obtenidos

con esa finalidad, según nuestro ROYO MARTÍNEZ en *RGLJ* 1931, pp. 262 y ss. La autora se adentra en el régimen actual.

José Ángel TORRES LANA, catedrático en las Baleares, proporciona apuntes para un estudio sobre “La protección del turista en el Derecho español” (pp. 3165-3186). Sucesor del peregrino, en torno a su figura se crea todo un entramado que tiene su marco público: fomenta, pretende ordenar y crea empresas de esa índole. Una serie de negocios: hospedaje, mediación, transportes; empresas de toda índole, y ordenación del territorio, medio ambiente, urbanismo, construcción, etc. El turista es además consumidor y usuario muy especial, que obliga a un recorrido por todo el Derecho privado para hacer efectiva la Ley de Defensa de 1984. Es necesario armonizar esta normativa. Ha tardado hasta 1995 en aplicarse la Directiva sobre viajes, vacaciones y circuitos combinados. Advierte el peligro de crear un ámbito judicial frente al sistema legal. Estaría muy bien.

El notario Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO añade una página a su inmensa labor en la HDPrivado: “En torno al enriquecimiento injustificado (con una relectura del discurso de ingreso de Luis Díez-PICAZO en la R. Academia de Jurisprudencia) (pp. 3187-3210), de la que fue digno y eficaz presidente. Coloca la figura entre los actos jurídicos, no entre los principios, las fuentes o la causa de las obligaciones, los hechos. Sentencia del Supremo de 1910, y otras cincuenta y cuatro desde 1845 a 1943. La doctrina. La génesis histórica desde el romano, por ARIAS RAMOS; Antonio M.^a BORRELL Y SOLER (en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1926; NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ, que remontó a Partidas 7.34.17; CASTÁN 1946 y su discípulo, con LAGOS, el magistrado BONET RAMÓN en 1956. Antes, en 1952, otro ponente, Celestino VALLEDOR. Hasta el homenajeado, que en 1987, ante un panorama borroso, intentó una revisión. La contestación de Manuel DE LA CÁMARA. Nuestro Hermann COING sobre ACCURSIO. El autor propone situar la cuestión en el principio *suum cuique tribuere*, mediante la pauta de la justicia conmutativa.

La trayectoria histórica es atendida por el catedrático Carlos VATTIER FUENZALIDA en su “Nota breve sobre el momento de perfección del consentimiento contractual” (pp. 3211-3225), tema también tratado por PICAZO en 1995. En relación con la Ley de Comercio Electrónico 1996, 1999, y la Directiva europea 31 del 2000. La historia retrocede hasta BALDO y la contratación entre ausentes, para avanzar luego a GROCIO, no en POTHIER y como consecuencia tampoco en el Código Napoleón. En torno a Partidas 5.5.8, Gregorio LÓPEZ, SALGADO DE SOMOZA, BENITO GUTIÉRREZ, SÁNCHEZ ROMÁN. En Inglaterra, un caso de 1818, y la extensión a USA y al vasto *Common Law*, contratación por correo. De forma explícita la había admitido nuestro Código de Comercio de 1829 (SÁINZ DE ANDINO), 243. Los códigos europeos del siglo XIX, y nueva interpretación

en Bruselas, 1867, por influjo de LAURENT y su Anteproyecto de 1885 a propósito del cual vuelve el español de 1882-88, desenterrado por BERNALDO DE QUIRÓS y hoy vivo. Derecho comparado y español en torno a CCom 54 y CC 1.262. Oferta y aceptación.

“La noción de *vicio* del 1.484 del CC” (pp. 3227-3276) por el titular en Valencia José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE. No unánime la doctrina, copiosa, donde vuelve a brillar el belga LAURENT, 1878, precedido de los franceses TOULLIER, 1835, TROPPLONG, 1856, Guillourard, 3.^a, 1902, y BAUDRY LACANTINERIE, 3.^a, 1908 junto al novecentista MUCIUS SCAEVOLA, y PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, 1935. Se adentra en la nube, esta vez guiado por el Código Civil italiano, que distingue entre vicio y ausencia de calidad, solución de compromiso, que lleva al autor a una noción funcional y a una dilatada excursión por varios supuestos de hecho y las acciones edilicias y las de cumplimiento. Jurisprudencia francesa y una propuesta de solución que no afecte a la seguridad y las conclusiones en estilo doctoral.

Álvaro Rodrigo VIDAL OLIVARES, doctor por la Autónoma, desde la Católica de Valparaíso define “La noción de persona razonable en la compraventa internacional” (pp. 3277-3305). La Convención de Viena 1980 la hace principio fundamental, término por otra parte que adjetiva no sólo a ella, sino también al tiempo, a las medidas y a los gastos, etc., todo reducible a la persona. La Ley debe ser cierta, pero también variable, contradicción que salva la función exigida por don Eugenio D’ORS. Rigidez y flexibilidad alternan en la aplicación de la norma. Razonable limita al norte con moderado, al sur con eficiente, al este con honesto y al oeste con profesional, como la reina de España. Entre otros, nuestro RECASÉNS ha intentado armonizar lo razonable con las circunstancias y se tiene que estar a los usos del comercio.

Con “Una reflexión en torno a la categoría de los contratos reales” (pp. 3307-3338) nos obsequia la titular en Sevilla Inmaculada VIVAS TESSÓN, que registra la supervivencia de una vieja categoría en una época que tiende a la consensualidad. Principio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá, de grata resonancia en nuestra Asignatura, y sobre el cual se aduce Federico DE CASTRO y su insumergible *Negocio* (cfr. *Introducción al Derecho*, de la UNED, 25-26). Pero lo más valioso para mí es la mirada atrás, que nos enseña cómo la escuela racionalista del Natural no impidió la supervivencia de los romanos contratos reales, asumida por DOMAT y POITHIER, iluminada sombra que reaparece. Quiso romperla GARCÍA GOYENA en 1851, que en su comentario aseveró: todos son consensuales. A nuestro JORDANO BAREA, 1958, le pareció temerario que el CC recuperara los contratos reales. No fue pura inercia sino determinación. La doctrina introduce la nota consensual. La *datio rei* es constitutiva.

El catedrático Mariano YZQUIERDO TOLSADA pone fin a este volumen, con el poderoso argumento de que DíEZ-PICAZO es un autor absolutamente indispensable en nuestro patrimonio académico, y rinde su homenaje con un estudio sobre “La querella por alzamiento de bienes, o la acción pauliana revestida de amenaza” (pp. 3339-3358), que forma parte de un proyecto de investigación sobre “La responsabilidad civil a comienzos del tercer milenio”.

Y ha llegado el momento de dar un respiro al lector.

Rafael Gibert

*Catedrático de Historia del Derecho
Noemérito de la Nocomplutense*

XI JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA (*)

**Buenos Aires (República Argentina),
marzo de 2004**

CONCLUSIONES

TEMA I: “Panorama actual de las garantías en el Derecho Privado. Garantías mobiliarias e inmobiliarias. Personales y reales”

- A) En las legislaciones iberoamericanas existe similitud en las principales figuras de garantía, especialmente por lo que hace a las tradicionales garantías que regulan los Códigos Civiles, como son: la fianza, la prenda y la hipoteca.
- B) Además de las tradicionales garantías ya mencionadas, en prácticamente todas las legislaciones se regulan algunas garantías especiales

(*) En la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, se celebró durante los días 10 a 13 de marzo pasados, la XI Jornada Notarial Iberoamericana.

Las ponencias españolas presentadas a esta Jornada fueron las siguientes: “Panorama actual de las garantías personales y reales, mobiliarias e inmobiliarias, en el Derecho privado español”, de Fernando RODRÍGUEZ PRIETO, para el tema I; “Responsabilidad civil del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título”, de Rodrigo TENA ARREGUI, para el tema II; y “El notario y los registros. Registros inmobiliarios, mercantiles, de anotaciones personales y otros. La función calificadoradora del notario en la elaboración documental”, de Antonio DOMÍNGUEZ MENA, para el tema III.

Recogemos aquí las conclusiones de la Jornada, publicadas en www.uinl.org

como la prenda sin transmisión de posesión o sin desplazamiento, la hipoteca marítima o naval y la hipoteca sobre aeronaves.

- C) En el Derecho de los países iberoamericanos han surgido nuevas figuras de garantías, tanto personales como reales. Destacan como garantías importantes: el aval cambiario, las garantías a primera demanda, la carta de crédito *stand by*, el *leasing* o arrendamiento financiero y el *lease back*, la hipoteca sobre la unidad completa de una empresa o sobre la hacienda de una empresa y el fideicomiso de garantía.
- D) Hay una influencia de los negocios internacional en las nuevas garantías que están reconociendo los ordenamientos jurídicos, como la garantía a primera demanda, las cartas de crédito *stand by* o el *leasing* (arrendamiento financiero) y el fideicomiso de garantía.
- E) Las legislaciones iberoamericanas dan intervención notarial en la constitución, modificación, transferencia y extinción de las garantías que tienen por objeto bienes inmuebles y excepcionalmente en otras garantías que son objeto de inscripción registral, como la hipoteca sobre embarcaciones o sobre aeronaves o en algunos casos de prenda sin desplazamiento o sin transmisión de posesión.
- F) Existe concordancia en las diversas legislaciones nacionales respecto a la prohibición de acordar, al momento de constitución de una garantía real, el llamado pacto comisorio.
- G) Se reconoce una tendencia importante en admitir algunas garantías cuya ejecución o realización proceda en forma extrajudicial. Deberá considerarse en tales casos su coordinación con las normas generales y especiales vigentes en cada país.
- H) En materia de publicidad registral hay una tendencia clara a la creación de Registros especializados para ciertos bienes en los que se inscriben las garantías sobre dichos bienes. Por ejemplo: Registro Público Marítimo, el Registro Aeronáutico, Registros Prendarios y otros.

