

REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

ABRIL - JUNIO 2005



REVISTA JURÍDICA DEL NOTARIADO

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

Número 54, abril-junio 2005

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 Álvarez
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. Manuel-Ángel Rueda Pérez
D. Carlos Ruiz-Rivas Hernando
D. José-Carlos Sánchez González

SUSCRIPCIÓN Y DISTRIBUCIÓN:

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

SUMARIO

ESTUDIOS DOCTRINALES	<u>Pág.</u>
ACEBES CORNEJO, Raúl: “Los contratos vinculados en la Ley de Crédito al Consumo”	9
FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: “El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado”	37
MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, Eduardo: “El régimen económico-matrimonial de participación”	101
ORTEGA REINOSO, Gloria: “Sociedades profesionales”	117
RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Documentos y documentadores en el formulario notarial de Ibn al’Attar”.....	163
RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P: “La costumbre y el Derecho consuetudinario gallego”	187
 PRÁCTICA NOTARIAL	
POU AMPUERO, Felipe: “Partición de herencia: menor de edad”	227

ACTUALIDAD JURÍDICA

Notas bibliográficas

“Testamento y codicilos. La cláusula codicilar”, tres tomos, de Ángel Martínez Sarrión. Presentación de la obra, por Juan Bms. Vallet de Goytisolo	237
“Derecho, biografía y globalización”. Por Gabriel García Cantero	247
“Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, I-IV, Thomson-Civitas, Madrid, 2003. Tomos III y IV. Por Rafael Gibert	303

LOS CONTRATOS VINCULADOS EN LA LEY DE CRÉDITO AL CONSUMO (LCC)

RAÚL ACEBES CORNEJO

Abogado

Doctor en Derecho

SUMARIO: § 1. PLANTEAMIENTO. 1.1. Terminología de la LCC. § 2. VINCULACIÓN EN LA FASE DE PERFECCIÓN. 2.1. El artículo 14.1 LCC. 2.2. El sistema de perfección contractual en la *Consumer Credit Act* (CCA). 2.3. Perfección de los contratos de consumo y de préstamo en la LCC. 2.4. El supuesto del préstamo pactado en primer lugar. a) *La CCA inglesa y el Code la Consommation francés.* b) *El Derecho español.* 2.5. Vinculación respecto de “contratos auxiliares” (*ancillary contracts*), distintos del contrato de consumo y del préstamo. § 3. VINCULACIÓN EN LA FASE DE EJECUCIÓN. 3.1. La LVPBM de 1998: extinción del préstamo por desistimiento de la compraventa. 3.2. Vinculación en la Ley de Crédito al Consumo. a) *Los dos supuestos de vinculación (arts. 14.2 y 15).* b) *La vinculación del artículo 15.* 3.3. Las secciones 56 y 75 CCA. a) *La sección 75.* b) *La sección 56.* c) *El artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo.* 3.4. El Decreto-Lei 359/91 portugués. 3.5. El requisito de la “exclusividad”. a) *El “acuerdo previo” de exclusiva entre prestamista y proveedor [art. 15.1.b) LCC].* b) *Exclusividad de facto.* 3.6. “Ineficacia” del préstamo derivada de “inefica-

cia" del contrato de consumo (art. 14.2 LCC). 3.7. "Ineficacia" del contrato de consumo derivada de "ineficacia" del préstamo. § 4. LOS CONTRATOS VINCULADOS FUERA DEL ÁMBITO DE LA LCC. 4.1. La regla *accessorium sequitur principale*. a) *La SAP de Vizcaya de 12 de febrero de 1999*. b) *El alcance de la regla*.

§ 1. Planteamiento

Los "contratos vinculados" fueron introducidos en nuestro Derecho por la Ley de Crédito al Consumo (LCC) de 1995. (1) Como es sabido, la LCC es la trasposición de la Directiva 87/102, que, en lo que se refiere a esta materia de contratos *vinculados*, se inspiró a su vez en la *Consumer Credit Act* inglesa de 1974 y la Ley francesa de 10 de enero de 1978 (también llamada *Loi Scrivenier*, integrada posteriormente en el *Code de la Consommation*). En términos generales, con esta nueva figura jurídica, la vigencia de un contrato de préstamo se pone en función de la vigencia del contrato financiado por dicho préstamo, normalmente una compraventa. La antigua LVPBM de 1965 ya contemplaba en su artículo 3 la posibilidad de que una compraventa fuera financiada por un préstamo, pero no establecía ningún tipo de vinculación legal entre ambos al margen de la que pudieran establecer las partes por imperio de la autonomía de la voluntad. Frente a ello, la LCC establece en sus artículos 14 y 15 una conexión entre el contrato de préstamo y la compraventa que, depen-

(1) Además de la bibliografía específica sobre "contratos vinculados", que se cita a lo largo de este trabajo, pueden verse: VERDERA SERVER: "Liquidación de relaciones contractuales derivadas del crédito al consumo: notas sobre el artículo 9 LCC", *ADC*, 1997; PETIT LAVALL: *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas del crédito*, Valencia, 1996; RIVERO ALEMÁN: *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Pamplona, 1995 (pp. 164 y ss.); GÓMEZ MENDOZA: "Tarjetas de crédito y crédito al consumo", *La Ley*, 1993, volumen 3, pp. 789 y ss.; SIERRA MALLOL: "Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/95): un examen de su regulación", *RGD*, 1995, pp. 6337 y ss.; GARCÍA MÁS: "Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo", *RCDI*, 1996; AGUILAR RUIZ: "La aplicación jurisprudencial de la Ley 7/95, de Crédito al Consumo", *RDPatr*, 2000, número 4, Díez-PICAZO: "Contratos de crédito y protección de los consumidores", *ADC*, 99; MARTÍNEZ DE AGUIRRE: "Sobre la regulación de la financiación al consumo: de la Ley de Ventas a Plazos a la Ley de Crédito al Consumo", *Actualidad Civil*, 1996, XXXVII; SÁNCHEZ HERRERO: "Comentario a la Ley 7/95, de Crédito al Consumo", *Actualidad Civil*, 1996, XXXII; GARCÍA SOLE: "La nueva Ley de Crédito al Consumo y la financiación de las ventas a plazos", *La Ley*, 1996, D-176; CASADO CERVIÑO: "El crédito al consumo y la protección de los consumidores", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1983.

diendo del caso, opera *de iure*, sin necesidad de que las partes estipulen nada al respecto.

La Ley establece la vinculación en dos momentos diferentes de la vida de los contratos de préstamo y de “consumo” (normalmente, una compraventa):

a) El primer momento se concreta *en la fase de perfección* de los dos contratos; pero ésta carece de contenido novedoso, puesto que se resuelve en la vinculación que propicia la articulación convencional de la entrada en vigor de un contrato (el contrato de préstamo) como condición suspensiva de la entrada en vigor de otro (el contrato de “consumo”).

b) El segundo momento se concreta posteriormente, ya *en fase de ejecución* de ambos contratos y establece una vinculación recíproca entre ambos en determinados supuestos. Esta es la vinculación contenida en la Directiva y que supone una novedad en Derecho civil. De manera general, tiene como objetivo supeditar la vigencia de un contrato (el de préstamo) a la vigencia de otro (el de consumo); pero no precisa ser estipulada ni expresa ni tácitamente por las partes, porque actúa *de iure*, por ministerio de la Ley.

1.1. Terminología de la LCC.

Para facilitar la comprensión de esta materia, es importante seguir algunas pautas terminológicas.

La LCC, para delimitar los supuestos de hecho de los artículos 14 y 15, se refiere, además de al consumidor, al “empresario”, al “proveedor” y al “contrato de consumo”. El “empresario” es un prestamista, ya sea una persona física o jurídica (art. 1.1); y es preferible denominarle como tal prestamista para evitar confundirlo con el “proveedor”. El “proveedor” es, de ordinario, un vendedor; pero, en cuanto que “proveedor”, puede ser también, por ejemplo, un prestador de los servicios incluidos en el ámbito de la Ley (art. 1.3); es preciso respetar esa denominación empleada por la LCC. Por las mismas razones, también es preciso respetar la denominación empleada por la Ley para referirse al contrato habido entre el proveedor y el consumidor, denominado como “contrato de consumo”. Como decimos, en la mayoría de las ocasiones este “contrato de consumo” va a ser una compraventa, pero también puede ser un contrato distinto, como, por ejemplo, un arrendamiento de servicios de los no excluidos por el artículo 1.3 de la Ley. Por ello, es preferible emplear la expresión genérica de “contrato de consumo”, que abarca cualquier contrato incluido en el ámbito de aplicación de la LCC.

En resumen, en adelante se emplearán las siguientes expresiones:

- a) Consumidor.
- b) Proveedor.
- c) Prestamista.
- d) Contrato de consumo.
- e) Contrato de préstamo.

§ 2. Vinculación en la fase de perfección

2.1. El artículo 14.1 LCC.

El artículo 14.1 establece que “la eficacia de los contratos de consumo, en los que se establezca expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito” (2). El precepto contempla el supuesto más frecuente en la práctica, donde el contrato de consumo se estipula anteriormente al contrato de préstamo, de manera que su existencia queda condicionada a la existencia posterior de un contrato de préstamo. No se hace referencia a los supuestos en que es el préstamo el contrato que se estipula en primer lugar, más difíciles de imaginar en la práctica (3). Pero se trata de una omisión carente de trascendencia. Porque el precepto no establece ninguna conexión entre el contrato de préstamo y el de consumo distinta de la que existe bajo el régimen del CC cuando la entrada en vigor de un determinado contrato se articula convencionalmente como condición suspensiva de la entrada en vigor de otro.

Notemos que este artículo 14.1 no establece ni tan siquiera una presunción *iuris tantum* sobre la existencia de una condición suspensiva en el contrato de consumo consistente en la obtención efectiva del préstamo; el precepto se limita a establecer los normales efectos de toda condición suspensiva cuando es establecida por la autonomía de la voluntad, exigiendo, además, que su constitución se haga de manera expresa (4).

(2) El artículo 6.2 de la LVPBM reitera casi literalmente estos mismos términos, limitándose a sustituir la expresión “contratos de consumo” por “contratos de venta a plazos”.

(3) Lo que no impide que estén recogidos en la *Consumer Credit Act* inglesa (section 19) y en el *Code de la Consommation français* (art. 311-20), como se dice *infra* § 2.4.

(4) De acuerdo con el artículo 14.3, párrafo 2.º, LCC, el consumidor puede rehusar libremente de concertar el préstamo si, posteriormente a la celebración del contrato de consumo, acuerda con el proveedor pagarle directamente a él. Obsérvese que esta posibilidad que atribuye la Ley al consumidor de no concertar el préstamo no convierte en puramente potestativa, a los efectos del artículo 1.115 CC, la condición que establece la entrada en vigor del contrato de consumo en el momento de la obtención efectiva de un préstamo; ello, porque la opción que el citado artículo 14.3 reserva aquí al consumidor no tiene como fin provocar la extinción del contrato de consumo, sino, simplemente, la *elección* del medio de pago elegido por el consumidor.

2.2. El sistema de perfección contractual en la *Consumer Credit Act* (CCA).

El artículo 14.1 no representa, por tanto, una innovación respecto del régimen legal establecido en el CC a propósito de los contratos sometidos a una condición suspensiva. Al contrario, la LCC se limita aquí a reiterar los términos generales de dicho régimen (5). En este sentido, la LCC se aleja de la solución dada por el Derecho comparado; en particular, se aleja de la solución dada por el Derecho inglés, que es aquí probablemente más progresiva. En la CCA el contrato de consumo y el de préstamo son considerados como negocios cuya perfección está recíprocamente vinculada por imperativo de la Ley, sin necesidad de que sean las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad quienes condicionen recíprocamente su entrada en vigor (*linked transactions*); ello significa que, aparte de ser indiferente qué contrato se pacta en primer lugar, si el de consumo o el de préstamo, ninguno de ellos necesita incorporar al otro como condición suspensiva de su eficacia. La condición puede constar como cláusula contractual (es decir, como un *term*), lo que ya prevé la CCA [section 19 (I) a]. Pero, aunque no exista esa incorporación, tanto el contrato de consumo como el de préstamo se constituyen como contratos cuya perfección está mutuamente vinculada por disposición de Ley por el solo hecho de que el proveedor indique, fuera del contenido del contrato, qué prestamista que va a financiar la operación (p. ej., facilitando sus formularios o, simplemente, su dirección de contacto) [*debtor-creditor-supplier agreement* –section 19 (I) b]; o, sencillamente, por el hecho de que el proveedor sugiera, también fuera del contenido del contrato, quién debe ser ese prestamista [*by suggesting* –section 19 (I) c] (6).

(5) La LCC se aproxima aquí al *Code de la Consommation* francés, donde la condición suspensiva tampoco opera *ex lege*, debiendo ser mencionada en el contrato de consumo (art. 311-23) o en el de préstamo (art. 311-20).

(6) Section 19 (I): "A transaction entered into by the debtor or hirer, or a relative of his, with any other person («the other party»), except one for the provision of security, is a linked transaction in relation to an actual or prospective regulated agreement of which it does not form part (the 'principal agreement') if-

- a) the transaction is entered into in compliance with a term of the principal agreement; or
- b) the principal agreement is a debtor-creditor-supplier agreement and the transaction is financed, or to be financed, by the principal agreement; or
- c) the other party is a person mentioned in subsection (2), and a person so mentioned initiated the transaction by suggesting it to the debtor or hirer, or his relative, who enters into it-
 - i) to induce the creditor or owner to enter into the principal agreement, or
 - ii) for another purpose related to the principal agreement, or
 - iii) where the principal agreement is a restricted-use credit agreement, for a purpose related to a transaction financed, or to be financed, by the principal agreement."

Vid. GOODE: *The Consumer Credit Act*, London, 1979, § 851 ss.; HILL-SMITH: *Consumer Credit: Law and Practice*, London, 1985, pp. 47 y ss.

También se aleja la solución de la LCC de la que ofrece el BGB, a pesar de no tener un alcance tan amplio como el de la CCA. En el BGB no es precisa la incorporación de la mencionada condición suspensiva al contrato de consumo, pues, según dispone el § 358 (3), basta que el contrato de consumo y el de préstamo formen una “unidad económica” (*wirtschaftliche Einheit*); de modo particular, el precepto señala que existe esa unidad económica por el solo hecho de que el prestamista se sirva de la colaboración (*Mitwirkung*) del proveedor en los preparativos del contrato de préstamo (*Vorbereitung des Verbraucherdarlehensvertrag*) (7). Este criterio de la “unidad económica” es deliberadamente ambiguo y permite acoger multitud de supuestos que escapan de la rigidez formal de nuestra LCC. Es cierto que puede resultar algo inseguro, pero trata, al menos, de seguir el camino marcado aquí por la CCA, que en este punto se decanta indiscutiblemente a favor de la posición jurídica del consumidor.

2.3. Perfección de los contratos de consumo y de préstamo en la LCC.

En la LCC, los términos rotundos de su artículo 14.1 excluyen las tesis de la CCA y el BGB. La perfección condicionada del contrato de consumo no proviene de una *condictio iuris*, sino que ha de pactarse “expresamente”. Pero además, aunque la condición se incorpore por la voluntad de las partes, la LCC no establece ningún tipo de vinculación especial entre los contratos de préstamo y de consumo. Al contrario, establecida esa condición suspensiva, la perfección de ambos contratos se somete sin especialidad alguna al régimen del CC. Siguiendo las pautas del Código, en el artículo 14.1 LCC, el contrato de préstamo sigue siendo un contrato real, por lo que se sigue perfeccionando cuando el prestamista hace entrega del dinero prestado (“La eficacia de los contratos de consumo..., quedará condicionada a la *efectiva obtención* de ese crédito). En este mismo instante también se perfecciona el contrato de consumo. Por tanto, las obligaciones respectivas de consumidor y proveedor surgen desde el momento en que el prestamista ha hecho efectivo el préstamo (bien al consumidor o directamente al proveedor). Y, por ello, el consumidor está obligado desde ese mismo instante a pagar el préstamo, aunque el proveedor, por su parte, retrase la entrega sin vulnerar por ello el contrato de consumo

(7) § 358 (3) BGB: “Ein Vertrag über die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer anderen Leistung und ein Verbraucherdarlehensvertrag sind verbunden, wenn das Darlehen ganz oder teilweise der Finanzierung des anderen Vertrags dient und beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden. Eine wirtschaftliche Einheit ist insbesondere anzunehmen, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung des Verbrauchers finanziert, oder im Falle der Finanzierung durch einen Dritten, wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient”. La norma precisa el concepto de los *Verbundene Geschäfte*, contenido anteriormente en el § 9 (1) de la antigua *Verbraucherkreditgesetz*, de 17 de diciembre de 1990.

(p. ej., porque el objeto del contrato aún deba fabricarse) (8). Posteriormente, puede suceder que el proveedor incumpla definitivamente su obligación de entregar la cosa objeto del contrato de consumo; pero esto es ya una cuestión que acontece ulteriormente a la perfección de los contratos de préstamo y de consumo y que se resuelve con arreglo a los artículos 14.2 y 15, según se ve posteriormente.

2.4. El supuesto del préstamo pactado en primer lugar.

a) *La CCA inglesa y el Code la Consommation français.*

El artículo 14.1 LCC no plantea el supuesto donde el préstamo se pacta en primer lugar. De ordinario, será el contrato de consumo el que estipule, en primer lugar, en dónde podrá incluirse la comentada condición suspensiva de la efectiva obtención de un dinero prestado. Pero también puede suceder que el préstamo se estipule en primer lugar. Así lo contempla la CCA, como ya se ha dicho. La redacción de la citada *section 19*, dedicada a las *linked transactions*, permite establecer una vinculación recíproca en fase de perfección entre el préstamo y contrato de consumo, sin necesidad de que ninguno de ellos se articule por las partes como condición suspensiva del otro y, también, sin atender a que uno u otro contrato se estipule en primer lugar. Por su parte, la Ley francesa de 10 de enero de 1978, incorporada en la actualidad al *Code de la Consommation*, regula expresamente el supuesto donde es el préstamo, y no el contrato de consumo, el que se estipula en primer lugar. Y lo hace con la particularidad de establecer una vinculación respecto de ambos contratos en su fase de perfección que excepciona, en beneficio de consumidor, las reglas del *Code civil* en materia de perfección contractual.

Según el artículo 311-20, el *Code de la Consommation* (transcripción del art. 9 de la Ley de 1978), “lorsque l’offre préalable mentionne le bien ou le prestation de services financé, les obligations de l’emprunteur ne prennent effet qu’a compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation”. A diferencia de la CCA, el precepto supedita la vinculación entre el préstamo y el contrato de consumo a que el préstamo “mencione”, siquiera, al contrato de consumo. Pero, establecida esa mención, las obligaciones del consumidor sólo van a surgir desde el momento en que tanto el prestamista como el proveedor hayan cumplido con las suyas y

(8) Con ello, la LCC se aparta del criterio que estableció la antigua LVPBM de 1965, cuyo artículo 9 excepcionaba en su párrafo 1.º el carácter naturalmente consensual de la compraventa del CC. El precepto disponía que el contrato de venta a plazos sólo se perfeccionaba cuando el comprador satisfacía, “en el momento de la entrega o puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial”. *Vid.* SAP de Huelva de 29 de septiembre de 2000 (*Arz. Civ.*, 546/2000).

solamente desde este momento. Lo que, en definitiva, significa que el consumidor no está obligado frente al prestamista:

- a) en tanto que el préstamo, una vez que ha sido concedido, haya sido hecho efectivo bien al consumidor o bien directamente al proveedor; y, además,
- b) una vez que el préstamo haya sido hecho efectivo, hasta que el proveedor no haga entrega de la cosa.

Para hacer efectivo este doble requisito, la Ley francesa considera aquí al préstamo como un contrato real (por excepción a los arts. 311-15 y 311-16, los cuales son a su vez una excepción al *Code civil*); pero, de acuerdo con el citado artículo 311-20, desplaza el momento de perfección del contrato, no a la entrega del dinero prestado, sino, de manera especialísima, a la entrega de la cosa que es objeto del contrato de consumo. Y el contrato de consumo sigue siendo, por su parte, un contrato consensual, de manera que el proveedor queda obligado desde que se presta consentimiento; es más, el proveedor está obligado a entregar la cosa incluso antes de la obtención del préstamo (art. 311-24).

b) *El Derecho español.*

La LCC no tiene aquí el alcance de la Ley inglesa y francesa y ni siquiera contempla el caso en que el préstamo se pacta en primer lugar. Por ello, si el consumidor y el prestamista quieren supeditar la perfección del préstamo a la celebración de un posterior contrato de consumo, habrán de aplicarse las normas del CC, de manera que en el préstamo deberá de incluir una condición suspensiva referida al contrato de consumo. En virtud de esa condición, el préstamo no se va a perfeccionar con la sola entrega del capital prestado, sino en el momento en que, además, se perfeccione y entre en vigor el contrato de consumo. Vigentes ambos contratos, el consumidor asume la obligación de pagar el préstamo. En suma, la condición suspensiva incorporada al préstamo retrasa la perfección de éste hasta la ulterior perfección del contrato de consumo. Perfecto este último, el consumidor asume entonces su obligación de pagar el préstamo; y, a diferencia del Derecho francés, lo hace aunque la perfección del contrato de consumo, en su condición de contrato consensual, no lleve aparejada la inmediata entrega de la cosa por parte del proveedor.

2.5. Vinculación respecto de “contratos auxiliares” (*ancillary contracts*), distintos del contrato de consumo y del préstamo.

En ocasiones, cabe que la negociación del contrato de consumo, no solamente lleve aparejado un préstamo, sino, además, otro tipo de contratos

adicionales. Así ocurre, por ejemplo, cuando la cosa que es objeto del contrato de consumo es asegurada (aseguramiento que puede ser obligatorio), o pasa a ser a su vez el objeto de un contrato de mantenimiento. La CCA contempla este tipo de contratos (*ancillary contracts* –“contratos auxiliares”–) como supuestos de *linked transactions* de la anteriormente citada *section 19*. De acuerdo con esta sección 19, la perfección y la consiguiente entrada en vigor de todos estos contratos se produce de manera simultánea. No solamente el préstamo y el contrato de consumo entran simultáneamente en vigor; también lo hacen, de manera general, todas las *linked transactions*, entre las que se incluyen los ejemplos de contratos citados. Y ello sin necesidad de que las partes del contrato de consumo, proveedor y consumidor, condicionen la perfección de dicho contrato de consumo a la estipulación de un posterior “contrato auxiliar”. La condición puede constar como una cláusula expresa del contrato de consumo (es decir, como un *term*), como ya prevé la CCA [sección 19 (I) a]; pero ello no es necesario; como ya se dijo anteriormente, basta que el proveedor, fuera de toda previsión contractual, indique a quién debe dirigirse el consumidor para estipular un “contrato auxiliar” [sección 19 (I) b] o que simplemente le sugiera que ha de estipular ese contrato [sección 19 (I) c] (9).

Nuestra LCC tiene aquí, nuevamente, una visión más limitada, ya que parece evidente que el artículo 14.1 no contempla en absoluto estos supuestos. Incluso en la más que discutible hipótesis de considerar que la expresión legal de “contratos de consumo”, empleada por el artículo 14.1, alcanza también a este tipo de “contratos auxiliares” que unen al consumidor con una persona distinta del proveedor y del prestamista, nada se habría logrado. Volvamos a recordar que el artículo 14.1 no establece una vinculación *de iure* respecto de la perfección simultánea de dos contratos, sino que se limita a plasmar el régimen del CC en materia de contratos sometidos a condición suspensiva, no por imperativo legal, sino por imperativo de la autonomía de la voluntad, condición suspensiva que está aquí constituida por la estipulación posterior de otro contrato. Así pues, sigue siendo igualmente necesario el impulso de la autonomía de la voluntad de las partes para establecer una vinculación en fase de perfección entre los diferentes contratos en cuestión, incluidos esos otros “contratos auxiliares”. Por medio de ese impulso, y sólo éste, pueden las partes establecer que la perfección y consiguiente entrada en vigor del contrato auxiliar se ponga en función de la perfección de los contratos que unen al consumidor con el proveedor y el prestamista.

(9) *Vid.* GOODE: *op. cit.*, § 851.

§ 3. Vinculación en la fase de ejecución

3.1. La LVPBM de 1998: extinción del préstamo por desistimiento de la compraventa.

Recogiendo el precedente de la CCA y de la Ley francesa de 1978 (10), la LVPBM de 1998 introduce en nuestro Ordenamiento un supuesto de extinción contractual para el caso del ejercicio, por parte del comprador, de su derecho a desistir libre y unilateralmente del contrato de compraventa a plazos en los términos establecidos en el artículo 9. Pero, además, este precepto introduce también un supuesto de vinculación entre la compraventa y el préstamo destinado a su financiación para el caso de que el comprador ejercite ese derecho de desistimiento. Esa vinculación se resume en que la extinción del contrato de compraventa por ejercicio por parte del comprador de su derecho de desistimiento lleva aparejada la extinción correlativa del contrato de préstamo [art. 9.1.d) y 9.2, párr. 2.º]. Y lo destacable de esta vinculación es que, a diferencia de lo ocurrido con la vinculación planteada en el artículo 14.1, opera por imperativo legal, sin necesidad de requisito alguno y, en particular, sin necesidad de que las partes establezcan disposición ni cláusula alguna en el contrato de préstamo o en el de compraventa (art. 9.2, párr. 1.º; ello, sin perjuicio de la excepción para la compraventa de vehículos –art. 9.4–). De este modo, constituida una compraventa y, también, un préstamo para su financiación, el derecho de desistimiento ejercido por el comprador trae la extinción consecutiva tanto de la compraventa como del préstamo. A partir de entonces, extintos los dos contratos, las partes deberán restituirse recíprocamente sus respectivas prestaciones (11) (12).

(10) Por el contrario, la Directiva 87/102/CEE, matriz de la LCC, no estableció nada sobre este tema.

(11) Con una técnica legislativa bastante deficiente, la Ley reitera la distinción, en nuestra opinión absurda, de los préstamos de “financiación a vendedor o de financiación a comprador” (art. 4), que ya estaba presente en la LVPBM de 1965 (art. 3). La distinción, aparte de haber empeorado (se habla, llanamente, de préstamos “configurados por vendedor y comprador” –art. 4.3–), no tiene interés alguno, salvo el de provocar confusión y, en concreto, en la interpretación del derecho del desistimiento. La distinción parece ir dirigida a clasificar los préstamos, dependiendo de si el dinero prestado se entrega directamente bien al vendedor como pago del precio de la compraventa (“financiación al vendedor”) o bien al comprador (“financiación al comprador”). Pero, sobre todo, es una clasificación torticera, pues todo préstamo tiene como finalidad, en todo caso, financiar al comprador, que es quien tiene necesidad del dinero prestado; es irracional, por ello, pensar en una compraventa donde el financiado va a ser el vendedor.

(12) La Ley habla de “resolución” de los contratos de compraventa y de préstamo. Pero, en realidad, el ejercicio del desistimiento lo que provoca es la simple extinción de ambos contratos, no su resolución, que está reservada para el incumplimiento contractual y que conlleva, además, la indemnización por daños (cfr. art. 1.124 CC).

3.2. Vinculación en la Ley de Crédito al Consumo.

a) *Los dos supuestos de vinculación (arts. 14.2 y 15).*

Una vez superado el período donde el consumidor puede ejercitar el expresado derecho de desistimiento libre y unilateral y los contratos de préstamo y de consumo han devenido firmes y se encuentran ya en plena fase de ejecución, la LCC establece, en sus artículos 14.2 y 15, una conexión entre ambos contratos que, a diferencia del supuesto del artículo 14.1, opera *de iure*. No es preciso ahora que el contrato de consumo ni el de venta, expresa o tácitamente, condicionen su eficacia uno respecto del otro. Pero, como contrapartida a esa no necesidad de inclusión de esa condición por las partes en los contratos de préstamo o de consumo, ha de existir, sin embargo, una conexión *de facto* entre proveedor y prestamista que no tiene un contenido jurídico, sino que se fundamenta, básicamente, en datos de hecho. Si estos datos existen, la vinculación se establece por imperativo de la Ley, sin necesidad de que los mismos se hagan constar como cláusula contractual.

La LCC desglosa el contenido de esa vinculación legal en dos apartados, correspondientes a los artículos 14.2 y 15. Y sujeta cada uno de ellos a diferentes requisitos:

- a) La vinculación del *artículo 14.2* está condicionada a la existencia de los requisitos mencionados en los apartados a), b) y c) del artículo 15 y, según establece aquel precepto, consiste en que “la ineficacia del contrato, cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación..., con los efectos previstos en el artículo 9”.
- b) La vinculación del *artículo 15.1* está condicionada a la existencia de todos los requisitos enumerados en el propio artículo y, como expresa esa norma, consiste en que “el consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios, adquiridos mediante un contrato de crédito, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al empresario que hubiera concedido el crédito”.

b) *La vinculación del artículo 15.*

A tenor de ambos preceptos puede afirmarse que la vinculación legal establecida en el artículo 15 es más amplia que la establecida en el artículo 14.2. Tratamos de ponerlo de manifiesto.

El artículo 14.2 se circunscribe a delimitar qué consecuencias tiene sobre el contrato de préstamo la “ineficacia” del contrato de consumo para los casos de nulidad y resolución, teniendo en cuenta la remisión que el precepto hace al artículo 9. Y, según este artículo 14.2, esas consecuencias se resumen en que la “ineficacia” del contrato de consumo por nulidad y resolución trae consigo, por tanto, la “ineficacia” del préstamo, todo lo cual se culmina en la restitución recíproca de prestaciones entre consumidor, proveedor y prestamista. Este ha de ser el exacto alcance de la vinculación establecida en este artículo 14.2, si se observa que el mismo se remite *in fine* al artículo 9 LCC para delimitar los efectos de la “ineficacia” derivada del contrato de préstamo (“..., con los efectos previstos en el art. 9”), precepto que tiene como cometido regular la restitución recíproca de las prestaciones entre las partes para este caso.

Diversamente, en el régimen del artículo 15, el consumidor va a poder ejercitar contra el prestamista los “mismos derechos” que le corresponden frente al proveedor. Y notemos que este tipo de vinculación, tal y como está establecida en este artículo 15, absorbe también a la vinculación del artículo 14.2. Porque, a tenor de los propios términos de ese artículo 15, está claro que uno de los derechos que, no obstante derivar del contrato de consumo, el consumidor podría poder ejercitar contra el prestamista sería, precisamente, el de pedir la “ineficacia” del contrato de préstamo como consecuencia de la “ineficacia” del contrato de consumo. Sin embargo, la LCC reserva este caso para el artículo 14.2. Por ello, es forzoso concluir que la vinculación legal establecida por el artículo 15 tiene unos efectos diferentes respecto de la establecida en el artículo 14.2. La vinculación de este artículo 14.2, en cuanto que sólo provoca la “ineficacia” consecutiva del préstamo y se limita producir la restitución recíproca de prestaciones entre las partes, tiene un *contenido negativo*. Pero la vinculación del artículo 15 tiene un contenido *netamente positivo*, de manera que sitúa al prestamista en la posición jurídica de obligado con los *mismos* parámetros que el proveedor para los supuestos, y sólo para éstos, en que concurren todos los requisitos enumerados por el propio precepto. En concreto, cuando haya incumplimiento del proveedor (apartado d) y cuando, además, haya habido una previa reclamación infructuosa contra dicho proveedor antes de dirigirse contra el prestamista (apartado e). Reuniéndose estos dos requisitos, el artículo 15 otorga al consumidor acción para dirigirse *contra el prestamista* para solicitar el *cumplimiento* de las obligaciones derivadas del contrato de consumo, ya sea un cumplimiento *in natura* (por el propio prestamista o por un tercero, si el prestamista no está capacitado para el cumplimiento en forma específica) o un cumplimiento por equivalencia (para el caso de obligaciones *intuitu*

personae), además de la indemnización por daños en ambos casos (cfr. arts. 1.124 y 1.101 CC) (13).

3.3. Las secciones 56 y 75 CCA.

Esta interpretación del artículo 15 LCC resulta más comprensible si se tienen en cuenta sus precedentes. El precepto es una reproducción bastante fiel del artículo 11.2 de la Directiva (14), que, a su vez, proviene directamente de la *section 75* de la CCA inglesa.

a) *La sección 75.*

Esta *section 75* establece una vinculación que opera *de iure*; pero, a diferencia de la Directiva (art. 11.2.b) y de la LCC (art. 15.1.b), no se precisa para esa vinculación una previa “exclusividad” entre prestamista y proveedor. Basta con meros indicios que establezcan algún tipo de vinculación comercial entre el proveedor y el prestamista; así, por ejemplo, es suficiente el solo hecho de que el proveedor presente (*introduced*) al prestamista frente al consumidor, fuera de toda previsión contractual (*debtor-creditor-supplier agreements*) (15). No se exige, pues, el requisito de exclusividad entre el proveedor y el prestamista y, además, ni siquiera es precisa la reclamación previa frente al proveedor. El prestamista es considera-

(13) Vid. GAVIDIA: *El crédito de consumo (cesión y créditos vinculados)*, Valencia, 1996, p. 117. Distintamente, PRATS ALBENTOSA, para quien las pretensiones de cumplimiento específico “sólo pueden ser dirigidas contra el vendedor” (*Préstamo al Consumo, Crédito al Consumo*, Valencia, 2001, p. 166).

(14) Artículo 11.2 de la Directiva: “Siempre que:

a) Para comprar bienes y obtener servicios, el consumidor concierte un contrato de crédito con una persona distinta del proveedor de dichos bienes o servicios; y

b) entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor para la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último; y

c) el consumidor a que se refiere la letra a) obtenga el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado; y

d) los bienes o servicios objeto del contrato de crédito no sean suministrados o lo sean parcialmente, o no sean conformes al contrato de suministro; y

e) el consumidor haya reclamado contra el proveedor, pero no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho, el consumidor tendrá derecho a dirigirse contra el prestamista. Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercer dicho derecho”.

(15) Section 75 (1): “If the debtor under a debtor-creditor-supplier agreement falling within section 12 (b) or (c) has, in relation to a transaction financed by the agreement, any claim against the supplier in respect of a misrepresentation or breach of contract, he shall have a like claim against the creditor, who, with the supplier, shall accordingly be jointly and severally liable to the debtor”.

do como un deudor solidario (“... shall accordingly be jointly and severally liable to the debtor”), por lo que el consumidor tiene acción directa contra el prestamista. A través de esta vinculación, el consumidor puede dirigirse contra el prestamista por falsedad (*misrepresentation*) e incumplimiento del contrato de consumo (*breach of contract*), facultad que, en su caso, incluye la facultad de pedir el cumplimiento *in natura* con arreglo al *common law* (16).

De este modo, el prestamista, juntamente con el proveedor, pasa a convertirse automáticamente en parte del contrato de consumo por disposición de Ley; y así, pasa a asumir, no sólo sus obligaciones derivadas del contrato de préstamo, sino también las obligaciones derivadas del contrato de consumo. Y no sólo eso, porque en la CCA, en su *section 56*, establece una vinculación legal todavía más pronunciada.

b) La sección 56.

Esta vinculación de la *section 56*, al igual que la establecida en la *section 75*, opera igualmente por imperativo legal, por el solo hecho de que el proveedor (o, en su caso, el prestamista) dirija (“... any negotiations... conducted by...”) simultáneamente las negociaciones previas a la celebración tanto del contrato de préstamo como del contrato de consumo (17). En tal caso, el proveedor es legalmente considerado como un representante *ad hoc* del prestamista que, además de concertar el contrato de con-

(16) Vid. HILL-SMITH: *op. cit.*, p. 150; al igual que en el Derecho continental, en el *common law* el perjudicado por el incumplimiento tiene la opción de pedir la resolución o el cumplimiento con indemnización de daños en ambos casos (vid. CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON: *Law of Contract*, 12 ed., London, 1995, p. 541; STONE: *The modern Law of Contract*, 5.^a ed., London, 2002, p. 424). Por otra parte, si el préstamo está dirigido a financiar, además, *ancillary contracts* (por ejemplo, contratos de seguro o de mantenimiento de la cosa objeto del contrato de consumo), el consumidor podrá dirigirse también contra el prestamista cuando tales contratos sean objeto de incumplimiento o falsedad (GOODE: *op. cit.*, § 678).

(17) Section 56 (I): “In this Act «antecedent negotiations» means any negotiations with the debtor or hirer-

- a) conducted by the creditor or owner in relation to the making of any regulated agreement, or
- b) conducted by a credit-broker in relation to goods sold or proposed to be sold by the credit-broker to the creditor before forming the subject-matter of a debtor-creditor-supplier agreement within section 12 (a), or
- c) conducted by the supplier in relation to a transaction financed or proposed to be financed by a debtor-creditor-supplier agreement within section 12 (b) or (c), and «negotiator» means the person by whom negotiations are so conducted with the debtor or hirer.

(II) Negotiations with the debtor in a case falling within subsection I (b) or (c) shall be deemed to be conducted by the negotiator in the capacity of the creditor as well as in his actual capacity.”

sumo en nombre propio, concierta también el contrato de préstamo en nombre del prestamista. El prestamista, pues, se hace responsable frente al consumidor por virtud de *agency*. *Agency* es una institución del *common law* paralela a la del mandato y la representación del Derecho continental y la sección 56 CCA se sirve de tal institución para atribuir esa responsabilidad al prestamista. Ahora bien, la responsabilidad que esta sección 56 atribuye al prestamista no sólo proviene del contenido del contrato estipulado en su nombre por el proveedor (*contract terms*), sino también de las meras negociaciones previas al préstamo (“*antecedent negotiations*”). El resultado es que el prestamista queda obligado ante el consumidor como consecuencia de toda simple afirmación, expresa o tácita (*representation*), realizada en su nombre por el proveedor en fase precontractual, aunque finalmente no llegue a incluirse dentro del contenido del contrato de préstamo (18).

Con este planteamiento se persigue, evidentemente, estrechar el lazo que une a consumidor y prestamista, de manera que este último se hace responsable más allá de los términos estrictamente contractuales del préstamo. Sin embargo, los autores interpretan que esta sección 56 no se limita a estrechar ese lazo. Más allá de esta cuestión, se concluye que la sección 56 CCA establece una vinculación entre el contrato de préstamo y de consumo más acusada que la establecida en la sección 75. Por una parte, se entiende que, con arreglo a esta sección 56, el prestamista es responsable no sólo respecto del contrato de préstamo; también lo es, al igual que en la sección 75, respecto del propio contrato de consumo por incumplimiento o falsedad (*misrepresentation*) del proveedor (19). Por lo que el consumidor puede dirigirse en estos casos contra el prestamista, a quien podrá pedir, en su caso, el cumplimiento *in natura* del contrato de consumo (20). Pero, por otra parte, el prestamista pasa a responsabilizarse, no sólo por incumplimiento y falsedad del proveedor, sino, además, por responsabilidad extracontractual (*liability in tort*) de los actos ilícitos de dicho proveedor, lo cual está fuera del ámbito de la sección 75 (21).

(18) *Vid.* GOODE: § 690 ss.; HILL-SMITH: *op. cit.*, pp. 145 y ss.

(19) Se cita, en este sentido, el ejemplo del consumidor que adquiere mediante un préstamo un vehículo con un kilometraje muy superior al indicado por el vendedor (GOODE: *op. cit.*, § 694), HILL-SMITH: *op. cit.*, p. 154).

(20) En este sentido, HILL-SMITH afirma que el prestamista, en caso de incumplimiento del proveedor (*breach of contract*) “... can be sued for breach of contract in the usual way” (puede ser demandado en la forma habitual; *op. cit.*, p. 147). *Vid. supra* nota 16.

(21) Se cita aquí el ejemplo en el que el proveedor, antes de que entre en vigor el contrato de consumo, entrega, no obstante, un vehículo cuyo mal estado provoca un accidente al consumidor; en tal supuesto la responsabilidad alcanza también al prestamista (GOODE: *op. cit.*, § 698; HILL-SMITH: *op. cit.*, p. 147).

c) *El artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo.*

El artículo 15 LCC no tiene el alcance de las normas inglesas. El precepto circunscribe la vinculación legal a los términos de la Directiva; y ésta, a su vez, no recoge en toda su extensión la amplitud de la vinculación establecida en CCA. Así, el prestamista no es considerado como un deudor solidario en el contrato de consumo, sino simplemente subsidiario (art. 15.1. e). Por otra parte, parece bastante evidente que, por interpretación *a contrario* del apartado d) del precepto en cuestión (incumplimiento del proveedor por falta de entrega o entrega defectuosa), está excluido que el prestamista sea responsable por título extracontractual de los daños que la conducta del proveedor pueda causar al consumidor. Sin embargo, la vinculación que el artículo 15 LCC establece entre proveedor y prestamista reproduce el contenido esencial de la vinculación regulada en la CCA, porque el prestamista, en definitiva, se convierte en *parte* del contrato de consumo si se dan los requisitos establecidos por el propio precepto. Ello explica que pueda ser responsable ante el consumidor del incumplimiento del proveedor, aunque sea subsidiariamente; y, de manera específica, explica que el consumidor pueda dirigirse contra el prestamista para solicitar, no ya la simple resolución del contrato de préstamo, sino el propio cumplimiento *in natura* de las obligaciones del contrato de consumo.

3.4. El Decreto-Lei 359/91 portugués.

La solución dada por el artículo 15 de la LCC es, en términos generales, la misma que la ofrecida por el Decreto-Lei 359/91 portugués, el cual, de manera más precisa, ya determina en su artículo 12.2 que el prestamista responde en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del proveedor. El precepto se expresa así: “O consumidor pode demandar o credor em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda por parte do vendedor desde que, não tendo obtido do vendedor a satisfação do seu direito, se verifiquem cumulativamente as seguintes condições: a) Existir entre o credor e o vendedor um acordo prévio por força do qual o crédito é concedido exclusivamente pelo mesmo credor aos clientes do vendedor para a aquisição de bens fornecidos por este último; b) Ter o consumidor obtido o crédito no âmbito do acordo prévio referido na alínea anterior”. A tenor de este precepto, parece evidente que el consumidor puede pedir al prestamista un cumplimiento *in natura* de la obligación incumplida por el proveedor; y, de manera subsidiaria, un cumplimiento por el *id quod interest* (además de la

indemnización por daños, en ambos casos con arreglo al CC)” (22) (23).

Por su parte, la vinculación del artículo 14.2 de nuestra LCC se contiene en el artículo 12.1, si bien en la norma portuguesa no está sujeta a

(22) En el Derecho italiano, el artículo 125.4 del Decreto legislativo de 1 de septiembre de 1993 (*Testo Unico in Materia Bancaria e Creditizia*) traspone el artículo 11.2 de la Directiva en un sentido semejante al artículo 12.2 del *Decreto-Lei* portugués, haciendo responsable subsidiario al prestamista en caso de incumplimiento del proveedor siempre que exista exclusividad. Sin embargo, la norma italiana introduce una limitación en esta responsabilidad del prestamista, que sólo alcanza al “credito concesso”. Con ello, una interpretación estricta de la norma podría dar lugar a que la responsabilidad del prestamista se limitase al capital prestado, pero no a los intereses ya pagados por el consumidor (*vid.* MASUCCI: *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 1994, p. 871; DE NOVA: “L’attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo”, *RTDPC*, 1992, p. 909). El citado artículo 125.4 afirma lo siguiente: “Nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l’esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore”.

(23) En otros Derechos, la vinculación del artículo 15 LCC parece estar excluida, por lo que el prestamista no parece asumir la obligación de cumplir el contrato de consumo en defecto del proveedor. Así ocurre en el *Code la Consommation* francés, cuyo artículo 311-21 (transcripción del art. 9, párr. 2.º, de la Ley de enero de 1978) establece una vinculación análoga a la del artículo 14.2 de nuestra LCC y, por tanto, encaminada a la simple restitución recíproca de prestaciones entre las partes. A diferencia del artículo 14.2 de la LCC, el *Code* no exige aquí exclusividad, aunque, a tenor del artículo 311-23 del *Code*, es necesario que el contrato de consumo indique (“... doit le préciser”), al menos, que el contrato de consumo va a ser financiado por un préstamo (GAVALDA/STOUFFLET: *Droit Bancaire*, 5.ª ed., París, 2002, p. 327; CALAIS-AULOUY: *Droit de la Consommation*, 3.ª ed., París, 1992, p. 287; HUET: *Traité de Droit civil*, dir. por Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, París, 1996, p. 884).

Además, el citado artículo 311-21 introduce la posibilidad de suspender el préstamo una vez que el contrato de consumo es objeto de un procedimiento judicial (lo que no evita que, una vez levantada la misma, el préstamo recobre su vigencia con efectos retroactivos –por lo que resultan exigibles, por ejemplo, los intereses generados durante la suspensión–; *vid.* RAVANAS: “De l’interdépendance dans l’exécution des contrats”, en *Le Droit du Crédit au Consommateur*, dir. por I. Fadlallah, París, 1982, p. 430). Este artículo 311-21 se expresa así: “En cas de contestation sur l’exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu’à la solution du litige, suspendre l’exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé.

Les dispositions de l’alinéa précédent ne seront applicables que si le prêteur est intervenu à l’instance ou s’il a été mis en cause par le vendeur ou l’emprunteur.”

De parecido alcance es la vinculación establecida en el § 359 BGB (que proviene del § 9 (3) de la antigua *Verbraucherkreditgesetz* de 17 de diciembre de 1990). Tampoco se precisa “exclusividad” entre prestamista y proveedor, pues, según el anteriormente citado § 358 (3), basta una “unidad económica” entre ambos (*wirtschaftliche Einheit*). Pero la pretensión del consumidor está claramente planteada como excepción puramente negativa frente al prestamista (“Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Darlehens verweigern, ...”), de manera que la misma se resuelve en última instancia en la restitución recíproca de prestaciones entre consumidor, proveedor y prestamista. Y para el caso concreto de incumplimiento del proveedor, además de seguir estando planteada en sentido negativo, se exige, además, previa reclamación infructuosa contra el proveedor. Este § 359 dice lo siguiente: “Der Verbraucher kann die Rückzahlung des Darlehens verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer, mit dem er den verbundenen Vertrag geschlossen hat, zur Verweigerung seiner

la exigencia de “exclusividad”: “Se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro, a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito, sempre que exista qualquer tipo de colaboração entre o credor e o vendedor na preparação ou na conclusão do contrato de crédito”.

3.5. El requisito de la “exclusividad”.

a) *El “acuerdo previo” de exclusiva entre prestamista y proveedor [art. 15.1.b) LCC].*

Los dos tipos de vinculación entre el contrato de préstamo y el de consumo establecida en los artículos 14.2, por un lado, y 15, por otro, tienen, por consiguiente, un diferente alcance. La vinculación establecida en el artículo 14.2 opera para el caso de “ineficacia” del contrato de consumo y tiene como efecto provocar la “ineficacia” del contrato de préstamo; tiene, por tanto, efectos restitutorios, de manera que la “ineficacia” de contrato de consumo va a culminar con la restitución recíproca de prestaciones entre las partes; la remisión *in fine* que el precepto hace al artículo 9 conduce a esta solución. Por su parte, la vinculación del artículo 15 otorga al consumidor el derecho a pedir al prestamista el *cumplimiento* subsidiario de las obligaciones derivadas del contrato de consumo, bien el cumplimiento *in natura* o bien el cumplimiento por equivalencia, con indemnización por daños en ambos casos. Mediante este artículo 15, el prestamista se convierte en deudor subsidiario para el caso de incumplimiento de proveedor y asume las *mismas* obligaciones que éste (24).

Leistung berechtigten würden... Kann der Verbraucher Nacherfüllung verlangen, so kann er die Rückzahlung des Darlehens erst verweigern, wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist.”

(24) En la jurisprudencia (menor) se suelen aplicar correctamente las vinculaciones legales de los artículos 14.2 y 15, respectivamente. Así, la SAP de Cádiz, de 26 de marzo de 2002 (*Aranzadi Civil*, 1063/2002), la SJPI número 1 de Badajoz, de 10 de septiembre de 2002 (*Aranzadi Civil*, 1239/2002) y la SJPI de Albacete de 26 de marzo de 2002 (*Aranzadi Civil*, 723/2002), declaran “ineficaz” el préstamo aplicando el artículo 14.2, sin exigir, por tanto, todos los requisitos del artículo 15.1, sino sólo los de las letras a), b) y c). Por el contrario, la SAP de Palencia de 2 de mayo de 2001 (*Aranzadi Civil*, 2102/2001) aplica el artículo 15 para resolver un caso donde no se pedía, sin embargo, el cumplimiento del contrato de consumo por parte del prestamista, que es el exacto contenido de la acción regulada en este precepto, como venimos diciendo; el supuesto de la sentencia es de simple “ineficacia” de los contratos de préstamo y de consumo, el cual debería haberse resuelto por la vía del artículo 14.2; pero la sentencia aplica el artículo 15 y, estimando no cumplido el requisito de reclamación previa al proveedor establecido en este precepto (letra e), declara por ello subsistente el contrato de préstamo no obstante la “ineficacia” del contrato de consumo (por incumplimiento del vendedor). Si el caso se hubiese resuelto aplicando el artículo 14.2, que es lo que correspondía, el fallo habría sido completamente opuesto, puesto que la vinculación de este artículo 14.2 no precisa la reclamación previa al proveedor.

Sin embargo, aun teniendo diferente alcance, ocurre que ambos tipos de vinculación están supeditados en ambos casos al requisito de “exclusividad”. El artículo 15.1.b) cifra esa exclusividad en la existencia de “un acuerdo previo” entre el prestamista y el proveedor. La necesidad de este “acuerdo previo” proviene de la Directiva, que propuso aquí un requisito inexistente en los Derechos nacionales en los que se inspiró (la CCA y la Ley francesa de 1978) (25), y que no ha sido adoptado por otros en el momento de la posterior trasposición de dicha Directiva (26).

Tras la reforma introducida en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 15 por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (de medidas fiscales, administrativas y del orden social), este requisito de exclusividad no se exige ya para los contratos de consumo consistentes en “servicios de tracto sucesivo y prestación continuada”. Pero, para los demás casos, la interpretación de este “acuerdo previo” de exclusiva entre proveedor y prestamista es el punto clave para establecer o no establecer entre ambos los tipos de vinculación contemplados en los artículos 14.2 y 15 LCC. Si no existe ese “acuerdo previo” de exclusiva no puede existir ningún tipo de vinculación. Interpretado en sentido estricto, un “acuerdo previo” de exclusiva entre prestamista y proveedor implicaría un contrato donde ambas partes se vinculasen recíprocamente en exclusiva una frente a otra; en virtud de un acuerdo de esta especie, un determinado prestamista sólo podría financiar a los clientes de un determinado proveedor y, a su vez, todos los clientes de este proveedor sólo podrían ser financiados por ese prestamista. Pero, como acuerda la doctrina (27), parece bastante evidente que el alcance de la LCC no es aquí tan exigente, pues, de aceptarse esta interpretación, quedarían automáticamente excluidos la mayoría de los supuestos del crédito al consumo. La práctica comercial indica que, si bien puede ser frecuente que un proveedor se vincule en exclusiva con un determinado prestamista, no lo es, sin embargo, que un prestamista se vincule en exclusiva con un determinado proveedor (28).

(25) Vid. el texto de las secciones 75 y 56 CCA (*supra* § 3.3) y del artículo 311-21 del *Code de la Consommation* (*supra* nota 23).

(26) Es el caso del § 9 de la antigua *Verbraucher kreditgesetz* de 17 de diciembre de 1990, hoy sustituido por los § 358 (*supra* nota 7) y 359 BGB (*supra* nota 23).

(27) MASUCCI: *op. cit.*, p. 870; DE NOVA: *op. cit.*, p. 909; PRATS ALBENTOSA: *op. cit.*, p. 140. Sobre la tramitación parlamentaria de la exclusividad, *vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ: *op. cit.*, pp. 88 y ss.

(28) Este supuesto del prestamista que se vincula en exclusiva con un determinado proveedor sólo tiene explicación cuando el proveedor es una gran empresa o, más precisamente, una multinacional; así ocurre, p. ej., con las financieras de las empresas de automóviles, donde proveedor y financiador forman parte de la misma sociedad o del mismo grupo de sociedades.

b) *Exclusividad de facto.*

Debe deducirse, por tanto, como un primer paso en la interpretación de ese “acuerdo previo” de exclusiva exigido por la LCC, que el mismo sólo alcanza a los supuestos donde la exclusiva afecta al proveedor y no al prestamista. En cualquier caso, la vinculación específica de los artículos 14.2 y 15 LCC estaría condicionada a la existencia de una previa vinculación *jurídica* entre prestamista y proveedor, materializada en un convenio con unos caracteres próximos al contrato de agencia con cláusula de exclusiva regulado en la Ley 12/92. Y así, la LCC se limitaría a añadir, en sus artículos 14.2 y 15, un *plus* adicional a esa vinculación previa entre prestamista y proveedor.

Sin embargo, en doctrina y jurisprudencia se está abriendo camino un concepto bastante más lato de la “exclusividad”. En virtud de este concepto, no es precisa una exacta y previa vinculación jurídica entre prestamista y proveedor, juzgándose suficientes meros elementos de hecho para establecer, ya no una previa vinculación jurídica, sino simplemente, una previa vinculación *de facto* de corte parecido a la exigida en la CCA inglesa. Así, MASUCCI (29), comentando el “accordo” de exclusiva recogido en el citado artículo 125.4 del Decreto Legislativo italiano de 1 de septiembre de 1993 (30), considera supuestos presuntivos de exclusividad el pago directo del prestamista al proveedor o la pertenencia de ambos al mismo grupo de sociedades. En nuestro país, la SAP de Huelva de 29 de septiembre de 2000 (*Arz. Civ.* 546/2000) aplica los artículos 14 y 15 LCC y declara “ineficaz” un préstamo al consumo por falta de perfección del contrato de consumo (*ex art.* 9 de la LVPBM de 1965, de aplicación supletoria hasta que entró en vigor la LVPBM de 1998); y, a la hora de juzgar la existencia del requisito de exclusividad, se estima suficiente el mero hecho de que el proveedor presentase al consumidor los documentos relativos al préstamo (31). Y la SAP de Palencia, de 2 de mayo de 2001 (*Arz. Civ.* 2102/2001), aplica el artículo 15.1 e) y declara subsistente un préstamo por no haber cumplimentado el consumidor el requisito de la recla-

(29) *Loc. cit.*

(30) *Vid.* su texto *supra* nota 22.

(31) “En el caso de autos, de las pruebas practicadas (manifestaciones del administrador de Superlux, SA, y confesión del demandado) se deduce que fue el proveedor el que facilitó al comprador la financiación con Financia, en sintonía con la alegación del apelante de que nunca contactó directamente con la financiera, sino que le fueron presentados los documentos de solicitud de préstamo por el propio agente de Superlux, SA, lo que revela un acuerdo previo entre dicha entidad y la financiera, habiendo flexibilizado la jurisprudencia el requisito de exclusividad en el acuerdo previo al hacer recaer sobre el financiador la carga de probar que no existe tal exclusividad. Vinculados, pues, ambos contratos, la ineficacia del principal afectaría al instrumental” (fdo. 2.º).

mación previa contra el proveedor, según exige el precepto; pero, sin embargo, estima que sí concurre el requisito de exclusividad por el hecho de que en el contrato de préstamo aparezca el nombre del proveedor (32).

Esta interpretación es, sin duda, más conforme con el espíritu de la LCC, si es verdad que ésta ha de ser una norma protectora del consumidor. A través suyo, se traslada al prestamista el *onus probandi* de la inexistencia de exclusividad frente a meros hechos indiciarios que actúan como presunción *iuris tantum* de su existencia. De esta manera, deberán de ser prestamista y proveedor quienes prueben que no existe exclusividad, a pesar de esos indicios. Como notan los autores (33), prestamista y proveedor pueden precaverse de los efectos de esta exclusividad meramente indicia-ria, estipulando acuerdos contractuales que la excluyan. De hecho, es posible que este tipo de acuerdos proliferen si la jurisprudencia termina por consolidar esta interpretación de la “exclusividad” como una vinculación *de facto*, no como una vinculación jurídica. Pero también es posible que, en ocasiones, ese tipo de cláusulas oculten, sin embargo, una exclusividad real (como, p. ej., en el caso evidente de las financieras creadas por las propias empresas de vehículos). En tal supuesto, no cabe duda que tales cláusulas no podrán impedir la declaración de la exclusividad, si es cierto que ésta existe.

3.6. “Ineficacia” del préstamo derivada de “ineficacia” del contrato de consumo (art. 14.2 LCC).

El artículo 14.2 habla de “ineficacia” y, por la remisión que este precepto hace al artículo 9, dicha “ineficacia” incluye, al menos, las categorías de nulidad y resolución. La nulidad que cita aquí la LCC abarca, no sólo a la nulidad (relativa y absoluta) del CC, sino, obviamente, a cualquier género de nulidad del contrato de consumo que venga impuesto por Ley. Y, en particular, a toda nulidad impuesta por la legislación en materia de consumo, como es el caso de la SAP de Cádiz de 26 de marzo de 2002 (Arz. Civ. 1063/2002), que declara ineficaz el contrato de préstamo por

(32) Para que se derive la responsabilidad del artículo 15 “... es preciso que concurren los siguientes requisitos: ... b) Que entre el concedente del crédito y el proveedor exista un acuerdo de exclusiva para el ofrecimiento de crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste (requisito que sí se da en nuestro caso, dado que Banque PSA Finance Holding, Sucursal España, es la entidad financiera de Citroën en España, constando en el propio contrato de financiación que se trata de Banque PSA Finance, Citroën Credit, junto al símbolo de la Citroën)” (fdo. 2.º).

(33) MASUCCI: *loc. cit.*; GAGGERO: *Comentario breve al Codice civile*, dir. por Alpa/Zatti, II, *Leggi complementari*, Padova, 2000, p. 1914; CARRIERO: “Il credito al consumo”, en *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 1998, número 48, p. 55.

infracción, por parte del proveedor, de la Ley de Contratos celebrados fuera de Establecimientos Mercantiles de 1991 (34).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el concepto ineficacia, en el sentido técnico acuñado por la doctrina, abarca, además de la nulidad y la resolución, a otras categorías, como la rescisión. Pero esto no significa que sea preciso examinar todos los posibles casos de ineficacia aceptados como tales en la doctrina para determinar si pueden o no considerarse incluidos en el artículo 14.2. Porque, a nuestro juicio, el concepto de “ineficacia” del artículo 14.2 LCC no se corresponde con el concepto de ineficacia en su sentido técnico. Esa “ineficacia” de la LCC tiene un ámbito más específico, de manera que sólo ha de entenderse como tal cualquier pérdida sobrevenida u originaria de la vigencia del contrato de consumo cuando, además, la misma no es imputable a una conducta ilícita del consumidor. De esta manera, se evita trasladar al prestamista las consecuencias de la pérdida de vigencia del contrato de consumo como consecuencia de esa conducta ilícita del consumidor. El antes citado § 359 BGB recoge, por interpretación *a contrario*, este presupuesto del vínculo legal entre el préstamo y el contrato de consumo; así, el precepto expresa que el consumidor puede denegar el pago del préstamo, “soweit Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag ihn gegenüber dem Unternehmer, ..., zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würden” (en cuanto *estuviese autorizado a la denegación de su prestación* como objeción frente al empresario –el proveedor– en el contrato vinculado –el contrato de consumo).

Con este concepto de “ineficacia” del artículo 14.2 LCC se excluyen, por tanto, los supuestos en que la pérdida de vigencia del contrato de consumo se debe a una conducta ilícita del consumidor. Tales supuestos pueden ser, no obstante, motivo de ineficacia estricta del contrato de consumo; pero no entran dentro de la “ineficacia” exigida en el artículo 14.2 LCC, de manera que el prestamista queda en estos casos a salvo de las vicisitudes ulteriores ocurridas en el contrato de consumo como consecuencia de la conducta ilícita del consumidor (35).

Como contrapartida, sí se integran dentro de la “ineficacia” del artículo 14.2 los supuestos de *extinción* del contrato de consumo por las causas

(34) La SJPI de Albacete de 26 de marzo de 2002 (Arz. Civ., 723/2002) declara la ineficacia del contrato de préstamo porque el contrato de consumo (además de ser incumplido por el proveedor) infringió diversas normas de la LGDCU, del Decreto 515/1989, que la desarrolla, de la Ley de Contratos celebrados fuera de Establecimientos Mercantiles y de la Ley de Aprovechamiento por turnos de Bienes Inmuebles.

(35) La conducta ilícita puede ser exclusiva del consumidor (p. ej., violencia, intimidación, dolo; el error no puede considerarse como una conducta contraria a Derecho) o compartida con el proveedor (por ejemplo, causa falsa o ilícita o en los casos de *consilium fraudis*); pero los efectos son los mismos en ambos casos, de manera que los efectos de estas conductas ilícitas no se trasladan al prestamista y no se aplica, por tanto, el artículo 14.2 LCC.

expresadas en el artículo 1.156 CC: pérdida de la cosa debida, condonación por parte del proveedor, de compensación entre “proveedor” y consumidor, confusión y novación extintiva. Y no sólo los supuestos de extinción establecidos en esta norma, sino, además, cualquier mecanismo legal que produzca la extinción lícita del contrato de consumo, como el desistimiento unilateral ejercitado en el contrato de consumo cuando el consumidor tenga derecho a ello (fuera del establecido en el art. 9 LVPBM) (36). Todos estos supuestos quedan al margen del concepto técnico de ineficacia, pero parece indudable que están incluidos dentro del *vinculum iuris* establecido en el artículo 14.2.

3.7. “Ineficacia” del contrato de consumo derivada de “ineficacia” del préstamo.

La LCC no contempla el supuesto en que es el préstamo, en lugar del contrato de consumo, el que deviene “ineficaz”. Y en tal caso, se plantea la cuestión de si dicha “ineficacia” del contrato de préstamo debe dar lugar a la “ineficacia” consecuencial del contrato de consumo. El tema tiene interés para los casos en que el préstamo pierde su vigencia por una causa que no es imputable a una conducta ilícita del consumidor, puesto que es evidente que si el préstamo pierde su vigencia por dicha conducta ilícita del consumidor (p. ej., por incumplimiento), ninguna repercusión debe tener este hecho en el contrato de consumo.

Algunos autores resuelven esta cuestión por simple interpretación *a contrario* del artículo 14.2, lo que excluiría la “ineficacia” consecuencial del contrato de consumo (37). Pero, a nuestro juicio, no es ésta la interpretación que aquí corresponde hacer de ese artículo 14.2, sino, distintamente, una interpretación por analogía, que ofrece un resultado opuesto.

- a) Este artículo 14.2 permite, de manera expresa, que el consumidor se desligue de un préstamo que, para él, ha dejado de tener sentido en aquellos casos en que el contrato de consumo ha perdido su vigencia por una causa no imputable a él; de ese modo, el consumidor queda relegado de la obligación de seguir restituyendo los

(36) La SJPI número 1 de Badajoz, de 10 de septiembre de 2002 (*Arz. Civ.*, 1239/02), aplica el artículo 14.2 LCC y declara extinto el préstamo por extinción del contrato de consumo a consecuencia de desistimiento unilateral del consumidor; el contrato de consumo era un curso de idiomas y el desistimiento se produce dos meses después de su celebración. *Vid.* PRATS ALBENTOSA: *op. cit.*, p. 143. Contra, ALFARO: “Observaciones críticas al Proyecto de Ley de Crédito al Consumo”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1994, p. 1050.

(37) GAVIDIA: *op. cit.*, 83 y 106 (también, PRATS: *op. cit.*, p. 144). *Vid.* en el Derecho francés, RAVANAS: *op. cit.*, pp. 438 y ss.

- intereses de un préstamo ya sin función alguna, sin perjuicio, obviamente, de que con posterioridad negocie un nuevo contrato de consumo y nuevo préstamo con otros proveedores y prestamistas.
- b) En el caso de que es el préstamo, y no el contrato de consumo, el que pierde su vigencia, el consumidor debería de constituir un nuevo préstamo para poder pagar así al proveedor. Pero ocurre que la constitución de ese nuevo préstamo es una circunstancia contingente que queda fuera de la voluntad del consumidor. Por ello, puede suceder que el consumidor quede obligado al pago al proveedor en el contrato de consumo sin haber conseguido un préstamo para financiar ese pago.
 - c) Evidentemente, una situación como ésta es tanto o más perjudicial para el consumidor que el supuesto que expresamente ataja el artículo 14.2. Con este artículo 14.2 se evita de manera expresa que el consumidor se haga cargo del pago de los intereses correspondientes a un préstamo que ha devenido inútil por la desaparición del contrato de consumo. En el supuesto de hecho que se plantea ahora, es el propio contrato de consumo el que devendría inútil por la desaparición del contrato de préstamo que lo sostenía económicamente. Falto de financiación, el contrato de consumo se convertiría automáticamente en una carga contra el consumidor, porque seguiría estando obligado a pagar un contrato de consumo que seguiría vigente por no afectarle la ineficacia del contrato de préstamo. Para huir de esta situación, el consumidor debería de buscar nueva financiación, pero, lógicamente, esto es algo puramente circunstancial.

Por ello, debe concluirse que el artículo 14.2, interpretado por analogía, ha de abarcar también este supuesto. Por lo que la “ineficacia” del contrato de préstamo traerá consigo la “ineficacia” del contrato de consumo.

§ 4. Los contratos vinculados fuera del ámbito de la LCC

Todo este sistema de vinculación legal establecido en los artículos 14.2 y 15 para los contratos de préstamo y de consumo está reservado por la LCC para aquellos supuestos no excluidos de su ámbito de aplicación por el artículo 2. Así pues, fuera de estos supuestos, no cabría, en principio, establecer ningún tipo de vinculación como la planteada por dichos artículos 14.2 y 15. De este modo, el contrato de préstamo y de consumo serían recíprocamente inmunes a las circunstancias que hiciesen decaer la vigencia del contrato de consumo.

Esta era, precisamente, la solución que mayoritariamente daba la jurisprudencia comparada hasta la llegada de los textos legales que introdujeron de manera expresa la vinculación entre el contrato de préstamo y el contrato de consumo (encabezados por la CCA inglesa y la Ley francesa de 1978). En términos generales, esta jurisprudencia se resumía en la simple aplicación del principio de relatividad contractual, de manera que el contrato de consumo era considerado como una *res inter alios* frente al prestamista, el cual, por lo tanto, no resultaba afectado por la ulterior pérdida de vigencia de contrato de consumo. El contrato de consumo perdía su vigencia, pero no el de préstamo, por lo que el consumidor seguía obligado a pagar los intereses de un préstamo que, para él, había ya perdido su sentido (38).

4.1. La regla *accessorium sequitur principale*.

a) La SAP de Vizcaya de 12 de febrero de 1999.

En nuestro país, este es el exacto criterio que sigue la SAP de Alicante de 31 de mayo de 1999 (Arz. Civ. 1197/99), que, para un caso anterior a la entrada en vigor de la LCC, aplica el artículo 1.257 CC y declara vigente el contrato de préstamo no obstante la resolución del contrato de consumo (39). Sin embargo, frente a este criterio se alza el planteado en el SAP de Vizcaya de 12 de febrero de 1999 (Arz. Civ. 617/99), a propósito de otro caso anterior a la LCC. Esta sentencia declara la nulidad del contrato de préstamo como consecuencia de la nulidad del contrato de consumo, aplicando para ello la regla *accessorium sequitur principale*, según la cual el contrato accesorio (el préstamo) ha de seguir la suerte del principal (el contrato de consumo). Tras estimar nulo el contrato de consumo, la sentencia concluye que “la nulidad de la compraventa acarrea la del

(38) Vid. RAVANAS: *op. cit.*, p. 432; CALAIS-AULOY: *op. cit.*, p. 286; SYNDET: “Les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation”, en *Le Droit...*, dir. por Fadlallah, *op. cit.*, p. 339; HUET: *op. cit.*, p. 883. En el Derecho inglés se cita (entre otras), como exponente de una doctrina contraria a la establecida en la ya citada *section 56* de la CCA, a la sentencia *Branwhite (v) Worcerster Works Finance* de 1969 (que contiene, sin embargo, dos votos particulares en contra; vid. CHESHIRE/FIFOOT/FURSTOM: *op. cit.*, pp. 470 y ss.; STONE: *op. cit.*, p. 159). En la doctrina, al parecer, también se compartía este punto de vista; vid. CARRIERO: *op. cit.*, p. 14, con referencias bibliográficas.

(39) A la misma conclusión llega la SAP de Sevilla de 5 de octubre de 1996 (Arz. Civ. 2095/96), también para otro caso anterior a la LCC. Sin referirse al artículo 1.257 CC, la sentencia declara simplemente inaplicable la teoría del “levantamiento del velo” para provocar la decadencia del contrato de préstamo por incumplimiento del proveedor en el contrato de consumo. El fallo se ve favorecido por la circunstancia de que no quedó acreditado ese incumplimiento.

préstamo de financiación de «Banca Catalana» de fecha de 12 de diciembre de 1994. Al margen de las graves irregularidades apuntadas, que ya lo harían merecedor de privarle de eficacia, parece claro que tratándose de una operación de crédito de consumo (aunque anterior a la vigencia de la Ley 7/95, de 23 de marzo, pues de haber sido ésta aplicable la simple cita del art. 14 hubiese zanjado la cuestión), en la que su objeto específico era financiar el precio de la compra, en el que la cantidad prestada se destinó a esa finalidad al recibirla directamente la vendedora, y existiendo un acuerdo de colaboración entre ésta y la entidad crediticia (según se reconoció en la prueba de confesión judicial por el representante de “Banca Catalana” –folios núms. 235 y 236 de autos–), no cabe hablar en sentido de dos contratos autónomos, sino de la existencia de un ligamen muy estrecho entre ellos, en condiciones tales que sería de aplicación el principio *accessorium sequitur principale*. En tales casos la nulidad del contrato se extiende automáticamente a la relación accesorio (fdo. 5.º; cursiva de la sentencia) (40).

A pesar de que la LCC no sea aplicable al supuesto de hecho de esta sentencia, su fallo está evidentemente condicionada por dicha Ley, a la que toma como punto de referencia para extraer y aplicar el principio teórico que subyace, según su criterio, en la vinculación legal establecida en dicha Ley; es decir, la regla *accessorium sequitur principale*. Por ello, se explica que condicione la aplicación de esta regla a la existencia de un “acuerdo de colaboración” entre el prestamista y el proveedor, que recuerda al requisito de “exclusividad” exigido en la LCC, aunque en el supuesto juzgado en la sentencia el acuerdo tiene, al parecer, un contenido plenamente jurídico, más allá de la mera exclusividad *de facto* exigida en el artículo 15.1.b) LCC, según se dijo. Pero la cuestión es hasta qué punto es admisible recurrir a un principio jurídico para juzgar un supuesto de hecho al que no es de aplicación la LCC, aun en el supuesto de que dicha regla tenga la categoría de principio general del derecho (41).

(40) La SAP de Granada de 27 de enero de 1997 (Arz. Civ., 109/97) cita a la STS de 3 de diciembre de 1959 (RA 1207/60) como exponente de una doctrina sobre conexión jurídica entre contratos de alcance parecido a la LCC. Y, en efecto, la sentencia se sirve del principio *accessorium...* para establecer una conexión entre dos contratos (“...; de donde se desprende que siendo conexos ambos negocios jurídicos, por formar ambos parte de la misma operación de importación y exportación de mercancías, el contrato de doble compra y venta es el esencial y accesorio al de compensación del precio por medio del depósito, como acertadamente sostiene la sentencia recurrida” –cdo. 1.º). Pero el supuesto de hecho es bastante confuso y la redacción de la sentencia no deja traslucir la sustancia de esa conexión.

(41) Entre los autores está extendido el recurso a la causa para explicar la vinculación legal de la LCC o del texto europeo equivalente, afirmando que el préstamo y el contrato de consumo comparten alguna suerte de unidad causal (PRATS: *op. cit.*, p. 139; ALFARO: *op. cit.*, p. 1047) o una causa “categórica”, distinta, al parecer, de la causa objetiva ordinaria y de con-

b) El alcance de la regla.

Es evidentemente cierto que, desde el punto de vista de la justicia material, no todos los supuestos excluidos del ámbito de la LCC, en su artículo 2, son por ello menos merecedores de recibir el mismo trato que los que no lo están. Particularmente llamativo, por citar alguno, puede ser la exclusión de los préstamos ligados a compraventas de inmuebles destinados a vivienda, donde el comprador suele poner en juego gran parte de su capacidad económica (42). Sin embargo, la opción legal tomada por la LCC parece que ha de respetarse, a pesar de estas restricciones.

Probablemente, la protección del consumidor es una cuestión no esencial en la *ratio* de la Directiva, porque, como afirma al comienzo de su exposición de motivos, lo prioritario parece ser la unificación del Derecho Europeo en esta materia para evitar distorsiones de competencia entre prestamistas. Por ello, podría pensarse, *a priori*, que la Directiva ha limitado la protección del consumidor, circunscribiéndola tan sólo a los supuestos de adquisición masiva de bienes consumibles.

Sin embargo, ocurre que tal cuestión es, en última instancia, irrelevante para determinar si puede existir una vinculación entre los contratos financiados por un préstamo y el préstamo mismo cuando ambos quedan fuera del ámbito de la LCC y de la Directiva. Aun admitiendo que la regla *accessorium...* tiene la categoría de principio general del Derecho, lo que sucede, en suma, es que la LCC, como *lex specialis* que es, excluye *ab initio* la aplicación de dicho principio general que sólo es fuente subsidiaria del Ordenamiento Jurídico (art. 1.4 CC), máxime cuando la LCC, en su artículo 2, delimita tan precisamente su ámbito de aplicación. Por ello, aunque todo principio general del Derecho tiene “carácter informador” del Ordenamiento jurídico, tal misión informativa no debe de prevalecer ante previsiones tan específicas impuestas por una Ley determinada, como es aquí el artículo 2 LCC. Así pues, ha de concluirse que los contratos de préstamo y de consumo económicamente ligados entre sí, pero

tenido incierto (DANA: “La sanction de l’interdépendance”, en *Le crédit...*, dir. por Fadlallah, *op. cit.*, p. 459). Este tipo de juicios, vertidos sin las necesarias precauciones que exige el uso de la teoría de la causa, carecen de fundamento a menos que ese concepto de “causa” se refiera a los *motivos* subjetivos de las partes y, en concreto, a los motivos del consumidor. Es evidente que cada contrato tiene su propia causa objetiva, entendida ésta en el sentido del artículo 1.274 CC (el contrato de consumo, intercambio de cosa por precio; el de préstamo, intercambio de dinero por intereses); y, también, que cada parte tiene sus propios motivos. Pero, de cara a la LCC, los únicos motivos jurídicamente relevantes serían los de consumidor y, por tanto, los únicos que se *causalizarían* a los efectos de los artículos 14 y 15.

(42) Para remediar estos supuestos, entre otros, se promulgó en Francia la Ley de 13 de julio de 1979, integrada posteriormente en el *Code de la Consommation* (arts. 312-1 y ss.; *vid.*, en particular, arts. 312-14).

excluidos no obstante de la LCC, deben considerarse, como regla general, como contratos jurídicamente independientes por simple aplicación del principio de relatividad contractual establecido en el artículo 1.257 CC, párrafo 1.º CC.

Ahora bien, esta regla general no debe impedir deducir una vinculación jurídica entre el préstamo y el contrato de consumo en aquellos casos donde exista un convenio previo con *fuerza jurídica* entre prestamista y proveedor estipulado, además, bajo los parámetros de exclusividad. No solamente un convenio jurídico sin más, como, al parecer, se limita a pedir la citada SAP de Vizcaya, sino un convenio jurídico donde el proveedor se obligue a conducir a sus clientes a un determinado prestamista. En tal caso, si este convenio jurídico de exclusiva existe realmente, el principio de relatividad contractual queda desvirtuado, porque, de cara al tercero de buena fe (el consumidor), proveedor y prestamista se presentan, no como partes de dos contratos distintos, sino como partes de un contrato trilateral generador de diferentes prestaciones.

**EL NUEVO ARTÍCULO 822
DEL CÓDIGO CIVIL: EL DERECHO
DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA
HABITUAL COMO FÓRMULA DE TUTELA
SUCESORIA PREVENTIVA EN BENEFICIO
DEL DISCAPACITADO**

JESÚS FLORES RODRÍGUEZ

*Letrado de la Secretaría Técnica
del Colegio Profesional de Administradores
de Fincas de Madrid*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. DERECHO DE HABITACIÓN Y DERECHO SUCESORIO COMO ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DIRECTA DEL DISCAPACITADO. **II.** EL NUEVO ARTÍCULO 822 CC TRAS LA REFORMA DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE: ANTECEDENTES, CARACTERIZACIÓN Y JUSTIFICACIÓN. **III.** UNA APROXIMACIÓN A LAS FORMAS DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE HABITACIÓN EN EL ARTÍCULO 822 CC. **A)** Los modos de constitución del derecho de habitación: donación y legado. **B)** Especial consideración al debate sobre la supervivencia en nuestro Derecho de las donaciones *mortis causa*, al hilo del nuevo artículo 822 CC. **IV.** LA DONACIÓN Y EL LEGADO VOLUNTARIO DEL DERECHO DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES. **A)** Elementos formales. **B)** Elementos personales. **1.** *Incapaz*

y discapaz: el problema de la determinación del concepto de discapacitado y las distintas opiniones doctrinales. C) Elementos materiales. 1. *La entrega del derecho de habitación. Consecuencias derivadas de la posesión o disfrute preexistente, adquisición, renuncia e inscripción.* 2. *En especial, riesgo y responsabilidad por causa del negocio atributivo.* V. EL DERECHO DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL COMO OBJETO DE DONACIÓN O LEGADO. A) Contenido y título: objeto, facultades y obligaciones. B) Vivienda habitual y vivienda familiar. C) Intransmisibilidad: las consecuencias derivadas de la ausencia o existencia de título constitutivo del derecho de habitación. D) Extinción. VI. LA EXCLUSIÓN EN EL CÓMPUTO PARA EL CÁLCULO DE LAS LEGÍTIMAS. VII. EN PARTICULAR, EL “LEGADO LEGAL” DEL DERECHO DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL. A) La discutida naturaleza del legado legal en nuestro Derecho. B) Algunos importantes interrogantes. C) Legado legal y sucesión intestada. VIII. LA ATRIBUCIÓN AL CÓNYUGE EN LOS SUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 1.406 Y 1.407 CC. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción. Derecho de habitación y derecho sucesorio como elementos de protección patrimonial directa del discapacitado

Con una justificada pretensión de mejorar las condiciones de vida que nuestra sociedad, por imperativo constitucional, viene obligada a promover sobre las personas discapacitadas, especialmente en relación con su patrimonio futuro y con las atenciones que pueden esperarse de los familiares que con ellos conviven, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en lo sucesivo, Ley 41/2003), en cuya gestación ha intervenido de forma decisiva el Consejo General del Notariado, ha efectuado una extensa y compleja reforma del Código Civil (en adelante, CC), centrando algunas de sus modificaciones de mayor calado sobre el régimen de las sucesiones *mortis causa*.

La atención y el tratamiento de la discapacidad en España es un fenómeno bastante reciente. Las instituciones protectoras, especialmente las tutelares, han sido siempre abundantes y han dado ocasión a reiteradas reformas civiles, todas ellas con la sana pretensión, con mejor o peor for-

tuna, de ofrecer instrumentos legales de protección que se adapten al progresivo e inevitable cambio de la realidad social. Ahora bien, siempre se han configurado de manera un tanto dispersa y confusa, en un espacio de desigualdad entre discapacitados y personas sin discapacidad que además ha coincidido con un cierto olvido por los poderes públicos, lo que ha dado pie, en relación con las posibles técnicas de disposición patrimonial directa que puede realizar el benefactor a favor de un familiar discapacitado, a una abundante e interesante doctrina antes y después de la reforma (1).

El fenómeno de la discapacidad, no obstante, está estrechamente ligado al de la *dependencia*, y en cierta forma la Ley 41/2003 pretende aportar soluciones que participen de esta última finalidad protectora. En efecto, la dependencia tiene su base en un déficit del funcionamiento corporal, y cuando esta limitación no puede compensarse mediante la adaptación del entorno provoca una restricción que se concreta en la dependencia de la ayuda de otras personas para realizar las actividades de la vida cotidiana (2), configurándose así esta ayuda personal como una “específica nece-

(1) Entre las muchas aproximaciones que se han realizado a este tema podemos destacar, entre otras, las siguientes: DÍAZ ALABART, S.: *La protección jurídica de las personas con discapacidad* (estudio de la Ley 41/2003, de protección de las personas con discapacidad), Ibermutuamur, Madrid, 2004, pp. 226 y ss.; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: “Disposiciones de protección *mortis causa* del discapaz”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por Martínez Díe, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2000, pp. 236 y ss.; LENA FERNÁNDEZ, R.: *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pp. 45 y ss.; del mismo autor, “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por Martínez Díe, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2000, pp. 150 y ss.; LINACEIRO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica de la discapacidad, menores desfavorecidos y personas mayores*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, pp. 49 y ss.; PASTOR ÁLVAREZ, C.: “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”, *Aranzadi Civil*, número 20/2004, pp. 2 y ss.; PEREÑA VICENTE, M.: “El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 103, mayo 2004, pp. 1528 y ss.; RIPOLL JAÉN, A.: “Discapacidad y derecho de sucesión por causa de muerte”, *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, número 255, noviembre 2002, pp. 2999 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J.: “La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad”, *Actualidad Civil*, número 4, 16-28 febrero 2004, pp. 364 y ss., y SERRANO GARCÍA, I.: “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *RJN*, número 52, octubre-diciembre 2004, pp. 232 y ss.

(2) Para profundizar sobre el reciente fenómeno de la “dependencia” desde una perspectiva amplia o común, su régimen jurídico, y propuestas de futuro, resulta imprescindible la lectura del reciente documento: *Atención a las personas con situaciones de dependencia en España. Libro Blanco*, IMSERSO, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Dependencia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005. Para una comparativa de datos concretos sobre el concepto más concreto de “discapacidad” puede consultarse también JIMÉNEZ LARA, A.: *La discapacidad en cifras*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2003;

sidad vital” que comporta una sustancial carga de naturaleza económica para el necesitado. Esta necesidad tiene múltiples manifestaciones originadas, todas ellas, por la situación de dependencia. La discapacidad, entendida como una restricción o ausencia de capacidad o aptitudes para la vida que impide actuar dentro del margen de lo que se considera normal para el ser humano, tiene importantes elementos de coincidencia con la dependencia (3).

La protección patrimonial de la persona discapaz es un postulado global con un moderno y relativo arraigo en el derecho continental, pero que, sin embargo, ya tiene una cierta tradición en el derecho anglosajón, en los países del *civil law*, de los que el *trust* constituye un buen ejemplo, figura fácilmente asimilable al patrimonio de destino al que se refiere el capítulo I de la Ley 41/2003 (4).

A tal fin, la reforma ha aportado destacados elementos tuitivos o de “protección patrimonial directa” (5), como los califica la exposición de motivos de la norma. Este es el caso de la posibilidad de constituir un patrimonio protegido o de destino a favor del discapacitado, como de las novedades que se han introducido en el Código Civil en torno a la “autotutela” (6) y el régimen sucesorio a través de mecanismos de protección

JIMÉNEZ LARA (A.) y HUETE GARCÍA (A.): *La discapacidad en España: datos estadísticos: aproximación desde la encuesta de discapacidades, deficiencias y estado de salud de 1999*, Real Patronato de Discapacidad, Madrid, 2003; así como el también reciente informe: *El Proceso de discapacidad: un análisis sobre la encuesta de discapacidades, deficiencias y estado de salud*, Fundación Pficer, Madrid, 2004.

(3) LINACERO DE LA FUENTE, M.: ob. cit., p. 49.

(4) Un estudio de esta figura puede encontrarse en MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “El patrimonio de destino de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿un acercamiento al «trust»?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, número 612, 19 de febrero de 2004, pp. 3 y ss.; asimismo, anteriormente, MUÑOZ DE DIOS, G.: “El patrimonio del discapacitado”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por Martínez Díe, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2000, p. 74.