RECOMENDACIONES

1. Que la recepción de las nuevas formas de garantía se haga bajo el criterio de la necesaria adaptación de estas figuras a los principios esenciales de cada ordenamiento nacional, con la consulta previa del poder legislativo a las entidades referentes en la materia.
2. Dada la importancia que reviste el asesoramiento, la certeza y la seguridad jurídica, y lo complejo de las garantías que se reconocen y regulan en los países iberoamericanos y sus múltiples aplicaciones, que el notario sea asesor, consultor y en lo posible ante quien se otorguen los actos jurídicos que contienen garantías.

3. Que en todas las garantías que recaigan sobre bienes inmuebles o registrables se utilice la escritura pública como medio idóneo y eficaz de documentación, y para efectos de su inscripción registral.
4. Que se promueva en las legislaciones la intervención notarial para que, en lo posible, las garantías se otorguen ante notario por las ventajas que el instrumento público ofrece a las partes contratantes, como son:
 - a) Proporcionar certeza en la fecha de celebración del acto; b) El notario asegura la identidad de las partes; c) El notario analiza la representación de las partes; d) La licitud del negocio es efecto natural de la actuación notarial; e) La intervención del notario da al documento autenticidad que asegura su validez y la eficacia del acto; f) El documento notarial es, frecuentemente, título ejecutivo, y en algunos casos comparable a una sentencia judicial; g) El documento notarial es inscribible como documento auténtico en variados registros.
5. Se recomienda que se impulsen las reformas necesarias para permitir al notario utilizar las nuevas técnicas informáticas de comunicación, para su acceso directo a los registros de publicidad para contribuir a la más perfecta constitución y tráfico de las garantías reales.

TEMA II: “Responsabilidad civil del notario. El seguro llamado de mala praxis. Sus diferencias con el seguro de título”

Toda función que pretenda permanecer exitosamente tiene la obligación de repensarse permanentemente para adaptarse a los nuevos cambios y exigencias de la comunidad a la que sirve.

La sociedad elige lo que más le conviene por económico y eficiente, no por tradición o historia.

Lamentablemente, algunos criterios meramente economicistas priorizan la reducción de costos, sin importarles si afectan con ello la seguridad jurídica que nuestra labor genera.

No tenemos duda que la misma posibilita la disminución de la litigiosidad, la convivencia armónica y la realización de la justicia.

Pero la percepción que la sociedad tiene de cualquier profesión cambia permanentemente, lo trascendente es que la comunidad sienta que su intervención es absolutamente conveniente, que la deseen y la soliciten como útil y necesaria para garantizar el contenido de su voluntad cuando contratan.

Debemos concientizar a la sociedad del valor y utilidad que tiene la *seguridad jurídica preventiva*.

El costo de un sistema no pasa sólo por el honorario, sino las consecuencias que toda la sociedad sufre cuando confundimos eficacia con rapidez.

No se puede caer en el error de creer que sacrificando seguridad jurídica se podrá obtener una disminución de costos.

Preservando nuestra esencia, tenemos el deber de adaptarnos para dar cada vez más eficiente respuesta a los reclamos permanentes de la sociedad y a los nuevos requerimientos que plantea un mercado en continua evolución.

Precisamente este es el sentido de la convocatoria de estas Jornadas Iberoamericanas, meditar en conjunto, aportando nuestras distintas experiencias geográficas y culturales y viendo cómo podemos resultar más competitivos mejorando nuestra función.

Hoy existen dos sistemas netamente diferenciados para la constitución y transferencia de derechos reales sobre inmuebles, el notariado latino y el que concluye con el llamado seguro de títulos.

I. Notariado latino.

En este sistema es obligatoria la intervención de un notario, que es un profesional del Derecho al que el Estado inviste con una función pública fedante, en ejercicio de la cual da autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él ocurran y que perciba con sus sentidos.

En ejercicio de sus funciones alitigiosas, el notario: 1. Asesora a los otorgantes, calificando, interpretando y traduciendo jurídicamente los hechos y la voluntad de los mismos. 2. Media en forma imparcial entre sus requirentes. 3. Configura el documento asumiendo la autoridad bajo su responsabilidad. 4. Identifica a los otorgantes y realiza el juicio sobre su capacidad. 5. Inscribe ese documento auténtico, que goza de presunción de legitimidad y validez, en el Registro correspondiente de la Propiedad a efectos de su oponibilidad a terceros. 6. El sistema de matricidad, complementado adecuadamente con el de guarda y archivo de protocolos, garantiza la seguridad de los documentos ante la posibilidad de alteración, pérdida o sustracción de los títulos de propiedad. 7. Genera certezas en las relaciones jurídicas, lo que previene posteriores litigios.

El hecho de centralizar la función asesora, instrumentadora y autenticante en la figura del notario, garantiza la economía de costos y la celeridad del proceso.

II. Seguro de título.

En los Estados Unidos de Norteamérica, por su régimen federal, cada Estado tiene su propio régimen, pero mayoritariamente tienen las siguientes características:

1. Las transmisiones de inmuebles se realizan por instrumento privado, sin la intervención de un funcionario público, consecuentemente, el documento carece de autenticidad.
2. El asesoramiento jurídico es optativo.
3. La inscripción en el Registro de la Propiedad no es obligatoria y se efectúa mediante el archivo de los documentos.

Las inseguridades originadas por estos sistemas hicieron que se recurriera al instituto comercial del seguro, para morigerar los daños que su empleo genera. Producida la pérdida total o parcial de su derecho por evicción debido a un vicio de los títulos, anteriores a la adquisición, el asegurado tiene derecho a la indemnización convenida.

El pago de la misma se realiza, si el hecho no se encuentra dentro de los casos excluidos de cobertura, una vez finalizado el proceso judicial.

La obligación de la compañía es pagar la compensación monetaria pactada, no el valor real del inmueble, no incluye el valor de las mejoras incorporadas, ni la desvalorización monetaria, produciéndose lo que los economistas llaman pérdida de excedente del consumidor.

La situación se agrava si el seguro es contratado por la entidad financiera que otorga el crédito destinado a la adquisición del inmueble, por cuanto el monto asegurado va disminuyendo a medida que el mutuo se amortiza.

Esta seguridad económica, subsidiaria, satisface plenamente los intereses del acreedor hipotecario, no así los de los adquirentes.

El seguro de ninguna manera evita que el daño se produzca.

Esta solución no busca perfeccionar el sistema de transmisión de derechos reales, asegurando que las partes no vean frustradas las expectativas que tuvieron al contratar, sino que solamente indemniza al perjudicado por el mal funcionamiento del sistema vigente.

Como bien dice VALLET DE GOYTISOLO, es como si en medicina reemplazáramos las vacunas y medidas higiénicas y profilácticas por un seguro dinerario que indemnizara las invalideces y defunciones producidas por las enfermedades que hubiesen dejado de ser prevenidas.

Con la figura del seguro se socializan los riesgos, en lugar de tomar medidas preventivas con un sistema adecuado, se lo asume, como dice ANGULO RODRÍGUEZ, como un castigo divino, y el daño en lugar de pagarlo quien lo produce, se reparte el costo entre toda la sociedad.

En este sistema las compañías aseguradoras terminan monopolizando la actividad inmobiliaria y la información sobre la calidad de los títulos, mediante los *title plant* que organizan. Estableciendo cuál es “comerciable” y cuál no denegando su cobertura. ¿Nuestras sociedades están dispuestas a delegar en estas compañías privadas la función pública calificadora de los títulos?

Creemos que el sistema notarial latino es eficiente y eficaz para garantizar la seguridad jurídica en la contratación inmobiliaria, haciendo innecesaria la incorporación del seguro de título.

En la actual sociedad globalizada, la confrontación entre los dos sistemas es inevitable.

En EEUU el seguro de título hoy constituye un importante negocio, que busca expandirse y buscar nuevos mercados.

La estrecha vinculación entre bancos y compañías de seguro, sumado a la importante concentración económico-financiera en el mundo, nos debe hacer reflexionar sobre los riesgos del intento de imposición de este tipo de seguros por parte de las entidades financieras como condición para el otorgamiento de sus créditos, como ha ocurrido en Québec, estableciendo un gasto innecesario que constituye un fraude al consumidor.

Se ha argumentado que los inversores institucionales estadounidenses, acostumbrados a las garantías económicas que brinda a los créditos hipotecarios el sistema de seguro de título, iban a ser reticentes a invertir en la securitización de hipotecas en aquellos países que no adoptaran ese sistema. En Argentina tal aseveración, en los hechos, quedó totalmente desvirtuada, habiéndose aceptado plenamente la seguridad jurídica que adecuadamente brinda nuestro sistema.

A nivel científico, jurídico, económico, sociológico y práctico, la superioridad de un sistema sobre el otro ha quedado absolutamente probada.

Proponemos como cursos de acción a emprender:

1.º Reforzar la difusión de esta superioridad documental y registral y de los riesgos que sobrevendrían con el deterioro o pérdida de su vigencia para la sociedad.

Esta advertencia debe llegar a la opinión pública, a las asociaciones de consumidores y a los ámbitos universitarios, legislativos y gubernamentales para hacer notar que es claramente más justo y más eficiente para lograr la seguridad jurídica general.

La calidad de la prestación que brinda el notariado es universal y llega a todos los sectores económicos y sociales con igual calidad y en toda la extensión territorial, lo que no sucede cuando se pretende suplantar la seguridad jurídica por la meramente económica en mano de sociedades comerciales cuyo legítimo objetivo es únicamente el fin de lucro, por lo que obviamente atenderán sólo los sectores más rentables.

2.º Ser sumamente estrictos en la búsqueda de la excelencia en el ejercicio de la función.

A tal efecto:

- a) El acceso a la misma sólo debe reservarse para los más capacitados y mediante concurso.

- b) La capacitación continua debe ser un requisito para la permanencia en la función.
- c) Los controles funcionales deben ser constantes y estrictos y las eventuales faltas disciplinarias severamente sancionadas.
- d) La colegiación debe ser obligatoria en todos los países.

3.º Buscar una garantía económica complementaria para el usuario del sistema notarial, en los supuestos de eventual insolvencia del notario, cuando éste deba responder por hechos dañosos producidos en el ejercicio de su función.

4.º Transmitir al presidente de la UINL el sentido de estas conclusiones, a efectos de, por los medios y formas que estime más convenientes se conecte con autoridades de los gobiernos de los Estados Unidos de América y Canadá, para transmitirle la conveniencia de que ellos adopten un sistema documental similar al de los países del notariado latino, por lo menos para uso externo.

Hacer extensiva esta recomendación a las autoridades que están gestionando el convenio multilateral denominado "ALCA", sin perjuicio de comunicar la misma intención a todos los delegados latinoamericanos ante dichos organismos.

III. Seguro de responsabilidad civil.

En el seno de la comisión se recomendó a los Colegios el estudio de la implementación de un seguro de responsabilidad civil obligatorio, que cubra los daños ocasionados por los notarios en el ejercicio de su función, tal como ocurre en España, Alemania, Austria, Italia y Francia, entre otros.

Ello constituye una garantía para el usuario que acrecienta su confianza en el sistema.

No se fundamenta tanto en la protección del asegurado, sino en la de los terceros.

Un diseño exitoso de la función debe fomentar un comportamiento correcto y el seguro de responsabilidad civil debe configurarse como residual.

Resulta imprescindible la participación de los Colegios en la redacción de la póliza y la fijación de la prima.

La imagen del notariado y la confianza pública en la profesión se ven seriamente dañadas cuando el notario se conduce en forma irregular y además su insolvencia frustra hacer efectiva su responsabilidad.

Es necesario establecer alguna garantía, colectiva o individual, complementaria al patrimonio personal del notario.

En opinión del Dr. Gabriel VENTURA, el seguro de responsabilidad

civil es incompatible con el carácter de funcionario público, por quien debe responder el Estado.

También surgió como propuesta que los Colegios emprendan el estudio de la instrumentación de un seguro cooperativo o la creación de un fondo, que permita afrontar el pago de indemnizaciones a quien hubiere sufrido un daño.

Teniendo en cuenta que si lo que se plantea es un instrumento de seguridad económica residual en protección de los usuarios, la exclusión del dolo, pierde sentido.

En la búsqueda de soluciones, debemos considerar que esta cobertura del dolo no debe funcionar como alentadora de conductas de este tipo. El que se conduzca en forma dolosa debe ser excluido de sus funciones. Los notarios deberían prestar algún tipo de garantía efectiva, que posibilitara la recuperación de lo abonado por el fondo.

TEMA III: “El notario y los registros. Registros inmobiliarios, mercantiles, de anotaciones personales y otros. La función calificadora del notario en la elaboración documental”

Para el mejor servicio en la seguridad jurídica preventiva y agilidad en el retiro de la documentación inscrita en beneficio de los usuarios y la comunidad toda,

El tema III de la XI Jornada Notarial Iberoamericana recomienda:

Primero: Son pilares de la seguridad jurídica preventiva, el título auténtico, que en las relaciones jurídicas privadas es la escritura pública, y los registros públicos.

Segundo: La autenticidad del título está directamente relacionada con la bondad y calidad del mismo. Los controles que su autorización conlleva requieren la intervención notarial, su inmediatez, la cualificación del notario autorizante del documento y su continua capacitación. Estos requisitos serán de aplicación cualquiera que sea el soporte sobre el que esté plasmado el documento.

Tercero: Permitir el acceso a los registros públicos de títulos de calidad inferior, supondría un fracaso del sistema de seguridad jurídica preventiva.

Cuarto: Los aspectos mínimos que deben ser calificados por el notario son la capacidad, la identificación, la legitimidad y representación de los otorgantes (orgánica, voluntaria y legal), así como la validez del negocio escriturado.

Quinto: El notario debe controlar que el documento en su totalidad (*fondo y forma*) esté ajustado a Derecho.

Sexto: Todos los requisitos mínimos anteriores sólo pueden ser controlados por el notario por su inmediatividad con los otorgantes en la elaboración y autorización del documento.

Séptimo: En las comunicaciones entre notarios y registros públicos debe tenderse a la aplicación de técnicas electrónicas, que impliquen agilidad en el tráfico y seguridad en la autoría del emitente, para:

- Información en tiempo real del contenido del registro (publicidad, noticia o certificaciones).
- Registración de medidas cautelares y sus levantamientos.
- Inmediata inscripción del documento.
- Comunicación de la constancia de inscripción al notario.

CALIFICACIÓN A CARGO DEL REGISTRADOR:

I. DEBE CALIFICAR teniendo en cuenta exclusivamente los documentos presentados y los asientos registrales:

- 1.º La competencia material y territorial del registro.
- 2.º La rogación.
- 3.º Que exista identidad entre el objeto escriturado y el registrado.
- 4.º La autenticidad y legalidad extrínseca del documento a registrar.
- 5.º La inexistencia de nulidades absolutas y manifiestas.
- 6.º Legitimación registral.
- 7.º Consentimiento del titular registral.
- 8.º Tracto sucesivo.
- 9.º El respeto de la reserva de prioridad.

Se recomienda la adopción de la reserva de prioridad, emanada de la información registral previa, en las legislaciones que no la tuvieren.

II. NO DEBE CALIFICAR:

Todo aquello que ha sido motivo de calificación por el notario, por ejemplo, la identificación de los comparecientes, la capacidad de las partes y la representación invocada, el contenido del negocio reflejado en la escritura pública aunque a su respecto haya discrepancia doctrinaria o jurisprudencial, en cuyo caso la revisión estará exclusivamente reservada al órgano jurisdiccional competente.

En aquellos aspectos que el notario hubiere omitido calificar, cuando

por disposiciones legales debiera hacerlo, el registrador podrá observar el documento, solicitando al notario que efectúe la calificación pertinente.

La falta de certificación registral previa priva al documento de la protección legal pre-escrituraria (reserva de prioridad), mas no obsta a su inscripción, en la medida que no existan registrados derechos que se le opongan, gozando de la prioridad directa.

**REGLAMENTO (CE) NÚM. 805/2004
DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO
DE 21 DE ABRIL DE 2004
POR EL QUE SE ESTABLECE UN TÍTULO EJECUTIVO
EUROPEO PARA CRÉDITOS NO IMPUGNADOS**

**(Diario Oficial de la Unión Europea L 143,
de 30-04-2004, pp. 15-39)**

**EL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO
DE LA UNIÓN EUROPEA,**

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular la letra c) de su artículo 61 y el guión segundo del apartado 5 de su artículo 67,

Vista la propuesta de la Comisión (1),

Visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2),

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado (3),

(1) DO C 203 E de 27-8-2002, p. 86.

(2) DO C 85 de 8-4-2003, p. 1.

(3) Dictamen del Parlamento Europeo de 8 de abril de 2003 (DO C 64 E de 12-3-2004, p. 79), Posición Común del Consejo de 6 de febrero de 2004 (no publicada aún en el Diario Oficial) y Posición del Parlamento Europeo de 30 de marzo de 2004 (no publicada aún en el Diario Oficial).

Considerando lo siguiente:

- (1) La Comunidad se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas. Con este fin la Comunidad debe, entre otras cosas, adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior.
- (2) El 3 de diciembre de 1998, el Consejo adoptó un Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (4) (el Plan de acción de Viena).
- (3) El Consejo Europeo, en la reunión celebrada en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, aprobó el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como la piedra angular para la creación de un verdadero espacio judicial.
- (4) El 30 de noviembre de 2000, el Consejo adoptó un programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (5). Este programa incluye en su primera fase la supresión del exequátur, es decir, la creación de un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.
- (5) El concepto de “créditos no impugnados” debe abarcar todas aquellas situaciones en que un acreedor, habida cuenta de la ausencia comprobada de oposición por parte del deudor sobre la naturaleza o el alcance de una demanda pecuniaria, ha obtenido una resolución judicial contra ese deudor o un documento ejecutivo que requiere el consentimiento expreso del deudor, ya sea una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva.
- (6) La ausencia de impugnación por parte del deudor a que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 3 puede consistir en la incomparecencia en la vista o en la omisión de respuesta a la invitación del órgano jurisdiccional a presentar alegaciones por escrito.
- (7) El presente Reglamento debe aplicarse a las resoluciones, transacciones judiciales o documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados y a las decisiones dictadas tras la impugnación de resoluciones, transacciones judiciales o documentos públicos con fuerza ejecutiva certificados como títulos ejecutivos europeos.