(5) LEÑA FERNÁNDEZ, R.: (*El notario...*, ob. cit., pp. 44-52), clasifica el conjunto de medidas de índole *patrimonial* dirigidas a solucionar los problemas derivados de la incapacidad del disminuido de la siguiente forma: A) Disposiciones realizadas por actos *inter vivos* que pueden ser complementadas con disposiciones testamentarias. Aquí se encuadraría la posibilidad de realizar la donación de un derecho real limitado (de usufructo, uso o habitación), contratos aleatorios y pospactos sucesorios contractuales; y B) Disposiciones testamentarias relativas a la falta de capacidad del disminuido para subvenir su propio sustento y cuidado. Aquí distinguiríamos entre *disposiciones patrimoniales directamente favorables para el disminuido* (entre otras, mejoras y legados), y *disposiciones patrimoniales indirectamente favorables al disminuido* (como el nombramiento de heredero o legatario a favor de un tercero con la condición de dispensar un cuidado).

(6) La autotutela venía siendo hasta ese momento, de entre todas las figuras de protección patrimonial propuestas, tal vez la más ampliamente reclamada por la doctrina (PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: “La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil”, RDP, diciembre 2001, p. 973).

patrimonial testamentarios y no testamentarios; y, especialmente, dentro de este último, por lo que a nosotros respecta, la facultad de constituir un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, a través de una donación o un legado –cuyo importe no ha de computarse en el *quantum* de la legítima–, en aquellos casos en que el donante o testador convive con el discapacitado, al que le une un vínculo familiar y al que *intuitu personae* desea beneficiar, dando así contenido material y efectivo a un derecho real limitado, el de habitación, que aunque pudiera parecer ciertamente desdibujado, obsoleto y carente de utilidad en nuestro ordenamiento jurídico civil, sin embargo, sí venía siendo parcialmente aplicado en este ámbito, aunque no con toda la profundidad deseable. Asimismo, con algunos matices, en ausencia de previsión por parte del causante, este legado operaría incluso *ex lege* de forma automática o directa.

Cierto es que el derecho de habitación en la redacción dada en los artículos 523 a 529 CC no tiene como presupuesto, necesariamente, la ausencia de los elementos o recursos económicos necesarios e indispensables en el habitacionista para una mínima o normal subsistencia, esto es, un estado de pobreza o indigencia, como muy bien apunta RUIZ-RICO RUIZ MORÓN comentando la reforma del artículo 822 CC (7), aunque esta motivación pueda resultar algo más evidente en el nuevo legado *ex lege*, pues se condiciona su atribución a que el discapacitado “lo necesite”. De todos modos, sí trasciende por razones obvias el deseo de establecer herramientas jurídicas de apoyo adicionales a la intervención del propio Estado, que coadyuven a la aconsejable asistencia económica al discapacitado, quien, a buen seguro, habrá de sobrevivir a sus familiares.

En efecto, constituye un dato estadísticamente contrastado que un gran número de las personas discapaces residen toda su vida en el hogar de los padres o familiares en situación de dependencia de los mismos, y que éstos también, en la mayoría de las ocasiones, son personas de edad avanzada preocupadas por el futuro de sus hijos fuera de ese mismo hogar, deseosas de establecer garantías de prevención en favor de los mismos para el momento, más o menos cercano, en que ellos falten (8).

Este derecho de habitación que crea el conviviente en favor del discapacitado legitimario, preocupado por su bienestar, en la medida en que se encuentra unido al mismo por un vínculo familiar, se instrumenta a través de una donación o legado voluntario o por ministerio de la ley, y pasa a englobar lo que también puede calificarse como un elemento patrimonial independiente afecto a un fin. Pero por la propia mecánica de la cons-

(7) RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J.: ob. cit., p. 364.

(8) SÁINZ DE ROBLES, F. C.: “Una perspectiva histórica”, *La protección jurídica del discapacitado*, coordinado por Serrano García, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 29.

titución del derecho nosotros preferimos calificarlo como una *medida de protección patrimonial directa y preventiva*, pues este derecho también está dotado de un valor traducible económicamente –de ahí la importante consecuencia de no imputarse a la legítima–, y tiene por finalidad, en definitiva, la garantía de la satisfacción futura de una de las más importantes y básicas necesidades vitales de sus titulares o beneficiarios: la de vivienda (9).

II. El nuevo artículo 822 CC tras la reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre: antecedentes, caracterización y justificación

La Ley 41/2003 ha redactado *ex novo* el artículo 822 CC (10), de tal forma que el contenido anterior de este precepto ha pasado a formar parte del artículo 821 CC sin variación alguna. Ciertamente, la redacción del artículo 822 CC en la forma realizada no tiene un precedente en la evolución legislativa de esta concreta disposición.

Pues bien, en un primer examen de esta norma hay que destacar un aspecto que a nuestro juicio tiene perfiles propios y destacados: la recuperación del derecho real de habitación –*habitatio*– como un instrumento jurídico pretendidamente útil y potencialmente eficiente (sin “coste” sucesorio para el beneficiario), en el Derecho común (11), a partir de la novedosa redacción del artículo 822 CC, rehabilitación que, con carácter general, ya venía siendo reclamada por algún sector de la doctrina no sólo en este concreto ámbito (12).

Ahora bien, en nuestra opinión, esta conclusión no hace sino abundar en la oportunidad de una nueva regulación legal del derecho de habita-

(9) Efectivamente, la doctrina, antes de la reforma, ya venía reclamando este tipo de disposiciones como medida tendente al aseguramiento de la vivienda como una opción eficaz distinta a la del internamiento (FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A.: ob. cit., p. 239).

(10) “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que no necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación” (art. 822 CC).

(11) En aquellos territorios con Derechos civiles forales continuarán rigiéndose por sus propias normas sucesorias, sin resultar afectados por esta disposición (DÍAZ ALABART, S.: ob. cit., p. 211).

(12) En general, FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 152.

ción que permita una adaptación a las circunstancias y necesidades concretas de cada supuesto planteado, así como a la finalidad que quiera perseguirse en cada caso. En definitiva –como señala FERNÁNDEZ CAMPOS–, es necesario, especialmente ahora, un derecho de habitación concebido de forma más clara y mejor organizado que facilite, en suma, una mayor implantación de esta figura en el tráfico jurídico (13).

Por su parte, la doctrina ya había destacado la enorme trascendencia práctica de esta figura cuando se trataba de garantizar el disfrute de una vivienda a personas que la sociedad ha considerado desfavorecidas y merecedoras de un tratamiento favorable, como los hijos solteros, o el cónyuge viudo (art. 793 CC), o las personas de edad avanzada. Se ha valorado incluso el importante papel que puede desempeñar la habitación en la evolución del arrendamiento, tanto por su protección más enérgica y por su estabilidad, al no depender de contraprestaciones como derecho real, como también, a su vez, por la nota de temporalidad como característica institucional de este derecho (14).

Asimismo, al igual que sucediera con la reforma del Código Civil de 1981 –que al amparo del art. 1.407 CC facultó al cónyuge para constituir un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, resultante de la atribución de bienes que tiene lugar después de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales–, la Ley 41/2003 ha reabierto el camino a este derecho que demuestra su virtualidad en la nueva sociedad y economía, pues es un derecho que en opinión de algún comentarista está llamado a ocupar un lugar muy cercano y cumplir una función social como el usufructo, las servidumbres o, incluso, derechos personales que concedan al beneficiario cierto aprovechamiento de una cosa ajena (15).

Con razón puede decirse que esta ley aparece con un doble objetivo: garantizar la permanencia del discapacitado en la vivienda en la que vivía habitualmente con sus padres, a lo que coadyuva la propia intransmisibilidad del derecho de habitación; y sobre todo que esta garantía, articulada a través de una donación o de un legado voluntario o por ministe-

(13) FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “Comentarios a los artículos 523 a 529 CC”, *Comentarios al Código Civil*, tomo III, dirigido por Rams Albesa, José María Bosch Edit., Barcelona, 2001, p. 871. Se suele citar como modelo en los ordenamientos jurídicos modernos la Compilación de Derecho Foral de Navarra (Leyes 423 a 426), la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación de Cataluña (arts. 33 a 46); el *Codice civile* italiano (arts. 1.021 a 1.026); el *Decreto-lei* número 130/1989, de la República portuguesa y, especialmente, el Código Civil Argentino (arts. 2.948 a 2.969).

(14) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Comentario a los artículos 467 a 529 CC”, *Comentarios al Código Civil y Legislaciones Forales*, dirigido por ALBALADEJO, tomo VII, volumen 1.º, EDESA, Madrid, 1992, pp. 463 y ss.; en este mismo sentido, las STS de 5 y de 23 de marzo de 1925 y 5 de mayo de 1924. FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: ob. cit., p. 142.

(15) FERNÁNDEZ CAMPOS, J.: ob. cit., p. 870.

rio de la ley, le sea lo menos gravosa posible, al no tenerse en cuenta para el cómputo de las legítimas.

Por tanto, se pretende favorecer la constitución de un derecho de habitación sobre la vivienda —el hogar familiar— en la que reside habitualmente el discapacitado con sus padres o familiares a través de un legado o donación de naturaleza “privilegiada”; amén de garantizar la continuidad en la utilización de la vivienda habitual por el discapaz igualmente legítimo para aquel hipotético, pero presumible, caso en que el familiar fallecido y causante de la sucesión no haya adoptado ninguna previsión a este respecto.

Este último “legado legal”, como lo denomina la exposición de motivos de la Ley 41/2003, o derecho de habitación que se constituye a favor del legítimo directamente por la ley resulta ser una novedad, aunque no lo sea tanto en el Derecho foral como luego veremos, y no debe confundirse o identificarse con formas sucesorias con las que guarda una relación de semejanza, como las “sucesiones legales a título particular” contempladas en el Código (16). Claro está que tampoco cabe identificarlo con lo previsto en los artículos 1.406 y 1.407 CC, pues en estos casos el derecho no se atribuye de forma directa por la ley, sino como consecuencia de la facultad ejercitada previamente por el cónyuge supérstite (17). Esta distinción o dualidad entre derecho constituido de forma directa por la ley y facultad de optar, como soluciones armónicas que no son incompatibles, se hace evidente en el inciso último del artículo 822 CC, en cuanto el derecho de habitación constituido *ope legis* sobre la residencia habitual en favor del legítimo discapaz coexistirá con la facultad que los artículos 1.406 y 1.407 CC conceden al cónyuge para que se le atribuya la vivienda habitual en su haber, ya sea en propiedad, ya como un derecho de uso o habitación, una vez liquidada la sociedad de gananciales.

Aunque no puede hablarse propiamente de una “voluntad presunta” —como luego veremos—, el legado *ex lege* al que se refiere la reforma estaría supliendo el consentimiento del causante de la sucesión, entendiendo ante su silencio que éste, de haber tenido la oportunidad, habría querido o podido autorizar la continuidad en el uso sobre lo que hasta ese momento era también el hogar del discapacitado. Ahora bien, esta previsión consistente en atribuir unos efectos sucesorios extraordinarios en virtud de un mandato legal, a título particular, no constituye propiamente un le-

(16) Difícilmente podremos calificarlo como legado en un sentido técnico, pues no hay legado cuando se ha conseguido la ventaja o beneficio a consecuencia de una disposición que no se ha dictado a su favor voluntariamente por el causante. En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, Derecho de Sucesiones, 5.ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 264.

(17) RUIZ-RICO RUIZ MORÓN: ob. cit., p. 365.

gado, pues el legado sólo puede surgir de la voluntad del testador manifestada, como mayor o menor detalle o amplitud, según veremos, de una disposición testamentaria. En alguna medida, se estarían valorando o tomando como referencia los fuertes lazos familiares que unían hasta ese momento a uno y a otro, pero sin que se otorgue a la presunción un alcance más allá de lo que se configura como un beneficio estrictamente personal, esto es, sin perjudicar el uso del resto de familiares convivientes también legitimarios y herederos forzosos y sin computarlo tampoco para el cálculo de las legítimas. Esta consecuencia derivada de la ley aparece concebida más bien como una disposición sucesoria a título particular de “segundo orden o categoría”.

Se ha señalado por algún autor que esta facultad estaría resucitando para nuestro Derecho la antigua clasificación entre *legados voluntarios* y *legados forzosos*, siendo estos últimos los que impone directamente la ley. Ahora bien, esta conclusión no sería del todo exacta aplicada al caso que nos ocupa, por la circunstancia de que los efectos *ipso iure* se producen en ausencia de pacto sucesorio, es decir, no tiene lugar si el testador lo excluye expresamente (18).

Por último, debe llamarse también la atención a propósito de una cuestión que últimamente preocupa a una buena parte de la doctrina: el afán reglamentista de nuestro legislador al que no es ajeno el propio Código Civil. Más concretamente, cabe plantearse una vez más, desde un punto de vista general, la conveniencia o justificación de esta reforma desde un punto de vista de adecuada técnica legislativa, y por su parte, si tal vez existen mecanismos en el Código Civil lo suficientemente flexibles como para permitir dar satisfacción a esta necesidad sin necesidad de modificarlo.

A pesar de ello, la Ley 41/2003 viene siendo ya objeto de algunas críticas por distintos sectores doctrinales (19), incluso en relación con la reforma introducida en el artículo 822 CC, resultando llamativo –en sede parlamentaria–, que ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado se llegase a formular ni una sola enmienda al nuevo artículo 822 CC. Sin embargo, ya se ha señalado por algún autor, a propósito de la innovación que introduce este último precepto, que “las inseguridades que genera no son menores que las ventajas que reconoce” (20). Como observaremos más adelante, esta ley plantea algunos interrogantes importantes y diversas cuestiones problemáticas que iremos analizando paso a paso.

(18) PEREÑA VICENTE, M.: ob. cit., p. 1528.

(19) Es el caso, por ejemplo, del patrimonio de destino y las modificaciones en torno a la tutela (SERRANO GARCÍA, I.: ob. cit., pp. 245 y ss.).

(20) BERMEJO PUMAR, M.: *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por Delgado de Miguel, tomo V, volumen 3.º, 1.ª edición, Consejo General del Notariado y Civitas (Aranzadi), Pamplona, 2005, pp. 194-196. La Ley 41/2003 estaría atendiendo más a un deseo que al sistema en el que se inserta.

III. Una aproximación a las formas de constitución del derecho de habitación en el artículo 822 CC

A) Los modos de constitución del derecho de habitación: donación y legado.

Debe destacarse que no existen en el Código, a diferencia de lo que ocurre con el usufructo, una clasificación de los distintos modos o formas de creación o constitución del derecho de habitación (21). A la vista de esta falta de previsión debemos entender aplicable subsidiariamente lo señalado con carácter general para el derecho de usufructo, de acuerdo con la remisión general que efectúa el artículo 528 CC. Así, conforme a lo señalado en el artículo 468 CC, el derecho de habitación se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares (manifestada por actos *inter vivos* o en última voluntad) y por prescripción.

La primera nota sobre la que debe llamarse la atención es que el artículo 822 CC rompe, en el Derecho común, con el criterio tradicional en relación con el cual el derecho real de habitación, como los demás derechos reales limitados, se constituye de forma voluntaria y, por ello, no debe confundirse con aquellas eventuales reservas de uso o habitación frecuentes en nuestro Derecho de familia [arts. 90.b), 96 y 1.407 CC] (22). No obstante, como se ha apuntado, la propia aplicación del artículo 468 CC a los derechos de habitación deja la puerta abierta, razonablemente, a aquellas situaciones en que la creación de este derecho se produce por ministerio de la ley (23).

En cualquier caso, la regla general es que el derecho se puede constituir mediante un negocio jurídico ya sea unilateral o bilateral, *inter vivos* o *mortis causa*, a título gratuito o bien a título oneroso (24). Asimismo, podrá constituirse este derecho a favor de una o varias personas simultá-

(21) Otras legislaciones, sin embargo, sí prevén las formas de constitución del derecho de habitación. Es el caso de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 423.1), la Ley reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación de Cataluña (arts. 2 y 33), o el Código Civil Argentino (art. 2.950).

(22) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J.: ob. cit., p. 593. Sin embargo, otros autores entienden que es ser precisamente la ley la fuente de la creación de estos derechos, en la medida en que pueden originarse judicialmente al amparo de estos concretos preceptos, por lo que deberían merecer la calificación de derechos *ex lege* (RAMS ALBESA, J.: "Comentarios a los artículos 523 a 529 CC", *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1383).

(23) El artículo 33 de la Ley reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación de Cataluña señala que los derechos de uso y habitación se constituyen también "por disposición legal".

(24) Un estudio muy completo de las distintas formas de constitución de estos derechos puede verse en FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: ob. cit., p. 61.

nea o sucesivamente (25), supuesto éste que no puede considerarse improbable y que parte de la base de la existencia de varios legitimarios en la misma familia con igual derecho, por ejemplo, la concurrencia de otro legitimario discapaz, que puede ser el propio cónyuge o un ascendiente, sobre la vivienda habitual, sin olvidar, claro está, lo señalado en el artículo 1.407 CC.

Pues bien, tanto la donación como el legado, salvo el “legal”, constituyen negocios jurídicos *inter vivos* o *mortis causa* habituales en la atribución de este derecho que permite la constitución o la reserva, según se opte, de la nuda propiedad a un titular diferente del que recibe el derecho de habitación, de tal forma que puedan coexistir simultáneamente asegurando la continuidad del habitacionista. En este sentido, el artículo 822 CC no hace sino reconocer o mostrar dos de las formas que estadísticamente resultan más habituales en la constitución de estos derechos: la donación como contrato o negocio *inter vivos* y el legado en cuanto disposición de última voluntad.

Efectivamente, entre los negocios jurídicos más frecuentes, además del de la venta con reserva de habitación, la donación y el testamento han resultado ser los más corrientes —como indica DORAL—, dado que el origen y el desenvolvimiento de estos derechos han servido tradicionalmente para la defensa del interés de la familia y los alimentos, lo que explica todavía su carácter y función de atribuir ventajas al habitacionista, siendo ésta una finalidad que es conveniente prever en el título constitutivo (26).

Las facultades y obligaciones del titular del derecho de habitación, del discapacitado habitacionista, se regulan en el propio título constitutivo de estos derechos y, en su defecto, subsidiariamente por las disposiciones establecidas en el Código Civil para el derecho de habitación (art. 523 CC) o supletoriamente por las que regulan el usufructo (art. 528 CC).

Así las cosas, siendo los instrumentos jurídicos habituales para la constitución de este derecho precisamente la donación o el legado —el art. 822 CC no hace sino reconocer esta realidad social—, corresponde a éstos fijar su extensión, pudiendo existir donación o legado “con o sin contenido”, lo que dependerá, en definitiva, de la voluntad del benefactor o testador manifiesta unilateralmente. Este extremo tiene una extraordinaria importancia a la hora de determinar la extensión del propio derecho de habitación que habrá de disfrutar el discapacitado, es decir, la determinación, en definitiva, de las facultades, obligaciones y los límites de éste, debiendo presumirse que ante el silencio del legado o donación que lo atribuye, si el beneficiario se limita a constituirlo sin ningún desarrollo, será directa-

(25) FERNÁNDEZ CAMPOS, J.: ob. cit., p. 874.

(26) DORAL GARCÍA DE PAZOS: ob. cit., pp. 593-594.

mente de aplicación lo previsto legalmente en los artículos 524 y ss. CC.

Las concretas clases o modalidades de donación que pueden utilizarse para conseguir este objetivo son múltiples (puras, obligacionales, con reserva de la facultad de disponer o con cláusula de reversión), como también de legado (reales u obligacionales o con entrega diferida). Nos referiremos a las mismas con mayor detalle en el momento del análisis o estudio de los elementos de materiales de estas técnicas de atribución patrimonial.

B) Especial consideración al debate sobre la supervivencia en nuestro Derecho de las donaciones *mortis causa*, al hilo del nuevo artículo 822 CC.

Una primera pregunta que cabe plantearse es si el artículo 822 CC en su primer inciso se está refiriendo, como parece más razonable, a la posibilidad de efectuar una donación *inter vivos* de un derecho de habitación de naturaleza vitalicia a favor del discapacitado con efectos inmediatos; o bien, si se está admitiendo la utilización de la donación *mortis causa*, polémica figura que, como bien es sabido, se otorga en atención a la muerte del benefactor y cuyos efectos deben también producirse sólo una vez acaecida ésta –lo que realmente supondría el sorprendente renacimiento de esta institución–. O, por último, si se está dando carta de naturaleza a ambas posibilidades indistintamente o admitiendo soluciones mixtas o intermedias.

Vayamos por partes. Define el Código Civil la donación como “*el acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra*” (art. 618 CC). La donación es, sin embargo, como regla general, un acto que se realiza *inter vivos*. Ahora bien, nuestro derecho también se refiere a las donaciones *mortis causa*, y así se señala en el artículo 620 CC que “*las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria*”.

El momento en que la donación va a producir sus efectos es una de las notas diferenciadoras entre una y otra clase de donación, de tal forma que en la donación *mortis causa* los efectos se despliegan una vez producida la muerte del donante, mientras que en la que se realiza *inter vivos* éstos se producen durante la vida del mismo. Por otra parte, mientras las donaciones *inter vivos* son por naturaleza “irrevocables”, las *mortis causa*, por el contrario, son esencialmente “revocables”, como toda disposición de última voluntad. Las primeras se formalizarían mediante un contrato, mientras que las segundas deberían revestir la forma de disposición testamentaria.

Si hacemos un pequeño esfuerzo de memoria recordaremos que sobre este tema existen distintas opiniones que han dado lugar, en su momento, a una encendida polémica doctrinal.

Así, la tesis de que el Código ha eliminado las donaciones *mortis causa* se ha sostenido por buena parte de la doctrina más autorizada (27). Igualmente, una muy consolidada jurisprudencia (28) confirma en la actualidad que la donación *mortis causa* debe ajustarse necesariamente a las normas del Código Civil que regulan la sucesión y, particularmente, a las *formas y solemnidades del testamento*, como mínimo en “la modalidad del testamento ológrafo” (29), pues, en caso contrario, el acto dispositivo sería nulo. En síntesis, se asimilarían a los legados y quedarían sometidas a las reglas de la sucesión testamentaria en todos sus aspectos, incluida la forma. Legado y donación tendrían no sólo la misma función, sino que quedarían plenamente identificados.

Para un sector minoritario, sin embargo, el Código Civil admite la donación por causa de muerte, que ha de guardar la forma exigida para donar, pero no para testar, aunque las reglas establecidas para la sucesión testamentaria sean aplicables en su desenvolvimiento y regulación. La donación por causa de muerte tendría una naturaleza convencional o contractual en su otorgamiento, mientras que el carácter del otorgamiento del legado sería evidentemente testamentario y no puramente negocial. En consecuencia, se afirma que no existe una completa confusión entre uno y otro supuesto. Sería así en la *forma* donde encontraríamos una clara diferencia, pues, salvo en el otorgamiento, aplicaríamos las reglas de la sucesión testamentaria en su desenvolvimiento, funcionamiento y ordenación: “el nacimiento es distinto en la donación y en la sucesión testamentaria” (30).

(27) ALBALADEJO GARCÍA, M. (“Comentario a los arts. 620 y 621 CC”, *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1581-1582), indica que cuando el artículo 620 CC ordena que ésta se rija, sin límite alguno, por las reglas de la sucesión testamentaria está sometiéndola a estas reglas en todo, de modo que también en que ha de otorgarse en testamento guardando la forma de éste, y como quiera que el testamento es acto unilateral del disponente, se está excluyendo que la donación *mortis causa* pueda seguir siendo acuerdo de donante y donatario, de modo que pasa a ser una disposición más del donante. Pero dado que está hecha en testamento es una disposición testamentaria más, y no una donación.

(28) La llamada donación *mortis causa* a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual desde luego no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias (SSTS, 1.ª, de 30 de diciembre de 2003 y 24 de febrero de 1986).

(29) STS, 1.ª, de 28 de julio de 2003 y SAP Badajoz de 21-6-2002.

(30) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Donaciones *mortis causa* en el Código Civil y en el Derecho de Navarra”, en Homenaje al profesor Sancho Rebullida, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1993, p. 1341.

Como ampliación y complemento de lo indicado, aunque nos estemos refiriendo en puridad al Derecho común y, por ello, no sea trasladable la cuestión al Derecho foral, existen im-

De no ser por la adopción de la forma negocial de donación –señala VALLET– carecerían de individualidad propia. Ni siquiera podría hablarse de la donación *mortis causa* con independencia de las últimas voluntades (31).

Ahora bien, en alguna medida no pueden negarse algunos beneficios o utilidades derivados de este instituto, siempre que sea admisible esta figura. En efecto –como indica ROCA SASTRE–, no sería requisito imprescindible la entrega por el testador o por el heredero y la cosa donada pasa directamente al donatario. Además, la donación no provendría de la herencia del donante, sino que el donatario tendría la cosa o derecho donado en el último momento de la vida del testador. “Todas estas son ventajas que justifican sea conservada” (32). A ello añadiríamos, como se ha

portantes especialidades en algunos territorios históricos –especialmente en Cataluña y Navarra–, soluciones que tienen fácil explicación en la amplia libertad civil que se consagra en sus regímenes sucesorios. Mientras que en el Derecho común, según se ha expuesto, existe discrepancia en torno a la cuestión de si esta clase de donación se habría refundido en los legados, por lo que no tendrían sustantividad propia diferente de la de aquéllos, en el Derecho catalán, sin embargo, subsisten como auténticas formas sucesorias, sobre la base del principio de libertad civil. En efecto, las donaciones *mortis causa* aparecen reguladas en los artículos 392 a 396 del *Codi de Successions* (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), y “se configuran como formas de sucesión, por lo que son disposiciones que participan de la naturaleza de las *mortis causa* en la medida en que la muerte aparece como elemento estructural de la donación. La donación se hace en contemplación a la muerte del donante, que actúa, como en el testamento, como momento y presupuesto de su eficacia. Se configuran en la doctrina catalana como negocio jurídico bilateral en el que confluyen las voluntades del donante y donatario, y son esencialmente revocables, por expresa disposición legal (art. 396 del *Codi*), sin que sea necesario que revistan la forma del testamento”. Es decir, el *Codi de Successions* de Cataluña, a diferencia del Derecho común, “no exige que las donaciones *mortis causa* se revistan de las formalidades propias de las disposiciones de última voluntad, aunque deben constar necesariamente de forma expresa. En su otorgamiento debe concurrir la voluntad del donante de efectuar con eficacia diferida al momento posterior a su muerte, con la voluntad del donatario de aceptar aquella disposición, y este concurso de voluntades ha de estar claramente establecido, sin que quepa deducirse por vía indirecta” (SAP Lleida de 5 de diciembre de 2002, que cita a su vez las SSTSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2000 y 9 de enero de 1994, y SAP Barcelona de 22 de noviembre de 2004). Asimismo, la Ley 165 del Fuero Nuevo de Navarra, en la misma línea que el Código Civil, indica que “son donaciones *mortis causa* las que se hacen en consideración a la muerte del donante”, y exige la observación de los requisitos que establece la Ley 167, es decir, que se otorgue escritura pública con asistencia de dos testigos que reúnan las condiciones requeridas para los testamentos ante notario, conforme a las Leyes 185 y 186 del Fuero Nuevo. Visto lo cual “tales tesis diferenciadoras de una y otra clase de donaciones no son aplicables a la configuración jurídica de dichos actos de liberalidad en el Derecho propio de Navarra”, pues como pone de manifiesto la doctrina, en muchas ocasiones se pretende explicar como donaciones *mortis causa* típicos fenómenos que encuentran una clara explicación en el Derecho foral.

(31) VALLET DE GOYTISOLO, J. (*La donación “mortis causa” en el Código Civil Español*, Reus, Madrid, 1950, pp. 102-104), considera que la donación *mortis causa* es en su forma un acto *inter vivos*, un contrato en sentido lato o, más exactamente, un negocio jurídico bilateral. Por ello, la donación *mortis causa*, en principio, debe otorgarse bilateralmente por donante y donatario, como las donaciones *inter vivos*.

(32) ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho Privado*, en colaboración con Puig Brutau, volumen I, EDESA, Madrid, 1948, p. 575.

señalado doctrinalmente, que su eliminación apareja el inconveniente de dejar desprotegido el interés subjetivo del particular –de naturaleza psicológica y demandado socialmente–, de dejar constancia de su intención benefactora hacia el beneficiario sin por ello perder, irrevocablemente, el dominio (33).

Siguiendo este último planteamiento, mayores dificultades encontramos en su delimitación frente al legado, pues ambas figuras participan o, más concretamente, comunican o intercambian su propia naturaleza una a la otra: de legado en cuanto al régimen aplicable y de donación en el momento de su otorgamiento. La donación pospondría sus efectos hasta que muera el donante. De ahí que la donación *mortis causa*, como se ha indicado, deba considerarse “revocable” hasta que se reconozca en la correspondiente disposición testamentaria del causante de la sucesión tras su fallecimiento (34).

En relación con esta misma cuestión, la posibilidad de que pueda admitirse un *tertium genus*, es decir, una figura intermedia que siendo contrato tenga una finalidad *mortis causa* y, por tanto, sea revocable, a falta de precepto expreso que lo autorice, no puede construirse con apoyo en la teoría general de los contratos, por quedar fuera del objeto de los contratos de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.271 CC (35).

En nuestra opinión, el artículo 822 CC consagra sólo el primero de los supuestos planteados, la donación *inter vivos* de un derecho real de habitación con efectos inmediatos –como instrumento de atribución patrimonial directo–, con la ventaja de que su cuantía quedará excluida de la legítima. Este planteamiento nos conduce a rechazar la donación por causa de muerte –pues de admitir otra conclusión las expresiones donación y legado no serían sino una mera y absurda reiteración–. El derecho de habitación así conferido sólo se extinguirá a la muerte del habitacionista (arts. 513 y 529 CC), en vista de lo cual el donante asegura eficazmente al discapacitado el disfrute de una vivienda digna durante toda la vida de este último.

Mayores dudas arroja la admisión de aquellas donaciones que la doctrina ha denominado *donaciones entre vivos con efectos diferidos a la muerte del donante*, esto es, que realizándose entre vivos ha de producir efectos *post mortem*, pues aunque subjetivamente se haga pensando en el futuro

(33) A este argumento de BELUCHE RINCÓN, I. [“La donación *mortis causa* (desde la prohibición de pactos sucesorios)”, ADC, julio-septiembre 1999, p. 1075], se añadiría también el inconveniente de forzar la realización de distintas maniobras jurídicas para conseguir indirectamente el mismo fin.

(34) STS, 1.ª, de 25 de julio de 1996 y todas las citadas en esta resolución.

(35) DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 424.

fallecimiento del donante, y el previsible desamparo del discapacitado, ni se “desnaturalizaría” ni se desvincularía la misma de los elementos objetivos y sustanciales de la donación. A este propósito cabría considerarlas como una opción posible dentro del artículo 822 CC, que, en modo pleno, sean o no condicionales, es algo que está plenamente reconocido por la jurisprudencia (36).

En efecto, la STS, 1.^a, de 9 de junio de 1995, considera donación *inter vivos* aunque la cosa (el derecho) no se entregue de momento o se reserve la entrega *post mortem*, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia de naturaleza el acto, pues la donación *inter vivos* no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera como motivo puramente subjetivo, pero sin incorporarse a la donación como causa específica y determinante” (37).

En este aspecto estamos convencidos de que más que sobre el *cómo* resulta pertinente indagar sobre el *fin* jurídico de la norma, pues —como dijera DE CASTRO— aunque parezca paradójico el método de interpretación finalista es el más seguro y el más respetuoso hacia la autoridad del legislador (38). Y es que —según indica también LEÑA FERNÁNDEZ—, si los padres quieren dejar resuelto para el hijo discapaz el problema de vivienda, y no quieren optar por dejar en propiedad o constituir un usufructo sobre la propia vivienda habitual en beneficio del disminuido para mientras viva, por ser estos derechos potencialmente enajenables, sí podrían donarle un derecho de habitación vitalicio, personalísimo y por ello no arrendable ni traspasable, quedando la nuda propiedad en sus manos, para después, en su testamento, atribuir esa nuda propiedad a quienes deseen, incluso a un hijo determinado, bien de forma libre, bien con la condición o gravamen de cuidar y atender al discapacitado, de tal forma que al fallecer este último se consolidará el pleno dominio en manos de quien, en ese momento, sea titular de la nuda propiedad (39).

En conclusión, para la satisfacción de esta necesidad este derecho de habitación puede constituirse, de ordinario, por la voluntad del propietario titular bajo la forma de un contrato, y la donación tiene precisamente esta naturaleza. Pero también, mediante la solemnidad del testamento, instituyendo un legado. No obstante, en todos estos supuestos concurren elementos que confieren a este derecho unas especiales particularidades.

(36) *Ibidem*, p. 435.

(37) A esta conclusión llega igualmente la STS, 1.^a, de 25 de julio de 1996 y la RDGRN de 6 de marzo de 1997.

(38) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 463.

(39) LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *ob. cit.*, pp. 65-66.

IV. La donación y el legado voluntario del derecho de habitación sobre la vivienda habitual y sus elementos esenciales

A) Elementos formales.

Antes de entrar a analizar los requisitos personales y materiales sobre los que recae esta donación o legado, debemos efectuar alguna puntualización en relación con la *formalidad* de estos negocios. Y es que mientras que el legado no ofrece problema alguno en orden a la forma en que se instrumenta el mismo, que habrá de ser la del testamento, sí se desprenden algunas particularidades en relación con la forma de la donación (arts. 632 y 633 CC), concebida como mecanismo de protección patrimonial del disminuido o discapacitado, cuando la misma se otorga intencionalmente *contemplatione mortis* del que la realiza.

El primer dato significativo que puede observarse es que, precisamente, en algún sector de la jurisprudencia menor se ha considerado que cuando la donación recae, no sobre el dominio, sino sobre un derecho real limitado –derecho de habitación–, no se precisa escritura pública para la existencia, perfección y consumación de una donación recayente sobre esos derechos, pues la desposesión sería siempre limitada y temporal (SSAP Barcelona de 15 de febrero de 2000 y de Teruel de 9 de octubre de 1993) (40). No obstante, este criterio no es compartido por la doctrina (41) ni por la jurisprudencia mayoritaria (42), que exige rigurosamente la escritura pública. Además, debe destacarse que obviamente es necesaria la escritura pública para el acceso de estos derechos al Registro de la Propiedad.

El segundo, también a juicio de la doctrina (43), la perfección de la

(40) “Si la donación de bienes inmuebles, por su especial transcendencia, exige imperativamente la escritura pública (art. 633 CC), la cesión del derecho de habitación no se encuentra sometida a tan rigurosa exigencia, pudiendo constituirse por la voluntad de los particulares manifestada en actos *inter vivos*, como dice el artículo 468 CC, que dictado para el usufructo es aplicable, según hemos visto, también al derecho de habitación” (SAP Barcelona 15 de febrero de 2000).

(41) CARPIO MATEOS, F.: “Intervivos, *mortis causa, post mortem*”, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, dirigido por Martínez-Calcerrada y Gómez, volumen 3.º, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 2288. En la misma línea, POVEDA BERNAL, M. (*Relajación Formal de la Donación*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 98-99), que opina, en relación con el fenómeno de progresiva liberalización formal de la donación, “que en el extremo opuesto se encontraría la donación por causa exclusivamente liberal, en la que, tratándose de bienes inmuebles, la contravención del artículo 633 CC afectaría simultáneamente al título y al modo de adquirir, desencadenando una doble ineficacia tanto obligacional como jurídico-real”.

(42) Además, no se puede usucapir en documento privado, pues así no puede poseerse en concepto de dueños (STS 27 de noviembre de 1989).

(43) A pesar de la discusión existente sobre si existe contracción entre los artículos 623 y 629 CC, la tesis sostenida se encuentra completamente consolidada. A título de ejemplo, pueden citarse LEÑA FERNÁNDEZ, R.: ob. cit., p. 60; ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, tomo II,

donación tendría lugar cuando el donante *conoce* la notificación de la aceptación que realiza el donatario, y no cuando tiene lugar efectivamente esta última, por aplicación de la regla del conocimiento para la validez de los contratos (arts. 623, 629 y 1.262 CC) (44). Debe recordarse, no obstante, que, tratándose de una donación de “cosa inmueble”, la aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. Hecha en escritura separada deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras (art. 633 CC).

B) Elementos personales.

Sentado el principio de que la atribución del derecho puede serlo bien mediante una donación o bien a través de un legado, quedan por determinar los distintos requisitos o elementos que necesariamente deben concurrir además del de la forma. Empezaremos por los de naturaleza subjetiva.

En primer lugar, en la *donación*, como regla general, la capacidad del donante será la capacidad específica para disponer de los bienes o derechos de que se trate a título gratuito (art. 624 CC). El donatario discapacitado, por exigencia del precepto, habrá de ser un legitimario que conviva con el donante al tiempo del fallecimiento, circunstancia que opera como condición resolutoria de la donación, como analizaremos más adelante. Bastará que sea capaz de entender y querer, y no se le exige ni siquiera la capacidad general para contratar (art. 626 CC, *a contrario*) (45).

volumen II, 7.ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 111; LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, tomo III, Trivium, Madrid, 1999, p. 185; y DE LOS MOZOS, J. L.: ob. cit., p. 131.

(44) Sin perjuicio de algún posible contenido circunstancial importante (piénsese en un pacto de reversión), como elementos *esenciales* de la escritura pública de donación que se exigen en su contenido, expresamente, debe destacarse la voluntad de donar la individualización de los bienes donados, el valor de las cargas impuestas al donatario (en su caso) y la imprescindible aceptación de éste, ya sea en el mismo documento, o en otro distinto, pero también auténtico y notificado al donante, con anotación de la diligencia en ambas escrituras (DURÁN RIVACOBRA, R.: *Donación de inmuebles: forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 49).

(45) ALBALADEJO GARCÍA, M.: ob. ú. cit., p. 117. En opinión de LEÑA FERNÁNDEZ, R.: ob. cit., pp. 54-56, no tienen tal capacidad, por ejemplo, los herederos del declarado fallecido, respecto a bienes heredados del causante, hasta cinco años de la declaración del fallecimiento de éste (art. 196 CC); los sujetos a curatela en caso de prodigalidad o en los demás supuestos, si en la sentencia en que se declare la prodigalidad o la incapacidad se exige para estos actos el consentimiento del curador (arts. 298 y 290 CC); quienes, respecto a los bienes que traten de donar, estén sujetos a una prohibición de disponer por actos a título gratuito. En cuanto a la capacidad del donatario, teniendo en cuenta que la donación la efectuarán los padres a favor de su hijo, será necesaria para la perfección del contrato la aceptación de éste (art. 629 CC). Serán de especial aplicación los artículos 625 y 626 CC, para las situaciones de incapacitación y las donaciones condicionales. En los supuestos en que el disminuido, aún no incapacitado, care-

Como ya se ha apuntado, la regla general consiste en la irrevocabilidad de la donación. Al tratarse de un contrato procede su extinción por mutuo acuerdo de las partes, pero, ahora bien, no sería procedente si no lo quiere una de ellas. No obstante, encontraríamos alguna excepción a esta regla en el caso que examinamos. Por ejemplo, en la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos (art. 644 CC), pues, al menos en hipótesis, es factible el ejemplo de que la donación se hubiera otorgado a favor del cónyuge discapacitado del donante, o de un ascendiente, en ausencia inicial de hijos que posteriormente aparecen.

En segundo lugar, es asimismo posible que el derecho de habitación sobre la vivienda familiar puede atribuirse mediante un *legado*, y en este sentido no es una figura del todo nueva, en tanto en cuanto aparece reconocida de forma expresa en el párrafo segundo del artículo 793 CC (46) con un fin claramente protector de determinados colectivos o segmentos de la sociedad, a los que al día de hoy, y a estos mismos efectos, se incorpora el de los discapacitados.

Centrando ya el estudio en el caso que nos ocupa, debemos destacar, en primer lugar, que el artículo 822 CC está regulando una forma de *prelegado*.

En efecto, testador o causante, legatario y persona gravada son los tres sujetos que necesariamente deben concurrir en cualquier legado. Es decir, en cualquier disposición testamentaria a título particular –pues sólo cabe legado en la sucesión *testada*– se identifican tres relaciones o posiciones distintas: el testador ordenante de la atribución; el legatario como sujeto favorecido por la misma, y el gravado, que vendrá obligado a soportar la carga que impone el testador. Traspolar esta estructura a esta relación no ofrece ninguna dificultad. El testador, familiar del discapacitado (padres preocupados, como se ha expuesto, por lo que puede deparar el futuro), que atribuye un derecho de habitación a título particular a favor del hijo discapacitado (que también puede ser un ascendiente o el mismo cónyuge), y por ello legitimario, que ocupará la posición de favorecido (legatario), con cargo al resto de herederos, que aparecerían como las personas gravadas.

El Derecho Romano –apunta LACRUZ (47)– negó siempre que el heredero pudiera ser, a la vez, legatario, rechazando así el prelegado. El lega-

ciere de la capacidad de querer y entender y fuese menor de edad o, habiendo sido incapacitado, se declarase en la sentencia la incapacitación y su incapacidad para aceptar donaciones, éstas deberán ser aceptadas por quien ostente su representación legal, normalmente, los propios padres, o aquel de ellos que hace la donación, sin que pueda considerarse un supuesto de autocontratación.

(46) “Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo” (art. 793 CC).

(47) LACRUZ BERDEJO, J. L.: ob. cit., p. 266.

do hecho al heredero, llamado prelegado, se consideraba total o parcialmente nulo (según que el heredero fuera único o plural) si éste aceptaba la herencia, por concurrir dos causas de adquisición hereditaria respecto de un mismo objeto. Sin embargo, esta posibilidad viene admitida en el párrafo segundo del artículo 890 CC (48), como también incluso en el artículo 821 CC (49), lo que demuestra la posible concurrencia de los caracteres de heredero y legatario en una misma persona. Herencia y legado pueden ser aceptados o repudiados independientemente, llevando asimismo una vida autónoma.

Así las cosas, si nos servimos de la ya clásica definición del legado que realiza el profesor ALBALADEJO (50), nos encontraríamos ante una disposición *mortis causa* a título particular, que realizan los padres o familiares en beneficio del legatario, hijo, cónyuge o ascendiente discapacitado además de legitimario, que recae sobre un derecho real de habitación sobre la vivienda habitual y a cargo del patrimonio hereditario. Al testador debe exigírsele la capacidad establecida en los artículos 662 a 666 CC (testamentificación activa). Legatario puede ser, naturalmente, cualquier persona, incluso cualquiera de los herederos, no olvidemos que nos encontramos ante una atribución *intuitu personae*. Como regla general, debe estar en posesión de la capacidad establecida en los artículos 744 y ss. CC (testamentificación pasiva).

Volviendo sobre los términos del precepto, la capacidad sucesoria no es objeto de restricciones en nuestro Derecho salvo en los supuestos legalmente contemplados, pero debemos tener en cuenta que sólo podrá suceder mediante testamento los que no estén incapacitados por la ley (art. 744 CC). Es más, para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate (art. 758 CC). Asimismo, si el legado fuese condicional se atenderá al tiempo en que se cumpla la condición.

El caso es que el legitimario beneficiario, esto es, el discapaz, es de ordinario también heredero, al menos en la porción legitimaria, y esta simultaneidad —propia del prelegado— se hace aún más problemática en

(48) “El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla” (art. 890 CC). El Derecho alemán admite también el prelegado cuando señala que “el legado atribuido a un heredero vale como legado aun en aquello en que el heredero esté gravado” (p. 2150 BGB).

(49) “El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima” (art. 821 CC).

(50) ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Comentario a los artículos 858 a 891 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, coordinado por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo XII, volumen 1.º, EDESA, Madrid, 1998, p. 4.

aquellos casos, bastante frecuentes, en los que el único bien objeto de la herencia es la casa o residencia habitual donde este último habita con el causante y, en su caso, con el resto de legitimarios. El discapaz resultará así heredero en una parte de la herencia en la que se incluye el inmueble y, a su vez, legatario de un derecho de habitación sobre el mismo. Ahora bien, no se observa obstáculo alguno para que, en aplicación de lo señalado en el artículo 890 CC, pueda el discapaz renunciar a la herencia y aceptar el legado, o bien renunciar al legado y aceptar la primera, problema que queda resuelto, desde un punto de vista eminentemente práctico, desde el momento en que no hay quebranto económico para el beneficiario, dado que este derecho de habitación objeto del legado no se computa para el cálculo de las legítimas.

En línea de lo anterior, como bien es sabido, mucho se ha discutido también si el legitimario tiene o no una cuota en la herencia, si la condición de heredero difumina su naturaleza legitimaria, pero, ciertamente, en nuestra opinión, la reforma introduce algunos elementos de reflexión sobre este asunto. Y, efectivamente, en el supuesto contemplado, no podrá entenderse que la legítima haya sido hecha efectiva mediante donaciones *inter vivos* o mediante legados, por lo que nos encontraríamos en una situación en la que, excepcionalmente, podría el legitimario pretender una vocación *mortis causa* a título universal y, por tanto, tener pretensiones de heredero (51). El legatario, en vista de ello, en cuanto no pierde su naturaleza como sucesor universal, puede ser calificado como heredero, salvo que se estime que se está dejando el derecho de habitación al heredero como un medio de concretar así la participación que el causante quería conceder al habitacionista en la herencia, estimación que no cabe aceptar por aplicación directa del artículo 822 CC.

Cabe plantearse, en definitiva, si debería admitirse una cierta libertad y subjetividad en determinación de la naturaleza jurídica del sucesor hereditario, de forma que, si lo querido por el testador es un llamamiento universal, debe valer como tal, dentro de los límites de la ley, abundando en esta tesis el nuevo artículo 822 CC (52).

El legatario, según los términos del precepto, debe reunir la condición de "legitimario", esto es, de descendiente, ascendiente o cónyuge supérstite del testador (art. 807 CC), lo que supone excluir la atribución por vía

(51) Se hace necesario así revisar algunos planteamientos tradicionales en relación a este concreto extremo (por ejemplo, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. VII, 2.ª ed., Trivium, Madrid, 2001, p. 249; ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, t. V, Bosch, Barcelona, 1994, p. 26; como, del mismo autor, "Sucesor universal o heredero o sucesor particular o legatario", RDP, 1978, pp. 747-748).

(52) GUTIÉRREZ JEREZ, J. L.: *El legado de usufructo en el Derecho Civil Común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 233.

de legado del derecho de habitación sobre la vivienda a los que no sean legitimarios –salvo que se pretendan conseguir otros efectos distintos de los previstos en el art. 822 CC–, como ocurre con el nieto que habite con el hijo, dado que con arreglo a derecho es este último el legitimario. Aunque algún sector doctrinal haya criticado esta ausencia de amplitud (53), la admisión de estos efectos aún más extensos obligaría, de aceptarse, a replantear otras figuras, como la teoría y el fundamento de las legítimas en nuestro Derecho (54).

Normalmente, los legados se imputan al total haber hereditario y son proporcionalmente sufridos por todos los herederos. No obstante, el testador puede ordenar que graven específicamente a uno o varios de los herederos en concreto, incluso a uno o varios legatarios (arts. 858 y 859 CC). Por la propia motivación del artículo 882 CC, unas u otras opciones de imputación irán unidas, seguramente, al hecho de quién sea finalmente el adjudicatario final de la vivienda, pues –como indica VALLET– el problema de la imputación es, por tanto, cuestión de interpretación de la voluntad del testador (55).

En conclusión, cuando el testador grave con el legado a uno de los herederos, él solo quedará obligado a su cumplimiento, lo que puede ocurrir cuando la vivienda se atribuye a uno de los herederos con la obligación de soportar el derecho de habitación. Y si no gravase a ninguno en particular, quedarán obligados todos en la misma proporción en que sean herederos. El único realmente beneficiado será el discapacitado, que no verá perjudicada su legítima.

1. Incapaz y discapaz: el problema de la determinación del concepto de discapacitado y las distintas opiniones doctrinales.

El término discapacitado es nuevo en el Código Civil y se encuentra inevitablemente relacionado con el de incapacitado. Actualmente, se utilizan los términos discapacitado o persona con discapacidad en vez del de minusválido, tanto a nivel nacional como internacional, y resulta complejo ofrecer un concepto técnico preciso debido a las distintas hipótesis o

(53) SERRANO GARCÍA, I.: ob. cit., p. 258.

(54) En la intervención realizada por el diputado SÁNCHEZ GARRIDO, del Grupo Parlamentario Socialista, en la sesión del Congreso celebrada el día 16 de septiembre de 2003, se sorprende éste de las constantes reformas que han ido sufriendo instituciones como la legítima, aunque al hilo más bien del artículo 831 CC, añadiendo que “sería bueno que se acometiera la reforma de la legítima en profundidad, pero lo que no se puede hacer es que cada vez que sale una ley le demos un bocado a este tema” (*Diario de Sesiones*, Congreso de los Diputados, Comisiones, VII Legislatura, núm. 809, año 2003, p. 25491).

(55) VALLET DE GOYTISOLO, J.: “Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios”, RDP, enero-diciembre 1948, p. 322.

posturas que sobre el mismo concepto se han ido ofreciendo (disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales) (56).

Concretando esta cuestión, la Ley 41/2003, en su artículo 13, añade una disposición adicional cuarta en el Código Civil, importante a estos efectos, por lo que la referencia que a las personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041 CC, se entenderá hecha al concepto definido en esa misma ley. Por consiguiente, se entiende por personas con discapacidad las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 (57). El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente (58) o por resolución judicial firme (art. 2 de la Ley 41/2003).

Es indiferente que la deficiencia pueda a su vez ser causa de incapacitación (art. 200 CC), como también lo es que esta última haya sido reconocida mediante la pertinente resolución judicial (59). Incluso algunos autores se muestran abiertamente partidarios de equiparar al discapacitado, en un determinado grado de discapacidad, con el incapacitado judicialmente (60). No obstante, la Ley 41/2003 utiliza indistintamente, según

(56) El discapacitado es un *tertium genus*, entre el incapaz jurídico y el presunto incapaz, englobando a éste, esto es, la persona que no ha sido incapacitada en los términos del artículo 200 CC, aunque en principio tampoco sea la persona que esté, por su déficit, incurso en un expediente aplicable a los “presuntos incapaces”, esto es, son personas con una deficiencia inferior –sensorial, psíquica o física–, pero que, sin embargo, tales deficiencias les impiden el desarrollo de su conducta habitual, o algún acto de la misma. A ello hay que añadir la permanencia o estabilidad de esta situación (MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “Medidas civiles de protección de los discapacitados no declarados”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por Martínez Díe, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas, Madrid, 2000, pp. 96-97).

(57) También SERRANO GARCÍA, I. (ob. cit., p. 241), critica la técnica legislativa utilizada para la determinación de la discapacidad en virtud de una remisión reglamentaria, señalando que hubiera sido más adecuada una definición literaria de la discapacidad que debería girar sobre las llamadas “Actividades de la Vida Diaria” (ADV). Así, proponiendo una definición, se encontraría en situación de discapacidad “el que no pueda llevar a cabo de forma autónoma las actividades de la vida diaria, necesitando, en consecuencia, de ayudas para hacerlo”. Este concepto sería así más cercano al de “persona dependiente”.

(58) Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

(59) “Mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se puede hacer, sin embargo, la afirmación inversa: puede ocurrir que la causa de discapacidad no sea causa de incapacitación, o incluso que, siendo la causa de discapacidad causa de incapacitación, no se haya instado el procedimiento judicial correspondiente y no exista sentencia incapacitadora” (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN: ob. cit., p. 359). En la misma línea, MARTÍNEZ DÍE, R.: “Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, dirigido por González Poveda y Picón Martín, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial y Consejo General del Notariado, Madrid, 1999, p. 173.

(60) LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “El tráfico...”, ob. cit., pp. 149 y ss.

el ámbito del que se trate (sucesiones, contratos o patrimonio) el término incapacitado o discapacitado, incluso el de persona con dependencia (61). Habrá, pues, que estar al *nudo* concepto legal de discapacidad como *conditio* necesaria para que el legitimario pueda hacerse acreedor del legado en los términos establecidos en el artículo 822 CC. Los legitimarios incapacitados judicialmente quedarían excluidos de los beneficios de la ley a no ser que concurra en ellos, *en forma*, la correspondiente causa legal de discapacidad (62) y, evidentemente, en su caso, el correspondiente complemento de capacidad de su tutor o curador.

Por lo demás, el Código contempla en el artículo 756 CC distintas *causas de indignidad para suceder*, alguna de las cuales implican una relación entre parientes que son, a su vez, legitimarios, y que habrá que tener en cuenta, pues de la concurrencia de la misma se derivaría la obligación de la restitución del derecho de habitación objeto de posesión por el presunto discapaz indigno (63).

C) Elementos materiales.

La *donación* de un derecho de habitación, *inter vivos*, no plantea mayores problemas que el de la acrediación de la titularidad del derecho en el momento en que los efectos de la atribución vayan a tener lugar. El donante, aun cuando haya contraído matrimonio, puede tener atribuida la vivienda como bien privativo, en cuyo caso la disponibilidad no ofrece mayor problema. Ahora bien, lo cierto es que el derecho donado puede también recaer sobre una vivienda que tenga naturaleza ganancial, en cuyo caso los efectos del derecho no podrán sobrepasar la cuota que corresponda al disponente. No obstante, entendemos que cualquier problema de esta índole puede resolverse mediante un pacto o acuerdo de ambos cónyuges en interés del legitimario discapacitado, como ya viene ocurriendo en la práctica cotidiana.

(61) Así lo pone de manifiesto PEREÑA VICENTE, M.: "El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado", *Actualidad Civil*, número 15, 1-15 septiembre, 2004, p. 1761.

(62) Quedarían excluidas del ámbito de esta ley las personas con dependencia "no minusválidas", como ocurre particularmente con los ancianos, que sin embargo no puedan acreditar la existencia de alguna de las minusvalías, en el porcentaje previsto, a las que se refiere el restrictivo artículo 2 de la Ley 41/2003, lo que contrasta con la concepción amplia o extensa del término discapacitado que, de forma progresiva, se viene consolidando en otras áreas del Derecho. No olvidemos que el progresivo envejecimiento de la población hace coincidir a menudo, cada vez de forma más corriente, simultáneamente, a dos generaciones –padres e hijos– en edad avanzada.

(63) Para profundizar sobre los efectos que la indignidad despliega sobre las legítimas, *vid.* PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: *La indignidad sucesoria en el Código Civil español*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1997, pp. 172 y ss.

Resulta pertinente recordar que el artículo 822 CC no establece reglas en cuanto al tipo o clase de la donación a elegir por el constituyente, lo que tiene importantes efectos en las condiciones en las que se atribuye el derecho de habitación; y, asimismo, que es un criterio común que las donaciones pueden ser *puras, condicionales, modales y onerosas*, según que la liberalidad no reconozca otro móvil que el propósito de favorecer al donatario sin contraer éste obligación alguna respecto del donante, que la existencia de la relación jurídica dependa de un acontecimiento futuro e incierto, que exprese un motivo, una finalidad, deseo o recomendación y, en fin, que imponga al donatario un gravamen bien con carga real u obligación personal inferiores al valor objeto de la donación (64). Simplemente diremos que es norma habitual que este derecho de habitación se transmita bien de forma plena, bien mediante una donación con reserva de la facultad de disponer (art. 639 CC) o, por último, con una cláusula de reversión (art. 641 CC).

Un examen más detenido debe realizarse sobre el objeto del *legado*. Es un lugar común que el legado puede consistir en cualquier bien, y así viene siendo admitido en nuestro Derecho. La regulación que de los legados consagra el Código Civil es *numerus appertus*, siempre y cuando el objeto del mismo recaiga sobre cosas que no se encuentren “*fuera del comercio*” (art. 865 CC). Dicho así resulta perfectamente factible –y de hecho es una práctica corriente, como también lo era antes de la reforma– que el legado pueda tener como objeto un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, y que el mismo se instituya a favor de un legitimario discapacitado mientras que la propiedad revierta en una persona distinta, legitimaria o no. Realmente, donde sí se encuentra el aspecto novedoso de la nueva norma es en las beneficiosas consecuencias económicas que el Código anuda a ésta –y sólo a ésta– particular forma de legado o donación, al excluir el valor de este derecho del cómputo para las legítimas. Así pues, desde un punto de vista objetivo o material, como ya hemos dejado apuntado, la especialidad es doble: de una parte, por el propio objeto sobre el que recae, un derecho real de habitación sobre la vivienda habitual; de otra, por la ausencia de perjuicio patrimonial para el beneficiario, que revierte íntegramente sobre el resto de los coherederos.

A través de esta particular forma de legado, la nuda propiedad de la vivienda habitual se mantiene en la herencia, de tal forma que los herederos la adquieren de forma ordinaria, pero legando exclusivamente el derecho de habitación sobre la totalidad o parte de la misma. Mediante este mecanismo se garantizan también por el testador, simultáneamente, dos intereses distintos y dignos de protección: se asegura a los herederos la ad-

(64) De esta forma tan diáfana se expresa la STS, 1.ª, de 3 de noviembre de 1931.

quisición del dominio sobre el inmueble y, a su vez, el disfrute de la misma por el legatario favorecido que no se ve desposeído del uso de la vivienda en atención a su especial situación social, evitándose en última instancia, y en los casos más acuciantes, la drástica medida del internamiento.

El legatario adquiere el derecho al legado desde la muerte del testador, lo que confirma que la adquisición se produce *ipso iure*, con lo que no es necesaria la aceptación (art. 881 CC). No obstante, se hace necesario realizar algunas observaciones derivadas de la necesaria adaptación de esta regla general al supuesto objeto de nuestro estudio.

Efectivamente, en primer lugar, habrá que plantearse, sobre la base de la tradicional clasificación de los legados entre *reales* (*per vindicationem*) y *obligaciones* (*per damnationem*), si se puede utilizar una u otra forma de disponer.

Mediante el primero, el legatario adquiere un derecho real, un bien o derecho concreto, *propio y específico del testador*, esto es, la titularidad del derecho de habitación desde la muerte del causante (art. 882 CC), y ello exige una previa petición de entrega (art. 885 CC), aunque veremos a continuación la situación que crea el hecho de que el discapacitado ostente ya la posesión del derecho; mientras que mediante el legado obligatorio estaría adquiriendo un derecho de crédito frente al gravado para que se ejecute la disposición testamentaria, pero no se transmite el derecho de habitación, ni se requiere la previa petición, pues tendrá que exigirse mediante las reglas previstas para el cumplimiento de las obligaciones (65).

La circunstancia de que el derecho objeto del legado sea propio del testador es sólo una de las distintas variantes posibles, pero la única, en nuestro criterio, reconocida por el artículo 822 CC. De la lectura del precepto se infiere que se exige la “titularidad”, aunque no quede del todo claro si ésta se está refiriendo a la “vivienda habitual” o a la “habitación”, lo que puede llevar a pensar que el mismo lo hace en concepto de propietario de la misma más que como titular del derecho de habitación, exclusivamente, conclusión esta última por la que debemos decantarnos por la propia congruencia del supuesto de hecho. En todo caso, este dato tiene como consecuencia natural que, con especialidades que luego indicaremos, *quede excluido de su ámbito de aplicación el legado de cosa ajena* (66).

Ahora bien, esta última conclusión requiere alguna matización. La vi-

(65) SÁNCHEZ CALERO, F. J.: “Comentarios a los artículos 858 a 860 CC”, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2158.

(66) El momento para calificar de ajena o propia del testador el derecho legado, la titularidad del derecho real, es el de la apertura de la sucesión, pues sólo así se explica el artículo 862.2.º CC, entendido en cuanto legado de cosa propia (LACRUZ BERDEJO, J. L.: ob. cit., p. 247).

vienda habitual es el hogar familiar que constituye a su vez un inmueble ganancial en muchas de las ocasiones. A resultas de esta situación es factible que el testador intente legar lo que sólo le pertenece de forma parcial por la propia situación de cotitularidad o del régimen económico matrimonial, en cuyo caso, por aplicación de lo señalado en el artículo 864 CC, el legado queda limitado a esa concreta parte o derecho, a menos que el testador declare expresamente que lega el bien o el derecho por entero. Se configuraría esta previsión testamentaria como un legado de cosa ajena, al menos sobre la porción que no le corresponde al testador, con todas las consecuencias derivadas de esta situación (67).

Fuera de algún supuesto extraordinario de caso fortuito, es posible que la vivienda, o el derecho de uso y disfrute sobre la misma, no se encuentre dentro del patrimonio hereditario en el momento de la apertura de la sucesión –pensemos también en que la vivienda era un bien privativo aportado al matrimonio y enajenado por el cónyuge titular–, en cuyo caso el problema estará en determinar el valor que debe darse a la disposición testamentaria del testador y, en definitiva, si es factible el abono de un legado *en equivalencia* o de la misma naturaleza. Estos problemas se acrecientan cuando el único activo es la propia vivienda (68). Incluso puede ocurrir que el testador conociera la enajenación y no haya modificado el testamento, por lo que lo más probable es que haya entendido y consentido que el legado quede sin efecto.

En todo caso –como concluye LOIS PUENTE–, si como consecuencia de ello los actos de disposición son nulos o anulables habría, al menos, que reconocer al legatario discapacitado una legitimación extraordinaria para demandar la ineficacia de tales negocios de enajenación (69). Estas últimas cuestiones nos conducen inevitablemente al siguiente punto.

1. La entrega del derecho de habitación. Consecuencias derivadas de la posesión o disfrute preexistente, adquisición, renuncia e inscripción.

Conforme a lo señalado en el artículo 634 CC, la donación puede comprender todos los bienes del donante, o parte de ellos, siempre que se reserve, al tiempo de otorgar la donación, lo necesario para vivir en un

(67) OSSORIO SERRANO, J. M.: “Comentario al artículo 864”, *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2117.

(68) MARTÍNEZ LOZANO, M.: “Un caso complejo de legado sobre uso de vivienda familiar y sintonías con la adjudicación de dicho uso en proceso matrimonial”, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, número 265, octubre 2003, p. 3075.

(69) LOIS PUENTE, J. M.: “Disposición testamentaria de cosa ganancial”, en *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen 1.º, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1145-1146.

estado correspondiente a sus circunstancias, y resulta realmente difícil, a la vista de las circunstancias de este tipo de legado, que se supere este límite.

No obstante, como ya hemos visto, de acuerdo con lo indicado en el artículo 822 CC, se colige la exigencia de la “titularidad” del derecho que se dona, lo que en principio excluye la posibilidad de donar un derecho futuro (prohibido por el art. 635 CC), entendiendo por tales aquellos que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Cabe también plantearse, como hace la doctrina, si puede admitirse una *donación obligacional*, es decir, concretando la cuestión, si sería factible un contrato del que surja la obligación del donante de entregar el derecho de habitación al donatario discapaz en un momento posterior (70). En nuestra opinión —como apunta LEÑA FERNÁNDEZ, favorable a esta última opción—, si algún donante desea realizar una donación de un derecho concreto que no está en su patrimonio al tiempo de efectuarse la donación, tendrá que configurar ésta como un contrato obligacional, delimitando cuanto sea posible su contenido y efectos (71).

Sea cual sea el efecto que se pretenda obtener, sin duda, la donación disfruta de ventajas constatables frente al legado. La titularidad del derecho corresponderá de forma inmediata al hijo, cónyuge o ascendiente discapacitado, sin que tenga que esperar al momento de la herencia, ventaja que es aún más evidente cuando el discapacitado se encuentra también incapacitado, pues aunque la administración y disposición del derecho donado no ofrezca complejidad, corresponderá a los padres donantes, representantes legales del beneficiario, mientras vivan.

Si centramos la cuestión en el *legado o prelegado*, y sin perjuicio de lo señalado anteriormente, el momento de la *puesta a disposición* y la producción de los efectos tras la muerte del testador es desde luego un tema que plantea algunos problemas, máxime cuando la propia convivencia acredita una posesión preexistente del derecho de habitación por el legatario. Surge así inmediatamente la pregunta de si viene obligado el legatario a solicitar la posesión del derecho aún cuando, de hecho, ya se encuentre disfrutando de él. No debe olvidarse que los legatarios, a diferencia de los herederos que adquieren por ministerio de la ley la posesión civilísima de los bienes hereditarios (art. 440), deben solicitarla a los herederos [*“el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea”* (art. 885 CC)].

Se ha creído encontrar en ese extremo cierta contradicción, lo que exi-

(70) Un resumen de los distintos planteamientos (a favor, en contra o mixtos) en torno a la *donación obligacional* puede verse en LEÑA FERNÁNDEZ, R.: ob. cit., pp. 57-58.

(71) *Ibídem*, p. 58.

ge una reflexión previa, por lo que partiremos de la regla general aplicable a cualquier prelegado de cosa determinada para, como colofón, analizar el caso concreto del legado de un derecho de habitación a favor del legitimario en el que se aprecian algunas especialidades.

En primer lugar, hay que indicar que cualquier legado confiere al legatario el título, pero no el modo, como se desprende de los artículos 440, 885 y 989 CC, por lo cual el legatario adquiere del testador un *ius ad rem* que se convierte en un *ius in re* por la entrega del heredero.

Si partimos de la regla general, la entrega del bien o derecho en que consiste el legado ha de efectuarse en el momento fijado por el testador, y para el caso de que éste no haya previsto esta circunstancia, la entrega habrá de realizarse en cualquier momento desde la petición, lo que incluye la posibilidad de que el testador pueda haber conferido amplias facultades o libertad, incluso de tiempo, al gravado o al albacea (72), aunque en pura lógica la misma debería de haberse previsto de forma inmediata, sin solución de continuidad, en el propio interés del discapacitado.

La existencia de un único sucesor legitimario es un supuesto que no se puede descartar, en cuyo caso el prelegatario adquiere la posesión directamente del causante, o por sí mismo, sin mayor problema. Pero también es posible la concurrencia de varios herederos, en cuyo caso la entrega parece hacerse inevitable, de tal forma que sin consentimiento de las personas gravadas no podría el legatario tomar posesión del derecho por su propia autoridad (73). No obstante, si continuamos analizando esta regla general, cuando concurren a la sucesión *herederos forzosos*, el testador no puede autorizar al legatario para que tome la posesión por sí mismo del derecho legado, porque ello equivaldría a una disposición que podría menguar la legítima, y por ello habría que considerarla nula e ineficaz (74). Esta regla, sin embargo, se altera cuando nos encontramos en el supuesto contemplado en el artículo 822 CC.

Pero la realidad de los hechos es que el discapacitado, a la muerte del causante, ya se encuentra disfrutando o poseyendo el derecho de habitación que se le lega, cuya titularidad ha adquirido sin interrupción desde la muerte del causante. Por ello, en este particular legado, la petición de “entrega y posesión” puede actuar como una mera formalidad dilatoria.

En definitiva, si llegamos a esta conclusión, resulta completamente superfluo el trámite previsto en el artículo 885 CC para la adquisición de

(72) GUTIÉRREZ JEREZ, L. J.: ob. cit., p. 331.

(73) GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C.: *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Comares, Granada, 1996, p. 165.

(74) Así lo entendía CALVO MELJIDE, A.: *La posesión en el Derecho hereditario*, Trivium, Madrid, 1991, p. 118.

legado cuando el mismo ya se encuentra en poder del legatario —es decir, cuando se disfruta de hecho—, pues el mismo queda convertido en una mera formalidad sin justificación aparente. Este criterio quedaría además reforzado por la propia situación social que subyace en este modo de constitución del derecho, por el núcleo familiar en que tiene lugar, y por la propia intención de mantener al discapaz precisamente en el lugar donde ha residido en los últimos años.

Esta es la idea que sostiene la doctrina mayoritaria (75), como la jurisprudencia (76), en el sentido de que cuando el legatario ya se encuentre en la posesión del legado, estaríamos ante una excepción al artículo 885 CC. El prelegatario que tenga en su poder la cosa legada no debe llevarla a la masa hereditaria y pedir su entrega al heredero o herederos gravados, máxime cuando su valor no ha de computar en las legítimas. Esta solicitud o petición sería prescindible y por ello no exigible.

No obstante, este efecto de atribución o “apoderamiento automático” del derecho puede también que haya sido previsto por el causante en el propio testamento (77), es decir, puede concurrir una autorización al legatario del propio testador para que tome por sí o continúe en la posesión —aunque la cuestión, sin embargo, no es del todo pacífica al día de hoy (78)—. Esta previsión resulta especialmente interesante cuando el discapaz concurre con otros herederos forzosos.

En resumen, el discapaz, a la muerte del testador, estaría poseyendo el derecho en un concepto distinto del de dueño de forma legítima, y no

(75) *Ibidem*, p. 344; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *ob. cit.*, p. 266. Resulta muy útil la reflexión de SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *ob. cit.*, p. 2167, para conocer el detalle de las posiciones doctrinales en torno a esta cuestión, a favor y en contra.

(76) STS de 28 de abril de 1976 y 3 de mayo de 1967, y RDGRN de 15 de julio de 1968, de 19 de noviembre de 1952 y 18 de julio de 1900.

(77) STS, 1.ª, de 26 de octubre de 1928 y RDGRN de 1 de octubre de 1984. En la doctrina, SÁNCHEZ CALERO, F. J.: *ob. cit.*, p. 2167. Por lo demás, el artículo 649 del Código Civil italiano exige la entrega del legado cuando este requisito hubiera sido dispensado expresamente por el testador.

(78) En contra de esta opinión, alguna voz ha llamado la atención sobre el artículo 47 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), pues sólo mediante la previa entrega de la posesión puede tener justificación la petición de anotación preventiva. Asimismo, cuando el legatario estuviere en posesión de la cosa por otro título (por ejemplo, arrendamiento), debe pedir la entrega, pues otra cosa implicaría una “inversión en el título posesorio del legatario (*animus*) cuando nadie puede derivar de sí mismo la causa de la posesión, lo que va en contra de la posesión civilísima que adquiere *ipso iure* el heredero (DE LOS MOZOS, J. L.: “La adquisición de la posesión en los legados”, ADC, núm. 15, 1962, p. 866). En el mismo sentido, *vid.* RDGRN de 19 de mayo de 1947. No obstante, en nuestra opinión, este argumento quedaría vacío en relación en el supuesto contemplado en el artículo 822 CC, respecto del cual resulta imposible la hipótesis de que el discapacitado se encontrara poseyendo el derecho, la habitación, como arrendatario, incluso como precarista, pues la propia ley exige convivencia con el testador titular en el mismo inmueble.

necesitaría de la entrega y posesión, salvo los documentos necesarios para asegurar frente a terceros la nueva titularidad. Tal vez, en una ficción que a nosotros nos parece muy razonable, podría entenderse o presumirse que ha existido un consentimiento tácito del testador, esto es, que el propio testador es el que ha entregado la posesión al legatario, como excepción al artículo 885 CC. Tampoco es necesario un acto formal de entrega, pues existiendo herederos bastaría el consentimiento tácito de éstos para que el discapacitado continúe con la posesión (79).

Ahora bien, pese a que sea admisible doctrinal y legalmente que el legatario pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada cuando así lo dispusiera el testador (art. 81 del Reglamento Hipotecario, en lo sucesivo RH), deben reconocerse especialidades, es decir, que ni siquiera median-do tal disposición tendrá en ocasiones el legatario esta facultad de forma inmediata –al menos de “derecho”–, pues si con su ejercicio no pueden perjudicarse los derechos legitimarios –dada la exclusión que realiza el art. 822 CC de su cómputo–, sí podrían quedar dañados los derechos de los acreedores de no resultar bienes suficientes en la herencia para atenderlos. Asimismo, aunque sea ésta tal vez una hipótesis difícilmente planteable en el caso que nos ocupa, habrá que tener en cuenta, para el caso también probable de que ello ocurra, que mientras no se proceda a la apertura del testamento cerrado ni siquiera se podrá saber quién es el legatario, incógnita que puede prolongarse hasta cinco años (art. 689 CC) (80).

Existen asimismo otras particularidades que se derivan de la propia mecánica “registral”, en tanto en cuanto estos derechos reales –la habitación–, como limitadores del dominio, deben constar en la inscripción de la finca sobre la que recaigan “*para que produzcan efectos contra terceros*” (art. 13 LH), sin que, en general, se pueda inscribir el derecho adquirido si no se ha producido la entrega y, si hubiera legitimarios, previa partición (art. 14 LH).

Sin embargo, a juicio de la doctrina, *es posible la inscripción sin entrega* por el heredero, albacea o administrador o contador-censor –como apunta ROCA SASTRE–, cuando el legatario se encuentre facultado para poseisionarse del derecho, como cuando se trate de un *prelegado*, esto es, de legado al heredero, pues no cabe la autoentrega por reunirse en una misma persona la cualidad de heredero y legatario.

Concurriendo con otros legitimarios, incluso con el propio cónyuge

(79) SERRANO DE NICOLÁS, A.: *Instituciones de Derecho Privado*, dirigido por Delgado de Miguel, tomo V, volumen 1.º, 1.ª edición, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2004, p. 582.

(80) MARÍN CASTÁN, F. (ob. cit., pp. 98-99) entiende que no debe olvidarse, por ejemplo, que, encontrándose la herencia en administración, puede procederse a la venta de bienes hereditarios para pagar a los acreedores.

sobreviviente con igual derecho de habitación sobre la vivienda habitual (art. 1.407 CC), la cuestión es sin duda más delicada, pero aún así, en la medida en que no resulta afectada la legítima, no creemos que sea exigible la petición y entrega como requisito *sine qua non*. Por lo demás, donde tal vez la cuestión plantee mayores dudas es en el “legado legal”, en el que además de la concurrencia de legitimarios se exige la valoración de la justificación de la situación de necesidad en el discapacitado, pues la necesidad aparece como un requisito en el artículo 822 CC, valoración que, a nuestro juicio, puede corresponder a quienes realmente deben soportar el derecho de habitación concebido como una carga, esto es, por el resto de legitimarios, lo que no debería interferir en la adquisición del derecho.

En síntesis, podemos concluir que en el prelegado al que se refiere, como supuesto genérico el artículo 822 CC, no es necesaria la entrega como requisito necesario previo a la inscripción a favor del legatario discapacitado del derecho real limitado de habitación (81). El discapacitado que reside en la vivienda familiar con el causante, a la muerte de éste estaría ya poseyendo el derecho de habitación legado, lo que le exime de la petición, siendo suficiente la formalización de su aceptación. Es esta una consecuencia natural del prelegado, como del hecho de que el testador haya facultado al legatario —normalmente—, para posesionarse directamente del derecho legado (82).

Como regla general, aunque para obtener la inscripción registral del derecho legado, el legatario debe presentar escritura pública de entrega por persona facultada (arts. 14 LH y 81 RH), puede no obstante ser suficiente la presentación de una *escritura de manifestación unilateral* del propio legatario si éste apareciese facultado expresamente por el testador para posesionarse del derecho legado, lo que podemos considerar aplicable al caso que nos ocupa de posesión o disfrute preexistente del derecho de habitación.

Por lo demás, puede suceder que el legatario sencillamente no quiera aceptar el legado por cualquier causa, en cuyo caso el mismo no produ-

(81) En este sentido, ROCA SASTRE (R.) y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (L.): *Derecho hipotecario*, tomo VI, 8.ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, p. 98; DE LOS MOZOS: *ob. cit.*, p. 909.

(82) Esta toma de posesión por el legatario heredero único implica la aceptación, no sólo del legado, sino de la herencia, a la que no puede renunciar con posterioridad [GARCÍA VILA (J. A.) y GÓMEZ MARTÍNEZ (J.): *Instituciones de Derecho Privado*, dirigido por Delgado de Miguel, t. V, vol. 1.º, 1.ª ed., Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2004, pp. 363-367]. Siendo el legatario heredero único incluso podría otorgar directamente la escritura de adjudicación, sin que fuera preciso a su vez la aceptación expresa de la herencia. Por lo demás, es interesante recordar que, conforme al artículo 164 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, en los supuestos en los que no es preciso solicitar la entrega se obtiene directamente la inscripción en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación.

ciría efectos, refundiéndose en la masa de la herencia (art. 888 CC). La repudiación no tendría por qué realizarse en forma solemne, pues, en principio, esta solemnidad sólo sería exigible para la herencia. Como también es probable que legatario no pueda aceptar (por incapacidad o premorienza), o bien que éste no tenga efecto por “cualquier otra causa” (por ejemplo, por una condición suspensiva incumplida, o una condición resolutoria). En todos estos casos el prelegado se extingue.

2. En especial, riesgo y responsabilidad por causa del negocio atributivo.

La donación no ofrece duda alguna en este sentido, desde el momento en que la atribución del derecho de habitación es generalmente inmediata, salvo que el benefactor hubiera previsto otra cosa, como sería el caso de una donación obligacional o con entrega aplazada. Sin embargo, la cuestión es más compleja en el legado. En efecto, si partimos de la base de que el legado de un derecho de habitación constituye un legado real o *per vindicationem*, hay que determinar si se puede hablar realmente de la existencia de un posible riesgo por pérdida o deterioro en sentido técnico o si bien resulta superfluo. La cuestión ha sido estudiada con detalle por el profesor MURILLO VILLAR (83), y llega a la conclusión de que si el legatario adquiere el derecho objeto del legado desde el instante mismo en el que el testador fallece, la transmisión del derecho se produce a favor del legatario de manera directa e inmediata, por lo que no corresponde hablar de riesgo. Esta resulta ser una consecuencia lógica de la adquisición del derecho, y de la aplicación del principio *res perit domino*, aplicable únicamente en los legados *per vindicationem* y no en los legados *per damnationem*.

A ello añadiríamos que en el prelegado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual donde conviven simultáneamente testador y legatario, el traspaso de la posesión se produce automáticamente, siempre que admitamos esta razonable consecuencia, lo que hace prescindible la previa petición para ocupar el derecho exigida por el artículo 885 CC.

Por ello, en atención a este efecto, no existe en el legado real un tiempo intermedio entre el fallecimiento del causante y la plena disposición del derecho, pues su adquisición efectiva son simultáneos, lo que hace que sea el legatario legitimario el que deba correr con los riesgos del hipotético menoscabo o pérdida del derecho de habitación legado.

A resultas de esta conclusión, sólo podría hablarse propiamente de

(83) MURILLO VILLAR, A.: *El riesgo en el legado (Del Derecho Romano al Código Civil)*, Biblioteca Universitaria Burgalesa, Caja de Ahorros Municipal de Burgos, 1.ª edición, Burgos, 1993, pp. 106-109.

riesgo en los legados obligacionales, *per damnationem*, o de eficacia diferida (84) –admisibles también, en nuestra opinión, como opción válida para legar un derecho de habitación que cabe en el art. 822 CC–, pues en éstos sí existe un período intermedio, y aunque, en principio, corresponda ser asumida por el gravado titular del derecho hasta el momento de la entrega, sin embargo, por aplicación del artículo 882 CC, este riesgo se traslada al legatario, que sufrirá su pérdida o deterioro en cuanto acreedor de la prestación de entrega, no en concepto de titular o propietario (85). En resumen, las consecuencias serían las mismas.

Es poco probable que el testador enajene el derecho de habitación, aunque sí pueda enajenar la vivienda, dejando subsistente este derecho de habitación sobre la misma, pero para el caso en que se produjera el legado quedará sin efecto (art. 869.2.º CC). También puede ocurrir que el derecho perezca del todo viviendo el testador o después de su muerte sin culpa del heredero (art. 869.3.º CC), aunque esta última hipótesis es realmente difícil de plantear, salvo en el caso improbable en que se haya efectuado un legado con entrega diferida.

Si acudimos a las causas de extinción del derecho de habitación en cuanto objeto del legado, se observará que producen esta consecuencia la pérdida total de la cosa objeto de la habitación (arts. 513 y 529.5.º CC). En consecuencia, la destrucción o pérdida total de la vivienda, o de las habitaciones o dependencias en que se materializa el derecho, acaecida en vida del testador, dejarán sin efecto este legado. Mientras que un perecimiento o destrucción parcial también en vida del testador, con un más o menos extenso deterioro, no tendrá como consecuencia la ineficacia del legado. Partiendo de la base de que el legatario legitimario adquiere no sólo la titularidad, sino la posesión de ese derecho, desde el momento del fallecimiento del testador, las posteriores eventualidades, en todo caso, constituyen riesgos que deben ser asumidos por el beneficiario, pues ya no son consecuencias que se deriven del legado en sí, sino de un momento posterior, esto es, de la propia titularidad del derecho definitivamente adquirido por el discapacitado.

Para acabar, aunque no sea probable que el testador haya previsto expresamente la necesidad de entrega como una condición del legado, el heredero gravado sí puede estar interesado, de haberse previsto ésta, en

(84) La doctrina es partidaria de admitir la posibilidad de realizar un legado de derecho o cosa determinada propia del testador como legado simplemente obligacional, en el que se impusiese al heredero la obligación de transferir la cosa o derecho, sobre la base de la no imperatividad de las normas reguladoras de los legados. En este mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, J. A.: “El legado de cosa específica y determinada, de propiedad del testador”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003, p. 5323.

(85) SÁNCHEZ CALERO, F. J.: ob. cit., p. 2154.

dejar constancia de la entrega u ofrecimiento de la posesión –siendo suficiente cualquier formalidad– para poder acreditar así el cumplimiento de su obligación y salvar su propia responsabilidad. No obstante, esta petición queda relativizada desde el momento en que exista inscripción registral del derecho de habitación (86).

V. El derecho de habitación sobre la vivienda habitual como objeto de donación o legado

A) Contenido y título: objeto, facultades y obligaciones.

Hemos tenido la oportunidad de señalar anteriormente que el título de constitución del derecho de habitación es el encargado de fijar las facultades, obligaciones y extensión del mismo y que, en ausencia del mismo, se aplicará lo previsto en los artículos 523 y ss. CC. Este título de creación del derecho, en el nuevo artículo 822 CC, consiste precisamente en una donación o en un legado que realiza el benefactor o testador a favor de un familiar discapacitado, y sólo mediante estos mecanismos de atribución patrimonial –cumpliendo los “mínimos” que impone el art. 822 CC– puede derivarse el efecto benefactor que sobre la legítima prevé aquella disposición, pues es necesario garantizar el derecho del resto de herederos forzosos. Tanto a uno como a otro corresponde, en resumen, la fijación del contenido del derecho de habitación atribuido.

Partiendo de la definición que de este derecho establece el párrafo segundo del artículo 524 CC, podemos entender que el derecho de habitación faculta al discapacitado para ocupar en una casa ajena –la vivienda familiar de los padres o parientes benefactores, y al fallecimiento de éstos– las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, de forma *vitalicia*, es decir, hasta el fallecimiento del discapacitado, salvo que en el título se disponga otra cosa.

El derecho de habitación consiste en un derecho real limitado sobre cosa ajena que participa de la naturaleza de estos derechos que recaen sobre los bienes de los que son objeto, directamente, y que tienen acceso al Registro de la Propiedad, tal y como se ha examinado.

En aquellos casos en que el título constitutivo no haya determinado sobre qué dependencias de la vivienda se hace recaer el derecho de habitación legado –que es la regla general en el legado *ex lege*–, éste se concretará “sobre las concretas piezas de una vivienda, no sobre la totalidad, amparando una eventual acción para que se identifiquen y determinen las

(86) MARÍN CASTÁN, F.: ob. cit., p. 102.

piezas que en virtud del derecho de habitación tiene derecho a ocupar [...] quedando las restantes para uso de la propiedad, naturalmente con utilización conjunta de las piezas que por naturaleza requieran la utilización común” (SAP Madrid de 24 de julio de 2000).

Aunque la doctrina recuerda, en general, la necesidad de realizar inventario y prestar caución o fianza (art. 491.1.º CC) previo a la posesión (87), el carácter esencialmente personal y gratuito que se desprende de este derecho a la vista de la finalidad de la ley eximen de esta obligación, si bien nada empece a su exigencia cuando así lo ha previsto el disponente en el título de constitución. Debe recordarse que el artículo 493 CC señala que esta exigencia puede ser dispensada “*cuando de ello no resulte perjuicio a nadie*”.

La *convivencia* es un presupuesto básico en todos los casos, y si bien habitualmente se producirá entre ascendiente (causante o benefactor) y descendiente (legatario o beneficiario), puede ocurrir que el discapacitado sea ascendiente del causante o su cónyuge (88).

El objeto del derecho recae sobre un bien inmueble respecto del cual deben concurrir, junto a la *convivencia* entre causante y discapaz, unos requisitos básicos que, en el caso que nos ocupa, podemos concretar en los de *habitabilidad* y *habitualidad*, lo que, en primer lugar, nos lleva a requerir aquellas condiciones necesarias para que en la misma puedan desarrollarse las funciones esenciales de la vida (89) y, particularmente, aquellas adaptaciones del entorno necesarias para el normal desenvolvimiento del discapacitado. En este sentido, no está de más recordar que como requisito de habitabilidad que ha reunir todo nuevo inmueble se encuentra el de *accesibilidad*, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica [art. 3.a.2) LOE].