(4) DO C 19 de 23-1-1999, p. 1.

(5) DO C 12 de 15-1-2001, p. 1.

- (8) En sus conclusiones de Tampere, el Consejo Europeo estimó que conviene acelerar y simplificar el acceso a la ejecución en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya dictado la resolución, eliminando toda medida intermedia que deba tomarse antes de la ejecución en el Estado miembro en el que se persiga la misma. Una resolución que haya sido certificada como título ejecutivo europeo por el órgano jurisdiccional de origen debe considerarse, a los efectos de la ejecución, como si se hubiera dictado en el Estado miembro en el que se persigue la ejecución. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, el registro de una resolución extranjera certificada seguirá las mismas normas que el registro de una resolución de otra parte del Reino Unido, y no implica el examen de la resolución extranjera en cuanto al fondo. Las condiciones de la ejecución de las resoluciones deben seguir rigiéndose por el Derecho nacional.
- (9) Este procedimiento debe ofrecer importantes ventajas con respecto al procedimiento de exequátur contenido en el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (6), en el sentido de que no haya necesidad alguna de aprobación por parte de la judicatura en un segundo Estado miembro, con las consiguientes demoras y gastos.
- (10) Cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya dictado una resolución sobre un crédito no impugnado en ausencia del deudor en el procedimiento, la supresión de los controles en el Estado miembro de ejecución debe estar inseparablemente vinculada y sujeta a la existencia de una garantía suficiente de que se observen los derechos de la defensa.
- (11) El presente Reglamento trata de promover los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En especial, busca garantizar el pleno respeto del derecho a un juicio justo, reconocido en el artículo 47 de la Carta.
- (12) Procede establecer normas mínimas para los procedimientos judiciales que conducen a la resolución, con objeto de que el deudor esté informado, con el tiempo suficiente y de manera tal que pueda preparar su defensa, de la acción judicial contra él, de los requisitos para su participación activa en los procedimientos para

(6) DO L 12 de 16-1-2001, p. 1. Reglamento cuya última modificación la constituye el Reglamento (CE) núm. 1496/2002 de la Comisión (DO L 225 de 22-8-2002, p. 13).

impugnar el crédito y de las consecuencias que acarree su no participación.

- (13) Debido a las diferencias entre los Estados miembros en cuanto a las normas del procedimiento civil y especialmente las que regulan la notificación de escritos, es necesario establecer de manera específica y pormenorizada una definición de estas normas mínimas. En especial, ningún método de notificación que se base en una ficción legal del cumplimiento de estas normas mínimas puede considerarse suficiente para la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo.
- (14) Todos los métodos de notificación enumerados en los artículos 13 y 14 se caracterizan por ofrecer bien una certidumbre total (art. 13) o bien un alto grado de probabilidad (art. 14) de que el documento notificado ha sido recibido por su destinatario. En la segunda categoría, sólo debe certificarse una resolución como título ejecutivo europeo si el Estado miembro de origen dispone de un mecanismo adecuado para brindar al deudor el derecho a solicitar la revisión plena de la resolución en las condiciones contempladas en el artículo 19 en los casos excepcionales en que, no obstante el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14, el documento no haya sido recibido por el destinatario.
- (15) Sólo debe considerarse que la notificación personal a personas distintas del propio deudor con arreglo a las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 14 cumple los requisitos previstos en ellas si dichas personas han recibido efectivamente el documento en cuestión.
- (16) El artículo 15 debe aplicarse a las situaciones en que el deudor no pueda representarse a sí mismo ante un órgano jurisdiccional, como es el caso de las personas jurídicas, y cuando la persona que debe representarlo está determinada por ley, así como a las situaciones en que el deudor haya autorizado a otra persona, en especial a un abogado, para representarlo en el procedimiento judicial específico de que se trate.
- (17) Los órganos jurisdiccionales competentes para comprobar el pleno cumplimiento de las normas mínimas procesales deben expedir, si éstas se cumplen, un certificado de título ejecutivo europeo normalizado, que haga transparente este examen y su resultado.
- (18) El principio de confianza recíproca en la Administración de justicia de los Estados miembros justifica que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro considere que se cumplen todas las condiciones de la certificación como título ejecutivo europeo para permitir que una resolución resulte ejecutiva en todos los

demás Estados miembros, sin que los órganos jurisdiccionales de aquél en que la resolución deba ejecutarse procedan a revisar si se han cumplido las normas mínimas procesales.

- (19) El presente Reglamento no implica una obligación de los Estados miembros de adaptar su legislación nacional a las normas mínimas procesales establecidas en él. Ofrece un incentivo hacia esta finalidad facilitando una ejecución más eficaz y rápida de resoluciones en otros Estados miembros solamente si se cumplen estas normas mínimas.
- (20) La solicitud de la certificación como título ejecutivo europeo para créditos no impugnados debe ser opcional para el acreedor, que puede elegir, en su lugar, el sistema de reconocimiento y ejecución con arreglo al Reglamento (CE) núm. 44/2001 u otros instrumentos comunitarios.
- (21) Cuando un documento deba remitirse de un Estado miembro a otro para su notificación en este último, el presente Reglamento, y en particular las normas sobre notificación previstas en el mismo, debe aplicarse juntamente con el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (7), y en especial con su artículo 14 en conjunción con la información comunicada por los Estados miembros con arreglo a su artículo 23.
- (22) Dado que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a las dimensiones o efectos de la acción, a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar estos objetivos.
- (23) Las medidas necesarias para la ejecución del presente Reglamento, deben aprobarse con arreglo a la Decisión 1999/468/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (8).

(7) DO L 160 de 30-6-2000, p. 37.

(8) DO L 184 de 17-7-1999, p. 23.

- (24) De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Reino Unido e Irlanda han notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento.
- (25) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y, por lo tanto, no está vinculada a él ni sujeta a su aplicación.
- (26) En virtud del guión segundo del apartado 5 del artículo 67 del Tratado, el procedimiento de codecisión es aplicable desde el 1 de febrero de 2003 para las medidas establecidas en el presente Reglamento.

HAN ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

CAPÍTULO I

OBJETO, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

Artículo 1

Objeto

La finalidad del presente Reglamento es crear un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, que permita, mediante la fijación de normas mínimas, la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para el reconocimiento y ejecución.

Artículo 2

Ámbito de aplicación

1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa ni los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (“*acta iure imperii*”).

2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

- a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes económicos matrimoniales, los testamentos y las sucesiones;
- b) la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;
- c) la seguridad social;
- d) el arbitraje.

3. En el presente Reglamento, se entenderá por “Estado miembro” cualquier Estado miembro, con excepción de Dinamarca.

Artículo 3

Títulos ejecutivos que se certificarán como título ejecutivo europeo

1. El presente Reglamento se aplicará a las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados.

Se considerará no impugnado un crédito si:

- a) el deudor ha manifestado expresamente su acuerdo sobre el mismo, mediante su admisión o mediante transacción aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada en el curso de un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional; o bien
- b) el deudor nunca lo ha impugnado, con cumplimiento de los pertinentes requisitos procesales de la ley del Estado miembro de origen, en el marco de un procedimiento judicial; o bien
- c) el deudor no ha comparecido ni ha sido representado en la vista *relativa a dicho crédito después de haber impugnado inicialmente* el crédito en el transcurso del procedimiento judicial, siempre que dicho comportamiento equivalga a una aceptación tácita del crédito o de los hechos alegados por el acreedor de acuerdo con la legislación del Estado miembro de origen; o bien
- d) el deudor lo ha aceptado expresamente en un documento público con fuerza ejecutiva.

2. El presente Reglamento se aplicará también a las decisiones que resuelvan los recursos interpuestos contra resoluciones, transacciones judiciales o documentos públicos con fuerza ejecutiva certificados como títulos ejecutivos europeos.

Artículo 4

Definiciones

A efectos del presente Reglamento se entenderá por:

1. “resolución”, cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiére, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso;
2. “crédito”, una reclamación referida al pago de un importe determinado de dinero que sea exigible o cuya fecha de exigibilidad se indique en la resolución, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva;
3. “documento público con fuerza ejecutiva”:
 - a) un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya autenticidad:
 - i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y
 - ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga;o bien
 - b) un acuerdo en materia de obligaciones de prestar alimentos, celebrado ante las autoridades administrativas o formalizado por ellas;
4. “Estado miembro de origen”, el Estado miembro en el que se haya dictado la resolución, se haya aprobado o celebrado la transacción judicial o se haya formalizado o registrado el documento público con fuerza ejecutiva, que debe certificarse como título ejecutivo europeo;
5. “Estado miembro de ejecución”, el Estado miembro en el que se persiga la ejecución de la resolución, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva que deba certificarse como título ejecutivo europeo;
6. “órgano jurisdiccional de origen”, el órgano jurisdiccional o tribunal que conozca del asunto en el momento de cumplirse los requisitos previstos en las letras a), b) o c) del apartado 1 del artículo 3;
7. en Suecia, en los procedimientos sumarios de requerimiento de pago (betalningsföreläggande), el término “órgano jurisdiccional” comprenderá el Servicio público sueco de ejecución forzosa (kronofogdemyndighet).