La segunda condición, por exigencia expresa del artículo 822 CC –condición implícita en el propio concepto de habitación del art. 524 CC–, se refiere a la *habitualidad*, lo que hace preciso que la vivienda constituya el lugar en el que se desarrolle normalmente y con carácter más o menos permanente la vida de ambas personas, benefactor y discapacitado, lo que

(87) DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M.: “Comentario a los artículos 467 a 529 CC”, *Comentario del Código Civil*, volumen 3.º, coordinado por Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, p. 622; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: ob. cit., p. 655; y RAMS ALBESA, J.: ob. cit., p. 1389.

(88) DÍAZ ALABART, S.: ob. cit., p. 227.

(89) MUÑOZ DE DIOS, G.: “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1.320 CC”, AAMN, tomo XXVII, EDESA, Madrid, 1987, p. 222. No obstante, estos requisitos deben completarse o llenarse conforme a la normativa específica, ya sea el artículo 10 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (LPH); el artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), o las Ordenanzas Municipales relativas a las condiciones técnicas que debe reunir el inmueble construido.

nos podría llevar a plantear reservas a la inclusión en este ámbito de las viviendas ocasionales o de temporada. En nuestra opinión, se hará necesario acudir a cada caso concreto y atender al *animus* de los intervinientes, así como a la teleología de la norma, en línea de principio con una concepción más amplia que la de vivienda familiar siempre que éste pueda admitirse en su aplicación al caso concreto, según veremos (90).

Por su parte, el derecho de habitación permitirá al discapaz ocupar las piezas necesarias tanto para él como para su *familia* (91), concepto que ha tenido que ser modulado por la doctrina, admitiéndose una idea amplia de la misma, lo que permite el aumento –o, en su caso, disminución– con posterioridad a la constitución del derecho. En efecto, las necesidades de la familia son las que van a ir determinando la extensión del derecho, acomodándose a las concretas circunstancias del titular, por lo que estará formada por la pareja y los hijos, además de otros familiares, como los ascendientes o abuelos, incluido el servicio (92). Debe pensarse en las potenciales necesidades especiales, y concretamente de personal, que puede llevar aparejada una situación de discapacidad. Ahora bien, la extralimitación en la extensión de la habitación a personas distintas a las autori-

(90) Para FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. (ob. cit., p. 880), son evidentes las connotaciones alimentistas de la norma que no impiden, sin embargo, darle en la actualidad un nuevo destino económico no ligado a servir como vivienda habitual, sino también como vivienda de recreo o de descanso, que permite constituirlo sobre un apartamento de la costa o la montaña, incluso sólo sobre alguna de las habitaciones de éstos.

(91) El *Codice Civile* italiano indica que “*en la familia quedan comprendidos los hijos nacidos después del comienzo del derecho de uso o de habitación, incluso aunque en el momento de nacimiento la persona no hubiese contraído matrimonio. Quedan comprendidos también los hijos adoptivos y los hijos naturales reconocidos, aunque la adopción o el reconocimiento ocurrieran después de que naciera el derecho. Quedan comprendidos, por último, las personas que conviven con el titular del derecho para prestar sus servicios a él o a su familia*” (art. 1.023). El Código Civil argentino señala que “*la familia comprende la mujer y los hijos legítimos o naturales, tanto los que existan al momento de la constitución como los que nazcan después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador y las personas a quienes éstos deban alimentos*” (art. 2.953).

(92) En este sentido amplio, DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M.: ob. cit., pp. 615-616; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: ob. cit., p. 626, que señala que el término familia utilizado se corresponde a la acepción posclásica romana, y alude también al uso personal y directo, ya que incluye a las personas que pueden habitar con el titular como huéspedes e inquilinos, en determinadas circunstancias y condiciones (hospitalidad, pago de servicios prestados, domésticos); FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: ob. cit., p. 85; MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil*, tomo V, 4.ª edición, Reus, Madrid, 1921, p. 561; y RAMS ALBESA, J.: *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 37.

Nos parece muy interesante la SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2003, en el sentido de que si bien debe admitirse, como hace la doctrina y la jurisprudencia, un concepto amplio de familia (STS de 25 de marzo de 1925), ello no implica que deban quedar comprendidos todos los familiares de una persona, y menos las amistades de éstos, sino las personas que vivan o deban vivir con ella.

zadas puede dar lugar a una resolución del derecho por “abuso grave” (art. 529 CC) (93).

Por último, el ámbito debe extenderse a aquella persona con la que el discapacitado mantenga una relación de afectividad análoga a la matrimonial, que quedaría así encuadrada en el mismo concepto de familia (94).

Si examinamos qué clase de actividades puede desarrollar el discapacitado o su familia, habrá que tener en cuenta que corresponde al título –donación o legado– la fijación del destino permitido sobre la vivienda. Esto es, primará el régimen establecido en el propio título por el concedente, aplicándose en su defecto lo señalado en los artículos 523 y ss. CC.

Otros ordenamientos jurídicos, como el argentino (95), permiten el ejercicio de actividades profesionales o comerciales, si bien nuestro Código carece de una disposición al efecto en contra de la claridad y lógica de la norma, y aunque se ha sostenido que el derecho de habitación conforme a su tradición histórica sólo permite dedicar la casa objeto del derecho al alojamiento (como vivienda habitual), siendo necesario que cualquier otro uso o destino deba ser autorizado en el título constitutivo, expresamente, o al menos deducirse con claridad que el benefactor ha querido autorizarlo (96); al día de hoy este criterio debe ser atemperado en cuanto es factible que el discapacitado habitacionista, como cualquier otra persona que habite una vivienda por cualquier otro título, pueda desarrollar en el inmueble actividades profesionales que sean compatibles con el propio uso de vivienda.

El causante está facultado para establecer mecanismos que garanticen el efectivo cumplimiento de su voluntad, por lo que en nuestra opinión también es igualmente factible que en el título conste una cláusula expresa de *reversión* al propietario –sus herederos– para el caso de que el discapacitado cese en el uso del inmueble (97).

(93) “Extender y ceder el uso de la vivienda a favor de terceros no recogidos en el título de su constitución [...] implica un abuso del derecho de habitación en cuanto supera el contenido del derecho, uso y utilización, pero sin facultad de disposición de tercero (art. 525 CC), constando la oposición del dueño del piso y agravando su situación por una acción o traspaso inconstituido que limita las facultades de la propiedad y extiende los derechos del habitacionista contra la naturaleza del derecho constituido. Esta agravación del derecho de propiedad y disposición del bien implica un abuso en el ejercicio del derecho que conlleva a la extinción del derecho del habitacionista como único camino para evitar la limitación y agravación del derecho de propiedad por la extensión de las facultades del derecho de habitación” (SAP Barcelona de 26 de enero de 2001).

(94) FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: ob. cit., p. 879.

(95) “El que tiene el derecho de habitación no puede servirse de la casa sino para habitar él y su familia, o para el establecimiento de su industria o comercio, si no fuere impropio de su destino; pero no puede ceder el uso de ella ni alquilarla” (art. 2.963 del Código Civil argentino).

(96) FERNÁNDEZ CAMPOS, J.: ob. cit., p. 880.

(97) DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: ob. cit., p. 594.

En atención a la especial naturaleza de la habitación como derecho real limitado, la dificultad de la fijación de sus límites o contornos plantea una cierta inseguridad, más concretamente por lo que se refiere a la inscripción del derecho de habitación (98). De resultas del artículo 2.2.º LH, son inscribibles “*los títulos en que se constituyan derechos de habitación*”. Mientras que la inscripción de todo derecho real en general, incluso el usufructo, expresa la extensión del respectivo derecho, en cambio, en los derechos de habitación esta seguridad y fijeza —opina ROCA-SASTRE— no es posible en éstos por tratarse de derechos de extensión objetiva variable. En efecto, debido a que la extensión objetiva del derecho puede aumentar o disminuir, el tercero adquirente queda afectado por esta movilidad, pudiéndose encontrar incluso que dicho derecho de habitación llegue a acaparar todas las habitaciones del inmueble “con grave quebranto del principio de especialidad o determinación” (99).

Aunque el problema de concurrencia de personas residentes con títulos diversos en una misma vivienda es una cuestión que puede resolverse por el disponente en el propio título de atribución del derecho, según su criterio, un factor también a tener en cuenta será el del respeto de la coexistencia y simultaneidad por otras personas con igual derecho de habitación, ya sea el cónyuge viudo, por aplicación del artículo 1.407 CC, bien de otros herederos o legatarios a los que se les hubiera instituido en igual derecho “mientras lo necesiten”, tal y como señala el párrafo segundo del artículo 822 CC para el legado legal. En todo caso, cualquier problema entre adecuación del derecho de cada uno de los habitacionistas a la realidad física del inmueble no será ya tanto un problema de “derecho”, sino de “convivencia”. Efectivamente, como indica la SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2003, la posibilidad de convivencia no contradice ni desnaturaliza el derecho de habitación y hay que considerarla como lógica consecuencia del mismo (100).

El discapacitado titular de este derecho debe hacerse cargo de los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble, así como del pago de

(98) Sin embargo, la Ley 424 de la Compilación de Derecho Foral de Navarra presume, salvo que el título disponga otra cosa, que este derecho “*concede al titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, así como de arrendar la vivienda total o parcialmente, y el arrendamiento cesaría al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna*”.

(99) ROCA SASTRE (R.) y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (L): ob. cit., pp. 473-474.

(100) Esta interesante sentencia propone examinar, aunque no fuera de aplicación al concreto caso enjuiciado, lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, reguladora de los *derechos de usufructo, uso y habitación en Cataluña*, que dispone que “*en caso de convivencia entre el propietario y el habitacionista, ambos deben ejercer su derecho de forma correcta, a fin de facilitar una relación normal entre uno y otro y con las personas que convivan con ellos*”.

las contribuciones (tributos) –siempre que ocupe toda la casa–, precepto éste que se encuentra en la misma dirección prevista en los artículos 504 y 505 CC para el usufructo. De no ser así, esto es, si el discapacitado sólo ocupara varias habitaciones no deberá contribuir en nada, siempre que al propietario le queden aprovechamientos suficientes para cubrir los gastos y cargas (art. 527 CC). El precepto, sin embargo, establece un límite, que los aprovechamientos que obtenga o pueda obtener el propietario sobre el inmueble no sean inferiores al importe de las reparaciones y de las contribuciones, en cuyo caso el habitacionista deberá suplir lo que falta, aunque –*de lege ferenda*– debería presumirse siempre la gratuidad cuando la habitación se constituye sólo de forma parcial (101).

Un último factor habrá que tener en cuenta: las especialidades derivadas del ejercicio de derechos y obligaciones cuando el habitacionista –hecho habitual– reside en un *inmueble en régimen de propiedad horizontal*.

En nuestra opinión hay que destacar dos aspectos. De una parte, el hecho de que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad ha modificado el artículo 10.2 LPH, autorizando a que las personas con discapacidad que vivan en el inmueble –sin excluir ningún título de residencia, incluido el de habitación– puedan solicitar, y obligar, a la realización por la Comunidad de Propietarios de las obras o adaptaciones de accesibilidad que sean necesarias en los elementos comunes del inmueble cuyo coste de instalación sea inferior a tres mensualidades de cuotas ordinarias de comunidad. Igual derecho le compete, por aplicación de la Ley 15/1995, de 15 de mayo, de límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad (art. 2.1), para solicitar autorización para realizar obras a tal fin (art. 3.1), aunque a su costa exclusiva (art. 7). De otra, que por la propia configuración del régimen jurídico de la propiedad horizontal, los derechos y obligaciones se atribuyen o exigen al nudo propietario (102), salvo en aquellos supuestos en que la ley los deriva directamente al ocupante (es el caso, por ejemplo, de la prohibición del ejercicio de actividades molestas).

Ocurre así, en primer lugar, que cuando el habitacionista –por ocupar

(101) El artículo 46 de la Ley catalana, reguladora de este derecho, parte del principio de que sólo existe habitación cuando la ocupación es “parcial”, y “uso”, cuando es total. Y en este último caso nos parece muy acertado el precepto cuando indica que “*serán de cargo del habitacionista los gastos que sean individualizables y los que se deriven de los servicios que él mismo haya instalado*”.

(102) Aunque la doctrina y la propia jurisprudencia discrepen sobre la legitimación pasiva del usufructuario –dígase también del habitacionista– cuando se reclaman deudas de comunidad, se impone el criterio que considera obligado al pago de los gastos de la comunidad de vecinos al nudo propietario (SAP Madrid de 14 de septiembre de 1998).

toda la vivienda, o porque el titular no obtenga beneficios suficientes como para cubrir los gastos— viene obligado a abonar al propietario todos o parte de los gastos ordinarios de conservación y mantenimiento en los mismos términos que el usufructuario (art. 525 CC), el responsable de la participación en los gastos generales del inmueble frente a la comunidad sigue siendo el nudo propietario [art. 9.1 e) LPH]. Éste podrá posteriormente repetir lo que corresponda al discapacitado. Por lo demás, relacionado con este tema, hay que tener en cuenta que “tampoco puede considerarse como causa de extinción del derecho de habitación el impago de cuotas comunitarias ni el impago de impuestos que gravan el inmueble” (SAP Barcelona de 26 de enero de 2001).

Cabe también plantearse, en una segunda dirección, si incumbe al habitacionista el ejercicio de los mismos derechos que la LPH otorga al usufructuario, lo que en nuestra opinión resulta completamente lógico. En efecto, no tiene justificación suficiente en la actualidad el hecho de que, pudiendo el usufructuario representar en Junta, con voz y con voto, al nudo propietario “salvo manifestación en contrario” de este último (art. 15.1 LPH), no pueda también ejercer este mismo derecho el habitacionista, máxime cuando el artículo 528 CC configura el régimen civil del usufructo como supletorio del de habitación “en cuanto no se oponga”.

Para finalizar, se ha preguntado algún autor si el derecho de habitación concedido incluye el disfrute del ajuar o mobiliario, entendiendo que el discapacitado podría disfrutar el correspondiente a la parte que ocupa (103). Bien es cierto que esta conclusión es acorde con el sentido de la norma favorable al discapacitado, de la voluntad de continuidad en el uso de la vivienda familiar en la forma en que lo había hecho hasta ese momento, pero también es verdad que el ajuar, tanto en las economías modestas en las que el objeto de la sucesión recae prácticamente de forma exclusiva sobre la vivienda, como en las más saneadas, el mobiliario —cuyo concepto es amplísimo— puede aparejar un valor no desdeñable en interés del resto de legitimarios. Por ello, no creemos que pueda darse al derecho de habitación una interpretación extensiva *ipso iure*, incluyendo estos elementos. Más que entrar en la polémica de determinar cuáles son los elementos que la cesión del derecho de habitación puede o no llevar anejos, a fin de evitar una contienda entre legitimarios, es recomendable, como de hecho ya ocurre en la práctica, que el benefactor o causante fije de forma clara las condiciones de la atribución en el título de constitución del derecho, ampliándolo al ajuar con mayor o menor detalle.

(103) DÍAZ ALABART, S.: ob. cit., p. 227.

B) Vivienda habitual y vivienda familiar.

Mayor complejidad puede acarrear la determinación del concepto de *vivienda habitual* utilizado en el artículo 822 CC, que según algún comentarista debe entenderse referido a la vivienda familiar (104). Debe partirse de la presunción de que la residencia del discapacitado coincide con la del causante, sin que exija un plazo mínimo de convivencia (105), pero puede ocurrir que la vivienda habitual no coincida ni con el domicilio familiar ni con el hogar o vivienda familiar, pues todos estos lugares pueden ser los mismos o diferentes.

En efecto, nuestro Derecho adolece de una cierta dispersión conceptual al utilizar expresiones, de forma indistinta, como “vivienda habitual” [art. 90, b), 91, 96, 103.2.º, 1.357-2.º CC y 91.2 RH], “residencia habitual” (art. 1.406-4.º CC), “hogar familiar” (arts. 81.1.º y 2.º y 1.362-1.º CC), “domicilio conyugal” (arts. 70 y 87 CC) y “domicilio familiar” (art. 93.2 CC).

De alguna manera, el concepto de “vivienda habitual” tiene como base o sustrato la permanencia, en el sentido de la realmente ocupada por ambos convivientes, discapaz y benefactor y, por tanto, no tiene por qué coincidir con la vivienda familiar, ni identificarse con el de la definición civil del “domicilio” (art. 40 CC), si bien tampoco tiene por qué existir contradicción entre una y otra. Sin duda —como apunta ELORRIAGA DE BONIS—, la noción de “hogar familiar” es la más amplia y omnímoda, pues involucra tanto a la “vivienda familiar” como a la “vivienda habitual” y al “domicilio conyugal” (106).

No obstante, puede pensarse que con la referencia a la vivienda habitual se habría querido obviar o evitar voluntariamente un destino específico, concretamente el familiar, tal vez por no caracterizar o adjetivar el inmueble habitado afectándolo a aquel fin, de tal forma que su concepto sea el más amplio posible en beneficio del legitimario y conceder un cierto margen de maniobra al disponente. Tal vez se estaría centrando la atención sobre otro aspecto, el dato objetivo de la residencia y convivencia real, entre benefactor y discapacitado, que puede darse o no en la vivienda familiar, y que en última instancia será una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los jueces de instancia. Atendiendo a que el único criterio exigido es la convivencia y a un concepto amplio de lo que debe en-

(104) Así lo entiende O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 4.ª edición, La Ley, Madrid, 2004, p. 812.

(105) BERMEJO PUMAR, M.: ob. cit., p. 361.

(106) Para estudiar el concepto de familia y vivienda familiar es realmente exhaustivo el trabajo de ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 193 y ss., que seguimos en este tema.

tenderse por residencia la habitual, sin que además se señale plazo alguno, no existiría inconveniente para que el disponente fije la habitación, incluso, en un lugar distinto al que técnicamente puede ser la “vivienda familiar”, pues como ha señalado la doctrina, “la norma trata de proteger un fin, no el destino de un bien concreto en consideración al propio bien” (107). Es más, en la medida en que este derecho puede ser objeto de un legado, configurándose voluntariamente por el testador –como se ha indicado–, puede atribuir este derecho de habitación en otra vivienda, aunque no sea la misma donde hayan convivido ambos. No obstante, esta última observación debe tomarse con cautela, pues, en último extremo, los herederos forzosos que ven perjudicada su legítima podrían exigir la computación del derecho de habitación legado si estiman que no se han cumplido por el testador las condiciones a las que debía haberse sujetado conforme al artículo 822 CC.

Lo cierto es que, de todas formas, nos resulta difícil pensar que el legislador se esté refiriendo a una vivienda distinta de la *familiar*, por la propia justificación y destino del derecho atribuido, por lo que debemos siempre partir de la base de ese último concepto como regla general, que, sin embargo, debe admitir justificadas excepciones.

C) Intransmisibilidad: las consecuencias derivadas de la ausencia o existencia de título constitutivo del derecho de habitación.

Aunque el artículo 822 CC señala que el derecho al que se refieren ambos supuestos –donación o legado voluntario y legado legal– será intransmisible, esta previsión, a juicio de la doctrina, se muestra como una reiteración innecesaria de lo señalado en el artículo 525 CC, del que se colige expresamente que *los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*.

Ahora bien, un aspecto que cabe destacar es que precisamente esta nueva lectura no hace sino reabrir una polémica doctrinal ya suscitada en torno a la “disponibilidad” por las partes del contenido del artículo 525 CC, esto es, de la transmisibilidad o no del derecho de habitación por disposición del título de constitución del derecho, reflexión que sería trasladable al nuevo artículo 822 CC.

En efecto, la cuestión, tal y como ha sido tratada por la doctrina, estriba sustancialmente en determinar si el artículo 525 CC debe considerarse como de naturaleza dispositiva o de *ius cogens*, esto es, si la prohibición de cesión o transmisión debe ceder ante la regulación y configuración que de las facultades y obligaciones derivadas de este derecho realicen ambas

(107) BERMEJO PUMAR, M.: ob. cit., p. 362.

partes en el título, o bien cuando el constituyente haya conferido expresamente al habitacionista esta facultad.

En esta línea existen distintas posiciones entre los distintos autores, tanto en contra (108) como a favor de la transmisibilidad del derecho de habitación, aunque bien es cierto que la doctrina mayoritaria viene siendo proclive a su admisión (109), en la inteligencia de que la transmisibilidad o no del derecho de habitación dependerá de lo que se haya dispuesto en el título constitutivo, del alcance que se haya dado al derecho en el mismo, de la voluntad del disponente y de que la vivienda habitual sea a su vez la vivienda familiar. Ahora bien, cuando el título no disponga nada al respecto, el artículo 525 CC no permitirá en ningún caso la transmisión del derecho (110).

Esta conclusión es importante cuando el derecho de habitación se concede *ipso iure*, como es el caso del legado legal previsto en el segundo párrafo del artículo 822 CC, respecto del cual debe partirse del principio de ausencia de una declaración de voluntad del causante en este sentido. Así las cosas, en este último supuesto de legado *ex lege*, y ante la lógica falta de título, el alcance prohibitivo del artículo 525 CC no deja ningún género de duda.

Como ya hemos dejado apuntado, a falta de cláusula en el título que admita su disponibilidad por el habitacionista, el derecho de habitación no se podrá arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título (111), como tampoco hipotecarse. Esta no negociabilidad repercute en el ámbito

(108) Esta cesión estaría frustrando la finalidad misma de esa atribución, que es asegurar al usuario la satisfacción directa de sus necesidades, dado que el elemento persona impregna de personalidad la totalidad de sus efectos y relaciones concedente-beneficiario (RAMS ALBESA, J.: ob. cit., pp. 1.387 y ss.). La intransmisibilidad formaría parte del tipo de derecho real (art. 525), y habría que suponer que la transmisión de un derecho real de uso o habitación, aun autorizada por el título, encontraría dificultades para su inscripción en el Registro de la Propiedad, al estar prohibida expresamente la hipoteca del uso y la habitación, sin salvedad alguna (LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*, t. III, vol. II, José María Bosch Edit., Barcelona, 1991, p. 108).

(109) Entre las posiciones favorables a la transmisibilidad, cabe citar: ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil*, tomo III, volumen 2.º, 8.ª edición, Barcelona, 1994, p. 11; BUSTOS GÓMEZ RICO, M.: ob. cit., p. 618; CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español, común y foral*, tomo II, volumen 2.º, Reus, Madrid, 1988, p. 85; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: *Comentarios...*, ob. cit., p. 634; FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: ob. cit., pp. 124 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, J. M.: ob. cit., p. 525, sobre la base de la disponibilidad en el título; y VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo II, Tipográfica Cuesta, Valladolid, 1925, p. 484.

(110) FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: ob. cit., p. 885.

(111) Llama poderosamente la atención las amplias facultades -arrendamiento y cesión por cualquier título "de las dependencias que no necesite"- que la Ley catalana reguladora de los derechos de usufructo, uso y habitación atribuye al habitacionista cuando ocupa toda la vivienda (art. 40). Esta Ley presume que no nos encontramos ante un derecho de habitación cuando la ocupación de la vivienda es total, sino ante un derecho de "uso".

del Registro de la Propiedad, pues, a falta de título, no puede inscribirse acto alguno en cuya virtud se transfiera, grave o arriende dicho derecho (art. 108.3.º LH).

Ahora bien, la admisión de una cláusula de disponibilidad puede arrojar importantes problemas que suponemos irá perfilando la jurisprudencia, en aquellos casos, muy habituales, en los que la vivienda es compartida simultáneamente con otros familiares, como el cónyuge viudo o los hermanos, casos en los que la disponibilidad del derecho, de admitirse, perjudica seriamente el concepto de vivienda familiar y el de la propia familia que, en nuestra opinión, debe ser adecuadamente protegida. Es más, no debe obviarse el dato de que el benefactor puede ser sólo cotitular del derecho, si la vivienda es ganancial, y sin perjuicio de que pueda admitirse un pacto al efecto entre ambos cónyuges —como luego veremos—, la regla general es la de rechazar la imposición unilateral de condiciones futuras sobre el bien ganancial a no contar con el consentimiento de otro cónyuge.

En efecto, no cabe duda de que, generalmente, la intransmisibilidad es clara en ausencia de voluntad del disponente —por ejemplo, en el legado *ex lege*—, pero aunque pueda admitirse excepcionalmente que por voluntad del donante o del testador este derecho puede ser disponible en otros ámbitos, en la medida en que la vivienda habitual sobre la que se constituye el legado o la donación pueda ser también la vivienda familiar, que se comparte simultáneamente con otras personas del círculo familiar, la transmisión debe rechazarse frontalmente, pues la entrada de terceras personas ajenas al mismo quiebra la protección que nuestro ordenamiento jurídico dispensa a la familia (112).

Por ello, en nuestra opinión, la reiteración que realiza el artículo 822 CC se dirige en esta línea y no es baladí, constituye una regla especial, y tiene su sentido en esta reflexión, en la liberalidad y beneficencia con la que se atribuye el derecho dentro del núcleo parental, así como en la atención a la finalidad que persigue la norma, lo que excluye cualquier cesión.

Esta es la idea que parece compartir la doctrina, en el derecho de familia, que de forma clara excluye la cesión cuando se trata del uso de la vivienda familiar (113).

(112) No obstante, será necesario examinar cada caso concreto, pues resulta perfectamente posible que no siendo la vivienda habitual propiamente la familiar, y existiendo convivencia en ella por el causante y beneficiario, no se acredite perjuicio alguno.

(113) En efecto, en cuanto a la transmisibilidad del derecho de habitación, que algún sector doctrinal admite por el juego de los artículos 523 y 525 CC —pacto de sucesión en el título constitutivo—, tratándose del uso de la vivienda familiar esta doctrina no sería admisible, pues institucional, legal y judicialmente no cabría convenir su cesión (MANZANO FERNÁNDEZ, M.: *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 171).

Por último, debemos también partir del principio de *inembargabilidad* de este derecho. En efecto, ha planteado CARPIO GONZÁLEZ que los derechos reales de uso y habitación, por ciertas necesidades vitales solapadas por la regulación del uso de la vivienda familiar y los derechos de preferente adquisición de los artículos 1.406 y 1.407 CC, se han considerado tradicionalmente indisponibles con arreglo a unos argumentos que carecen, vistos en perspectiva, de suficiente calado para decaer la indisponibilidad. Así pues, se ofrece por este autor como tesis más adecuada una solución ecléctica que distinga entre adquisición a título gratuito (*inembargable*) y oneroso (*embargable*), y atribución de usos excesivos y típicos (*embargable*), encontrándose el supuesto contenido en el artículo 822 CC entre los primeros, en la medida en que no se trata de “un derecho que responda a una finalidad de pura negociación patrimonial, sino que desempeña una función de asistencia a gentes necesitadas” (114).

D) Extinción.

Generalmente, el derecho de habitación se extingue por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 513 CC para el usufructo. Claro está, a la vista del fin perseguido por la ley, que la causa básica de extinción del derecho de habitación será la muerte del habitacionista, pues, a nuestro juicio, este derecho se configura con carácter vitalicio. No obstante, la muerte del discapacitado extingue el derecho de habitación aun cuando tenga hijos menores de edad, salvo que el título de creación del derecho haya dispuesto otra cosa (115).

El disponente puede haber señalado un plazo o el establecimiento de una condición resolutoria como causas de extinción del derecho. También *extinguen el derecho la reunión del derecho de habitación y la nuda propiedad en la persona del discapaz, su renuncia al derecho, la pérdida total de la habitación o la prescripción* (116).

(114) CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Sobre la embargabilidad de los derechos de uso y habitación”, *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, número 167, noviembre 1994, pp. 2559-2560.

(115) Comenta FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. (ob. cit., p. 132), que resulta en cierta medida injusto que, fallecido el titular, se prive a sus miembros, que también son beneficiarios, de toda participación [...]. Por lo que bien pudieran hacerse extensibles estos derechos hasta la producción de otras circunstancias, como la mayoría de edad de los hijos o la mejora de fortuna; o al menos concederse un período transitorio, para evitar que el perjuicio económico que se origina a la familia se una inmediatamente al daño moral por la pérdida del titular.

(116) “El habitacionista puede estar vivo y no hacer uso de su derecho, en cuyo caso éste prescribe si pasa el tiempo necesario. El tiempo para la prescripción de este derecho comienza desde que se deja de usar. La aplicación de la prescripción como causa extintiva del derecho de habitación está recogida en el Código Civil, por la remisión que su artículo 529 CC hace a las causas de extinción del usufructo” (SAP Barcelona de 10 de febrero de 2004).

Por lo demás, puede argüirse que la habitación, por aplicación del artículo 822 CC, se crea con caracteres de beneficiencia y, en cierta forma, alimentista. Ello ha llevado a la doctrina a pensar –como indica FERNÁNDEZ DOMINGO– que es de suponer que al igual que el derecho de alimentos cesa cuando el alimentista puede ejercer su oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado su fortuna, de tal forma que no sea necesaria la pensión alimenticia, la habitación se extinguiría si se produce esta mejoría, pues ya no sería necesario subvenir a las necesidades del beneficiario. No obstante, este mismo autor señala que esta conclusión sólo sería de aplicación a situaciones de grave necesidad (117), pero en cierta forma el *legado legal* de un derecho de habitación, que examinamos más adelante, está partiendo de la base de una situación extraordinaria como para derivar los efectos tuitivos directamente de la ley y no de la voluntad del causante o donante. No obstante, la propia forma configuración del derecho, en el que la posible ausencia de recursos es sólo uno de los aspectos coincidentes, pero no el único ni el más importante, excluyen la aplicación de esta consecuencia al caso que nos ocupa.

El abuso grave por parte del habitacionista también es causa de extinción del derecho (118) que habrá de interpretarse restrictivamente (119). Esta es una consecuencia de la diligencia de un buen padre de familia que se debe exigir a éste en el uso y disfrute del inmueble (120), sin que constituya abuso grave la realización por el habitacionista de obras de conservación (121), como tampoco constituiría abuso la realización de obras de adaptación o accesibilidad.

Aunque la ley no dispone causas de extinción de este derecho, debe valorarse como una carga y así como se impone por ley, si el testador no tiene la previsión de evitarlo, se extinguirá por la causa recogida en el artículo 6.2 de la Ley 41/2003, esto es, cuando el beneficiario deje de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2, a no ser que el testador ordene otra cosa (122).

(117) FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: ob. cit., pp. 136-137.

(118) La doctrina matiza esta consecuencia distinguiendo entre abuso grave y leve, dando este último sólo derecho a una reclamación (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil...*, ob. cit., p. 99).

(119) “Las SSTs, 1.ª, de 28 de noviembre de 1908 y de 30 de abril de 1910 consideran que de esa sanción ha de realizarse una interpretación restrictiva, no mereciendo la calificación de gravemente abusivos los hechos que más que actos, constituyen omisiones, como deterioros en la cosa o falta de las debidas reparaciones” (SAP Zaragoza de 19 de abril de 2000).

(120) RAMS ALBESA, J.: *Comentario...*, ob. cit., p. 1389.

(121) “En caso alguno puede ser considerada su realización como tal abuso grave por las prístinas razones consistentes en ser de mera conservación y tener establecido los artículos 528 y 500 CC que el usufructuario y el habitacionista tienen la obligación de hacer las reparaciones ordinarias que necesite la habitación” (SAP Madrid de 3 de julio de 2000).

(122) BERMEJO PUMAR, M.: ob. cit., p. 362.

VI. La exclusión en el cómputo para el cálculo de las legítimas

Esta es, sin duda, la consecuencia más importante e innovadora que resulta del nuevo artículo 822 CC, y en este punto se centra fundamentalmente la especialidad de la reforma, que forma parte de lo que LEÑA FERNÁNDEZ ha denominado “la supresión de las barreras legitimarias”.

En efecto, la justificación hay que buscarla en los momentos iniciales de la elaboración del texto legal, y así la memoria del borrador (versión 18-02-02) de lo que sería la futura Ley 41/2003 indicaba que “ciertamente significativos sectores de la sociedad civil han defendido una revisión profunda de las coordenadas del régimen sucesorio, y en particular de las legítimas, por entender que la sociedad actual ya precisa una nueva regulación para algunos aspectos y que las restricciones a la libertad de testar del causante o el régimen de la sucesión intestada resultan difícilmente justificables en el umbral del siglo XXI”.

Como señala el citado autor –cuyo estudio es imprescindible para conocer adecuadamente el sentido de la reforma–, son muchas las razones que aconsejan esta “discriminación positiva” en el ámbito de los derechos legitimarios a favor del discapacitado. Así, los padres o ascendientes, al tiempo de realizar la donación o el legado de un derecho de usufructo o habitación, no conocen si en el momento de su fallecimiento habrá lugar a la reducción por perjuicio de la legítima, atendido el valor conjunto de los bienes que constituyen la herencia al que habrá que añadir las donaciones efectuadas. A ello añadiríamos el no desdeñable problema de la necesidad de abono en metálico de la legítima estricta, cuando los padres han dispuesto de derechos o bienes “sustanciales” de la herencia a favor del hijo y el discapaz debe abonar su parte al resto de legitimarios, especialmente cuando la herencia está integrada, en muchas ocasiones, por un solo bien: la vivienda (123).

Hagamos un breve repaso. El artículo 813 CC proclama el principio de intangibilidad de la legítima, que como institución de derecho necesario se encuentra regulada por normas sustraídas a la libre disponibilidad tanto del causante como de los legitimarios. La legítima –como apunta VALLET– es una típica construcción del derecho subjetivo (derecho-deber) que impone una obligación al causante que condiciona su libertad de testar (art. 806 CC). Cuando el causante testa está obligado a prever la legítima de los herederos forzosos o respetar la asignación que en dicho concepto les haya hecho la ley. Si el testador no cumple dicho deber, la institución que con este efecto haya hecho será nula total o parcialmen-

(123) LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “El tráfico jurídico negocial...”, ob. cit., pp. 156-162.

te, según el vicio consista en una preterición o en una desheredación sin causa justa (124).

La legítima, en cuanto porción a la que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge del causante, se refiere al *quantum* que con cargo al patrimonio hereditario debe hacerse efectivo a esas mismas personas, una vez fallecido éste, a no ser que esa cuota ya se haya recibido en vida.

En evitación de que el causante burle los derechos de los legitimarios, atribuyendo *inter vivos* sus bienes mediante donaciones a las personas que tenga interés en favorecer, en detrimento de aquéllos, existe obligación de incorporar o adicionar el importe de las donaciones *colacionables* que, en vida, fueron realizadas por el benefactor, una vez conocido el valor del *relictum*. Esta *reunión ficticia* tiene en cuenta estas disposiciones patrimoniales, en primer lugar, a fin de conocer el auténtico valor del *caudal relicto* de no haberse realizado éstas y, en un segundo momento, para reducir las que no quepan en la parte de libre disposición, bien para determinar si con cargo a las mismas debe tenerse por satisfecha la legítima de alguno de los herederos forzosos o, finalmente, para incluso reducir las realizadas a los legitimarios.

Conocidos estos datos, podrá determinarse mediante la *imputación* cuáles de estas donaciones pueden servir para satisfacer una concreta parte –legítima, libre o, en su caso, mejora–, de la herencia, ya sea de los herederos forzosos o terceros extraños (125).

Tras este breve resumen, merece la pena detenerse en el momento de la *colación*. En efecto, el heredero forzoso que concurre con otros de igual naturaleza deben traer a la masa hereditaria los bienes o derechos que hubiesen recibido del causante, en vida de éste, mediante donación, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición (art. 1.035 CC). Existiendo herederos forzosos, el Código excluye la co-

(124) VALLET DE GOYTISOLO, J.: ob. úl. cit., p. 324. En general, para profundizar sobre este ámbito de la imputación, computación y colación, *vid.* del mismo autor “El problema de la imputación de los prelegados”, *Estudios de Derecho Sucesorio*, tomo IV, Montecorvo, Madrid, 1991, pp. 16 y ss.; y “Comentario al artículo 818 CC”, en *Comentarios del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia Madrid, 1993, pp. 2028 y ss.

(125) Tratándose de legitimarios, la imputación consiste en colocar a cuenta (imputar) de la legítima lo que ha recibido un legitimario, como heredero, como legatario o como donatario. El legado recibido por un legitimario (o dicho a la inversa, se nombra heredero a un legitimario) se imputa a la legítima. Tratándose de una donación, si se ha hecho a un legitimario se imputa a la legítima –como un anticipo de la misma–, salvo que el causante ordenara que no se le impute, en cuyo caso se imputará al tercio de libre disposición y, en todo caso, se tomará en cuenta para el cómputo de la legítima (O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Comentario al artículo 819 CC”, *Comentario del Código Civil*, coordinado por Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, 1.ª ed., Barcelona, 2000, p. 678).

lación de los legados, salvo disposición en contra del testador (art. 1.037 CC) (126). El legado realizado a un heredero que a su vez es legitimario se presume que es a cargo de los demás coherederos (*extra partem hereditatis*), por lo que lo recibe además de la legítima sin quedar sujeto a reducción y sin aplicación de lo dispuesto en el artículo 828 CC (127).

Distinto es el supuesto que se plantea en relación con la colación de las donaciones, en sentido inverso al de los legados, pues el artículo 1.036 CC señala que la colación no tendrá lugar entre los herederos forzosos *sólo si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente* o si el donante repudiara la herencia (128).

Y es que, en definitiva, tanto la donación como el legado estarán dispensados de la colación, pues la norma está orientada para beneficiar al discapacitado. De esta manera se rompe la igualdad entre los legitimarios —como ya se ha señalado—, pues la colación es la operación tendente a mantener el equilibrio entre éstos estableciendo una regla de reparto basada en el principio de igualdad. Es decir, de poco valdría que se dispensase de la computación si luego no se dispensa de la colación (129).

Esta opinión había sido ya sugerida por LEÑA FERNÁNDEZ antes de la reforma, en la línea de que “tanto las donaciones y las atribuciones sucesorias hechas directamente a favor de otras personas o entidades que lleven consigo una condición o carga a favor del incapacitado quedarían fuera de nuestro sistema legitimario y *no le afectarían las limitaciones propias del sistema como la reducción, la imputación, la preterición, la rescisión por lesión, la imputación ni la colación*” (130).

Esta tesis va tomando cuerpo en la doctrina, de tal forma que si el artículo 822 CC excluye del cómputo para el cálculo de las legítimas al legado o la donación del derecho de habitación sobre la vivienda habitual, esta donación o legado escapa a la reducción por inoficiosidad, en la medida en que nunca se les ha tenido en cuenta para el cálculo de la cuantía de la legítima. Así pues —según O’CALLAGHAN—, no sólo no se tiene en cuenta para la *computación* de la donación o legado, sino tampoco para

(126) Sobre las atribuciones no colacionables, *vid.* MUÑOZ GARCÍA, C.: *La colación como operación previa a la partición*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 157.

(127) “*La manda o legado hecho por el testador a uno de los hijos o descendientes no se reputará mejora sino cuando el testador haya declarado expresamente ser ésta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre*” (art. 828 CC).

(128) En cuanto a las liberalidades testamentarias han de incluirse en la “herencia forzosas”, aplicando la misma regla que a las donaciones, pues es lógico que con la atribución a causa de muerte haya deseado pagar la legítima (igual que ocurre con la atribución por ley) mediante la imputación de los beneficios *mortis causa* a la porción reservada al legitimario (LACRUZ BERDEJO, J. L.: *ob. cit.*, p. 408).

(129) Así lo entiende PEREÑA VICENTE, M.: “El derecho sucesorio...”, *ob. cit.*, p. 1528.

(130) LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *ob. cit.*, p. 160.

la *imputación* y la *colación* cuando los legitimarios hubieran sido nombrados herederos (art. 1.035 CC) (131).

Realizaremos por último una concisa observación en relación al legado. Como venimos estudiando, partimos del presupuesto de un prelegado *extra partem hereditatis*, o lo que es lo mismo, un legado a cargo de un coheredero y en beneficio de otro (salvo que sea heredero único). Al ser el derecho legado propio del testador, el heredero gravado debe, en general, adjudicarlo a su cuota, incluirla en ella y después entregarla al prelegatario (132). Pero también era posible que el testador no hubiera instituido heredero al legitimario, ni hubiera expresado la imputación del legado, o hubiera gravado a todos los herederos, en cuyo caso se imputaría primero a la legítima, perjudicando, en el exceso, al resto de herederos.

Si hacemos una breve recapitulación de lo que ocurría antes de la reforma, una vez hecha esta observación, si el testador tenía intención de favorecer, por cualquier razón, a uno de los herederos legitimarios podía hacerlo con cargo a la mejora o con cargo al tercio de libre disposición, mediante las expresiones legado o mejora. El prelegado se imputaba sólo en el tercio de mejora si así lo disponía el testador o si excedía su importe del tercio de libre disposición. Asimismo, el prelegado entregado al legitimario se realizaba con cargo a la herencia en detrimento del resto de coherederos. En consecuencia, los coherederos restantes debían soportar su cuantía, y sólo en el supuesto de que no se pudieran salvar las legítimas como consecuencia del legado, ésta se computaba en la cuota hereditaria del prelegatario (133). Pues bien, en este punto es donde interviene finalmente la *lex specialis* del artículo 822 CC, frente a la general del Código, en la medida en que el legado, al igual que la donación, no queda hoy absorbido en la cuota legitimaria del legatario.

VII. En particular, el “legado legal” del derecho de habitación sobre la vivienda habitual

A) La discutida naturaleza del legado legal en nuestro Derecho.

Tiene también el nuevo artículo 822 CC la consecuencia de resucitar, en el derecho de sucesiones, la figura del *legado ex lege*.

(131) Así lo interpreta O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil...*, p. 812.

(132) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: “Prelegado y adjudicación testamentaria”, separata del volumen VII, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1991, p. 231.

(133) CUADRADO IGLESIAS, M.: “Responsabilidad por razón de legados”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003, pp. 5187-5188.

Ahora bien, el legado tiene su fundamento y justificación en la voluntad del testador. Por ello, no tienen la consideración de legados los llamados legados legales, o atribuciones de bienes o derechos a favor de determinadas personas, singularmente, pero no por disposición del causante, sino por ministerio o efecto de la propia ley. En opinión de ALBALADEJO, uno y otro sólo tienen en común el tratarse de casos de sucesión a título particular, pero no son técnicamente legados ni se rigen por sus reglas, lo que no quiere decir que a falta de preceptos suyos propios les puedan ser de aplicación por analogía los dictados para los legados si en el extremo de que se trate hay semejanza que lo justifique (134).

En el Derecho comparado, concretamente en el alemán y en el italiano, el legado legal también ha sido objeto de estudio –aunque al hilo de la *colación*–, discutiéndose por algún sector doctrinal si la misma colación debe o no debe ser considerada como un legado legal, en cuanto hipotética atribución patrimonial singular como efecto por causa de muerte que se realiza por ministerio de la ley a favor de los coherederos beneficiados por la colación, y de igual naturaleza que el legado, conclusión que al día de hoy tampoco puede ser admitida en nuestro Derecho (135).

En efecto, el legado legal sólo guarda una semejanza relativa con la sucesión dispuesta por la ley a título particular (como, por ejemplo, la cuota usufructuaria del cónyuge viudo), dado que en la base del legado subyace la naturaleza de acto voluntario del causante, del testador, que difícilmente puede identificarse con una atribución *ex lege* (136).

Sin embargo, en opinión de ALONSO PÉREZ, una consagración de esta figura “anómala” de legado legal sí la encontraríamos en el Derecho foral aragonés. Concretamente, en el artículo 4.2 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón, que dispone que “*los sucesores por causa de muerte pueden ser herederos, legatario o sucesores a título particular por disposición legal*”. En su opinión, aparte de lo incorrecto de designar sucesor al adquirente de bienes concretos, que no es otra cosa que un legatario, el texto habría dejado la puerta abierta al “legado legal” (137).

(134) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios...*, ob. cit., pp. 4-5.

(135) Concluye GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. (*La colación hereditaria*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 102-108), después de negar esta identidad entre legado legal y donación al menos en nuestro Derecho, que la colación constituye una figura absolutamente peculiar, lo que no impide que, según los casos y con la debida prudencia, puedan aplicársele principios correspondientes a otras instituciones jurídicas, especialmente la obligación.

(136) En contra, refiriéndose a los casos previstos en los artículos 90.b), 96 y 1.407 CC, *vid.* RAMS ALBESA, J.: ob. cit., p. 1383.

(137) ALONSO PÉREZ, M.: “Sobre el legado y sus rasgos esenciales”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003, p. 5113.

También puede encontrarse esta figura en la Ley 241 de Navarra, que contempla la posibilidad de una manda o legado “por voluntad de la Ley”. No obstante, en el Derecho civil común —como arguye LACRUZ—, es indispensable para que haya legado que el favorecido tenga una pretensión autónoma e independiente para reclamar lo atribuido, y no hay legado cuando alguno ha conseguido una ventaja a consecuencia de una disposición que no se ha dictado a su favor por el causante (138). Ello nos conduce a concluir que se trata de atribuciones sucesorias de carácter singular, pero no propiamente de legados en el sentido que debe darse a esta forma de disposición patrimonial sucesoria.

Examinado el artículo 822 CC, la redacción de la disposición se guarda muy mucho de no incluir la expresión de legado legal en su texto, a nuestro juicio, con una pretensión claramente intencionada a fin de evitar cualquier discusión en torno a su naturaleza, aunque aproveche la exposición de motivos para calificarlo de forma expresiva como “legado legal”. Constituye tan sólo una mera licencia conceptual del legislador en cuanto a la forma, que no en cuanto al fondo, calificando como “legado legal”, como podría haberlo hecho de otro modo, a unas consecuencias o efectos que se derivan directa y exclusivamente de un mandato legal y no de la voluntad del testador. Por ello, creemos más oportuno calificarlo como otra suerte de “sucesión dispuesta por la ley a título particular”, como la prevista en el Código para la cuota viudal usufructuaria. No obstante, en aras de la claridad sistemática, continuaremos utilizando la expresión legado legal en este estudio.

Por último, para calificarlo como legado tampoco cabe argumentar que la ley, para derivar estos efectos, parte de un voluntad tácita o presunta del benefactor, pues —como señala SÁNCHEZ CALERO—, aunque pueda admitirse que la declaración de voluntad ordenando el legado no sea sólo en forma expresa, sino tácita, lo que se exige es que la voluntad de legar, conforme a las reglas generales de interpretación, resulte con claridad del testamento (139).

(138) LACRUZ BERDEJO: ob. cit., pp. 264-265.

(139) En el legado legal, la sucesión a título singular procede de la ley y no de la voluntad del causante. Lo que en todo caso se exige es que exista una disposición testamentaria a tal fin. Y esa misma voluntad puede incluso deducirse aunque no se haya ordenado imperativamente el legado y se limite —eso sí, en testamento— a sugerir, rogar o recomendar a sus sucesores que realicen una atribución patrimonial a favor de determinada persona. Es al espíritu de la disposición testamentaria, más que a la letra, a la que habrá que atender para resolver cualquier duda (SÁNCHEZ CALERO, F. J.: ob. cit., p. 2104). La necesidad de un acto expreso es una exigencia para la constitución normal de este derecho (DÍAZ ALABART, S.: ob. cit., p. 227; y DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: ob. cit., p. 631).

B) Algunos importantes interrogantes.

La primera cuestión que se nos plantea, a la vista de la literalidad del precepto, es que en este legado legal la atribución del derecho de habitación opera de forma automática una vez acreditado el fallecimiento del *de cuius*, en aquellos casos en que, de la lectura del testamento, se infiere con claridad que no se “ha dispuesto otra cosa” o se “hubiera excluido expresamente”, lo que nos hace pensar que partimos de un supuesto de sucesión testada.

La posibilidad de exclusión expresa del efecto de la constitución del derecho de habitación no arroja ningún problema interpretativo, pues la exclusión, con mayor o menor claridad, estará o no estará reflejada en el testamento. Pero sin duda el problema radica en el esclarecimiento de qué “otra cosa”, qué otras disposiciones sucesorias a título particular señaladas por el testador deben ser tenidas en cuenta por impedir u obstaculizar el desenvolvimiento de este legado legal. Aunque algún autor ha señalado que por “otra cosa” hay que entender que la necesidad de vivienda se haya ya resuelto de otra manera (140), el problema, en nuestra opinión, no es desdeñable y estamos seguros de que a la larga terminará planteando algún que otro importante interrogante en aquellos casos en que no se encuentren bienes suficientes en la herencia para satisfacer las cuotas legítimas, y no digamos ya si existen acreedores del causante. En nuestra opinión, la dicción del precepto resulta demasiado ambigua, por lo que debería haberse omitido esta previsión en aras de la seguridad del propio contenido de la disposición.

Cabe plantearse si el legislador, a través del legado *ex lege*, da carta de naturaleza a las “situaciones de mera tolerancia”, pues resultará extremadamente difícil diferenciar cuándo se ha querido otorgar un derecho de habitación *por ministerio de la ley* de una situación de tolerancia tácita por los herederos del causante, lo que también apareja una grave inseguridad. En efecto, la jurisprudencia ya se había referido a este fenómeno en alguna ocasión señalando que “fallecido el padre, la continuación en la casa [...] a falta de prueba derivada del citado título no cabe entenderlo sino por vía de mera tolerancia expresa o tácita del hecho en sí, que, ni afecta a la posesión (art. 444 CC), ni crea derechos en el detentador ni en sus herederos y, desde luego, el hecho de haber residido con anterioridad en dicha casa no genera la situación jurídica cuya titularidad hoy se pretende” (SAP Córdoba de 21 de noviembre de 2000). A falta de título habrá que examinar si la continuidad en la vivienda se realiza en concepto de mera tolerancia o, si la mera tolerancia por los herederos impli-

(140) DÍAZ ALABART, S.: ob. cit., p. 228.

ca una aceptación tácita de esta atribución *ex lege*, o si resulta necesario –como parece más correcto– que exista una expresa manifestación unilateral de voluntad por el discapacitado a los efectos previstos en el artículo 822 CC.

A los mismos problemas nos enfrentamos a la hora de determinar la extensión del término “necesidad” y los efectos que produce la exigencia de este requisito, pues el artículo 882 CC condiciona la atribución del derecho de habitación a “que lo necesite”. Es esta una cuestión compleja, pues la concurrencia o no de la “necesidad” deberá ser examinada, a falta de previsión en la norma, por los herederos forzosos, en quienes en última instancia podría quedar la facultad de admitir o rechazar la constitución de este derecho en contra de la voluntad “presunta” del causante, máxime si exigiéramos en este caso, por las especiales circunstancias que concurren, que fuera necesaria una previa petición del derecho de habitación por el discapacitado aunque éste ya venga disfrutándolo de hecho. En nuestra opinión, la redacción de este precepto obedece más a una intención que a una adecuada integración en el ordenamiento jurídico civil del que debe formar parte. En definitiva, la finalidad perseguida por la norma no ha sido resuelta de forma afortunada.

Asimismo, el precepto permite la convivencia del resto de legitimarios mientras permanezca la necesidad de éstos, lo que puede actuar como una verdadera condición resolutoria de su situación en la vivienda que, para ellos, puede ser también la familiar. En efecto, tal como parece concebido, a falta de título, la necesidad puede operar como una causa de extinción de este derecho al margen de lo señalado en el artículo 529 CC, pues de igual manera que los legitimarios pueden rechazar una solicitud de cese invocando la necesidad, la ausencia de ésta también podría ser alegada, y probada, por el discapacitado para resolver en sede judicial el derecho de los habitacionistas que con él conviven.

Algún comentarista ya se había referido a esta cuestión, en relación con la introducción de nuevas causas de extinción de la habitación sobre la base del principio de la libre autonomía de la voluntad, considerando que el interesado –el disponente– podría haber previsto en el título constitutivo causas de finalización no contempladas en la ley como, por ejemplo, cuando el titular venga a mejor fortuna de modo que ya no necesite el derecho de habitación para tener vivienda (141). A todo derecho de habitación atribuido de forma gratuita es inherente la existencia de una si-

(141) DORAL GARCÍA DE PAZOS: ob. cit., p. 502; FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: ob. cit., p. 136; o RAMS ALBESA: *Uso, habitación...*, ob. cit., p. 36. Sin embargo, FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. (ob. cit., p. 849), critica esta conclusión, pues presupone que el derecho se ha constituido siempre con carácter alimenticio.

tuación de necesidad, como ya hemos dejado apuntado. El artículo 822 CC viene a establecer una condición resolutoria del derecho de habitación (la desaparición de la situación de necesidad) que puede terminar convirtiéndose en arma arrojadiza entre legitimarios, según quien sea el que la invoque, por lo que, según nuestro criterio, este ambiguo concepto debía haberse omitido en el precepto.

C) Legado legal y sucesión intestada.

La ubicación sistemática del legado legal al que nos referimos dentro de las “legítimas” nos conduce a la cuestión de si este “legado” sólo es posible dentro de la sucesión testada, y si esta fórmula, por tanto, debe entenderse excluida de la sucesión intestada por no existir una norma que atribuya este concreto derecho reconocido al discapacitado en el ámbito de esta última sucesión.

En primer lugar, de la literalidad del artículo 822 CC se desprende que el derecho de habitación objeto del legado legal se atribuye *en las mismas condiciones* que cuando éste se concede voluntariamente al legitimario discapaz por el testador. En consecuencia, así entendido, deben derivarse los mismos efectos sobre los derechos legitimarios en uno y en otro supuesto.

Ahora bien, llama poderosamente la atención que pueda llegarse a la conclusión de que estos efectos no se otorguen en beneficio del discapacitado por el mero hecho de que el causante no haya dejado testamento, mientras que, sin embargo, sí opere en el caso de que habiéndolo redactado haya guardado completamente silencio en relación a este concreto extremo, por aplicación automática del segundo párrafo del artículo 822 CC.

La legítima es una institución de derecho necesario que existe en la sucesión intestada con este carácter. Como dice MANRESA, la sucesión legítima procede, a falta de la testamentaria, cuando el causante no ha manifestado su última voluntad (142). En consecuencia, a nuestro juicio, no resulta razonable entender que nuestro legislador haya querido reconocer el beneficio de la exclusión del cómputo de la legítima del derecho de habitación sólo cuando existe testamento, diga éste algo sobre el derecho de habitación o no diga nada. En atención al cumplimiento de este fin social (art. 3.1 CC), la ley misma concede el derecho al discapacitado en ausencia de una concreta voluntad del testador, en este sentido manifestada en el testamento. La conclusión, a renglón seguido, de que se excluya este mismo efecto favorable y protector de la sucesión intestada por

(142) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VII, 7.ª edición, revisada por Bonet Ramón, Reus, Madrid, 1955, p. 212.

la sencilla razón de que esa última voluntad –se refiera o no se refiera a la *habitatio*– no se haya manifestado formalmente nos parece una completa y absurda contradicción. Se trata, en definitiva, de una clara consecuencia del hecho de que este legado legal de “legado” sólo tiene el nombre, y de lo forzado de su encaje en el capítulo del Código en el que se ubica sin una adecuada y atenta reflexión previa.

Por ello, nos parece afortunado el planteamiento realizado por ESPEJO LERDO DE TEJADA en el sentido de considerar que la legítima debe considerarse como una institución común a la sucesión testada y la intestada; y de que la misma deba ubicarse entre las materias generales que afectan a cualquier sucesión en la que se den sus presupuestos, en cuanto debe plantearse ante todo como un derecho necesario del legitimario (143).

Este criterio, como bien apunta el citado autor, aunque no tenga un claro respaldo doctrinal, sí tiene en cambio una acreditada base jurisprudencial (144).

En conclusión, entendemos que resulta justificado que el legado legal al que se refiere el artículo 822 CC opere, no sólo en el ámbito de la sucesión testada, sino también en el de la intestada, y ello sería una consecuencia lógica de la propia naturaleza de esta atribución que no consistiría propiamente en un legado, sino en una atribución patrimonial singular que puede ser ajena a una concreta voluntad manifestada en testamento.

VIII. La atribución al cónyuge en los supuestos establecidos en los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil

Indica el artículo 822 CC que “*Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 (145) y 1.407 (146) de este Código, que coexistirán con el de habitación*”.

(143) ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Estudios Jurídicos, Marcial Pons Edit., y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1996, pp. 365 y ss.

(144) SSTs, 1.ª, de 22 de febrero de 1992 y de 19 de julio de 1982, entre otras. Para un resumen de la jurisprudencia favorable existente hasta esa fecha, especialmente en relación con la admisión de legítima del cónyuge viudo en la sucesión intestada, *vid. ibídem*, pp. 37-43.

(145) “*Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance, en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual*” (art. 1.406-4.º CC).

(146) “*En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero*” (art. 1.407 CC).

Persiguen estas disposiciones la atribución a favor del cónyuge supérstite, a su elección, bien de la propiedad, bien de un derecho de habitación sobre lo que fuera la vivienda habitual del matrimonio, una vez producida la extinción del mismo por fallecimiento, y disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, derecho que, en todo caso, debe ser respetado por el discapacitado legitimario, normalmente hijo —aunque no necesariamente, según hemos visto—, del que con el mismo título debe compartir la vivienda.

La vivienda habitual puede que no pertenezca exclusivamente al causante, esto es, que sólo tenga atribuida una cuota o parte y en comunidad ganancial, por lo que liquidada ésta, y abierta la sucesión, puede haberse atribuido en el patrimonio del cónyuge supérstite en virtud de un derecho preferente (art. 1.406 CC) con las compensaciones que pudieran ser procedentes (art. 1.407 CC). Otorgado el derecho de habitación al cónyuge sobreviviente o, en su caso, el dominio, habrá de coexistir simultáneamente con el que le puede haber conferido el cónyuge premuerto a favor del hijo discapacitado común o no común a ambos, ya sea por vía de legado o donación, o mediante legado legal. Ahora bien, el cónyuge puede haber optado por la atribución de la propiedad de la vivienda, con lo que el derecho de habitación operará como un gravamen sobre la misma de naturaleza vitalicia.

Se ha creído encontrar en este precepto una cierta contradicción, en la medida en que puede plantear problemas de coordinación con lo establecido en el artículo 1.380 CC, pues el derecho objeto del legado se instrumenta sobre la base de una relación de convivencia sobre la vivienda habitual con el causante, pero también con el otro cónyuge, padre o madre del discapacitado (147).

Efectivamente, debe conectarse necesariamente esta disposición con lo prevenido en el artículo 1.380 CC, referente a la *disposición testamentaria de un bien ganancial*, que hace depender los efectos del legado de que éste se adjudique finalmente a la herencia del testador. Puede así resultar que la vivienda sobre la que se ha instituido el derecho objeto del legado, así como todas las facultades que esta situación comporta, incluidas las relativas al uso y habitación, no pasen a formar parte del patrimonio del causante una vez extinguida la sociedad ganancial. En este caso se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento, por lo que, de aplicar el precepto en sus propios términos, quedaría truncada la intención perseguida por la norma: asegurar una vivienda adecuada al discapacitado, así como su continuidad, en el que ha sido su hogar familiar, evitando en los casos más graves el internamiento.

(147) RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: ob. cit., p. 368.

A la muerte del causante se disuelve la sociedad de gananciales, pero, simultáneamente, también se procede a la apertura de la sucesión. Mediante la liquidación de los bienes y derechos comunes, siempre que la vivienda habitual participe de esta naturaleza, puede ocurrir que la misma se haya adjudicado al haber del cónyuge supérstite, como se ha observado, por haber optado preferentemente por la propiedad de la misma o por un derecho de habitación conforme a lo indicado en los artículos 1.406 y 1.407 CC. De aplicar en sus propios términos lo señalado en el artículo 1.380 CC, el efecto ya ha sido señalado, y el legatario perdería su derecho a cambio de una compensación. Por ello, en nuestra opinión, es necesario realizar una interpretación integradora que tenga en cuenta, especialmente, el espíritu y finalidad de ambas normas (art. 3.1 CC), admitiendo que el artículo 822 CC actúa precisamente como una excepción a esa regla general en cuya virtud el legado puede ejecutarse *in natura* a elección del discapacitado, pues ambos derechos de habitación son compatibles y pueden coexistir simultáneamente (148). Entenderlo de otro modo puede conllevar que el simple ejercicio de la facultad que compete al cónyuge viudo de optar por la atribución de la propiedad o el derecho de habitación sobre la vivienda habitual, situación que en la práctica se plantea muy a menudo, destruiría las expectativas del discapacitado de permanecer en el hogar familiar y satisfacer la necesidad básica de vivienda, consecuencia que lógicamente termina defraudando la norma (149), máxime cuando además el cónyuge puede no ser progenitor del discapacitado (150).

Estos problemas podrían salvarse mediante un pacto previo entre los cónyuges, en la medida en que el derecho de habitación recae sobre un bien ganancial (151).

(148) O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: ob. cit., pp. 813-814.

(149) Al interpretarse la Ley –en palabras de DE CASTRO–, se debe colaborar para la consecución de su fin, evitando entenderla de modo que se facilite o haga posible su fraude (ob. cit., p. 469).

(150) La doctrina ha apuntado un problema relevante, el de que el cónyuge no sea progenitor del discapacitado, en cuyo caso cabría plantearse si el testador no estaría legitimado para disponer más allá de su propio patrimonio, por lo que la carga que impone el artículo sobre el bien ganancial tendría unos efectos impositivos muy discutibles cuando el cónyuge sobreviviente no sea también progenitor (BERMEJO PUMAR, M.: ob. cit., p. 362).

(151) No obstante, debe recordarse que si por dispensa de computación se interpreta también dispensa de la colación (de la obligación de traer a la masa de reparto), debe tenerse en cuenta que no se admiten sobre la dispensa de colación pactos como aquellos que se admiten sobre la mejora (ibídem, ob. cit., p. 363).

IX. Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Comentario a los artículos 620 y 621 CC”, *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- “Comentario a los artículos 858 a 891 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, coordinado por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo XII, volumen 1.º, EDESA, Madrid, 1998.
- *Derecho Civil*, tomo V, Bosch, Barcelona, 1994.
- *Derecho Civil*, tomo II, volumen II, 7.ª edición, Bosch, Barcelona, 1982.
- “Sucesor universal o heredero o sucesor particular o legatario”, RDP, 1978.
- ALONSO PÉREZ, M.: “Sobre el legado y sus rasgos esenciales”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003.
- BELUCHE RINCÓN, I.: “La donación *mortis causa* (desde la prohibición de pactos sucesorios)”, ADC, julio-septiembre 1999.
- BERMEJO PUMAR, M.: *Instituciones de Derecho Privado*, coordinado por DELGADO DE MIGUEL, tomo V, volumen 3.º, 1.ª edición, Consejo General del Notariado y Civitas (Aranzadi), Pamplona, 2005.
- CALVO MELIJE, A.: *La posesión en el Derecho hereditario*, Trivium, Madrid, 1991.
- CARPIO GONZÁLEZ, I.: “Sobre la embargabilidad de los derechos de uso y habitación”, *Boletín Informativo del Colegio Notarial de Granada*, número 167, noviembre 1994.
- CARPIO MATEOS, F.: “Intervivos, *mortis causa*, *post mortem*”, en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, dirigido por MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, volumen 3.º, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo II, volumen 2.º, Reus, Madrid, 1988.
- CUADRADO IGLESIAS, M.: “Responsabilidad por razón de legados”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003.
- DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M.: “Comentario a los artículos 467 a 529 CC”, *Comentario del Código Civil*, volumen 3.º, coordinado por Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.
- DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.
- “La adquisición de la posesión en los legados”, ADC, 1962.
- DÍAZ ALABART, S.: *La protección jurídica de las personas con discapacidad* (estudio de la Ley 41/2003, de protección de las personas con discapacidad), Ibermutuamur, Madrid, 2004.
- DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A.: “Comentario a los artículos 467 a 529 CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, coordinado por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, volumen 1.º, EDESA, Madrid, 1992.
- “Donaciones *mortis causa* en el Código Civil y en el Derecho de Navarra”, en *Homenaje al profesor SANCHO REBULLIDA*, *Revista Jurídica de Navarra*, enero-junio 1993.

- DURÁN RIVACOBIA, R.: *Donación de Inmuebles: Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ELORRIAGA DE BONIS, F.: *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Estudios Jurídicos, Editorial Marcial Pons y Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A.: “Comentarios a los artículos 523 a 529 CC”, *Comentarios al Código Civil*, coordinado por RAMS ALBESA y MORENO FLÓREZ, José María Bosch Editorial, Barcelona, 2001.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: *Los derechos reales de uso y habitación*, Dykinson, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.: “Disposiciones de protección *mortis causa* del discapaz”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por MARTÍNEZ DÍE, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: “Prelegado y adjudicación testamentaria”, separata del volumen VII, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1991.
- GARCÍA-RIPOLL MONTUJANO, M.: *La colación hereditaria*, Tecnos, Madrid, 2002.
- GARCÍA VILA (J. A.) y GÓMEZ MARTÍNEZ (J.): *Instituciones de Derecho Privado*, tomo V, volumen 1.º, 1.ª edición, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2004.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C.: *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Comares, Granada, 1996.
- GUTIÉRREZ JÉREZ, J. L.: *El legado de usufructo en el Derecho civil común*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- JIMÉNEZ LARA, A.: *La discapacidad en cifras*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 2003.
- JIMÉNEZ LARA (A.) y HUETE GARCÍA (A.): *La discapacidad en España: datos estadísticos: aproximación desde la encuesta de discapacidades, deficiencias y estado de salud de 1999*, Real Patronato de Discapacidad, Madrid, 2003.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, tomo V, Derecho de Sucesiones, 5.ª edición, José María Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, tomo VII, 2.ª edición, Trivium, Madrid, 2001.
- *Principios de Derecho civil*, tomo III, Trivium, Madrid, 1999.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R.: “El tráfico jurídico negocial y el discapacitado”, en *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por MARTÍNEZ DÍE, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2000.
- *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Protección jurídica de la discapacidad, menores desfavorecidos y personas mayores*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2004.

- LOIS PUENTE, J. M.: “Disposición testamentaria de cosa ganancial”, en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: “Comentario al artículo 806 CC”, *Comentario al Código Civil*, revisado por Bonet Ramón, tomo VII, 7.ª edición, Reus, Madrid, 1955.
- “Comentario al artículo 524 CC”, *Comentario al Código Civil*, tomo V, 4.ª edición, Reus, Madrid, 1921.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.: *El uso de los inmuebles en el Derecho civil moderno*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- MARÍN CASTÁN, F.: “Comentario al artículo 885 CC”, *Comentarios del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- MARTÍN PÉREZ, J. A.: “El legado de cosa específica y determinada, de propiedad del testador”, en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2003.
- MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “El patrimonio de destino de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿un acercamiento al «trust»?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, número 612, 19 de febrero de 2004.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: “Medidas civiles de protección de los discapacitados no declarados”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por MARTÍNEZ DÍE, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ DÍE, R.: “Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, dirigido por González Poveda y Picón Martín, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial en colaboración con el Consejo General del Notariado, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ LOZANO, M.: “Un caso complejo de legado sobre uso de vivienda familiar y sintonías con la adjudicación de dicho uso en proceso matrimonial”, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, número 265, octubre 2003.
- MUÑOZ DE DIOS, G.: “El patrimonio del discapacitado”, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, dirigido por MARTÍNEZ DÍE, Seminario UIMP, Consejo General del Notariado y Civitas, Madrid, 2000.
- “La vivienda familiar y el mobiliario en el artículo 1.320 CC”, AAMN, tomo XXVII, EDESA, Madrid, 1987.
- MUÑOZ GARCÍA, C.: *La colación como operación previa a la partición*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- MURILLO VILLAR, A.: *El riesgo en el legado (Del Derecho Romano al Código Civil)*, Biblioteca Universitaria Burgalesa, Caja de Ahorros Municipal de Burgos, 1.ª edición, Burgos, 1993.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 4.ª edición, La Ley, Madrid, 2004.
- “Comentario al artículo 819 CC”, *Comentario del Código Civil*, coordinado por Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, 1.ª edición, Barcelona, 2000.

- OSSORIO SERRANO, J. M.: "Comentario al artículo 864", *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- PASTOR ÁLVAREZ, C.: "Una estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas", *Aranzadi Civil*, número 20/2004.
- PEREÑA VICENTE, M.: "El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado", *Actualidad Civil*, número 15, 1-15 septiembre, 2004.
- "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 103, mayo 2004.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: "La autotutela: una institución a regular por nuestro Código Civil", *RDP*, diciembre 2001.
- *Indignidad sucesoria en el Código Civil español*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1997.
- POVEDA BERNAL, M.: *Relajación formal de la donación*, Dykinson, Madrid, 2004.
- RAMS ALBESA, J.: "Comentario a los artículos 523 y 529 CC", *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- *Uso, habitación y vivienda familiar*, Tecnos, Madrid, 1987.
- RIPOLL JAÉN, A.: "Discapacidad y derecho de sucesión por causa de muerte", *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, número 255, noviembre 2002.
- ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho Privado*, en colaboración con PUIG BRUTAU, volumen 1.º, EDESA, Madrid, 1948.
- ROCA SASTRE (R.) y ROCA-SASTRE MUNCUNILL (L.): *Derecho hipotecario*, tomo VI, 8.ª edición, Bosch, Barcelona, 1997.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J.: "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, número 4, 16-28 febrero, 2004.
- SÁINZ DE ROBLES, F. C.: "Una perspectiva histórica", *La protección jurídica del discapacitado*, coordinado por SERRANO GARCÍA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J.: "Comentarios a los artículos 858 a 860 CC", en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993.
- SERRANO GARCÍA, I.: "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", *RJN*, número 52, octubre-diciembre 2004.
- SERRANO DE NICOLÁS, A.: *Instituciones de Derecho Privado*, dirigido por DELGADO DE MIGUEL, tomo V, volumen 1.º, 1.ª edición, Consejo General del Notariado y Civitas ediciones, Madrid, 2004.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Comentario al artículo 818 CC", en *Comentarios del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- "El problema de la imputación de los prelegados", *Estudios de Derecho Sucesorio*, tomo IV, Montecorvo, Madrid, 1991.
- *La donación mortis causa en el Código Civil español*, Reus, Madrid, 1950.
- "Imputación de legados otorgados a favor de legitimarios", *RDP*, enero-diciembre 1948.
- VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho Civil español*, tomo II, Tipográficas Cuesta, Valladolid, 1925.

Otros documentos consultados:

Atención a las personas con situaciones de dependencia en España. Libro Blanco, IMSERSO, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Dependencia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

El proceso de discapacidad: un análisis sobre la encuesta de discapacidades, deficiencias y estado de salud, Fundación Pficer, Madrid, 2004.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL DE PARTICIPACIÓN (*)

EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS

Notario Honorario

Dejando a un lado la cáustica e irónica postura de los “antis”, que consideran al matrimonio como el arma más eficaz para matar el amor, lo cierto es que esta institución produce entre los cónyuges un doble tipo de efectos: unos, de carácter personal, y otros, de naturaleza patrimonial o económica.

Respecto de los primeros, recordemos cómo el canon 1013 del derogado Código de Derecho Canónico de 1917 clasificaba los fines del matrimonio en primarios (*procreatio atque educatio prolis*) y secundarios (*mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*). Por influencia de algunos canonistas (LECLERQ) y la postura de la mayoría de los teólogos que intervinieron en el Concilio Vaticano II se suprimió en el proyecto del nuevo Código Canónico esta distinción, si bien su espíritu se ha mantenido en el canon 1096 del vigente, de Juan Pablo II, de 1983 (para que pueda haber consentimiento matrimonial es necesario que los contrayentes no

(*) El presente trabajo sirvió de base a la conferencia que pronuncié el día 22 de noviembre de 2004 en el acto de apertura del curso 2004/2005 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares.

ignoren, al menos, que el matrimonio es *consortium permanens inter virum et mulierem ordinatum ad prolem, cooperatione aliqua sexuali, procreandam*).

El CC, en su redacción originaria, regulaba “los derechos y obligaciones entre marido y mujer” en los artículos 56 a 66, inspirados en los viejos principios de autoridad marital y limitación de capacidad de la mujer casada. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, suprimió en nuestro Derecho estos principios, dándose nueva redacción a los artículos 57 a 65. La Constitución de 1978 proclama en su artículo 32-1 que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Norma constitucional que ha desarrollado la Ley 30/1981, de 7 de julio, dando nueva redacción a esta materia (arts. 66 a 72 –si bien este último se inserta como “suprimido”–), comenzando en el primero de ellos –art. 66– afirmando que “el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”.

Los más propios deberes personales nacidos del matrimonio y de alcance recíproco son los clásicos de cohabitación, fidelidad y mutuo auxilio, recogidos en el artículo 68 CC.

Todos estos deberes tienen como características comunes: 1.º Depender directamente de la naturaleza y esencia íntima del matrimonio. 2.º Ser de carácter recíproco. Y 3.º Tener fundamentalmente un carácter moral.

Para el cumplimiento de los fines enunciados –claramente extrapatrimoniales– el matrimonio requiere un soporte económico. Por eso, junto a los efectos personales, la Ley regula unos efectos patrimoniales. El conjunto de reglas jurídicas que disciplinan la economía del matrimonio es designado usualmente con la denominación de “régimen económico conyugal”, estatuto complejo que tiene que dar respuesta a múltiples cuestiones (gastos, atenciones personales de los propios cónyuges y de sus hijos –alimentación, educación, crianza, establecimiento–, servicios, etc.).

Las posibilidades de configuración de estas respuestas (los llamados sistemas matrimoniales) son prácticamente infinitas y su clasificación puede hacerse desde muy diferentes ángulos –ya saben eso “del color del cristal con que se mira”.

Por enumerar alguna de estas clasificaciones nos decidimos por la del maestro CASTÁN TOBEÑAS –puesta al día por su hijo CASTÁN VÁZQUEZ– en la edición 10 de su *Derecho Civil español, Común y Foral*, a saber:

Por razón de su origen:

Convencional o
contractual

De libertad absoluta
De elección entre varios tipos

Legal o
predeterminado

Obligatorio
Supletorio

Por razón de sus efectos:

De unidad (absorción de la personalidad de la mujer en la del marido)

De comunidad Plena o universal

Limitada De muebles
De adquisición a título oneroso (gananciales)
De muebles y adquisiciones
De todos los bienes futuros (adquiridos a título oneroso o lucrativo)

De separación Con unidad de goce o administración (sistema de usufructo marital)
Con usufructo marital limitado a ciertos bienes (sistema dotal)
Con independencia absoluta (separación propiamente dicha)

De separación con comunidad diferida (sistema de participación)

Hoy hemos elegido este último sistema, el de participación, que es el más joven de los reconocidos en nuestro CC al haber sido introducido en la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

No puede decirse –escribe GARCÍA CANTERO– que su introducción presente dar satisfacción a una extendida aspiración social, sino más bien que responde a los deseos de un sector doctrinal que se manifestó con cierta insistencia; incluso en la discusión parlamentaria el Grupo Socialista hizo denodados esfuerzos para convertirlo en régimen matrimonial legal, al decir de MARTÍNEZ CALCERRADA. Su divulgación en Europa se debe a haber sido adoptado por la República Federal Alemana en 1957 como régimen legal, con la denominación “Zugewinnngemeinschaft”, en los § 1363 y ss. del BGB, y como régimen convencional en Francia cuando el proyecto FOYER, entonces ministro de Justicia, se plasmó en la Ley de 13 de julio de 1965 (arts. 1.569 a 1.581 del Código napoleónico), *régim de participation aux acquêts*.

Afirma LACRUZ que en la redacción del proyecto de nuestra Ley de 1981 –por cierto aprobada por ambas Cámaras, sin objeción ni enmienda alguna, por el método de la “lectura rápida”– no parece haber tenido influencia decisiva la regulación alemana. Opinando BALLESTER GINER que es posible que esta influencia no haya sido decisiva, pero que, no obstante, hay que reconocerle una influencia relativa, si pensamos que nuestro

sistema procede del Derecho francés y éste, como afirma HAMIAUT, del Derecho alemán.

Y tras este aperitivo entramos de lleno en el examen de este nuevo régimen.

I. Concepto y caracteres

Las leyes no deben dar definiciones y así se comporta nuestro Código, el cual se limita a decirnos en qué consiste. Artículo 1.411: “En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”. Contenido que completa el artículo 1.413: “En todo lo no previsto en este capítulo –lógicamente el dedicado a su regulación (cap. V, tít. III, libro IV –De las obligaciones y contratos–)– se aplicarán durante la vigencia del régimen de participación las normas relativas al de separación de bienes”.

De modo similar, el artículo 48 del Código de Familia Catalán (Ley 9/1998, de 15 de julio). Régimen de participación que había introducido en Cataluña la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Doctrinalmente hay tantos conceptos como autores han estudiado el tema. Particularmente nos ha gustado el de BALLESTER GINER y por eso lo reproducimos: “Régimen mixto de separación y comunidad que atribuye al cónyuge que ha obtenido la menor ganancia un crédito del valor neto libremente asignado”.

De lo hasta aquí dicho se desprende que el régimen de participación funciona como uno de separación mientras se mantiene en vigor (el art. 1.412 explícitamente determina que: “A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título”, y el ya reproducido 1.413, que contiene la remisión general al régimen de separación de bienes como subsidiario) y a su extinción se comporta como uno de comunidad (gananciales, en particular) (el ya expuesto art. 1.411 “... cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente”).

Es un régimen voluntario u optativo que hay que pactar en capitulaciones, pues en defecto de pacto rige el de gananciales (arts. 1.315 y 1.316 CC).

En este sentido es un régimen de carácter secundario: si no se pacta, rige, como acabamos de decir, el de gananciales, e incluso si se ha pactado la exclusión del de gananciales, sin haber convenido otro régimen concre-

to, no se aplicará el de participación, sino el de separación (art. 1.435, 2.º). Carácter secundario que desaparece en todos aquellos supuestos en los cuales se quiera utilizar una medida de castigo a modo de sanción por la mala fe de un cónyuge en su actuación. De este modo, y con independencia del régimen existente, en todos los supuestos de nulidad de matrimonio en los que la sentencia firme declare la mala fe de uno de los cónyuges, el de buena fe podrá optar por la liquidación con arreglo a las normas del régimen de participación, estableciendo el artículo 95, y reiterándolo el 1.395, que el cónyuge declarado de mala fe no podrá participar en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge.

No obstante su carácter secundario, puede afirmarse –como hace GARCÍA CANTERO– que, en cierto modo, goza del favor de la Ley por cuanto es uno de los que se permite pactar al menor de edad no emancipado, que pueda casarse, sin complementar su capacidad (art. 1.329). El otro es el de separación de bienes.

II. Etapas

Ya hemos anticipado, casi sin querer, que en este régimen hay que diferenciar dos etapas: una, mientras está en vigor, y otra, al extinguirse o disolverse por cualquier causa, momento en que se hace efectivo el derecho a la participación de uno de los cónyuges frente al otro o frente a sus herederos, en su caso.

No obstante, como apunta con gran agudeza GARCÍA CANTERO, hay dos hipótesis en las que el derecho de participación no va a realizarse en la práctica: cuando ambos patrimonios experimenten pérdidas –por cuanto éstas no se comunican– o cuando el incremento ha sido absolutamente igual (el art. 1.427, que luego veremos, no será aplicable, al no haber diferencia partible).

A) Funcionamiento del régimen de participación mientras está en vigor (arts. 1.412 a 1.414, 1.423 y 1.424).

El régimen funciona como si los cónyuges hubieran pactado uno de separación.

Establece el ya conocido artículo 1.412 que: “A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición, tanto de los bienes que le pertencían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir por cualquier título”. El artículo 49 del Código de Familia catalán añade la obligación de informar al otro cónyuge de su gestión patrimonial.

Es un precepto paralelo —como destaca LANZAS GALVACHE— al artículo 1.437, en régimen de separación de bienes. Advirtiendo este autor que, sin embargo, es más impreciso que este último (que el 1.437), por cuanto debió remitirse al momento inicial del régimen y no al de la celebración del matrimonio, ya que el régimen de participación puede iniciarse en un momento posterior (cfr. art. 1.317). Es más acertada en este sentido la redacción de los artículos 1.418, 1.º y 1.421, los que, al igual que el 1.437, se refieren al momento de “empezar el régimen” y no al de “contraer matrimonio”. El artículo 49 del Código de Familia catalán se refiere a “constante matrimonio”.

Administración, disfrute y libre disposición de cada cónyuge. Veamos estas facultades por separado:

— Administración. Corresponde al titular de los bienes respecto de los que le pertenezcan con carácter exclusivo y a ambos cónyuges los que sean de los dos en régimen de comunidad ordinaria (en pro indiviso ordinario, como dice literalmente el art. 1.414).

Téngase en cuenta que, según el artículo 1.416, ante la irregular administración que de sus bienes haga un cónyuge, corresponde al otro la facultad de pedir la terminación del régimen de participación cuando comprometa gravemente sus intereses. Ello haría entrar en juego lo prevenido en el artículo 1.434, número 3, surgiendo entre los cónyuges el de separación de bienes, salvo que hubieren convenido otro distinto. Muy difícil determinar que es “irregular administración”. Típico problema de interpretación.

— Disfrute. Por aplicación del artículo 1.438 ex artículo 1.413 (supletoriedad de las normas del régimen de separación de bienes), el hecho de que cada cónyuge perciba e invierta los frutos de sus propios bienes, no le releva de la obligación de contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en la proporción pactada y, en su defecto, en proporción a sus respectivos recursos económicos.

— Disposición. Corresponde libremente al titular, si bien en cuanto a sus efectos, al cesar el régimen, hay que distinguir —como hacen los arts. 1.423, 1.424 y 1.433— entre actos a título gratuito y actos a título oneroso.

1) A título gratuito:

— Consentidos por el otro cónyuge. Son firmes y definitivos y quedan excluidos del patrimonio final, aunque no del inicial (art. 1.418, 1.º).

— No consentidos. Los bienes dispuestos se computan en el patrimonio final del donante, salvo si se tratare de liberalidades de uso y, además, pueden ser impugnados por su cónyuge cuando no haya bienes suficientes para hacer efectivo su derecho de participación.

2) A título oneroso:

— Los realizados en fraude de los derechos del otro son impugnables si no hubiere bienes en el patrimonio deudor final para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias.

— Los no fraudulentos son firmes, por cuanto no pueden provocar disminución patrimonial, por concurrencia del principio de subrogación real [al que alude expresamente el art. 56.1 a) del Código de Familia catalán].

No se olvide que por aplicación del artículo 1.320 (*vid.* art. 91 RH), para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

B) Funcionamiento del régimen en fase de liquidación (arts. 1.415 a 1.434).

Es el momento álgido y más característico de este régimen. Al mismo tiempo es el que nos pone los pelos de punta –“escarrufa”, diríamos en lengua vernácula– a los juristas por cuanto para concretar la participación en las ganancias hay que acudir a un complejo mecanismo contable y ya saben lo bien que congenian el Derecho y las Matemáticas.

En esta etapa cabe diferenciar los cinco siguientes extremos:

1. Causas de extinción. Según el artículo 1.415, lo son “las prevenidas para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395”.

Las causas serán, pues, las siguientes:

A) Según el artículo 1.392:

— Cuando se disuelva el matrimonio (muerte, declaración de fallecimiento y divorcio –arts. 85 y 86 CC).

— Cuando el matrimonio sea declarado nulo (matrimonio civil: art. 73; canónico: Código de Derecho Canónico, ex arts. 59 y 60 CC).

— Cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges.

— Y cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto.

B) Según el artículo 1.393 (causas que operan sólo a instancia de parte):

— Haber sido declarado el otro cónyuge judicialmente incapacitado, declarado pródigo o en quiebra o concurso (¿?) de acreedores (Ley Concursal/Ley 22/2003, de 9 de julio), o condenado por abandono de familia.

— Venir el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad. Causa que debe ser adaptada —dice GARCÍA CANTERO— al régimen de que se trata y entendida, por tanto, como “daño o peligro a la participación eventual en las ganancias del otro”.

— Llevar separados de hecho más de un año por acuerdo mutuo o por abandono del hogar.

— E incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimientos de sus derechos económicos.

La aplicación de estas causas de extinción del artículo 1.393, a pesar de los términos absolutos del artículo 1.415, no es pacífica, existiendo opiniones —como la de LANZAS GALVACHE— que estiman que en régimen de participación no rige el 1.393 o, si lo hace, sería con tantas reservas y condicionantes que, en realidad, lo harían inútil.

Por lo que se refiere a la remisión que el artículo 1.415 hace a los artículos 1.394 y 1.395, para unos (BALLESTER GINER), la hecha respecto del 1.394 (necesidad de licencia judicial para todos los actos que excedan de la administración ordinaria) es totalmente equivocada por ser inaplicable al régimen de participación; para otros (LACRUZ, GARCÍA CANTERO), debe interpretarse adaptándolo al régimen de que se trata y, por tanto, limitar la intervención judicial a los bienes gananciales si entre los cónyuges hubiera mediado la sociedad legal. Particularmente me inclino por la inaplicación de este artículo.

La remisión al artículo 1.395 requiere, asimismo, otra aclaración: significa —afirma GARCÍA CANTERO— que, disuelto el régimen de participación por nulidad del matrimonio y declarándose mala fe en uno de los cónyuges, podrá el otro optar entre aplicar las reglas del régimen que estamos examinando (lo que hará cuando espere ser acreedor en la participación) o pedir que el de mala fe pierda su derecho a participar en las ganancias (lo que solicitará cuando crea ser deudor).

Además de esta remisión general del artículo 1.415, el artículo siguiente (el 1.416) formula una causa especial de extinción, de la que ya hemos hablado: irregular administración de un cónyuge que comprometa gravemente los intereses del otro, lo que faculta a éste para pedir la terminación del régimen. La existencia de este artículo 1.416 es uno de los argumentos empleados por LANZAS GALVACHE para negar la aplicabilidad del 1.393 en sede de régimen de participación (*vid.* especialmente el núm. 2, ya expuesto, de este precepto —actos dispositivos o de gestión que entrañen fraude, daño o peligro, para los derechos del otro).

2. Determinación del patrimonio inicial (sustraendo). Según el artículo 1.418, para la liquidación del crédito de participación, el patrimonio inicial de cada cónyuge se considera constituido por los bienes y derechos que pertenecieran a dicho cónyuge al empezar el régimen y por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado. O sea, que estas últimas adquisiciones no son ganancias obtenidas durante la vigencia del régimen y ficticiamente se las reputa como formando parte inicialmente del patrimonio del cónyuge (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

De este activo se deduce el pasivo, por cuanto la Ley maneja siempre el concepto de patrimonio neto. Pasivo que estará constituido por las obligaciones que el titular del patrimonio tuviera en el momento de empezar el régimen y por las obligaciones derivadas de las sucesiones hereditarias o de las cargas inherentes a las donaciones o legados que hubieran incrementado el activo, en lo que no excedan de los bienes donados y heredados (art. 1.419). Dudoso que se incluyan en ellas (en las obligaciones derivadas de adquisiciones a título gratuito) lo pagado como impuesto de sucesiones y donaciones.

Nadie debe olvidar la importante regla del artículo 1.420: "Si el pasivo fuese superior al activo, no habrá patrimonio inicial". Implícitamente se nos está diciendo que la diferencia entre uno y otro es la que lo constituye y por supuesto (LANZAS GALVACHE) que tampoco hay patrimonio inicial cuando activo y pasivo son iguales.

De este artículo 1.420 también se desprende una importante diferencia entre el patrimonio inicial y el final. En el final sólo se toman en consideración los bienes y derechos que existan al extinguirse el régimen ("bienes y derechos de que sea titular —cada cónyuge— en el momento de la terminación del régimen", dice el art. 1.422), con las disminuciones e incrementos que luego veremos (arts. 1.422, 1.423 y 1.424); en el patrimonio inicial, por el contrario, han de computarse todos los que cada cónyuge tuviera al empezar, así como los adquiridos después a título gratuito, existan o no, se conserven o no, al concluir el régimen, de tal manera que sólo se repartirán en su día las ganancias o aumentos realmente experimentados por cada patrimonio (obsérvese cómo el art. 1.418 no nos dice que el patrimonio inicial estará formado por, sino que "se estimará constituido").

Lo fundamental, además, respecto del patrimonio inicial es la fijación de su valor, que es lo que se deberá tomar en cuenta en el momento de la liquidación y fijación de las ganancias. Por ello, el Código establece:

— Que los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueren adquiridos (art. 1.421, párr. 1.º). No se toman, por

tanto, en consideración las mejoras que hayan experimentado, ni, al revés, los deterioros que hayan sufrido. Según el artículo 55 del Código de Familia catalán, *por el valor en el momento de la liquidación*.

— Y que “el importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado” (art. 1.421, pár. 2.º). No se nos dice cómo hay que actualizar. MARTÍNEZ CALCERRADA propone acudir al valor en venta, en uso o al precio de mercado. LACRUZ, al que sigue GARCÍA CANTERO, a un índice fiable, por acuerdo de las partes o señalado por el juez. LANZAS GALVACHE, al poder adquisitivo del dinero para evitar que la depreciación de la moneda se convierta en ganancias. En esta misma línea caminan Díez-PICAZO, GULLÓN y MALUQUER DE MOTES. En lo que parece haber acuerdo es en que la actualización se ha de referir sólo al importe de la estimación inicial y no al valor que posteriormente, por cualquier circunstancia sobrevenida, los bienes hayan podido recibir, por ejemplo, re-calificación del terreno, que pasa de ser rústico a urbano.

Y ponemos punto final a este extremo destacando, con la mejor doctrina, cómo el artículo 1.421 sólo impone la actualización de la estimación exclusivamente para los bienes constitutivos del patrimonio inicial, olvidando que el mismo criterio debería aplicarse a las obligaciones insertas en el pasivo que provocan deducción del activo, pues si el activo se actualiza y el pasivo no, el saldo del patrimonio final es ficticio y ficticia será también la ganancia que resulte por ese defecto cuando el valor de aquél se le reste al del patrimonio final.

3. Determinación del patrimonio final (minuyendo). Dispone el artículo 1.422 que “el patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas”.

Engloba, pues, como destaca LACRUZ, el patrimonio final la totalidad de los bienes de cada esposo ahora existentes, cualquiera que sea su naturaleza y origen: lo mismo los bienes iniciales que todavía duran ahora como todos los otros adquiridos por el cónyuge constante matrimonio por cualquier título, así como los frutos de todos los bienes, iniciales o no, que, percibidos y no consumidos, existan todavía.

Insiste el artículo 1.426 en la necesidad de incluir en el patrimonio final las sumas de que cada cónyuge sea acreedor frente al otro; así establece que “los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge acreedor”.

Dudas se plantean respecto de los bienes personalísimos. Así, BALLES-

TER GINER entiende que deben ser excluidos (indemnizaciones por causa de muerte, pensiones, derechos pasivos, beneficios de las mutualidades); al igual que las liberalidades de uso a las que se refiere el artículo 1.378 y las donaciones entre los esposos. Opinión contraria es la de LACRUZ, para el que tanto en el patrimonio inicial como en el final se deben contar los bienes patrimoniales personalísimos, puesto que no se trata de enajenarlos, sino de computarlos a efectos de la eventual deuda de participación. Mantener lo contrario –sigue diciendo– entraña una desventaja injustificada, sea –si no se incluyen en el patrimonio inicial– para el cónyuge aportante que trabajó antes de casarse; sea –si no entrasen en el final– para el otro esposo que acaso estuvo sosteniendo el hogar mientras el autor o inventor se dedicaba a estas actividades sin resultado económico inmediato. Mayores dificultades –reconoce el propio LACRUZ– ofrece la inclusión de las rentas vitalicias y pensiones, llegando a la conclusión que las pensiones de jubilación y otras personalísimas no deben incluirse (la opinión opuesta nos llevaría a tener que incluir la condición de catedrático o de oficial administrativo que antes tuviera el pensionista); y que si deben inventariarse las rentas vitalicias, por cuanto proporcionan al patrimonio de su perceptor algo más que los meros frutos (en la pensión va incluida la cuota de agotamiento del capital). Para el artículo 56, 1.b) del Código de Familia catalán se incluyen las cantidades procedentes de indemnizaciones por daños corporales o morales de las personas o por pensiones alimentarias o de invalidez, u otras de carácter personalísimo.

Entre los bienes a incluir en el patrimonio final deben estar los que cada cónyuge debía tener y han desaparecido. No hacerlo así supondría una invitación a la mala fe y a la deslealtad. Bastaría hacer donación de todos o parte de los bienes antes de extinguirse el régimen, enajenarlos fraudulentamente o destruirlos, para dejar a cero el patrimonio final y privar al consorte de su participación. Por esta razón, el artículo 1.423 establece que: “Se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes que uno de los cónyuges hubiere dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratare de liberalidades de uso”, y el artículo 1.424 que: “La misma regla se aplicará respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro”. Añade el artículo 51.1, a) del Código de Familia catalán que se incluirán las donaciones a favor de los hijos por razón de matrimonio o para facilitarles una ocupación.

Los bienes constitutivos del patrimonio final se estiman según el estado y valor que tuvieren en el momento de la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación (art. 1.425).

4. Determinación de la participación. Averiguados los patrimonios iniciales y finales de cada cónyuge, bastará una simple resta –de ahí lo de sustraendo y minuyendo– para saber si ha habido ganancias y en qué cuantía.

Posibilidades:

— Comprobación de la existencia de déficit o resultado negativo. Cuando el patrimonio final de un cónyuge es inferior a su patrimonio inicial, o se carece totalmente de aquél, se produce un resultado negativo que, según se deduce del artículo 1.428, el legislador ha querido que no se tome en consideración, siendo soportado exclusivamente por el cónyuge afectado.

— Comprobación de una equivalencia. Infrecuente, pero no imposible. Nada se repartirá, pues nada hay que igualar.

— Comprobación de un resultado positivo. Puede ocurrir:

a) Que el resultado económico positivo haya afectado a ambos cónyuges: el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge (art. 1.427).

b) Que el resultado positivo sólo haya afectado a uno de los cónyuges: el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento (art. 1.428).

Como vemos, la regla general es distribuir la participación por mitad. No obstante, el legislador –con criterio que GARCÍA CANTERO considera como no demasiado acertado– permite la posibilidad de pactar otra proporción siempre que (arts. 1.429 y 1.430):

— Se pacte en capitulaciones “al constituirse el régimen”, no en un momento posterior (en contra de lo prevenido en el art. 1.325, que permite modificar el régimen económico-matrimonial durante el matrimonio).

— No existan descendiente no comunes; norma que obedece a la intención de evitar perjuicios a éstos, y

— Que rija por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges. El artículo 50 del Código de Familia catalán dice que “el pacto que atribuye una participación diferente de la mitad solamente es válido si se establece con carácter recíproco e igual a favor de cualquiera de los cónyuges. La invalidez del pacto determina la participación en la mitad de las ganancias”.

5. Forma de pago y protección jurídica del crédito de participación. Es un crédito de valor –afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN– que se convier-

te en crédito pecuniario en el momento de la liquidación y que, por consiguiente, debe ser satisfecho en dinero (art. 1.431). En el Código de Familia catalán, su artículo 58 establece una norma similar.

El legislador permite (art. 1.432) el pago mediante la adjudicación de bienes concretos. Es decir, una dación en pago. Dación en pago posible, obviamente, cuando haya acuerdo de los interesados y también cuando el juez lo conceda a petición fundada del deudor (art. 1.432).

El crédito de participación es de pago inmediato, permitiéndose al juez conceder aplazamiento, que no podrá exceder de tres años, siempre que medien dificultades graves, y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados (art. 1.431).

La protección que se concede al crédito de participación es la general que el ordenamiento concede a todos los créditos, no otorgando la Ley una preferencia especial para su cobro frente a otros acreedores. Sólo el artículo 1.433 concede al acreedor del crédito de participación unas especiales acciones impugnatorias de las enajenaciones del deudor en el caso de que no hubiese bienes en su patrimonio. Como ya dijimos, pueden impugnarse las enajenaciones que hubiesen sido hechas a título gratuito sin el consentimiento del cónyuge acreedor y las que sin ser gratuitas hayan sido realizadas en su fraude. La expresión “cónyuge acreedor” hay que entender que abarca también a los sucesores del mismo (para Díez-PICAZO y GULLÓN, lo sean a título universal o a título particular).

Las acciones de impugnación referidas, dice el artículo 1.434, caducarán a los dos años de extinguido el régimen de participación y no se darán contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe. Obsérvese cómo se rebaja en dos años el plazo legal de la acción rescisoria (que es de cuatro, según el art. 1.299); por el contrario, el artículo 60.2 del Código de Familia catalán mantiene el plazo de cuatro años.

III. Juicio crítico

No soy aficionado a enjuiciar, quizá porque tenga muy presente las palabras evangélicas, pero en este caso, más que juzgar, quiero destacar que desde 1981 a febrero de 2000, fecha en que se hizo efectiva mi jubilación como notario, no autoricé ninguna escritura de capitulaciones en la que se pactara el régimen de participación. Más aún: tampoco las han autorizado –salvo excepciones que confirman la regla general– mis compañeros, tanto de las Islas como de la Península.

BALLESTER GINER, a quien he citado más de una vez, registrador de la propiedad, escribía en 1983: “Se van a cumplir dos años desde la incorporación del régimen de participación en nuestro Derecho. Los notarios

y registradores pueden dar buena cuenta, de momento, del fracaso de este nuevo sistema matrimonial totalmente desconocido en el mundo vivo del Derecho”, evidentemente de nuestro Derecho.

Y razonaba: “Las clases modestas no suelen otorgar capitulaciones matrimoniales, porque nada tienen que nivelar. La clase media acomodada necesita sistemas sencillos y ágiles, sin acumular nuevos problemas a los que en sí crea el matrimonio, convirtiendo sus patrimonios en hojas de debe y haber, preocupándose de inventariar los bienes, determinar su valor, comparar los patrimonios para obtener los cálculos de ganancias y el crédito de nivelación... No perdemos la esperanza de encontrar algunos matrimonios valientes que quieran iniciar esta complicada aventura”.

IV. Compendio matemático

EJEMPLO

Matrimonio de Pedro y Juana.

Patrimonio inicial de Pedro (sustraendo)	100
Patrimonio final de Pedro (minuendo)	300
Ganancias	200 (300-100)
Patrimonio inicial de Juana	600
Patrimonio final de Juana	700
Ganancias	100 (700-600)

Sumamos las dos ganancias $(200 + 100) = 300$

Repartidas por igual $(300 : 2) = 150$ a cada uno

Nivelación:

— Por tanto, Juana debe percibir de Pedro 50, para obtener un resultado de 150. (Sus ganancias, 100 + la mitad de la diferencia, 50 = 150.)

— Pedro abonará a Juana 50, para que le queden 150. (Sus ganancias, 200 – la mitad de la diferencia, 50 = 150.)

Nuestro Código, en su artículo 1.427, parte final (“... el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge”), puede considerarse matemáticamente incorrecto (GARCÍA CANTERO) por cuanto la diferencia/resto se establece entre el minuendo y el sustraendo, y no al revés. Más correctos son el artículo 54.1 del Código de Familia catalán (“una vez ex-

tinguido el régimen de participación en las ganancias, se realiza su liquidación a efectos de la fijación del crédito de participación, estableciendo la diferencia entre el patrimonio final –minuyendo– y el inicial –sustraendo– de cada cónyuge”); y el párrafo inicial del propio 1.427: “Cuando la diferencia entre los patrimonios final (*minuyendo*) e inicial (*sustraendo*) de uno y otro cónyuge...”.

Minitur por les Illes Balears

De todos es sabido que en nuestras islas, a falta de capitulaciones matrimoniales, rige el sistema de separación de bienes. Artículo 3, respecto de Mallorca; artículo 65, en cuanto a Menorca y artículo 67.1 para Ibiza y Formentera, de nuestra Compilación.

Lo destacable es que en las Pitiusas (art. 66.5) se admite la posibilidad de que en las capitulaciones (*espòlits*) se pacte un régimen propio denominado de “*milloraments*”, que permite a un cónyuge o a ambos acoger al otro en una cuarta parte de los “*milloraments*”, o sea, de las mejoras, compras y adquisiciones a título oneroso que se realicen durante el matrimonio, y que se regirá por lo convenido entre los otorgantes y se interpretará con arreglo a la costumbre –como establece el precitado núm. 5 del art. 66.

Para la profesora Olga CARDONA GUASCH, este acogimiento constituye un auténtico régimen matrimonial, porque, de no pactarse expresamente en “*espòlits*”, entra en juego el supletorio de separación de bienes. Y precisando más, la propia autora, entiendo que “tal vez no resulte muy descabellado afirmar que viene a ser un régimen de participación en ganancias, toda vez que en su funcionamiento se distinguen dos etapas:

1.^a Constante matrimonio. Actúa como el régimen de separación de bienes, porque cada cónyuge inscribe a su nombre los bienes que fuese adquiriendo. Entretanto, el otro consorte tiene un derecho de crédito sobre una cuarta parte del valor de los bienes adquiridos por el otro.

2.^a A la disolución del matrimonio. En principio, al disolverse el matrimonio, el cónyuge acogido puede hacer efectivo su crédito: su participación se materializa.”

Esta autora obtuvo el II Premio Luis Pascual González, que concede la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Baleares, que me honro en presidir, por su trabajo “La institució pitiusa de l’acolliment en una quarta part dels milloraments”.

SOCIEDADES PROFESIONALES

GLORIA ORTEGA REINOSO

Doctora en Derecho.

Profesora de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. CARACTERIZACIÓN. 1.1. Sociedad profesional interna. 1.2. Sociedad profesional externa. 2. PROBLEMAS DE VIABILIDAD. 2.1. Profesión liberal y ejercicio en sociedad. 2.1.1. *Profesión liberal y sociedad (ánimo de lucro).* 2.1.2. *Personalismo de la prestación de servicios y sociedad.* 2.1.2.1. *Cualificación profesional.* 2.1.2.2. *Actividad intelectual, independiente y personal.* 2.1.3. *Conclusión.* 2.2. Profesión liberal y formas sociales. 2.2.1. *Tipos mercantiles.* 2.2.2. *Tipos mercantiles personalistas.* 2.2.3. *Tipos capitalistas.* 2.2.4. *Cooperativa de trabajo asociado.* 2.2.5. *Libertad de forma social. Sistema abierto.* 3. VIABILIDAD LEGAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. 3.1. En la Constitución Española. 3.2. En la legislación ordinaria. 3.3. En las normas estatutarias. 3.4. ¿Es necesaria una ley de sociedades profesionales? 3.5. Iniciativas legislativas.

1. Caracterización

Dentro de las sociedades que ofrecen servicios profesionales a terceros, las sociedades profesionales son las constituidas por profesionales liberales para el ejercicio en común de su profesión. Son las únicas que tienen por objeto el ejercicio de la profesión liberal que desarrollarán sus socios, y que por tanto se configuran como una modalidad de ejercicio liberal de la profesión; a través de ellas se canaliza el ejercicio colectivo de las profesiones liberales frente al tradicional ejercicio individual (1).

Las sociedades profesionales se definen como aquellas “en las cuales varios profesionales convienen en ejercer en común su profesión, mediante la aportación por cada uno de ellos de su propia actividad profesional, aparte otras aportaciones de naturaleza diversa (medios instrumentales, p. ej.),

(1) Sobre las sociedades profesionales en general, *vid.* entre nosotros DE BARBARÁ LLAURADÓ, R.: “Delimitación del objeto en las sociedades profesionales”, *RHP*, número 15, 1972, pp. 89-96; CAPILLA RONCERO, F.: “Comentario a los artículos 1.665 al 1.708 del Código Civil”, en M. ALBALADEJO (coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, volumen XVI, Madrid, 1986, pp. 153-176; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El nuevo Registro Mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*, Madrid, 1990, pp. 138-154; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.: “Comentario de los artículos 1.665-1.708”, en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ & SALVADOR (coords.), *Comentario del Código Civil*, volumen II, Madrid, 1991, pp. 1299-1523; “Las sociedades profesionales (Principios y bases de la regulación proyectada)”, *RCDI*, número 653, 1999, pp. 1257 y ss., y “La agrupación de interés económico y las sociedades profesionales”, URÍA/MENÉNEZ (dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, volumen I, Madrid, 1999, pp. 748-762; ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: “Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales”, en *Estudio en homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Barcelona, 1992, pp. 11-37; MEZQUITA DEL CACHO: “Las sociedades de profesionales”, *ASN*, número VII, 1993, pp. 340-419; OLARTE ENCABO, S.: “Algunas reflexiones sobre la inscripción registral de sociedades mercantiles de profesionales liberales. A propósito de la Resolución de 23-4-1993 de la DGRN”, *Actualidad y Derecho*, número 43, pp. 1 y ss.; VICENT CHULIÁ, F.: “Nota a la Resolución de la DGRN de 23 de abril de 1993”, *RGD*, 1993, pp. 11972-11976; AAVV, *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C.: *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1994; DELGADO GONZÁLEZ, A. F.: *Las sociedades profesionales (el ejercicio en común de las profesiones en España: sus aspectos administrativos, civiles y tributarios)*, Madrid, 1996; GARRIDO DE PALMA, V. M.: “La sociedad de responsabilidad limitada familiar y de profesionales”, GARRIDO DE PALMA (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, volumen I, Madrid, 1996, pp. 29-109; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., & GARCÍA PÉREZ, R.: “Nuevamente sobre la inscripción de las sociedades profesionales en el Registro Mercantil (acerca de la RDGRN de 26 de junio de 1996)”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, número 8, 1996, pp. 211-235; RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, J. M.: “Formas asociativas entre profesionales”. *Comunidades de bienes, Cooperativas y otras formas de empresa*, 1996; GARCÍA PÉREZ, R.: *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1997; CAMPINS VARGAS, A.: *La sociedad profesional*, Madrid, 2000, y “Sociedad civil de actividades entre profesionales. A propósito de una proposición de ley”, *RdS*, número 15, 2000, pp. 173-184; GARCÍA MÁZ, F. J.: “Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, de cara a una futura ley”, *RCDI*, número 669, 2002, pp. 9-51; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: “Breves reflexiones sobre las llamadas sociedades de profesionales”, *Derecho de Sociedades. Libro-Homenaje a Sánchez Calero*, volumen I, Madrid, 2002, pp. 4507-4527.

al objeto de cooperar entre sí y contribuir entre todos al levantamiento de los gastos comunes de la profesión, y repartir la ganancia obtenida con ese ejercicio" (2). Definición de sociedad profesional que absorbe, podríamos decir, a la sociedad de medios. El artículo 1.1 de la PALSP (3) dice que "las sociedades profesionales son sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales. A los efectos de la presente Ley se entiende por actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria e inscripción en el correspondiente Colegio profesional".

La sociedad profesional se caracteriza por las siguientes notas:

1. Es una sociedad y no una comunidad de bienes. Sobre la base de que la sociedad requiere, frente a la comunidad, la *affectio societatis*, la mayoría de la doctrina concluye que el ejercicio colectivo de la profesión excede del instituto de la comunidad –situación de hecho, de carácter estático– para insertarse en el de la sociedad –contrato, de carácter dinámico–. En estas agrupaciones profesionales concurren las tres notas que delimitan el concepto de *affectio societatis*: un fin común, al que se vincula un patrimonio asimismo común (4); actividades sociales de carácter común, con participación en ellas de todos los socios, y persecución de ganancias partibles.

No obstante, hay quien ha estimado que es una comunidad de bienes por ausencia de las dos primeras notas de la *affectio societatis*. Así, en las agrupaciones profesionales "puede no existir un fondo común, y si lo hay no posee como tal la aptitud de producir un rédito, sino que es sólo un medio del que los profesionales se sirven para el desempeño de su acti-

(2) CAPILLA: "Sociedades de profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, p. 231.

(3) Propuesta de Anteproyecto de Ley de sociedades profesionales, aprobada por la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho Mercantil, en 1999.

(4) Si bien, un amplio sector de la Doctrina sostiene la no esencialidad del patrimonio social en la configuración del concepto de sociedad que acoge nuestro Derecho, pues los artículos 1.665 CC y 116 CCom permiten la aportación únicamente de industria, sin que haya de constituirse un fondo real de bienes, GIRÓN, *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, pp. 42 y ss.; LANGLE Y RUBIO, M.: *Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950, p. 409; CAPILLA: "Comentario...", cit., p. 20, afirma que lo esencial es la colaboración patrimonial de los socios que puede ser cumplida mediante aportaciones exclusivas de industria, aunque de ello normalmente se generará un patrimonio común; PAZ-ARES, "Comentario...", cit., pp. 1305-1306, indica que "si lo que quiere significarse es que para la constitución de la sociedad es preciso aportar bienes o derechos determinados, de modo que pueda constituirse un fondo real entonces ha de decirse que tal requisito no es necesario ni para el tipo de la sociedad civil ni para el concepto de sociedad"; CASTÁN: *Código Civil de Mucius Scaevola*, volumen XXV, Madrid, 1933, pp. 566-567, declara que la sociedad constituida para el ejercicio de una profesión "tiene como base, no una comunidad de cosas, sino una comunidad de aptitudes, actividades e inteligencia".

vidad estrictamente personal” (5); carácter personal que implica que las prestaciones realizadas por los socios no lo son de la sociedad, son una suma de prestaciones individuales, lo que impide hablar de sociedad, la cual sólo sería posible si las prestaciones se despersonalizaran (6). En consecuencia, el supuesto debe insertarse en la categoría de la comunidad de bienes, ya que en ésta no se crea un patrimonio –las aportaciones sólo modifican la titularidad de pertenencia, que, a pesar de ello, se mantiene en los comuneros a través de las cuotas que se les atribuyen–, y, además, permite que la actividad de los profesionales que se agrupan no tenga que despersonalizarse.

En contra se ha objetado que en las agrupaciones profesionales sí existe un fondo común, constituido por las prestaciones de los profesionales –no siendo esencial del concepto de sociedad que esté formado por bienes materiales (7)–, las cuales pueden imputarse a la sociedad sin que se produzca la alegada despersonalización. El personalismo se mantiene puesto que la prestación de servicios profesionales se realizará por un concreto socio profesional (o varios), que entrará en contacto directo con el cliente, garantizándose así la relación de confianza. Además, el régimen de “la comunidad de bienes no permite el ejercicio de una actividad en común, encaminada al fin común del reparto de ganancias y participación en pérdidas; en realidad, cuando se dice que varios profesionales se agrupan bajo el esquema de la comunidad, se quiere decir que pretenden someter sus titularidades jurídicas reales al régimen de la comunidad; cosa que sucede, por demás, también en las sociedades internas frente a terceros, cuando hay elementos patrimoniales en común, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.669 CC. Estas pretendidas comunidades son sociedades civiles” (8). El artículo 1.1 PALSP deja clara la naturaleza societaria cuando dice que “las sociedades profesionales son sociedades...”.

(5) PAVONE LA ROSA, A.: *Il resgistro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milán, 1954, pp. 504 y ss.

(6) PAVONE, cit., ponía de manifiesto que sólo puede haber sociedad si ésta se organiza de forma que en las relaciones con los terceros actúa como entidad distinta de las personas que la componen, pero entonces “es necesario, pues, que la actividad sea realizada como impersonal”; AMATUCCI: *Società e comunione*, Nápoles, 1971, p. 101, afirmó que sólo habrá sociedad si los servicios profesionales se “despersonalizan”, resultando entonces que el médico ilustre y el profesional acreditado no formarán parte nunca de una sociedad, porque no aceptarán despersonalizar su nombre o evitar el contacto con el cliente.

(7) FONT GALÁN, J. I., & PINO ABAD, M.: “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto legal de sociedad”, *RDM*, 2001, p. 564, señalan que cabe “admitir también, en su caso, un patrimonio sólo formado inicialmente por obligaciones prestacionales de industria o servicios, esto es, con funciones de explotación de la actividad social, lo que no descarta ni impide, sino todo lo contrario, la progresiva formación de un patrimonio de garantía fruto precisamente de la explotación de la actividad social”.

(8) CAPILLA: “Sociedades de profesionales...”, cit., p. 233, nota 28.

2. Su objeto social es el ejercicio colectivo de la profesión liberal, que se lleva a cabo mediante la realización en su seno por los socios de su actividad profesional.

3. Es una sociedad formada por profesionales liberales. Lo natural es que todos los socios sean profesionales legalmente habilitados para el ejercicio de la profesión que constituya su objeto social, que efectivamente desarrollarán en la sociedad. Ahora bien, la realidad es que tanto a los socios profesionales ejercientes como a quienes no lo son interesa que pertenezcan sujetos, profesionales o no, que aporten sólo capital. Pues bien, en una primera aproximación no cabe descartar la presencia de socios meramente capitalistas en la calificación de las sociedades profesionales (que entonces se denominan “sociedades profesionales mixtas”), pese a los problemas específicos que su existencia plantea, los cuales requieren igual tipo de respuesta.

4. Atendiendo al objeto es una sociedad civil. Definido el comercio como el conjunto de actividades que efectúan la circulación de bienes entre productores y consumidores, actividad mediadora estricta en la que no participa ni el productor ni el consumidor, ligada a la idea de especulación o propósito de obtener una ganancia, no aislada y esporádica, sino reiterada, habitual, como fuente constante de riqueza (9), “serán sociedades mercantiles las que se constituyan para dedicarse a aquellas actividades mediadoras, y civiles las que tienen por objeto todas las actividades productoras y económicas con finalidad lucrativa que no cumplan funciones esencialmente mediadoras” (10). Para la correcta clasificación de las sociedades que se mueven en el ámbito de los servicios profesionales hay que distinguir según que su objeto social consista en explotar un producto propio o en mediar en el acercamiento al consumidor del producto ajeno. Serán comerciales las sociedades que coordinen bajo su dirección los servicios de profesionales liberales para ofrecerlos al público [las sociedades de intermediación profesional y las denominadas de producción de servicios profesionales (11)]. “En cambio, la unión de dos o más de esos profesionales liberales para el ejercicio en común de sus propias profesiones, aunque se ayuden de colaboradores y auxiliares, no parece que se salga del ámbito civil” (12).

(9) GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, volumen 1, Madrid, 1947, pp. 9-10.

(10) DE AZURZA Y OSCOZ, P. J.: “Problemas de la sociedad civil”, *ADC*, 1952, pp. 132 y ss.

(11) Sobre la distinción, *vid.* FERNÁNDEZ COSTALES, J.: “Las sociedades de médicos”, *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 361 y ss.; GALGANO, F.: “Società Di genere. Società di persone”, *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXVIII, dir. CICU, A./MESSINEO, F., Milán, 1982, pp. 30 y ss.

(12) CASTÁN: *Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las mercantiles*, Madrid, 1929, pp. 25-26.

5. En sentido estricto es una sociedad externa. Cuando unos profesionales liberales se agrupan para ejercer su profesión en común constituyen una sociedad profesional, siendo indiferente para su conceptualización que frente al cliente sea la sociedad la que aparezca como el profesional, en el sentido de que goce de personalidad jurídica (sociedad externa), o que, por el contrario, no se manifieste frente a terceros, actuando cada profesional frente al cliente de forma aislada, pero cooperando recíprocamente en el interior de la sociedad en el ejercicio profesional, es decir, sin personalidad jurídica (sociedad interna) (13). Pese a dejar constancia de que hay autores que consideran que la sociedad profesional es siempre externa (14), y otros que entienden justo lo contrario (15), aquí se opta por admitir su doble configuración, si bien se considera a la externa como sociedad profesional en sentido estricto.

1.1. Sociedad profesional interna.

La falta de exteriorización del vínculo societario, con la consiguiente ausencia de personificación jurídica del grupo, presupone la existencia de una sociedad civil en la que la cooperación entre los profesionales se desenvuelve en el ámbito meramente contractual (16). En este tipo de sociedades los socios contratan en su propio nombre con los terceros, asumiendo

(13) CAPILLA: "Sociedades de profesionales...", cit., pp. 232-233, indica que: "Esta conclusión se impone como consecuencia de que el régimen general aplicable puede ser el de la sociedad; y en ella el elemento predominante es la comunidad de riesgo y resultados, antes que la comunidad de explotación en sentido estricto; se exige colaboración de todos los socios a la consecución del resultado común y partible, pero no se exige comunidad de explotación ni comunidad de empresa, ya que las modalidades de colaboración son extraordinariamente amplias. Y desde luego, en lugar alguno se exige que la colaboración sea patente a los terceros".

(14) MORENO-LUQUE: *Sociedades profesionales...*, cit., p. 40, considera que los servicios prestados por la sociedad a través de sus socios profesionales tienen, consecuentemente, relevancia externa, lo cual configura a esta sociedad como un modelo de sociedad externa y, por tanto, con personalidad jurídica.

(15) TENA PIAZUELO, I.: "Las sociedades de profesionales en Derecho comparado", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, p. 179, destaca que: "Podríamos decir que desde la dogmática del CC la sociedad profesional sólo puede desenvolverse en términos de irregularidad societaria, pactando libremente cualquier contenido los socios, pero sin forma apta para dar trascendencia a los terceros de sus relaciones. Pues en la medida en que la sociedad se constituyera regularmente tendría personalidad jurídica, sería un propio sujeto de derechos y obligaciones, cuya actuación profesional plantea inconvenientes de posibilidad que no pueden resolverse".

(16) Sobre la conexión entre atribución de personalidad jurídica y publicidad del vínculo social, vid. CASTÁN: *Código Civil...*, cit., pp. 779-780; Díez-PICAZO/GULLÓN: "La sociedad civil", *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 2000, pp. 452-454; CAPILLA: "Comentario...", cit., p. 52; sin embargo, PAZ-ARES: "Comentario...", pp. 1352 y ss., estima que no es el criterio de la publicidad, sino el de la estructura de la sociedad, como vínculo o como organización, el que distingue entre sociedad interna (sin personalidad jurídica) y externa (con personalidad).

do frente a ellos el estatuto de profesional liberal individual, por lo que no se altera el carácter personal de la prestación, ni el régimen de responsabilidad personal e ilimitada del profesional liberal, y, en consecuencia, no se plantean objeciones de viabilidad desde el estatuto jurídico de la profesión liberal. A estas sociedades se aplican, según la interpretación mayormente compartida del artículo 1.669 CC, respecto del sustrato patrimonial, las normas de la comunidad de bienes, y de las relaciones internas, la normativa de la sociedad civil prevista en los artículos 1.665 y ss. CC (17).

Sobre la existencia y admisibilidad de las sociedades profesionales internas se han pronunciado nuestros tribunales, sobre todo los del orden social (la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y el antiguo Tribunal Central de Trabajo), con motivo de declarar su incompetencia de jurisdicción por apreciar que entre las partes no había vínculos laborales y sí societarios; en concreto, los de una sociedad civil sin personalidad jurídica, calificada normalmente como sociedad civil irregular, en lugar de interna (18).

1.2. Sociedad profesional externa.

Cuando la sociedad profesional tiene personalidad jurídica estamos ante la denominada por la doctrina “sociedad profesional en sentido estricto”, y definida como “la sociedad externa cuyo objeto social es la prestación de servicios propios de las profesiones liberales a través de sus socios” (19). “Por sociedad profesional en sentido estricto se entiende el ejercicio por parte de profesionales liberales de su actividad a través de una sociedad cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales” (20). Es la

(17) No opina así FERNÁNDEZ COSTALES: “Las sociedades de médicos”, en *El ejercicio en grupo...*, cit., p. 369, y “Responsabilidad civil médica y hospitalaria”, *La Ley*, Madrid, 1987, p. 39, quien estima que a tales sociedades se aplica de forma global el régimen jurídico de la comunidad de bienes.

(18) La STS, Sala de lo Social, de 23 de enero de 1990 (RJA 197), declara que: “En realidad, el trabajo en común de un grupo de profesionales colegiados, cuando entre sus miembros no exista dependencia laboral con uno de ellos sino sencillamente trabajo en común, en que ellos aportan su propia clientela, cobrando un porcentaje sobre las minutas, debe calificarse como sociedad civil irregular, en la que se pone en común la actividad”; *vid.* GALIANA MORENO, J. M./SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Régimen jurídico de la prestación de servicios profesionales por las comunidades de bienes y sociedades irregulares”, *Relaciones Laborales*, II, 1986, pp. 874-890; y sobre la incorrecta utilización del término “irregular” para referirse a las sociedades carentes de personalidad jurídica, bien por falta de manifestación externa, bien por incumplimiento de los requisitos formales, GIRÓN: *Derecho de sociedades*, cit., pp. 230-231; CAPILLA: *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, pp. 1339-1340; PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., pp. 1361-1362.

(19) CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., p. 27.

(20) MORENO-LUQUE: *Sociedades profesionales...*, cit., p. 40; VICENT: *Introducción al Derecho Mercantil*, 2003, tirantonline.com, dice que: “Las denominadas, en sentido estricto, «Sociedades Profesionales» son las que agrupan a profesionales titulados para el ejercicio colectivo de su profesión”.

sociedad formada por profesionales liberales para el ejercicio en común de su profesión mediante la aportación del ejercicio profesional por sus socios, de forma que la actividad profesional se imputa directamente a la sociedad.

La sociedad es la que contrata con el cliente la prestación de servicios, y la que, en consecuencia, asume la condición tanto de deudora de los servicios, que ejecutarán los socios (por eso es necesario que si no todos, algunos sean personas físicas habilitadas legalmente para el ejercicio de la profesión que constituya el objeto social), como de acreedora de los honorarios, que tendrán la consideración de ingresos sociales. Sólo esta sociedad supone una auténtica integración, en el sentido de puesta en común de la actividad profesional por varios profesionales liberales. Además, lo normal es que esa integración se extienda a los medios materiales y personales necesarios para su desarrollo, absorbiendo a una sociedad de medios.

2. Problemas de viabilidad

Los principales obstáculos de admisibilidad que han encontrado las sociedades profesionales derivan de su personificación jurídica. Si la sociedad profesional tiene personalidad jurídica es ella, a través de los mecanismos sociales de representación y gestión, la que entabla la relación jurídica de prestación de servicios profesionales con los clientes, convirtiéndose en el sujeto titular de la relación profesional al que se imputan los servicios prestados por sus socios profesionales y el derecho de crédito por los honorarios devengados, y sobre el que pesan los deberes de diligencia, pericia, secreto, etc., y, en último caso, la responsabilidad civil. Si es la sociedad la que ostenta la condición de profesional, ¿se mantienen o no las notas propias del estatuto de las profesiones liberales?, ¿consiente el Ordenamiento puntualizar sobre el grupo de profesionales como tal una actividad que ontológica y jurídicamente es propia de las personas físicas?, ¿puede imputarse a la sociedad la titularidad del servicio realizado por alguno de sus socios profesionales y a la vez conservarse el carácter personal de la relación jurídica? (21). Se perfilan en consecuen-

(21) CADARSO: "La sociedad profesional de arquitectos", en *El ejercicio en grupo...*, cit., pp. 385-403, afirma que "las verdaderas dificultades surgen cuando entes societarios personificados (sociedades civiles, sociedades civiles con forma mercantil, sociedades mercantiles) se erigen en centro de imputación del ejercicio profesional mismo, porque entonces se produce una paralela «despersonalización» de éste, en contradicción con los presupuestos del estatuto corporativo de la profesión"; PAZ-ARES: "Comentario...", cit., p. 1405; CAPILLA: "Sociedades de profesionales...", cit., p. 234; FERRI, G.: "La società di professionisti", *Riv. Dir. Comm.*, I, 1972, y también en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, volumen IV, p. 3352.

cia una serie de inconvenientes que se han objetado al ejercicio en sociedad de las profesiones liberales, a los que hay que añadir los que se han alegado en contra de que ese ejercicio societario adopte formas sociales mercantiles y, especialmente, capitalistas.

Los obstáculos se han estudiado en dos niveles: 1) Analizando la compatibilidad o no de la actividad profesional con el ejercicio en sociedad, abstracción hecha de la forma social que revista la sociedad; y 2) Repitiendo el análisis en relación con cada uno de los tipos de sociedad previstos en nuestro Ordenamiento jurídico. Y en ambos niveles desde el punto de vista tanto del Derecho de sociedades como del estatuto de la profesión liberal.

2.1. Profesión liberal y ejercicio en sociedad.

Centrados en el primer nivel de estudio (22), los principales inconvenientes que encuentra la actividad profesional para constituir el objeto de una sociedad se cifran: 1) Desde el Derecho societario, en la falta de ánimo de lucro que se predica de las agrupaciones profesionales, guiadas por la idea de servicio y desinterés; y 2) Desde el estatuto de la profesión liberal, en el denominado principio de personalismo de las prestaciones profesionales, pues un ente abstracto no puede conseguir los requisitos de cualificación necesarios para el ejercicio profesional, ni desarrollar una actividad de carácter intelectual, independiente, personal, y normalmente, *intuitu personae* (23). Veamos ambas objeciones.

2.1.1. Profesión liberal y sociedad (ánimo de lucro).

Tradicionalmente se ha considerado que el ánimo de lucro es un elemento esencial (la causa) del contrato de sociedad (arts. 1.665 CC y 116 CCom) (24), que permite distinguirlo del contrato de creación de una co-

(22) Vid. MORENO-LUQUE: *Sociedades profesionales liberales*, cit., pp. 44-61; DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, cit., pp. 31-40; GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio en sociedad...*, cit., pp. 123-131; CAMPINS: *Las sociedades profesionales*, cit., pp. 65-83.

(23) ALBIEZ: "Las agrupaciones societarias...", cit., pp. 14-15, indica que: "El carácter básicamente individual y personal de su actividad, especialmente en cuanto a la relación fiduciaria con el cliente y una responsabilidad exclusiva, ha sido el argumento tradicional para negar la validez de sociedades que tienen por objeto desarrollar una actividad profesional liberal".

(24) "Opinión que sigue siendo, a nuestro entender, la más segura por imponerle el difícilmente sorteable tenor de los artículos 1.665 CC y 116 CCom, a pesar de los meritorios y recientes esfuerzos de un sector doctrinal... que postula una interpretación correctora, que eliminaría esa exigencia, incluso para el concepto de sociedad civil en sentido estricto y no meramente para un concepto amplio o genérico de sociedad", CAPILLA: "Sociedades de profesionales...", cit., p. 240, nota 36.

munidad de bienes y de la asociación. Se define por la idea de obtener un incremento ilimitado del patrimonio social repartible entre los socios [ganancia partible, y no mera ventaja (25)], que coincide con el interés individual de cada socio en obtener beneficios dentro de la sociedad (26). Lo que caracteriza a la empresa creada mediante un contrato de sociedad (existencia de dos o más socios) es que dicho incremento patrimonial está destinado a ser autodistribuido entre los socios junto con la primitiva inversión (desinversión), y en el supuesto de sociedad unipersonal a ser recuperado o desinvertido por el socio único, a diferencia de otras formas jurídicas de empresa carentes de ánimo de lucro, con base asociativa (asociación o cooperativa) o sin ella (fundación) (27).

Así entendido, se ha alegado que el ánimo de lucro se opone al ejercicio en sociedad de la profesión liberal, definida, primero como gratuita, y luego como desinteresada, que únicamente encontraría cobertura jurídica en la asociación.

Objeción que, sin embargo, puede rebatirse con los siguientes argumentos:

1. Actualmente la profesión liberal es lucrativa, y no gratuita, ya que el profesional la ejerce como medio de vida para obtener unos beneficios (28). Y, si el profesional que ejerce individualmente su profesión puede legítimamente ganar dinero con ella, también puede obtenerlo quien la ejerce en sociedad, en cuyo caso los ingresos tendrán la condición de ganancias en el sentido del artículo 1.665 CC, susceptibles de reparto entre sus miembros (29).

2. La posterior exigencia de desinterés se concreta hoy en el deber que tiene el profesional de no anteponer a los intereses del cliente los suyos propios de contenido puramente económico o incluso profesionales (de prestigio), evitando así la “mercantilización” de su actuación (30).

3. El fin de lucro como elemento causal del contrato de sociedad se

(25) CAPILLA: “Comentario...”, cit., pp. 22-2, y *La persona jurídica...*, cit., p. 109.

(26) STS 19 febrero 1991 (RJA 1521).

(27) VICENT: *Introducción...*, cit., quien añade que: “La fórmula legal del ánimo de lucro o la moderna de crear valor para el accionista excluye tanto el confuso concepto germanizante del «interés común» como el amplísimo concepto francés del «interés social»”.

(28) Sobre el ánimo de lucro como carácter propio de las profesiones liberales, *vid.* BONET RAMÓN, F.: “La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter del contrato de servicios de los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDP*, 1935, p. 391; STS, 4.ª, de 21-05-1990 (RJA 4993).

(29) CAPILLA: “Sociedades de profesionales...”, cit., pp. 240-243.

(30) SAVATIER: *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, París, 1947, p. 38, señalaba que lo que se prohíbe es mercantilizar el ejercicio profesional hasta el extremo de situar en primer término la consecución del máximo beneficio, posponiendo la idea de servicio.

viene entendiendo en un sentido amplio que comprende cualquier ventaja, incluso no patrimonial, y cualquier ahorro o economía (31), sin perjuicio de que también hay quien niega que sea elemento esencial del contrato de sociedad (32), optando por un concepto amplio de sociedad, que entonces se identifica con “cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de la finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros” (33).

4. El artículo 1.678 CC señala que “*la sociedad particular tiene únicamente por objeto... o el ejercicio de una profesión o arte*” (34). “La Ley

(31) En una interpretación amplia del concepto de ganancia, ésta abarcaría, no sólo todo provecho económico susceptible de reparto, sino también: cualquier ventaja patrimonial, aunque no se traduzca directamente en una ganancia (URÍA: *Derecho Mercantil*, Madrid, 2000, p. 164); cualesquiera utilidades que de alguna manera tengan relevancia económica para los socios (RODRÍGUEZ-POYO GUERRERO, “Formas asociativas...”, cit., p. 1478); un beneficio económico en cuanto ahorro de un gasto superior que se produciría si los socios actuaran por su cuenta (GARRIDO DE PALMA: “Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil”, *RDP*, 1972, pp. 764 y ss.); o la obtención de economías no relictivas derivadas de operaciones de cambio con la sociedad en condiciones más favorables que las que ofrece el mercado (LECIÑENA: *La sociedad civil de medios entre profesionales*, Valencia, 2001, pp. 46-47).

(32) Vid. PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., p. 1308; GARRIDO DE PALMA: “Hacia un nuevo enfoque...”, cit., p. 770; CAPILLA: “Comentario...”, cit., p. 131; MARTÍ, J. N.: “El contrato de sociedad en el derecho codificado español, con especial referencia al CC”, *RDM*, 1989, p. 684; en apoyo de esta postura se han citado varios preceptos: el artículo 1.678 CC, que admite como sociedad civil particular la que tiene por objeto el uso de una cosa, que es tanto como admitir la existencia de sociedades civiles sin ánimo de lucro (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN: “La sociedad civil”, cit., p. 451); el artículo 3 LSA y LSRL, que no sólo no menciona ese requisito, sino que, además, predica la mercantilidad de la sociedad cualquiera que sea su objeto (SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C.: *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, 1990, p. 248; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1991, p. 156; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, pp. 302-303); el artículo 2.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, que declara la naturaleza societaria de tales Agrupaciones pese a que no tienen ánimo de lucro; y la disposición adicional primera de la LCoop 27/1999, según la cual “*podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que...*”, vid. LECIÑENA: *La sociedad civil de medios...*, cit., pp. 48-49.

(33) PAZ-ARES: *Curso...*, cit., pp. 430-431, quien sigue la tesis de GIRÓN TENA; en contra, VICENT: *Introducción...*, cit., señala que “no vemos ni el fundamento legal ni la utilidad de esta construcción...”.

(34) TORRES PEREA, J. M.: *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Valencia, 2003, indica que: “El problema es de grandes dimensiones, puesto que el Tribunal Supremo tiene dicho que siempre que haya ánimo de lucro, habrá objeto mercantil, incluyendo las sociedades profesionales, e incluso la actividad artesanal, agrícola o ganadera que estarían excluidas del ámbito mercantil por razón de criterios decimonónicos hoy superados. De seguirse estas posiciones deberíamos concluir que todo es mercantil y lo civil queda en el recuerdo. Sin embargo, la realidad nos informa que cada vez tiene mayor empuje la sociedad civil a la que se le están reconociendo de hecho campos hasta hace poco vedados, ¿cómo podemos explicar esto, dada la aparente mercantilidad de todo acto en busca de lucro? La solución puede ser fácil, si observamos que frente al criterio seguido por el Tribunal Supremo según el cual siempre que medie ánimo de lucro habrá objeto mercantil, encontramos el criterio aportado por nuestro propio Código Civil al señalar en su artículo 1.678 que la sociedad civil particular puede tener por objeto una empresa señalada o el ejercicio de una profesión o arte”.

admite también, como materia y objeto de las sociedades particulares, el ejercicio de una profesión o arte, lo cual tiene su indiscutible y sólido fundamento en la consideración de que la reunión de mayor número de capacidades encargadas de su desempeño puede proporcionar a cada uno de los asociados aquellas ventajas que ellos aislada e independientemente no tendrían facilidad de conseguir” (35).

5. Por último, calificar la agrupación profesional como asociación sin ánimo de lucro: a) “Puede significar un inútil camino de ida y vuelta”, pues se trataría de una asociación de interés particular del artículo 35 CC, a la que se le aplicaría, por mor del artículo 36 CC, la normativa del contrato de sociedad (36); y b) No es correcto jurídicamente, pues habiendo reparto de ingresos obtenidos mediante el ejercicio colectivo de la profesión hay una sociedad en sentido estricto, que deberá someterse al régimen jurídico que le sea de aplicación en función del objeto y del tipo social adoptado. Y ello, pese a que pueda resultar impreciso o inadecuado en algunos extremos para las sociedades profesionales. “El dato caracterizador de la sociedad profesional es que persigue realizar el ejercicio profesional en común, mediante la aportación del ejercicio profesional por los socios. Y el corolario, es la común participación en pérdidas y ganancias, comunidad de participación que, a nuestro juicio, caracteriza la causa de la relación social” (37).

2.1.2. *Personalismo de la prestación de servicios y sociedad.*

Ya hemos visto que desde el estatuto de la profesión liberal se ha objetado al ejercicio en sociedad de la profesión liberal el denominado principio de personalismo de la prestación de servicios profesionales, puesto que un ente abstracto no puede conseguir los requisitos de cualificación necesarios para el ejercicio profesional, ni desarrollar una actividad de carácter intelectual, independiente, personal, y normalmente, *intuitu personae*, sólo posibles por personas físicas. Veamos ambos aspectos.

2.1.2.1. *Cualificación profesional.*

En contra del ejercicio en sociedad de la profesión liberal se ha afirmado que los requisitos de cualificación profesional, el título universitario y la colegiación, exigidos legalmente para el ejercicio de la profesión

(35) MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, XI, Madrid, 1972, p. 440.

(36) CAPILLA: “Sociedades de profesionales...”, cit., p. 242.

(37) CAPILLA: cit., p. 231.

liberal sólo pueden conseguirlos las personas físicas, y no las jurídicas, por lo que sólo las primeras pueden ser titulares de la relación de servicios profesionales con los clientes.

La persona jurídica es un supuesto de subjetivación (38). La subjetivación, entendida como unificación de titularidad de relaciones jurídicas, es común a toda persona jurídica, aunque encierra diversas variantes definidas por el legislador, que dan lugar a las distintas clases de personas jurídicas existentes. Significa que si bien existe un mínimo común denominador, las personas jurídicas presentan distintos modelos. En una primera aproximación es posible distinguir entre personas jurídicas perfectas e imperfectas (39): 1) Las perfectas se caracterizan por tener vida independiente y separación completa de patrimonios, y por no quedar afectadas por los cambios que se produzcan en sus miembros. Son, en el Derecho público, el Estado y el municipio, y en el privado, las asociaciones, las fundaciones y las sociedades capitalistas; y 2) Las imperfectas, dotadas de personalidad incipiente, sólo tienen algunas de las prerrogativas anteriores. Son las sociedades personalistas. Dentro de cada grupo hay una unidad básica de la que surgen las demás. En el campo de las perfectas este papel corresponde a la asociación (con patrimonio totalmente separado, y que existe con independencia del cambio de sus miembros), y en el de las imperfectas a la sociedad civil (en la que no hay una separación total de patrimonios, y cuyo cambio de socios produce determinados efectos) (40).

Algunas legislaciones han vinculado la personificación al carácter perfecto del ente jurídico. Sin embargo, nuestro Derecho societario ha optado por un concepto amplio de persona jurídica, que permite la personificación de ambos tipos. El hecho de que una sociedad sea perfecta o imperfecta no determina la personalidad, sino el grado de subjetivación. En nuestro Ordenamiento, el criterio delimitador de la personalidad es el que distingue entre sociedad externa e interna: 1) Sociedad externa es la que tiene personalidad jurídica propia, la que nace con vocación personificada reflejada en la voluntad negocial al estructurar la sociedad, por eso está ideada contractualmente para tener relaciones externas; y 2) Sociedad interna es la que carece de personalidad jurídica (41).

Pues bien, el mínimo común denominador de la personificación consiste en contar con una propia e independiente capacidad jurídica y de obrar, como posibilidad de adquirir y poseer bienes de todas clases y de ejerci-

(38) GIRÓN: cit., pp. 164-165; TORRES PEREA: *Alcance de la personalidad jurídica en la sociedad civil externa*, 2003, tirantonline.com.

(39) DE CASTRO: "La persona jurídica", en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pp. 74-75.

(40) PAZ-ARES: "Comentario...", cit., p. 1300.

(41) PAZ-ARES: "Comentario...", cit., pp. 1352 y ss.

tar acciones; esto es, con la capacidad de obrar básica prevista en el artículo 38 CC, del que, según la Doctrina mayoritaria, se induce la vigencia de un principio de capacidad general de las personas jurídicas, a salvo los derechos y relaciones que presuponen la existencia de una persona física (42).

En las sociedades profesionales en sentido estricto, que son sociedades externas, dotadas de personalidad, y por ende de capacidad, el tema que se plantea es si la sociedad puede o no ser titular de la relación de servicios profesionales. La duda surge en relación con los requisitos legalmente diseñados para el acceso y ejercicio de las profesiones liberales, que se concretan en: 1) La obtención del oportuno título académico, que no pueden conseguir las personas jurídicas, que carecen de las cualidades necesarias para el aprendizaje de la *lex artis* y para concurrir y superar exámenes; y 2) La preceptiva colegiación en el respectivo Colegio profesional, que a su vez requiere el anterior título oficial, y que no está prevista para las sociedades profesionales, salvo excepciones (así, p. ej., es posible la inscripción de la sociedad de auditoría de cuentas en el ICAC). Principio de reserva de actividad que se considera una cuestión de orden público, no disponible por la voluntad de las partes, que parece que impide que las sociedades profesionales puedan ser titulares de la relación de servicios profesionales con el cliente.

No obstante, y ante la ausencia de una norma general que de forma directa contemple este aspecto, la respuesta depende de la teoría que se siga acerca de la persona jurídica:

1. Conforme a la Teoría orgánica, que considera que la persona jurídica es una realidad cuyos órganos formados por hombres tienen las características de éstos e igual capacidad, de forma que lo realizado por ellos se imputa directamente a la sociedad, ésta asumirá la titularidad de los servicios profesionales que presten sus órganos, siempre que las personas físicas que los formen estén en posesión de los requisitos exigidos para el ejercicio de la profesión.

2. Desde la Teoría de la ficción, que considera que la persona jurídica es un sujeto distinto de sus miembros, aunque no humano, sino artificial, no es posible que ella asuma la titularidad de la relación de servicios profesionales. La sociedad únicamente puede intervenir como mediadora,

(42) DE CASTRO: "La persona...", cit., pp. 76-77, recoge como rasgos comunes el tener: un estatuto o especial reglamentación que establezca los órganos o representantes para actuar; una finalidad u objeto lícito; y un patrimonio separado, ya sea de forma total (persona perfecta) o atenuada (persona imperfecta).

y a lo más como coordinadora de tales servicios, que necesariamente habrán de realizar personas físicas legalmente cualificadas (43).

3. No obstante, la Teoría de la ficción ha sido objeto de revisión, dando lugar a la denominada Teoría del levantamiento del velo, que ante los supuestos de abuso y fraude de Derecho permite desconocer la personalidad jurídica para prestar atención a la persona de los socios a fin de neutralizar el acto abusivo realizado por la sociedad, y que también ha sido utilizada en el ámbito que nos ocupa. A su tenor, las normas que presuponen cualidades propias de las personas físicas también pueden aplicarse a las personas jurídicas, con tal que dichas cualidades las posean las personas físicas a través de las cuales actúa el ente personificado (44).

4. La Teoría del levantamiento del velo también ha sido objeto de crítica por considerarse que no hay ningún velo que levantar, ya que lo único que hay es un velo lingüístico. Estas concepciones nominalistas que consideran que el término persona jurídica debe estimarse como un *nomen iuris* –y no como un sujeto de derecho– advierten que la dificultad planteada encuentra solución mediante una interpretación adecuada y una aplicación finalista de las normas (45). Se trata de averiguar cuál es la *ratio* de los requisitos que originan el inconveniente para después comprobar si esa razón se mantiene o no cuando la relación de servicios profesionales se imputa a la sociedad profesional.

Pues bien, la *ratio* de la titulación oficial, asegurar “una cierta calidad profesional del sujeto que presta el servicio... se cumple sobradamente siempre que las prestaciones profesionales que se imputan a la sociedad se desarrollen materialmente por profesionales titulados. Mediante el requisito de la colegiación se trata de asegurar el sometimiento de los prestadores de servicios profesionales a la disciplina deontológica y corporativa. Pero para que la sociedad como tal quede sujeta a dicha disciplina no es menester su colegiación. Basta con que se hallen colegiados quienes la integran como administradores y como socios” (46).

(43) Esta fue la conclusión a la que llegó la RDGRN de 2 de junio de 1986 (RJA 3837), en cuyo Cdo. 7.º declaró que la sociedad se limita a “servir no sólo de intermediaria para que este último la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas”, y la de 23 de abril de 1993 (RJA 3006), FJ 3.º

(44) DEBOUCHE: “L’objet social des sociétés constituyes par les titulaires d’une profession libérale”, *L’exercice en société des professions libérales*, 1989, pp. 183-184, indica que la personalidad jurídica no es una ficción absoluta, “hay grados más o menos importantes en su desarrollo y es necesario, según las hipótesis, tener más o menos en cuenta sus transparencias. El médico sigue siendo médico, el abogado sigue como abogado... Es él quien reúne las condiciones requeridas para el acceso a la profesión. No hay, pues, nada de paradójico en que la sociedad ejerza una actividad sin ser titular de la profesión”.

(45) PAZ-ARES: “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *ADC*, 1983, p. 1593.

(46) PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., p. 1405; no obstante, CADARSO: “La sociedad profesional de arquitectos”, cit., p. 392, manifiesta que “esta distinción entre el sujeto de «impu-

La doble exigencia de titulación y colegiación obliga a que sean personas físicas legalmente habilitadas las que materialmente desarrollen las actividades que hacen posible el cumplimiento del objeto social de las sociedades profesionales. Si tales actividades se realizan en nombre y por cuenta de la sociedad conforme a su esquema organizativo, la relación profesional con el tercero se imputará a la sociedad personificada (47). En este sentido, el artículo 4.1 PALSP recuerda que “la sociedad profesional solamente podrá ejercitar la actividad prevista en su objeto social a través de personas específicamente habilitadas para el ejercicio de la correspondiente profesión”, y el punto 2 añade que “los derechos y obligaciones derivados de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales” (48).

Utilizar el principio de reserva de actividad para negar viabilidad a las sociedades profesionales, o para admitir sólo a las internas, sería tanto como ignorar “el sentido y alcance, eminentemente instrumentales, que tiene la

tación» y el ejecutor «material» constituye un expediente que deja algunas cuestiones sin resolver. Pues la exigencia de titulación no se contrae a lo que es pura ejecución material, sino que comporta —en el plano jurídico— la asunción de un conjunto de derechos, obligaciones y responsabilidades, estrictamente «imputables» al profesional que actúa. Por otro lado, si el ejercicio profesional sólo es predicable del titulado individual, ¿en qué sentido se puede decir que el objeto de la sociedad es el ejercicio de la profesión? Parecidos argumentos y objeciones se pueden plantear a propósito de la colegiación y de la consiguiente sujeción a la disciplina deontológica y corporativa. Para que la sociedad como tal quede sujeta a dicha disciplina no es menester —se dice— su colegiación: basta con que se hallen colegiados quienes la integren como administradores y como socios (PAZ-ARES). Pero no cabe desconocer que, bajo este planteamiento, la sujeción de la sociedad a la disciplina deontológica es meramente indirecta y en cierta manera puede ser eludida”. Y concluye que: “En el estado actual de nuestra legislación, la sociedad profesional en sentido estricto no parece compatible, ni con la exigencia de titulación, ni con la de colegiación, referibles ambas únicamente a las personas físicas”.

(47) LAMBOLEY: *La société civile professionnelle. Un nouveau statut de la profession libérale*, París, 1964, p. 67, señala, en relación con la personificación jurídica de la sociedad civil profesional, que “si el cumplimiento de los actos profesionales debe quedar como monopolio de las personas físicas, el derecho a obligarse para proporcionar estas prestaciones puede pertenecer a personas distintas”.

(48) CADARSO: “La sociedad profesional de arquitectos”, cit., p. 391, afirma que: “El requisito de la colegiación... no parece obstáculo decisivo porque cabría habilitar —como demuestra el ejemplo francés— la colegiación de las propias sociedades, lo que desde luego requiere una intervención legislativa. Tal intervención sería asimismo precisa respecto de la titulación, no en el sentido —obviamente imposible— de que la sociedad pueda ostentar el título de arquitecto, sino en el de permitir que la profesión pueda ser ejercida por un no titulado como es la sociedad. Pero el mantenimiento de los rasgos esenciales mínimos de la profesión, como profesión «protegida» y reservada a titulados, requerirá, entonces, una presencia de éstos en el sustrato personal de la sociedad y una intervención directa e individual de los mismos en todo acto de prestación de servicios profesionales, con la consiguiente responsabilidad, tanto civil como deontológica”; CAPILLA: “Comentario...”, cit., p. 158, afirma que tal vez “el fundamento de tales argumentos merezca una revisión atendiendo a las circunstancias actuales”.

atribución de personalidad jurídica” (49). La persona jurídica constituye un mecanismo que permite unificar la titularidad de relaciones jurídicas cuando hay una pluralidad de personas que actúan en su consideración de integrantes de la misma. “La disciplina normativa implícita en la noción de persona jurídica determina una modificación del contenido de las relaciones jurídicas; que éstas inevitablemente asumen, en cabeza de los miembros del grupo, un contenido diverso respecto del contenido de los respectivos derechos y deberes correspondientes a los individuos” (50). Partiendo de esta premisa, lo relevante es determinar si la prestación de servicios profesionales, diseñada ontológica y jurídicamente para ser realizada por una persona física, mantiene sus caracteres propios cuando se imputa a una persona jurídica, dado que la imputación produce “el establecimiento de un régimen particular (distinto del general, que es el constituido por las relaciones jurídicas con los titulares individuales) para las relaciones entabladas por los sujetos implicados en la persona jurídica en su consideración de integrantes de la misma (*uti universi*)” (51), lo que obliga a repasar las características de la actividad profesional en relación con su posible imputación a una sociedad.

2.1.2.2. *Actividad intelectual, independiente y personal.*

1. *Actividad intelectual.* En contra de las sociedades profesionales se ha alegado que los servicios profesionales son de naturaleza intelectual. Intelecto que es atributo exclusivo del hombre, lo que provoca que su prestación únicamente pueda ser realizada por una persona física y no por una jurídica, que no podría aparecer como el sujeto titular del deber de prestación de servicios (52).

Sin embargo, “se olvida que la personalidad jurídica, en el ámbito jurídico privado, consiste fundamentalmente en un medio técnico, que consiente, entre otras cosas, imputar titularidades jurídicas e imputar al ente personificado las consecuencias jurídicas de la actuación de los sujetos, personas físicas, dotados de atribución para vincularlas. Desde este punto de vista, la imposibilidad material de que la persona jurídica realice actos o adopte comportamientos no es incompatible con que el ordenamiento

(49) CAPILLA: “Sociedades de profesionales...”, cit., p. 232, y *La persona jurídica...*, cit., p. 75.

(50) GALGANO: “Delle persone...”, cit., pp. 61-62, quien añade que “El problema deja de tener naturaleza lógico-abstracta para convertirse en un problema técnico-jurídico”.

(51) CAPILLA: *La persona jurídica...*, cit., p. 92, y “Sociedades de profesionales...”, cit., p. 234.

(52) Éste es el razonamiento de fondo que subyace en la RDGRN de 2 de junio de 1986 (RJA 3837) cuando, tras distinguir las sociedades profesionales en sentido estricto de las mediadoras, señala la inadmisibilidad de las primeras, “ya que la persona jurídica *per se* y como ente abstracto no puede realizar directamente esta clase de prestaciones” (Cdo. 8.º).

pueda atribuir a la persona jurídica la titularidad de las relaciones jurídicas, en cuyo seno han de desenvolverse esos actos o adoptarse esos comportamientos" (53). Y es que, siendo innegable que el ente social no tiene aptitud natural para desarrollar la actividad intelectual en que consiste la prestación profesional (como ninguna otra), lo relevante es que se realice por personas físicas que con la cualificación legalmente exigida estén integradas en la sociedad, lo que permite imputar a ésta su titularidad (54).

2. *Actividad independiente en su aspecto externo.* Conforme a la concepción tradicional, el profesional liberal ejerce su profesión por cuenta propia y a propio riesgo, en régimen de autoorganización, de lo que se ha deducido que el ejercicio de la profesión liberal sólo puede llevarse a cabo de forma individual, ya que si el profesional se integra en una sociedad pierde su libertad, al tener que someterse a una organización que puede imponerle horarios, deber de permanencia, etc.

En contra de esta conclusión hay que afirmar que el ejercicio en sociedad de cualquier actividad, también de la profesional, no es sino una modalidad de ejercicio por cuenta propia y a propio riesgo, en este caso en grupo. Y por ello los resultados del desarrollo de la actividad profesional que constituya el objeto social repercutirán sobre los socios (porque reciban menor participación en las ganancias, porque hayan de soportar las pérdidas, o porque el valor real de su participación en el patrimonio social aminore como consecuencia de los menores recursos sociales por las pérdidas producidas) (55).

Y, como han puesto de relieve los Órganos de la jurisdicción social, las relaciones internas entre profesionales que trabajan en grupo responden, con carácter general, a un contrato de sociedad, y no de trabajo, al carecer de las notas que definen a éste. La ajeneidad falta porque la colaboración recíproca entre los socios está encaminada a la producción de beneficios a repartir entre ellos conforme a un determinado porcentaje —ni los frutos ni los riesgos son ajenos a los socios—; en definitiva, el profesional trabaja por cuenta propia (56). Y la dependencia falta porque no se

(53) CAPILLA: cit., p. 234.

(54) LYON-CAEN: *L'exercice en société des professions libérales en droit français*, Dalloz, 1975, pp. 22-25, indica que el carácter intelectual de la profesión no se puede oponer a la constitución de seres jurídicos destinados a facilitar el ejercicio de esta profesión por parte de las personas físicas.

(55) CAPILLA: "Sociedades de profesionales...", cit., pp. 249-250.

(56) Vid. DICTAMEN Y ASESORÍA, SA: "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados", *Revista del Trabajo*, número 92, 1988, p. 183; GALIANA MORENO, J. M./SEMPERE NAVARRO, A. V.: "Régimen jurídico de la prestación de servicios profesionales por las comunidades de bienes y sociedades irregulares", *Relaciones Laborales*, II, 1986, pp. 874-890.

puede hablar de “sometimiento a un círculo rector extraño” al socio, desde el momento en que éste es precisamente “uno de los miembros de ese mismo círculo” (57).

Ahora bien, en la práctica, la exigencia de autoorganización del profesional liberal que ejerce en sociedad se respetará si el control de la sociedad reside en poder de socios profesionales ejercientes; es decir, si se limita la posibilidad y amplitud de participación de socios no profesionales. Particularmente se debería garantizar contractualmente la libertad de aceptación o rechazo del asunto o cliente por el profesional, o, al menos, que pueda abstenerse de atender un asunto en determinadas circunstancias (las llamadas “cláusulas de conciencia”) (58).

3. *Actividad independiente en su aspecto interno.* También se ha considerado que el profesional que pertenece a una sociedad profesional ve coartada su libertad de criterio, o independencia interna, en la medida en que por virtud del contrato de sociedad está obligado a subordinar su interés particular (profesional) al interés del grupo y a cumplir las decisiones impuestas por éste, que puede llegar a establecer criterios de actuación.

En contra hay que decir que la independencia profesional no tiene por qué resultar amenazada cuando el profesional se integra en una sociedad profesional, pues, constituyendo los servicios profesionales el objeto de su aportación de industria o de una prestación accesoria, dependiendo del tipo social adoptado, las características de la prestación a que se obliga el socio profesional “no pueden ser modificadas por el grupo. Esto significa que la sociedad, si bien puede decidir los encargos que acepta y el modo de repartir su ejecución entre los socios, no puede imponer al socio las modalidades técnicas que ha de observar en la realización del encargo que se le encomienda, puesto que tal imposición altera la calidad de la aportación, y tal alteración no entra dentro de los poderes de la sociedad” (59).

La sociedad establecerá reglas para organizar la actividad profesional de sus miembros, que originarán una dependencia meramente organizativa basada en la utilización por el profesional de los medios, instalaciones, servicios y personal auxiliar de la sociedad, pero sin que pueda implicar subordinación del actuar del profesional a sus directrices. De hecho, ni siquiera el profesional que ejerce individualmente su profesión, pero por cuenta ajena, en virtud de una relación sujeta al Derecho del trabajo, que

(57) STS de 15-2-1988 (RJA 621).

(58) DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, cit., p. 208, quien añade que “lo que no parece plausible, en sentido contrario, es atribuir un derecho de veto a los socios. Ello parece excesivamente radical”.

(59) PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., pp. 1405-1406.

está presidida por la nota de la dependencia jerárquica, se ve despojado de su independencia técnica (60).

Independencia técnica y ejercicio en sociedad son compatibles siempre que se limiten las facultades del grupo en relación con el desarrollo de la actividad profesional por cada uno de los profesionales asociados (61). Abundando en esta idea se considera que la mejor forma de garantizar esta independencia en el plano normativo es por vía negativa, estableciendo los mecanismos que eviten que el profesional pueda sufrir algún perjuicio (expulsión de la sociedad, disminución de su retribución, etc.) por el hecho de no seguir las instrucciones puramente técnicas en el desarrollo de su trabajo profesional, pero no las económicas o de organización del trabajo, que lógicamente han de afectar al profesional integrado en una organización.

También hay que tener en cuenta que las interferencias a la independencia profesional pueden proceder de los clientes. Pues bien, el ejercicio en sociedad garantiza en mayor medida que el individual la independencia de los profesionales, pues, dado el mayor número de clientes, a la sociedad le es más fácil resistir sus proposiciones ilícitas o amenazas, ya que la pérdida de un cliente apenas afectará a los rendimientos esperados. Sin embargo, el saber que una sociedad ha cedido ante un cliente puede conllevar una sanción, aunque sea meramente reputacional, que implica un coste más alto que la pérdida por el abandono del cliente (62).

Aun así, qué duda cabe que no todos los tipos sociales van a preservar en igual grado la independencia técnica del socio profesional. No obstante, incluso para los que menos garantías presentan (los capitalistas), el Ordenamiento jurídico ofrece la posibilidad de introducir en su estructura, a través de los estatutos sociales, una serie de mecanismos en orden a respetar esa independencia (así, p. ej., reservando el control de la sociedad a los socios profesionales ejercientes).

4. *Actividad personal.* El cliente acude al profesional por sus mayores conocimientos y cualificaciones y ante un estado de necesidad para

(60) Hoy está admitido que la independencia interna es plenamente compatible con el ejercicio de las profesiones liberales bajo régimen laboral o funcionarial, lo que ha dado origen al concepto de "independencia técnica", MARTÍNEZ GIRÓN, L.: *La contratación laboral de servicios profesionales*, Santiago de Compostela, 1988, pp. 23-26; LYON-CAEN, *L'exercice...*, cit., considera que "la auténtica independencia debe ser la de juicio", que debe estar siempre presente en el profesional, aunque desarrolle su actividad en régimen de dependencia.

(61) ALBIEZ: "Las agrupaciones societarias...", cit., p. 16, afirma que "sólo cuando en su organización interna se respete la esfera individual del profesional liberal".

(62) CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., p. 82; PAZ-ARES: *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, pp. 111-112.

ver satisfechos sus intereses personales que origina una relación de confianza entre ambos, y a veces *intuitu personae*, si el cliente quiere que la prestación de servicios la realice un determinado profesional, y no cualquiera. De este tipo de relación derivan ciertos efectos —derecho del cliente a la libre elección del profesional, insustituibilidad de éste, infungibilidad de la prestación y obligación del secreto profesional (63)—, que pueden verse alterados si la asume la sociedad, porque entonces la profesión será ejercida, por mor del esquema societario, en común por varios profesionales y por tanto de forma impersonal (64), con pérdida de la confianza. Además, será la sociedad la que elegirá al profesional para ejecutar la prestación, que aunque intervendrá personalmente, esto lo hará “más allá del control del cliente” (65). En definitiva, las características del ejercicio individual de la profesión liberal se disiparán en una relación “abstracta” surgida entre el cliente y la sociedad, en la que no es posible articular una relación directa; lo que, por otro lado, repercute en la eficiencia de los servicios profesionales, ya que difícilmente se pueden defender los intereses de un cliente si se prescinde de esa confidencialidad.

Este planteamiento, excesivamente formal, debe reconducirse a determinar si las razones que llevan a afirmar la existencia de la *fiducia* y del *intuitu personae* en la relación del cliente con el profesional que ejerce individualmente se mantienen o no cuando ejerce en una sociedad profesional. Respuesta que es afirmativa porque:

a) El ejercicio en sociedad no elimina el carácter fiduciario de la relación profesional-cliente. Tanto si el cliente deposita su confianza en una sociedad profesional sin exigir la actuación de un concreto profesional, en cuyo caso estaremos ante un supuesto de relación sin *intuitu personae* y de prestación no regida por la nota de la infungibilidad (66), como si la deposita en un socio concreto, porque al contratar con la sociedad exija ser atendido por él (67), se mantiene la nota de *fiducia* por el carácter personal del asunto del cliente y por la situación de dependencia en la que éste se encuentra respecto del profesional para ver satisfecho su interés.

(63) El secreto profesional sólo plantea problemas si en la sociedad profesional participan socios no profesionales, que no están sujetos a este deber, a diferencia de los profesionales, que sí lo están, sean o no ejecutores de la prestación de servicios, según dispone el artículo 7.4 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.

(64) GALGANO: “La società in genere...”, cit., p. 26.

(65) CAPILLA: cit., p. 244.

(66) FERRI: “La società di professionisti”, cit., p. 3351, y “Le società di professionisti (problemi e prospettive)”, *Riv. Giur. Lav.*, I, 1969, pp. 27-29.

(67) Como señala CAPILLA: “Comentario...”, cit., pp. 156-157, “nada se opone a que se pueda dar una naturaleza diferente en cada caso concreto a la relación profesional-cliente”.

b) La prestación de servicios por la sociedad no excluye el carácter personal porque: 1) El cumplimiento personal no sólo abarca la propia actividad, sino también la de otros, como son los sustitutos y los auxiliares, siempre que sea consentida en el contrato o por los usos, y el profesional principal mantenga la dirección y el control de lo actuado por éstos (68); 2) Tampoco falta la nota de personalismo si el servicio es asumido conjuntamente por dos o más profesionales, personas físicas, dando lugar a un supuesto de cotitularidad en la prestación (69); y 3) El cliente puede desplazar el *intuitu personae* del profesional individual a un conjunto de sujetos en cuanto tal, es decir, a una sociedad, atendiendo no sólo a las cualidades personales de sus socios, sino también a condiciones objetivas que pueden facilitar el cumplimiento del asunto, como son los medios materiales y auxiliares con los que cuente, su método de trabajo, etc. (70), siendo entonces legítimo hablar de un *intuitu societatis* (71).

En definitiva, la interposición de una sociedad profesional en la prestación de servicios no altera la nota de personalismo de la prestación. Las sociedades profesionales, que por su propia naturaleza jurídica no pueden materializar ninguna actividad, sirven de punto de conexión entre el cliente y el profesional que realiza el servicio, que será alguno de sus socios profesionales, que de forma personal lo ejecutará en nombre y por cuenta de la sociedad, que mantendrá así su posición de deudora contractual. Además, lo normal es que en la ejecución de cada servicio contratado no intervengan todos los socios profesionales (lo que podría llevar al impersonalismo), sino sólo el designado por el cliente (o por la sociedad con su previa autorización expresa o tácita), con el que éste mantendrá una relación netamente personal y de confianza. Ahora bien, para mantener esta afirmación es necesario articular los mecanismos que aseguren que la libertad de elección del cliente respecto del profesional que quiere que defienda sus intereses, si es así, está garantizada tanto al principio como a lo largo de la prestación del servicio, impidiendo la sustitución sin su consentimiento (72).

Como decíamos, se trata de una objeción excesivamente formalista, pues, frente a las actividades comerciales y las industriales, los servicios

(68) CAPILLA, "Sociedades de profesionales...", cit., p. 245.

(69) OLAVARRÍA IGLESIAS, J.: "Las sociedades de profesionales: *intuitu personae*, libertad de empresa y cambio en la doctrina de la DGRN", en *El ejercicio...*, cit., p. 265.

(70) CAPILLA: "Sociedades de profesionales...", cit., p. 245; PAZ-ARES: "Comentario...", pp. 1405 y ss.; RESCIGNO, M.: *La società fra professionisti*, Milán, 1985, p. 9, nota 20, y 57; SCHIANO DI PEPE, G.: *Le società di professionisti*, Milán, 1977, p. 47.

(71) PAZ-ARES: "Comentario...", cit., pp. 1405 y ss.

(72) Sin embargo, VÉRGEZ: "Breves reflexiones...", cit., p. 4515, nota 28, señala que "lo que no puede reconocerse es que el cliente si contrata con la sociedad tenga derecho a exigirle la designación de un profesional determinado".

profesionales permanecen ligados a la persona que los presta y requieren una atención personalizada. Y sin olvidar que, en todo caso, la despersonalización es un fenómeno que corre paralelo al progreso, consecuencia del crecimiento de la demanda y de la estandarización de los servicios, que afecta a todas las relaciones, económicas y personales, sin que de él pueda escapar el ejercicio profesional, individual o colectivo (73).

2.1.3. Conclusión.

Las mayores objeciones formuladas frente al ejercicio colectivo de la profesión liberal se han referido a la sociedad profesional externa, que da lugar a un nuevo ente al que el Ordenamiento reconoce personalidad propia, distinta de la de sus componentes individuales. Se produce entonces un desplazamiento de la titularidad de la relación de servicios con el cliente, que ahora corresponde a la sociedad. A ella se han dirigido los principales motivos de incompatibilidad entre el estatuto del ejercicio profesional y el régimen societario.

Ahora bien, el problema no consiste en determinar si la sociedad puede o no realizar una actividad de tales características, cuya respuesta negativa se encuentra en la propia significación jurídica de la persona jurídica, sino en averiguar “si el ordenamiento consiente puntualizar sobre el grupo de profesionales como tal una actividad que ontológica y jurídicamente es propia de las personas físicas” (74). Cuestión que se resuelve positivamente siempre que los servicios profesionales se presten por socios legalmente habilitados para ello. Esto permite avanzar y abordar el segundo nivel de análisis.

2.2. Profesión liberal y formas sociales.

Admitida la sociedad profesional como sujeto organizado y dotado de personalidad jurídica que ejerce la profesión liberal, y, por tanto, superado el primer nivel de obstáculos aducidos en contra de las sociedades profesionales, hay que afrontar el segundo, que tiene por objeto analizar la compatibilidad o no de la actividad profesional con cada uno de los tipos de sociedad previstos en nuestro Ordenamiento jurídico, desde el punto de vista tanto del Derecho societario como del estatuto de la profesión liberal.

En este segundo nivel de estudio, las objeciones se concretan en: 1) El ejercicio de la profesión liberal, que normalmente es una actividad

(73) DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, cit., p. 33.

(74) FERRI: “La società di professionisti”, cit., p. 3352.

civil (75), no puede estructurarse conforme a los tipos mercantiles (76); 2) No puede utilizar los mercantiles personalistas, que atribuyen a la sociedad y al socio la condición de comerciante, y 3) Tampoco los capitalistas, en los que la condición y el estatuto de socio se configuran sobre la aportación de capital, que es secundaria en las sociedades profesionales, y en los que rige el sistema de limitación de responsabilidad de los socios, contrario a la responsabilidad personal e ilimitada del profesional liberal (77).

Se persigue precisar qué formas sociales de las reguladas por el vigente Derecho de sociedades pueden aplicarse al ejercicio colectivo de las profesiones liberales. Ahora bien, no se trata, ni de obligar a los profesionales a que den a su grupo una personificación jurídica, ni de encajar necesariamente en una determinada fórmula de sociedad el fenómeno que nos ocupa, y por ello es posible encontrar agrupaciones profesionales que no desean constituirse en sociedad, o que lo desean, pero sin trascendencia externa (sociedad civil interna) (78), como tampoco se pretende crear tipos sociales nuevos, específicos de las sociedades profesionales (79). Hay que ver si los que existen sirven para dar cobertura jurídica a las sociedades profesionales. Y servirán aquellos cuyos aspectos estructurales permitan la permanencia de las características propias de la profesión liberal, sin perjuicio de tener que introducir las modificaciones que sean necesarias para adaptar el tipo legal a las peculiaridades de la profesión en cuestión, lo que sólo es posible si no se pierde de vista la naturaleza contractual de la sociedad (80), frente a la corriente institucionalista (81).

(75) Hay profesiones liberales cuyo carácter mercantil aparece legalmente consagrado (agentes mediadores colegiados), o que desenvuelven una actividad que tiene tal carácter (auditores de cuentas), o que utilizan modalidades de ejercicio típicamente comerciales (farmacéutico titular de una oficina de farmacia).

(76) Se parte de la distinción entre sociedad civil y mercantil, GIRÓN TENA, J.: "Sociedades civiles y mercantiles, distinción y relaciones", *RDM*, 6, 1946, pp. 345 y ss., pese a la discusión que se cierne sobre la misma, *vid.* CAPILLA: "Comentario...", *cit.*, p. 4, para quien existe una identidad sustancial; SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Madrid, 1997, p. 97, sobre la propuesta de generalizar el principio de mercantilidad por la forma, ya aplicable a la sociedad anónima, la comanditaria por acciones y la de responsabilidad limitada (arts. 3 LSA, 152 CCom y 3 LSRL).

(77) Y también se sigue la distinción doctrinal entre sociedades personalistas y capitalistas (con los supuestos híbridos), que, por lo que aquí interesa, revela qué sociedades admiten aportaciones de industria, y la importancia que en su configuración cobra el capital, *vid.* VÉRGEZ SÁNCHEZ: "La posición jurídica del socio industrial", *RDM*, 1966, p. 273.

(78) YZQUIERDO TOLSADA: *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría General*, Madrid, 1989, p. 157.

(79) DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, *cit.*, p. 176.

(80) PAZ-ARES: "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)", *Tratando de la Sociedad Limitada*, PAZ-ARES (coord.), Madrid, 1997, pp. 158 y ss.

(81) Conforme a esta corriente, las relaciones contractuales no pueden alterar lo dispuesto por normas imperativas, o incluso dispositivas, siempre que el legislador las haya utilizado

En definitiva, hay que concretar si todas, algunas o una de las actuales formas sociales pueden utilizarse para articular jurídicamente el ejercicio colectivo de la profesión liberal, o si en su defecto es necesario un tipo específico distinto de los hoy regulados, en cuyo caso habría que esperar a su diseño por una futura Ley de sociedades profesionales. Veamos cada una de las citadas objeciones.

2.2.1. *Tipos mercantiles.*

Desde la concepción más clásica de la profesión liberal se ha argumentado que la radical oposición entre la actividad profesional y la comercial impide a la primera organizarse adoptando un tipo social previsto legalmente para la segunda (82).

Con el tiempo se ha producido un innegable acercamiento (que no identificación) entre ambas actividades, que indistintamente son objeto de normas reguladoras del mercado que aproximan sus regímenes jurídicos, lo que ha llevado a calificar a los profesionales liberales como “operadores del mercado” (83), los cuales, además, tienden a organizarse de forma empresarial. Aún así, la profesión liberal es una actividad no mercantil, excluida del Código de Comercio.