CAPÍTULO II

TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO

Artículo 5

Supresión del exequátur

Una resolución que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento.

Artículo 6

Requisitos para la certificación como título ejecutivo europeo

1. Una resolución sobre un crédito no impugnado dictada en un Estado miembro será certificada como título ejecutivo europeo, previa petición presentada ante el órgano jurisdiccional de origen en cualquier momento, cuando:

- a) la resolución sea ejecutiva en el Estado miembro de origen; y
- b) la resolución no sea incompatible con las normas en materia de competencia establecidas en las secciones 3 y 6 del capítulo II del Reglamento (CE) núm. 44/2001; y
- c) en el caso de un crédito no impugnado a efectos de las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 3, los procedimientos judiciales en el Estado miembro de origen cumplan los requisitos establecidos en el capítulo III; y
- d) la resolución se haya dictado en el Estado miembro en que esté domiciliado el deudor con arreglo al artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, si:

- es un crédito no impugnado a efectos de las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 3, y
- se refiere a un contrato celebrado por una persona, el consumidor, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional, y
- el deudor sea el consumidor.

2. Cuando una resolución certificada como título ejecutivo europeo haya cesado de ser ejecutiva o se haya suspendido o limitado su ejecutividad, se emitirá, previa solicitud presentada ante el órgano jurisdiccional

de origen en cualquier momento, un certificado en el que se indique la falta o la limitación de ejecutividad, cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo IV.

3. Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 12, cuando se dicte una decisión que resuelva un recurso interpuesto contra una resolución certificada como título ejecutivo europeo de conformidad con el apartado 1 del presente artículo, se emitirá, previa solicitud presentada en cualquier momento, un certificado sustitutorio cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo V, siempre que la decisión que resuelva el recurso sea ejecutiva en el Estado miembro de origen.

Artículo 7

Costas procesales

Cuando una resolución incluya una decisión ejecutiva relativa al importe de las costas procesales, con inclusión de los tipos de interés aplicables, se certificará como título ejecutivo europeo también por lo que se refiere a las costas, a no ser que el deudor de forma expresa se haya opuesto en el curso de un procedimiento judicial a soportar dichas costas con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen.

Artículo 8

Certificado de título ejecutivo europeo parcial

Si sólo determinadas partes de la resolución cumplen los requisitos del presente Reglamento, se expedirá un certificado de título ejecutivo europeo parcial únicamente respecto de dichas partes.

Artículo 9

Expedición del certificado de título ejecutivo europeo

1. El certificado de título ejecutivo europeo se expedirá cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo I.
2. El certificado de título ejecutivo europeo se cumplimentará en la misma lengua que la resolución.

Artículo 10

Rectificación o revocación del certificado de título ejecutivo europeo

1. Previa solicitud ante el órgano jurisdiccional de origen, el certificado de título ejecutivo europeo:

- a) se rectificará cuando, debido a un error material, haya discrepancias entre la resolución y el certificado;
- b) se revocará cuando la emisión del certificado sea manifiestamente indebida a tenor de los requisitos del presente Reglamento.

2. Se aplicará el Derecho del Estado miembro de origen a la rectificación y revocación del certificado de título ejecutivo europeo.

3. La solicitud de rectificación o de revocación de un certificado de título ejecutivo europeo podrá presentarse cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo VI.

4. No cabrá recurso alguno contra la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo.

Artículo 11

Efecto del certificado de título ejecutivo europeo

El certificado de título ejecutivo europeo surtirá efecto únicamente dentro de los límites de la fuerza ejecutiva de la resolución.

CAPÍTULO III

NORMAS MÍNIMAS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS

Artículo 12

Ámbito de aplicación de las normas mínimas

1. Una resolución sobre un crédito no impugnado a efectos de las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 3 podrá certificarse como título ejecutivo europeo únicamente si los procedimientos judiciales del Estado miembro de origen cumplen los requisitos procesales contemplados en el presente capítulo.

2. Se aplicarán los mismos requisitos a la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo y al certificado sustitutorio en el sentido del apartado 3 del artículo 6 en el caso de una decisión que resuelva un recurso interpuesto contra una resolución cuando, en el momento de dictarse la decisión, se cumplan los requisitos de las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 3.

Artículo 13

Notificación con acuse de recibo por parte del deudor

1. El escrito de incoación o documento equivalente podrán haberse notificado al deudor mediante alguna de las siguientes formas:

- a) notificación personal acreditada por acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado por el deudor;
- b) notificación personal acreditada por un documento firmado por la persona competente que la haya realizado en el que declare que el deudor recibió el documento o que se negó a recibirlo sin justificación legal y en el que conste la fecha de la notificación;
- c) notificación por correo acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor;
- d) notificación por medios electrónicos como telecopia o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor.

2. Toda citación para una vista podrá haberse notificado al deudor con arreglo al apartado 1 o verbalmente en una vista anterior sobre la misma demanda y constará en el acta de dicha vista previa.

Artículo 14

Notificación sin acuse de recibo por parte del deudor

1. La notificación al deudor del escrito de incoación o documento equivalente y, en su caso, la citación para una vista se podrá haber realizado asimismo de alguna de las siguientes formas:

- a) notificación personal, en el domicilio del deudor, a personas que vivan en la misma dirección que éste, o estén empleadas en ese lugar;
- b) en caso de un deudor que es trabajador por cuenta propia, o de una persona jurídica, notificación personal, en el establecimiento comercial del deudor a personas empleadas por él;
- c) depósito del escrito en el buzón del deudor;
- d) depósito del escrito en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes y notificación escrita de dicho depósito en el buzón del deudor, si en la notificación escrita consta claramente el carácter judicial del escrito o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes;

- e) notificación por correo sin acuse de recibo con arreglo al apartado 3 cuando el deudor esté domiciliado en el Estado miembro de origen;
- f) por medios electrónicos con acuse de recibo acreditado mediante una confirmación automática de entrega, siempre que el deudor haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación.

2. A efectos del presente Reglamento, no será admisible la notificación con arreglo al apartado 1 si no se conoce con certeza el domicilio del deudor.

3. Dará fe de la notificación realizada con arreglo a las letras a) a d) del apartado 1:

- a) un documento firmado por la persona competente que haya efectuado la notificación en el que consten:
 - i) la forma utilizada para la notificación; y
 - ii) la fecha de la notificación, y
 - iii) cuando el escrito se haya notificado a una persona distinta del deudor, el nombre de dicha persona y su relación con el deudor;o bien
- b) un acuse de recibo de la persona que haya recibido la notificación a efectos de las letras a) y b) del apartado 1.

Artículo 15

Notificación a los representantes del deudor

La notificación con arreglo a los artículos 13 ó 14 se podrá haber realizado asimismo al representante del deudor.

Artículo 16

Información debida del deudor acerca del crédito

Con el fin de garantizar la debida información del deudor en relación con el crédito, en el escrito de incoación o en el documento equivalente deberán constar las indicaciones siguientes:

- a) los nombres y las direcciones de las partes;
- b) el importe del crédito;

- c) si se reclaman intereses sobre el crédito, el tipo de interés y el periodo respecto del cual se exijan dichos intereses, a menos que, en virtud de la legislación del Estado miembro de origen, se añada un interés legal al principal automáticamente;
- d) una motivación de la acción.

Artículo 17

Información debida del deudor respecto de los requisitos procesales para impugnar el crédito

Deberán haberse especificado claramente en el escrito de incoación, el documento equivalente o, en su caso, la citación para una vista, o adjuntarse a éstos:

- a) los requisitos procesales para impugnar el crédito, incluido el plazo para impugnar el crédito por escrito o la fecha para la vista, según proceda, el nombre y la dirección de la institución a la que deba responder o ante la que deba comparecer, según proceda, y, si es obligatoria, la presencia de un letrado;
- b) las consecuencias de la ausencia de impugnación o de la incomparecencia, en particular, si procede, la posibilidad de una resolución contraria al deudor o de la ejecución de una resolución contra el deudor, así como la responsabilidad del pago de las costas procesales.

Artículo 18

Subsanación del incumplimiento de las normas mínimas

1. Si el procedimiento en el Estado miembro de origen no cumple los requisitos procesales establecidos en los artículos 13 a 17, este incumplimiento se subsanará y la resolución podrá ser certificada como título ejecutivo europeo siempre que:

- a) la resolución haya sido notificada al deudor de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 13 o en el artículo 14; y
- b) el deudor haya tenido la posibilidad de impugnar la resolución mediante un recurso que permita su revisión plena y el deudor haya sido debidamente informado en la resolución o junto con ella acerca de los requisitos procesales para la impugnación, incluido el nombre y la dirección de la institución ante la que hay que incoar el procedimiento de impugnación y, si procede, el plazo; y
- c) el deudor no haya impugnado la resolución con arreglo a los requisitos procesales pertinentes.

2. Si el procedimiento en el Estado miembro de origen no cumple los requisitos procesales establecidos en el artículo 13 o en el artículo 14, este incumplimiento se subsanará si el comportamiento del deudor durante las actuaciones judiciales demuestra que ha recibido personalmente el documento que se le debía notificar con el tiempo suficiente para preparar su defensa.

Artículo 19

Normas mínimas para la revisión en casos excepcionales

1. Además de los artículos 13 a 18, sólo podrá certificarse una resolución como título ejecutivo europeo si el deudor puede solicitar, conforme a la legislación del Estado miembro de origen, la revisión de la resolución, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) i) que el documento por el que se incoa el procedimiento o un documento equivalente o, en su caso, la citación para una vista se hubiere notificado a través de uno de los métodos establecidos en el artículo 14, y
- ii) la notificación no se hubiere efectuado con la suficiente antelación para permitirle organizar su defensa sin que pueda imputársele responsabilidad por ello,
- o

b) que el deudor no hubiere podido impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad, siempre, en ambos casos, que actuare con prontitud.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que los Estados miembros permitan el acceso a la revisión de la resolución en condiciones más ventajosas que las mencionadas en el apartado 1.

CAPÍTULO IV

EJECUCIÓN

Artículo 20

Procedimiento de ejecución

1. Sin perjuicio de las disposiciones del presente capítulo, los procedimientos de ejecución se regirán por la legislación del Estado miembro de ejecución.

Las resoluciones certificadas como títulos ejecutivos europeos se ejecutarán en las mismas condiciones que las resoluciones dictadas en el Estado miembro de ejecución.

2. Se requerirá al acreedor que facilite a las autoridades competentes para la ejecución del Estado miembro donde deba llevarse a efecto la misma:

- a) una copia de la resolución que cumpla las condiciones necesarias de autenticidad; y
- b) una copia del certificado de título ejecutivo europeo que cumpla las condiciones necesarias de autenticidad; y
- c) en caso de que sea necesario, la transcripción del certificado de título ejecutivo europeo o una traducción del certificado de título ejecutivo europeo en la lengua oficial del Estado miembro de ejecución o, en caso de que dicho Estado miembro tenga varias lenguas oficiales, en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales de los procedimientos judiciales en el lugar en que deba ejecutarse, conforme al Derecho de dicho Estado miembro, o en otra lengua que el Estado miembro de ejecución haya indicado como aceptable. Cada Estado miembro podrá indicar la lengua o las lenguas oficiales de las instituciones de la Comunidad Europea distintas de las propias que pueda aceptar para cumplimentar el certificado; la traducción será certificada por una persona cualificada para ello en uno de los Estados miembros.

3. No podrá exigirse a la parte que solicite en un Estado miembro la ejecución de una resolución certificada como título ejecutivo europeo expedido en otro Estado miembro caución o depósito alguno, sea cual fuere su denominación, por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el Estado miembro de ejecución.

Artículo 21

Denegación de ejecución

1. A instancia del deudor, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución denegará la ejecución si la resolución certificada como título ejecutivo europeo es incompatible con una resolución dictada con anterioridad en un Estado miembro o en un tercer país, siempre que:

- a) la resolución anterior tenga el mismo objeto y se refiera a las mismas partes, y
- b) la resolución anterior se haya dictado en el Estado miembro de

- ejecución o cumpla las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro de ejecución, y
- c) no se haya alegado y no haya podido alegarse la incompatibilidad para impugnar el crédito durante el procedimiento judicial en el Estado miembro de origen.

2. El título ejecutivo europeo y la resolución en que se base no podrán en ningún caso ser objeto de revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro de ejecución.

Artículo 22

Acuerdos con terceros países

El presente Reglamento no afectará a los acuerdos en virtud de los cuales los Estados miembros se hayan comprometido, antes de la entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 44/2001, en virtud del artículo 59 del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, a no reconocer una resolución dictada, concretamente, en otro Estado contratante de dicho Convenio contra un demandado que tuviere su domicilio o su residencia habitual en un Estado tercero cuando, en el caso previsto en el artículo 4 del Convenio, la resolución sólo hubiere podido fundamentarse en un criterio de competencia tal como se indica en el párrafo segundo del artículo 3 de dicho Convenio.

Artículo 23

Suspensión o limitación de la ejecución

Si el deudor hubiere:

- impugnado una resolución, certificada como título ejecutivo europeo, incluida una solicitud de revisión a tenor del artículo 19, o
- solicitado la rectificación o la revocación de un certificado de título ejecutivo europeo con arreglo al artículo 10,

el órgano jurisdiccional o la autoridad competente en el Estado miembro de ejecución, podrán, a instancia del deudor:

- a) limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares, o bien
- b) subordinar la ejecución a la constitución de una garantía que determinará dicho órgano jurisdiccional o autoridad competente, o bien
- c) en circunstancias excepcionales, suspender el procedimiento de ejecución.

CAPÍTULO V

TRANSACCIONES JUDICIALES Y DOCUMENTOS PÚBLICOS CON FUERZA EJECUTIVA

Artículo 24

Transacciones judiciales

1. Las transacciones relativas a créditos en el sentido del apartado 2 del artículo 4 aprobadas por un órgano jurisdiccional o celebradas en el curso de un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional, que sean ejecutorias en el Estado miembro en el que se hayan aprobado o celebrado, serán certificadas como título ejecutivo europeo, previa solicitud ante el órgano jurisdiccional que las haya aprobado o ante el cual se hayan celebrado, cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo II.

2. Una transacción judicial que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su ejecutividad.

3. Serán aplicables, según proceda, las disposiciones del capítulo II, con excepción del artículo 5, del apartado 1 del artículo 6, del apartado 1 del artículo 9 y del capítulo IV, con excepción del apartado 1 del artículo 21 y del artículo 22.

Artículo 25

Documento público con fuerza ejecutiva

1. Los documentos públicos con fuerza ejecutiva relativos a créditos en el sentido del apartado 2 del artículo 4, que sean ejecutivos en un Estado miembro, previa petición a la autoridad designada por el Estado miembro de origen, serán certificados como título ejecutivo europeo cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo III.

2. Un documento público con fuerza ejecutiva que se haya certificado como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen será ejecutado en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su ejecutividad.

3. Serán aplicables, según proceda, las disposiciones del capítulo II, con excepción del artículo 5, del apartado 1 del artículo 6, del apartado 1 del artículo 9 y del capítulo IV, con excepción del apartado 1 del artículo 21 y del artículo 22.

CAPÍTULO VI

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Artículo 26

Disposición transitoria

Las disposiciones del presente Reglamento solamente serán aplicables a las resoluciones dictadas, a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados con posterioridad a la entrada en vigor del presente Reglamento.

CAPÍTULO VII

RELACIONES CON OTROS INSTRUMENTOS COMUNITARIOS

Artículo 27

Relación con el Reglamento (CE) núm. 44/2001

El presente Reglamento no afectará a la posibilidad de solicitar el reconocimiento y la ejecución de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 44/2001, de una resolución, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva sobre un crédito no impugnado.

Artículo 28

Relación con el Reglamento (CE) núm. 1348/2000

El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1348/2000.

CAPÍTULO VIII

DISPOSICIONES GENERALES Y FINALES

Artículo 29

Información sobre los procedimientos de ejecución y sobre las autoridades

Los Estados miembros colaborarán para proporcionar al público en general y a los sectores profesionales, información sobre:

- a) los métodos y procedimientos de ejecución en los Estados miembros, y
- b) las autoridades competentes de ejecución en los Estados miembros,

en particular a través de la red judicial europea en materia civil y mercantil creada de conformidad con la Decisión 2001/470/CE (9).

Artículo 30

Información sobre los procedimientos de recurso, lenguas y autoridades

1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión:

- a) los procedimientos de rectificación y revocación a que se refiere el apartado 2 del artículo 10 y de revisión a que se refiere el apartado 1 del artículo 19;
- b) las lenguas aceptadas en virtud de la letra c) del apartado 2 del artículo 20;
- c) las listas de las autoridades a que se refiere el artículo 25;

y sus posibles modificaciones.

2. La Comisión pondrá a disposición del público la información comunicada de conformidad con el apartado 1 mediante su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, así como por cualquier otro medio adecuado.

Artículo 31

Modificación de los Anexos

Cualquier modificación de los formularios normalizados que figuran en los Anexos se adoptará de conformidad con el procedimiento mencionado en el apartado 2 del artículo 32.

Artículo 32

Comité

1. La Comisión estará asistida por el Comité creado por el artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 44/2001.

(9) DO L 174 de 27-6-2001, p. 25.

2. En los casos en que se haga referencia al presente apartado, serán de aplicación los artículos 3 y 7 de la Decisión 1999/468/CE, observando lo dispuesto en su artículo 8.

3. El Comité aprobará su reglamento interno.

Artículo 33

Entrada en vigor

El presente Reglamento entrará en vigor el 21 de enero de 2005.

El Reglamento será aplicable a partir del 21 de octubre de 2005, con excepción de sus artículos 30, 31 y 32, que serán aplicables a partir del 21 de enero de 2005.

El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Hecho en Estrasburgo, el 21 de abril de 2004.