Ahora bien, el carácter no mercantil de la actividad profesional no impide la utilización de las formas sociales mercantiles, dado que el artícu-

para introducir criterios de ordenación general o formulaciones de principios de justicia material; *vid.* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad...*, cit., pp. 201 y ss., p. 235, que tras exponer esta doctrina adopta una postura crítica acerca de la misma; igual actitud crítica en PERDICES HUETOS, A.: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, pp. 28-29.

(82) ALBIEZ DOHRMANN/JAIMEZ TRASIERRA/OLARTE ENCABO: *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Granada, 1992, p. 87, afirman que “la actividad no mercantil que realiza el profesional liberal impide, en principio, que se pueda acoger a formas societarias mercantiles para ejercer colectivamente la profesión”; VICENT: *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, volumen I, Barcelona, 1986, pp. 197-198, consideró que, dado el carácter personalísimo de las prestaciones profesionales, era difícil admitir que fuesen prestadas por sociedades mercantiles; este fue el argumento de la RDGRN de 1 de agosto de 1922, que ante una sociedad mercantil que tenía por objeto una actividad profesional (se trataba de una sociedad colectiva que ofrecía asistencia médico-farmacéutica), más que pronunciarse sobre la inadmisibilidad de la sociedad profesional con forma mercantil, negó el acceso al Registro Mercantil de una sociedad mixta, es decir, con objeto civil y forma mercantil; *vid.* sobre ella OLAVARRÍA: “Las sociedades de profesionales...”, cit., pp. 272 y ss.

(83) VICENT: “La fijación de tarifas de honorarios por los Colegios Profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia”, *RGD*, marzo de 1991, número 558, pp. 1556-1557; IBBA, C.: *Le professioni intellettuali*, Milán, 1987, pp. 363 y ss., señala que los criterios que tradicionalmente han calificado al empresario, y negativamente al profesional, tales como el ánimo de lucro, el riesgo y la organización, han dejado de ser privativos del empresario y hoy resultan predicables de la actividad profesional.

lo 1.670 CC permite a las sociedades con objeto civil adoptar alguno de los tipos sociales previstos en el Código de Comercio. Interpretación robustecida tras la reforma de este Código por la Ley 19/1989 (84), que derogó el apartado segundo del artículo 117 y el artículo 123, que condicionaban los tipos mercantiles a objetos de igual carácter; lo que debe interpretarse como la renuncia del legislador a vincular estas figuras a la explotación de una actividad mercantil. Y en igual sentido se ha de entender la desaparición del segundo párrafo del artículo 3 LSA, que prohibía que constituyera objeto de una sociedad anónima “la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuidos a otras entidades por la Ley con carácter exclusivo”. Esto, unido a la declaración de mercantilidad por la forma de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones (arts. 3 LSA y LSRL y 152 CCom), reduce el ámbito del artículo 1.670 CC a las sociedades mercantiles por el objeto, esto es, la sociedad colectiva y la comanditaria simple. En consecuencia, la organización de las actividades civiles, y entre ellas de la profesión liberal, puede adoptar los tipos mercantiles cuya mercantilidad deriva tanto de la forma como del objeto.

2.2.2. Tipos mercantiles personalistas.

La adopción por la sociedad profesional del tipo de sociedad colectiva o de sociedad comanditaria simple plantea varios problemas:

1. En general se ha negado que una sociedad profesional, con objeto normalmente civil, pueda utilizar alguno de esos tipos, cuya mercantilidad deriva de la mercantilidad del objeto. Sin embargo, y como se acaba de ver, esta es una posibilidad que admite nuestro Derecho de sociedades (art. 1.670 CC) (85).

2. Siendo posible el recurso a tales tipos, ¿cómo se resuelve el efecto legal de atribuir a la sociedad y a sus socios la condición de comer-

(84) Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades.

(85) DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, cit., p. 44, indica que “aunque la sociedad colectiva y la comanditaria sigan siendo mercantiles por su objeto, y ello impida su utilización para la sociedad profesional, habría que plantearse si no es posible una interpretación conforme a la actual realidad social que situando lo mercantil en sus actuales términos y no en los del siglo pasado, es decir, identificando el término con lo económico, con la organización empresarial, no hiciera posible la utilización de este modelo social para las sociedades profesionales. Y decimos esto porque sí que parece más conveniente a la sociedad profesional, por sus peculiaridades, un modelo social con acento personal alternativo al capitalista”; FERRI: “La sociedad...”, cit., p. 237.

ciente? (86). La respuesta depende de la normativa, Código de Comercio o Código Civil, a la que quede sujeta la sociedad profesional mixta (con objeto civil y forma mercantil personalista).

Según dispone el artículo 1.670 CC, a las sociedades mixtas se les aplicarán las disposiciones mercantiles “*en cuanto no se opongan a las del presente Código*”, lo que se ha interpretado en el sentido de que les son aplicables las disposiciones del Código de Comercio relativas al tipo de sociedad mercantil elegido, pero no las que definen el estatuto del comerciante, puesto que los sujetos de esas sociedades no son comerciantes. Por tanto habrá que distinguir entre el estatuto del tipo social, que sí se aplica –normas sobre constitución, relaciones internas, administración, responsabilidad y extinción–, y el estatuto del comerciante, que no se aplica –normas sobre contabilidad, inscripción en el Registro mercantil, suspensión de pagos, quiebras, etc.–, es decir, sin comunicar a la sociedad ni a los socios la condición de comerciante (87).

Por tanto, las sociedades profesionales colectivas o comanditarias simples quedan sujetas al estatuto del tipo social previsto en el Código de Comercio, comprobándose que su estructura personalizada se adapta sin dificultad al ejercicio en común de la profesión liberal y que las reglas prescritas para tales sociedades están en armonía con las aspiraciones de las sociedades profesionales. Así, por ejemplo, la que determina la exigencia de unanimidad para la modificación del vínculo (art. 121 RRM); el llamamiento de los socios (a excepción de los comanditarios) a ejercer la administración (art. 129 CCom); o la intransmisibilidad de la condición de socio sin el consentimiento de los demás (art. 143 CCom) (88).

(86) CAPILLA: “Sociedades de profesionales...”, cit., pp. 253-254, señala que “de cuantas consideraciones anteceden, parece posible afirmar sin dudas la admisibilidad en nuestro ordenamiento de las sociedades profesionales en sentido estricto, que podrían valerse de los tipos sociales generales, que no comunican a los socios la condición de comerciante y cuya mercantilidad no depende de la mercantilidad del objeto”.

(87) PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., pp. 1381-1382; CAPILLA: “Comentario...”, cit., pp. 67-68; DE LA CÁMARA: *Estudios...*, cit., p. 241; GARCÍA MÁS, J. M.: “La sociedad civil y su conexión registral”, *RCDI*, 1990, p. 257; GIRÓN: *Derecho de sociedades*, cit., p. 92; en contra, han afirmado la figura del comerciante en atención a la forma, y por tanto la aplicación del estatuto de comerciante a las sociedades civiles con forma mercantil, GONZÁLEZ ORDÓNEZ: “Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades civiles y mercantiles y sus consecuencias prácticas”, *RDM*, 1956, pp. 89 y ss.; URÍA: “Problemas y cuestiones sobre la quiebra en las sociedades”, *RDM*, 1946, pp. 9 y ss.

(88) El legislador francés, al regular por Ley de 1990 las sociedades de ejercicio liberal, ha prohibido los tipos mercantiles personalistas (en nombre colectivo y comanditaria simple), tanto porque atribuyen a sus socios la cualidad de comerciante como porque hay una Ley que regula las sociedades civiles profesionales como forma personalista satisfactoria para el ejercicio en sociedad de la profesión (Ley de 1966). La primera razón ha sido objeto de crítica por DAIGRE, J. J.: “Les sociétés d'exercice liberal”, *Bulletin Joly*, 1991, p. 249, quien pone de relieve que se han admitido las comanditarias por acciones que también atribuyen la cualidad de co-

3. No obstante lo anterior, en la práctica se ha planteado la duda de si la sociedad profesional colectiva o comanditaria simple se ha de inscribir o no en el Registro Mercantil (89). La respuesta ha de ser negativa porque, a diferencia de lo que establecía el artículo 84.1 del Reglamento del Registro Mercantil de 1954, que preveía la inscripción de las sociedades “que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de Comercio”, el vigente RRM no contiene dicha prescripción, en coherencia con el artículo 16.1.2.º CCom, a tenor del cual “*el Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de las sociedades mercantiles*”, lo que debe entenderse referido a las sociedades subjetivamente mercantiles, es decir, a las que comunican a la sociedad la condición de comerciante. Y esto no ocurre en las sociedades mixtas, a las que, como hemos visto, no se les aplica el estatuto del comerciante, del que forma parte la inscripción registral (90).

4. La principal diferencia entre las normas civiles y las mercantiles referidas a los tipos sociales personalistas radica en el régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Conforme a las normas civiles los socios responden mancomunadamente entre sí (art. 1.698 CC) y a tenor de las mercantiles lo hacen solidariamente, a excepción de los socios comanditarios que no responden (arts. 127 y 148 CCom).

No obstante, existe unanimidad en admitir que han de prevalecer las disposiciones mercantiles por estar inescindiblemente unido al tipo social de las colectivas el carácter solidario de la responsabilidad de los socios,

mercante a los socios comanditarios. Para este autor, la verdadera razón estriba en que la admisión de los tipos mercantiles personalistas habría supuesto un doble empleo de la sociedad civil profesional. Además, la específica regulación de la admitida sociedad comanditaria por acciones se aleja del régimen general en algunas cuestiones. Así, el artículo 13 señala que los socios comanditarios de una sociedad de ejercicio liberal comanditaria por acciones son las personas físicas que ejercen regularmente su profesión en el seno de la sociedad, pero sin adquirir por ello la cualidad de comerciante, y deberán responder de manera indefinida y solidaria de las deudas sociales.

(89) Vid. GARCÍA MÁZ, J. M.: “La sociedad civil: una crisis provocada. Comentario crítico a la Resolución del 31-3-1997 de la DGRN”, *RCDI*, número 647, p. 1165; ALBIEZ/GARCÍA PÉREZ: “Nuevamente sobre la inscripción...”, cit., pp. 211-235; BADÍA SALILLAS, A.: “En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español”, *RCDI*, 1986, p. 328; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ: “Los criterios del Derecho español sobre distinción...”, cit., p. 95; DE AZURZA: “Problemas de la sociedad civil”, cit., pp. 190 y ss.

(90) GARRIGUES: “Teoría general de las sociedades mercantiles”, *RDM*, 1974, p. 22; GIRÓN: “Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en Derecho comparado”, *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, p. 101; PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., p. 1382, indica que ésta es la solución que mejor se adapta a la función del registro, que es servir de instrumento de publicidad en el ámbito mercantil. Y añade que no tiene sentido someter a publicidad registral a sujetos que desempeñan actividades civiles, al menos mientras la publicidad registral no se generalice también para el resto de las sociedades civiles. Un tratamiento no uniforme carece de racionalidad.

y por ser esencia de la condición de socio comanditario el que no se inmiscuya en la administración. Y, así, responda limitadamente al montante de su aportación. Pero es que, además, la solidaridad de la responsabilidad no tiene por qué plantear inconvenientes, puesto que cabe pactarla incluso en las sociedades civiles que no adoptan una forma mercantil (91).

A la vista de todo lo expuesto, y por traslación de la teoría general de las sociedades mixtas a las sociedades profesionales, no hay inconveniente para que éstas se sirvan de los tipos mercantiles personalistas. Ahora bien, la sociedad comanditaria simple sólo podrá utilizarse cuando la sociedad profesional tenga una composición mixta, esto es, cuando junto a los socios profesionales que ejerzan su profesión en su seno haya socios, profesionales o no, que aporten únicamente capital: socios meramente capitalistas. Y es que, para la constitución de la sociedad comanditaria simple no basta lo que señala el artículo 145 CCom cuando exige las mismas menciones que en la colectiva, ya que tiene que existir al menos un socio comanditario cuya aportación sólo puede consistir en capital (art. 122.2 CCom y 210.2 RRM) (92).

Por tanto, en cuanto que el socio comanditario, que ha de existir para que la sociedad sea comanditaria simple, únicamente puede aportar capital, y no trabajo, este tipo social no sirve para las sociedades profesionales puras, formadas únicamente por socios habilitados para el ejercicio de la profesión que constituya el objeto social que ellos desarrollarán materialmente, que se articula como aportación de trabajo o industria, propia de los socios colectivos, sin perjuicio de que éstos también pueden aportar bienes o dinero.

2.2.3. *Tipos capitalistas.*

Admitida la viabilidad e idoneidad de los tipos sociales personalistas para organizar el ejercicio colectivo de la profesión liberal, basta con alegar los motivos que fundamentan su legitimidad para que por oposición resulten inadmisibles los capitalistas. Planteamiento que ha llevado a que se afirme que existe una “incompatibilidad general del tipo de la sociedad de capital” con las sociedades profesionales (93), y que la utilización de la so-

(91) CAPILLA: “Comentario...”, cit., p. 67.

(92) Vid. LOJENDIO OSBORNE, I.: “Las sociedades colectiva y comanditaria simple”, *Derecho mercantil*, dir. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, 2000, pp. 195-198.

(93) PAZ-ARES: “Comentario...”, cit., p. 1406, aunque en posterior obra, *Curso...*, pp. 754 y ss., admite la generalidad de los tipos societarios para el ejercicio de la profesión; MORENO-LUQUE: *Sociedades profesionales...*, cit., pp. 63-64, afirma que “en España, en principio, no parece admisible que para el ejercicio de las profesiones liberales se constituyan sociedades mercantiles capitalistas, entre otras razones, y como más importante, porque este tipo de sociedades comportan la limitación de la responsabilidad”.

ciudad anónima en este ámbito provoca un problema de orden público (94).

Sin embargo, superada legalmente la vinculación entre los tipos capitalistas y la actividad mercantil como único objeto social, puesto que *ex lege* se ha impuesto el criterio de la mercantilidad por la forma cualquiera que sea la naturaleza del objeto social (arts. 3 LSA y LSRL y 152 CCom), convirtiendo a estas sociedades en instrumentos organizativos aptos para la realización de cualquier género de actividad (95), no hay obstáculo para que la sociedad profesional cuyo objeto social es de naturaleza civil (normalmente) adopte alguna de las formas capitalistas (96).

Como tampoco lo hay para que elija el de una sociedad comanditaria por acciones que, pese a la redacción dada por la Ley 19/1989 a los preceptos del Código de Comercio destinados a regular ese tipo social (arts. 151 a 157), hay que considerar de corte capitalista. Conforme a la actual regulación, la sociedad comanditaria por acciones no es una variante de la comanditaria simple. Se ha optado por un modelo de sociedad capitalista, ya que, de un lado, todo el capital tiene que estar dividido en acciones y formado por las aportaciones de todos los socios (art. 151 CCom), por lo que también los llamados socios colectivos tienen que ser accionistas (97); y de otro, se le aplica el régimen de la sociedad anónima en virtud de la remisión que hace el artículo 152 CCom a la LSA, salvo lo que resulte incompatible con lo dispuesto en los artículos 151 a 157 del CCom (y también en el art. 215 RRM). El rasgo peculiar de esta sociedad es que los administradores han de ser socios, a los que la ley llama colectivos (art. 155), que responderán personal e ilimitadamente de las deudas sociales (art. 151). Por lo que, más que socios ilimitadamente responsables, hay administradores con responsabilidad ilimitada (98).

Y se plantea la duda de si puede recurrir a la sociedad limitada nueva empresa (SLNE). La respuesta ha de ser negativa porque, pese a afirmar el artículo 132 LSRL que la SLNE puede tener por objeto las actividades, entre otras, “*de profesionales o de servicios en general*”, excluye aquéllas “*cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo*”, que es lo que ocurre en las sociedades profesionales (99).

(94) YZQUIERDO: *La responsabilidad civil del profesional*, cit., p. 159.

(95) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad...*, cit., p. 26.

(96) PAZ-ARES: *Curso...*, cit., p. 756; DE ANGULO: “Los despachos colectivos de abogados”, en *El ejercicio...*, cit., p. 329.

(97) Preferimos esta solución a la, también defendida, que sostiene que el socio colectivo puede no ser titular de acciones, con base en que los artículos 151, 152 y 155 CCom no exigen que tenga que aportar capital, sino sólo su trabajo de gestión o administración; LOJENDIO: “La sociedad comanditaria por acciones”, cit., p. 372.

(98) URÍA: *Derecho Mercantil*, cit., pp. 217-218.

(99) Vid. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: *El régimen jurídico de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (SLNE) y la Ley 7/2003*, manuscrito, pp. 113-116.

Elegido por la sociedad profesional alguno de los tipos sociales capitalistas se aplicará su régimen legal en su totalidad, y sólo con carácter subsidiario las disposiciones del Código de Comercio, resultando que los principios que rigen tales tipos, configurados sobre la aportación de capital, sin tener en cuenta las condiciones personales de los socios, difieren de los propios de una sociedad profesional, lo que se formula como la primera objeción a su utilización. Así, por ejemplo, en las sociedades capitalistas:

1. Están prohibidas con carácter imperativo las aportaciones de industria como aportaciones de capital (arts. 36 LSA y 18 LSRL), cuando el objeto social de la sociedad profesional es el ejercicio colectivo de la profesión por sus socios. Prohibición que se mantiene en las sociedades comanditarias por acciones, dado que, como hemos visto, los socios colectivos también son accionistas.

2. La administración no se reserva a los socios. El criterio legal en estas sociedades es el del heteroorganicismo (arts. 123.2 LSA y 58.2 LSRL); lo que, en principio, puede suponer un peligro para la independencia del profesional que ejerza en la sociedad. No ocurre así en las sociedades comanditarias por acciones, en las que la administración corresponde a los socios (llamados entonces colectivos).

3. En relación a la SA, la subjetivación absoluta de estas sociedades no deja entrever la composición personal de la sociedad, cuya transparencia, sin embargo, se exige en una sociedad profesional. La libre transmisibilidad de las acciones, que además pueden emitirse al portador, origina una sociedad opaca (anónima), que escapa al control colegial (100) y que facilita la entrada de socios no profesionales, prohibidos en algunos sectores profesionales, y vistos en todos como un riesgo de intrusismo. No ocurre lo mismo en las sociedades de responsabilidad limitada, en las que la transmisión de las participaciones está sometida a una serie de restricciones.

Advertida la separación entre los principios configuradores de los tipos capitalistas y los de la sociedad profesional hay que resolver si los aspectos estructurales de esos tipos sociales, es decir, los llamados “principios configuradores del tipo” (101), permiten o no, con las adaptaciones

(100) YZQUIERDO: *La responsabilidad...*, cit., p. 161; SCHIANO: “Spunti per una riflessione in tema di società tra professionisti”, *Riv. Not.*, II, 1976, p. 975.

(101) Sobre los que no hay unanimidad en la Doctrina, *vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F.: “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de las sociedades anónimas”, *Derecho de Sociedades Anónimas. La Fundación*, AAVV, I, Madrid, 1991, pp. 105 y ss.

que sean posibles, la recepción de los principios de la profesión liberal. O lo que es igual, si cabe personalizar su régimen jurídico.

Cierto sector doctrinal ha mostrado su oposición a que se generalice la personalización, por cuanto conlleva una contradicción con tales principios, que tienen la función de garantizar “la esencialidad propia del tipo” genérico al que pertenece la sociedad, actuando en consecuencia como límites inmanentes a la libertad contractual de las partes, incluso cuando se contengan en normas de carácter dispositivo, hasta el punto de considerar que las cláusulas personalizadoras, más allá de las expresamente previstas por el legislador, probablemente “serían ilícitas por contrariar los principios configuradores del tipo” (102).

Frente a esa concepción institucionalista se ha alegado que la esencia de un tipo social se contiene en la regulación de las normas imperativas, y no de las dispositivas. Argumento que se induce de la regulación legal de las sociedades capitalistas, que deja muchos aspectos organizativos a la autonomía de la voluntad de las partes debidamente formalizada en los estatutos sociales, que regulan la vida de la sociedad y concretan el principio de libertad contractual, también vigente en el Derecho societario mercantil, y que la propia ley potencia diseñando mecanismos al efecto (103). Así, encontramos:

1. Las prestaciones accesorias, que articulan la “aportación” de actividad profesional por los socios profesionales (también de los llamados socios colectivos en las sociedades comanditarias por acciones), e introducen un elemento de carácter personalista, pues adquiere importancia el trabajo en detrimento del capital (104). Ahora bien, aunque la prestación de servicios en el seno de la sociedad sea el primer motivo de integración del socio profesional en una sociedad profesional que adopta un tipo capitalista, desde el punto de vista jurídico no es presupuesto de la condi-

(102) EMBID IRUJO, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F.: “Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital”, *RdS*, 1996, p. 18.

(103) DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, cit., p. 180, señala que, por su naturaleza, las sociedades profesionales se verían mejor revestidas habitualmente con los modelos propios de las sociedades personalistas, civiles o mercantiles, pese a los problemas de éstas: de un lado, el escaso desarrollo de la sociedad civil, y de otro, la difícil utilización de la sociedad colectiva, dado que, al menos en la interpretación dominante, su objeto ha de ser mercantil. Estos problemas, junto con las posibilidades de “personalización” de la SA y sobre todo de la SRL, conforme a los criterios de nuestra Jurisprudencia y de la DGRN, pueden conducir a que estos modelos sociales sean los más utilizados y adecuados.

(104) GARRIDO DE PALMA: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1990, p. 162, indica, en relación con las sociedades de capital con prestaciones accesorias, que en ellas se personaliza la contemplación de los socios, pues ya no interesa sólo “lo que se tiene, sino quién es quien”.

ción de socio –a diferencia de lo que ocurre en los tipos personalistas con la aportación de industria–; jurídicamente la prestación de servicios es sólo “accesoria” de la obligación principal del socio, que consiste en la aportación en sentido técnico de bienes o dinero (105).

Las prestaciones accesorias canalizan el ejercicio colectivo de la actividad profesional, y además permiten que el Colegio profesional lleve a cabo el control que le corresponde (106), ya que imponen la nominatividad de las acciones a las que van aparejadas (art. 52.1 LSA), y por tanto, la identificación de los accionistas. La consecuencia es que en las sociedades profesionales anónimas puras, en las que todos los socios son profesionales que ejercen en su seno, y por tanto titulares de acciones con prestaciones accesorias, no hay socios anónimos. Y tratándose de sociedades mixtas, con socios meramente capitalistas, cabe acordar que todas las acciones sean nominativas (o que no lleguen a emitirse nunca, art. 55.5 LSA). Ello, sin perjuicio de que las disposiciones normativas que se han ocupado de las sociedades profesionales han previsto la inscripción de su composición subjetiva (incluso de los socios meramente capitalistas) en un Registro Profesional de orden corporativo, que habrá de mantenerse al día, registrando los cambios que se produzcan.

2. Las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones (arts. 9.k y 63 LSA), que permiten a los actuales socios controlar la entrada de los nuevos, al someterse a su consideración las condiciones de éstos. Así, cabe vincular la transmisión de acciones a que el aspirante a socio esté en posesión de determinadas cualidades profesionales, con el fin de conservar la composición profesional de la sociedad. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la aportación de actividad profesional se articula a través de prestaciones accesorias y que la transmisión de acciones con tales prestaciones requiere, salvo disposición contraria de los estatutos, la previa autorización de la sociedad, que sólo puede denegarla por las causas previstas en los estatutos (p. ej., por la ausencia de dichas cualidades). Autorización (pero sin sujeción a causa alguna) que también es necesaria para la transmisión *inter vivos* voluntaria de participaciones con iguales prestaciones. No así cuando la transmisión es forzosa, aunque

(105) MONTALENTI, P.: “Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di ingegneria”, *Giur. Comm.*, 1986, p. 861, llega a afirmar la incompatibilidad entre la profesión intelectual y la sociedad capitalista; NORMAND, P. E.: “Réflexions sur la place des apports en industrie dans les sociétés de capitaux d'exercice libéral”, *JCP*, ed. Not., 1990, pp. 284 y ss., se ha planteado la posibilidad de aportaciones de industria en las sociedades de capital, “el criterio que conduce al advenimiento e integración de las aportaciones de industria o a su eliminación debe buscarse en la compatibilidad de estas aportaciones con el objeto social de la sociedad, cualquiera que sea la forma civil o comercial de esta última”.

(106) PAZ-ARES: *Curso...*, cit., pp. 657-757.

en este caso la LSRL regula un derecho de rescate a favor de los socios y en su defecto de la sociedad (si así está previsto en los estatutos), ni cuando lo es por causa de muerte, que entonces es libre, pero con la posibilidad de regular estatutariamente un derecho de adquisición preferente a favor de los socios sobrevivientes y, en su defecto, de la sociedad.

3. La posibilidad de suprimir total o parcialmente el derecho de suscripción preferente, que impide o dificulta el ingreso de nuevos socios profesionales (ingreso que es esencial para asegurar la estabilidad y supervivencia de la sociedad profesional), siempre que el interés de la sociedad así lo exija, que hay que presumir en tales casos (arts. 159 LSA y 76 LSRL).

4. La entrada del principio de autonomía de la voluntad en materia de disciplina de los órganos sociales. Así, es posible exigir la condición de socio para poder ser elegido administrador (arts. 123.2 LSA y 58.2 LSRL), a fin de garantizar la intermediación del socio profesional en la gestión social.

5. La posibilidad en las sociedades de responsabilidad limitada de regular estatutariamente el derecho de separación (art. 96 LSRL) y el de exclusión (art. 98 LSRL), dando cabida a supuestos distintos de los previstos en la ley, que en las sociedades profesionales tienen una especial relevancia por la incidencia de las circunstancias personales y del comportamiento de los socios en la realización del objeto social.

El segundo inconveniente formulado en contra de los tipos capitalistas es, como se ha anunciado, su régimen de responsabilidad, que al alcanzar sólo al patrimonio social resulta incompatible con el principio de responsabilidad personal e ilimitada de los socios profesionales que actúan en nombre y por cuenta de la sociedad profesional; la aplicación de las normas societarias sobre responsabilidad de la sociedad elimina la responsabilidad personal del socio profesional actuante frente al cliente (107).

Efectivamente, aplicando el Derecho societario sin más, el régimen de responsabilidad personal directa del profesional en el ejercicio de su actividad desaparece, pues ha dejado de ser el deudor contractual, posición que ahora ocupa la sociedad, siendo ella la que responde de las consecuencias perjudiciales de la actuación profesional de sus miembros. Alteración que descansa en el contenido normativo mínimo de la personalidad jurídica, que modifica el régimen individual de producción de actos y de imputación de efectos genéricamente previsto por el Derecho común (108).

(107) MORENO-LUQUE: *Sociedades profesionales...*, cit., p. 64, indica que: "Por tanto, no parece adecuado que, tratándose de una sociedad de profesionales, asuma ésta la forma de sociedad anónima o limitada. Pero, la realidad se impone, y parece querer demostrarnos que en la actualidad se están admitiendo sociedades mercantiles de capitales para el ejercicio de estas profesiones liberales"; SCHIANO: *Le società di professionisti*, cit., pp. 197 y ss.

(108) PAZ-ARES: "Comentario...", cit., pp. 1355-1356.

No obstante ser esa la consecuencia conforme al Derecho de sociedades, desde el estatuto de la profesión liberal se afirma que la responsabilidad personal del profesional liberal tiene su origen en las especiales características que conforman el estatuto de su profesión, y particularmente en la independencia de criterio con la que desarrolla su profesión, ya sea individualmente, por cuenta propia o ajena, ya colectivamente, de forma que su responsabilidad es contrapartida de su independencia técnica. Ahora bien, la excepcionalidad que esta responsabilidad profesional presenta respecto del régimen legal de responsabilidad previsto en el Derecho de sociedades para cada tipo de sociedad exige su previsión por ley formal (como ha ocurrido en las sociedades de auditoría).

En definitiva, cuando las sociedades profesionales, que están formadas por personas cuyas cualidades profesionales y personales son el primer motivo de atención dado su especial objeto social, adoptan tipos de sociedades capitalistas, es necesario introducir en su estructura interna una serie de adaptaciones a fin de que esas cualidades tengan la relevancia jurídica que merecen en la realidad. Adaptaciones sociales que son posibles si se parte de una comprensión contractual del Derecho de sociedades, frente al paradigma institucional (109), y que originan una sociedad de capital “cerrada”. Término con el que se hace referencia a aquella sociedad que, aun conservando la forma capitalista, tiene una estructura interna que sigue el modelo de las sociedades personalistas (se limita la libre transmisibilidad de acciones, se vincula la condición de administrador a la de socio, etc.) (110). Tales adaptaciones, que se han calificado como “deformaciones funcionales” de los tipos sociales (111), en ningún caso pueden llevar a predicar la inadmisión de los tipos capitalistas para dar forma a las sociedades profesionales, ya que, al fin y al cabo, son desviaciones que el propio régimen legal de estas sociedades auspicia (112).

En cualquier caso, hay que dejar constancia de lo útil que resultaría la intervención del legislador, diseñando un régimen específico para las sociedades profesionales que adoptasen estos tipos sociales (113).

(109) PAZ-ARES: “¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?...”, cit., pp. 159 y ss.

(110) SÁNCHEZ CALERO: *Instituciones...*, cit., p. 296; VICENT: *Compendio...*, cit., pp. 375-376.

(111) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad...*, p. 140.

(112) GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 294, quien añade, p. 292, que “las previsiones estatutarias, que necesariamente deberán establecerse para calificar la sociedad como profesional, plantean la cuestión de la pérdida de identidad capitalista de estas sociedades en relación con la estructura legal, fuertemente despersonalizada, de dichos tipos sociales”; GARCÍA MÁZ, F. J.: “Problemas y soluciones...”, cit., p. 26, señala que “por todo ello, y aunque lleguemos a la conclusión de poder entender posible el tema de las sociedades capitalistas dentro del marco de las Sociedades Profesionales, hay que indicar que con las adaptaciones a las que antes hacíamos referencia se desfigura ciertamente el propio concepto de sociedad de capital”.

(113) En esta línea se mueve la PALSP, cuyo artículo 15, titulado “Normas especiales

2.2.4. Cooperativa de trabajo asociado.

Las sociedades profesionales también pueden utilizar la cooperativa de trabajo asociado, regulada en los artículos 80 a 87 de la LCoop 27/1999. Dice su artículo 80.1 que *“son cooperativas de trabajo asociado las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros...”*.

Lo que caracteriza a esta cooperativa, frente a las demás, es que sus socios ponen en común su trabajo personal para producir obras o servicios para terceros, son “socios trabajadores”, sin perjuicio de que puedan haber “socios colaboradores” meramente capitalistas si están previstos en los estatutos y “trabajadores asalariados” que presten sus servicios por cuenta ajena para dicha cooperativa y que constituyen la denominada plantilla laboral externa.

Los “socios trabajadores”, que como mínimo habrán de ser tres (art. 8 LCoop), deben tener capacidad para contratar la prestación de su trabajo (art. 80.2) y reunir los requisitos establecidos en los Estatutos (que no podrán ser discriminatorios), puesto que una de sus obligaciones principales es la prestación personal de su trabajo, así como desembolsar la cuantía mínima y suscribir el resto de la aportación obligatoria al capital prevista en aquéllos. La relación de estos “socios trabajadores” con la cooperativa es societaria. Así lo establece con rotundidad el artículo 80.1 y 5, que ha puesto fin a una larga discusión acerca de su naturaleza jurídica (114).

En definitiva, la cooperativa de trabajo asociado sirve para dar forma jurídica a una sociedad profesional. Con todo, algunos inconvenientes deben apuntarse en contra de su utilización con esta finalidad, ya que las

para las sociedades de capitales”, establece, respecto de las SRL, varios principios básicos “salvo pacto en contrario”: a) Las participaciones de los socios profesionales son intransmisibles, salvo algunas excepciones; b) Se suprime el derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital que sirvan de cauce a la promoción profesional; c) En tales casos la sociedad podrá emitir las nuevas participaciones por el valor que estime conveniente, dentro de ciertos límites; y d) Se posibilita la autocartera respecto de las participaciones que correspondan al socio fallecido, excluido o separado, en las condiciones que prevé; respecto de las SA, que estatutariamente podrán adaptar las normas contenidas en las letras a), b) y c); y en cuanto a ambas, que las acciones y participaciones correspondientes a los socios profesionales llevarán aparejada necesariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias de contenido profesional.

(114) En este mismo sentido, el artículo 80.4 declara que la retribución que los socios trabajadores perciben en tal concepto no tiene carácter salarial, se trata de “anticipos societarios” a cuenta de los excedentes de la cooperativa, sin perjuicio del retorno cooperativo que proceda en función del resultado final de cada ejercicio económico.

cooperativas son sociedades mercantiles (115), que, pese a no estar sometidas al estatuto del comerciante (art. 124 CCom), sí lo están al régimen de suspensión de pagos y quiebra y a un conjunto de obligaciones formales y contables que guardan similitud con dicho estatuto. Además, la estructura de la cooperativa puede resultar especialmente compleja. Y es que, aunque bajo el principio básico del personalismo, tiene injerencias típicas de las sociedades de capital, en orden a dar estabilidad a la sociedad y a su correcta gestión, que la complican y la hacen inadecuada para una sociedad profesional.

2.2.5. *Libertad de forma social. Sistema abierto.*

A la vista de todo lo expuesto se ha de concluir que las sociedades profesionales pueden constituirse con arreglo a cualquiera de las formas sociales previstas en nuestro Derecho societario (116).

El principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige en materia de contratos (art. 1.255 CC) también se aplica al contrato de sociedad (117). Pero, dado que éste no encaja en los contratos de cambio, sobre los que gira la regulación del Derecho contractual, es necesario analizar si el citado principio tiene la misma extensión cuando se trata del contrato de sociedad e igual vigencia en el Derecho de sociedades. Se obtienen las siguientes conclusiones (118):

1. La autonomía de la voluntad se encuentra limitada en el Derecho de sociedades en cuanto que las partes no pueden crear formas sociales (119). Los tipos de sociedad previstos por el Ordenamiento jurídico tienen el carácter de *numerus clausus* con la finalidad de proteger a los terceros que se relacionan con la sociedad surgida del contrato de sociedad, ya que la identificación del tipo social permite conocer *ab initio* su régimen jurídico (y sobre todo el de su responsabilidad).

(115) VICENT: *Compendio...*, 1992, pp. 1013 y ss., señala que no se trata de una sociedad en sentido estricto por la ausencia de ganancia repartible, de ahí que se encuentre excluida del estatuto de comerciante, aunque sometida al régimen de quiebra y contabilidad del mismo.

(116) EMBID/MARTÍNEZ: "Libertad de configuración...", cit., pp. 11 y ss., p. 18; y referida exclusivamente a las sociedades profesionales, vid. GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 158; CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., p. 138.

(117) ALFARO, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 88 y ss., pp. 361 y ss.; PAZ-ARES: "La infracapitalización...", cit., p. 254, indica que "la función primordial que está llamada a jugar el derecho de sociedades no es una función directiva sino facilitadora".

(118) PAZ-ARES: "La infracapitalización...", cit., pp. 253 y ss.; MASSAGUER, J.: "La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada", *RGD*, 1994, p. 12978; ALFARO: *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, pp. 21-38.

(119) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad...*, cit., pp. 190-196.

2. Una vez elegido alguno de los tipos previstos legalmente, los socios pueden definir sus relaciones internas según el modelo organizativo que mejor se adapte a sus intereses, pues las normas que regulan las relaciones internas en el contrato de sociedad son dispositivas (120). Cabe alterar el estatuto legal típico, e incluso utilizar elementos estructurales incluidos por el legislador en otros tipos sociales, con el límite que representan las normas que amparan a los socios que no cuentan con la suficiente protección (normas referidas a las minorías en las sociedades en las que rige el principio mayoritario en la adopción de acuerdos sociales) y a los terceros. Se trata de introducir en los tipos legales adaptaciones que van a ser posibles si se mantiene una posición contractualista del Derecho de sociedades, frente a la que se ha denominado institucionalista.

La libertad de forma social ha sido recogida por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre profesiones colegiadas al régimen de la libre competencia vigente en España*, presentado al Gobierno en junio de 1992. En este informe, el TDC proponía reformar la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974 (LCP) para adaptarla al sistema económico y jurídico de libre competencia, eliminando las principales restricciones, que venían referidas a la fijación de precios, publicidad, actuación de los profesionales dentro del territorio nacional y elección de la estructura de negocio. En relación con este último aspecto, el Tribunal calificó de restricciones aquellas que impiden que los profesionales se asocien de la forma que estimen más conveniente para prestar sus servicios. Y frente al argumento esgrimido en contra, sobre que no quedaba clara la responsabilidad de los profesionales, el Tribunal contestó que las sociedades suponen una mayor garantía para el usuario que el profesional aislado, y recomendó eliminar toda limitación siempre que cualquiera que fuera la estructura de negocio elegida se garantizase la responsabilidad de los profesionales.

Efecto inmediato del citado Informe fue la aprobación por el Gobierno, en octubre de 1992, de un Proyecto de Ley (121) que pretendía reformar el artículo 3 de la LCP, al que se añadía un apartado 4, según el cual, "los profesionales podrán asociarse libremente para el ejercicio de su actividad siempre que se respeten los límites de la Ley 16/1989, de 17 de ju-

(120) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad...*, cit., pp. 151 y ss., señala que "en el tráfico actual apenas si existen sociedades que en su morfología interna respondan al estatuto legal"; SPADA, P.: *La tipicità delle società*, Padova, 1974; OPPO, G.: "L'identificazione del tipo «società di persone»", *Riv. Dir. Civ.*, 1988, pp. 619-631.

(121) *BOCG*, Congreso, serie A, número 114-I, de 27 de noviembre de 1992.

lio...". Caducado ese Proyecto apareció uno nuevo en marzo de 1995 (122), que tampoco devino en Ley, conforme al cual el punto 5 del artículo 3 de la LCP quedaba de la siguiente forma: "Los profesionales podrán asociarse para el ejercicio en común de sus profesiones bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho...". Finalmente, fue el artículo 5.2 de la Ley 7/1997 (123) el que introdujo diversas modificaciones en la LCP, pero sin referirse al ejercicio en sociedad de la profesión colegiada.

Igual criterio liberalizador lo encontramos, dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, en el artículo 10 LAC, que ofrece plena libertad en cuanto al tipo social que pueden elegir los auditores para el desarrollo en común de su profesión (124); la mayoría de las normas estatutarias que regulan las sociedades profesionales (125), y el artículo 1.2 PALSP, que admite la constitución de las sociedades profesionales "con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las Leyes".

En relación con las sociedades profesionales, nuestro Ordenamiento acoge un sistema que se ha denominado "abierto" porque, "rigiendo las normas comunes para las sociedades civiles y mercantiles, no existe obstáculo alguno para la elección del tipo de sociedad al que se quieran acoger los profesionales liberales, condicionado, en todo caso, por las particularidades del ejercicio de su respectiva actividad profesional". Y en tal sentido, "existen toda una serie de fórmulas societarias que se adaptan perfectamente a las particularidades de la profesión liberal, sin que ello suponga necesariamente una «desnaturalización» de lo que se entiende por profesión liberal, cuya actividad podrá ser lo suficiente individual y libre sin que sea absorbida totalmente por la sociedad, pero sólo cuando en su organización interna se respete la esfera individual del profesional liberal" (126).

(122) Una versión reducida se presentó a las Cortes incorporada a la llamada Ley de acompañamiento de la Ley de Presupuestos de 1996, *BOCG*, Congreso, serie A, 13 de octubre de 1995, número 137-I, pp. 43-44, que no fue aprobada, prorrogándose los presupuestos de 1995, y dictando el Gobierno un RD-L con las medidas imprescindibles, entre las que no se encontraba la reforma de la LCP.

(123) Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios profesionales (resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, del mismo nombre), *BOE* de 8 de junio de 1996. El 20 de junio de 1996 el Congreso acordó la convalidación y tramitación como Proyecto de Ley (*BOCG*, serie A, núm. 4-1, de 29 de junio de 1996) por el procedimiento de urgencia de la parte del RD-L 5/1996 referida a los Colegios profesionales, que después de su tramitación parlamentaria se convirtió en la Ley 7/1997 (*BOE* de 15 de abril de 1997).

(124) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, A.: "Acercas de la forma única de ejercicio de la profesión de Auditor Censor Jurado de Cuentas", *El ejercicio...*, cit., p. 456.

(125) *Vid.*, respecto de los economistas, FOLGUERA CRESPO, J.: "Sociedades profesionales de economistas", *Economistas*, número 23, 1986-1987, pp. 177-178; y de los arquitectos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El nuevo Registro Mercantil...*, cit., pp. 155 y ss.; CADARSO: "La sociedad profesional de arquitectos...", cit., pp. 385 y ss., p. 390.

(126) ALBIEZ: "Las agrupaciones societarias...", cit., pp. 13 y 16.

Este sistema abierto encuentra fundamento en la “neutralidad del Derecho de sociedades”, que parte de considerar a la sociedad como un instrumento técnico o conjunto de reglas para la realización de intereses individuales, pero comunes a los socios, que carece de valor en sí misma (127). El Derecho de sociedades ofrece distintas figuras societarias aplicables en principio a cualquier finalidad, y cuyo estatuto legal típico puede alterarse dentro de ciertos límites. Por lo que, desde el punto de vista del Derecho societario, no hay inconveniente alguno para que el ejercicio colectivo de la actividad profesional utilice cualquiera de las formas sociales por él dispuestas (128).

En definitiva, la adopción de una u otra forma social dependerá de las dimensiones de la sociedad que los profesionales se propongan constituir, de las necesidades de financiación, del ámbito del sector que pretendan satisfacer y de otra serie de factores de índole fiscal, administrativa, etc., aunque no puede negarse que las estructuras más idóneas para el ejercicio en común de una profesión liberal se encuentran en las sociedades de personas, concebidas como sociedades de trabajo, que es lo que caracteriza a la sociedad profesional.

3. Viabilidad legal en nuestro ordenamiento jurídico

Las sociedades profesionales son lícitas porque encuentran fundamento en la Constitución Española, la legislación ordinaria y las normas estatutarias.

3.1. En la Constitución Española.

El precepto constitucional que sirve de fundamento a las sociedades profesionales es el artículo 36 CE, que establece la libertad de ejercicio de las profesiones colegiadas, aunque sometida al marco diseñado por la Ley.

Que no exista esa Ley no significa que esté prohibido cualquier modo de actuación profesional distinto del tradicional ejercicio individual por cuenta propia, lo que impediría su ejercicio en régimen de dependencia laboral o funcionarial, o conforme a los esquemas societarios generales (129).

(127) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad...*, cit., pp. 14 y ss.; FORNASIERO, G.: *Organizzazione e intuitus nelle società*, Padova, 1984, pp. 39 y ss.

(128) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad...*, cit., pp. 18-29, quien se refiere a la “policivalencia funcional”; PAZ-ARES: “La infracapitalización...”, cit., pp. 253 y ss., y *Curso...*, cit., p. 755.

(129) GARCÍA PÉREZ: *El ejercicio en sociedad...*, cit., p. 296.

Ahora bien, el artículo 36 CE sólo puede entenderse que ampara a las sociedades profesionales que sean compatibles con el régimen que para cada uno de los tipos sociales establece el Derecho societario y con las restricciones contenidas en los Ordenamientos particulares de las distintas profesiones. Cualquier otra limitación al ejercicio en sociedad de la profesión, como cualquier alteración del orden societario, que está regulado por ley en sentido formal, ha de estar prevista en una Ley o en normas que tengan apoyo directo en ella.

El artículo 36 CE reserva a la Ley la regulación del ejercicio de las profesiones tituladas en sus distintas modalidades y, por tanto, también el ejercicio colectivo. Si este ejercicio se articula a través de una sociedad, su regulación por Ley encuentra un segundo fundamento, ya que se precisa la adaptación de los regímenes societarios generales, pensados originariamente para actividades distintas de las profesiones liberales. Y cabe añadir un tercer argumento, pues las limitaciones al libre ejercicio de la profesión liberal que puedan constituir restricciones al régimen de libre competencia sólo serán legítimas si están autorizadas por una ley formal (art. 2.1 LDC).

El artículo 38 CE, que contiene el principio de libertad de empresa, también es citado por la Doctrina para fundamentar la licitud de las sociedades profesionales (130). Si bien, algunos autores entienden que al menos en términos generales no es ni necesario, porque ya hay bastante apoyo constitucional en el principio de libertad de ejercicio profesional, ni conveniente, porque tiene su ubicación natural en el ámbito mercantil y no en el profesional (131).

3.2. En la legislación ordinaria.

En nuestro Ordenamiento hay varias leyes que legitiman las sociedades profesionales: el artículo 1.678 (y también el 1.255) CC; algunas leyes fiscales; la LAC; la LDC y la LSRL.

1. El artículo 1.678 CC, que al referirse a la sociedad civil particular señala que puede tener por objeto *“el ejercicio de una profesión”* (132).

(130) VICENT: *Introducción...*, cit., indica que: “Poco a poco se ha reconocido el derecho de los profesionales titulados a constituir sociedades de capital como contenido de la libertad de empresa...”.

(131) DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, cit., p. 140, quien se refiere a la STS de 1 de junio de 1994 (RJA 4569), Fdo. 2.º, que declara que “es extravagante a estas alturas invocar la libertad de ejercicio del comercio para pretender obtener la nulidad de toda disposición legal que regule esa libertad” (la de ejercicio profesional).

(132) CAPILLA: “Comentario...”, cit., pp. 153-154, señala que se trata de un “supuesto que arranca desde el derecho romano, ya que las fuentes aluden a la sociedad constituida entre pro-

El CC distingue, atendiendo a la extensión del objeto de la sociedad, entre sociedades universales, en las que el objeto es vago e indefinido, y particulares, en las que el objeto es limitado y bien definido. Estas últimas son sociedades con limitación de aportaciones (no comprenden todos los bienes del socio) y de objeto. Entre ellas se encuentran las que tienen por objeto una profesión, es decir, las que se asientan, no en una comunidad de cosas, sino en una comunidad de aptitudes, actividad e inteligencia (133).

En apoyo de la legitimidad de las sociedades profesionales también se cita el artículo 1.255 CC, que establece el principio de libertad contractual. Pues bien, aunque este precepto no aporta más en cuanto a su viabilidad, pues en todo caso se trata de una libertad condicionada a lo dispuesto en cada caso por el Ordenamiento jurídico, cabe destacar su utilidad en la configuración del régimen jurídico de estas sociedades, carentes de una regulación legal específica.

2. Leyes fiscales. En concreto, el artículo 52.1.b) de la hoy derogada Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (134), y el artículo 75.b) de la Ley 43/1995, del Impuesto de Sociedades (antes de su modificación por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre), que han servido para dotar de carta de naturaleza a las sociedades profesionales en nuestro Ordenamiento por razones de coherencia en su conjunto, aunque no reunieran los requisitos previstos en dichos preceptos, que lo eran a los solos efectos fiscales y de sometimiento al régimen de transparencia fiscal.

3. La Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, desarrollada por el RD 1636/1990, de 20 de diciembre, que regula la profesión de auditor de cuentas, constituye el primer y único modelo legal de sociedad profesional (arts. 10 y ss.). Se trata, no obstante, de una profesión que desarrolla una actividad mercantil, pues se concreta en la emisión de un informe al que legalmente se le otorga tal carácter (arts. 2 LAC y 4 RAC), cuyo cliente es siempre una empresa, y en la que no está prevista la per-

fesores de gramática, que se reparten las ganancias obtenidas; profesores que son por antonomasia profesionales liberales, de lo cual queda aún traza en el tenor literal de algunos preceptos de nuestras leyes decimonónicas, como es por ejemplo el caso del artículo 1.967 CC. Y en cualquier caso, con independencia de su origen histórico, que más parecería aludir a la sociedad de medios instrumentales o a la sociedad meramente interna, el tenor de la norma es un sólido argumento en pro de la admisión de las sociedades profesionales”.

(133) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo V, volumen II, 1951, p. 372.

(134) El artículo 52.1.b), al regular la imputación de rentas a los socios de sociedades en régimen de transparencia fiscal, definía las sociedades profesionales como “las sociedades que desarrollen una actividad profesional, en las que todos sus socios sean profesionales, personas físicas, que, directa o indirectamente, estén vinculados al desarrollo de dicha actividad. Se asimilan a éstas, las sociedades en las que haya participación de socios no profesionales, cuando el total de dicha participación sea inferior al 5 por 100 del capital social”.

tenencia a un Colegio profesional, aunque sí la inscripción en el Registro Oficial de Auditores que gestiona el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (art. 17 RAC). Aun así, ofrece un modelo que puede utilizar el resto de profesiones liberales, pero con ciertas matizaciones, pues está muy atenuada la naturaleza personal de la relación profesional.

4. La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que incluye en su ámbito de aplicación a las profesiones liberales, también se menciona en apoyo de la viabilidad de las sociedades profesionales, sobre todo a la vista del Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones del TDC (1992), a cuyo tenor, las limitaciones al ejercicio de la profesión, y en concreto al llevado a cabo en sociedad –desde su prohibición, hasta la exclusión de ciertos tipos sociales, o la exigencia de determinados requisitos–, pueden originar restricciones a la libre competencia. Por ello patrocinaba el ejercicio profesional en sociedad, pero con una imposición, asegurar la responsabilidad profesional como instrumento de ayuda a la competencia.

5. El artículo 32 LSRL, según el cual, “1. *La sociedad Nueva Empresa tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades, que se transcribirán literalmente en los estatutos: la actividad... de profesionales o de servicios en general*”, con lo que se reconoce la posibilidad de constituir sociedades profesionales y de profesionales, junto a las de intermediación en el mercado de los servicios profesionales. Ahora bien, a renglón seguido excluye que puedan hacerlo como SLNE las que tengan un *objeto único y exclusivo*, que es lo que ocurre en las sociedades profesionales y en las de profesionales (135).

3.3. En las normas estatutarias.

A excepción de la Auditoría de cuentas, y de algunas profesiones cuyo ejercicio en sociedad ha sido objeto de regulación específica por normas reglamentarias (136), en el resto de profesiones han sido los Estatutos colegiales los que se han referido al ejercicio en sociedad de su profesión, adoptando distintas posturas: desde los que han prohibido las sociedades profesionales hasta los que las han admitido, pero sólo de carácter inter-

(135) PÉREZ-SERRABONA: *El régimen jurídico...*, cit., pp. 113-116, recuerda, nota 244, que para que la DGRN admitiera la inscripción de una sociedad dedicada al ejercicio de actividades profesionales era necesario que, además de estar la actividad incluida en los estatutos como objeto social, figurase la mediación, “postura que ahora se abandona”.

(136) Entre ellas, el RD 690/88, de 24 de junio, sobre seguros, regula la constitución de sociedades de agencias de seguros, correduría de seguros o correduría de reaseguros en su artículo 3.2; o el RD 1455/82, de 28 de mayo, de agentes de cambio y bolsa y corredores de comercio, que no sólo las admite, sino que de existir les impone la forma de sociedad anónima.

no; los que contemplan su constitución, regulando algunos de sus aspectos, que es el grupo más extenso; o los que no disponen nada al respecto, lo que no significa que las prohíban, si bien, de existir, funcionarán al margen de los respectivos Colegios profesionales, para los que carecerán de relevancia.

Y es que, a falta de una ley de sociedades profesionales, los Colegios profesionales, y sobre todo sus Consejos Generales, han adaptado el régimen general de las sociedades a las particularidades propias de su profesión, en el entendimiento de que entra dentro de sus competencias. Sin embargo, hay que tener en cuenta que ésta es una materia dominada por el principio constitucional de reserva legal (art. 36 CE) y que la función ordenadora de los Colegios tiene que circunscribirse “*al ámbito de su competencia*” (art. 5.i LCP), al que no pertenece la regulación del ejercicio profesional, entre cuyas manifestaciones se encuentra el realizado en sociedad.

3.4. ¿Es necesaria una ley de sociedades profesionales?

La mayoría de la Doctrina estima que las objeciones formuladas en contra del ejercicio en sociedad de las profesiones liberales son fácilmente superables desde argumentos estrictamente jurídicos, sin perjuicio de que se impone la realidad de los hechos, y que los tipos sociales que nuestro Ordenamiento ofrece son suficientes para dar cobertura jurídica a las sociedades profesionales siempre que se introduzcan una serie de adaptaciones para acomodarlos al estatuto de la profesión liberal. Aún así, pone de relieve que las peculiaridades derivadas de su objeto social recomiendan su regulación con el adecuado rango normativo y la necesaria generalidad, partiendo de los tipos sociales existentes y de los rasgos que, aunque debilitados, siguen definiendo el ejercicio profesional, para así contribuir a la seguridad jurídica, no sólo de quienes ejercen colectivamente una actividad profesional, sino también de quienes contratan sus servicios (137).

(137) ALBIEZ: “Las agrupaciones societarias...”, cit., p. 29, señala que la conveniencia de una ley especial que establezca el marco general del ejercicio en grupo “se justifica por muchas razones: primero por las propias particularidades de estas sociedades, en las que se deben tener en cuenta los intereses de los profesionales liberales; segundo, para ofrecer a los terceros que contraten con las mismas garantías suficientes, especialmente en el orden de la responsabilidad patrimonial; y tercero para controlar estas sociedades –y no sólo en el orden fiscal, como algunos defienden–”; CADARSO: “La sociedad profesional de arquitectos”, cit., p. 400; YZQUIERDO: *La responsabilidad civil...*, cit., pp. 153 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S./PAREJA ALFONSO, L./RUILOBO SANTANA, E.: *La libertad de ejercicio de la profesión y el problema de las atribuciones de los técnicos titulados*, Madrid, 1983, p. 13.

Algunos autores insisten en que más que de una ley de sociedades profesionales habría que hablar de una ley general reguladora de las profesiones en sus múltiples aspectos, y de normas de desarrollo que tuvieran en cuenta las particularidades de cada profesión y su incidencia en el ejercicio colectivo de la respectiva profesión (138). Otros, sin embargo, no la ven necesaria (139).

3.5. Iniciativas legislativas.

Por último, hay que hacer referencia a las dos iniciativas legislativas habidas en esta materia:

1. La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia en 1999 (PALSP), que optó por establecer el marco general de las sociedades profesionales, abstracción hecha del tipo social adoptado, aunque con algunas reglas específicas para las sociedades profesionales de capital. Siguiendo su Exposición de Motivos, tres eran los objetivos fundamentales: Crear certidumbre sobre las sociedades en el ámbito profesional; garantizar la máxima flexibilidad organizativa, poniendo a disposición de los interesados la elección de forma, y asegurar la conexión entre las sociedades profesionales y los ordenamientos deontológicos donde se ubica el ejercicio de la profesión.

2. La Proposición de Ley de Sociedad Civil de Actividades entre Profesionales, presentada por el Parlamento de Cataluña en 1999 (140), que creó *ex novo* un tipo de sociedad exclusivo y excluyente de los profesionales liberales con la intención de abarcar “todas las formas de colaboración profesional”, tanto las llamadas sociedades entre (o de) profesio-

(138) DELGADO: *Las sociedades profesionales...*, cit., p. 139.

(139) CAMPINS: *La sociedad profesional*, cit., pp. 109-110, y “Sociedad civil de actividades entre profesionales...”, cit., pp. 173-184, rechaza la necesidad de una ley especial para los profesionales por dos razones: por economía, pues implica un coste legislativo que no es necesario, y porque encajar a los profesionales en un tipo social concreto impide su integración en el resto de tipos sociales, amenazando con ello la libre competitividad del sector, sobre todo cuando los diferentes ordenamientos reconocen la disponibilidad de la generalidad de tipos sociales para el ejercicio de la profesión.

(140) El Parlamento de Cataluña acordó presentar al Congreso de los Diputados una *Proposición de Ley de regulación de sociedades civiles de actividades entre profesionales*, Resolución 938/V, de 19-5-1999. La presentación se produjo el 2 de junio de 1999. Propuesta que se corresponde al número de expediente 125/000021/0000 de la VI Legislatura. Publicada en fecha 19/04/2000 en el *BOCG*. Y finalmente retirada según refleja el *BOCG* del Congreso de los Diputados, serie B, número 3-2, de 24 de noviembre de 2000.

nales, como las sociedades profesionales en sentido estricto, aunque de la mayoría de sus preceptos resulta que sólo comprende a las segundas. Se trata de una sociedad que se califica de civil, pero que asigna a sus socios una responsabilidad limitada e introduce importantes alteraciones en el régimen jurídico de aquélla, resultando que se asemeja más a la sociedad de responsabilidad limitada, y sin que se prevea ningún régimen supletorio (141).

(141) *Vid.* CAMPINS: “Sociedad civil de actividades entre profesionales...”, cit., pp. 173-184.

DOCUMENTOS Y DOCUMENTADORES EN EL FORMULARIO NOTARIAL DE IBN AL-‘ATTAR (*)

ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS

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

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** LOS POSIBLES ORÍGENES ISLÁMICOS DEL NOTARIADO ESPAÑOL: LÓPEZ ORTIZ Y FLÓREZ DE QUIÑONES. **III.** LOS ADULES ANDALUSÍES: RIBERA Y LÉVI-PROVENÇAL. **IV.** ANÁLISIS DEL ESCATOCOLO. **A)** Los adules como testigos. **a)** *De un acto oral.* **b)** *Del que prestan testimonio por escrito.* **B)** La rogación. **a)** *Límites objetivos.* **b)** *La declaración de comprender el documento.* **c)** *Límites subjetivos.* **C)** Los juicios de los adules. **a)** *De identificación de las partes.* **b)** *De su capacidad.* **c)** *De su libertad.* **d)** *De validez del acto.* **V.** FALTA DE LOS REQUISITOS DE LECTURA, DE FIRMA DE LAS PARTES Y DE REGISTRO. **VI.** REDACCIÓN DE LOS DOCUMENTOS. **VII.** PRESTACIÓN DEL TESTIMONIO EN EL PROCESO. **VIII.** LOS DOCUMENTOS EN LA VIDA EXTRAJUDICIAL. **IX.** CONCLUSIÓN.

(*) Palabras pronunciadas en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el día 18 de enero de 2001, en la presentación del libro *Formulario Notarial y Judicial Andalusí* (Ibn al-‘Attar m. 399/1009). Estudio y traducción: P. CHALMETA y M. MARUGÁN, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, p. 1040.

Publicadas en el *Boletín de la Real Academia de Córdoba, de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes*, julio-diciembre 2001, año LXXX - número 141, pp. 209-226.

Éste es un día largamente esperado por la Academia Matritense del Notariado; pero las palabras de apertura del Decano y la magnífica intervención de nuestro compañero Antonio PÉREZ SANZ me eximen de volver sobre los avatares por los que ha pasado la publicación del libro que hoy presentamos, no sin dedicar antes un justo y cariñoso recuerdo a aquellos dos queridos amigos y compañeros, Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, notario de Córdoba, y Manuel Antonio ROMERO VIEITEZ, notario de Madrid, sin los cuales este acto no hubiera podido celebrarse.

= I =

La intervención de PÉREZ SANZ, y la que todos esperamos del profesor CHALMETA, aconsejan también reducir a muy pequeñas precisiones —las imprescindibles para enmarcar mis palabras— las referencias a los temas generales sobre el manuscrito publicado, su contenido, su autor, y el autor de la publicación y sus colaboradores:

— *El manuscrito* que ahora se edita es el *Kitab al-wata'iq wal-sigillat*, el primer formulario notarial hispano-árabe conservado (“Introducción”, p. 21); fue escrito en Córdoba a finales del siglo X de nuestra era, siendo Califa Hixem II y Almanzor su “mayordomo de palacio”.

— *El contenido de este manuscrito* está constituido por modelos o fórmulas que en principio, y al menos en un sentido amplio, podemos denominar notariales, con algunas otras referentes a actuaciones judiciales, y no sólo en actos de jurisdicción voluntaria. Pero no se trata de un simple formulario, puesto que en “un esquema cuatripartito” al “modelo o «impreso» de acta notarial” (a), siguen los “principios de derecho que vertebran y condicionan el acto” (b), las “opiniones a favor y en contra, precedentes judiciales, práctica legal” (c) y el “comentario lingüístico procesal, explicando las consecuencias de adoptar tal o cual fórmula, de añadir u omitir determinada cláusula o precisión” (d) (pp. 14-15). No estamos, pues, ante un mero “formulario”; es un libro de práctica notarial, de arte de notaría, o incluso un verdadero Tratado de Derecho Notarial aplicado y, por tanto, y si nos desprendemos de nuestro legalismo, un Tratado de Derecho privado en el que ocupan un primer puesto los hechos, las necesidades de la vida, los diversos caminos para satisfacerlas, los distintos pactos, las distintas cláusulas y fórmulas. En el Derecho común no encontramos formularios que puedan siquiera compararse con el de Ibn al-'Attar hasta los de SALATIEL (primera redacción, 1242; segunda redacción, 1254) y ROLANDINO (*Summa*, 1255; *Aurora*, 1280); y en nuestro Derecho, aparte de las *Partidas* (séptimo decenio del siglo XIII), habría que llegar al siglo XVI, con Diego DE RIBERA (1560) y MONTERROSO (1563).

— *El autor del manuscrito es Muhammad ibn al-'Attar*, “el hijo del especiero”, notario de Córdoba, alfaquí de la escuela malikí (1), dominante en todo el norte de África y en Andalucía, fallecido en el año 1006.

— *Y el autor del libro* que presentamos es el profesor de la Universidad Complutense don Pedro CHALMETA, del que en 1983 publicamos la transcripción árabe de este manuscrito de Ibn al-'Attar, en colaboración con el profesor CORRIENTE (2), y que ahora, en colaboración con MARINA MARUGÁN, ha escrito un libro que no es sólo la *traducción* por Marina MARUGÁN, revisada por Pedro CHALMETA, de aquel texto árabe de CHALMETA-CORRIENTE, con sus correspondientes complementos (apéndice, fuentes, bibliografía e índices –analítico, de términos árabes, antropónimos y topónimos– cuya composición me consta ha sido muy penosa), sino que contiene, además, una preciosa “*Introducción*”, que completa la que figuraba al frente de la edición del texto árabe, por CHALMETA-CORRIENTE, y una indispensable exposición del sistema andalusí, fuentes del derecho, documentos, y formularios y sus autores; y, sobre todo, es una traducción “*anotada*”, según anuncia modestamente la portada, pero no con simples “*notas*” como pudiera pensarse –que también las tiene–, pues incluye un amplio comentario histórico-jurídico, al principio de cada uno de sus treinta y cuatro capítulos, y el “*Análisis*” de muchos de los modelos o fórmulas. Sin todos estos valiosos trabajos, los juristas actuales difícilmente podríamos adentrarnos en la lectura de la obra. Ya sé que no es la cantidad lo importante; pero quiero dejar constancia que según un muestreo que he efectuado, creo que hacia el 40 por 100 del libro corresponde a todos estos acompañamientos y sólo el restante 60 por 100 a la traducción del texto árabe.

= II =

El motivo de nuestro interés por lograr esta publicación se encontró, como ya saben, en aquella tesis sobre el origen hispano-árabe de nuestro Notariado defendida por LÓPEZ ORTIZ, aunque más tarde la suavizara, y por nuestro compañero FLÓREZ DE QUIÑONES.

(1) CASTEJÓN CALDERÓN, Rafael: *Los juristas hispano-musulmanes (Desde la Conquista, hasta la caída del Califato de Córdoba. Años 711 a 1031 de C.)*, Instituto de Estudios Africanos, Madrid, 1948, p. 179.

(2) *Formulario notarial hispano-árabe por el alfaquí y notario cordobés Ibn al-'Attar (s. X)*, edición por P. CHALMETA y F. CORRIENTE, Academia Matritense del Notariado - Instituto Hispano-Árabe de Cultura, Madrid, 1983.

LÓPEZ ORTIZ, ya en 1927 (3), y con cita expresa, entre muchos otros autores, de *Abenalatar* (p. 332), había sostenido que en la España musulmana “la institución notarial (estaba) perfectamente definida y encontramos incluso datos para precisar cuál pudo ser lo que podríamos denominar la demarcación notarial en los diversos períodos” (p. 319). “El clásico (formulario) de ROLANDINO, con todos sus aditamentos y comentarios, aun en su estructura externa, podría pasar por una adaptación del de Abensalmún. Claro está que nada podemos ni intentamos deducir de esta semejanza” (p. 325). Pasados los años, en conferencia pronunciada en esta Academia Matritense del Notariado en 1962 (4) LÓPEZ ORTIZ insistió en “moderar un tanto lo tajante de algunas afirmaciones, que con el andar del tiempo me iban pareciendo un tanto exageradas” (p. 137); y concluía: “En cuanto a la posible influencia del Notariado islámico, o de sus Formularios, en los de nuestra España medieval cristiana tampoco puedo asegurar nada en concreto” (p. 146).

FLÓREZ DE QUIÑONES publicó en 1957 en la *Revista de Derecho Notarial* un importante trabajo (5), en el que terminaba reclamando “la atención de la Junta de Decanos y un lugar preferente en las páginas de esta Revista, para la publicación de estas obras” —“los tratados de Derecho musulmán”—, “tan llenas de interés para la Historia y para el Derecho, donde se contiene, en parte, la ciencia y la experiencia y esos remotos antecesores, Maestros en nuestro arte, hace diez siglos” (p. 285); entre ellos, citaba expresamente el de Muhamad Ibn al-‘Attar (p. 259, nota). Veinte años más tarde, insistía FLÓREZ DE QUIÑONES, ya jubilado, en una de las conferencias organizadas por esta Academia en Homenaje a Rafael NÚÑEZ-LAGOS (6): “es evidente —concluía— que ya no puede sostenerse la influencia decisiva de estos mitos en el Derecho notarial (los mitos de la «invasión italiana», de la Escuela de Bolo-nia), que pronto habrán desaparecido por completo con las traducciones de Ibn Moguit, Al’Jazirí e Ibn Al-‘Attar, labor a la que en estos días dedican su actividad jóvenes estudiosos” (p. 202), aludiendo sobre todo al profesor CHALMETA, con quien FLÓREZ DE QUIÑONES había tomado contacto en 1967, en unas Jornadas Hispano-Árabes de Córdoba (7).

El sistema notarial hispano-musulmán pudo, en efecto, introducirse, en mayor o menor medida, en la España cristiana —y la cronología lo hace per-

(3) LÓPEZ ORTIZ, José: “Algunos capítulos del Formulario notarial de Abensalmún de Granada”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo IV, 1927, pp. 319-71 + Apéndice (pp. 372-75).

(4) LÓPEZ ORTIZ, José: “Notarios y formularios notariales en el Islam”, conferencia pronunciada el día 8-5-1962 en la Academia Matritense del Notariado, publicada en sus *Anales*, XV, pp. 135-46.

(5) FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, Vicente: “Pruebas y notarios en el Islam Medieval. Notas para la historia del Notariado Español”, *Revista de Derecho Notarial*, número XVI, abril-junio 1957, pp. 213-85.

(6) FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, Vicente: “Formularios notariales hispano-musulmanes”, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 15 de diciembre de 1977, publicada en sus *Anales*, número XXII-1, pp. 179-202 + Apéndice, pp. 203-26.

(7) Conf. la “Introducción” de P. CHALMETA a la *op. cit.* en la nota 2, pp. XXXVI-XXXVII.

fectamente posible-, bien directamente o por medio de los mozárabes (8), en aquellos ocho siglos de la Reconquista, en que no todo fueron batallas, o bien a través de Italia, donde la influencia árabe está comprobada en otros aspectos (9); sin que ello descartara un inicial influjo del Derecho romano-teodosiano y justiniano-, en el Islam, problema nunca definitivamente resuelto; esta transferencia indirecta, que podrá parecer complicada, sería mucho menos traumática, en cuanto que permitiría mantener la influencia de la glosa -civilistas y canonistas de la Escuela de Bolonia-, en la configuración de nuestro Notariado latino, que nos parece perfectamente demostrada.

= III =

Nadie podrá pretender que en el acto de presentación de este libro demos ya resueltos tan intrincados problemas; pero como tampoco podemos olvidarlos, voy a iniciar una comparación entre los documentos hispano-musulmanes y sus autores, según resultan de los formularios que presentamos, y los instrumentos públicos del Derecho común y de nuestro Derecho medieval y sus autores. Recordemos, para ambientar nuestro estudio, la exposición clásica de don Julián RIBERA, y la más moderna de LÉVI-PROVENÇAL, sobre estos notarios andalusíes.

RIBERA (10): "El cargo de notario no era exclusivo de algunas personas a quienes el poder público autorizara; un particular, que mereciese confianza a sus conciudadanos, lo ejercía, limitándose a redactar los contratos que firmaban las partes, guardando éstas el documento original, pues no se formaba protocolo. Como sin ciertos requisitos de prueba no prosperaría ante el juez ninguna demanda y algunas condiciones puestas en el documento podían invalidarlo o darle fuerza distinta a la deseada por las partes, era muy general, aun entre gentes de instrucción, acudir a persona perita si es que querían asegurar el cumplimiento de lo tratado.

Ejercían la profesión en su casa, en las mezquitas, en la calle, en el mercado, en la lonja, a las puertas de la ciudad, por donde más transitaran las gentes que los pudieran solicitar. Allí, me los figuro yo, sentados sobre una alfombrilla o estera, o sobre el duro suelo, con su libro de formularios a un lado, el estuche de los cálamos y tintero a otro y sobre la rodilla derecha cuadernos de papel o pergamino sujetos con la mano.

(8) Conf. GONZÁLEZ PALENCIA, A.: *Los mozárabes de Toledo en los siglos XII y XIII*, cuatro volúmenes, Madrid, 1926-30.

(9) Conf. ASÍN, Miguel: "El averroísmo teológico en Santo Tomás de Aquino", pp. 271-331 de *Homenaje a don Francisco Codera, en su jubilación del profesorado - Estudios de Erudición Oriental*, Zaragoza, 1904.

(10) RIBERA Y TARRAGÓ, Julián: *La enseñanza entre los musulmanes españoles - Bibliófilos y bibliotecas en la España musulmana*, 3.^a edición, Real Academia de Córdoba, 1925, pp. 120 + 1; especialmente, "Práctica notarial y judicial. División de herencias", pp. 46-47.

Su carrera fue en tiempos, y para ciertos individuos listos que alcanzaban popularidad, muy lucrativa, de las pocas tal vez en que se podía alcanzar alguna fortuna.

Los textos que estudiaban consistían en obras cuyos capítulos solían constar de dos partes: primera, un resumen teórico de la materia o doctrina legal de cada contrato; y segunda, una serie de formularios aplicables a los distintos casos que sobre el mismo pueden presentarse.

En estos mismos libros, por la relación que tienen entre sí, solía haber también formularios de procedimientos judiciales, ya para actos de jurisdicción voluntaria, ya para los pleitos o litigios.

...

La legislación alcoránica en materia de sucesiones es tan enrevesada y difícil, por la distinta proporción con que los varios herederos entran a participar del haber del muerto, que no es dado a cualquiera hacer aplicación de la misma, mucho más con los embrollos a que suele dar lugar la inestable constitución de la familia musulmana. Esto ha hecho que se formara una asignatura especial en los estudios mezcla de Derecho y de cálculo matemático, y un ramo particular en la práctica jurídica. Por la frecuencia con que en las familias ocurren casos de particiones, esta especialidad ha proporcionado mucho trabajo a los jurisconsultos, lo cual hizo que su estudio se fomentara considerablemente".

LÉVI-PROVENÇAL (11): "Nada más sencillo y menos solemne que este tribunal —escribe refiriéndose al del *cadí*—, ... ante el cual se apretujaba la multitud de los litigantes, que previamente habían hecho consignar por escrito sus declaraciones y las de quienes las avalaban, valiéndose de testigos instrumentales (*'adl*). Estos... se hallaban instalados, dentro de una callejuela inmediata a la mezquita mayor..., en sus tiendecillas...

Tales testigos instrumentales, cuya función (*shahada* o *'adala*) quedaba justificada por un medio social en que el procedimiento estaba casi siempre «dominado por el juego de los testimonios y de los juramentos», debían poseer, a más de una irreprochable moralidad, la cultura jurídica necesaria para permitirles en ocasiones ascender a la *shura*, y vivían del salario (*uchra*) que los litigantes les pagaban por redactar las «pruebas testimoniales» escritas (*bayyina*), que los jueces preferían al simple testimonio oral. Su actividad se extendía también a levantar acta (*wathiqqa*) de muchas clases (matrimonios, repudios, donaciones piadosas, etc.), y a extender certificados de indigencia (*'udm*) o de buena vida y costumbres. Por esta razón, lo mismo en la España califal que más tarde, el testigo (*shahid* o *'adl*) se confundía casi siempre con el «notario» (*waththaq*)".

(11) LÉVI-PROVENÇAL, E.: "España musulmana - Hasta la caída del Califato de Córdoba (711-1031 de JC) - Instituciones y vida social e intelectual", tomo V de la *Historia de España* dirigida por Ramón MENÉNDEZ PIDAL, Madrid, 1957, p. 75. La *shura* era un consejo de juristas, consultivo del *cadí*.

Las fórmulas de Ibn al-‘Attar nos presentan un documento que concentra la narración de sus solemnidades en una parte final o escatocolo, sin dividir las entre éste y la parte inicial o protocolo; pasemos a examinar ese escatocolo, reiterado continuamente con leves modificaciones, pero sin perder de vista que no es un documento en sí, ni una diligencia documental adicionada a otro documento, sino la cláusula final o de cierre de un documento unitario. Comencemos por transcribir una de esas fórmulas, que nos parece muy representativa:

“(Los testigos, cuya declaración infrascripta refrenda la validez del presente escrito), *dan fe del testimonio requerido por los contrayentes Fulano, hijo de Fulano, y Mengano, hijo de Mengano* –(con testimonio invocable) *en su contra, acerca de lo consignado sobre ambos* (contratantes) *en esta escritura, que han declarado comprender en su totalidad– a quienes conocen y lo han oído de sus propias* (bocas, constándoles que) *están sanos y con plena capacidad de obrar...* (Escrito) *en tal día de tal mes de tal año*” (12).

Hagamos algunos comentarios y comparaciones sobre este escatocolo:

A) “(Los testigos...) *dan fe del testimonio*”. Es el comienzo habitual de esta fórmula de cierre de los documentos. Las personas de que tenemos que ocuparnos son, pues, “*testigos*”, “*adules*”, denominación que siempre se les da; y su misión, en consecuencia, es la de dar “*testimonio*”.

No fijemos en exceso nuestra atención en las palabras “*dan fe*”, pues desde el Código Teodosiano, el primero que sistematizó la doctrina de la prueba, se viene hablando “De la fe de los testigos” (*De fide testium et instrumentorum*, 11.39); “fe” en su sentido originario equivale a “prueba”, y más en concreto a prueba “en juicio”; y en el juicio también existe una prueba privada, una “fe privada”, que en el lenguaje ordinario se extiende a la esfera extrajudicial, donde abundan los secretarios que dicen dar fe. Lo importante no son las expresiones –recuérdese, además, que esta-

(12) Modelo número 9, “escritura de compraventa de una esclava corriente”, p. 106.

Es semejante la fórmula de escatocolo usada por *Abenmoguit*: “Requeridos por el contrayente fulano y por el padre de la desposada fulano, dan testimonio, invocable en contra de ambos, de cuanto con referencia a ellos consta en este documento, quienes los conocen y les oyeron lo aquí contenido, hallándose ambos en buena salud y plena capacidad. Y todo ello tuvo lugar en tal mes, a tantos días transcurridos del mismo, de tal año”; conf. VILA, Salvador: “Abenmoguit - «Formulario Notarial» - Capítulo del matrimonio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, número VIII, 1931, pp. 5-200; véase p. 56.

mos ante una traducción—, sino el sentido de las mismas y sus efectos jurídicos, sobre los que tendremos que volver.

Tampoco creamos que nos dé resuelta toda cuestión la calificación de “testigos”. El notario también comenzó siendo un testigo, que pasó a ser testigo cualificado en la Novela 73 de Justiniano; testigo público a partir de los siglos XI y XII, al ser considerado como persona pública (“E son como testigos públicos en los pleytos e en las posturas que los omes fazen entre sí”, Partidas, 3.19.3); testigo privilegiado, al valer su testimonio por el de dos personas en los tiempos de la prueba tasada. Queda así planteado el problema de si los adules serán meros testigos, o serán testigos, pero algo más que testigos.

Estos testigos podían ser meramente *ocasionales* o bien *profesionales*; lo más frecuente, quizá, sería que uno al menos de estos dos testigos fuera profesional. Especialmente nos van a interesar esos testigos que hacen de la prestación de testimonios una profesión, a la que se dedican y de la que viven; pero debe quedar sentado que no parece existir diferencia entre la función testifical de unos y de otros. Y ello abonaría inicialmente la tesis de que todos son sólo unos testigos; pero sería prematuro un juicio al respecto.

Dos son las *características fundamentales* que presentan nuestros testigos: son testigos de un acto oral y, al menos de momento, prestan su testimonio por escrito.

a) Son *testigos de un acto oral*; el formulario expresamente proclama, en efecto, que los testigos “*lo han oído de sus propias (bocas)*”; de las propias bocas de los contratantes o requirentes han oído los adules las manifestaciones o declaraciones de aquellos, de que dan testimonio.

En nuestra tradición jurídica los testigos deponen, en general, sobre lo que han visto y oído, y ello pasó de los testigos a los notarios, porque los notarios eran testigos; así se acuñó el brocardo de que los notarios daban fe *de visis et auditis suis sensibus*; siempre anteponemos, pues, el acto de vista al acto de oído, porque como enseñó NÚÑEZ-LAGOS, “el notario... puede dar fe de lo que le dicen, de lo que escucha, pero siempre que *vea* al que se lo dice” (13); esto es precisamente lo que hace nuestro Formulario.

La primacía que, sin embargo, se concede aquí al sentido del oído —ya veremos que hay también testimonios solamente de vista— obedece en primer término, y aparte de otras causas con las que quizá más adelante nos encontremos, a la *oralidad* de la contratación musulmana, con fundamen-

(13) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: “Concepto y clases de documentos”, *Revista de Derecho Notarial*, XVI, abril-junio 1957, pp. 7-36; las palabras citadas, en p. 20.

to en el mismo Corán, que sólo prescribe un escrito, con dos testigos, cuando deba pagarse una deuda al término del plazo pactado, mientras que si la venta se hace entre personas presentes y por cambio, no están obligados a escribirla (II-282). No olvidemos que el Corán es la primera de las fuentes del Derecho musulmán y que, es más, el Derecho mismo, el *fiqh*, forma parte de la religión islámica (14).

Uno de los siempre interesantes trabajos “menores” de FLÓREZ DE QUIÑONES, *El notario en el Fuero de Córdoba* (15), da a conocer una curiosa disposición del Fuero dado a Córdoba por San Fernando el año 1279 de la era hispánica (1241 de Cristo); eran los tiempos del “Concejo abierto” castellano-leonés —el sistema de Regimiento o Ayuntamiento empezaría con Alfonso XI— en el que, reunidos a la salida de misa mayor o a campana tañida, todos los vecinos decidían, en democracia directa, lo que creían conveniente a la comunidad, consentían sus actos jurídicos y, de paso, autorizaban algunos actos de los particulares; en él se hacían también los nombramientos para el año próximo de los aportellanos —de los oficiales— del Concejo, el juez, los alcaldes, el mayordomo y el escribano, por sorteo entre los elegidos por la colación (parroquia o barrio) a la que ese año correspondiere. Fácilmente podía ocurrir, con semejante sistema y en aquellos tiempos, que el escribano elegido a la suerte resultase analfabeto; pero que sepamos sólo el Fuero de Córdoba regula este que hoy puede parecernos esperpéntico supuesto del “escribano que no sabe escribir”, permitiéndole designar un sustituto.

“Y estas Collaciones, que han de echar suerte, echen suerte quien será el Juez, y quien Mayordomo, y quien Escribano, y quien Alcaldes,... y si acaso aquél sobre quien cayere la suerte que sea Escribano no supiere escribir, ponga otro en su lugar que sea conveniente para este oficio, y si hiciere alguna falta aquél Escribano, párese a la pena el que lo pusiere en su

(14) Así Ibn Hazam, el gran poeta, autor de *El collar de la paloma*, y gran jurista y polígrafo, poco posterior a Ibn al-'Attar —994/1063 ó 1064— aunque no malikí, sino zahirí, considera que la ciencia de la religión constituye la primera parte del *trivium*, que incluye como disciplinas la ciencia del Alcorán, la ciencia del derecho (*fiqh*), la ciencia de la tradición profética (*hadit*) y la ciencia del dogma (*kalam*).

Conf. MARINA ENCABO, Juan Francisco: “Sobre Ben Házam de Córdoba”, *Al-Mulik, Anuario de Estudios Arabistas*; suplemento al *Boletín de la Real Academia de Córdoba*, año 1963, número 3, pp. 119-24. *El collar de la paloma, tratado sobre el amor y los amantes*, traducción española de Emilio GARCÍA GÓMEZ, Madrid, 1952. GONZÁLEZ NOGALES, S. (S. J.): “Teoría y clasificación de la ciencia según Ibn Hazm”, en el mismo número de *Al-Mulik*, pp. 63-85 (estudio de un opúsculo de Ibn Hazm titulado *Epístola de la clasificación jerárquica de las ciencias*, traducido en sus puntos principales por Miguel ASÍN PALACIOS en su artículo “Un Códice inexplorado del cordobés Ibn Hazm”, *Al-Andalus*, 2, 1934, pp. 46-56).

(15) Conferencia pronunciada en la Semana Notarial de Sevilla el 9 de noviembre de 1961; publicada en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XV, pp. 147-66.

lugar, y sobre el que cayere la suerte del Alcaldía, o del juzgado, o Mayordomía, no ponga otro en su lugar, sino él mismo lo cumpla por sí mismo. Y si el Escribano supiere escribir, no ponga otro, sino que como dicho es él lo cumpla por sí mismo" (16).

"Pero no hay sustitución posible para la honorabilidad", comenta FLÓREZ DE QUIÑONES (p. 164); "el Fuero de Córdoba prefiere la honorabilidad a la ciencia" (p. 166). Podemos apuntar otra posible explicación, apoyada en la oralidad de los actos jurídicos, y por tanto en la primacía del testimonio del "oído"; el analfabeto podía, en consecuencia, ser testigo en el Derecho andalusí, y por tanto en Córdoba, y mucho mejor que el ciego, que también podía serlo; "el testimonio del ciego por oídos pasa", decían las Leyes de Moros del siglo XIV (título CLXXXV) (17); y si el analfabeto puede ser testigo, quizá podría también permitírsele ser adul, porque éste es un testigo y no ejerce un cargo.

b) La segunda característica que atribuíamos al testimonio de los adultos consistía en ser un *testimonio que se presta por escrito*, en un documento o instrumento, y no oralmente como parecería lógico, y como a veces, en caso de contienda, tenían que hacerlo más adelante en el Juzgado. Nuestro Formulario habla en muchas ocasiones de "escrituras de testimonio" (pp. 372, 374, 375, 376, etc.); LÉVI-PROVENÇAL califica a nuestros testigos de "testigos instrumentales (*adl*)", y denomina a sus testimonios "«pruebas testimoniales» escritas (*bayyina*)".

Estos *instrumentos* o escritos de prestación de testimonios constituyen un tipo de documento bien conocido; el primer fragmento del título "*De fide instrumentorum*" del *Digesto* (22.4.1), señala como "instrumentos" para la instrucción de la causa *tam testimonia, quam personae*, tanto los "testimonios" (las atestaciones escritas), como las "personas" (los testigos).

Los documentos a que se refieren nuestras fórmulas son pues docu-

(16) No conozco el original latino; cito por "Fuero que el Santo Rey Don Fernando el Tercero concedió a la M.N. y M.L. Ciudad de Córdoba a su Conquista: Mandado traducir, y dar a la prensa por su Nobilísimo Ayuntamiento - Año 1819 - En Córdoba, en la Imprenta de la Ciudad - de Don Luis de Ramos y Coria, Calle de Armas", p. 15; el texto citado, en pp. 2-3.

FLÓREZ DE QUIÑONES utilizó otra traducción: "Si tocare (por sorteo) la de ser escribano a persona que no sepa escribir, ponga ésta un sustituto idóneo para el oficio. Y si el sustituto cometiere alguna falta, téngase a la pena el que le puso en su reemplazo" (p. 152).

(17) "LEYES DE MOROS, del siglo XIV", pp. 11-246 de *Colección de Documentos, Opúsculos y Antigüedades que publica la Real Academia de la Historia*, tomo V, Tratados de Legislación Musulmana, Madrid, 1853, pp. 510 + 1 (índice).

Se trata de una de las cuatro versiones castellanas del *Kitab al-tafri*, de Ibn al-Gallab, contemporáneo de Ibn al-Attar. Conf. la "Advertencia Previa" (p. XIX) al Formulario que hoy presentamos, y CARMONA, A.: "El autor de las Leyes de Moros", *Homenaje al profesor J. M. Fórneas*, II, Granada, 1994, pp. 957-62.

mentos testificales, documentos de los testigos, y no documentos de los otorgantes del acto o contrato; por ello son documentos de *redacción objetiva*, como la *testatio* romana, y no, como el quirógrafo, de una redacción subjetiva por la que el mismo obligado es quien personalmente hace sus declaraciones o asume sus obligaciones.

B) Estos testigos no actúan de oficio, sino a requerimiento de parte; el Formulario hace siempre constar, en consecuencia, nominalmente, quién es la persona o personas que han solicitado ese testimonio —en nuestro caso, “*requerido por los contrayentes (contratantes), Fulano, hijo de Fulano, y Mengano, hijo de Mengano*”—, de manera que no sólo es necesaria la rogación, sino que también se precisa la constancia documental de esa rogación.

Ha tenido la rogación una gran importancia histórica, aun descartando los germanismos de BRUNNER, porque a diferencia de los Derechos modernos tenía un contenido sustantivo, comprendía las manifestaciones o declaraciones mismas del requirente; así sucedía en los instrumentos *sine scriptis* del Derecho justiniano, por lo menos a partir de la Ley *Contractus* y de la Novela 44, y también en los Derechos común y español de la Edad Media, pues sólo con la Pragmática de Alcalá pasa al escrito el texto de las declaraciones, según ocurría en los instrumentos *in scriptis* de las citadas disposiciones de Justiniano. La rogación queda entonces reducida a lo que es hoy, un mero requerimiento de prestación de funciones.

Éste es precisamente, con mucha antelación, el sentido que creemos tiene la rogación en el formulario de Ibn al-‘Attar; se reduce en principio a un requerimiento de prestación de funciones testificales, por el que se requiere a los testigos para que presencien un acto en el que se producirán verbalmente unas declaraciones, y para que presten después testimonio escrito de las mismas; la rogación no puede comprender aquellas declaraciones, porque cuando se efectúa éstas son un hecho futuro. Al darse este testimonio, por el contrario, el acto oral ya ha pasado, y los formularios, en consecuencia, se refieren a él siempre en tiempo pretérito.

Los requirentes coinciden, pues, con las partes del acto; tratándose de negocio bilateral, requieren la prestación de los adules las dos partes: el novio y el casador (padre o *wali* de la novia) en el matrimonio, pp. 26-27; el vendedor y el comprador en la compraventa, p. 106; el arrendador y el arrendatario en el arrendamiento rústico, p. 156; el propietario y el regante en el riego, pp. 190-91; el comodante y el comodatario en el comodato, p. 224, etc. Pero existen particularidades: en la donación, el requirente es sólo el donante, aunque el donatario esté presente a efectos de recibir la cosa donada, p. 421, mientras que en la donación de usufructo requieren donante y donatario, p. 228; y en la repudiación, el requerimiento puede hacerse por el repudiante y el padre de la repudiada, o sólo por aquél, p. 321.

Sin poder extendernos sobre estas cuestiones, que nos llevarían hacia el Derecho sustantivo, y limitándonos al escatocolo de los formularios, es preciso resaltar que es precisamente la rogación la que determina el contenido del documento y su eficacia; comprobemos ambos aspectos.

a) El testimonio se concreta a “*lo consignado sobre ambos (contratantes) en esta escritura*”, porque sólo acerca de esto han sido requeridos los testigos; el contenido del testimonio viene, pues, determinado por la rogación. Se trata, en general, de las manifestaciones o declaraciones efectuadas por los requirentes, pero también incluyen otros actos conexos, como entrega de la cosa y pago del precio, que muchas veces aparecen como actos presenciados por los testigos –actos de vista–, y no como meras declaraciones de los requirentes.

Pueden verse: entrega de la cosa objeto del contrato (pp. 131, 228, 233, 238, 281, 392, 421, etc.); su toma de posesión (pp. 224, 389, 407, 410); o la entrega y toma de posesión (p. 368); o bien, como precedente de tales actos, los testigos afirman que “han comprobado que la casa delimitada en el presente escrito está abandonada y vacía” (p. 389), “han presenciado... cómo (Fulano) la había desalojado” en favor de la otra parte (p. 392), “tienen conocimiento de que (Fulano) ha abandonado la casa citada en favor de su hijo Mengano y han comprobado que estaba vacía” (p. 407), “tienen constancia de su traslado (el del cedente) a la habitación citada (que el cedente se reservaba de por vida) y han comprobado que el resto de la casa mencionada y sus aposentos están desocupados y completamente vacíos” (p. 410). Conf. sobre el pago del precio (pp. 91-92, 102, 105), y el del acidaque o don nupcial (pp. 52-53).

Fuera de los documentos negociales, abundan las que hoy llamaríamos actas de presencia, pero con frecuente inclusión de juicios, que Ibn al-‘Attar encuadra, junto a otros variados supuestos, en el concepto de *Istr’A*: “conocen la edificación mencionada (levantada) en tal mes de tal año, y han visto dicha vista dominante o los perjuicios descritos” (p. 591); “vieron que la mayor parte de la (plantación) había sido asolada por las larvas” (p. 612); “vieron que el rabanal y el zanahorial allí existentes se habían podrido en su mayor parte como consecuencia de las continuas lluvias” (p. 615); “vieron que las hojas –de las moreras– se habían podrido” a causa de los “constantes aguaceros”, de “larvas”, “del ardiente sol” o por “el caso de siniestro que sea” (p. 617).

b) Entre las declaraciones de los requirentes hay algunas que se llevan al documento testimonial como de especial interés. Los testigos –dice la fórmula– prestan testimonio “acerca de lo consignado sobre ambos (contratantes) en esta escritura, que *han declarado comprender en su totalidad*”; en algunos casos, no infrecuentes, en lugar de “declarar”, los requirentes “reconocen” o “confiesan”, y en vez de “comprender”, “conocen” o “en-

tienden” lo consignado sobre ellos en la escritura (conf. pp. 318, 320, 324, 392, etc.). Quede claro que lo que los requirentes dicen comprender, conocer o entender no son sus declaraciones orales, sino el testimonio escrito sobre ellas. En su virtud, los otorgantes no quedan totalmente excluidos del documento en que se recoge el testimonio de sus declaraciones, como ocurriría si fuera un documento puramente testimonial de un acto oral, sino que tienen un cierto control sobre el documento mismo.

Estas cláusulas, más que a los documentos de tipo latino, recuerdan al “reconocimiento” (*acknowledgment*) propio del Derecho norteamericano, aunque con la diferencia de que aquí el documento es de la parte. A mi parecer, no tiene demasiado valor el que sea la parte misma quien declare que comprende lo que el documento dice que ella ha manifestado, sin que el documentador tenga la función de comprobarlo, o intente hacerlo; en este sentido, el artículo 147 del Reglamento Notarial exige al notario que informe a los otorgantes del “valor y alcance” de la redacción, poniendo esa obligación en conexión con la redacción del documento por el notario; y en nuestro caso podemos ver también una consecuencia de la normal redacción del documento por los testigos, o por uno de ellos, el testigo profesional; con lo que de nuevo nos encontramos con que los adules son testigos, pero no son sólo testigos.

e) El ámbito subjetivo de la eficacia del testimonio se determina también por la rogación, de manera que el testimonio sólo podrá alegarse contra las personas que lo han requerido “(con testimonio invocable) *en su contra*”, y no contra las demás personas que hayan intervenido en el acto o contrato, ni contra los terceros. Semejante limitación, que también ha dejado algún rastro en los documentos antiguos de tipo latino, revela una concepción documental primaria, tan distinta de la actual en que la fuerza probatoria de los documentos públicos surte sus efectos “aun contra tercero”, según expresión del artículo 1.218 del Código Civil.

C) Los adules tenían que hacer constar en sus testimonios unos *juicios* propios acerca de las más diversas circunstancias (tienen “conocimiento... que el novio, Fulano, es digno de ella –de la novia– por su posición y patrimonio”, pp. 52-53; “saben que el tercio de la herencia de Muhammad, tras pagar las deudas, responde con sobra para cumplir los legados”, p. 94; “tienen constancia de que la repudiada Mengana es virgen”, p. 321; “dan fe... de que –al que se manifiesta insolvente– no se le conocen bienes públicos ni ocultos”, p. 441, etc.), lo que evidentemente excede de una función puramente testifical, confirmándonos que los adules son testigos, pero no son sólo testigos. Pero ahora vamos a referirnos a aquellos juicios que con carácter general han de prestar los testigos y que se refieren a las per-

sonas de los requirentes u otorgantes del contrato; según resultan, como siempre, de las fórmulas de los escatocolos.

a) Los testigos identifican a los requirentes u otorgantes del contrato, por el sistema subjetivo, único entonces posible: “*a quienes conocen*”. En ocasiones se concreta más, “conocen en persona” (p. 318), “conocen de vista y por su nombre” (p. 286); muy raramente se admite: “Si en lugar de «al que conocen», pones «quien se ha informado personalmente», te bastará” (p. 633).

Se trata de un requisito esencial, pues de nada valdría probar que “alguien” ha efectuado determinada declaración si no se nos acredita “quién” la ha emitido; bastaría, quizá, su exigencia como requisito extradocumental, pero en el Formulario que presentamos, con un mayor rigor, esa identificación se eleva a solemnidad del documento mismo, a requisito de carácter intradocumental, adelantándose en muchos siglos al Derecho común y al Derecho histórico castellano.

En el Derecho común, en efecto, la identificación de los otorgantes por el notario sólo se exigió como requisito extradocumental, y nunca como “publicación” del instrumento. Y aquello muy tardíamente; aparece como “Sexto Consejo” en Pedro DE BOATERIO (finales del siglo XIII), y se perfila en la controversia entre Juan Andrés (+1348) y Baldo (+1400).

Para nuestros textos legales medievales –segunda mitad del siglo XIII–, la identificación de los otorgantes es también sólo requisito extradocumental, requisito de la documentación, de la dimensión acto, pero no del documento, de la dimensión papel, imponiendo al escribano la denegación de funciones, “no faga carta entre ningunos homes, menos de los conocer” (Fuero Real, 1.8.7), o una actividad dirigida a esa identificación, “ser muy acucioso... de trabajarse de conocer los omes a quien faze las cartas” (Partidas, 3.18.54).

Su elevación a solemnidad documental sólo aparece en el Derecho castellano, más tempranamente que en ningún otro, en la Pragmática de Alcalá de 7 de junio de 1503, “e si el escrivano conociere al otorgante de fee en la subscripción que le conoce”; ya lo hiciera en su versión original o, según he sostenido (18), por incorporación un poco posterior, entre 1541, en que se publica la edición definitiva de la *Summa de notas copiosas* de DÍAZ DE VALDEPEÑAS, que la ignora, y 1551, en que Roque HUERTA la recoge en su *Recopilación de notas de escripturas públicas*; pudiera pensarse que había contribuido a ello el Derecho hispano-musulmán.

El recato de la mujer musulmana ponía especiales dificultades a la

(18) Conf. mi “La Pragmática de Alcalá, entre las Partidas y la Ley del Notariado”, capítulo IV; *Homenaje a VALLET*, VII, y *Escritos Jurídicos*, I.

identificación de la novia en el contrato de matrimonio cuando, en defecto del padre, intervenía su *wasí*, casador o tutor matrimonial; la solución tenía que encontrarse en el levantamiento del velo, “*descobierta la cara*” que dicen las Leyes de Moros (título CCCVIII), y lo mismo habría que hacer respecto de los testigos adúlteros, que también tenían que identificarla. Recordemos, como curioso paralelismo, aquella disposición de nuestros Reglamentos Notariales de que las religiosas de clausura tenían que “descubrirse el rostro” al comparecer ante notario (arts. 225, 240 y 168,3.^a de los Reglamentos de 1917, 1921 y 1935, respectivamente).

Problemas mucho más graves originaba en el contrato de matrimonio ese recato femenino; podía ser fuente de errores en la persona (el padre de dos hijas que casa a la mayor por la menor; o a ésta por aquélla, famosa por su belleza), o en las cualidades de la persona (mujer negra, calva, ciega o tuerta, etc.), que podían o no dar lugar a la rescisión del matrimonio según las diversas escuelas, y que en nuestra traducción se denominan “vicios redhibitorios” —lo mismo sucede en la de Abenmoguit de Salvador VILA (19)—, sin que ello tenga nada que ver con los vicios ocultos o redhibitorios de los animales del Derecho romano y de nuestro Derecho civil, aunque hay que reconocer que el Derecho musulmán aproxima el matrimonio a la compra de la mujer.

b) Hay otra mención documental exigida con mucha mayor antelación respecto de nosotros que la indicada de la fe de conocimiento “(*constándoles que*) *están sanos y con plena capacidad de obrar*”; o bien, “han comprobado la salud y la capacidad de obrar” (p. 424). “Sano” parece referirse a la falta de enfermedad mental de los requirentes, no a la enfermedad física, y por tanto a su capacidad natural (“sano de cuerpo y mente” se dice sin embargo en p. 441), que junto con la capacidad de obrar (en otras ocasiones, aunque con menos frecuencia, se habla de capacidad “jurídica”, pp. 44, 52, 62, etc.) debían por tanto hacer constar los testigos en el documento. Entre nosotros, los escribanos venían comprobando la capacidad de los otorgantes, y así lo hacían constar sobre todo en los testamentos; pero su exigencia como requisito del documento mismo no aparece hasta la primera “Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro”, de 12 de junio de 1861; ocho siglos y medio después del Formulario que presentamos.

Muchas legislaciones notariales extranjeras todavía no exigen esa constancia documental, y es más, una fuerte corriente doctrinal francesa, que arranca de la Escuela de la Exégesis y llega hasta nuestros días (BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, BEUDANT, LAURENT, COLIN Y CAPITANT, etc.)

(19) VILA: *op. cit.* en nota 12, *in fine*, p. 28.

afirma que no es “misión” o “competencia” del notario apreciar la capacidad del testador, o del otorgante, porque la capacidad o incapacidad –salvo los supuestos extremos– no puede verse o percibirse por los sentidos; aunque en realidad lo que pretendan sea defender la innecesidad de la querrela de falsedad (20).

c) En algún caso, la testificación de los adules se extiende expresamente en el Formulario a la *libertad* de los otorgantes: “(A los testigos les consta que) *ambos se encuentran en el estado ya descrito de salud, libertad y capacidad de obrar*” (p. 407). Poquísimas legislaciones actuales exigen esta mención documental, y desde luego no la nuestra, en la que el notario deberá denegar su actuación en los supuestos de violencia o intimidación, como vicios del consentimiento (arts. 1.265, 1.267 y 1.268 Código Civil y 145 del Reglamento Notarial), pero nada tiene que expresar en el documento cuando no aprecia coacción, sino libertad (20 bis).

d) No puede quedar sin comentario el inciso inicial, que raramente falta: “(Los testigos, cuya declaración infrascrita refrenda la validez del presente escrito)”. Podrían incluirse en este texto la validez formal, o del documento, y la validez sustancial, o del negocio contenido en el documento; o lo que es lo mismo, desde el punto de vista negativo, la falta de nulidad, formal ni sustancial; posiblemente la fórmula sólo se refiriese, al menos en sus comienzos, a los aspectos formales, pues habla de la validez del presente “escrito”. Entre nosotros, no se requiere que el notario haga constar en el documento la validez que, a su juicio, tiene el negocio documentado, pues ello está evidentemente comprendido en la final dación de fe, ya que hubiera tenido que negar su autorización ante cualquier supuesto de invalidez.

Tampoco estoy muy seguro de que lo exigiera Ibn al-‘Attar; la expresión figura siempre entre corchetes cuadrados y ello indica que falta en el manuscrito de Ibn al-‘Attar, y que ha sido restituído basándose en las obras de Al-Bunti (+1070) o de Al-Gazirí (+1189) –no de Abenmoguit (+1067) según he comprobado–; pero tampoco tiene demasiada importancia que la fórmula procediera de uno u otro autor.

(20) Conf. mi “Escrituras, contraescrituras y terceros”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XXII-II, pp. 313-14.

(20 bis) Recuérdese que este trabajo es anterior a la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que introdujo el artículo 17 bis en la Ley del Notariado.

El comentario que precede sobre el escatocolo de los documentos hispano-musulmanes en el Formulario de Ibn al-'Attar pone de manifiesto que en ciertos extremos, como ocurre con algunas de sus solemnidades, esos documentos se anticiparon a nuestros instrumentos latinos, mientras que en otros aspectos dan la impresión de que obedecen a un sistema instrumental distinto y mucho más precario.

Pasemos por ello ahora al examen del mismo escatocolo desde un *punto de vista negativo*, de lo que el escatocolo no dice; o más bien de lo que se deduce que el escatocolo niega, porque no nos va a interesar la omisión en el documento de requisitos que necesariamente tendrían que cumplirse en el acto de la documentación, sino de aquellos que en este mismo acto tienen que faltar; porque tales "omitidos" requisitos pueden contribuir a configurar los rasgos del sistema instrumental a que pertenecen los documentos examinados. Más aún quedarán fuera de nuestra atención las omisiones atribuibles al carácter de "modelos" de las fórmulas examinadas; falta, por ejemplo, la *basma*, la invocación, "En el nombre de Dios, el Clemente, el Misericordioso", omnipresente en los escritos musulmanes, y que en el Formulario aparece cuando se transcribe otro documento real (ejemplo, p. 756).

No existe en la fórmula ninguna alusión a la *lectura* del documento por los otorgantes o a ellos, pues su declaración de comprender su texto no supone la lectura como requisito instrumental, sino una comprobación particular. Y también falta la *firma del documento por los otorgantes del acto o negocio* (aunque otra cosa escribiera de pasada RIBERA), y toda alusión a que el documento haya sido firmado por los mismos; esos otorgantes se limitan a aquella declaración de comprender la totalidad de lo que el documento dice sobre ellos.

Ambas carencias ponen de manifiesto, en efecto, que al menos en su origen, los otorgantes del acto o contrato eran totalmente ajenos al contenido directo del documento; que este contenido no consistía en las declaraciones mismas de los contratantes, sino en el testimonio de los testigos sobre esas declaraciones; son carencias, por tanto, necesariamente derivadas de la naturaleza testimonial del documento. Y esta naturaleza de los documentos de que tratamos, su carácter puramente testimonial, vendría a su vez exigida por la esencial oralidad del sistema musulmán de contratación, que es la que en último término impide que los contratantes verifiquen sus declaraciones por escrito, en el documento mismo y por medio de él, y sólo deja al documento un posible contenido testimonial. Los contratantes no son, pues, "otorgantes" del documento, aunque así se les llame en ocasiones; en tal caso tendrían necesariamente que leer-

lo y aprobarlo, que firmarlo; los contratantes son las partes de un negocio oral, que otras personas presencian como testigos, dejando constancia de su testimonio en un escrito.

El contenido del Formulario, su condición de “modelos” de documentos, y no de documentos verdaderos, explica que falten las *firmas de los testigos* que, como autores de los documentos tenían necesariamente que firmar; y en efecto los firmaban, según podemos comprobar en la *Historia de los jueces de Córdoba*, de Al-Joxaní (21). Se nos dirá que las firmas de los testigos faltan en los documentos del Derecho común y en los de nuestros Derechos medievales; pero aquí los testigos eran “simples testigos” de un documento ajeno, y en Ibn al-‘Attar los testigos son los verdaderos autores del documento; recordemos que en nuestro sistema, la firma del notario, y en su caso el signo, no faltaban nunca.

Hemos comenzado con una referencia a los “orígenes” del sistema hispano-musulmán porque, como hemos indicado con reiteración, en nuestro Formulario los testigos manifiestan que las partes declaran entender la totalidad de lo que respecto a ellas se consigna en el escrito, y esto implica necesariamente que los contratantes no son ya totalmente ajenos al documento, sino que han comprobado y aceptado el texto de las manifestaciones que el documento les atribuye, mediante una comprobación evidentemente particular, dada la inexistencia de lectura como solemnidad documental. No parece que sea ésta la situación originaria, sino el resultado de una evolución.

Falta también en la fórmula toda alusión a una constancia o toma de razón del documento en los *registros* de los adules; sencillamente porque como escribió RIBERA y en contra de lo que presumía LÓPEZ ORTIZ, los adules no conservaban registros. En el Formulario de Ibn al-‘Attar no aparecen para nada tales registros, y su inexistencia se deduce de las frecuentes advertencias de que el documento se redactará “por duplicado” (pp. 474, 477, 480), o se harán de él dos (p. 156), dos o tres (p. 405), o varios “ejemplares” (p. 95), que no “copias”, ya que no resulta en manera alguna que existiera un “original”. “No se conoce indicio alguno —nos dice la «Introducción» de CHALMETA-MARUGÁN— de que el notario... tuviera un libro de registro donde guardase constancia del tenor de las actas que redactaba” (p. 17). Claro es que los adules podrían conservar notas de sus documentos testimoniales, pero se trataría en todo caso de notas puramente privadas, sin ningún valor oficial; y además eran innecesarias, pues el documento original tendría que mostrárseles en el Juzgado, y ésta y no otra era su finalidad.

(21) Al-Joxaní: *Historia de los jueces de Córdoba*, traducción del árabe, prólogo y notas por Julián RIBERA; cito por la edición de Aguilar, Crisol, 1965, p. 728; véase, por ejemplo, p. 690.

La fórmula por la que los otorgantes declaraban conocer o comprender el documento en su totalidad nos demuestra además, como ya hemos indicado, que no eran ellos quienes por regla general habían redactado el documento, aunque en ocasiones lo hicieran (22), o confiaran su redacción a otras personas, buscando luego quien los testificara, sino que normalmente eran los adules los *redactores*, y no sólo testigos, de los documentos en que testificaban. No parece que asaltara en ningún momento a los juristas musulmanes la duda de aquel Domicio LABEO —si el llamado para escribir un testamento puede intervenir en él como testigo— que mereció el violento rechazo de Celso (Digesto, 28.1.27).

Los documentos no se hacen solos; y no basta para confeccionarlos con saber escribir y saber componer un escrito; hay que tener conocimientos jurídicos, en algún determinado nivel bastante superior al vulgar. Los modelos aquí reunidos nos muestran que era mucho el Derecho que los adules conocían, aunque también tuvieran sus defectos (23); pueden leerse en este Formulario, por ejemplo, las complicaciones descriptivas de lo que actualmente conocemos como parte expositiva de la escritura (fincas, pp. 330, 386; esclava, p. 105; etc.), y sobre todo las estipulaciones, tan complejas, con tantas variantes, de multitud de actos y contratos. Solamente para poner un ejemplo, citaremos el modelo número 6 (pp. 88-95), que no es propiamente un modelo, sino un documento de la vida real del que se han abstraído parcialmente sus datos personales, locales, temporales, etc., para convertirlo en modelo; su complicación recuerda los documentos “de reconocida dificultad” del último ejercicio de las oposiciones entre notarios.

Aunque un Formulario no sea un protocolo o cartulario de documentos reales, es tal la riqueza y el colorido del que hoy presentamos, que va a resultar imprescindible para conocer el Derecho privado efectivamente vivido en la Córdoba califal, y de gran utilidad para estudiar las instituciones andalusíes, su economía, su historia y la vida privada de aquellas gentes. Esencial sobre todo para el conocimiento de Córdoba, la gran capital de la España musulmana; ahora contamos para la historia cordobesa con muchos datos que no pudo manejar don Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ cuando escribió *Un día en la Córdoba califal hace un milenio*, y que

(22) Véase *loc. cit.* en la nota anterior.

(23) “Anadar (el Cadí de Córdoba Anadar ben Selma El Quilabi) conocía muy bien los defectos que cometían los notarios al redactar documentos y sabía perfectamente los pasajes en que los errores se solían deslizar y aun los fraudes que empleaban” (*op. cit.* en nota 21, pp. 565-66).

seguramente le habrían llevado a igualar sus preciosas *Estampas de la vida en León durante el siglo x* (24).

En los estrechos límites de esta intervención no parece posible ni siquiera iniciar el estudio de las instituciones civiles en nuestro Formulario; pero debo complacer a algunos compañeros que se han interesado por las llamadas *Costumbres Holgazanas o Cordobesas*, según las cuales las mujeres casadas de la ciudad de Córdoba no tenían parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio; el origen histórico de esta “supuesta ley, costumbre o estilo”, como la calificara Carlos IV en la Resolución de 1801, que la derogó (Novísima Recopilación, 10.5.13), ha sido muy discutido, y algunos autores, como FERNÁNDEZ CASTILLEJO, han señalado su procedencia musulmana (25). Pero en la Biblioteca Nacional de Turín se destruyó el tomo I del único manuscrito conocido del Formulario de Ibn al-‘Attar, en el que figuraba el capítulo del matrimonio, que sólo en pequeña parte se ha restituido (p. 23); en consecuencia, el libro que presentamos no proyecta luz alguna sobre las costumbres holgazanas o cordobesas y su origen histórico; mucho podría decirnos sobre ello nuestro compañero VALVERDE MADRID; yo sólo puedo recordar los pactos nupciales motivados por la condición social de la novia, en los que el futuro marido se obligaba, por ejemplo, a proporcionarle servicio doméstico (p. 29); si la condición social fuera más elevada, tales pactos irían *in crescendo*, y habrían podido contribuir a configurar un tipo de mujer “holgazana”, que daría fundamento sociológico a esa institución jurídica.

= VII =

Hay otra perspectiva desde la que debemos contemplar estos documentos hispano-musulmanes; la *perspectiva judicial*, sin la cual no nos percataríamos bien de su naturaleza. El reflejo en el Formulario de esta dimensión es tan importante que el nombre de “Formulario Notarial Hispano-Árabe” que la obra tenía en la edición del texto árabe, ha sido cambiado por el de “Formulario Notarial y Judicial Andalusi” en la presente traducción anotada.

(24) SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: “Un día en la Córdoba califal hace un milenio. Evocación. Córdoba hace mil años”, pp. 67-106 de *Nuevas páginas sobre el pasado de España*, Planeta, Barcelona, 1979, pp. 172 + Índices; y *Una ciudad hispano-cristiana hace un milenio. Estampas de la vida en León*, Editorial Nova, Buenos Aires, 1947, p. 207.

(25) FERNÁNDEZ CASTILLEJO, José Luis: “Los gananciales y la mujer cordobesa”, *Boletín de la Real Academia de Ciencias, Bellas Letras y Nobles Artes de Córdoba*, año XV, 1944, número 51.

El *Cadí* de Córdoba impartía justicia por delegación del Califa, que le nombraba, y en algún tiempo subdelegaba estas funciones en los *cadíes* locales; su cargo tenía naturaleza religiosa, como el mismo Derecho o *fiqh*, que administraba con facultades inmensas, aunque sencillamente ejercidas. Pero, aunque tenía secretario (p. 744), eran los *adules* quienes testificaban de los actos del *Cadí*, de sus encargos (p. 91), manifestaciones (p. 95) o mandatos (p. 449), de la ejecución de sus sentencias (p. 783); siglos antes de que, en 1216, la Decretal *Quoniam contra falsam* (X, 2.19.11) exigiera la presencia de un notario o dos testigos en todos los actos judiciales, como prevención “contra la falsa aserción del juez inicuo”. Algunos *adules*, especialmente cualificados, llegaban incluso a formar parte de la *shura*, el consejo consultivo del *Cadí*. Pero su función principal en juicio era la probatoria.

En el Derecho musulmán no existen las pruebas reales, o documentales, sino sólo las pruebas personales, la confesión y el testimonio, verificados de palabra ante el juez. La oralidad de los negocios viene así completada con la oralidad del procedimiento judicial. Los documentos formados por los *adules* son documentos testimoniales, constituyen, según hemos dicho, mera especialidad del testimonio. El paralelismo con el Derecho romano podría encontrarse en los rescriptos de Adriano quien, según nos cuenta Calistrato (D, 22.5.3,3 y 4), ordenó dar crédito a los “testigos”, no a los “testimonios” (*testibus se, non testimoniis crediturus*), pues una es la autoridad –el valor probatorio– de los “testigos presentes”, y otra la de los “testimonios que suelen leerse” (*Alia est auctoritas praesentium testium, alia testimoniorum, quae recitari solent*).

En caso de contienda no basta, por tanto, con aportar los documentos; los testigos tenían que comparecer ante el *Cadí* y prestar oralmente su testimonio; los documentos constituyen mero apoyo de esa declaración de los testigos presenciales del acto. Para comprender la práctica de esta prueba de testigos recordemos lo que actualmente sucede en la prueba documental, en que hay que empezar por probar el documento –su admisibilidad como medio de prueba en el proceso–, para pasar después a la prueba, por medio del documento, de los hechos o relaciones jurídicas narradas en él. En forma paralela, en el Derecho procesal islámico que el Formulario nos revela, y respecto a una prueba que como decimos no es documental, sino testimonial, hay que empezar “probando el testigo”, si se me permite la expresión, estableciendo la idoneidad del testigo, su ‘*adala*, antes de oír su deposición.

Veamos algunos textos del Formulario: “El juez impuso a Fulano, hijo de Fulano, que demostrara la idoneidad testimonial de dos de sus testigos citados, pues no los conocía. Fulano trajo a Z, hijo de Z, quien dio fe ante

el (juez) y en presencia del testigo mencionado X, que éste era (persona) irreproachable y (de testimonio) satisfactorio y a Q, hijo de Q, quien también declaró lo mismo en presencia del testigo X. Después ambos declararon en su presencia al segundo testigo, Y, hijo de Y, irreproachable y satisfactorio” (p. 729). “Acepté el testimonio de Perengano y Mengano por conocerles y (el de X) por el testimonio que (dos) declarantes hicieron ante mí (avalando) su integridad y satisfactoriedad testimonial” (p. 733). Más ampliamente: “que conocen a Fulano y Mengano, en persona y por sus nombres, que (ambos) son personas de recta conducta y religión, y cuyos testimonios y declaraciones son judicialmente satisfactorios. Que sus testimonios deben ser admitidos y se debe fallar (teniendo en cuenta) sus declaraciones, sin que tengan constancia de que ninguno de los dos se haya apartado de esta conducta, ni la haya modificado hasta el momento de consignar sus testimonios en la presente escritura, acto que efectuó en tal mes de tal año. Se permite que redactes (la declaración) de idoneidad y satisfactoriedad testimonial de dos o tres personas (a quienes los testigos conocen) en persona (y por sus nombres), como (lo haces en el caso) de una sola persona” (p. 545). O más brevemente: “El juez Fulano aceptó los testimonios de X, Z e Y por conocerles y (haberse probado) ante él su *‘adala*, sabiendo de sus andanzas” (p. 562).

La prueba de la *‘adala* tenía, pues, lugar por medio de la declaración de dos testigos conocidos por el juez, que avalaban la idoneidad testimonial de los testigos presenciales de los hechos a los que el juez no conocía, cuya idoneidad no le constaba previamente al juez. Aquellos testigos conocidos por el juez eran admitidos a testificar sin tener que probar su propia *‘adala* –sin duda por tenerla ya establecida anteriormente– lo mismo si declaraban como testigos presenciales de los hechos a probar que si lo hacían avalando a los testigos no conocidos, sin perjuicio de su recusación por la parte contraria. Ésta es la gran ventaja de los adules profesionales, ya admitidos en anteriores ocasiones por el Cadí, y que seguramente constaban en sus registros. En ello radica también la superioridad del testimonio del adul profesional sobre el testigo meramente accidental. Difícilmente puede compararse esta situación, sin embargo, con la del actual documento público, que se prueba a sí mismo, sin perjuicio de su impugnación en juicio por la parte contraria; tampoco la declaración del testigo tenía valor alguno de prueba legal, pues se subordinaba a la libre convicción del juez (26); dudo, por todo ello, que se pueda llevar dema-

(26) Recordemos al Cadí de Córdoba Mohámed ben Selma: “Oh, Abuabdala, ¿Qué piensas que debe hacer el juez ante el cual abonan el valor de un testigo de quien el juez sabe personalmente que su testimonio no debe ser aceptado? ¿Qué criterio debe seguir ese juez? ¿Debe regirse por su juicio propio, es decir, por lo que sabe personalmente, o por el testimonio de los que abonan? = Si el juez –le dije yo– sabe por ciencia propia que el testigo merece ser recusado o que no tiene valor moral su declaración, debe atenerse al juicio que él mismo haya formado y no a lo que otros le digan. = Pues bien –contestó el juez– ese testigo que vosotros habéis abonado me consta que no es de confianza”. Al-Joxaní: *op. cit.* en nota 21, pp. 591-92.

siado lejos la semejanza entre nuestro Notariado y el andalusí, calificando al adul, como se hace por CHALMETA-MARUGÁN, de “testigo fedatario” (p. 528), o hablando incluso de “testigos/notarios” (p. 9).

El Cadí sí tenía su archivo (pp. 264, 563) y tenía su sello (pp. 730, 748); pero no hay constancia alguna de que pudiera homologar los documentos de los adules referentes a los negocios de los particulares, a la manera de la *insinuatio* o *allegatio in actis* que inició Constantino en tema de donaciones, y parece quiso generalizar Justiniano en la Novela 73 (27).

= VIII =

Una última cuestión nos queda por tratar; la función que estos documentos testificales desempeñaban en la vida jurídica *extrajudicial*.

En nuestro sistema jurídico, cuando para la autorización de una escritura es preciso acreditar hechos anteriores —defunción, testamento, representación, titularidad de los bienes, autorización judicial o administrativa, etcétera—, su prueba se verifica mediante los documentos públicos correspondientes; así sucede desde hace muchos siglos; recordemos las advertencias de los formularios, “aquí el poder”, etc. Pues bien, en estos documentos hispano-musulmanes, la prueba de tales hechos pasados no se verifica mediante los testimonios que en su día levantaron los testigos que estuvieron presentes a su acaecimiento o realización, sino mediante el testimonio que prestan ahora los que atestiguan el nuevo acto o contrato y que, por tanto y respecto a aquéllos están dando “testimonio” de hechos que no presencian, y que generalmente sólo les constan, en terminología actual, por notoriedad o fama.

Los testigos, por ejemplo, declaran que conocen o están enterados del fallecimiento de una persona (pp. 94, 232); tienen conocimiento de la disposición testamentaria (pp. 52, 449), de que el testador estaba sano de cuerpo y en plenas facultades mentales (p. 91); no tienen noticia o constancia de que el testamento haya sido anulado o revocado por otro antes de su muerte (pp. 52, 88, 94); saben quiénes eran los hijos (p. 94), el padre (p. 321), los

(27) FLÓREZ DE QUIÑONES llega a más, afirmando la posibilidad de la escritura “autorizada por el propio Cadí”, con cita de un pasaje de la *Historia de los jueces de Córdoba*: “Ahmed ben Baquí era hombre que poseía instinto crítico y sagacidad especial en materia de redacción de contratos. No ponía su firma para autorizar ningún documento, a menos que lo leyera todo íntegramente, desde el principio hasta el fin; para eso tenía mucha paciencia; lo leía de cabo a rabo, aunque tuviese que estar de pie durante algún tiempo”. Ahmed ben Baquí ben Májlud fue, en efecto, juez de Córdoba; pero no consta que firmara contratos de particulares en los tiempos en que ejercía su cargo. Conf. FLÓREZ DE QUIÑONES: *op. cit.* en nota 5, p. 229; Al-Joxaní: *op. cit.* en nota 21, pp. 689-90.

herederos (p. 232), el albacea (p. 99), o el tutor (p. 94); quién tenía la propiedad (pp. 94, 392-93); conocen la resolución judicial (pp. 91, 95, 449), etc.

Esa pobre presencia de los documentos en la vida jurídica extrajudicial pone de relieve que su verdadero destino era procesal, el de “pre-constituir”, por así decir, la prueba testifical que había de practicarse en el juicio.

= IX =

Voy a terminar. Mi propósito no era, en realidad, determinar las características de los documentos para cuya confección Ibn al-‘Attar nos proporciona los oportunos modelos, ni las que tienen sus documentadores; mucho menos resolver intrincados problemas históricos; sólo pretendía mostrar la utilidad del Formulario que presentamos para muy variados estudios, mediante un ejemplo sobre el tema más cercano a mis posibilidades y al interés de este auditorio.

LA COSTUMBRE Y EL DERECHO CONSUECUDINARIO GALLEGO

RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO

*Profesor Titular de Derecho romano
de la Universidad de La Coruña.*

*Magistrado Suplente del Tribunal Superior
de Justicia de Galicia*

*A D. Juan Bms. Vallet de Goytisolo,
con profundo afecto personal, agradecimiento
y renovada admiración intelectual*

SUMARIO: 1. SOBRE LA IMPORTANCIA HISTÓRICA DE LA COSTUMBRE EN EL DENOMINADO ÁMBITO JURÍDICO GALLEGO. 2. EL RECONOCIMIENTO DE GALICIA COMO TERRITORIO DE DERECHO FORAL DURANTE EL PROCESO CODIFICADOR. EL DERECHO CONSUECUDINARIO GALLEGO Y SU PROGRESIVA AMPLIACIÓN DOCTRINAL. 3. LA COSTUMBRE E INSTITUCIONES CONSUECUDINARIAS EN LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE GALICIA DE 1963. 4. LA COSTUMBRE E INSTITUCIONES CONSUECUDINARIAS EN LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA DE 24 DE MAYO DE 1995 (LDCG). 5. BREVE REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA PROCESAL Y SUSTANTIVA QUE SUSCITA LA COSTUMBRE EN EL ACTUAL DERECHO CIVIL DE GALICIA.

1. Sobre la importancia histórica de la costumbre en el denominado ámbito jurídico gallego

Históricamente, la costumbre (1) se presenta como la genuina fuente del denominado Derecho civil de Galicia.

Tal circunstancia encuentra su justificación a partir de la toma en consideración de toda una serie de factores de tipo económico, social y político que, al hilo del proceso histórico desenvuelto en la formación de la nacionalidad española, se dieron en Galicia, y que condicionaron su propia experiencia jurídica (2).

En este sentido, lejos de las tierras de reconquista, donde se forjaron los reinos y esferas de poder y de vida política, Galicia no tuvo entidad política suficiente para poder hacer arraigar, como ocurrió en otros territorios peninsulares con mayor protagonismo político, un sistema de Derecho propio en la Edad Media (3). En dicha época, salvo diversas manifestaciones del régimen señorial y municipal –como esferas claramente diferenciadas en las que se reparte el orden jurídico medieval, que, al igual que en los demás territorios de España, se dieron en Galicia durante el período de la Reconquista cristiana (4)–, no existió en el territorio galle-

(1) Para una aproximación general al concepto, caracteres y requisitos, clases por su relación con la ley, su relación con los usos y la prueba de la costumbre, con bibliografía básica, además del tradicional y fundamental estudio de DE CASTRO y BRAVO: *Derecho civil de España* (reedición facsimilar de los dos volúmenes de su *Derecho civil de España*, con introducción de Díez-PICAZO), Madrid, 1984, pp. 363 y ss., cfr. GORDILLO CAÑAS: s.v. “costumbre (D.º Civil)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Madrid, 1995, volumen II, pp. 1774 y ss.

(2) Vid. FUENTESECA DÍAZ: en “Prólogo” a la monografía de PAZ-ARES: *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho civil de Galicia*, 1964, p. 9. Cfr., además, para una descripción de las particularidades del fenómeno jurídico en Galicia, desde un planteamiento jurídico de conjunto, con amplias referencias bibliográficas, RODRÍGUEZ ENNES: *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia*, 1999. En relación a esta obra, cfr. nuestra recensión a la misma, titulada “Del Derecho privado en Galicia al Derecho privado de Galicia: impresiones en torno a un proceso histórico”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 4, 2000, pp. 673 y ss.

(3) FUENTESECA DÍAZ: “Prólogo” a la obra de PAZ-ARES, cit., p. 7. En opinión de OTERO VARELA: “Sobre la Compilación del Derecho foral de Galicia”, en *AHDE XXXV*, 1965, pp. 553 y ss., el Derecho foral se presenta como el resultado de un proceso histórico concreto, que encuentra su origen en la época posgótica, y que no parece haberse dado en Galicia. Cfr. RODRÍGUEZ ENNES: *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia*, cit., pp. 35 y ss.

(4) Según GIBERT: “El Derecho civil de Galicia”, en revista *Nuestro Tiempo*, número 113, 1963, pp. 538 y s., “Bajo el señorío eclesiástico del arzobispo de Compostela, cuyos titulares recibieron de los reyes atribuciones condales, de las otras Iglesias y de los Monasterios, se desarrolló un régimen de sujeción señorial que tiene por base el *foro* agrario”; asimismo, “El monumento más importante del derecho señorial son los Fueros o Código concedido por el arzobispo Gelmírez a la Tierra de Santiago, con excepción de la urbe compostelana. Esta ciudad y otros núcleos urbanos recibieron fueros especiales de los señores, los soberanos y del propio concejo o municipio en régimen de consulado”. En este sentido, según este autor, “hay

go una “legislación” especial (5). Propiamente, no puede hablarse de un sistema de instituciones jurídicas gallegas con la raigambre de los demás antiguos Derechos forales peninsulares, como el aragonés, navarro o catalán, que, como es sabido, en un determinado momento histórico, ofrecieron una mayor resistencia al Derecho castellano (6).

Por lo que se refiere a su estructura socioeconómica, entre las diversas notas caracterizadoras del pueblo gallego –que han condicionado las que generalmente se vienen presentando y se señalan como sus peculiaridades jurídicas propias–, tradicionalmente se indica su acentuado ruralismo (7). El carácter eminentemente rural de Galicia ha provocado que las maneras locales de actuar, el *usus terrae*, conformen sus instituciones más caracterizadoras, que se sitúan en el marco de las relaciones agrarias familiares y comunitarias.

Asimismo, los campesinos gallegos, al no vivir las circunstancias de conquista y repoblación, que provocaron el consiguiente florecimiento de los regímenes municipales con sus privilegios particulares y el derecho peculiar de la autonomía ciudadana, estuvieron hasta épocas más bien recientes sometidos a vínculos de carácter señorial, tanto eclesiásticos –que fueron los más numerosos– como nobiliarios, dando lugar, entre otros, en el concreto ámbito de la propiedad, por ejemplo, a la paradójica persistencia de formas de entrega de tierras típicas de dicho régimen, según acredita la extensión en el tiempo del antiguo “foro” o censo

indicios de haberse extendido a Galicia y a la Ciudad el Fuero territorial y municipal promulgado en León, por Alfonso V, el año 1020. Compostela recibió de Ramón de Borgoña en 1095 un privilegio franco, y del hijo de aquél, Alfonso VI, en 1105, un fuero del mismo estilo. La penetración del derecho de francos en todos los territorios medievales singulariza a determinadas ciudades y termina por generalizarse. Tras una revolución comunal en 1116, los burgueses de Compostela *renovant leges et plebiscita*. Alfonso X el Sabio, en su política legislativa unificadora, otorgó fueros a la Tierra en 1252 y a la Ciudad en 1252 y 1261. Todavía Alfonso XI, a quien debe la Corona de Castilla el sometimiento a la justicia del Rey, con cierto respeto para los fueros municipales en las ramas del Derecho privado, pero la radical unificación en el Derecho penal, en el procedimiento y en la administración de justicia, hubo de resolver las antiguas cuestiones planteadas entre el Concejo y el Señorío. Una historia semejante a la de Santiago y su Tierra se desarrolló en el resto de las tierras del señorío eclesiástico y laical”.

(5) El término señalado es utilizado expresamente por CASTÁN en “La Compilación del Derecho civil especial de Galicia”, publicado en RGLJ 46, 1963, (separata), p. 9.

(6) FUENTESECA DÍAZ: “Prólogo”, cit., p. 9.

(7) GIBERT: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 538. Junto a la señalada nota, el autor citado también destaca, en este caso respecto a la cultura jurídica de Galicia, la de su “arcaísmo”, que, en su opinión, se da “desde la prehistoria hasta el presente”. Cfr., además, entre otros, las afirmaciones realizadas en relación a la importancia del campo y la agricultura en el ámbito cultural gallego por OTERO DÍAZ: en *Estudios de Economía Gallega*, Santiago de Compostela, 1984, p. 41, y CORES TRASMONTE: en *Dereito Autonómico de Galicia*, Vigo, 1987, pp. 147 y s.

agrícola (8); sólo la supresión de los señoríos y las desamortizaciones operadas en el siglo XIX posibilitaron la formación de la pequeña propiedad de la tierra en Galicia, a la que el campesinado gallego pudo acceder, fundamentalmente y en gran medida, a través del dinero conseguido a costa de la emigración hacia América (9).

Consiguientemente, la falta de protagonismo político de la Comunidad gallega en la formación de la nacionalidad española y su carencia de entidad política, provocaron que sus costumbres no se elevasen al rango histórico formal que sí adquirieron en los demás Derechos forales peninsulares —que, como es sabido, a partir del siglo XVI, aun a pesar de lograr mantener su arraigo y vigencia, empezaron a perder fuerza expansiva frente al Derecho castellano—, conviviendo a lo largo de su Historia, según se dice, instituciones sin rango jurídico reconocido y de marcado carácter local, con el Derecho integrador que imponía la que se vino calificando como política centralizadora y uniforme de la monarquía castellana. Quizá el apego de los gallegos a sus usos tradicionales habría provocado que, mediante las costumbres locales, se mantuviesen vivas las peculiaridades jurídicas gallegas, conformando, con posterioridad en el tiempo, sus instituciones más caracterizadoras.

2. El reconocimiento de Galicia como territorio de Derecho foral durante el proceso codificador. El Derecho consuetudinario gallego y su progresiva ampliación doctrinal

Entre los momentos más significativos de la Historia jurídica europea destaca el que se corresponde con la etapa codificadora.

El estudio del proceso que conduce a la formación del Código Civil español, que, como es sabido, presenta unas características particulares a consecuencia de la existencia de diversos territorios forales, ofrece especial interés e importancia para el análisis y comprensión del fenómeno jurídico-civil en Galicia. Dicho proceso y sus resultados, que se presentan como uno de los puntos de referencia fundamentales en la Historia jurídica gallega, van a condicionar en notable medida las características pecu-

(8) Cfr. FUENTESECA DÍAZ: "Prólogo", cit., pp. 8 y s.; OTERO VARELA: "Sobre la Compilación del Derecho foral gallego", cit., p. 555; RODRÍGUEZ ENNES: *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia*, cit., pp. 123 y ss.

(9) FUENTESECA DÍAZ: "Prólogo", cit., p. 9; OTERO VARELA: "Sobre la Compilación del Derecho foral gallego", cit., p. 555. Respecto al proceso desamortizador operado en Galicia y el papel de la emigración en la formación de los patrimonios campesinos, cfr. por todos RODRÍGUEZ ENNES: *Aproximación a la Historia jurídica de Galicia*, cit., pp. 173 y ss., y bibliografía allí citada.

liares y el desarrollo posterior operado por el actualmente denominado Derecho civil propio de Galicia. En este sentido, se ha llegado a señalar por un cualificado sector de la doctrina jurídica gallega que la promulgación del Código Civil –a muchas de cuyas normas se han venido contraponiendo como incompatibles con sus dictados, las que se presentaron por la doctrina tradicional contemporánea gallega como peculiaridades jurídicas propias de esta Comunidad– supuso “el acontecimiento fundamental en la vida jurídica de Galicia” (10).

Durante el mencionado proceso que condujo a la formación del Código Civil –y aun con posterioridad al mismo (11)–, ante el silencio de dicho cuerpo normativo, se planteó respecto a Galicia una cuestión trascendental, con evidentes e importantes repercusiones jurídicas, no sólo teóricas, sino también prácticas: la de su posible consideración como uno de los territorios de Derecho foral a que, sin determinarlos, aludía el antiguo artículo 12 del Código Civil (12).

(10) Defiende esta tesis OTERO VARELA: “Sobre la Compilación del Derecho foral gallego”, cit., pp. 553 y ss.; cfr., del mismo autor, también en sentido crítico, en relación a la vigente Ley 4/1995 de Dereito Civil de Galicia, “Jurisprudencia bromeando en serio”, en *Dereito (Revista da Facultade de Dereito de la Univ. de Santiago de Compostela)* 1, 1998, pp. 155 y ss. En opinión de OTERO VARELA, el problema jurídico de Galicia se concretaba –siempre tras la promulgación del Código Civil, puesto que, a su juicio, con anterioridad al mismo, a Galicia le resultaba perfectamente aplicable el Derecho castellano (vigente entonces) de las Partidas y Leyes de Toro, al no haber variado todavía en dicho territorio y en aquellos momentos la estructura económico-social que se dio en el Medievo– en la dificultad de aplicación del citado cuerpo normativo al especial ambiente económico gallego, fundamentalmente rural y basado en la existencia de una pequeña propiedad desgajada de los antiguos señoríos y unidades de tipo “lugar” poseídos por colonos. Dicho problema, según OTERO VARELA, probablemente se habría resuelto con un cambio del citado ambiente gallego: o bien a través de una reordenación económica, adaptándola a la realidad, o bien mediante una pequeña modificación del duro dogmatismo del Código Civil, especialmente en materia de Derecho patrimonial familiar y de sucesiones. Sin embargo, nada de ello ocurrió, recurriéndose entonces en la práctica jurídica gallega a elaborar una serie de formas indirectas o fraudulentas –introducidas principalmente por vía notarial con la finalidad de conseguir la indivisión del patrimonio familiar, la viudedad, el testamento mancomunado, la delegación de la facultad de mejorar, etc.– elaboradas para hacer posible la vida jurídica de una organización económica y familiar como la existente entonces en Galicia. En tales formas indirectas o fraudulentas se concretarían, en opinión de OTERO VARELA, las que este autor califica como “peculiaridades jurídicas” de Galicia.

(11) Más en concreto, a propósito de la celebración, en octubre de 1946, de un Congreso Nacional de Derecho civil en Zaragoza, en el que se trató el viejo tema de la unificación en un solo Código del Derecho civil español, estudiando asimismo el problema de la inserción en aquél de los Derechos forales. Vid. al respecto la información que, como representante de Galicia en dicho Congreso, nos ofrece FUENMAYOR en *Derecho civil de Galicia*, recogido en NEJ Seix, Barcelona, 1985 (reedición de la ed. de Barcelona, 1950), tomo I, p. 242.

(12) Inicialmente, artículo 5.º de la Ley de Bases del Código Civil, de 11 de mayo de 1888: “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 aquéllas por sus leyes especiales...”.

En torno a la misma se formularon diversas opiniones doctrinales, diferentes y contradictorias entre sí, que, en el caso de las que se concretaban en una respuesta negativa, encontraban su justificación, fundamentalmente, en la –según decían algunos de los autores que sostenían esa tesis– existencia única de dos instituciones peculiares de carácter consuetudinario –foros y compañía familiar o sociedad gallega–; tanto la escasez de instituciones, como las características configuradoras de las mismas, conducirían, en opinión de los mencionados autores, a la exclusión del discutido carácter foral de Galicia (13).

Esta polémica planteada en el ámbito doctrinal, que en su momento tuvo una cierta importancia y que hoy queda como un mero recuerdo histórico, se saldaría considerándose con carácter general que “se puede hablar de un Derecho de Galicia e incluirlo en el cuadro del Derecho foral, entendido éste en un sentido lato, y sobre todo se debe reconocer que existe un Derecho especial gallego, siquiera sea de carácter fundamentalmente consuetudinario” (14).

Entre las diversas disposiciones legales y administrativas que, dictadas con anterioridad y posterioridad al proceso codificador, se vienen indicando como aval de la consideración –cuanto menos formal– de Galicia como territorio foral, se han señalado las siguientes: el Decreto de 2 de febrero de 1880, a través del cual se procedió a modificar la Comisión General de Codificación, agregando un representante por Galicia; la Ley de bases del Código Civil, de 11 de mayo de 1888, que en su Base 13 incluía a Galicia entre las legislaciones que habían de ser tomadas en consideración para incorporar al Código el mayor número posible de sus normas sobre servidumbres; el Real Decreto de 24 de abril de 1889, que incluía a las provincias de Galicia, junto a las de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya

(13) Tradicionalmente se vienen citando como ejemplos de la mencionada polémica las posiciones totalmente contradictorias sostenidas, respectivamente, por UREÑA: s.v. “Derecho foral”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XI, s. f., pp. 136 y ss., e ISABAL: s.v. “Derecho civil de Galicia”, en la misma obra, pp. 30 y s. Así, mientras que para el primero Galicia no tendría la condición de territorio foral a que aludía, sin determinarlos, el antiguo artículo 12 del Código Civil, en opinión del segundo autor sí se daría tal circunstancia. Cfr., además de las opiniones de los autores señalados, los citados por FUENMAYOR en *Derecho civil de Galicia*, cit., pp. 239 y s.

(14) CASTÁN: “La Compilación del Derecho civil especial de Galicia”, en *RGLJ* 46, 1963 (separata), p. 9. Cfr. también respecto a esta cuestión la doctrina citada por el autor señalado en *op. cit.*, p. 10, nota 9. No obstante, el propio CASTÁN había señalado con anterioridad –al hacerse cargo del proyecto de Apéndice elaborado en 1915– que “es el caso que Galicia no tenía los honores de legislación foral, y dudamos que quepa holgadamente dentro de la fórmula del artículo 12, conservadora del *Derecho foral* (a no hacer a éste sinónimo de *Derecho consuetudinario*) en vez de entrar en la del 1976, derogatoria del *Derecho común*”. Vid. “El Derecho foral de Galicia. Notas acerca del Proyecto de Apéndice redactado por la Comisión oficial y Memoria de su presidente”, en *RGLJ*, tomo 131, 1917, p. 391.

y Mallorca, al determinar cuáles habrían de ser las Comisiones especiales encargadas de redactar los proyectos de ley en que se contuvieran las instituciones forales que convenía conservar; y, finalmente, la Orden de 10 de febrero de 1948, que, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto de 23 de mayo de 1947, designó entre las nuevas Comisiones la correspondiente a Galicia (15).

La primera de las disposiciones señaladas –Real Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 2 de febrero de 1880, que fue dictado siendo titular de la cartera el gallego Álvarez Bugallal (16)– se ha indicado que presenta una importancia trascendental por la referencia que en su Preámbulo se contiene. En éste se señalaba la necesidad de respetar aquellas “instituciones antiguas, ya generales, ya locales, que no son otra cosa sino costumbres y tradiciones convertidas en leyes, sobre las cuales no puede pasarse caprichosa y arbitrariamente la segur niveladora de una igualdad quimérica”, lo que implicaba que, a partir de entonces, al hablar de fueros –también aludidos en el mencionado Preámbulo, y que, en caso de no realizarse la anterior precisión, provocaría la exclusión de Galicia como

(15) En relación a dichas disposiciones, cfr., entre otros, por ejemplo, CASTÁN: “La Compilación del Derecho civil especial de Galicia”, cit., pp. 9 y s.; FUENMAYOR: *Derecho civil de Galicia*, cit., pp. 240 y ss.; IGLESIA FERREIRÓS: “El Código Civil (español) y el (llamado) Derecho (foral) gallego”, recogido en *Derecho privado y revolución burguesa*, AAVV (coord. PETIT), Madrid, 1990, pp. 294 y ss.; SANDE GARCÍA: “O Dereito civil de Galicia: unha actualización imposible á luz da Historia”, recogido en *La modernización del Derecho civil*, AAVV (Ed. Bello Janeiro), Santiago de Compostela, 1994, pp. 157 y ss.; LETE DEL RÍO: “El Derecho civil de Galicia”, en *Manual de Derecho civil gallego*, AAVV, Madrid, 1999, pp. 21 y ss.

(16) Algunos autores se han cuestionado cuál fue el auténtico motivo por el que Álvarez Bugallal procedió a incluir a Galicia, mediante al mencionado Decreto de 1880, entre los territorios forales. IGLESIA FERREIRÓS en “El Código Civil (español) y el (llamado) Derecho (foral) gallego”, cit., pp. 294 y ss., 318 y ss., 328 y 346, partiendo de la existencia de una estrecha relación de amistad entre Murguía y Álvarez Bugallal, destaca al respecto la posible influencia del regionalismo murguiano y de la teoría del celtismo gallego en el pensamiento del ministro, por su condición de gallego, concluyendo que “de la amistad entre Murguía y Álvarez Bugallal debió surgir siempre que no pensemos en una relación de causa y efecto, dentro de las habituales teorías mecanicistas al uso, esa oportunidad para Galicia de ser reconocida como región foral, al contar el pueblo gallego con una tradición jurídica propia”. Junto a este posible motivo, otros autores señalan que debió existir algún otro más profundo, que concretan en el problema del foro. Su regulación y su mantenimiento se presentarían, según se dice, como la preocupación esencial del poder político en relación con el Derecho gallego y la condición de Galicia como territorio de Derecho foral: “evitar la redención de los foros, manteniendo el *statu quo*, y dejar la solución del problema a lo que propusiesen los juristas gallegos mediante sus Memorias o Apéndices, suponía con toda seguridad granjearse el favor y el agradecimiento de esas clases pudientes gallegas que tenían en el foro y en el subforo una fuente trascendental de rentas. De otra forma, mediante la aplicación de las reglas generales de un Proyecto como el de 1851, las tierras quedarían en manos de los campesinos gallegos, la mayor parte de los cuales ni siquiera tenían derecho al sufragio en la Constitución de 1876”. Vid. con carácter indicativo, por todos, BLANCO GONZÁLEZ: *La evolución de los Derechos forales desde la Codificación hasta la Constitución de 1978 (Especial referencia al Derecho gallego)*, A Coruña, 2002, pp. 44 y ss.

territorio foral, por no disponer de fueros especiales (17)–, de Derecho foral y de provincias o territorios forales, se considerase que no tanto importaba el carácter de la fuente formal (ley o costumbre), como la norma jurídica observada de antiguo y de modo efectivo en tales regiones o territorios (18).

Ello se puede considerar que, en cierto sentido –políticamente hablando y en las coordenadas de aquel tiempo–, benefició a Galicia, que, al no haber disfrutado, como ya se indicó, de una organización política independiente, no habría podido dar lugar a un ordenamiento jurídico gallego fundamentado en la Ley (legislación gallega, en este caso), como por ejemplo ocurría en Navarra o Cataluña; objeción teórica ésta que resultaría (legislativamente) refutable desde la promulgación del citado Real Decreto, que “por así decirlo, rebaja el carácter legislado del derecho de los antiguos reinos a costumbres” (19), reconociendo, por lo que a Galicia se refiere, la existencia de un Derecho gallego, aunque reducido a una serie de instituciones consuetudinarias y tradicionales, es decir, considerándolo, en definitiva, más que como Derecho gallego, como Derecho foral gallego (20).

(17) En opinión de FUENMAYOR: *Derecho civil de Galicia*, cit., p. 240, nota 16, el argumento sostenido por autores regionales como el P. SARMIENTO, PAZ NOVOA, y MURGUÍA, citando en defensa del carácter de su Derecho, la vigencia durante mucho tiempo del Fuero Juzgo, y el Fuero de León –según MURGUÍA, dado por Galicia y para Galicia–, no convence, pues se trata de probar la vigencia de tales Fueros al tiempo de promulgarse el Código Civil; tampoco pueden servir de apoyo a la foralidad de Galicia, según FUENMAYOR, *op. cit.*, *loc. cit.*, ciertas peculiaridades jurídicas de su Audiencia recogidas por el fiscal de la misma, MALDONADO Y PARDO, en su trabajo sobre las *Ordenanzas de la Real Audiencia del Reino de Galicia*, publicadas en La Coruña en 1679.

(18) Vid. FUENMAYOR: *Derecho civil de Galicia*, cit., p. 240.

(19) Así lo interpreta IGLESIA FERREIRÓS: “El Código Civil (español) y el (llamado) Derecho (foral) gallego”, cit., pp. 328 y s.

(20) Según IGLESIA FERREIRÓS: “El Código Civil (español) y el (llamado) Derecho (foral) gallego”, cit., p. 297, la gran novedad del Decreto es que “los derechos forales son reducidos a costumbres y tradiciones equiparadas a las leyes”. Si el Derecho es un Derecho consuetudinario, se explica así el nuevo mapa jurídico que surge de este decreto. Mientras en 1863, al establecerse las conclusiones referentes al problema de la legítima, se hablaba de “las legislaciones forales de Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya”. Ahora se habla de un Derecho consuetudinario, conservado en “Cataluña, Aragón, Navarra, las provincias vascongadas, Galicia y las Islas Baleares”. Por otra parte, añade: “reducir el llamado Derecho foral a la costumbre era una decisión arbitraria, pero esta decisión suponía –lo que es digno de tenerse en cuenta– desvincular el Derecho de la ley, abriendo así el camino a la incorporación del Derecho consuetudinario surgido frente a las leyes en territorios que hubieran carecido de fuentes legislativas propias, sin excluir por ello tomar en consideración el derecho de aquellos reinos que habían formado un Derecho propio con base en la ley, con tal que el mismo estuviese arraigado en la costumbre. Aparece así el Derecho consuetudinario gallego y el Derecho consuetudinario vasco –el de las provincias vascongadas, no aquél de Vizcaya, exclusivamente–, mientras puede ahora justificarse mejor el silencio sobre el Derecho valenciano, ya que al no haberse conservado consuetudinariamente perdía de esta manera su justificación de conservación, y la aparición del Derecho balear”.

Si históricamente tal Derecho gallego tenía el carácter de consuetudinario, es decir, se concretaba en una serie de prácticas y costumbres gallegas que se desarrollaban al margen de la legislación real castellana, apartadamente del Derecho real común en que se convirtió el Derecho castellano, inmediatamente se planteaba otra nueva cuestión importante: ¿Cuáles eran realmente esas instituciones consuetudinarias peculiares, propias, autóctonas y privativas, representativas de Galicia, que merecían la consideración de forales y que conformaban el denominado Derecho foral gallego, que, según se decía, merecían ser conservadas?

La pregunta formulada obtuvo una respuesta distinta, y, a su vez, sucesivamente más amplia, en diversos documentos, confeccionados durante y después de la etapa codificadora, en momentos cronológicos diferentes, hasta llegar a la *Compilación del Derecho civil especial de Galicia* de 1963, a los que cabe atribuir un cierto carácter oficial, y en los que se hace referencia a las consideradas como instituciones propias de la entonces llamada región gallega, como son la Memoria elaborada y publicada por López Lago en el año 1880, el Proyecto de Gil de Villanueva de 1889, el Proyecto y Memoria de Apéndice al Código Civil de Pérez Porto, ambos de 1915, así como el Anteproyecto de *Compilación*, ya más lejano en el tiempo, de 1948 (21).

La lectura atenta y cronológicamente ordenada de estos documentos, que se pueden considerar como los más significativos en la cuestión que nos ocupa, puede producir una cierta sensación de perplejidad, e, incluso, en cierto sentido y hasta cierto punto, una cierta confusión en el lector, puesto que, en un rápido repaso de conjunto a las instituciones recogidas en dichos documentos, se puede observar cómo al foro y a la denominada “compañía familiar gallega”, recogidas por López Lago en su ya señalada Memoria de 1880, como “únicas instituciones propias de la región”, en las sucesivas Memorias, Proyectos y Anteproyectos anteriormente citados, se fueron añadiendo otras como el “derecho de labrar y poseer”, la aparcería agrícola y pecuaria, algunas llamadas “formas especiales de comunidad” –relativas a montes, aguas y cercos–, “relaciones de buena vecindad entre colindantes”, y una “forma de propiedad común indivisible” denominada “muiños de herdeiros” (22).

(21) En relación a los citados documentos, cfr., por ejemplo, SANDE GARCÍA: “O Dereito civil de Galicia: unha actualización imposible á luz da Historia”, cit., pp. 157 y ss.

(22) Cfr. sucintamente FUENMAYOR: *Derecho Civil de Galicia*, cit., pp. 240 y ss. En opinión de SANDE GARCÍA: “O Dereito civil de Galicia: unha actualización imposible á luz da Historia”, cit., pp. 159 y s. “la *Compilación* de 1963, y en su marco la prácticamente absoluta reducción de las instituciones que para compilarse requerían vigencia y aplicabilidad a las instituciones que en el contexto de 1915 convenía conservar, encuentra su honda explicación, antes que en la falta de percepción de las nuevas posibilidades abiertas por el sistema de la *Compilación*,

Todo ello denota un cierto proceso de progresiva precisión y ampliación operado por la doctrina –cuya intervención en esta materia resulta a la vez indudable y fundamental– en torno al presumible contenido del denominado “Derecho civil propio y singular gallego”, explicable desde su consideración como Derecho consuetudinario, y, por tanto, esencialmente como no escrito, lo cual, como es de suponer, debido a su incertidumbre, dificultaría su concreta y exacta determinación. Por otra parte, el dato indicado también sirve para poner de manifiesto la que parecería ser una paulatina y asimismo progresiva concienciación por parte de un determinado sector de juristas gallegos, respecto a la existencia, defensa y potenciación de un Derecho consuetudinario, considerado como autóctono y propio.

No obstante, resulta necesario realizar algunas matizaciones importantes respecto a las dos ideas ahora expuestas.

Por lo que se refiere a la progresiva precisión y ampliación realizada doctrinalmente en cuanto a la determinación de las posibles “peculiaridades jurídicas” o “instituciones” que efectivamente habrían conformado el anteriormente denominado Derecho civil especial gallego, la lectura de los diversos documentos a que nos hemos referido anteriormente sirve para poner de manifiesto las incertezas y dudas –unas cumplidamente señaladas y otras no–, en algunos casos más o menos razonables, que, en nuestra opinión, no han sido todavía resueltas en su totalidad y de una forma definitiva, sino tan sólo parcialmente.

Precisamente por ello, consideramos –como así lo pusimos de manifiesto en otro escrito (23)– que resulta imprescindible realizar un estudio de dichas instituciones, llevado a cabo más de forma diacrónica que sincrónica –a consecuencia del aludido proceso de progresiva ampliación doctrinal–, y dirigido, tanto a la concreta determinación de dichas instituciones en los sucesivos momentos históricos, así como también a la constatación o confirmación de la efectiva vigencia en el tiempo de las mismas, y de su correcta regulación (24).

en la ausencia de una elaboración doctrinal del Derecho civil gallego que, a partir naturalmente de la aceptación *extralegem* de Galicia como territorio foral, se centrase en las instituciones sucesorias y distanciasse de las que desde 1880 lo venían distinguiendo en el seno de peculiaridades campesinas o en vías de extinción, las irremediabilmente compiladas”.

(23) “Sobre el posible interés del estudio de la formación, contenido y desarrollo del denominado Derecho civil gallego: algunos argumentos justificativos”, publicado, respectivamente, en *Estudios jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, volumen II, Salamanca, 2002, pp. 911 y ss., y *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 6, año 2002, pp. 615 y ss.

(24) La formulación de las preguntas indicadas encuentra su explicación en la circunstancia de que, a nuestro juicio, se suele aludir a algunas “peculiaridades jurídicas” que o nunca han existido como tales, o bien, que habiendo existido de forma efectiva, su regulación en la actual

La paulatina y progresiva concienciación de los juristas gallegos respecto a su Derecho propio también ha de ser entendida en sus justos términos, dado que ese interés demostrado por un determinado sector de la doctrina gallega –quizá no excesivamente entusiasta, salvo raras excepciones–, no se proyecta –y ésta es una conclusión que, en nuestra opinión, se podría predicar con carácter general en el tiempo– de una forma constante ni uniforme, cronológicamente hablando, lo que ciertamente contrasta con lo ocurrido en otras Comunidades históricas del Estado español.

En este sentido, sencillamente basta con acercarse a la producción bibliográfica que en materia jurídico-privada específicamente gallega se ha ido realizando a lo largo del tiempo (25), para poder darse cuenta de que la misma –mucho menos abundante que la relativa a aspectos de Historia social y económica–, en esencia, se concreta en, y coincide en sus momentos de mayor intensidad, con los tres períodos que se pueden considerar como los puntos clave de referencia en el proceso formativo del Derecho civil de Galicia –etapa o período previo y posterior a la Codificación civil española; el inmediatamente anterior y sucesivo a la Compilación de Derecho especial de Galicia de 1963; y, finalmente, el más cercano en el tiempo, coincidente con la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (LDCG)–, apareciendo y desapareciendo alternativamente ese interés por el Derecho propio, pero sin mantenerse de una manera estable y sostenida en el tiempo.

A ello cabe añadir que dicha intervención de la doctrina en el proceso de configuración y determinación de las instituciones y peculiaridades jurídicas que se contienen en las normas fundamentales del Derecho civil de Galicia, como es lógico, tampoco se ha llevado a cabo de una manera unívoca, sino, más bien, con discrepancias o diferencias, en algunos casos

LDCG puede resultar extraña a la configuración original de tales figuras, con cuya realidad quizá no se corresponda. Dos ejemplos de lo señalado podrían encontrarse –siempre según nuestro propio criterio–, respectivamente, por una parte, en el reconocimiento realizado por el legislador gallego de la usucapión como posible forma de constitución de las servidumbres de paso; por otra, en la manera como se ha regulado la figura de la serventía, que también aparece recogida en la LDCG. En relación a estas cuestiones, *vid.* resumidamente, con referencias bibliográficas, nuestro artículo “Sobre el posible interés del estudio de la formación, contenido y desarrollo del denominado Derecho civil gallego: algunos argumentos justificativos”, cit., pp. 915 y s.

(25) Todavía no se ha realizado un elenco completo y exhaustivo de las obras que de alguna forma se han venido ocupando de las diversas instituciones, figuras o peculiaridades jurídicas, o de aspectos relacionados con las mismas. Recientemente, CEBREIROS ÁLVAREZ ha escrito, desde la perspectiva del historiador del Derecho, una reseña de algunas de las obras más relevantes, relativas al estudio histórico-institucional, tanto en materia de Derecho público como privado y dentro del ámbito gallego, en su artículo titulado “Las instituciones tradicionales de los pueblos del Norte de la Península Ibérica”, recogido en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 5, 2001, pp. 229 y ss.

sustanciales e irreconciliables, y que, en diversos aspectos, se han proyectado en el tiempo, como pone de manifiesto la lectura de una serie de trabajos, textos y documentos que pueden ayudar a comprender mejor el mencionado proceso operado en el fenómeno jurídico-civil gallego y mostrar cuáles han sido las preocupaciones de los autores respecto al mismo.

Ciñéndonos a efectos expositivos a las tres etapas mencionadas, se ha venido destacando con carácter general, en este caso en relación al primero de los períodos indicados, la pobreza de estudios especiales sobre el denominado Derecho de Galicia en su conjunto (26).

Así, entre las muy escasas obras aparecidas, respecto a una época antigua —por lo demás, tampoco muy lejana en el tiempo—, únicamente se citan las *Ordenanzas de la Real Audiencia del reino de Galicia*, publicadas por J. MALDONADO Y PARDO, en A Coruña, en 1679, y el *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*, publicada por B. HERBELLA DE PUGA, en 1768 (27). En ambas se hace referencia a determinadas peculiaridades jurídicas de base judicial que recogerían prácticas consuetudinarias de la Real Audiencia de Galicia.

Junto a las citadas obras se añaden una serie de artículos, firmados por ilustres juristas, en los que se plantean cuestiones suscitadas a consecuencia de variados casos prácticos, publicados entre los años 1856 y 1867 en el *Boletín Judicial de Galicia*, así como en la *Revista Jurídica y Administrativa de Galicia*, editada hacia la misma época, pero en la que las colaboraciones que en ella se contienen ofrecen, según se dice, menor interés (28).

La aludida escasez de estudios doctrinales, así como la autoridad otorgada a la ya mentada Memoria sobre el Derecho de Galicia, redactada el 31 de diciembre de 1880 por López de Lago, provocaría que únicamente los foros y la compañía familiar mereciesen para algunos autores, al inicio de aquel primer período —en detrimento, según un sector doctrinal importante, de otras instituciones de origen consuetudinario, fundamentalmente encuadrables en el ámbito sucesorio—, la consideración de instituciones propias del entonces denominado Derecho foral gallego, en torno a las cuales —especialmente los foros y al problema de su discutida y conflictiva

(26) Vid. FUENMAYOR: *Derecho civil de Galicia*, cit., p. 241.

(27) A la primera edición del *Derecho práctico* de HERBELLA DE PUGA seguiría otra segunda edición, anotada y reimpresa en Santiago en el año 1844, reeditada posteriormente por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña en el año 1975, en cuya nota de presentación (p. 3) IGLESIAS CORRAL señala que, en su opinión, dicha obra “revela magistralmente la versión fundamental de nuestras instituciones jurídicas más caracterizadas”.

(28) Vid. FUENMAYOR: *Derecho civil de Galicia*, cit., p. 241, nota 18. En el mismo sentido, insisten en la importancia de esta publicación, entre otros, GIBERT: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 540, y SANDE GARCÍA: “O dereito civil de Galicia...”, cit., p. 161 y nota 28.

extinción por redención de los mismos— se desarrollaría a lo largo de los últimos años del siglo XIX y el primer tercio del XX un intenso debate doctrinal (29).

Tal situación tampoco se vería posteriormente resuelta con los dos sucesivos Proyectos aparecidos más adelante: el de Gil de Villanueva, redactado en 1889, que contenía un simple informe —sin descender al articulado de las instituciones— sobre foros, subforos, rentas en saco y compañía familiar, olvidando las aparcerías y el derecho de labrar y poseer; y el más completo, elaborado por Pérez Porto, editado en 1915, para cuya aclaración publicó en el mismo año una Memoria explicativa, que constaba de cuatro títulos articulados en los que se trataba, sucesivamente, de los foros, subforos y rentas en saco; del derecho de labrar y poseer; de la compañía gallega, y de la aparcería rural, en la que se incluían la aparcería agrícola y pecuaria.

Fue fundamentalmente en torno a las instituciones recogidas en el Proyecto de Apéndice de 1915 (30), sobre las que, con diversas modificaciones y escasos añadidos, se concretaron los trabajos oficiales posteriores, hasta llegar a la Compilación de 1963: Ponencia sobre Derecho civil de Galicia que eleva al Congreso Nacional de Zaragoza la Delegación Territorial (de Galicia) (año 1945); el denominado Proyecto de Apéndice al Código Civil del Derecho Foral de Galicia, elaborado por la Comisión de Juristas de Galicia (aprobado el 30 de diciembre de 1948), y el Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil Foral de Galicia (de 3 de agosto de 1962), que se corresponde con el Proyecto de Ley de Compilación del Derecho civil Foral de Galicia (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* el 15 de octubre de 1962).

Nuevamente se insistirá en estos momentos en la práctica inexistencia de aportaciones doctrinales o comentarios de relieve (31), salvando la muy seria y completa, realizada por FUENMAYOR en el año 1950 —que, por lo demás, pasaría desapercibida para los redactores de la Compilación de 1963—, en la que el mencionado autor se centraba especialmente en el análisis y estudio de instituciones sucesorias —antes escasa o insuficientemente tratadas—, como la mejora de labrar y poseer, los derechos de los legítimos, el testamento mancomunado, la delegación de la facultad de mejorar y el usufructo universal a favor del cónyuge viudo.

(29) Una referencia muy completa a la literatura foral de los indicados siglos se puede encontrar en la *Introducción* que a su cuidada y muy completa obra, titulada *Aproximación histórica al foro gallego: los foros urbanos*, tomo I, parte general, Santiago de Compostela, 2002, realiza MARTÍNEZ MARTÍNEZ, en pp. 67 y ss.

(30) *Vid.*, en este sentido, SANDE GARCÍA: “O dereito civil de Galicia...”, cit., pp. 160 y ss.

(31) Así lo manifestaba CABANAS, en referencia a los casi catorce años transcurridos entre diciembre de 1948 y octubre de 1962. *Vid.*, al respecto, SANDE GARCÍA: “O dereito civil de Galicia...”, cit., p. 165 y nota 44.

Con anterioridad a esta aportación, y más en concreto, en 1948 –año en el que comenzó la labor de la Comisión de Juristas de Galicia, a la que se encomendó formular el Anteproyecto de Compilación que, elaborado ese año, acabó por convertirse sin modificaciones de fondo en la Compilación de 1963–, se ha destacado que el panorama teórico que contemplaba el Derecho civil gallego seguía todavía anclado en el pasado (32). Según un sector de la doctrina, es en esta aludida ausencia de elaboración doctrinal del Derecho civil –que a partir de la aceptación *extra legem* de Galicia como territorio foral se centraba en las instituciones sucesorias, distanciándose de las que desde 1880 lo venían distinguiendo en el seno de peculiaridades campesinas o en vías de extinción–, en la que encuentra su más honda explicación la Compilación de 1963, y, en su marco, la reducción prácticamente absoluta de sus instituciones a las que en el contexto de 1915 se entendía que debían ser conservadas (33).

3. La costumbre e instituciones consuetudinarias en la Compilación del Derecho civil especial de Galicia de 1963

El 2 de diciembre de 1963 aparecería el que se presenta como primer texto normativo oficial en el que se recogían determinadas figuras específicas de la realidad jurídica gallega: la Compilación del Derecho civil especial de Galicia.

Dicha Compilación no obtuvo un juicio unánime en su momento, emitiéndose opiniones contradictorias, tanto por lo que respecta a la oportunidad de su realización como en cuanto a su contenido.

Así, por lo que se refiere al primero de los aspectos señalados, algunos de los autores que escribían en aquel tiempo destacaban que la citada Compilación de 1963 supuso la fijación por escrito en normas claras y concretas del Derecho consuetudinario, que vagaba disperso en Acuerdos

(32) SANDE GARCÍA: en “O dereito civil de Galicia...”, cit., pp. 160 y ss., señala que dicho panorama teórico se encontraba sostenido, aparte de en la obra ya señalada de HERBELLA DE PUGA y en los artículos publicados entre los años 1856 y 1867 en el *Boletín Judicial de Galicia*, en otra serie de obras, como por ejemplo: *El Foro*, de Manuel MURGUIA (año 1882); *Sociedad Gallega. Estudio jurídico sobre el contrato de compañía de familia*, de BUJÁN (año 1887); *Las comunidades familiares y la compañía gallega después de la publicación del Código Civil*, de HERVELLA FERREIRA (año 1898); *El campesino gallego*, de Prudencio ROVIRA (año 1904); *Estilos consuetudinarios y prácticas económico-familiares y marítimas de Galicia*, de GARCÍA RAMOS (año 1909); *Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la Región gallega*, del mismo autor (año 1912); o *La aldea gallega (Estudio de Derecho consuetudinario y economía popular)*, de Nicolás TENORIO (año 1914).

(33) Cfr., en este sentido, SANDE GARCÍA: “O dereito civil de Galicia...”, cit., pp. 159 y s., y nota 25.

de la Real Audiencia de Galicia, obras de los tratadistas, y costumbres locales que había que acreditar en cada caso particular, posibilitando que las instituciones jurídicas –anteriormente encubiertas bajo formas de ficción– que en ella se regulaban, y que tenían por finalidad salvaguardar el patrimonio familiar, volviesen a tener su antiguo esplendor y se desarrollasen naturalmente, amparadas por una regulación que evitaría muchos pleitos y facilitaría la resolución de los que se promoviesen (34); otros autorizados juristas gallegos, sin embargo, no pensaban lo mismo, y, expresándose de forma contundente, dirigieron severas censuras a lo que consideraron como un “intento de inoportuna resurrección de un Apéndice foral de Galicia” (35).

En cuanto al contenido de la Compilación también se manifestaron vivas discrepancias doctrinales: para un sector de la doctrina, aún admitiendo que pudiera haber sido más reducido el número de los artículos recogidos en dicho texto normativo –simplificando sobre todo los relativos a figuras en trance de desaparición como los foros, subforos y gravámenes análogos, cuya inclusión en el cuerpo señalado era criticada por su anacronismo–, no parecía probable que en la Compilación, estructurada en su opinión en normas escritas, claras y concretas, faltasen –según defendían diversos juristas gallegos– instituciones que hubiesen debido incluirse, como el “contrato de vitalicio” o el “usufructo universal a favor del cónyuge viudo” (36); otros autores sostenían, sin embargo, un criterio –extensivo al denominado “Derecho civil de Galicia”, en general– mucho más radical, por entender que en la llamada Compilación del Derecho foral gallego se recogían una serie de figuras –el foro, la compañía familiar, la aparcería, etc.– que, en conjunto, no parecían tener entidad suficiente como para poder justificar su recopilación, ni para constituir el problema jurídico de Galicia, que, a su entender, se concretaría en la dificultad de

(34) CASTÁN: “La Compilación del Derecho civil especial de Galicia”, cit., p. 23. Dicho juicio favorable referido a la Compilación gallega se enmarcaría dentro de otro más general, relativo a la valoración positiva del movimiento por aquél entonces dirigido a la compilación de los diversos derechos forales, respecto del cual se indicaba que “debía ser considerado, ya no como fue el Derecho foral frente a la Codificación unitaria decimonónica, una resistencia y una reacción conservadora, sino más bien como un impulso hacia delante en la esfera jurídica privada”, revelándose en el fondo las instituciones consideradas simplemente arcaizantes y estacionarias, en el régimen económico de la familia y de las sucesiones, o bien en la propiedad y en la explotación campesina y agraria, en su enorme fuerza positiva y creadora. *Vid.* GIBERT: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 537.

(35) *Vid.*, por ejemplo, las duras críticas formuladas por el ilustre notario gallego MOURE MARIÑO, en su artículo, publicado en el diario *ABC* el día 27 de noviembre de 1963, titulado “El Apéndice foral de Galicia”, del que se hacía eco CASTÁN en “La Compilación del Derecho civil especial de Galicia”, pp. 24 y s., para proceder a rebatir las afirmaciones realizadas por MOURE en pp. 25 y ss.

(36) CASTÁN: “La Compilación del Derecho civil especial de Galicia”, cit., pp. 27 y s.

aplicación del Código Civil a un ambiente impropio, al especial ambiente económico gallego, fundamentalmente rural y basado en la existencia de una pequeña propiedad desgajada de los antiguos señoríos en unidades de tipo “lugar” poseídos por los colonos (37).

En cualquier caso, el juicio que prevaleció entre los tratadistas posteriores respecto a la Compilación de 1963, olvidando en muchas ocasiones las condiciones políticas y jurídicas que se dieron en el contexto histórico en que se gestó la misma –dato éste importante y a tener en cuenta para poder realizar una valoración lo más adecuada y correcta posible del mencionado Texto normativo (38)– fue, en esencia, un juicio totalmente negativo (39). Dicha valoración ha quedado reflejada en la propia Exposición de Motivos de la actualmente vigente LDCG, en la que se califica a esa Compilación de 1963 como “fragmentaria, incompleta, falta de entidad propia de un sistema jurídico, y, en consecuencia, en buena parte, de espaldas a la realidad social”, y todo ello porque en la misma se procedió, según se dice, a recoger sólo parcialmente algunas instituciones propias, encontrándose, además, la mayoría de las compiladas en 1963 –calificadas como generalmente marginales y de escasa aplicación en la práctica, reducida a ciertos aspectos del mundo agrario, y con una problemática que en contadas ocasiones llegó a los Tribunales de justicia–, abocadas a su propia extinción a causa de su ya señalada falta de aplicación y existencia en la práctica jurídica gallega (40).

4. La costumbre e instituciones consuetudinarias en la Ley de Derecho civil de Galicia de 24 de mayo de 1995 (LDCG)

Avanzando en el tiempo, en 1987, dándose un paso importante, pero una vez más notoriamente insuficiente, se procedió a adoptar e integrar la Compilación de 1963 en el ordenamiento jurídico de la Comunidad gallega a través de la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, del Parlamento de Galicia, bajo el título de “Compilación del Derecho civil de Galicia”, suprimien-

(37) Este sería el criterio de OTERO VARELA, a cuya tesis nos referimos en la nota 10 de este escrito.

(38) Así lo destacaba REBOLLEDO VARELA en “El desarrollo del Derecho civil gallego”, recogido en *La modernización del Derecho civil*, cit., pp. 186 y s.