Por el Parlamento Europeo
El Presidente
P. COX

Por el Consejo
El Presidente
D. ROCHE

ANEXO I (*)

CERTIFICADO DE TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO RESOLUCIÓN JUDICIAL

1. Estado miembro de origen: AT ☐ BE ☐ DE ☐ EL ☐ ES ☐ FI ☐ FR ☐
IE ☐ IT ☐ LU ☐ NL ☐ PT ☐ SE ☐ UK ☐
2. Órgano jurisdiccional/tribunal que expide el certificado
 - 2.1. Denominación:
 - 2.2. Dirección:
 - 2.3. Tel./fax/correo electrónico:
3. Si es diferente, órgano jurisdiccional/tribunal que dicta la resolución
 - 3.1. Denominación:
 - 3.2. Dirección:
 - 3.3. Tel./fax/correo electrónico:
4. Resolución
 - 4.1. Fecha:
 - 4.2. Núm. de referencia:
 - 4.3. Las partes
 - 4.3.1. Nombre y dirección del acreedor (o acreedores):
 - 4.3.2. Nombre y dirección del deudor (o deudores):
5. Crédito pecuniario certificado
 - 5.1. Capital principal:
 - 5.1.1. Divisa Euros ☐
 Coronas suecas ☐
 Libras esterlinas ☐
 Otra (explíquese) ☐
 - 5.1.2. Si el crédito es por un pago periódico
 - 5.1.2.1. Importe de cada plazo:
 - 5.1.2.2. Fecha de vencimiento del primer plazo:
 - 5.1.2.3. Fecha de vencimiento de los plazos sucesivos
semanal ☐ mensual ☐ otros (explíquese) ☐
 - 5.1.2.4. Duración del crédito
 - 5.1.2.4.1. Actualmente indefinida ☐ o
 - 5.1.2.4.2. Fecha de vencimiento del último plazo:
 - 5.2. Intereses
 - 5.2.1. Tipo de interés
 - 5.2.1.1. ... % o

(*) Nota: aunque ordinariamente no suelen, adjuntarse los Anexos de Reglamentos comunitarios, haremos en este caso una excepción por el interés práctico que tienen, sobre todo con referencia al Anexo III, referido al documento público con fuerza ejecutiva.

- 5.2.1.2. ... % por encima del tipo base del BCE (1)
- 5.2.1.3. otros (explíquese)
- 5.2.2. Intereses que deberán percibirse a partir de:
- 5.3. Importe de costes reembolsables si está especificado en la resolución:
6. La resolución es ejecutiva en el Estado miembro de origen ☐
7. Contra la resolución cabe interponer nuevo recurso
Sí ☐ No ☐
8. La resolución se refiere a un crédito no impugnado con arreglo al apartado 1 del artículo 3 ☐
9. La resolución se ajusta a la letra b) del apartado 1 del artículo 6 ☐
10. La resolución se ha dictado en causas relativas a contratos celebrados con consumidores
Sí ☐ No ☐
- 10.1. En caso afirmativo:
el deudor es el consumidor
Sí ☐ No ☐
- 10.2. En caso afirmativo:
10.2 el deudor está domiciliado en el Estado miembro de origen
(en el sentido del artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 44/2001) ☐
11. Notificación del escrito de incoación según el capítulo III, en su caso
Sí ☐ No ☐
- 11.1. La notificación se efectuó con arreglo al artículo 13 ☐
o la notificación se efectuó con arreglo al artículo 14 ☐
o está probado de acuerdo con el apartado 2 del artículo 18
que el deudor recibió el documento ☐
- 11.2. Información debida
El deudor ha sido informado con arreglo a los artículos 16 y 17 ☐
12. Notificación de la citación, en su caso
Sí ☐ No ☐
- 12.1. La notificación se efectuó con arreglo al artículo 13 ☐
o la notificación se efectuó con arreglo al artículo 14 ☐
o está probado de acuerdo con el apartado 2 del artículo
que el deudor recibió la notificación ☐
- 12.2. Información debida
El deudor ha sido informado con arreglo al artículo 17

(1) Tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación.

13. Notificación de la citación, en su caso

Sí ☐ No ☐

13.1. La notificación de la resolución se efectuó con arreglo al artículo 13 ☐
o la notificación de la resolución se efectuó con arreglo al artículo 14 ☐
o está probado de acuerdo con el apartado 2 del artículo 18
que el deudor recibió la resolución ☐

13.2. Información debida

El deudor ha sido informado con arreglo a la letra b) del apartado 1 del
artículo 18 ☐

13.3. Ha tenido el deudor la posibilidad de interponer recurso contra la re-
solución

Sí ☐ No ☐

13.4. El deudor no interpuso recurso contra la resolución con arreglo a los
correspondientes requisitos procesales

Sí ☐ No ☐

Hecho en ... fecha ...

.....
Firma y/o sello

ANEXO II

CERTIFICADO DE TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO TRANSACCIÓN JUDICIAL

1. Estado miembro de origen: AT ☐ BE ☐ DE ☐ EL ☐ ES ☐ FI ☐ FR ☐
IE ☐ IT ☐ LU ☐ NL ☐ PT ☐ SE ☐ UK ☐
2. Órgano jurisdiccional que expide el certificado
 - 2.1. Denominación:
 - 2.2. Dirección:
 - 2.3. Tel./fax/correo electrónico:
3. Si es diferente, órgano jurisdiccional que aprueba la transacción o ante el que se ha celebrado la misma
 - 3.1. Denominación:
 - 3.2. Dirección:
 - 3.3. Tel./fax/correo electrónico:
4. Transacción judicial
 - 4.1. Fecha:
 - 4.2. Núm. de referencia:
 - 4.3. Las partes
 - 4.3.1. Nombre y dirección del acreedor (o acreedores):
 - 4.3.2. Nombre y dirección del deudor (o deudores):
5. Crédito pecuniario certificado
 - 5.1. Capital principal:
 - 5.1.1. Divisa Euros ☐
 Coronas suecas ☐
 Libras esterlinas ☐
 Otra (explíquese) ☐
 - 5.1.2. Si el crédito es por un pago periódico
 - 5.1.2.1. Importe de cada plazo:
 - 5.1.2.2. Fecha de vencimiento del primer plazo:
 - 5.1.2.3. Fecha de vencimiento de los plazos sucesivos
semanal ☐ mensual ☐ otros (explíquese) ☐
 - 5.1.2.4. Duración del crédito
 - 5.1.2.4.1. Actualmente indefinida ☐ o
 - 5.1.2.4.2. Fecha de vencimiento del último plazo:
 - 5.2. Intereses
 - 5.2.1. Tipo de interés
 - 5.2.1.1. ... % o
 - 5.2.1.2. ... % por encima del tipo base del BCE (1)

(1) Tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación.

5.2.1.3. otros (explíquese)

5.2.2. Intereses que deberán percibirse a partir de:

5.3. Importe de costes reembolsables si está especificado en la transacción judicial:

6. La transacción judicial es ejecutiva en el Estado miembro de origen ☐

Hecho en ... fecha ...

.....
Firma y/o sello

ANEXO III

CERTIFICADO DE TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO DOCUMENTO PÚBLICO CON FUERZA EJECUTIVA

1. Estado miembro de origen: AT ☐ BE ☐ DE ☐ EL ☐ ES ☐ FI ☐ FR ☐
IE ☐ IT ☐ LU ☐ NL ☐ PT ☐ SE ☐ UK ☐
2. Órgano jurisdiccional/autoridad que expide el certificado
 - 2.1. Denominación:
 - 2.2. Dirección:
 - 2.3. Tel./fax/correo electrónico:
3. Si es diferente, órgano jurisdiccional/autoridad que ha formalizado o registrado el documento público con fuerza ejecutiva
 - 3.1. Denominación:
 - 3.2. Dirección:
 - 3.3. Tel./fax/correo electrónico:
4. Documento público con fuerza ejecutiva
 - 4.1. Fecha:
 - 4.2. Núm. de referencia:
 - 4.3. Las partes
 - 4.3.1. Nombre y dirección del acreedor (o acreedores):
 - 4.3.2. Nombre y dirección del deudor (o deudores):
5. Crédito pecuniario certificado
 - 5.1. Capital principal:
 - 5.1.1. Divisa Euros ☐
Coronas suecas ☐
Libras esterlinas ☐
Otra (explíquese) ☐
 - 5.1.2. Si el crédito es por un pago periódico
 - 5.1.2.1. Importe de cada plazo:
 - 5.1.2.2. Fecha de vencimiento del primer plazo:
 - 5.1.2.3. Fecha de vencimiento de los plazos sucesivos
semanal ☐ mensual ☐ otros (explíquese) ☐
 - 5.1.2.4. Duración del crédito
 - 5.1.2.4.1. Actualmente indefinida ☐ o
 - 5.1.2.4.2. Fecha de vencimiento del último plazo:
 - 5.2. Intereses
 - 5.2.1. Tipo de interés
 - 5.2.1.1. ... % o
 - 5.2.1.2. ... % por encima del tipo base del BCE (1)

(1) Tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación.

5.2.1.3. otros (explíquese)

5.2.2. Intereses que deberán percibirse a partir de:

5.3. Importe de costes reembolsables si está especificado en el documento público con fuerza ejecutiva:

6. El documento público con fuerza ejecutiva es ejecutivo en el Estado miembro de origen ☐

Hecho en ... fecha ...

.....
Firma y/o sello

ANEXO IV

CERTIFICADO DE FALTA O LIMITACIÓN DE EJECUTORIEDAD (apartado 2 del artículo 6)

1. Estado miembro de origen: AT ☐ BE ☐ DE ☐ EL ☐ ES ☐ FI ☐ FR ☐
IE ☐ IT ☐ LU ☐ NL ☐ PT ☐ SE ☐ UK ☐
2. Órgano jurisdiccional/autoridad que expide el certificado
 - 2.1. Denominación:
 - 2.2. Dirección:
 - 2.3. Tel./fax/correo electrónico:
3. Si es diferente, órgano jurisdiccional/autoridad que expide la resolución/transacción judicial/documento público con fuerza ejecutiva (*)
 - 3.1. Denominación:
 - 3.2. Dirección:
 - 3.3. Tel./fax/correo electrónico:
4. Resolución/transacción judicial/documento público con fuerza ejecutiva (*)
 - 4.1. Fecha:
 - 4.2. Núm. de referencia:
 - 4.3. Las partes
 - 4.3.1. Nombre y dirección del acreedor (o acreedores):
 - 4.3.2. Nombre y dirección del deudor (o deudores):
5. Esta resolución/Esta transacción judicial/Este documento público con fuerza ejecutiva (*) se certificó como título ejecutivo europeo pero
 - 5.1. La resolución/la transacción judicial/el documento público con fuerza ejecutiva (*) ha cesado definitivamente de ser ejecutivo ☐
 - 5.2. La ejecución queda temporalmente
 - 5.2.1. suspendida ☐
 - 5.2.2. limitada a las medidas cautelares ☐
 - 5.2.3. condicionada a la constitución de una garantía todavía pendiente ☐
 - 5.2.3.1. Importe de la garantía
 - 5.2.3.2. Divisa Euros ☐
Coronas suecas ☐
Libras esterlinas ☐
Otra (explíquese) ☐
 - 5.2.4. Otra situación (explíquese) ☐

Hecho en ... fecha ...

.....
Firma y/o sello

(*) Táchese lo que no proceda.

ANEXO V

CERTIFICADO SUSTITUTORIO DE TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO EMITIDO COMO CONSECUENCIA DE UN RECURSO

(apartado 3 del artículo 6)

- A. Se interpuso recurso contra la siguiente resolución/transacción judicial/documento público con fuerza ejecutiva (*), certificada/o como título ejecutivo europeo
1. Estado miembro de origen: AT ☐ BE ☐ DE ☐ EL ☐ ES ☐ FI ☐ FR ☐
IE ☐ IT ☐ LU ☐ NL ☐ PT ☐ SE ☐ UK ☐
 2. Órgano jurisdiccional/autoridad que expide el certificado
 - 2.1. Denominación:
 - 2.2. Dirección:
 - 2.3. Tel./fax/correo electrónico:
 3. Si es diferente, órgano jurisdiccional/autoridad que expide la resolución/transacción judicial/documento público con fuerza ejecutiva (*)
 - 3.1. Denominación:
 - 3.2. Dirección:
 - 3.3. Tel./fax/correo electrónico:
 4. Resolución/transacción judicial/documento público con fuerza ejecutiva (*)
 - 4.1. Fecha:
 - 4.2. Núm. de referencia:
 - 4.3. Las partes
 - 4.3.1. Nombre y dirección del acreedor (o acreedores):
 - 4.3.2. Nombre y dirección del deudor (o deudores):
- B. Como consecuencia del recurso se dictó la siguiente decisión que se certifica por la presente como título ejecutivo europeo en sustitución del título ejecutivo europeo original
1. Órgano jurisdiccional emisor
 - 1.1. Denominación:
 - 1.2. Dirección:
 - 1.3. Tel./fax/correo electrónico:
 2. Decisión
 - 2.1. Fecha:
 - 2.2. Núm. de referencia:

(*) Táchese lo que no proceda.

3. Crédito pecuniario certificado
 - 3.1. Capital principal
 - 3.1.1. Divisa Euros ☐
 Coronas suecas ☐
 Libras esterlinas ☐
 Otra (explíquese) ☐
 - 3.1.2. Si el crédito es por un pago periódico
 - 3.1.2.1. Importe de cada plazo:
 - 3.1.2.2. Fecha de vencimiento del primer plazo:
 - 3.1.2.3. Fecha de vencimiento de los plazos sucesivos
 semanal ☐ mensual ☐ otros (explíquese) ☐
 - 3.1.2.4. Duración del crédito
 - 3.1.2.4.1. Actualmente indefinida ☐ o
 - 3.1.2.4.2. Fecha de vencimiento del último plazo:
 - 3.2. Intereses
 - 3.2.1. Tipo de interés
 - 3.2.1.1. ... % o
 - 3.2.1.2. ... % por encima del tipo base del BCE (1)
 - 3.2.1.3. otros (explíquese)
 - 3.2.2. Intereses que deberán percibirse a partir de:
 - 3.3. Importe de costes reembolsables si está especificado en la decisión:
4. La decisión es ejecutiva en el Estado miembro de origen ☐
5. Contra la decisión cabe interponer nuevo recurso
 Sí ☐ No ☐
6. La decisión se ajusta a la letra b) del apartado 1 del artículo 6 ☐
7. La decisión se ha dictado en causas relativas a contratos celebrados con consumidores
 Sí ☐ No ☐
 - 7.1. En caso afirmativo:
 el deudor es el consumidor
 Sí ☐ No ☐
 - 7.2. En caso afirmativo:
 el deudor está domiciliado en el Estado miembro de origen (en el sentido del artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 44/2001) ☐
8. En el momento de la decisión como consecuencia del recurso, el crédito no está impugnado en el sentido de las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 3
 Sí ☐ No ☐
 En caso afirmativo:

(1) Tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a sus principales operaciones de refinanciación.

- 8.1. Notificación del escrito de incoación del recurso.
¿El acreedor presentó el recurso?
Sí ☐ No ☐
En caso afirmativo:
8.1.1. La notificación se efectuó con arreglo al artículo 13 ☐
o la notificación se efectuó con arreglo al artículo 14 ☐
o está probado de acuerdo con el apartado 2 del artículo 18 que el deudor recibió el documento ☐
8.1.2. Información debida
El deudor ha sido informado con arreglo a los artículos 16 y 17 ☐
8.2. Notificación de la citación, en su caso
Sí ☐ No ☐
En caso afirmativo:
8.2.1. La notificación se efectuó con arreglo al artículo 13 ☐
o la notificación se efectuó con arreglo al artículo 14 ☐
o está probado de acuerdo con el apartado 2 del artículo que el deudor recibió la notificación ☐
8.2.2. Información debida
El deudor ha sido informado con arreglo al artículo 17 ☐
8.3. Subsanación del incumplimiento de las normas mínimas procesales según el apartado 1 del artículo 18
8.3.1. La notificación de la decisión se efectuó con arreglo al artículo 13 ☐
o la notificación de la decisión se efectuó con arreglo al artículo 14 ☐
o está probado de acuerdo con el apartado 2 del artículo 18 que el deudor recibió la decisión ☐
8.3.2. Información debida
El deudor ha sido informado con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 18 ☐

Hecho en ... fecha ...

.....
Firma y/o sello

ANEXO VI

SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN O REVOCACIÓN DEL CERTIFICADO DE TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO (apartado 3 del artículo 10)

EL SIGUIENTE CERTIFICADO DE TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO

1. Estado miembro de origen: AT ☐ BE ☐ DE ☐ EL ☐ ES ☐ FI ☐ FR ☐
IE ☐ IT ☐ LU ☐ NL ☐ PT ☐ SE ☐ UK ☐
2. Órgano jurisdiccional/autoridad que expide el certificado
 - 2.1. Denominación:
 - 2.2. Dirección:
 - 2.3. Tel./fax/correo electrónico:
3. Si es diferente, órgano jurisdiccional/autoridad que expide la resolución/transacción judicial/documento público con fuerza ejecutiva (*)
 - 3.1. Denominación:
 - 3.2. Dirección:
 - 3.3. Tel./fax/correo electrónico:
4. Resolución/transacción judicial/documento público con fuerza ejecutiva (*)
 - 4.1. Fecha:
 - 4.2. Núm. de referencia:
 - 4.3. Las partes
 - 4.3.1. Nombre y dirección del acreedor (o acreedores):
 - 4.3.2. Nombre y dirección del deudor (o deudores):
5. DEBERÁ SER RECTIFICADO por cuanto, debido a un error material, existe la siguiente discrepancia entre el certificado de título ejecutivo europeo y la resolución/la transacción judicial/el documento público con fuerza ejecutiva en el que se origina (explíquese): ☐
6. DEBERÁ SER REVOCADO por:
 - 6.1. referirse la resolución certificada a un contrato celebrado con consumidores, pero haber sido dictada en un Estado miembro que no es el del domicilio del deudor en el sentido del artículo 59 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 ☐
 - 6.2. haberse emitido de forma manifiestamente indebida por cualquier otro motivo (explíquese): ☐

Hecho en ... fecha ...

.....
Firma y/o sello

(*) Táchese lo que no proceda.