(39) Cfr. en este sentido, entre otros, por ejemplo, REBOLLEDO VARELA: “El desarrollo del Derecho civil gallego”, cit., pp. 184 y ss.; BELLO JANEIRO: “La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia”, en *RJN*, número 14, 1995, pp. 19 y ss.; ídem: *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega*, 1999, pp. 71 y ss.; LETE DEL RÍO: “El Derecho civil de Galicia”, cit., pp. 25 y s.

(40) *Vid.*, por todos, REBOLLEDO VARELA: “El Derecho civil de Galicia”, en *Derechos civiles de España*, 1.ª ed., Madrid, marzo de 2000, volumen IV, II parte, p. 1702.

do el antiguo adjetivo de “especial”, que figuraba en la anterior denominación del texto del año 1963, introduciendo en el mismo una serie de modificaciones –“exigidas por la falta de armonía constitucional y estatutaria de algunos de sus preceptos”, según se indicaba en su Exposición de Motivos, así como por la falta de vigencia de algunas de las instituciones contenidas en aquélla, como por ejemplo ocurría en el caso de los foros– y adoptando un criterio supuestamente autonomista (41).

Todo ello resultó posible porque, como es sabido, la Constitución española de 1978, como reflejo del cambio político y jurídico producido a partir de 1975, en su artículo 149/1.8, tras atribuir competencia exclusiva al Estado sobre la legislación civil, también reconoció una cierta capacidad legislativa en materia civil a los Parlamentos de determinadas Comunidades Autónomas, permitiéndoles realizar, a través de los cauces parlamentarios correspondientes, la conservación, modificación y desarrollo de su propio Derecho civil, en tanto dicho Derecho propio fuese preexistente al momento temporal de la promulgación del texto constitucional.

Precisamente la circunstancia de que Galicia se encontrase entre las Comunidades históricas del Estado español que contaban con un Derecho civil foral o especial con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución –recogido en este caso en la Compilación de 1963– permitió que la propia Comunidad Autónoma gallega, en el marco de las competencias que constitucionalmente le habían sido reconocidas, asumiese con carácter exclusivo y excluyente –al igual que se hizo en otras Comunidades Autónomas históricas, como la Aragonesa, la Navarra, la Balear, la Vasca o la Catalana–, en el artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía, la “conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego” a través de su propio Parlamento autonómico. De esta forma, los denominados Derechos civiles forales o especiales, y, entre ellos, por lo que aquí interesa, el gallego, considerados hasta entonces como conjun-

(41) Al sancionar legislativamente, según LETE DEL RÍO: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 27, el carácter de “*Derecho común*” del Derecho civil de Galicia, entendiendo por éste no sólo el compilado, con la importante consecuencia de considerar a la costumbre local como fuente del Derecho gallego, subordinada a las normas del texto compilado, pero de aplicación preferente al Código Civil y a las demás Leyes del Estado. No obstante, en opinión del indicado autor, *op. cit.*, *loc. cit.*, la mencionada Ley 7/1987, incurriría en cierta incongruencia, al señalar en su Disposición Final primera que “las normas de Derecho civil de Galicia, escrito o consuetudinario, vigentes al promulgarse la Compilación de 1963, se sustituyen por las contenidas en ella”, olvidando que el Preámbulo había anunciado una nueva Ley de Derecho civil gallego desarrollado desde “una línea abiertamente constitucional y nítidamente autonomista”, renovando las disposiciones compiladas y entroncándolas con aquéllas no compiladas. Cfr., también en relación a la citada Ley 7/1987, entre otros, BELLO JANEIRO: *El ejercicio de la competencia en materia civil...*, cit., pp. 79 y s.; LORENZO MERINO: *El Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991*, Santiago de Compostela, 1992, pp. 16 y ss.

tos de normas de carácter excepcional frente al Código Civil, pasaron a convertirse en el plano "personal" en Derecho común de los respectivos territorios y, por tanto, de aplicación prioritaria, además de tener la posibilidad de autointegración y desarrollo a través de sus propios principios generales (42).

Este proceso histórico jurídico gallego, descrito muy sucintamente en estas líneas, se cerraba momentáneamente, en una fecha todavía reciente, con la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (LDCG), que derogó la anteriormente señalada Ley del Parlamento de Galicia de 1987. En dicha LDCG, con la que se inició una nueva y esperanzadora etapa de consolidación del Derecho gallego, se establece el actual marco normativo referencial del ordenamiento jurídico-civil gallego (43) desde la asunción de una plena conciencia legislativa autonómica, lo cual resulta particularmente importante a la vista del desarrollo histórico indicado. Su aprobación por el Parlamento de Galicia, según se ha señalado adecuadamente, ha constituido un hecho histórico determinante en la conformación del citado ordenamiento jurídico-civil gallego, fundamentalmente por tres razones: por tratarse de la primera norma codificadora civil dictada en ejercicio de una potestad legislativa propia; por la posibilidad que incorpora de realizar la autointegración del denominado Derecho civil de Galicia; así como también por constituir el Derecho común aplicable en el territorio de la Comunidad Autónoma gallega.

El vigente cuerpo normativo encuentra su origen más mediato en dos trabajos previos de reforma de la Compilación de 1963, elaborados, respectivamente, por algunos miembros de una extinguida Comisión Parlamentaria no permanente, constituida en el transcurso de la II Legislatura el día 9 de mayo de 1988, presentado en el Parlamento gallego con fecha de 22 de marzo de 1991, y el formulado por el Consello da Cultura Galega, también aportado al Parlamento de Galicia con fecha de 11 de junio de 1991 (44).

(42) LETE DEL RÍO: "El Derecho civil de Galicia", cit., p. 27. Respecto al alcance de la naturaleza y el ámbito de aplicación de las normas contenidas en la LDCG, consideradas desde una perspectiva de conjunto, cfr. PENA LÓPEZ: "Comentario a los artículos 1.º a 3.º de la LDCG", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo XXXII, volumen 1.º, Madrid, 1997, pp. 7 y ss.

(43) Dicha Ley, como es sabido, no es la única norma del Derecho civil gallego. Este también se encuentra integrado por otra serie de Leyes, en este caso especiales, a las que no nos vamos a referir aquí.

(44) Los aludidos trabajos se encuentran recogidos en el número 184 de la revista jurídica *Foro Gallego*, correspondiente al año 1992, pp. 13 a 37 y 39 a 59, respectivamente. Sobre el trabajo presentado por la extinguida Comisión Parlamentaria no Permanente, su evolución y conclusión, *vid.* LORENZO MERINO: "Un Derecho civil para Galicia. La propuesta legislativa de Compilación de Derecho civil de 22 de marzo de 1991", en *La Ley*, número 2295, p. 1; *idem*:

En dichos trabajos prelegislativos –cuyo análisis y estudio resulta fundamental, puesto que permiten en gran medida comprender, no sólo la propia redacción dada a la LDCG, sino, también y además, explicar los indudables defectos y problemas que, junto a sus aciertos, presenta la citada norma básica–, calificados como “difícilmente conciliables por responder a planteamientos ideológicos y jurídicos diversos” (45), cabe destacar que se pueden apreciar dos distintas concepciones respecto a dos cuestiones trascendentales, que no serían resueltas en la vigente LDCG y que todavía parecen seguir pendientes de resolución en nuestros días.

Por una parte, la relativa a la posible forma que debería de adoptar el desarrollo del Derecho civil gallego, concretada, según algunos autores, en la siguiente pregunta: ¿ha de optarse por desarrollar un Derecho civil *para* Galicia, autonomista y de futuro, o, más bien, por un Derecho civil propio *de* Galicia, foralista y basado en el pasado tradicional? (46), o, en otros términos, ¿ha de mantenerse el denominado “Derecho foral tradicional gallego”, recibido y concretado en diversas instituciones o figuras típicas –como, por ejemplo, “a veciña”, los “muiños de herdeiros”, la “compañía familiar gallega”, o el “testamento por comisario”–, o, por el contrario, ha de suprimirse por su carácter anacrónico?; por otra parte, la cuestión que afecta directamente al tema que nos ocupa, relativa al posible rango jerárquico que debería de ocupar la costumbre en el sistema de fuentes normativas del Derecho gallego (47).

Sobre la base de los dos trabajos citados se elaboró con posterioridad una Proposición de Ley, que fue presentada y asumida por unanimidad por todos los grupos políticos con representación parlamentaria con fecha de 21 de abril de 1993, y que decaería por disolución de la Cámara. En dicha Proposición de Ley, al igual que en otra posterior, de 22 de junio de 1994, no se acogería un único criterio, sino que, procurando respetar

“El Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación del 22 de marzo de 1991”, cit., pp. 7 y ss. Cfr. también una crítica al texto presentado por el Consello da Cultura Galega, así como a la Proposición de Ley de 27 de abril de 1993, en SANDE GARCÍA: “O dereito civil de Galicia...”, cit., pp. 147 y ss., y GUTIÉRREZ ALLER: en “Introducción” al *Derecho de Sucesiones de Galicia*, Comentarios al título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995, VVAA, Madrid, 1996, pp. 11 y ss.

(45) Insiste especialmente en esta circunstancia REBOLLEDO VARELA: “A reforma da Compilación de 1963 e o futuro do Dereito civil de Galicia”, en *Revista Xurídica Galega*, número 2, 1992, pp. 387 y ss.; ídem: “Prólogo” a su edición de la Compilación Galega, en *Compilaciones y Leyes de los derechos civiles forales o especiales*, 1993; ídem: “El desarrollo del Derecho civil gallego”, cit., p. 183.

(46) REBOLLEDO VARELA: “El desarrollo del Derecho civil gallego”, cit., p. 183.

(47) LORENZO MERINO: “Prólogo a la LDCG”, en *Ley de Derecho civil de Galicia*, 1996, p. 23. Cfr. además en sentido crítico respecto a la mencionada cuestión que se proyecta en la LDCG, DÍAZ FUENTES: *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*, 1997, pp. 20 y ss.; LETE DEL RÍO: “El Derecho civil de Galicia”, cit., pp. 33 y s.

ambos trabajos prelegislativos, se procedió a yuxtaponer las específicas instituciones que en ellos se demandaban (48).

Esta actitud ecléctica, que, como se puede suponer, daba lugar a diversas ambigüedades, contradicciones y discordancias, resultaría relativamente superada, según un sector doctrinal, en el precedente más inmediato de la Ley: el Informe de la Ponencia de Derecho civil, y el correspondiente Dictamen de la Proposición de Ley de Derecho civil de Galicia, presentado a iniciativa de los grupos políticos Partido Popular de Galicia, Socialistas de Galicia y Bloque Nacionalista Gallego, que fue aprobado por unanimidad en el Parlamento de Galicia, reunido en sesión plenaria el día 20 de abril de 1995. En el mismo, en opinión del aludido sector doctrinal, en diversas instituciones relativas a las materias de contratos, comunidades, servidumbres y régimen sucesorio, los miembros de la Ponencia y los expertos convocados al efecto alcanzaron a través de posiciones de síntesis una cierta concordancia (49).

La nueva y esperada LDCG, en la que, como se ha indicado, no se resuelve definitivamente la cuestión de la polémica planteada en torno al “autonomismo” o “foralismo” –circunstancia por la cual ha sido criticada por diversos autores, al considerar que “desafortunadamente” “contiene y refleja dos filosofías claramente contrapuestas” (50)–, se encuentra estructurada en ciento setenta artículos, recogidos en nueve títulos –uno preliminar y otros ocho atinentes a materias relativas al Derecho de personas (ausencia y “a veciña”), Derechos reales (comunidades, servidumbres, serventías, “cómaro” y retracto de graciosa), Contratos (arrendamiento rústico, aparcerías, vitalicio y compañía familiar), Derecho de sucesiones (pacos sucesorios, legítimas, sucesión testada e intestada y partición)–, a los que precede una Exposición de Motivos, y se añaden dos disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y una final, que la cierra.

En el citado texto normativo, el legislador gallego, en su afán por contemplar e incluir todas las posibilidades jurídicas que se pudiesen producir en la realidad gallega, ha querido conservar, salvo el “foro”, todas las instituciones de clara raigambre consuetudinaria que se encontraban recogidas en la antigua Compilación de 1963 –como, por ejemplo, “a veciña”, el “cómaro”, “ribazo” o “arró”, las “agras” o “vilares”, las “augas de torna

(48) En relación a las citadas Proposiciones de Ley, cfr., por ejemplo, las diversas apreciaciones realizadas, entre otros autores, por REBOLLEDO VARELA, en “El desarrollo del Derecho civil gallego”, cit., pp. 183 y ss.; LORENZO MERINO: “Prólogo a la LDCG”, cit., p. 23; LETE DEL RÍO: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 28.

(49) Así lo ha entendido LORENZO MERINO: “Prólogo a la LDCG”, cit., p. 23.

(50) En este sentido se pronuncia, por ejemplo, REBOLLEDO VARELA: “El Derecho civil de Galicia”, cit., pp. 1720 y s. Cfr., también de forma crítica en relación a este aspecto, LETE DEL RÍO: “El Derecho civil de Galicia”, cit., pp. 28 y s.

a torna” o “pilla pillota”, la “compañía familiar gallega”, los “muiños de herdeiros”, etc.; algunas de las cuales, con indudable valor etnográfico o antropológico, se indica que pueden presentar hoy en día escasa efectividad real—, complementando la conservación de dichas instituciones, a las que dedica un número importante de preceptos, con la introducción —en este caso, prescindiendo totalmente de la citada Compilación de 1963— de otras figuras jurídicas e instituciones novedosas que venía demandando la realidad social y jurídica gallega, en un afán por intentar superar las carencias legislativas que el Derecho propio de la Comunidad gallega había venido sufriendo a lo largo de su historia, y que, según se dice, le habían sido negadas por el Derecho civil común —afirmación ésta en cierto sentido discutible y en relación a la cual, a nuestro juicio, cabría realizar algunas posibles valoraciones de matiz—. Así se ha hecho, por ejemplo, con el tratamiento dado a los arrendamientos rústicos, la regulación del contrato de vitalicio, el establecimiento de un nuevo régimen en materia de sucesiones, o la regulación —en nuestra opinión, desde un punto de vista histórico, muy cuestionable en determinados aspectos— de la servidumbre de paso y serventías en la vigente LDCG (51). En atención a esta circunstancia, un cualificado sector de la doctrina gallega ha llegado a calificar a la mencionada norma como “un tanto particular”, por entender que dicha LDCG presenta inicialmente alguna dificultad en orden a determinar si realmente se trata de una Ley novedosa —en atención a las nuevas figuras que introduce, mucho más acordes con las necesidades realmente sentidas por la actual sociedad gallega—, o si, por el contrario —a la vista de determinadas instituciones consuetudinarias de marcado carácter agrario, que ya habrían desaparecido, pero que la Ley también regula—, no supone más que una continuación de la línea marcada por la Compilación de 1963 (52).

La doctrina jurídica que se ha ocupado del análisis y estudio de la LDCG —hasta el momento presente todavía no recurrida por el Gobierno central bajo alegación de inconstitucionalidad (53)— ha destacado en

(51) Cfr. algunos de los diversos artículos relativos a las materias señaladas, que aparecen recogidos en nuestro libro titulado *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*, A Coruña, 2001.

(52) Así lo ha manifestado REBOLLEDO VARELA en “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 1720.

(53) Como ha indicado REBOLLEDO VARELA: *Los derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbre de paso y serventía)*, 1999, p. 126 y nota 176, y esta es una matización importante, la circunstancia señalada no impide que, conforme a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 2/1979, de 3 de octubre, cualquier juez o tribunal gallego pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinadas normas o instituciones recogidas en la LDCG, que presenten un carácter conflictivo desde el punto de vista competencial, por invasión de las competencias exclusi-

relación a la misma una serie de aciertos o logros que, con carácter general, se concretarían, fundamentalmente, entre otros, en la introducción y regulación de una serie de instituciones o figuras no compiladas en 1963 –como, por ejemplo, el vitalicio, el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, el “apartamiento”, el testamento mancomunado o el testamento por comisario–, el aludido establecimiento de un sistema sucesorio propio con amplitud de pactos, así como la también señalada nueva regulación sobre arrendamientos rústicos, sancionando la libertad de pacto en cuanto a las rentas y la duración del contrato (54).

La existencia de normas de muy dudosa constitucionalidad, la inexplicable repetición de artículos en el texto legislativo, la introducción de preceptos superfluos que se limitan a reproducir artículos del Código Civil, la regulación vaga y ambigua de algunas materias, presentados como ejemplos de defectuosa técnica legislativa, así como también la preservación o introducción de algunas figuras tradicionales de dudosa pervivencia en la actualidad, se vienen señalando, entre otros, como posibles errores o desaciertos contenidos en la LDCG (55).

La necesidad de completar y corregir tales carencias e imperfecciones, así como también la de desarrollar ese Derecho propio al hilo de las nuevas necesidades que día a día va demandando la cambiante sociedad gallega, ha vuelto a generar nuevamente un rico y fructífero debate doctrinal en torno a diversas cuestiones referidas a determinadas instituciones que actualmente conforman y definen el denominado Derecho privado gallego.

Entre las diversas cuestiones suscitadas a partir y a consecuencia de la promulgación de la vigente LDCG se encuentra una especialmente importante, planteada desde una perspectiva jurídico-legislativa, que es la relativa a la posición que la costumbre ocupa en el sistema de fuentes del Derecho civil de Galicia. Con ella conectan toda una serie de problemas de notable consideración.

Dicha cuestión –que, por lo demás, no surge con carácter novedoso, puesto que la misma ya se había planteado con anterioridad en los aludi-

vas del Estado en materia de Derecho civil y exceso del Parlamento gallego en el ejercicio de sus competencias en la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio.

(54) Cfr., entre otros, con carácter general, BELLO JANEIRO: *El ejercicio de la competencia en materia civil...*, cit., pp. 83 y ss.; AAVV: *Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, s. f., pero 1996, pp. 11 y ss.; LORENZO MERINO: “Prólogo a la LDCG”, cit., pp. 23 y ss.; DÍAZ FUENTES: *Dereito civil de Galicia...*, cit., pp. 19 y ss.; AAVV: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, 1997, tomo XXXII, 2 volúmenes, *passim*; LETE DEL RÍO: “El Derecho civil de Galicia”, cit., pp. 30 y ss.; REBOLLEDO VARELA: “El Derecho civil de Galicia”, cit., pp. 1721 y s.

(55) Cfr. autores cit., en la nota precedente.

dos trabajos prelegislativos presentados en 1991 por la Comisión no permanente y el Consello da Cultura Galega— vuelve a poner de manifiesto la confrontación entre las posturas “autonomista” —entiende que el Parlamento es el que legisla— y “foralista” —defiende la primacía de la costumbre—, que la LDCG no resuelve, ni aclara, señalándose al respecto, como posible muestra de la oscuridad que presenta el citado texto normativo, sus artículos 1, 3.1, 3.2 y 2 (56).

Un sector importante de la doctrina viene insistiendo en el trato privilegiado que el legislador gallego ha dado a la costumbre, a la que parece atribuir, según se deduce de su articulado, un lugar preferente frente al Derecho parlamentario, admitiendo en el artículo 3.1 la costumbre *contra legem*, frente a las leyes dispositivas, y no frente a las imperativas —“no serán de aplicación los usos y costumbres cuando sean contrarios a las leyes imperativas”—, con la duda de si tal prevalencia lo es exclusivamente sobre las normas dispositivas del Código Civil —a que se refiere el núm. 1 del propio art. 3—, o también a las leyes gallegas, cuestión ésta que presenta una gran trascendencia práctica, al someter al criterio del juzgador la decisión sobre la prevalencia de la LDCG o una costumbre contraria a sus disposiciones (57).

Avalarían el indicado trato privilegiado que la norma básica del ordenamiento jurídico-civil gallego otorga a la costumbre, el artículo 1 de la Ley, que al describir las normas que configuran el Derecho civil de Galicia cita en primer lugar a los usos y costumbres propios, y, después, a las normas contenidas en la Ley; asimismo, en el artículo 2.1 —a diferencia del 1.3 del Código Civil— se señala que los usos y costumbres notorios no requerirán prueba —lo que también se reitera en el art. 2.2 de la Ley 11/1993 (58), en el que además se establece la posibilidad de moti-

(56) Así, se señala, “en los artículos 1 y 3.1, al referirse a la aplicación del Código Civil y demás Leyes civiles comunes, se habla del uso y la costumbre y normas dispositivas de la Ley gallega, con lo que parece que han de coexistir en pie de igualdad; pero en el artículo 3.2 se dice “que no serán de aplicación los usos y costumbres cuando fuesen contrarios a leyes imperativas”, con lo cual parece que se está otorgando preferencia a la costumbre sobre la ley dispositiva, aunque diversos preceptos de la Ley (arts. 35, 56 y 133) vienen a confirmar lo contrario; y, por si esto fuera poco, en el artículo 2 se declara que “los usos y costumbres notorios no requerirán prueba, añadiéndose que “son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia”. *Vid.* LETE DEL RÍO: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 33.

(57) *Vid.* REBOLLEDO VARELA: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 1724. Cfr., en sentido similar, GARCÍA RUBIO: “Las fuentes del Derecho civil gallego”, en *Manual de Derecho civil gallego*, AAVV, 1999, p. 42.

(58) Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento de Galicia, sobre el Recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia, que fue recurrida por el Gobierno central bajo alegación de inconstitucionalidad (Rec. 3141/93), por considerar que vulneraba la competencia

var el recurso de casación en “error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre”—, siendo también, de acuerdo con el artículo 2.2, criterio de interpretación e integración del Derecho gallego; y, finalmente, conforme al artículo 3.1, la costumbre gallega se hace prevalecer frente a las propias normas del Código Civil, ya fuesen imperativas o dispositivas, puesto que dichas normas únicamente se aplicarán “al faltar costumbres y Leyes civiles gallegas” (59).

5. Breve referencia a la problemática procesal y sustantiva que suscita la costumbre en el actual Derecho civil de Galicia

Esta circunstancia —supuesta posición prevalente de la costumbre, que en el sistema de fuentes se coloca tras la Ley imperativa gallega, pero por delante de la Ley dispositiva— ha dado lugar a que la doctrina gallega se

exclusiva del Estado en materia de legislación procesal —art. 149.1.6 de la Constitución española—, dictándose en fecha reciente (29 de marzo de 2004) la correspondiente sentencia por el Tribunal Constitucional (ponente: Excmo. Sr. García Manzano), a la que se acompañaron dos votos particulares —uno formulado por los magistrados Cachón Villar, y Casas Baamonde; y el otro por Conde Martín de Hijas, al que se adhirió posteriormente el también magistrado García Calvo y Montiel—, y en la que se procedió a “declarar inconstitucionales y nulos, por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, los siguientes preceptos de la mencionada Ley: artículo 1.º, salvo el apartado letra a) en su inciso final “y cualquiera que sea la cuantía litigiosa”, en los términos expuestos en el fundamento jurídico último; artículo 2.º en su número 1.º; artículo 3.º; artículo 4.º y la disposición adicional”. En cuanto a la necesidad de proceder a regular el recurso de casación a través de la correspondiente norma autonómica ante el TSJ Galicia, a consecuencia —según sostenía un sector de la doctrina gallega— de las especificidades concurrentes en el Derecho civil de Galicia, *vid.* GARCÍA CARIDAD: *Encontros sobor da casación no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Encuentros sobre la casación en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia)*, 1990. Más recientemente, respecto al complicado tema relativo a los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito procesal, *cfr.* BUSTO LAGO: “Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre las «necesarias especialidades» procesales que deriven de su Derecho sustantivo propio (Comentario a la STC 127/1999, de 1 de julio)”, en *Derecho Privado y Constitución*, número 13, 1999, pp. 81 y ss.; y específicamente para el caso gallego FERREIRO BAAMONDE: “As competencias da Comunidade Autónoma de Galiza na denominada «materia de xustiza»”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 4, 2000, pp. 167 y ss.

(59) REBOLLEDO VARELA: “El Derecho civil en Galicia”, *cit.*, p. 1724. No obstante, este autor, *op. cit.*, p. 1725, frente a lo señalado, indica que “cabe sustentar que sólo excepcionalmente la Ley 4/1995 expresamente prevé la aplicación de los usos o costumbres antes que sus propias disposiciones (por ejemplo, art. 57 en materia de aparcerías), siendo constantes en su Exposición de Motivos las referencias a un tránsito de un Derecho consuetudinario a un Derecho parlamentario. Por otra parte, las instituciones consuetudinarias más relevantes han sido precisamente las que han pretendido ser objeto de regulación en la Ley 4/1995 y, en último término, aunque desde una visión puramente pragmática, es de constatar cómo los Tribunales gallegos, desde la entrada en vigor de la Ley 4/1995, solamente están acudiendo a la costumbre para resolver los problemas de Derecho transitorio...”.

formule una serie de preguntas en torno a los que se señalan como diversos problemas derivados, tanto de la mencionada circunstancia en particular, como, en general, de las referencias que en la LDCG se realizan a la costumbre (60).

Por lo que se refiere al lugar que ocupa la costumbre en el sistema de fuentes del Derecho civil de Galicia, se cuestiona si el mismo es el más adecuado actualmente, e incluso, si la propia costumbre, desde su consideración como posible fuente del Derecho, resulta compatible con determinados principios constitucionales básicos, como el de seguridad jurídica y el de publicidad de las normas (61).

En cuanto a los problemas que se pueden presentar a consecuencia de las referencias que la Ley hace a la costumbre, se suele distinguir los que son específicos de Derecho gallego y los denominados como clásicos de la costumbre dentro de las fuentes del Derecho.

Entre los primeros –partiendo de la consideración de que al aludir a los usos o costumbres únicamente se estaría haciendo referencia a los usos y costumbres que no aparecen en el texto legal (costumbres territoriales, comarcales o locales), puesto que los recogidos en la Ley habrían dejado de tener la consideración de uso o costumbre, para pasar a tener naturaleza legal–, se cuestiona, por ejemplo, cuáles son los usos y costumbres a los que se refiere la Ley, a consecuencia de su formal desaparición al pasar unos, según se dice, a normativa positiva legislada, y desaparecer los otros en 1987, por convertirse la Compilación de 1963 en Derecho civil único de Galicia (62).

Dentro de los problemas clásicos que se suscitan en torno a la teoría general de la costumbre, se alude, entre otros, además del relativo a la posible determinación de si la referencia que se efectúa a usos y costumbres

(60) Seguimos al respecto el esquema expositivo que traza GARCÍA RUBIO en “Las fuentes del Derecho civil gallego”, cit., pp. 42 y s.

(61) Vid. GARCÍA RUBIO: *op. cit.*, *loc. cit.* En relación a la crítica que se formula a la costumbre asentada en la falta de seguridad jurídica, cfr. las matizaciones realizadas por SEOANE IGLESIAS en “Usos y costumbres propios del Derecho civil de Galicia en las decisiones judiciales”, recogido en el Libro del III Congreso de Derecho Gallego, editado en los números 191-192, de la Revista *Xurídica Foro Galego*, año 2003, pp. 77 y ss.

(62) Según lo establecido por la disposición final primera de la Compilación, integrada por la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación de Derecho civil de Galicia, mediante la que se derogaba todo el Derecho anterior, y en la que se optaba por la Ley como primordial fuente del Derecho civil gallego, pasando a convertirse en Ley –lo que, sin embargo, no se hizo en la LDCG– incluso el Derecho consuetudinario: “las normas de Derecho civil de Galicia, escrito o consuetudinario, vigentes al promulgarse la Compilación de 2 de diciembre de 1963, se sustituyen por las contenidas en ella, sin perjuicio de la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre el Derecho civil gallego respecto a su conservación, modificación y desarrollo”. Vid. REBOLLEDO VARELA: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 1724; GARCÍA RUBIO: “Las fuentes del Derecho civil gallego”, cit., p. 42.

debe de entenderse como alusión a dos realidades terminológicas distintas, o más bien como expresiones sinónimas (63), a los dos siguientes: ¿puede ser contraria a la Ley, a la moral o al orden público (en este caso, gallego; concepto que se conectaría con el de Ley imperativa gallega)?; ¿requiere *opinio iuris*?, y, en caso afirmativo, ¿tienen fundamento consuetudinario —a los efectos de legitimación competencial— algunas instituciones consuetudinarias recogidas en la LDCG, como por ejemplo ocurre con la situación de ausencia no declarada?

Además de todas estas cuestiones de carácter sustantivo que suscita la costumbre, se suelen señalar otras de carácter práctico-procesal, que giran fundamentalmente en torno a la prueba de aquélla.

Respecto a la prueba de la costumbre (64), en el artículo 2.1 de la LDCG se indica que “los usos y costumbres notorios no requerirán prueba”, especificándose a continuación el aludido concepto de notoriedad: “son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia territorial de Galicia”.

Las referencias que en el artículo indicado se contienen a los usos y costumbres aplicados por el Tribunal Supremo, así como a los denominados “compilados”, han sido respectivamente objeto de matización y crítica por un sector de la doctrina.

En cuanto a los primeros se especifica que, lógicamente, serán los usos y costumbres aplicados por el Tribunal Supremo, en la medida en que dicho Alto Tribunal haya aplicado o aplique el Derecho gallego (*vid.* Auto del TSJ Galicia, de 22 de julio de 1994) (65).

Por lo que se refiere a los “compilados”, se resalta la incorrección en que se incurre al utilizar dicha expresión, referida a la Compilación ya derogada, y, por lo tanto, inexistente en nuestros días; por otra parte, se insiste en que tal término tampoco puede entenderse respecto a las costumbres recogidas en la vigente Ley, puesto que al incluirse en la misma, según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, dejan de ser costumbres para convertirse, según se ha dicho anteriormente, en Ley (66).

(63) En opinión de GARCÍA RUBIO: *op. cit.*, p. 43, esta última sería la interpretación más acorde con la LDCG, según parece poder deducirse del artículo 3.1 de la citada Ley. Cfr. también PENA LÓPEZ: “Comentarios a los artículos 1.º a 3.º de la LDCG”, *cit.*, pp. 55 y ss.

(64) Cfr., con carácter general e indicativo, respecto a determinadas cuestiones relativas a esta materia, como la referida al objeto de la prueba de la costumbre, o al doble aspecto que presenta la costumbre en su consideración como hecho y derecho, con bibliografía recogida en notas, el señalado artículo de SEOANE IGLESIAS titulado “Usos y costumbres propios del Derecho civil de Galicia en las decisiones judiciales”, *cit.*, pp. 80 y ss.

(65) *Vid.* GARCÍA RUBIO: “Las fuentes del Derecho civil gallego”, *cit.*, p. 43.

(66) GARCÍA RUBIO: *op. cit.*, *loc. cit.*

Probablemente el artículo, según se dice —y ésta sería la explicación de por qué se hace una referencia incorrecta a los denominados usos y costumbres “compilados” en la norma— sería una copia del segundo párrafo del artículo 2.2 de la indicada Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento de Galicia, relativa al recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia, en el que textualmente se indica: “los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. A los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, o por la Antigua Audiencia Territorial de Galicia”.

A través de la Ley ahora señalada —que, como ya se ha indicado anteriormente, fue recurrida como inconstitucional (Rec. núm. 3141/93), y sobre la que recientemente se pronunció en sentencia el Tribunal Constitucional— se establece la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ Galicia, alegando como posible motivo (art. 2.2) el “error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre” (67).

La condición de notorio de un uso o costumbre presenta, por consiguiente, trascendental importancia en Derecho civil gallego.

Dicha notoriedad se suele señalar que no tiene por qué ser absoluta y general, como se exige en el Derecho civil estatal, puesto que en el gallego, como ha declarado el TSJ Galicia en su sentencia dictada con fecha de 12 de mayo de 2000, además de los usos y costumbres notorios relacionados con el texto legal (68), también se admite “que existan otros usos

(67) *Vid. supra* nota 58 de este trabajo. La redacción original establecida para el artículo 2.2 de la Ley 11/1993 se mantiene tras dictarse la correspondiente sentencia, por considerarse la misma ajustada a los preceptos constitucionales. A la vista de lo señalado, cabría realizar entonces la apreciación de que el valor e importancia tradicionalmente otorgado a los usos y costumbres en el Derecho civil de Galicia da la impresión de reafirmarse con esta sentencia dictada por el Tribunal Constitucional.

(68) Entre las figuras o instituciones de marcado carácter consuetudinario que se han incorporado al articulado de la LDCG, se suelen citar: la casa petrucial, la veciña y los petrucios (arts. 9 y 10), aguas de “torna a torna ou pilla pillota” (art. 16), muiños de herdeiros (arts. 18 a 20), agras y vilares (arts. 21 a 23), serventías (arts. 30 a 32), cómaro, ribazo o arró (art. 33), retracto de graciosa (art. 34), vitalicio (arts. 95 a 97), compañía familiar (arts. 100 a 110), usufructo voluntario de viudedad (arts. 118 a 127), pacto de mejora (arts. 128 y 129), derecho de labrar y poseer (arts. 130 a 133), apartaciones (arts. 134 y 135), testamento mancomunado (arts. 137 a 140), y la mejora de tercio y quinto (art. 144.2). Cfr., en relación a las mismas, y a otras instituciones o figuras ya perdidas, SEOANE IGLESIAS: “Usos y costumbres propios del Derecho civil de Galicia en las decisiones judiciales”, cit., pp. 88 y ss. Por lo que se refiere a las sentencias que en relación a algunas de dichas instituciones han sido dictadas por el TSJ Galicia, *vid.*, con carácter ejemplificativo, las citadas en la *Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia*, elaborada por los miembros de la Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, y recogida en el *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen II, p. 2383.

o costumbres notorios si existe constancia objetiva de su conocimiento generalizado” (69).

Todos aquellos usos y costumbres que no sean notorios, *sensu contrario*, deberán ser alegados ante el Tribunal y debidamente probados, aunque, no obstante lo indicado, se señalan otras dos posibilidades más en las cuales se sostiene que se produce una exención del cumplimiento del aludido requisito de su prueba, pudiendo, según se dice, ser aplicados por el juzgador de oficio: por un lado, cuando las partes intervinientes en el litigio se encontrasen “conformes en su existencia y contenido, y sus normas no afectasen al orden público (en consonancia con lo prescrito en el art. 281.2 LEC 1/2000) (70), y por otro, cuando, sin ser alegados por las partes, el propio juzgador, teniendo conocimiento de los mismos –en cuyo caso, serían notorios para éste–, los considerase aplicables al supuesto en cuestión.

Como se puede comprobar, a partir de lo indicado –y el desarrollo histórico que se está operando desde la entrada en vigor de la LDCG hasta el momento presente así lo confirma de manera plena–, la labor desempeñada en el ámbito jurídico-civil gallego, tanto por el TSJ Galicia, como por los demás órganos jurisdiccionales y colegiados que vienen actuando en la Comunidad Autónoma gallega –al igual que señalamos en el caso de la doctrina– cobra particular intensidad e importancia, y está resultando fundamental en la configuración, consolidación y desarrollo del Derecho civil propio de dicha Comunidad.

En este sentido se suele resaltar que los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio de la función que tienen reconocida, no han dudado en aplicar la LDCG en todos los litigios que han tenido oportunidad de hacerlo, incluso a veces con problemas de congruencia ante su mayor desconocimiento por parte de los letrados y su falta de alegación, siendo ya constatable la existencia de una sólida doctrina jurisprudencial emanada del

(69) R. J. Aranzadi 4314 (ponente: Saavedra Rodríguez), FJ 2.º: “la notoriedad es un predicamento de lo que es público y sabido de todos, y ello es así si existe constancia de ese conocimiento general con independencia de que esté o no recogido por la jurisprudencia o compilado. Lo que establece la norma es que, si el uso o costumbre está compilado o recogido en las sentencias de los citados tribunales, adquiere la condición de notorio y no precisa prueba de su existencia, pero no quita que existan otros usos o costumbres notorios si existe constancia objetiva de su conocimiento generalizado. En tales casos tampoco se precisa la prueba del uso o costumbre”.

(70) *Vid.*, en el sentido indicado, SEOANE IGLESIAS: “Usos y costumbres propios del Derecho civil de Galicia en las decisiones judiciales”, cit., pp. 85 y ss. Cfr. además las prevenciones formuladas en torno al principio dispositivo contenido en el citado artículo 281 de la LEC por la ponencia de la Sección Primera del III Congreso de Derecho gallego, recogida en el Libro del Congreso, ya indicado, pp. 49 y s.

TSJG, aun a pesar del poco tiempo transcurrido (71). Tampoco han dudado –como ha ocurrido en alguna ocasión– en intervenir, inadmitiendo el recurso correspondiente interpuesto por la parte de que se trataba, a consecuencia de la introducción por aquélla de una serie de cuestiones jurídicas nuevas y distintas de las planteadas en las instancias jurisdiccionales anteriores, pero procediendo a entrar en el fondo del asunto, aun cuando lo fuera, según se decía, a efectos meramente clarificadores (72).

Por lo que respecta a la determinación por parte de los órganos jurisdiccionales de los usos y costumbres que no han sido recogidos por el legislador gallego en la LDCG –al margen de las numerosas sentencias dictadas a consecuencia de cuestiones litigiosas planteadas en relación a las instituciones de marcado origen consuetudinario, que por el contrario sí aparecen recogidas en la Ley (73), así como de algunas otras resoluciones jurisdiccionales en las que dichos órganos han procedido a clarificar la correcta consideración de determinadas instituciones a las que pretendidamente se ha intentado enmarcar en el ámbito consuetudinario gallego (74)–, los Tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse realizando diversas e importantes precisiones en torno a instituciones consuetudinarias, como los “montes abertales”, “abiertos”, “de varas”, “de voces” o “de fabeo”, el “resío” y la “venela”, las “plantaciones de arbolado –en concreto, de eucalipto– en heredad contigua sin guardar distancias”, la

(71) Vid. REBOLLEDO VARELA: “El Derecho civil de Galicia”, cit., p. 1722. Especialmente importantes, por ejemplo, y entre otras, son las resoluciones casacionales dictadas por el Alto Tribunal en materia de derechos reales, respecto a problemas concretos surgidos en torno a dos instituciones particularmente importantes y conflictivas que aparecen reguladas en la vigente LDCG: las servidumbres de paso y las serventías. En relación a dichos problemas, remitimos, entre otros, a nuestro artículo –y bibliografía citada en el mismo–, titulado “La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia como elemento de desarrollo del Derecho civil gallego (servidumbres y serventías)”, ahora recogido en el libro *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*, cit., pp. 226 y ss.

(72) Como por ejemplo ocurre en la STSJ Galicia (Sala de lo Civil y Penal), dictada con fecha de 24 de abril de 1999. Cfr. respecto a la misma ENJO MALLOU: “Comentario á sentenza de 24 de abril de 1999 do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Civil e Penal)”, recogido en *Revista Xurídica Galega*, número 23, año 1999, pp. 263 y ss.

(73) Respecto a algunas figuras de carácter consuetudinario que han sido incorporadas al articulado de la LDCG, *vid., supra*, nota 68 del presente trabajo.

(74) Como por ejemplo ha ocurrido con la prescripción inmemorial en su aplicación referida a la adquisición de la servidumbre de paso. Cfr., al respecto, con cita de sentencias del TSJ Galicia, SEOANE IGLESIAS: “Usos y costumbres propios del derecho civil de Galicia en las decisiones judiciales”, cit., p. 91. Más concretamente, sobre otros aspectos del problema planteado con la introducción en la LDCG de la posibilidad de adquirir las servidumbres de paso por usucapión, *vid.,* entre otros, nuestro estudio titulado “Reflexiones críticas sobre el reconocimiento de la usucapión como forma de constitución de las servidumbres de paso en la vigente Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito civil de Galicia”, ahora recogido en el libro anteriormente citado, *Servidumbres y serventías*, pp. 135 y ss.

“gabia” o “gavia”, la costumbre de “cara boa”, y el “pé de rei” o “pé do rei” (75).

Esta importante y eficaz labor desarrollada por la jurisprudencia contrasta con la que, hasta fechas más bien recientes, calificábamos como escasa o, en su defecto, insuficiente, y, en algunas ocasiones también, extemporánea preocupación por parte del estamento político gallego por su propio Derecho privado (76).

Los distintos Gobiernos autonómicos que ha tenido esta Comunidad, frente a los de otras, no parecen haber considerado como esencial dicho Derecho en la estructura política de Galicia; frente a lo que ha ocurrido en el caso del idioma, las instituciones civiles o de Derecho privado gallego no han sido utilizadas como motivo de identidad (77).

En este sentido, dentro del ámbito propiamente político (legislativo-constitucional), de un tiempo a esta parte, se ha venido cuestionando y criticando por un importante sector de la doctrina gallega el desarrollo realizado por el legislador gallego –calificado como parcial y reducido respecto de las posibilidades permitidas por el art. 149.1 de la Constitución, y de los límites más o menos perfilados en relación al mismo por el Tribunal Constitucional– del ejercicio de las competencias que respecto a la conservación, modificación y –especialmente por lo que al tema de las relaciones ley/costumbre se refiere– desarrollo de su propio Derecho civil fueron asumidas por aquél con carácter exclusivo en el artículo 27.4 del estatuto de Autonomía para Galicia, a diferencia de lo ocurrido en otras Comunidades históricas españolas, también dotadas de esas mismas competencias exclusivas (78).

(75) Cfr., amplia y documentadamente, SEOANE IGLESIAS: *op. cit.*, pp. 91 y ss.

(76) Venimos insistiendo en esta circunstancia de manera reiterada en diversos escritos. Cfr. recientemente, por ejemplo, “Notas en torno al actual proceso de revisión y reforma de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Dereito civil de Galicia”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 7, año 2003, pp. 689 y ss.

(77) Vid. REBOLLEDO VARELA: “El Derecho civil de Galicia”, *cit.*, pp. 1702 y s.

(78) Según un sector importante de la doctrina, la referida posibilidad legislativa, reconocida por el artículo 149.1.8 de la Constitución española de 1978 en el ámbito civil autonómico, encontraría su límite en las normas de aplicación general y directa contenidas en el referido precepto constitucional *in fine*, sin que ello implique necesariamente –apoyándose en la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional con ocasión del planteamiento de determinados recursos de inconstitucionalidad en sus sentencias 121/1992, de 28 de septiembre, 182/1992, de 16 de noviembre, 88/1993, de 6 de mayo– la obligación por parte de los Parlamentos autonómicos de tener que ceñirse, en el ejercicio de su capacidad legislativa civil reconocida constitucionalmente, exclusivamente a las instituciones históricas o consuetudinarias recogidas en sus antiguas Compilaciones de Derecho civil foral o especial, argumentándose al respecto que “si bien las Compilaciones han de ser el punto de partida sin que el desarrollo de los llamados históricamente Derechos forales pueda suponer su extensión a instituciones ajenas, sí es posible el complemento de la regulación de instituciones propias forales, lo que podrá implicar la apli-

En la actualidad, la anteriormente aludida falta de iniciativa política, en cierta medida, ha venido a ser paliada –en nuestra opinión, con evidente acierto, pero también con cierto retraso– con la nueva puesta en funcionamiento por la Xunta de Galicia de la denominada “Comisión Superior para el estudio y desarrollo del Derecho civil gallego” (79).

La mencionada Comisión Superior, habiéndose hecho eco de la necesidad de completar, corregir y desarrollar el Derecho civil propio, cuyo marco normativo referencial básicamente aparece recogido en la Ley, sentida y manifestada con especial intensidad por la doctrina y jurisprudencia gallegas durante los ya más de cinco años transcurridos desde la promulgación de la LDCG –previstos en su disposición adicional segunda como plazo indicativo revisorio de dicho cuerpo normativo–, en cumplimiento de las funciones que a través de la correspondiente normativa autonómica le han sido atribuidas, ha procedido a elaborar un texto articulado (80), en el que, como su nombre indica, se contiene una denominada “Propuesta de reforma de la LDCG”.

Por otra parte, durante los días 27 a 29 de noviembre del año 2002, se celebró el III Congreso de Derecho gallego, en el que aproximadamente unos trescientos cincuenta juristas, que vienen desempeñando su actividad profesional en la Comunidad gallega, tuvieron la oportunidad de efectuar una valoración crítica del funcionamiento de la LDCG en el tiempo transcurrido desde su promulgación y de aportar sugerencias y propuestas de revisión y desarrollo de determinados aspectos de su normativa, que, como conclusiones del Congreso, fueron recogidas por escrito en una reciente

cación del régimen foral a instituciones conexas con las privativas cuando los principios forales y la realidad social del territorio foral impongan una disciplina particular”. *Vid.* REBOLLEDO VARELA: *Los derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia*, cit., p. 126. En relación al marco constitucional y estatutario de la competencia autonómica en materia civil, con carácter general, cfr., por todos, BELLO JANEIRO: *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega*, cit., pp. 19 y ss., y bibliografía allí cit. Sobre la significación de los términos conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, contenidos en el artículo 149.1.8 de la Constitución española, *vid.* nuestro trabajo titulado “Notas en torno al actual proceso de revisión y reforma de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia”, publicado en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, número 7, año 2003, pp. 695 y s.

(79) Los datos relativos al origen, la composición y los trabajos realizados por la denominada Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, se pueden consultar en la ya señalada “Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia”, cit., recogida en el volumen II del *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, pp. 2381 y s.

(80) Entregado al Conselleiro de Xustiza, Interior y Relacións Laborais en el mes de abril del año 2001, y dado a conocer a la opinión pública en su primera versión (salvo con algunas modificaciones introducidas, referentes a la partición, derivadas de sesiones de trabajo ulteriores de la Comisión), a iniciativa de los propios miembros de la citada Comisión, en el año 2002, con motivo de la edición del *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, en cuyo volumen II, pp. 2371 y ss., se incluye.

publicación (81), y elevadas al legislador gallego para su posible toma en consideración, con la finalidad de lograr una mayor funcionalidad y operatividad de la citada Ley.

El hecho de disponer, como ya se ha indicado, de un texto articulado, elaborado por la susodicha Comisión Superior, así como también de otros diversos materiales, como ponencias y comunicaciones que, en orden a una posible revisión del mencionado cuerpo normativo han sido aportadas, analizadas, y que han dado lugar a la elaboración de diversas conclusiones adoptadas en el seno del III Congreso de Derecho gallego, son datos significativos que permiten albergar fundadas esperanzas de que la tan solicitada y necesaria revisión o reforma de la Ley –aunque todavía no se conozca a ciencia cierta en qué momento– se llevará a término.

En los indicados materiales con los que actualmente se cuenta se contienen una serie de pautas o criterios que, desde la que ya parece, no sólo como formalmente asumida, sino también materialmente manifestada conciencia de la posibilidad de autointegración y desarrollo de su Derecho civil propio, se formulan en torno a la conservación, modificación y desarrollo de las figuras e instituciones que conforman aquél.

Las diversas cuestiones que se plantean en torno a la mencionada conservación, modificación y desarrollo de la LDCG –respecto de las que nos vamos a limitar a realizar determinadas indicaciones muy sucintas, centradas especialmente en el tema que nos ocupa (costumbre e instituciones consuetudinarias)–, son variadas e importantes (82).

En cuanto a la forma general en que se ha considerado que se debe de proceder a llevar a cabo la señalada revisión o reforma de la LDCG, se puede apreciar que existe una coincidencia entre los miembros de la Comisión Superior y los de las distintas Secciones en que se estructuró el III Congreso de Derecho gallego, entendiendo al respecto que se ha de partir de la estructura básica y contenido de la norma fundamental del ordenamiento jurídico-civil gallego, desechando, por consiguiente, la rea-

(81) *Libro del III Congreso de Derecho Gallego*, que se corresponde con el volumen en el que se incluyen los números 191 y 192 de la *Revista Xurídica Foro Galego*, año 2003, VII época. Junto al mismo también se contienen referencias interesantes en las otras dos publicaciones en que se recogen los dos Congresos celebrados anteriormente, en el mes de octubre de 1972 (*Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, promovido por los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia y la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, editado por la Comisión Ejecutiva del I Congreso de Derecho gallego, La Coruña, 1974), y en el de junio de 1985 (con referencias mucho más sucintas, recogido en *Foro Gallego. Revista jurídica general de Galicia*, núm. 182, año 1986, pp. 1 y ss.)

(82) A algunas propuestas nos hemos referido recientemente en dos escritos: “Panorama del Derecho de personas y familia en el Derecho civil de Galicia”, publicado en *La Ley*. Galicia, año XXIV, suplemento de julio de 2003, pp. 1 y ss., y “Notas en torno al actual proceso de revisión y reforma de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia”, cit.

lización de posibles reformas parciales o de modificaciones aisladas y sectoriales de la misma.

La pregunta que actualmente se formula se concreta en qué es lo que se tiene que conservar, qué se ha de modificar y qué se debería de desarrollar en materia de Derecho civil de Galicia.

A dicha cuestión es evidente que ha de darse respuesta, como acertadamente han señalado los miembros de la Comisión Superior, tomando en consideración tres factores: el Derecho histórico propio, la jurisprudencia y las opiniones doctrinales; todo ello con la finalidad de proporcionar soluciones específicas a problemas jurídicos propios de la realidad social gallega.

A la extraordinaria importancia e influencia de la doctrina ya hemos tenido oportunidad de referirnos *supra*.

Por lo que se refiere al denominado Derecho histórico propio de Galicia, también hemos tenido ocasión de señalar que todavía existen bastantes, variadas e importantes lagunas e incógnitas todavía no resueltas, o, en su caso, sólo parcialmente contestadas, a las que resulta imprescindible responder y necesario aclarar, con la finalidad de poder obtener una visión mucho más completa y exacta del fenómeno que se pretende analizar en su conjunto, así como de la problemática jurídica que en torno al mismo se ha venido y se viene planteando.

Con la finalidad de proporcionar –según se pretende en esencia al formular la propuesta de revisión de la LDCG– determinadas soluciones específicas a los problemas jurídicos propios de la realidad social gallega actual, a nuestro juicio, resulta imprescindible –como también hemos tenido oportunidad de señalar en otra serie de escritos (83)– proceder a realizar, en primer lugar y como es lógico, con carácter previo a la concreción de las mencionadas soluciones, un contraste entre las viejas necesidades específicas que se plantearon en Galicia y las que hoy en día se manifiestan, intentando contestar de la forma más rigurosa y veraz posible a una serie de cuestiones básicas, como, por ejemplo, las siguientes: ¿cuáles han sido y cuáles son esas necesidades?; ¿qué es lo que ha cambiado y cómo ha cambiado?; ¿qué es lo que se ha mantenido y cómo se ha mantenido?

Para poder responder adecuadamente a estas preguntas, entendemos que en un sistema jurídico como el gallego, en el que la costumbre ocupa –y a la que, por lo menos de momento, todavía se le está otorgando– un papel fundamental, resulta imprescindible –lo que no parece haberse hecho– la intervención en el debate, no sólo de juristas, sino también de otros ex-

(83) Vid., por ejemplo, entre otros, *Sobre el posible interés del estudio de la formación, contenido y desarrollo del denominado Derecho civil gallego: algunos argumentos justificativos*, cit., pp. 926 y s.

pertos en ramas del saber económico y social; especialmente antropólogos sociales, que, mediante sus conocimientos contrastados, a través de sus estudios de campo, puedan ayudar a clarificar las cuestiones planteadas –cuyo carácter interdisciplinar, sin lugar a dudas, resulta evidente–, procediendo a determinar con la mayor exactitud posible en qué y cómo se han sustanciado dichas transformaciones y cambios, si es que los mismos realmente se han producido (84).

Respecto a la intervención jurisprudencial –cuya actuación resolviendo conflictos que afectaban a buena parte del articulado de la LDCG también ha sido puesta de manifiesto *supra*, y que por evidentes razones de seguridad jurídica asimismo debe de ser tomada especialmente en consideración–, cabe realizar ahora dos observaciones, en particular por lo que se refiere al reconocimiento práctico –entendido como confirmación– de determinadas figuras o instituciones, cuya posible existencia había resultado cuestionada por algún sector determinado de la doctrina.

Dicho reconocimiento jurisprudencial de tales figuras –no muy amplio en cuanto al número de sentencias dictadas, por lo que a algunas de esas figuras o instituciones se refiere–, por una parte, permitiría rebatir las críticas realizadas a la Ley por un sector de la doctrina, considerándola como norma que contiene instituciones de tipo fundamentalmente rural, desfasadas respecto al momento actual, y supuestamente extinguidas; por otra, induce a cuestionarse si tal reconocimiento jurisprudencial particularizado de dichas figuras –que, según los miembros de la Comisión Superior, confirmaría su plena vigencia (85)–, realmente se identifica en todos los casos, no sólo con la figura o institución concreta de que se trata, sino también con su espíritu y la función para la que teóricamente había surgido; o, más bien, la misma, en realidad, lo único que hace es mantener su denominación nominal, pero sin que, en el fondo, se corresponda con su auténtica esencia, contenido y función.

La cuestión relativa a qué instituciones y figuras jurídicas contenidas en la Ley deben o no ser conservadas –que, por lo demás, como se ha visto, resulta recurrente en el tiempo– todavía permanece abierta y es ob-

(84) Con carácter ejemplificativo se puede citar, entre otras, la, a nuestro juicio, magnífica obra de FERNÁNDEZ DE ROTA e IRIMIA titulada *Los protagonistas de la economía básica. La vanguardia ganadera y la "casa" en el Este de la provincia de A Coruña*, s. l., pero, A Coruña, 1998, en la que los autores citados –ambos antropólogos sociales– analizan los ejes fundamentales de la transformación operada en los últimos cuarenta años en una zona concreta de la ruralía gallega, intentando comprender la cambiante realidad económica, institucional y política, desde su dimensión más importante, que es la humana. La lectura de la señalada obra se complementa y compagina con otra monografía anterior, en nuestra opinión también particularmente interesante y sugestiva, de FERNÁNDEZ DE ROTA, titulada *Antropología de un viejo paisaje gallego*, Madrid, 1984.

(85) Vid. "Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia", cit., p. 2383.

jeto de debate. Así, mientras que los miembros de la Comisión Superior defienden en su Propuesta la subsistencia de todas las instituciones y figuras jurídicas contenidas en la norma, en el seno del Congreso se formuló alguna propuesta de eliminación concreta, en algún caso no sin ciertas contradicciones internas entre los propios miembros de las diferentes Secciones (86).

Especial interés y dificultad ofrece el proceso de transformación que se sugiere operar en torno a determinadas instituciones o figuras antiguas propias —como por ejemplo ocurre, entre otros, en los casos de la paradigmática compañía familiar gallega, de las serventías o el vitalicio— para las que se han solicitado introducir —sobre todo durante la celebración del III Congreso de Derecho gallego— una serie de transformaciones, procediendo a “revitalizarlas” y “reutilizarlas”, con la finalidad de readaptarlas para poder hacer frente convenientemente a las nuevas necesidades y problemas que se plantean en la actualidad (87).

Al respecto cabe señalar que tanto para llevar a cabo la correspondiente revisión con carácter general de la LDCG que ahora se propone, así como para proceder, con carácter particular, a la correspondiente transformación, entendida como modificación —la que denominamos como “revitalización” o “recuperación”—, desarrollo o ampliación de determinadas figuras jurídicas o instituciones tradicionales —si es que la misma, por supuesto, se considera necesaria y conveniente—, debe existir una cierta coherencia.

Para ello habrán de tomarse necesariamente en cuenta los denominados principios informadores del Derecho gallego, puesto que el conjunto institucional que integra el Derecho civil propio de Galicia no ha de concebirse como un conjunto asistemático de instituciones, sino como proyección de un sistema institucional, peculiar y propio, que pretende dar respuesta a problemas típicos de la realidad socioeconómica gallega de acuerdo con dichos principios informadores asimismo propios.

Finalmente, también resulta preciso referirse específicamente a la cuestión fundamental relativa a la posición que se pretende otorgar a la costumbre en el sistema de fuentes, siendo distintas las actitudes que se han tomado en cuanto a la misma por los miembros de la Comisión Superior y los congresistas intervinientes en el III Congreso de Derecho gallego, respectivamente.

(86) A ello aludíamos en “Panorama del Derecho de personas y familia en el Derecho civil de Galicia”, cit., p. 2. Cfr., además, el ahora publicado *Libro del III Congreso de Derecho gallego*, cit., pp. 51 y s., 115 y 556.

(87) Cfr. *Libro del III Congreso de Derecho gallego*, cit., pp. 118 y ss., 132, 164 y ss., 198 y ss., 226 y s., 334 y ss., 354, 556, 560, 568 y s.

Los miembros de la señalada Comisión Superior indican en las denominadas “Consideraciones de índole general sobre la reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia”, recogidas en su Propuesta de reforma, que en el texto que proponen no se incluyen normas relativas al título preliminar –vigentes arts. 1 a 5 LDCG, en algunos de los cuales, como ya se ha indicado, se hace referencia a las fuentes–, justificando la adopción de tal criterio porque “en el ámbito del citado título preliminar coexisten normas referentes al Derecho civil de Galicia –*vid.*, por ejemplo, art. 1.º–, con otras que parecen afectar al Derecho gallego en general –*vid.*, por ejemplo, art. 2.º, 2.–”, así como por “el hecho de constituir la materia referente a las fuentes del Derecho civil de Galicia una cuestión de política legislativa que excede al propósito técnico-jurídico que ha guiado los trabajos de la Comisión” (88).

Frente a esta posición, los intervinientes en el ya citado III Congreso de Derecho gallego han adoptado la actitud justamente contraria.

Afrontando abiertamente la debatida cuestión, procedieron a aprobar en sus conclusiones definitivas, entre otros, el texto articulado presentado por la ponencia correspondiente designada al efecto, en el que –por lo que al tema que ahora nos ocupa se refiere– se contenía una denominada “Propuesta de reforma del título preliminar de la LDCG, en materia de fuentes del Derecho civil de Galicia” (89).

Dentro del articulado propuesto, en la redacción que se sugiere dar a los diversos artículos que integrarían el correspondiente título preliminar, se ha señalado como posible para el primero de los mismos –art. 1, relativo a la determinación de las fuentes del Derecho civil de Galicia–, la siguiente: “Las fuentes del Derecho civil de Galicia son: el Estatuto de Galicia; las costumbres y los usos propios de Galicia, cuando unos y otros no sean contrarios a las Leyes de naturaleza imperativa y los usos gocen de fuerza normativa; esta Ley, como Derecho civil común por razón de la materia, y las demás Leyes de Derecho civil de Galicia; los principios informadores del Derecho civil de Galicia, ya emanen éstos de sus concretas normas, de su tradición o de las convicciones jurídicas básicas del pueblo gallego”.

También se hace referencia a la costumbre en los dos siguientes artículos que se proponen (90), disponiendo respectivamente lo siguiente: artículo 2: 1. Los órganos jurisdiccionales pueden practicar, en cualquier caso,

(88) *Vid.* “Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia”, cit., pp. 2387 y s.

(89) Recogida en el ya citado *Libro del III Congreso de Derecho gallego*, cit., pp. 45 y ss.

(90) Los restantes cuatro artículos que siguen al primero, se concretan, respectivamente, en la prueba de la costumbre (art. 2), la interpretación del Derecho civil gallego (art. 3), la integración del Derecho civil gallego (art. 4), y el ámbito del mismo (art. 5). *Vid. Libro del III Congreso de Derecho gallego*, cit., pp. 46 y s.

también de oficio, la prueba de la existencia y contenido de los usos y costumbres referidos en el artículo anterior. 2. Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. Son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por la antigua Audiencia Territorial, o cualquiera otros de los que exista constancia objetiva de su conocimiento generalizado; artículo 3: 1. – El Derecho civil gallego se interpretará desde los principios generales que lo informan y sus costumbres y usos con fuerza normativa. Debiendo ponderarse especialmente la doctrina reiteradamente establecida, por los Tribunales referidos en el artículo anterior, al aplicar el Derecho civil de Galicia, y la doctrina que encarne la tradición jurídica gallega (91).

Razones de espacio impiden que nos detengamos más en el análisis pormenorizado de estas nuevas propuestas de revisión y reforma que han sido formuladas respecto a la LDCG. Simplemente resulta necesario recalcar que las evidentes e importantes repercusiones que dichas propuestas de revisión o reforma puedan tener para el ordenamiento jurídico gallego, si es que las mismas llegasen a consumarse, conducen a solicitar del legislador de esta Comunidad, tanto una particular y cuidadosa toma en consideración de las diversas materias que se pretenden revisar o reformar, así como una especial prudencia y esmero al proceder a realizar la redacción de la que se propone como posible nueva normativa de la LDCG, tras realizar la correspondiente modificación y desarrollo de algunos de sus preceptos actualmente vigentes; nueva normativa que, como es lógico, desde su consideración sistemática debe ser coherente y racional, y que, en esencia, ha de procurar responder y formularse en atención a necesidades sociales real y verdaderamente sentidas.

(91) Respecto a la motivación de las reformas introducidas en los diferentes artículos por la ponencia, el Acta de la reunión celebrada por la Sesión correspondiente, y las conclusiones de ésta, *vid.*, respectivamente, en el *Libro del III Congreso de Derecho gallego*, cit., las pp. 47 y ss., 106 y ss., y 553 y ss.

PARTICIÓN DE HERENCIA: MENOR DE EDAD

FELIPE POU AMPUERO

Notario

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. CRITERIO DE LA DGRN. 3. CUÁNDO EXISTE OPOSICIÓN DE INTERESES. A) Ejercicio de la opción compensatoria. B) Gananciales presuntos. 4. CIRCUNSTANCIAS NECESARIAS. 5. CONCLUSIONES.

1. Planteamiento

La cuestión es la siguiente: fallece el padre dejando viuda y dos hijos menores de edad. Los bienes que integran la herencia son todos de carácter ganancial, sin que existan deudas declaradas ni inventariadas.

Al formalizar la escritura de aceptación de herencia y partición se plantea la cuestión sobre la posible oposición de intereses entre la viuda y los hijos menores o la necesidad de nombrar un defensor judicial de los menores.

El asunto ha vuelto a ser resuelto por la DGRN en la Resolución de fecha 15 de septiembre de 2003, en donde se dice: “(...) *La Resolución de 27 de enero de 1987 estableció la doctrina (confirmada por las de 10 de enero de 1994, 6 de febrero de 1995, y, recientemente, 11 de marzo de 2003) de que la adjudicación pro indiviso, conforme a las cuotas legales o testamentarias, es una operación sin trascendencia económica, que supone desde el punto de vista jurídico una transformación de la comunidad germánica sobre el patrimonio hereditario (o ganancial) en comunidad romana o por cuotas indivisas sobre los singulares bienes, transformación que, en sí misma, no envuelve peligro alguno de lesión o perjuicio para los hijos representados. (...) Si el régimen económico matrimonial que se extingue por el fallecimiento del causante era el de gananciales, esta Dirección General ha considerado que existe contradicción de intereses en la determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues la presunción legal puede desvirtuarse (cfr. Resoluciones de 14 de marzo de 1991 y 3 de abril de 1995); mientras que si la presunción no opera porque el carácter ganancial viene dado por los títulos de adquisición, al ser expreso, mediante la Resolución de 10 de enero de 1994, entendió que no se da oposición de intereses en la formación de inventario, lo que confirmaron las Resoluciones de 6 de febrero de 1995 (cuya identidad de supuesto de hecho con el de este recurso debe ser destacada) y la más reciente de 11 de marzo de 2003”.*

Sin embargo, la cuestión reincide una y otra vez. Parece que se trata más bien de una excepción a la norma general que debe ser probada en cada caso concreto y no un criterio de actuación notarial. En cada supuesto deberá comprobarse que concurren todos los requisitos necesarios para prescindir del nombramiento de defensor judicial.

2. Criterio de la DGRN

La Resolución de la DGRN de fecha 15 de septiembre de 2003 se funda en un criterio prudencial del caso concreto y llega a concluir que hay que examinar las circunstancias de cada caso y delimita el caso concreto diciendo que se trata de:

“Una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando se dan las siguientes circunstancias: la liquidación es total; todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal; la totalidad de esos bienes se adjudican pro indiviso al cónyuge supérstite y a los hijos por éste representados; se respetan estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal di-

suelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos ab intestato; no ejercita la viuda ninguna opción de pago de su cuota legal, que se le satisfice en usufructo; no se amplía o transforma alguno de los bienes mediante declaración de obra nueva, segregación o división horizontal, y se declara expresamente que no existen más bienes.”

Señala que en este supuesto la adjudicación pro indiviso conforme a las cuotas legales o testamentarias es una operación sin trascendencia económica.

Al tratarse de la liquidación de una sociedad de gananciales, la DGRN en otro supuesto (Res. 14 de marzo de 1991 y 3 de abril de 1995) entendió que sí existía oposición de intereses porque la determinación de cuáles bienes eran gananciales se realizaba sobre la base de la presunción de ganancialidad; sin embargo, si el carácter ganancial viene determinado por los propios títulos de adquisición no opera la presunción de ganancialidad y no existe oposición de intereses. En concreto, la Resolución de 3 de abril de 1995 dice:

“La primera circunstancia se encuentra en que el bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es presuntivamente ganancial. En efecto, fue adquirido sólo por el marido en 1979 por título de compra y sin justificación alguna sobre la procedencia del precio. En esta situación el carácter ganancial del bien adquirido resultaba de la presunción legal de que la contraprestación procedía del caudal común (cfr. arts. 1.401-1 y 1.407 CC entonces vigente). Consiguientemente la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida, también en el momento de la partición, por prueba en contrario. De este modo, el acto unilateral efectuado por la viuda, atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado, puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores. Por esto, para la formación del inventario de los bienes relictos es imprescindible la intervención del defensor judicial, porque ya en la formación del inventario pueden surgir controversias entre madre e hijos respecto de:

a) Los bienes que integran la sociedad de gananciales y los que, por ser privativos del causante, han pasado al caudal hereditario.

b) Qué bienes gananciales han de integrarse en este caudal, en pago de la cuota indivisa que en el consorcio conyugal disuelto correspondía al cónyuge premuerto o a sus herederos. (...)

OCTAVO. *La segunda circunstancia está en el hecho de que la partición de herencia ha sido parcial, como se califica en la propia escritura en la que el bien adjudicado se afirma que queda entre otros dejados por el causante. Por lo tanto, la partición de estos bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicionada y limitada por la adjudicación previa formalizada en la escritura de*

tida. Ya no sería posible, en efecto, sin una rectificación la adjudicación total en pleno dominio de todos los bienes relictos, de modo que las facultades del defensor judicial para representar a los menores en esa partición posterior que se anuncia quedarían predeterminadas y prejuzgadas por el resultado de una actuación unilateral anterior de la viuda. Esta anticipación sin retorno de la partición futura aparece aún más clara respecto de la cuota usufructuaria indivisa adjudicada a la viuda, ya que la misma dificulta que más tarde, por mutuo acuerdo, o en virtud de mandato judicial, se proceda a conmutar el usufructo viudal en las formas previstas por el artículo 839 CC.”

Sin embargo, la Resolución de 15 de septiembre de 2003 establece un criterio sobre la oposición de intereses al decir que siempre que en algún asunto intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor, no existe, por definición, oposición de intereses, como si la ley desconfiara del padre o de la madre por sistema. Más bien, para que exista oposición de intereses debe existir una contraposición de intereses en algún asunto concreto y determinado, citando la literalidad del artículo 163 CC, que dice *tengan interés contrapuesto en algún asunto*.

3. Cuándo existe oposición de intereses

A) Ejercicio de la opción compensatoria.

Existe oposición, por ejemplo, si la viuda ejercita la opción compensatoria de la *cautela socini*, o declara una obra nueva a costa del patrimonio ganancial determinando por sí sola los bienes del activo ganancial.

En este sentido, la Resolución de 15 de mayo de 2002 dice:

“SEGUNDO. Tiene razón la Registradora cuando afirma que la afirmación de que una obra se realizó con dinero ganancial supone un conflicto de intereses entre la madre y las hijas, pues ya la determinación del inventario lo supone en este caso. Además, la existencia de una cautela socini supone también dicha contraposición de intereses, pues tal fórmula, admitida doctrinal y jurisprudencialmente, consiste en que los legitimarios reciben mayor porción de lo que por legítima les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. Pues bien, la expresada cautela trae consigo una alternativa por la que los hijos legitimarios tienen que optar y el hecho de ejercitar por ellos esa opción su madre, acarrea también la contraposición de intereses, ya que dicha representante se ve afectada por el resultado de la opción. Por todo ello es imprescindible la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1.060 del Código Civil.”

MARTÍNEZ GARCÍA (1), en su comentario a esta Resolución, señala que tan sólo en los supuestos en los que el patrimonio ganancial partible esté perfectamente determinado por título ajeno a la sola voluntad del viudo cabrá prescindir del recurso al defensor judicial, ya sea porque el inventario resulta de una sentencia judicial o de la propia titulación inscrita con tal carácter.

Pero de la sola formación de inventario no tiene por qué existir oposición de intereses. Y si en el caso concreto no existe tal contraposición, el papel del defensor queda reducido al de presenciar el inventario que se realiza en la escritura, es decir, a recibir la declaración de la madre viuda de que no existen más bienes ni más deudas. Tal declaración de la madre, como todas las que se realizan en escritura, han de ser tenidas por ciertas mientras no sean judicialmente impugnadas, sin perjuicio de las responsabilidades de la madre por falsedad en su declaración, pero esta falsedad no puede presumirse ni civil ni penalmente.

La Resolución de 2003 también señala un criterio de calificación registral: el registrador no debe tener en cuenta posibles hechos que no resultan ni de la escritura ni del Registro, por lo que no puede tenerlos en cuenta para su calificación.

Entiende NAVARRO VIÑUALES (2) que, en el supuesto más frecuente de la *cautela socini*, como siempre, se debe ofrecer a los legitimarios una porción mayor de la que ya les corresponde por legítima estricta, no existe perjuicio para los hijos menores de edad, puesto que el cónyuge viudo elige por ellos la solución más favorable a los menores. Sin embargo, el mismo autor también comprende que la decisión sobre lo que les conviene a los hijos menores –y que toma el viudo en nombre de ellos– puede redundar en beneficio del propio viudo, de tal manera que su actuación podría no ser neutra.

Además debemos tener presente que la elección de la opción compensatoria no es una decisión fácil: dependiendo de la edad del usufructuario, se puede convertir en una carga generacional; dependiendo de la composición de los bienes se puede convertir en un patrimonio no rentable y mal administrado; dependiendo de las necesidades de los hijos puede ser una pseudolimitación a su poder de disposición.

Parece que la DGRN sigue en este punto el criterio más prudente y razonable al entender que existe oposición de intereses y debe intervenir un defensor judicial que vele por los intereses de los menores en estos casos.

(1) MARTÍNEZ GARCÍA, Manuel Ángel: "Comentario a la Resolución DGRN de 15 de mayo de 2002", en *La Notaría*, 2002, julio, p. 142.

(2) NAVARRO VIÑUALES, José María: "Notas sobre la Resolución DGRN de fecha 15 de mayo de 2002", en *La Notaría*, 2003, febrero, p. 67.

Pero no sería este el problema cuando se trata de una sucesión intestada donde no existen opciones posibles, o cuando se trata de una sucesión testada sin ninguna opción posible.

B) Gananciales presuntos.

Dentro de este apartado se pueden distinguir dos clases de bienes:

1. Gananciales presuntos adquiridos por el viudo.

Respecto de estos bienes, comenta BELDA CASANOVA (3) que los bienes comprados por el viudo con carácter presuntamente ganancial también pueden ser objeto de partición en la que no existe conflicto de intereses con los hijos menores si el viudo así lo desea, puesto que al incluirlos voluntariamente en el inventario está renunciando a romper la presunción de ganancialidad y actuando en su propio perjuicio, pero no en el de sus hijos menores. Otra cuestión será si se incluyen en el inventario de bienes los adquiridos por el causante con carácter presuntamente ganancial por el propio causante, respecto de los cuales se podría romper la presunción a favor del carácter privativo del causante. Esto sí que puede perjudicar a los hijos menores.

Aunque sobre este punto la DGRN no se ha pronunciado, parece que estaríamos ante un supuesto de conflicto de intereses, al menos, por la indeterminación en la que se encuentran determinados bienes. Se quiera o no, aunque sea para beneficiar a los menores, se decide por ellos y precisamente decide quien tiene un interés opuesto.

2. Gananciales presuntos adquiridos por el causante.

El problema mayor se encuentra en los bienes adquiridos por el causante sin ninguna manifestación sobre la procedencia del dinero y que por efecto de la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 CC se presumen gananciales. Respecto de estos bienes cabe la prueba en contrario, que atribuiría a los mismos la condición de privativos del causante, con la consiguiente repercusión en el inventario de la herencia.

PASCUAL DE LA PARTE (4) entiende que la esencia del problema del posible conflicto de intereses se encuentra en la formación del inventario de los bienes y, en concreto, en la forma como aparecen inscritos deter-

(3) BELDA CASANOVA, César: "La adjudicación o partición homogéneas", *Revista Jurídica del Notariado*, 2000, octubre-diciembre, p. 287.

(4) PASCUAL DE LA PARTE, César Carlos: "Partición de herencia; cónyuge viudo e hijos menores...", *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2004, p. 303.

minados bienes gananciales –los presuntos adquiridos sólo por el causante sin declaración sobre la procedencia del precio de adquisición–. A fin de cuentas, se trataría de dilucidar un criterio registral de inscripción de un bien sobre la base de la presunción de ganancialidad que no pretende perjudicar a nadie, sino que pretende ser una norma de funcionamiento del tráfico jurídico.

Para este autor, el Reglamento Hipotecario ha forzado una distinción en la inscripción de los bienes gananciales (adquiridos por los dos cónyuges, gananciales declarados y gananciales presuntos) que es la causa de la distinción en la que se basa la Resolución de 10 de enero de 1994 para evitar el nombramiento de defensor judicial en algunos supuestos y no en otros. Resultaría así que por un simple criterio registral de inscripción –que es adjetivo, no debe olvidarse– se alteran los criterios de atribución de bienes modificando un criterio civil y sustantivo.

No le falta razón cuando estima que la presunción de ganancialidad del artículo 1.361 CC rige para todos los bienes adquiridos constante el matrimonio, con independencia de la titularidad de la adquisición y que no se aprecian razones de entidad para exigir mayores garantías a la muerte de uno de los cónyuges cuando no se exigieron en vida del mismo. Sin embargo, tampoco debemos olvidar que en materia de protección de menores toda precaución es poca y, en mi opinión, más vale excederse que quedarse corto.

Creo que este es el sentido que quieren dar las Resoluciones de la DGRN: donde pueda existir duda sobre el carácter ganancial de un bien –gananciales presuntos adquiridos por el causante– deberá nombrarse un defensor judicial de los hijos menores.

4. Circunstancias necesarias

Las circunstancias concurrentes necesarias para entender que no existe conflicto de intereses serían las siguientes:

1. La liquidación de la herencia debe ser total.
2. Todos los bienes inventariados que tengan la condición de gananciales debieron ser adquiridos para la sociedad conyugal, de manera que ya no rige la presunción de ganancialidad.
3. La adjudicación de todos los bienes se realiza pro indiviso al cónyuge superviviente y a los hijos por éste representados, transformando una comunidad germánica sobre un patrimonio en comunidad romana sobre todos y cada uno de los bienes que integran la herencia.

4. Se respetan estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según el título sucesorio.
5. La viuda no ejercita ninguna opción compensatoria para el pago de su cuota legitimaria.
6. No se amplía o transforma alguno de los bienes inventariados mediante declaraciones de obra nueva, segregación, etc.
7. Se declara expresamente que no existen otros bienes ni deudas, cuya inexistencia no es necesario acreditar, bastando a este efecto la manifestación expresa del cónyuge viudo.

5. Conclusiones

1. El conflicto de intereses entre un representante legal y el menor debe ser real y concreto, no bastando una simple presunción de parcialidad.
2. Sin embargo, en cada caso concreto, deberá comprobarse que no existe conflicto de intereses para evitar el nombramiento de defensor judicial.

Notas bibliográficas

El día 19 de abril de 2005 se presentó en la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya la obra *Testamento y codicilos. La cláusula codicilar*, tres tomos, de don Àngel MARTÍNEZ SARRIÓN.

Publicamos a continuación las palabras pronunciadas por don Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO en el acto de presentación de la obra.

He de agradecer a la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya el nuevo honor que me ha conferido, encargándome de la presentación de una de las más valiosas obras de investigación histórico-jurídica que se han escrito sobre un tema especializado, como es, sin duda, *Testamento y codicilos. La cláusula codicilar*, de nuestro compañero Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN.

Recuerdo muy bien que le conocí en el Monasterio de Santa María de Poblet, con ocasión de celebrarse las Iª Jornadas Notariales denominadas de Poblet, promovidas por un grupo de jóvenes notarios de la provincia de Tarragona, bajo el patrocinio del entonces decano del Colegio Notarial y académico de ésta, Ramón FAUS ESTEVE. Pero mi amistad con Ángel se fraguó, más tarde, en los Congresos y Reuniones de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL).

En esta Academia no necesita presentación; pero, como no sólo asisten académicos a este acto, algo debo decir de las anteriores obras del autor, de quien presento esta última, antes de hablar de ella.

Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN no sólo sabe muchísimo de derecho vivo sino del romano, en todos sus períodos, y de historia del derecho, pero creo que aún sabe más de historia de la literatura, que es su *hobby*. Tiene publicado en Tarragona en 1986, editado por la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL, con el título *Pesimismo y esperanza en los personajes literarios de los umbrales de nuestro tiempo*, un libro que recoge una serie de conferencias que expuso en Buenos Aires en 1982. También recuerdo haberle escuchado yo dos conferencias acerca de temas histórico-literarios: una en la Academia Matritense del Notariado y otra en una Reunión de Speiro. En ésta se ocupó del romanticismo literario: inglés, alemán y francés, diferenciándolos magistralmente y señalando cuál fue la influencia de cada uno de ellos en el nuestro. Quedé admirado.

MARTÍNEZ SARRIÓN no sólo es muy riguroso en su documentación histórica, sino también en la penetración jurídica de los temas que le intere-

san. Por ello, no ha desdeñado efectuar traducciones al castellano de obras escritas en italiano, alemán o latín, como son el *Manual de derecho romano*, de BURDESE, con introducción del mismo MARTÍNEZ SARRIÓN; *La doctrina de los documentos de particulares en la Edad media*, de Oswald REDLICH, verdadera joya documental editada en Alemania en 1911, y olvidada allí, cuando él la tradujo, resucitando el interés por ella la publicación de esta traducción que motivó que allá se efectuara una edición facsímil de la de 1911; *El daño*; *La teoría general de la responsabilidad civil*, de Adriano DE CUPIS, el *Tratado de las relaciones obligacionales*, de Dieter MEDICUS, el *Commentariorum ad legem Aquilia*, de Juan SUÁREZ DE MENDOZA, español de Cartagena de Indias, a quien califica de la “luciérnaga de Europa en el siglo XVI en derecho penal”, y los *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, de MELITOR-SHOLOSSER.

Este rigor hace también que, cuando toma un tema para su estudio, lo profundiza reiteradamente, como se observa claramente clasificando sus estudios por materias.

Acerca del hombre, la familia y la sociedad ha publicado: *De nosotros y de nuestros males*, *El humanismo al reencuentro del hombre*, *De la crisis de la familia a la sociedad en crisis* y, actualmente, está escribiendo un libro acerca del matrimonio, arrancando del derecho romano.

Respecto de la culpa y la responsabilidad civil tiene: *La culpa como elemento relevante del daño no contractual en los juristas del siglo I a. C.*, en Homenaje a Ramón María ROCA SASTRE; *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa. La responsabilidad objetiva como garantía patrimonial –génesis de un pseudo-concepto–. Retorno a las fuentes romanas* (tesis doctoral), y *Culpa y responsabilidad en la vieja jurisprudencia. La justicia de la responsabilidad objetiva y su apéndice. La tradición española de la responsabilidad por culpa*, en el tomo VIII de mi libro homenaje, que ocupa gran parte de él.

Acerca de la interpretación ha escrito: *La “norma del caso” (fallnorm) en la interpretación, según el profesor Wolfgang Finkenster, Methodem des Rechts in vergleichender Deistelling Dogmaticen Teil*, en cinco tomos, que seguramente es el único español que los ha leído.

Y con referencia al notariado, tenemos: *El notariado en la Baja romanidad*, aparecido en el tomo I de los publicados en homenaje a Rafael NÚÑEZ LAGOS, en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*; *Línea evolutiva dell’attività notariale*; *Testamento, codicilos y cláusula codicilar*, que constituyó su discurso de ingreso en esta Academia, al que contestó Luis María ROCA-SASTRE; *Monjos y clèrgués a la recerca del notariat. Estudis dels documents llatins de l’Abadía du Sank Gallen*, grueso volumen, con recopilación de documentos de los siglos VIII-XIII, y de cuyo cartulario tiene material para un segundo grueso volumen; *Rolandino: ¿Epígo-*

no de los glosadores o adelantado de los “commentatores”? La alborada documental de “Il trecento”, que yo le prologué, y en fin, por ahora, el libro que ahora tengo el honor y el gusto de presentar, Testamento y codicilos. La cláusula codicilar.

Debo confesar que yo he estado bastantes años muy ufano de mis investigaciones y trabajos acerca de las cautelas de opción compensatoria de la legítima; pero al publicarse el libro de MARTÍNEZ SARRIÓN que ahora comento, confieso que me ha convencido de que mi *Cautelas de opción compensatoria de la legítima* ha sido superado en labor investigadora más de cien codos por éste suyo, como se observa con sólo contemplar y hojear sus tres tomos, aparecidos respectivamente en 2001, 2002 y 2003:

I. *Introducción histórico-documental. Elaboración romanista de la cláusula codicilar* (1021 páginas).

II. *La cláusula codicilar y los “consiliatores”. Su decaimiento y abandono posterior* (1148 páginas).

III. *Conceptuación jurídica de la cláusula codicilar* (884 páginas).

Su labor investigadora ha sido extraordinaria. Sé que en el archivo del Vaticano estuvo un día entero, desde que se abrió hasta que se cerró, sin comer, pues no se permite entrar en él con paquetes y los controles que deben superarse son tantos y tan minuciosos que el entrar y salir resulta prohibitivo para quien como él necesitaba aquilatar el tiempo de que disponía.

El núcleo del tema de su libro es la cláusula codicilar. Hablemos un poco de ella.

Cuando, a finales del año 1942, me hice cargo de mi primera notaría, la de Torroella de Montgri, en todos los testamentos que autoricé, al expresar la voluntad del testador de otorgar su testamento, añadía que “quiere valga como tal y si no valiere o con el tiempo valer no pudiere, se sostenga como codicilo o como aquella forma de última voluntad que en derecho mejor valiere”. Ahí vemos, reunidas en una sola pieza la cláusula codicilar y la *omni meliori modo ut valeat possit*. De ambas se ocupa el libro que presento.

El tomo I se inicia con la *introducción* acerca de la experiencia documental *mortis causa* en Cataluña, tomada después de una paciente y reiterada búsqueda en el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, comenzando por el testamento de 26 de noviembre de 1334 otorgado por Jaume Comas ante el notario Ramón Morell y seguido por cuatro más del siglo XIV, 21 del siglo XV, 20 del XVI, 17 del XVII, 25 del XVIII, 14 del XIX. Sigue con el examen de los supuestos en que la cláusula codicilar era complementada por la revocatoria y por la que autorizaba para obtener copias. MARTÍNEZ SARRIÓN efectúa un repaso estadístico de los testamentos

autorizados por los notarios Ramón MORELL de 1340 a 1362, Francesc DE LADERNOSA de 1362 y 1377, Felip GOMBAU de 1370 a 1406, de los cuales resulta que todos sus testamentos contenían la cláusula codicilar y en menor número las otras dos cláusulas. Lo mismo ocurre en los testamentos de los siglos XV, XVI, XVII y XVIII, que inventaría, aumentando la inclusión de las otras dos referidas cláusulas.

Después penetra en el examen de la ejecución de las donaciones testamentarias en diplomáticos y cartularios catalanes (pues, es cosa sabida que en el Altomedievo las donaciones *post obitum* oscurecen a los testamentos), como las contenidas en el *Liber Feudorum Mayor*, en los Diplomáticos de Poblet, Cardona, Manresa, Tortosa, Solsona, Banyoles, Seu d'Urgell, San Daniel de Girona, Santa María de Amer y Sant Llorens de Munt, en los Cartularios de San Cugat del Vallés y del Obispado de Gerona, en los Archivos Capitulares de Seu d'Urgell y Barcelona, y los contenidos en los Archivos de la Corona de Aragón y de Montserrat, y en el *Llibre Blanch* de Santes Creus.

Aborda, a continuación, el estudio de la ejecución de las donaciones testamentarias en el derecho romano vulgar y en el derecho romano bárbaro con su consideración del testamento como "*memoratum*".

Finaliza la introducción abriendo la perspectiva, pasando del examen de la cláusula codicilar al de los testamentos, que observa, en derecho romano y en el *ius commune*, haciendo notar la diferencia entre los que aparecen en los cartularios con los del derecho edictal euriciano, del derecho romano teodosiano vivido entre los godos, y en los cuerpos legales para la enseñanza influidos por el *Breviarium Alarici*, los utilizados por los epígonos del testamento romano en el proceso de su desnaturalización en testamento-donación prototípico de la disposición por muerte en derecho romano vulgar, el testamento como "*memoratum*" en el derecho romano bárbaro, la "*imago testamento*" y la "*donatio post obitum*" en los diplomáticos y cartularios catalanes y sus fórmulas. Observa la cláusula codicilar y al notario en la institución del testamento romano así como en los precedentes de los testamentos notariales conservados en el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona. Para finalizar, efectúa una exposición circunstanciada del tránsito de los *glosatores* a los *commentatores* o *consiliatores* en el renacimiento del derecho romano.

El capítulo I se dedica a exponer una visión panorámica del codicilo romano.

Y el capítulo II analiza la cláusula codicilar en el *usus modernus pandectorum*, y en la perspectiva del *ius commune* y su empleo por DONELLUS, CUIATIUS, FABRO, DUAREMUS, PEREGRINUS y, más específicamente, en Claude CHIFLET, jurista del franco-condado de Borgoña en la época española, y en Fabio TURRETUS, que la estudió muy específica y detenidamente.

En el tomo II, el capítulo III de la obra abarca el estudio de la cláusula codicilar y la *omni meliori modo* en los *consiliatores*: Paulo DE CASTRO, Bartolo DE SASSOFERRATO, Jasón DEL MAYNO, Alexander TARTAGNI DE IMOLA, Luodovicus BELLA, Cesar MANENTES, Tondutus SANLEGERIUS, Josephus DE ROSA, Simon DE PRAETIS, Jacobus MEMOCHIUS, los tres SOCI-NUS, es decir, Marianus senior, Bartolomeus y Marianus junior, Baldus DE UBALDIS, Angelus DE GAMBILEONIS, o sea, ARETINO, Nicolaus EVERARDUS DE MITTELBURGO, Agustinus BEROIS BOLONIENSE, Francischinus CURTIUS EL JOVEN, TORNIOLA Y DE BERNIENUS, Jo. Baptista LARERCHUS, Diego DE COVARRUBIAS DE LEIVA, Raymundus CUMANUS, Raphael FULGOSIUS, Celsus HUGONIS, Rolandus A VALLE, el Cardenal PARISIUS, Joannes DE CEPHALUS, Bartolomaeus CAEPOLLA, Ioannes PETRUI SURDUS, Joannes CROTIUS, Guidus PAPAE, Luodovicus BOLOGNINUS, Nicolaus EVERARDUS JUNIOR, Federicus PETRUCIUS, Andrea BARBATIA, el Cardenal Joannes BAPTISTA DE LUCA, Leelius ALTOGRADUS SENIOR, Josephus ALTOGRADUS JUNIOR, Oldraldus DE PONTE, Franciscus RODENASCHUS, Aymo CRAVETTA DE SAVILIANO, Hyppolytus RIMINALDUS, Jacobus MANDELLUS DE ALBA, Octavianus CACHERANUS, Joannes Antonius BELLONUS, etc., etc. Muchos de ellos fueron por mí conocidos cuando me ocupé de las cautelas de opción compensatoria de la legítima, pero otros fueron totalmente desconocidos para mí.

Y en el capítulo IV examina la superfluidad que toma la cláusula codicilar en la perspectiva de algunos *consiliatores*, hasta su desaparición de su contemplación, clasificando los autores para diferenciar los inclinados a minimizar la operatividad de aquélla por su equiparación con la *omni meliori modo*, debido a la mayor amplitud de ésta, por su sustitución por ella, y a quienes ni siquiera se refirieron a la codicilar por considerarla superflua.

El tomo III comienza con el capítulo V de la obra, que trata de la valoración jurídica de la cláusula codicilar por los glosadores IRNERIO, AZÓN y ACCURSIO, por los *consiliatores* Cino DE PISTOIA, Bartolo DE SASSOFERRATO y Baldo DEGLI UBALDIS, por los comentaristas Alexander TARTAGNI DE IMOLA, Paulus CASTRENSIS, Albericus DE ROSATAE, Mariano SOCINO IUNIOR, Andrea ALCIATO, Michael CRASUS, Diego SPINO y Jeannes DAUTH; así como en las *Repetitiones* o *Relectiones* de diversos autores, en la obra heurística de Joannes Baptista ZILETTUS y en los *concilia* de los autores relacionados con la obra de este ZILETTUS.

El capítulo VI trata de la estimación de la cláusula codicilar por los doctores, desde Julius CLARUS, que considera la eficacia del testamento condicionada por dicha cláusula, así como del criterio de los autores que consideraron que dicha eficacia condicionante era ampliada por la cláu-

sula *omni meliori modo*. Digamos que esta última, además, servía para salvar la no institución de un hijo al que se le legara la legítima allí donde debía dejarse a título de heredero, o bien para que, si contenía la institución bajo condición resolutoria o a término cierto, el testamento valiera mediante el juego de sustituciones fideicomisarias.

A continuación examina la concepción de los autores del período del debilitamiento de la eficacia de la cláusula codicilar hasta llegarse a considerar superflua en muchos casos, partiendo –desde el Cardenal MANTICA– de su consideración como voluntad conjeturada del testador. Así, con Iacobus MENOCHIUS examina las presunciones, conjeturas, signos e indicios –conforme enuncia el título de una obra de éste– para considerar presunta la cláusula codicilar. Y, con DURANTE y CAEPOLLA, examina las cautelas que, en los supuestos por éstos estudiados remedian los fallos testamentarios, sosteniendo de hecho la voluntad empírica del testador. Con TIRAQUELLUS examina las hipótesis en que se sobreentendía tácitamente querida la cláusula codicilar: en los supuestos de disposiciones *ad pias causas* y en las hechas por ciertos testadores (ciegos, sordos, mudos o en aquellos en que las mujeres incurrían en debilidad). Añado yo, que en Castilla los autores la presuponían en los testamentos de los padres a favor de los hijos en caso de no llamárseles como herederos.

Seguidamente MARTÍNEZ SARRIÓN examina minuciosamente la recopilación hecha por PASTOR DE MORA de las decisiones del *Regii Senatus Cathaloniae*, en la segunda mitad del siglo XVII, en materia de últimas voluntades y de cláusula codicilar.

Finalmente, en el capítulo VII y último de la obra, estudia la conversión del testamento en codicilo y efectúa una corrección de esta calificación jurídica. Aquí vuelve los ojos a la pandectística: SAVIGNY, GÖSCHEN –que fue su introductor–, PUCHTA –que la configuró metódicamente–, SEUFFERT, VON STEMBOCH, ARNTS, Otto WEND, REGELSBERGER, BRINZ, DERNBURG, WINDSCHEID. Para enjuiciar esta formulación, vuelve los ojos a Roma: a su literatura y a su derecho y a las objeciones y críticas formuladas por romanistas modernos italianos y franceses; la visión de la “*conversio*” en HARSPPRECHT, según la obra de Christoph KRAMPE, e incluso el concepto teleológico de “*conversio transubstantialis*” en Santo Tomás DE AQUINO, recogido por el Concilio Tridentino, y su asunción, en el derecho canónico, por el Cardenal Roberto BELARMINO, y, en fin, la aceptación de la concepción de HARSPPRECHT –datada en el siglo XVIII– entre los pandectistas por mediación de HOFACKER treinta años posterior.

La conclusión de MARTÍNEZ SARRIÓN es que: “Ontológicamente, no se ajusta la «*conversio*» a los presupuestos metafísicos que precedentemente se consignan. Más que mutación del negocio hay reafirmación del mismo. Es un negocio delicuescente que se fortalece: pero fortalecimiento no

es un cambio de naturaleza, sino perfeccionamiento. Si el negocio existe en cuanto tal, sin embargo, por adolecer de la falta de un requisito que le viene impuesto de fuera, no alcanza a desplegar su normal eficacia; se trata de un «negocio averiado» y las averías no se reparan acudiendo a otro nuevo, abandonándolo para sustituirlo por otro, que es lo que, a modo de panacea universal, vendría a intentar la «conversión». Así en la cláusula codicilar no se dice que el testamento se reemplace por un codicilo, sino que el testamento valga «como codicilo». No se dice «sea codicilo», sino «como codicilo». Precisamente, porque instintivamente es testamento, y como tal se conserva, puede «valer como codicilo». Porque si no existiese el testamento por tener que dejar de «ser», es evidente «no ser» testamento, tampoco podría aplicársele el trato menor de codicilo, que debería conferirle la eficacia de que «carecía».

Tiene razón nuestro compañero en lo que se refiere a la forma, al continente; pero en la sustancia –creo yo– sí se produce una conversión, trastocándose el instituido heredero en fideicomisario; y, por la cláusula *omni meliori modo*, el llamado como legatario se convertía en heredero allí donde regía el derecho justiniano; así como el instituido bajo condición resolutoria se convertía en heredero fiduciario sujeto condicionalmente a sustitución fideicomisaria, y el instituido a plazo en fiduciario o bien en sustituto fideicomisario, según el plazo fuera *a quo* o *ad quem*. En virtud de estas cláusulas, para conservar la voluntad empírica o práctica del testador, se trasmuta la traducción jurídica, pretendida por él, por aquella que en derecho mejor valga.

Termino felicitando a Ángel MARTÍNEZ SARRIÓN por esa obra extraordinaria de investigación, que creo inigualable, y a la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya* por el lujo de tenerlo como numerario.

Juan Berchmans Vallet de Goytisolo
Notario

DERECHO, BIOGRAFÍA Y GLOBALIZACIÓN

GABRIEL GARCÍA CANTERO

Catedrático Emérito de Derecho civil

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. FINALIDAD DE LA OBRA. 3. CONTENIDO. 4. LAS SEMBLANZAS Y SUS AUTORES. 5. LAS “INTRODUCCIONES” A CADA PERÍODO HISTÓRICO. 6. OTROS ASPECTOS DE LA OBRA. 7. ... PERO, DERECHO Y BIOGRAFÍA, ¿TIENEN ALGO EN COMÚN? 8. LOS JURISTAS ROMANOS. 9. LOS JURISTAS MEDIEVALES. A) Derecho romano-bizantino. B) IRNERIO y la Escuela de Glosadores de Bolonia. C) El *utrumque ius* o Derecho romano-canónico. D) La Escuela de los Comentaristas o Posglosadores. E) La influencia del Derecho Romano en la formación del *Common Law*. 10. JURISTAS DE LOS SIGLOS XVI Y XVII. A) La Escuela Humanista. B) La Escuela española de Derecho Natural. C) La Escuela del Derecho natural racionalista. D) El *usus modernus Pandectarum*. E) El Derecho indiano. 11. LOS JURISTAS DEL SIGLO XVIII. 12. LOS JURISTAS DEL SIGLO XIX. A) El movimiento codificador y el *Code civil de Napoleón*. B) La Escuela de la Exégesis. C) La Escuela Histórica. D) El Pandectismo y la *Begriffsjurisprudenz*. E) La *Interessenjurisprudenz* y la Escuela del Derecho Libre. F) El realismo jurídico anglosajón y la jurisprudencia analítica. G) El positivismo y su influjo en el Derecho público. H) La Ciencia Jurídica española en el siglo XIX. I) Conclusiones. 13. LOS JURISTAS DEL SIGLO XX. 14. COLOFÓN.

1. Introducción

La *ocassio* de esta extensa recensión ha sido la publicación en español de una obra monumental (1), llamada a dejar honda huella en nuestra bibliografía jurídica y a influir también fuera de nuestras fronteras, especialmente al otro lado del Atlántico, lo que me ha movido a llamar la atención sobre la misma, su contenido y significado, la amplitud de visión con que la ha concebido su editor, el profesor de Derecho Romano de la Universidad de Navarra Rafael DOMINGO, y su indudable habilidad y no menor acierto al haber logrado concitar el esfuerzo de gran número de instituciones que la han financiado y, al propio tiempo, la larga lista y el carácter internacional de las colaboraciones recibidas, debidas mayoritariamente a juristas, pero también a no juristas, procedentes prácticamente de todos los continentes.

2. Finalidad de la obra

Desde las páginas introductorias anuncia el editor su propósito de ofrecer una *historia biográfica de la ciencia jurídica*, desde mediados del siglo II a. de C. hasta el final del segundo milenio, limitándose a lo que se conoce como *familia romana*, pero entendida en su sentido más amplio: así incluye en ella el Derecho continental europeo, el Derecho angloamericano, el Derecho escocés, el Derecho canadiense, el Derecho iberoamericano y parte de los Derechos del este asiático, así como el Derecho sudafricano. No hay semblanzas de juristas pertenecientes a las tradiciones jurídicas judía (si bien no faltan juristas de esta etnia entre los biografiados), islámica o china. Ciertamente el Derecho Romano ha dejado una mayor impronta conceptual en el Derecho Civil europeo continental que en el Derecho del *Common Law*, pero éste, en sus fuentes de producción jurídica, está más próximo al Derecho Romano que el europeo, sobre todo a partir de la Revolución Francesa, al optar preferentemente por la ley como fuente casi exclusiva de creación normativa. La experiencia jurídica japonesa, con fuerte base romanística, iniciada en la época Meiji (1868-1912) y consolidada después de la segunda guerra mundial, constituye un buen ejemplo de cómo un ordenamiento jurídico puede integrar con armonía principios del Derecho anglosajón como del Derecho europeo continental (especialmente alemán y francés).

(1) R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, volumen 1, *Juristas antiguos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, SA (Madrid-Barcelona, 2004), 630 pp. Volumen 2, *Juristas modernos*, 1008 pp. Volumen 3, *Juristas del siglo XIX*, 1092 pp. Volumen 4, *Juristas del siglo XX*, 853 pp.

El editor se ha propuesto fomentar e impulsar el acercamiento entre el *civil law* y el *common law*, ofreciendo al lector una visión integrada, a partir del Derecho Romano y de la tradición del *ius commune* medieval, de dos sistemas que el mundo globalizado que nos ha tocado vivir pide que se armonicen. Con sus más y sus menos puede afirmarse que tanto el Derecho continental como el anglosajón, en cuanto herederos del Derecho Romano, son, ellos también, Derechos de juristas (*Juristenrechte*). Si bien el Derecho continental sería más un Derecho profesoral de tratados, y el segundo, un Derecho de jueces, de sentencias y casos; aunque tal afirmación, con ser cierta, no es excluyente y, en mi opinión, merecería alguna matización.

3. Contenido

La obra se divide en seis partes claramente diferenciadas. La primera se refiere a los juristas romanos, con algunas referencias previas a los Derechos de la Antigüedad (babilonio, griego y judío), la cual se cierra con la Compilación justiniana, pese a haberse producido la caída de Roma en el 476 d.C., cuando se había abierto paso ya una creciente vulgarización, consistente, precisamente, en la desaparición de la figura del jurista. Por ello no se recoge ninguna semblanza de autores pertenecientes al período comprendido entre el siglo VI y los siglos XI y XII. El comienzo de la Edad Moderna puede fijarse en la aparición del Humanismo, que originará el llamado *mos gallicus*. El siglo XVII estuvo dominado por el *usus modernus pandectarum*. El siglo XVIII se abre con MONTESQUIEU y se cierra con Joseph STORY, profesor de Harvard y juez del TS norteamericano. Alemania recupera la hegemonía durante el siglo XIX con la figura de SAVIGNY, resultando este siglo, por lo demás, un período central para la ciencia del Derecho con la codificación francesa y la Escuela de la Exégesis, la Escuela Histórica de Savigny, la Pandectística, la Jurisprudencia de intereses, el nacimiento y auge del positivismo, el movimiento del Derecho Libre, el sociologismo, el institucionismo, el comparatismo y, en el ámbito angloamericano, el utilitarismo y la jurisprudencia analítica. El siglo XX está marcado por el austriaco HANS KELSEN, fundador de la Escuela de Viena e inspirador de los Tribunales constitucionales, y lo finaliza con el filósofo de Harvard JOHN RAWLS, cuya obra *A Theorie of Justice* (1971) ha dado la vuelta al mundo por su indudable interés jurídico, lo que evidencia el auge actual del Derecho y el pensamiento jurídico norteamericanos. Concluye el profesor DOMINGO que los dos caminos que se iniciaron en la Edad Media y que dieron lugar a los sistemas del *common*

law y del *civil law* han conducido al mismo sitio, pues –afirma gráficamente– *se ha subido el mismo monte por laderas opuestas* (2).

4. Las semblanzas y sus autores

Para responder al título general de la obra, ésta se compone fundamentalmente de *Semblanzas*, en su gran mayoría de juristas o, eventualmente, de personalidades que han tenido que ver de modo fundamental con el Derecho (legisladores, como JUSTINIANO, Gregorio IX, Alfonso X el Sabio, Napoleón BONAPARTE; filósofos, como KANT, FICHTE, HEGEL, MARX, LUHMANN, RAWLS; teólogos, como San Agustín, Santo Tomás, Francisco DE VITORIA, Domingo DE SOTO, Luis DE MOLINA, Francisco SUÁREZ; sociólogos, como DURKHEIM, Max WEBER, Theodor GEIG; historiadores, como Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ; políticos, como Tomás MORO, John ADAMS, JEFFERSON, CÁNOVAS DEL CASTILLO, etc.). Tales semblanzas oscilan, por su extensión, entre dos y ocho páginas (en algún caso alcanzan excepcionalmente diez; pero habitualmente sólo tienen una extensión media de cuatro o cinco páginas); están dedicadas a describir brevemente la biografía y el significado que la obra del biografiado tiene para la Ciencia del Derecho, acompañadas de una indicación de la edición de sus publicaciones más importantes y de una excelente y útil selección de la bibliografía sobre el autor. En el último volumen se han añadido breves notas bibliográficas –que no exceden normalmente de una página para cada biografiado– sobre autores españoles del siglo XX. Reconoce honradamente el editor que alguien podrá decir que *ni son todos los que están, ni están todos los que son*; bien entendido que la selección se ha hecho en España, en cuya tradición jurídica han influido más los Derechos alemán, francés e italiano, que el anglonorteamericano. Con todo ha de reconocerse el esfuerzo que se ha hecho para alcanzar una dimensión universal al incluir las semblanzas de autores tales como Kotaro TANAKA, Evgeny B. PASCHUKANIS, Sakae WAGATSUMA, Alf ROSS, Thurgood MARSHALL, Stanley S. SURREY, Nagendra SINGH, Nicos POULANTZAS, o Jan KODREBSKI, por mencionar sólo a algunos autores del siglo XX, escasamente difundidos, o desconocidos prácticamente entre nosotros.

(2) Rafael DOMINGO anota emotivamente que durante la elaboración de la obra han fallecido siete colaboradores de la misma (Rafael GARCÍA VILLAYERDE, Sebastián MARTÍN-RE-TORTILLO, Fernando GARRIDO FALLA, Juan IGLESIAS SANTOS, Antonio TRUYOL SERRA, el colombiano José ALBENDEA PABÓN y Álvaro D'ORS, maestro de aquél). Ello le induce a afirmar que el tratamiento del siglo XX ha quedado necesariamente incompleto en la obra, al no figurar en ella sino los juristas ya fallecidos.

En cuanto a los autores de las semblanzas, ya se comprende la enorme dificultad que entraña su selección. El editor reconoce que, inicialmente, la obra se concibió como homenaje a la Universidad de Navarra con ocasión de sus bodas de oro (1952-2002), de donde deriva que abundan entre aquéllos los profesores que lo son, o lo han sido, de la misma. Con todo, a medida que la obra adquirió una dimensión universal, se ha ampliado la nómina de aquéllos, de modo que, al finalizar la misma, se constata que pertenecen a gran número de universidades, españolas y extranjeras, e incluso a profesiones no específicamente docentes. En un sumario cómputo he detectado, entre los extranjeros, medio centenar de colaboradores italianos, 28 alemanes, 13 norteamericanos, 10 chilenos, ocho franceses, seis argentinos y otros tantos austriacos, cinco holandeses, cuatro peruanos, y otros representantes en menor número de Hungría, Suiza, Bélgica, Portugal, Polonia, etc., siendo, obviamente, españoles los restantes.

5. Las “Introducciones” a cada período histórico

Con todo, me parece que una de las aportaciones más notables de esta obra consiste en las “Introducciones”, a veces pequeñas monografías (3), con que se abre cada una de las seis partes en que se divide, y que se han encomendado a los siguientes autores:

- R. DOMINGO redacta la relativa a los juristas romanos (vol. 1, pp. 81-110);
- A. GARCÍA Y GARCÍA y FRANCISCO J. ANDRÉS se encargan de los juristas medievales (vol. 1, pp. 241-301);
- A. GUZMÁN se ocupa de los juristas de los siglos XVI y XVII (vol. 2, pp. 23-87);
- S. M. CORONAS GONZÁLEZ escribe la introducción a los juristas del siglo XVIII (vol. 2, pp. 531-557);
- J. ALVARADO se dedica a los juristas del siglo XIX (vol. 3, pp. 23-57); y, finalmente,
- A. E. PÉREZ LUÑO introduce a los juristas del siglo XX (vol. 4, pp. 23-67).

Tratándose de especialistas en la materia, tales “Introducciones” ofrecen el marco preciso para situar en lugar adecuado a las personalidades cuyos rasgos biográficos se ofrecen a continuación, y proporcionan orientadores puntos de referencia para poder valorar cada período dentro de

(3) Si se agruparan las respectivas “Introducciones”, con las convenientes modificaciones (p. ej., añadiendo el aparato bibliográfico) el resultado podría constituir una excelente síntesis de la evolución histórica de la ciencia del Derecho.

la historia de las instituciones. Estimo que su lectura resultará de gran ayuda para la enseñanza e investigación y de singular utilidad para las nuevas generaciones de estudiantes que llevan –con razón, o sin ella– el sambenito de ser a-históricas.

6. Otros aspectos de la obra

La relación de colaboradores (vol. 1, pp. 41-77) permite al lector identificarlos mejor, y, consecuentemente, valorar adecuadamente las Semblanzas de que son autores. Entre los catedráticos en aquélla incluidos hay que notar que predominan los de Historia del Derecho (42), seguidos de cerca por los romanistas (39) y, a cierta distancia, por canonistas y civilistas (24 cada uno); luego figuran los penalistas (15), mercantilistas (14), administrativistas (12) y procesalistas (8), finalizando con menor participación los catedráticos de Derecho del Trabajo, Financiero, Internacional Privado y Comparado. Entre los profesores titulares, empatan, en la cabeza, romanistas y constitucionalistas (22 cada uno), y siguen a escasa distancia historiadores y administrativistas (17), seguidos de civilistas (12), penalistas (9), canonistas (8) y laboralistas (5); finalizan esta lista particular los comparatistas, procesalistas, fiscalistas y cultivadores de Internacional público. El número total de colaboradores se acerca a los seiscientos, entre los cuales ciento treinta –dato que debe resaltarse– no son docentes universitarios.

Una obra de estas características requiere un adecuado estilo uniforme en las abreviaturas y siglas utilizadas, lo que se logra con la media docena de páginas a ellas dedicadas (vol. 1, pp. 71-77), que, a su vez, se reitera en cada volumen.

El índice de colaboradores permite averiguar, por ejemplo, quiénes han redactado mayor número de semblanzas; en efecto, por orden alfabético y superando la media decena, son los siguientes: Francisco J. ANDRÉS, Francisco CUENA, Rafael DOMINGO, Gérard GUYÓN, Jesús R. MERCADER UGUINA, José Luis DE LOS MOZOS, Manuel J. PELÁEZ, Juan I. PIÑA ROCHEFORT, Gregorio ROBLES, Carlos SÁNCHEZ MORENO, Pablo SÁNCHEZ OSTIZ, Antonio TRUYOL SERRA, Juan B. VALLET DE GOYTISOLO y José Miguel VIEJO-XIMÉNEZ.

Por último, un dato aparentemente secundario, con frecuencia omitido en obras jurídicas, está constituido por el gran número de excelentes reproducciones gráficas de los biografiados, sea a través de cuadros, dibujos o esculturas, sea mediante fotografías de los mismos. Representa, sin duda, un factor de amenidad en obra tan extensa y que rompe la monotonía de las más de 3.500 densas páginas que comprende la obra.

7. ... pero, Derecho y Biografía, ¿tienen algo en común?

La obra se abre con un breve “Prólogo” de la prestigiosa profesora norteamericana Mary Ann GLENDON, comparatista y familiarista acreditada a nivel mundial, que realiza un certero diagnóstico sobre la oportunidad de la obra: *Se echaba en falta en la literatura jurídica universal una obra de estas características que ofrece una rápida pero precisa visión de conjunto acerca de quiénes fueron los hacedores de la Ciencia del Derecho en Occidente, desde su cuna romana hasta nuestros días. En efecto, uno de los grandes problemas que tenemos los juristas es el de encerrarnos en nuestro propio ordenamiento jurídico, como si del único existente en el mundo se tratara. El conocimiento de la Historia del Derecho, del Derecho Comparado y de la filosofía del Derecho, nos permite captar la realidad jurídica global tridimensionalmente* (vol. 1, p. 29).

Por mi parte, pienso que ha sido acertado el detalle de elegir a una *prologuista* porque resulta desconsolador comprobar –como subraya aquélla– que, a pesar de que la palabra jurista tenga, en español, una terminación propia del femenino, las juristas biografiadas pueden contarse con los dedos de la mano (Clara CAMPOAMOR y Victoria KENT resultan auténticas excepciones hispanas, a las que se unen las norteamericanas Belva Ann LOCKWORD y Myra BRADWELL). Afortunadamente no ocurre así con las juristas biógrafas, que superan el centenar.

Parece evidente que esta obra resultará de gran utilidad a los historiadores del Derecho y a los comparatistas, si bien creo que, en general, vendrá bien a cualquier jurista positivo que, en algún momento, quiera dar una dimensión biográfica a sus enseñanzas o conocimientos jurídicos. Al margen de cualquier utilitarismo facilón, me parece que estos miles de páginas tan inteligentemente enhebradas obligará a recordar y ahondar en las ideas que en el siglo pasado expresara HUSSERL en su conocida obra *Recht und Zeit* sobre la radical consistencia histórica de cualquier Derecho positivo.

Si el Derecho –como enseñamos en las aulas– es para la vida, parecería lógico y consecuente que lo biográfico del Derecho, en cualquiera de sus dimensiones, gozara de mayor predicamento de lo que, efectivamente, tiene en la actualidad. Si nos fijamos en la mera docencia, constatamos que todavía, en nuestras facultades, los profesores permanentes ocupan un lugar destacado en la enseñanza, facilitando así que, con frecuencia, subsistan escuelas en torno a alguna figura relevante que ha descollado por encima de todos [así ha ocurrido, entre nosotros, con GARCÍA GALLO en Historia del Derecho, GARCÍA DE ENTERRÍA en Derecho Administrativo, DE CASTRO en Civil, o GARRIGUES (4) en Mercantil, por poner sólo algu-

(4) El editor de la obra ha querido destacar en la misma que detenta también el cargo de director de la Cátedra Garrigues de Derecho Global.

nos ejemplos señeros]. Suele ocurrir también que, al menos la primera generación de discípulos, se afanan porque sea reconocida la continuidad de la Escuela, esforzándose por transmitir fielmente la doctrina del Maestro a sus respectivos alumnos en las aulas, incluso, algunas veces, con notas diferenciales en cuanto a métodos y contenidos impartidos, por profesores de otras Escuelas. Se produce en tales casos una verdadera continuidad en relación con el magisterio dispensado por juristas eximios. Con todo, el paso inexorable del tiempo conduce, con frecuencia, a que, desaparecido del mundo de los vivos el fundador de la Escuela originaria, ésta se vaya diluyendo, naciendo otras Escuelas que, acaso, pueden reconocer, en mayor o menor medida, un tronco común. Es difícil que una Escuela jurídica subsista idéntica a sí misma en la segunda y sucesivas generaciones de discípulos. Inevitablemente hay que concluir: *sic transit gloria scientiae!*

También puede ocurrir —y de hecho está ocurriendo ya— que la noción de Escuela se difumine en la vida misma de su creador. Así, entre nosotros, después de la LRU no son pocos los profesores titulares que apenas si reconocen su pertenencia a una Escuela determinada; quizá sólo mantienen ciertas relaciones de discipulado con el director de su Tesis Doctoral, pero sin haberse integrado en ningún momento en la Escuela a que éste pertenece. No es insólito, por lo demás, que alguien pertenezca, o haya pertenecido, o mantenga que pertenece, a varias Escuelas diferentes, con la consecuencia de que las biografías se entremezclan, rompiendo moldes y saltando límites considerados antes como infranqueables.

Pero dicho lo anterior, no resulta indiferente, por otra parte, en el día de hoy, que un estudiante curse o haya cursado materias de una licenciatura con profesores pertenecientes a tal o cual Escuela; es probable que su formación ofrezca notas singulares y que ello se trasluzca hasta en su actividad profesional. Por poner algunos ejemplos emblemáticos, ser antiguo alumno de Harvard, de Oxford, de Montreal, de Uppsala, de Lovaina, de la Sorbona, de Salamanca, de Tübingen, etc., son valores añadidos a los que ya posee intrínsecamente el propio título universitario.

Si retrocedemos en la Historia de nuestro continente, el fenómeno que he descrito se ha reproducido anteriormente, viéndose facilitado, en siglos pasados, por el pequeño número de centros docentes existentes, así como por el menor número de estudiantes universitarios que los frecuentaban. Sabido es que, en Europa a partir del siglo XII, la enseñanza del Derecho se localizó en puntos geográficos muy delimitados: Pisa, Bolonia, París, Salamanca, Coimbra, Bourges. Allí impartían sus lecciones los grandes maestros del Derecho —formados inicialmente en la Universidad boloñesa—, de modo que haber logrado licenciarse en alguno de ellos era garantía de éxitos futuros, en la Universidad, en el foro o en la administración pública, del país respectivo. Entre nosotros es conocido el hecho de que los discí-

pulos de Francisco de Vitoria poblaron las universidades españolas e hispanoamericanas a lo largo del siglo XVI y mantuvieron la identidad de la Escuela originaria. Más tarde, los humanistas franceses, de religión hugonote, que se ven obligados a emigrar a los Países Bajos y a los Países germánicos, fueron por su parte un fermento importante del desarrollo del *Ius commune* en esos países. De todos es sabido, por último, que, durante la primera mitad del siglo XX, la persecución del nacional-socialismo alemán motivó una importante emigración de profesores alemanes de Derecho, de origen judío, a los Estados Unidos, los cuales han impulsado notablemente el desarrollo de la ciencia comparativa y de la ciencia jurídica en este país.

Importancia, por tanto, de la biografía del *magister*, pero también, muchas veces, resulta decisiva la importancia del legislador (es universal el reconocimiento a JUSTINIANO, pero también el debido a Triboniano y Teófilo; igualmente la vida de Cambacères y Napoleón, pero también la de Portalis, Bigot de Préameneu, Maleville y Tronchet); en efecto, conocer cómo se desarrollaron estas biografías puede ayudarnos a explicarnos puntos oscuros o complejos de su obra legislativa, sin olvidar nunca el peso de su formación filosófica y jurídica, los cargos públicos anteriormente desempeñados y hasta las convicciones religiosas profesadas (así resaltan llamativamente en los padres fundadores norteamericanos, en Hugo GROCIO, en DOMAT o en POTHIER) permiten encontrar la clave de algunas incógnitas que perviven todavía en la historia del Derecho. Importancia asimismo de la biografía del *Judex*, pues hay jueces cuyo nombre se ha perennizado al pronunciar sentencias que han creado nuevas reglas jurídicas; pero esto, no sólo ocurre en los países del *common law*, sino también en los del *civil law* (p. ej., al emitir votos particulares en el TS o en el TC).

Tiene razón el profesor DOMINGO cuando escribe: *jus ex vita oritur!* Son estrechas las relaciones entre el Derecho y la biografía de quienes lo crean, lo enseñan, lo interpretan y lo aplican. Uno de los frutos, y no el único, de la publicación de esta obra será recordárnoslo.

8. Los juristas romanos

Aquí podría finalizar esta recensión; pero sospecho que, con lo dicho hasta ahora, sólo habría logrado, en mínima parte, dar a conocer la obra objeto de la misma. Por otra parte, siendo el autor de esta recensión comparatista confeso y civilista de profesión, no resisto a la tentación de subrayar otras cosas que me han llamado poderosamente la atención.

He tenido ocasión de destacar la excelente introducción del profesor DOMINGO a las semblanzas de los juristas romanos, iluminadora especial-

mente para quienes, sin ser especialistas, no dejamos de asentir a lo que, en palabras de ZUBIRI, constituía una de las aportaciones más gigantes-cas del espíritu humano, junto a la filosofía griega y a la religión de Israel. Me parece un gran acierto insistir en el período de la jurisprudencia romana como el punto álgido que llegó a alcanzar la edad de oro del *Ius Civile*, así como la minuciosa descripción de la codificación justiniana, tan decisiva para su ulterior conservación y desarrollo en el continente europeo. No me resisto a reproducir aquí la alabanza de DOMINGO a la *armonía* que detecta en su elegante composición (vol. 1, pp. 109 y s.): *Halló la jurisprudencia romana un profundo equilibrio entre lo privado y lo público, entre lo natural y lo civil, entre la ley (lex) y el Derecho (ius) y, dentro de éste, entre su sentido objetivo (ius ratumque) y el derecho subjetivo (ius potestasque), entre la flexibilidad de la fides y la seguridad de la forma, entre lo propio (ius civile) y lo universal (ius gentium), entre la tradición jurisprudencial romana y la innovación edictal, entre la abstracción y la causalidad, entre lo personal y lo territorial, la justicia y la equidad, la moral y el Derecho, lo teórico y lo práctico, sin pretender nunca dividir en partes iguales, uniformar, limitar la libertas tradicional del alma romana. Esto fue posible porque fue el romano, sobre todo, y ante todo, un "Derecho de juristas" (Juristenrecht, dicen los alemanes), muy poco legislado, que construyó ese pilar de nuestra civilización piedra a piedra (caso a caso), es decir, jurisprudencialmente, por fiarse más del argumento de autoridad que de la fuerza de la potestad. Aquí radica precisamente su carácter imperecedero, es decir, clásico, de modelo para otros muchos sistemas jurídicos y base necesaria para la formación de un deseado Derecho global.*

El Derecho Romano representa, no sólo la materia prima, el sólido *corpus principale*, del *jus commune*, sino también su *animus*, que lograron insuflar sus juristas y cuyas obras se conservaron, en buena medida, por la ciclópea tarea de JUSTINIANO y sus colaboradores.

La relación de semblanzas de juristas romanos se abre con la de Manio MANILIO, muerto hacia el año 123 a.C. y se cierra con la de DOROTEO, muerto hacia el 565 d.C. abarcando un total de cuarenta y tres biografías encomendadas a acreditados romanistas. Ya se comprende que no resulta posible aludir aquí a todos ellos, aunque sí merece destacarse que Quintus Mucius SCAEVOLA, el Pontífice, perteneciente a una destacada familia de juristas, es autor de los *XVIII Libros de Derecho Civil*, obra que se califica como la más representativa de la jurisprudencia republicana, y sirvió para fundamentar, no sólo la jurisprudencia romana, sino la ulterior europea (A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN); fue el último jurista que desempeñó el cargo de Pontífice máximo. Ha dado nombre a la *cautio muciana* y a la *presunción muciana*, fue famoso defensor de la *causa curiana*. Murió asesinado el año 82 a.C. Fue discípulo suyo Marco Tulio CICERÓN (116-43 a.C.),

cuya figura descuella en muchos sectores de la actividad humana (así se formó como hombre público con Marco Antonio y el cónsul Lucio Licinio Craso; en retórica, con el cretense Apolonio Molón; en Filosofía, con el epicúreo Fedro, el académico Filón de Laria y con el estoico Diódoto; y en poética, con Accio y Aulo Licinio Arquas), pues fue fecundo escritor, apasionado abogado, político destacado, gran defensor de la cultura griega y creyente ferviente en el Derecho natural. No se libró del sino de muchos juristas romanos, de morir violentamente, precisamente por el centurión Herennio, a quien había defendido en causa por parricidio. El civilista no puede menos de mencionar a los juristas cuyas opiniones fueron, en cierto modo, consagradas por la Ley de citas, promulgada por Valentiniano III en el 426, y cuyas obras fueron tenidas muy en cuenta en la compilación justiniana. GAYO (cuya vida transcurre aproximadamente entre los años 120 y 180 d.C.), de quien se ignora casi todo, comenzando por el lugar de su nacimiento, siendo seguro que gozó de la ciudadanía romana, aunque debió proceder de una región helenizada. Comentó los XVIII libros de Mucius SCAEVOLA, aunque no se han conservado, las leyes Julia y Papia Popea y el Edicto y, sobre todo, es autor de las *Institutiones*, única obra clásica conservada íntegramente, que sirvió de base a la enseñanza en Occidente y en Oriente, y que fue el punto de partida de todas las reflexiones e intentos de sistematización de los modernos ordenamientos continentales europeos. PAPINIANO (140-212 d.C.), de quien se ignora el *nomen*, aunque es probable que fuera el de Emilio, calificado como el príncipe de la Jurisprudencia, llegando a ser la personificación del Derecho (F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN); autor de una obra científica importante en la que figuran los 37 Libros de Cuestiones y los 19 Libros de Respuestas, cuyos fragmentos son los más citados en la Compilación justiniana, si bien con numerosas interpolaciones y modificaciones; es notable por su estilo elegante, la sencillez y la profundidad de sus razonamientos y la precisión en el uso de términos y conceptos. Destaca por la incuestionable independencia de su juicio, siendo probablemente el jurista romano que más importancia otorga al contenido ético del Derecho. Muchos de los valores reflejados en sus escritos están próximos al pensamiento cristiano; ello explica que algunos frescos de primitivos templos cristianos lo representan en la compañía de los justos. Concluye así el autor de la semblanza: *Papiniano, obra y hombre, realidad y mito, ha desbordado toda parcela del saber, histórico o jurídico y se ha situado en esa orilla, adonde llegan quienes se convierten para la posteridad en modelo digno de ser imitado y digno paradigma de ser admirado* (vol. 1, p. 99). DOMICIO ULPIANO (170-223/224 d.C.), autor de un Comentario al Edicto y a Sabino, es el autor más mencionado en el Digesto justiniano (aproximadamente el 40 por 100 de todas las citas). Herennio MODESTINO (nacido hacia el 185 y muerto en

el s. III d.C.), discípulo de Ulpiano, es considerado el último de los juristas clásicos, que hace de puente de transición entre la genial actividad creadora de aquéllos y la pobre exposición de las Escuelas posteriores. Gozó indudablemente del *ius respondendi*.

9. Los juristas medievales

Suele decirse habitualmente que la muerte de JUSTINIANO (565) representa el final de una época, mientras que los descubrimientos de IRNERIO en la Escuela de Derecho de Bolonia (s. XII) suponen el comienzo de otra calificada como el *renacimiento del Derecho Romano en Europa*, cuyos frutos llegarán hasta nuestros días. Pero debemos precavernos de esta concepción tan simplista, pues las cosas no sucedieron exactamente así. Para el estudio científico del Derecho Romano, la Edad Media supone, ciertamente, un ocaso u oscurecimiento, pero no definitivo, sino temporal, que permitirá su rebrote con inusitada pujanza a partir del siglo XII, durante toda la Baja Edad Media, con la Escuela de los Glosadores y Comentaristas. No hay, por tanto, en realidad, una solución de continuidad en esos siglos oscuros que van del siglo VI al XII, como ponen de relieve los profesores Antonio GARCÍA Y GARCÍA y F. J. ANDRÉS en su extensa y documentada "Introducción" (vol. I, pp. 241-301, especialmente pp. 242-249), y que explica convincentemente el no cumplimiento aparente de la conocida regla histórica, según la cual la vigencia de un ordenamiento jurídico determinado no va más allá en el tiempo de la supervivencia del poder político que lo sustenta.

A) Derecho romano-bizantino.

Sostienen los autores citados que la historia de la jurisprudencia europea no se detuvo como consecuencia de la síntesis justiniana, sino que prosiguió sin solución de continuidad, aunque limitada al ámbito bizantino-oriental, hasta la Baja Edad Media, y su desarrollo es paralelo a las vicisitudes del *Corpus Iuris* como derecho vigente en los territorios de soberanía bizantina; ahora bien, no se encuentran grandes personalidades jurisprudenciales comparables a los clásicos romanos; son juristas que, en gran medida, trabajan en el anonimato, como epígonos y conservadores de la excelsa tradición de la que proceden, y con la vista puesta en la necesidad de adaptar esa tradición a las necesidades prácticas del mundo circundante. Es de recordar que, si bien JUSTINIANO prohibió todo comentario a su obra jurídica, autorizó, en cambio, las traducciones literales y la elaboración de resúmenes o guiones de materias complejas; así apareció

la *Paraphrasis* de TEÓFILO, el cual, no sólo tradujo al griego el texto de JUSTINIANO, sino que introdujo sustanciales adaptaciones a la sensibilidad jurídica de sus estudiantes orientales. Más tarde, el emperador León VI (886-912) acometió una amplia tarea compilatoria, reelaborando el *Corpus iuris* en sesenta libros escritos en lengua griega, siguiendo en general el orden de aquél, elaborado por una Comisión de jurisconsultos, cuyos nombres desconocemos, presididos por un tal SIMBATIO; tal labor se plasmó en los *Basílicos*, cuyo carácter sistemático es mayor –incluso– que el del texto original, lo que facilitó el manejo del *Corpus* a los prácticos del Derecho. En la época final de Bizancio es relevante la figura de Constantino ARMENÓPULO, del XIV, cuya obra principal es el *Hexabiblos* o *Manuale legum* (1342), un compendio muy completo que sintetiza de modo creativo la mayor parte del material jurídico secular aplicable en su época en un solo volumen sistemáticamente dividido en seis libros, que gozó de gran aceptación tanto en su época como en la posteridad. Esta obra pone fin a la historia de la jurisprudencia bizantina, que, si no fue extremadamente original, sí supo conservar con elegancia el legado de la romanidad, a lo que contribuyeron las Escuelas de Constantinopla y Beirut con actividad continuada a lo largo de este período.

Los autores citados de la “Introducción” observan que la caída de Roma en manos de Odoacro (476), si bien puso fin a la forma secular de dominación política en la Europa occidental, dando paso a diversos reinos germánicos establecidos a lo largo del siglo V, el Derecho Romano no desapareció como ordenamiento jurídico, sino que convivió, como Derecho particular de los habitantes romanos vencidos, en la forma dada por las grandes codificaciones romano-bárbaras (5). La conquista bizantina de Italia en tiempo de JUSTINIANO trajo consigo la aplicación del *Corpus Iuris civilis*, incluso después de la conquista de Italia por los longobardos, y ciertas partes de la península mantuvieron su relación con Bizancio y recibieron su legislación (sobre todo el sur, el exarcado de Rávena, el ducado de Roma y Sicilia). En el resto de Europa, el papel de custodio del Derecho Romano culto quedó asignado exclusivamente a la Iglesia católica. La Iglesia, con una jurisdicción propia *ratione personarum*, había ido construyendo su propio ordenamiento jurídico, básicamente a partir del Edicto

(5) Así el *Edictum Theodorici* (hacia 453-466); *Codex Eurici* (hacia 476); *Lex Romana Burgundionum* (hacia el 500); y, sobre todo, la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviarium Alaricianum* (506), también reelaborada en Italia del norte a través de la *Lex Romana Utinensis* o *Rhetica Curiensis*, entre los siglos VII y IX. Asimismo, los derechos germánicos, crecientemente romanizados a partir del siglo VIII, contenidos en diversas leyes, tales como el *Edictum Rothari* (653) y *Edicto de Luitprando* (712-744), para los longobardos; *Lex Salica* (507-511) y *Lex Ribuarum* (613-625), para los francos; *Lex Burgundionum* (480-501), para los burgundios; *Lex Visigothorum* o *Liber iudiciorum*, para los visigodos (Recesvinto, 649-672); *Lex Alamannorum* y *Lex Baiuvarum*, para los suevos.

de Milán (313), sobre la base de fuentes romanas, especialmente el *Codex Theodosianum* (438), cuyo último libro recogía las constituciones imperiales sobre Derecho eclesiástico, a las que se añadían las decretales papales y las resoluciones de los Concilios; buen ejemplo es la *Colección canónica Hispana* del siglo VI. Obras como la *Lex Romana canonice compta* (s. IX) hicieron posible que las nociones jurídicas romanas pudieran llegar hasta los últimos rincones de Europa occidental. Sólo en el siglo XI se encuentran los primeros pasos firmes en la línea de una recuperación del estudio científico del Derecho en el mundo europeo occidental, a través de la Escuela de Pavia; en ella destaca Lanfranco (aproximadamente 1010-1089), que llegó a ser arzobispo de Cantorbery, y otros eruditos ligados a la práctica judicial, son los primeros en aplicar coherentemente los métodos del *trivium* al estudio del Derecho, si bien el objeto central de sus trabajos era no tanto el Derecho Romano como el Derecho nacional lombardo, con la finalidad de formar adecuadamente a jueces y abogados; resultado de su reflexión sobre su ordenamiento tradicional es la colección denominada *Liber Papiensis*, de principios del siglo XI, que contiene materiales muy variados con citas, incluso, de la compilación justinianeas, aunque tal vez no de primera mano. De todo ello se deduce (vol. 1, p. 252) la existencia de una verdadera corriente de reflexión jurídica en Occidente previa a la aparición de IRNERIO y la Escuela boloñesa, a la que faltó, para convertirse en Escuela, la aplicación de la crítica textual y la exégesis lógica al Digesto en su conjunto, cuyo dominio intelectual fue el factor que proporcionó a la ciencia jurídica occidental su estatuto independiente y su capacidad de influencia en el ulterior desarrollo político y cultural de Europa.

B) IRNERIO y la Escuela de Glosadores de Bolonia.

El impulso occidental para la ciencia jurídica europea vino propiciado por el nuevo descubrimiento del Digesto, correspondiendo a Bolonia y a la escuela de los Glosadores fundada por IRNERIO el honor de abordar esta recuperación del antiguo Derecho jurisprudencial romano con las armas intelectuales del *trivium* medieval y la disciplina escolástica. Pero esta recuperación del material jurisprudencial romano, tal vez anticipada en Pavia, no hubiera podido darse sin la concurrencia de elementos sociales, institucionales y culturales, que lo hicieron posible. Al margen de la leyenda del emperador Lotario, mencionan los autores de la "Introducción" la presencia permanente del Digesto desde su promulgación para Italia (554), si bien este hecho apenas despertó el interés de los intelectuales altomedievales y de los prácticos del Derecho por su extrema dificultad. Sólo a partir del siglo XI, en paralelo con el auge económico de las ciudades ita-

lianas, la pujanza del Sacro Imperio Romano-Germánico y la reforma gregoriana de la Iglesia católica, el *Corpus iuris* completo y, principalmente, el Digesto, comenzó a ser objeto de atención intelectual en el contexto del llamado *renacimiento del siglo XII*. Aparte de su prestigio de proceder de la antigüedad y estar escrito en latín, y de constituir su comprensión un desafío para las mentes formadas en la primitiva escolástica, el Digesto se reveló como una inagotable cantera de conocimientos, no sólo para los estudiosos, sino para los prácticos del Derecho (excluidos los textos escritos en griego y así se decía que *graeca sunt: non leguntur*). El ideal de Roma nunca se había perdido del todo en Occidente, de modo que el *Imperium Romanum* se considera aún vivo y garantía de libertad y progreso; de aquí el impulso que los emperadores germánicos dieron al estudio del *ius Romanum*, y la cerrada alianza secular entre *Imperium* y legistas, frente a los canonistas.

El resurgimiento de la ciencia jurídica occidental nace vinculada al texto y a su interpretación dogmática; el *Corpus Iuris* constituye el libro de autoridad de la nueva Ciencia del Derecho, al igual que la Biblia lo es para la Teología; el descubrimiento del Digesto se presenta como una auténtica *revelación* jurídica, el *Corpus Iuris* es un *donum Dei* y verdadera *ratio scripta*, sólo inferior en autoridad a la Biblia; los mismos criterios hermenéuticos que servían para la teología y la filosofía fueron aplicados por IRNERIO. Como los juristas romanos, para quienes la jurisprudencia es *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, los jurisconsultos son una especie de sacerdotes, que profesan la *religio iuris*, llamados a fijar canónicamente el texto del *Corpus Iuris* y a conservar su pureza exegética. La letra de la ley es la *ratio scripta* que se articula en una totalidad armónica, cuya verdad intrínseca debe desvelar el jurista. Esta es la esencia del método dogmático fundado por los Glosadores, y que ha quedado hasta hoy como modelo de método jurídico para escándalo del profano inteligente (WIEACKER). Por lo demás resulta conocido el método de los Glosadores boloñeses, desarrollado por IRNERIO (*lucerna iuris*) y sus discípulos, los *quattuor Doctores* (BÚLGARO, MARTINO, JACOBO y HUGO), nominados poéticamente como *lilia iuris*, de los cuales destacaron los dos primeros que encabezaron las corrientes –a veces, enfrentadas– en que se dividió la Escuela, apareciendo los otros dos como epígonos. Con ellos la Escuela de Bolonia gana fama europea y comienza a expandirse por el continente, en especial en el sur de Francia y Centroeuropa. Posteriores discípulos adquirieron prestigio, tales como PIACENTINO, autor de una *Summa Codicis*; VACARIO, a quien se debe la penetración del Derecho Romano en Inglaterra, y BASIANO, especialista en cuestiones procesales y cabeza visible de la Escuela a la muerte de BÚLGARO. Con HUGOLINO cambia el tradicional posicionamiento político de los Glosado-

res porque defendió a la ciudad frente al Emperador en 1209, y se pronunció a favor del Derecho consuetudinario de aquélla frente a la legislación imperial. AZÓN ha sido considerado por muchos como auténtica cima de la Escuela; nacido y formado en Bolonia, fue maestro de gran cantidad de maestros relevantes de la siguiente generación y ejerció una destacada labor de asesoramiento jurídico a la ciudad de Bolonia y a la Iglesia. Entre sus discípulos destaca ACURSIO, autor de la *Magna Glossa* o *Glossa ordinaria* del *Corpus* justiniano, de la cual se dice (vol. 0, p. 261) que sintetiza el resultado de siglo y medio de trabajos de la Escuela civilista boloñesa; baste decir que recoge un *apparatus* de 96.940 glosas a las diversas partes del *Corpus iuris civilis*; su éxito fue tan arrollador que desplazó a las obras anteriores del mismo género y comenzó a extenderse en edición conjunta de manuscritos con el propio texto de aquél, elaborados en Bolonia bajo dirección universitaria. Se acuñó el aforismo *Qui non agnovit glossa, non agnovit curia*, si bien se observa que siguieron existiendo comentarios independientes de la Glosa, y, además, su posición no hacía prueba frente a la *communis opinio doctorum* (vol. 1, p. 262). Con todo, el resultado era óptimo, pues Bolonia se había convertido en la mayor Universidad jurídica europea, especialmente después de la prohibición de la enseñanza del Derecho Romano dictada por el papa Honorio III a la Universidad de París en 1219. Otros centros universitarios, según el modelo de Bolonia, se abren en Europa (Montpellier, Módena, Oxford, Palencia, Salamanca, Nápoles, Valladolid, etc.). Con carácter casi siempre anónimo se difunden obras expositivas del Derecho Romano, tales como las *Exceptiones legum Romanarum Petri*, o el *Brachilogus Iuris civilis*.

C) El *utrumque ius* o Derecho romano-canónico.

El siglo XIII va a conocer el nacimiento del *utrumque ius* o Derecho romano-canónico. Inicialmente IRNERIO prescindió en sus Glosas del Derecho de la Iglesia, pero después del esfuerzo unificador del *Decretum Gratiani*, los Glosadores comienzan a incluir aquél en sus estudios, reconociendo el carácter científico del Derecho canónico; al margen de frecuentes conflictos entre los Tribunales civiles y eclesiásticos, fue el terreno del proceso en donde se conjuntaron esfuerzos para lograr un procedimiento racional que hiciera efectivas sus reglas de convivencia; destaca el *Ordo iudiciarius* del canonista TANCREDO (hacia 1214), y, ulteriormente, el *Speculum iudiciale*, del obispo Guillermo DURANDO, en que se hace una descripción general del procedimiento romano-canónico, tanto referido a causas civiles como criminales, incluyendo formularios y actuaciones prácticas; obra cuyo uso se hizo imprescindible ante los tribunales eclesiásticos y en muchos seculares que se decidieron a implantar el procedimiento de Derecho

culto. La fusión de ambas tradiciones jurídicas fue trabajosa y uno de sus primeros frutos es el *Código de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio*, y será un paso decisivo para la expansión del Derecho culto científicamente renovado en Europa; ambas tradiciones propenden a la universalidad, de modo que acabará viéndose el *utrumque ius* como un sistema único, común para toda Europa occidental (*ius commune*), con dos dimensiones, una temporal y otra espiritual; el Derecho Romano, fecundado por la ciencia de la Glosa, es *ratio scripta*, y el Derecho canónico es *anima* de ese ordenamiento, que trasciende las fronteras de los reinos y las fragmentaciones feudales. Este *ius commune* será compatible con los diversos *iura propria* territoriales, y ello contribuye a garantizar su penetración en los distintos Estados emergentes de la Europa occidental. A juicio de los autores de la “Introducción” (vol. 1, pp. 277 y ss.), este *ius commune*, más que un ordenamiento jurídico como tal, será propiamente una *cultura jurídica*, en el sentido de cristalización de un conjunto de representaciones jurídicas construido por juristas de toda Europa y difundido a través de las Universidades, que informará los diversos ordenamientos particulares en sentido unificador; se transmitirá no tanto por disposiciones imperativas como por razones culturales ajenas a los poderes públicos de la época; representaba una cultura de libros; recogía instituciones en su mayor parte compartidas por los diversos territorios; se expresaba en una lengua común y universal; y, sobre todo, constituía el único cuerpo de doctrina jurídica realmente desarrollado a la altura de las necesidades del momento histórico. Estas razones explican su implantación en todas las facultades europeas con carácter exclusivo, una vez que la primera oleada de juristas nacionales se hubiera formado en las Escuelas de Bolonia o Montpellier, lo que condujo a un frecuente y fructífero intercambio de estudiantes y profesores que constituirá el factor humano decisivo para su triunfo como Derecho jurisprudencial.

D) La Escuela de los Comentaristas o Posglosadores.

Después de la Glosa de ACURSIO, la renovación de la Escuela de Glosadores de Bolonia se va a iniciar fuera de Italia, a través de la Escuela de Orleans, especialmente por Jacques DE REVIGNY y Pierre DE BELLEPERCHE, ambos clérigos, que llegaron a ser obispos. Los llamados –vistos desde Italia– *doctores Ultramontani* introducen nuevas técnicas en relación con el uso del razonamiento dialéctico, pero sin llegar a formular reconstrucciones sistemáticas de los textos justinianeos; consideraban que, en muchas ocasiones, la glosa contribuía a oscurecer más que a aclarar el texto discutido; de ahí que usaran un género nuevo, las *repetitiones*, que procedían de lecturas en profundidad de ciertos pasajes escogidos de las

fuentes; presagian ya la nueva orientación relativa a las *quaestiones de facto* a las que ulteriormente se prestará singular atención en Italia. La Escuela de los Comentaristas, llamados también Posglosadores (sin el acento peyorativo que empleó con esta designación SAVIGNY), será la culminación de una nueva orientación metodológica apuntada por los *Ultramontani*, aunque movida en realidad por las mismas preocupaciones de principio de los Glosadores (a saber, la correcta intelección del texto justiniano), pero diferenciada por los instrumentos analíticos y el universo normativo considerado; así la utilización decidida de la dialéctica aristotélica, generalizada y sistematizada por San Alberto MAGNO y Santo Tomás DE AQUINO, lo cual conduce a una mayor explotación de las posibilidades constructivas del método. Glosadores y Posglosadores tuvieron similar proyección práctica, traducida en el gran número de *consilia* que emitieron, pero difirieron en la amplitud de miras respecto al material jurídico considerado; así una de las principales preocupaciones de los segundos fue conciliar las interpretaciones del Derecho Romano con las prescripciones del Derecho estatutario de las ciudades del norte de Italia y las exigencias del Derecho canónico; así surgirá la doctrina de los Estatutos, de tanta aplicación por mucho tiempo en el ámbito del Derecho Internacional privado; en todo caso, el *Corpus iuris* seguía estando en el centro del sistema, ya que las lagunas y contradicciones obtenidas en el resultado interpretativo debían resolverse por el *ius commune*.

Pertenece a Cino DE PISTOIA la reputación de ser el iniciador de la nueva Escuela, profesor en Siena y, más tarde, en Perugia, en donde tuvo como alumno a Bártolo DE SASSOFERRATO, considerado como el más grande de los juristas de ésta. Nace en 1314 y su corta vida de apenas cuarenta y tres años le permitió doctorarse en Bolonia a los veinte, ejercer durante cinco años el cargo de juez en Todi y Pisa y dedicarse a la Universidad el resto de su vida enseñando en Pisa y en Perugia, publicando su obra fundamental, los *Commentaria Iuris Civilis*, que le dio fama universal y en el que consagró el método dialéctico aplicado a la jurisprudencia. El más distinguido de sus discípulos fue Baldo DE UBALDIS, profesor, a su vez, en diversas universidades (Perugia, Bolonia, Pisa, Florencia y Pavía), jurista enciclopédico (civilista, canonista y feudista), teniendo mayor dedicación que su maestro a la práctica. Escribió *Comentaria* a diversas partes de la compilación justiniana y también *Lecturae* de las Decretales y de los *Libri feudorum*. Con acierto, los autores de la "Introducción" sintetizan (vol. 1, p. 284) que Bártolo y Baldo personificarán durante siglos el mos italicus en toda Europa, y varias generaciones de juristas de primera fila se sumaron a la misma tendencia y contribuyeron al dominio absoluto de este método de estudio teórico-práctico de las fuentes, al menos hasta el siglo XVI. Los últimos grandes autores de la Escuela de Comen-

taristas son Jasón DE MAINO y Philippo DECIO, quienes desarrollan su actividad en pleno siglo XVI. Pero su método, el *mos italicus*, todavía seguirá influyendo en la producción y práctica de los siglos siguientes, en competición con el *mos gallicus*, que marcará la evolución jurisprudencial europea de los siglos XVI y XVII. Con todo, el *mos italicus* tardó, también llamado *bartolismo*, va a dominar en la primera modernidad en lugares como Alemania, Italia, España o los Países Bajos, contribuyendo a la difusión del *ius commune*, que actuaba como derecho supletorio, como elemento integrador y sistemático capaz de llenar las lagunas y oquedades dejadas por el ordenamiento tradicional y proporcionando una coloración romanista a los ordenamientos nacionales por la vía de la *interpretatio*, con la notable excepción de Inglaterra. Como ha puesto de relieve A. PÉREZ MARTÍN, es muy importante la literatura jurídica española de la Baja Edad Media bajo el signo del *ius commune* y las técnicas del *mos italicus*, aunque no siempre resulta aquélla suficientemente conocida.

E) La influencia del Derecho Romano en la formación del *Common Law*.

Considero de gran interés el apartado final de la “Introducción” (vol. 1, pp. 295-301), dedicado a mostrar la presencia e influencia del Derecho Romano en la formación del *common law*, respondiendo al propósito inicial del coordinador de propiciar decididamente su acercamiento y aproximación al *Civil Law*. El famoso *nolumus leges Angliae mutare* impidió, ciertamente, la recepción directa del Derecho Romano en Inglaterra, pero no evitó la penetración por vías oblicuas. Así se analizan las figuras de VACARIUS, GLANVILLE y BRACON, y sus obras respectivas que, con frecuencia, muestran un profundo conocimiento del *ius commune*.

Destaca en este apartado la riqueza bibliográfica que supone el número importante de Semblanzas incluidas (un total de ochenta y cinco); en efecto, además de la lógica presencia de miembros pertenecientes a las Escuelas de los Glosadores y Comentaristas o Posglosadores (destacaría las semblanzas de BÁRTOLO y BALDO por GARCÍA GARRIDO), es de notar la atención prestada a los canonistas clásicos (como GRACIANO; San Raimundo DE PEÑAFORT, debida a MOLANO; Juan DE FAENZA, debida a VIEJO-XIMÉNEZ; Rufino DE BOLONIA; y Juan DE ANDRÉS, debido a OTADUY, que fue en la historia el segundo canonista secolar y casado), y también a los cultivadores del *utrumque ius* (Paulo DE CASTRO; Juan DE ÍMOLA, debida a PÉREZ MARTÍN), y legisladores (como Gregorio IX, debida a Ana M.^a VEGA; Alfonso X, debida a MARTÍNEZ DÍEZ), filósofos (Santo Tomás, debida a ALARCÓN; Guillermo DE OCKHAM, debida a TRUYOL SERRA), ger-

manistas como Eike von REPGOW (redactor del *Espejo de Sajonia*, semblanza debida a COMA FORT), juristas ingleses (VACCARIO, debida a R. DOMINGO; Ranulfo DE GLANVILL, FORTSCUE, LITTELTON, BRANCTON, debida a I. CREMADES), juristas bizantinos (como Constantino ARMENÓPULO), etc.

10. Juristas de los siglos XVI y XVII

La extensa "Introducción" a esta parte (vol. 2, pp. 23-87) se debe a A. GUZMÁN, catedrático de Derecho Romano de la Universidad chilena de Valparaíso. Los grandes apartados de aquélla tratan de las siguientes materias: El Humanismo jurídico, la segunda Escolástica, el Iusnaturalismo racionalista, el *Usus Modernus Pandectarum* y la ciencia del Derecho Indiano. Cuestiones que desarrollaré a continuación en el mismo orden.

Advierte GUZMÁN que las divisiones de la jurisprudencia en Escuelas diversas obedecen mejor a las necesidades historiográficas que a una real separación histórica. Hay una continuidad en los resultados de la interpretación de los textos justinianeos, cuyos frutos se acumulan sin desdeñar los obtenidos por ajenas Escuelas; hay una real interpenetración de las diversas doctrinas que permite mejorar y evolucionar el *ius commune* que, por otro lado, trata de adaptarse a las nuevas circunstancias socio-económicas tan diversas de las que contemplaron los juristas romanos. El aspecto de la historia cambia cuando se examinan los dogmas, para los cuales las divisiones entre escuelas suelen tornarse en evanescentes hasta llegar a borrarse, y de los cuales surge una historia diferente, no con base en movimientos, sino precisamente en autores, en muchas ocasiones pertenecientes, según el punto de vista historiográfico, a una misma escuela, que empero piensan distinto, o a escuelas diversas, que con todo piensan igual. Así, concluye GUZMÁN, la historia de la ciencia jurídica deja de consistir en una historia del pensamiento global de escuelas y se convierte en una del pensamiento de los juristas, en la que la división en escuelas asume una funcionalidad meramente referencial e instrumental (vol. 2, p. 25).

A) La Escuela Humanista.

La Escuela Humanista inicialmente es literaria y filológica y sólo secundariamente jurídica; este último aspecto se manifiesta en el Antitribonianismo y en la preocupación por la pureza de las fuentes, acusando a los juristas medievales de ignorancia histórica, incultura filológica, desconocimiento de la lengua griega y empleo de un latín bárbaro y, finalmente, abuso del método dialéctico. Un precursor erudito es Guillermo BUDÉ, con la publicación en 1508 de sus *Annotationes* a las Pandectas, en las que

trata de depurar el lenguaje empleado por JUSTINIANO y su interesante estudio sobre las pesas y medidas romanas publicado en 1515. Verdadero precursor de esta Escuela es el jurista italiano ALCIATO, quien, al no ver acogidas sus doctrinas en Italia, se traslada a la Universidad de Bourges, logrando una pléyade de adeptos franceses (DUARENUS, CONNANUS, CUIACIUS, HOTTMANUS, DONELLUS, los hermanos GODEFROY, Denis y Jacques) que se expanden por otros países, en parte, por razones de la persecución desatada en Francia contra los hugonotes después de la noche de San Bartolomé. En Alemania, el humanismo jurídico lo inicia ZASIVS, al que siguen HALOANDER, VIGEL, LAGUS y FREY. La acogedora y tolerante Holanda alberga la Escuela denominada de la *Jurisprudencia elegante*, que es una derivación de la Escuela humanística, en la que participan VOET, NOODT y BYNKERSHOEK. La Escuela francesa tuvo entre nosotros algunos cultivadores ilustres (Antonio AGUSTÍN, José FERNÁNDEZ DE RETES, Francisco RAMOS DEL MANZANO), y también, en Portugal, Antonio GOUVEIA.

La temática de la Escuela Humanista se resume así en la “Introducción”:

— En el ámbito literario y filológico, el retorno a las fuentes, lo que se tradujo en la sustitución de la *Vulgata* o *littera Bononiensis* por la *littera florentina*, y luego por la *littera Gothofrediana*, que adquirió el carácter de *Vulgata* humanística; la difusión de la lengua griega permitió ampliar la consulta de las obras bizantinas (especialmente la *Paráfrasis* y el *Hexabiblos*; además se descubrieron nuevas fuentes latinas anteriores a JUSTINIANO que los medievales desconocieron, se reconstruyeron fuentes antiguas que no habían sido transmitidas íntegras ni originales; destacó en este campo CUJAS o CUIACIUS; el manejo de fuentes no jurídicas hizo aflorar muchos datos jurídicos y se esforzaron por recuperar las formas clásicas del latín antiguo y de practicarlas en su actividad; el modelo de estilo fue Cicerón.

— Preocupación por la pedagogía o didáctica jurídica, siendo notablemente grande el número de publicaciones sobre dichos temas durante estos dos siglos, bastando citar a título de ejemplo la *Oratio de ratione docendi iuris*, de CUIACIUS, y la *Ratio iuris discendi compendiosissima simul et respondendi de iure omnium certissima* de VIGELIUS.

— Preocupación por la teoría de la argumentación jurídica; su núcleo central es la doctrina clásica de los *loci argumentorum* (*topoi*), es decir, aquellos puntos de vista, lógicamente típicos, desde los cuales se pueden obtener argumentos racionales al enfrentar un problema (en la *Topica* de CICERÓN encontraron buen apoyo).

— El Humanismo jurídico desarrolló la teoría del sistema jurídico, ya que advirtieron que el *ordo legalis* de los textos justinianeos era pura-

mente contingente, cuando no caótico. CICERÓN expone su proyecto de *ius civile in artem redigere*, es decir, reducir todo el Derecho Civil a pocos géneros, distribuyéndolos como miembros de un cuerpo, y aclarando mediante definiciones la significación de cada uno, para así tener una *perfecta ars iuris civilis*; en esta línea cabe mencionar la obra de LAGUS *Iuris utriusque traditio methodica* (1543). Otros autores prefirieron aplicar un método expositivo de invención propia y personal, como DONELLUS en su monumental *Commentaria de iure civile* (1589-1595).

— También fue tema propio del Humanismo el nacionalismo jurídico, con un significativo matiz, pues en Francia se entendió que el Derecho Romano se aplicaba *non ratione imperii nisi imperium rationis*. El prestigio de Dumoulin (MOLINEUS) impuso la tesis de que el *ius commune* en Francia estaba representado por las costumbres generales del reino, y sólo en defecto de éstas se autorizó el recurso al *ius scriptum*, previa comprobación de su equidad y aplicabilidad al caso. Observa GUZMÁN (vol. 2, p. 42) que el humanismo francés fue coetáneo con la formación del Estado moderno de base territorial-nacional; por otro lado, el historicismo le condujo a interesarse por el pasado del entorno inmediato de sus cultivadores, es decir, por el Derecho francés; las críticas al *Corpus Iuris* negaron a éste su carácter de *lex* y, por tanto, una vigencia *pro auctoritate*; ello coincidía con las tendencias que empujaban a la búsqueda de un sustituto que los humanistas encontraron en el Derecho nacional.

— Tendencia a identificar el Derecho Romano con la *aequitas*.

— Preocupación en algunos humanistas por sustituir el *Corpus* por otro texto legal, con lo cual empalmaron con determinadas ideas de la Escuela protestante del Derecho natural que postulaban alguna forma de codificación.

B) La Escuela española de Derecho Natural.

El apartado relativo a la Segunda Escolástica o Escuela española de Derecho Natural está bien sintetizada y documentada (vol. 2, pp. 46-59) y resulta, obviamente, más conocida entre nosotros. En su origen es un movimiento de renovación teológica debida al magisterio del P. VITORIA, ejercida durante veinte años en la Universidad salmantina. Como se sabe, sus famosas *Relectiones*, especialmente las *De indiis* (1539), *De iure belli* (1539), *De iustitia et iure* (cursos 1526-1529 y 1534-1537) y *De lege* (cursos 1533-1534), no publicadas, aunque sí se han conservado en los apuntes de los alumnos, sirvieron de base a una literatura teológico-ético-jurídica desarrollada por un nutrido grupo de famosos discípulos suyos pertenecientes a diversas Órdenes religiosas y del clero secular, que ocuparon cátedras universitarias en España y en América, y cuya enumeración no pa-

rece necesario reproducir, aunque sí destacar que los temas tratados por ellos, no sólo atienen a la justicia y al Derecho en general y al Derecho Natural en particular, sino al Derecho internacional (análisis crítico de los títulos que justificaban la conquista española de los territorios descubiertos), a los contratos en general y, en particular, a la compraventa y al préstamo. Advierte oportunamente GUZMÁN (vol. 2, p. 54) que, para los escolásticos, su Derecho positivo fue el Derecho Romano, y el canónico, o sea, el *ius commune*, e incluso, aunque en menor medida, el Derecho castellano, así que puede decirse que el Derecho natural de la escolástica fue el Derecho común iusnaturalizado. Estos autores profesionalmente fueron filósofos, teólogos y moralistas, lo cual determinó ciertas características: así el interés fundamental de su reflexión fue determinar bajo qué condiciones la ley positiva obliga en conciencia; su interés estaba en una ética para el tratamiento de las realidades de la vida y de la historia; utilizan el método del casuismo después de haber dejado bien sentados los principios generales; siguen el método escolástico en la exposición; destaca la libertad intelectual de que hacen gala, hasta el punto de afirmar el autor que *los neoescolásticos profesaron un Derecho natural de tipo laico* (vol. 2, p. 57); por último, la parsimonia con que emplean el principio de autoridad. Fueron aportaciones suyas: una solución satisfactoria al viejo problema del origen del poder y la base del Derecho subjetivo moderno al tratar del *ius* como *facultas* o *potestas*, y la división entre los derechos reales y personales, así como intentos de una doctrina general del contrato y de las promesas. Sus doctrinas fueron tenidas en cuenta por Hugo GROTIUS, si bien sus obras parece que dejaron de ser leídas en Europa desde mediados del siglo XVII.

C) La Escuela del Derecho natural racionalista.

En 1625 se publica en París por Hugo GROTIUS *De iure belli ac pacis*; su autor, exiliado en Francia, había sido abogado de grandes compañías coloniales y comerciales, político, diplomático y cultivador de la Teología y del Derecho; recibió una educación humanística y siempre cultivó estudios literarios. Estudió el *ius commune* para doctorarse en Orleans, y en sus obras aplica unas veces el *mos gallicus* y otras el *mos italicus*. Contemporáneo de COPÉRNICO, Ticho BRAHE, Francis BACON, KEPLER, GALILEO, NEWTON y DESCARTES, su obra fundamental, que fue objeto de gran número de ediciones, fue saludada como el inicio de una nueva era en la ciencia del Derecho siguiendo el modelo de las ciencias físico-matemáticas para el conocimiento de la naturaleza humana. En su obra fundamental retoma la tradición del humanismo de dar un orden y sistema al Derecho, si bien no se apartó mucho del sistema gayano-justinianeo; luego asu-

me la tradición escolástica del Derecho natural y no el civil, romano o positivo, con lo cual se separa de la senda del humanismo; limita su obra a lo que los romanos denominaron *jus gentium*, o sea, el Derecho de las controversias entre pueblos o príncipes, de las cuales surge la guerra, la cual, a su vez, se hace para obtener la paz, de ahí que ese Derecho sea un Derecho de guerra y paz. No fue el primer tratadista de la paz y de la guerra, aunque sí el primero en hacerlo de modo sistemático y sin entrar en polémicas; se acompaña de observaciones filológicas y eruditas, presentando el conjunto en un latín que trataba de imitar al clásico, encajando con el buen gusto generalizado que todavía se encontraba bajo el influjo del humanismo. La admiración que suscitó GROCIO en su tiempo se fue acrecentando en las épocas sucesivas, que terminaron por reconocerlo, primero, como el fundador del Derecho natural de la razón y después del moderno Derecho Internacional público, en competencia con el P. VITORIA.

Declara GROCIO que su primer cuidado fue referir las pruebas de lo que pertenece al Derecho natural a nociones tan ciertas que nadie pueda negarlas, a no ser que se haga violencia a sí mismo; pues los principios de este Derecho se manifiestan por sí mismos y son evidentes casi tanto como todo lo que percibimos por los sentidos externos. Luego su celeberrima afirmación de que *Estas cosas que ya dijimos ciertamente tendrían lugar aunque concediéramos, lo que no se puede conceder sin cometer un gran delito, que Dios no existe o que no cuida de los asuntos humanos*. Hay un matiz diferencial (GUZMÁN, vol. 2, p. 65) con la Escuela española, que consideraba imposible la hipótesis de no existir Dios, por lo cual el Derecho natural se une ontológicamente a Él. El resultado fue que cada vez se prescindió más de la doctrina escolástica por innecesaria, pues GROCIO había descubierto, con certeza matemática, los principios que la ordenan. La Reforma protestante ayudó al éxito de las doctrinas grocianas, pues éstas ofrecían un ordenamiento de la paz y de la guerra válido indistintamente para católicos y protestantes, e incluso para no cristianos.

En realidad a GROCIO se le considera precursor y hombre que sirvió de enlace entre el Humanismo y la Neoescolástica, con el Derecho Natural racionalista. En Alemania se mencionan, en la misma línea, a los humanistas OLDENDORP y ALTHAUS, y en España a VÁZQUEZ DE MENCHACA, autor de la famosa obra *Controversiarum illustrium* (1563), como verdaderos antecesores de esta última. En realidad hay que atribuir la autoría de la Escuela a HOBBS, en su obra *The Elements of Law Natural and Politic* (1650), al prescindir de Dios en la fundamentación del Derecho Natural. Este iusnaturalismo laico, secular y mecanicista, fue desarrollado y sistematizado por PUFFENDORF (*Elementa iurisprudentiae universalis*, 1670, y *De iure naturae et gentium*, 1672), quien alcanzó a presentar un sistema material del Derecho privado natural, que no habían logrado sus

antecesores. Su discípulo THOMASIVS, *Fundamenta iuris naturae et gentium*, 1705, contribuyó a la propagación de las ideas de su maestro, dedicándose a atacar a las viejas instituciones del *ius commune* como no fundadas en el Derecho de la naturaleza. LEIBNITZ fue un genio universal que destacó en filosofía, teología, teodicea, lógica, matemáticas, física, medicina, geología, ingeniería, lingüística, ciencia política e historia, y también en Derecho con su famosa obra *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667); puede ser inscrito en la corriente del iusnaturalismo moderno en cuanto acepta el modelo básico de HOBBS, pero vuelve a resituarse a Dios en la base de la especulación jurídica, con su distinción del *ius strictum*, propio del estado de naturaleza, en donde encuentra aplicación el principio *neminem laedere*; el *ius aequum* que impera en el estado civil, regido por el *suum cuiusque tribuere*; y el *ius pietatis*, inspirado en el *honeste vivere* que debe gobernar en una sociedad armónica de hombres que aman a Dios, y que es la más perfecta posible. Por último, puede considerársele fundador de la moderna idea de la codificación, recogiendo, a su vez, algunas ideas humanistas. Con LOCKE, un filósofo inglés, no jurista, en su *Essay on Civil Law Government*, se adopta el modelo hobbesiano de iusnaturalismo moderno, pero no se emplea para concluir en un absolutismo, sino en un liberalismo político y jurídico.

Concluye GUZMÁN (vol. 2, p. 74) que el filón iusnaturalista que de HOBBS llega a LOCKE, y en el siglo XVIII continuará hacia ROUSSEAU, fue más político que jurídico. El iusnaturalismo que del mismo HOBBS llega a PUFFENDORF y a THOMASIVS, y se prolonga todavía en el siglo XVIII, pretendió ser, en cambio, más jurídico. En todo caso, los estudios de unos y otros no abandonan, pese a veces a sus virulentos ataques, al Derecho Romano, lo que repercutirá en la evolución posterior y permitirá a la Escuela influir en el curso posterior de la dogmática y de la legislación, a través de las grandes codificaciones europeas.

D) El *usus modernus Pandectarum*.

A principios del siglo XVI, el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici* eran los únicos enseñados en el continente europeo, dejándose a la práctica el aprendizaje de los Derechos regios y consuetudinarios; éstos, cuando había que aplicarlos, eran severamente examinados a la luz del Derecho Romano, de modo que, si lo contradecían, recibían aplicación restrictiva; sus lagunas abrían paso a la utilización del *ius commune*, siempre interpretado ampliamente para favorecer mejor su aplicación. A lo largo de los siglos XVI y XVII, muchos juristas, sobre todo italianos, continuaron cultivando la lectura e interpretación de las fuentes romanas con los cánones transmitidos desde los siglos anteriores. Baste mencionar las obras

de CLARO, MENOCCHIO, MANTICA, FARINACCIO y el cardenal DE LUCA, en Italia; entre nosotros también siguieron el *mos italicus* Juan LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, Juan DEL YÁÑEZ PARLADORIO, Juan GUTIÉRREZ, Juan DEL CASTILLO SOTOMAYOR y Antonio PÉREZ; ocurre lo mismo en Francia con REBUFUS, TIRAQUELLUS, DUMOULIN y D'ARGENTRÉ.

La expresión *uso moderno de las Pandectas* constituye el título de una obra del alemán Samuel STRYK, publicada entre 1690 y 1712, y ha sido adoptada por la moderna historiografía alemana para designar el modo de ser que presentó el cultivo del *ius commune* en Alemania desde finales del siglo XVI y especialmente durante el siglo XVII. Los juristas abandonaron el *bartolismo* en su estado puro y, con una sensibilidad muy dirigida a la práctica, empezaron a considerar que los derechos tradicionalmente llamados *iura propria* o *municipalia* no debían ser juzgados como una anomalía frente al Derecho Romano, sino simplemente como una modificación o derogación del mismo; ello implicaba la inserción de las figuras e instituciones de los Derechos propios en el entramado del Derecho común, que por esta vía fue modernizado y adaptado a las exigencias de la realidad alemana. Posteriormente ha venido a reconocerse que tal fenómeno no fue exclusivo de Alemania, sino que se dio en casi todos los países europeos. Incluso aquellos países más reacios a admitir la vigencia del Derecho Romano por imperativo legal acudieron a la costumbre, a la equidad o a la tolerancia o permiso real. Ello permitió a DUMOULIN, al comentar la Costumbre de París, poder afirmar que el Derecho común en Francia no era el Derecho Romano, sino el consuetudinario; lo que no impidió invocar el *ius commune* cuando se habían agotado las fuentes de los derechos propios y permitió que en Francia hubiera *usus modernus pandectarum*. Apostilla GUZMÁN (vol. 2, p. 80) que esta línea fue quebrada a finales del siglo XVII por la obra de un jurista de difícil clasificación, Jean DOMAT, autor de dos obras fundamentales, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* y *Le droit public, suites des lois civiles dans leur ordre naturel* (publicadas ambas entre 1689 y 1694).

En Castilla se destacan las figuras de Gregorio LÓPEZ, Diego DE COVARRUBIAS y LEYVA y Fernando VÁZQUEZ DE MECHACA. El primero modernizó las Siete Partidas, privilegiando en ocasiones su texto frente al *ius commune*. En el segundo están presentes tanto el humanismo como la neoescolástica y su Derecho natural, como el *ius* romano-canónico y el Derecho propio de Castilla; fue amplia su difusión, pues hasta 1753 sus *Opera omnia* alcanzaron veintisiete ediciones. El tercero se distinguió por incorporar el Derecho natural en la argumentación del caso.

En Alemania el punto de partida del *usus modernus pandectarum* estuvo representado por la obra del polígrafo Hermann CONRING *De origine iuris germanici* (1643), que condujo a la revalorización de los *iura propria*,

los cuales empezaron a ser objeto de estudio científico. Fue continuado por CARPZOVIVS, STRUVE y STRYCK, cuya obra dio título a la Escuela. En Holanda la obra menor de GROCIO, *Introducción a la jurisprudencia de Holanda* (1631), dado el prestigio que había alcanzado el autor, quedó como modelo del *Ducht-Roman Law* y, llevado por los colonizadores holandeses a Sudáfrica, sigue empleándose como fuente de Derecho usual.

E) El Derecho indiano.

La incorporación de las tierras descubiertas a la Corona de Castilla implicó inicialmente la aplicación del Ordenamiento de Alcalá y la Ley 1 de Toro a aquellos territorios, lo que fue ratificado por Carlos V en 1530. Se mandaban aplicar, en primer lugar, las leyes reales (ordenamientos y pragmáticas), las cuales se incluyeron en la *Nueva Recopilación* de 1567, completada en 1805 por la *Novísima Recopilación*. En segundo lugar se aplicaron el *Fuero Real* y las *Leyes de Estilo* y, en último término, las *Siete Partidas*. Como subsidiario se aplicaba el Derecho romano-canónico, en un orden que discutían los autores. Este complejo sistema de fuentes recibió modificaciones a lo largo del tiempo. En 1530, 1542 y 1555, los derechos consuetudinarios indígenas adquirieron rango de derechos especiales. Y en 1614 se estableció que la nueva legislación aprobada para Castilla precisaba de autorización especial para aplicarse en las Indias. Por otra parte comenzó a desarrollarse un Derecho indiano, emanado de la Corona, del Consejo de Indias y de las autoridades españolas que gobernaban en América, ratificada posteriormente por el monarca. La legislación indiana real quedó fijada en la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, sin que fuera recopilada la posterior; este cuerpo de leyes, junto con la costumbre, recibió aplicación preferente a la legislación castellana. El Derecho indiano, en sentido amplio, se componía de los siguientes elementos: 1.º) el Derecho indiano en sentido restringido, ya descrito, siendo la *Recopilación de Indias* el Derecho general; 2.º) el Derecho castellano según la Ley 1 de Toro; 3.º) en su defecto, el Derecho romano-canónico; y 4.º) como derechos especiales, el Derecho de los indígenas, válido sólo para ellos, y el Derecho canónico, válido para los clérigos y los bautizados *in spiritualibus*.

La literatura no es muy abundante, aunque sí de gran interés:

Juan DE MATIENZO: *Gobierno del Perú* (1567).

Juan DE SOLÓRZANO Y PEREIRA: *De indiarum iure*, 1629 (traducida al castellano como *Política indiana*, 1647). Se le considera el verdadero fundador del Derecho Indiano.

Francisco ALFARO: *Tractatus de officio fiscalis atque fiscalibus privilegiis*, 1630.

Gaspar ESCALONA Y AGÜERO: *Gazophilacium regium Peruvicum administrandum, calculandum, conervandum*, 1647.

Antonio DE LEÓN PINELO: *Discurso sobre la importancia, forma y disposición de la Recopilación de las leyes de las Indias Occidentales* (elevado al Consejo de Indias).

— *Tratado de confirmaciones reales de encomiendas, oficios y casos en que se requieren para las Indias Occidentales*, 1630.

José DE VEITÍA LINAJE: *Norte de la contratación de las Indias Occidentales*, 1672.

También es de mencionar que las dos obras más famosas de Juan DE HEVIA BOLAÑOS: *Curia Philippica* y *Labyrintho de comercio terrestre y naval, etcétera*, se publican por primera vez en Lima, respectivamente, en 1603 y 1617.

Respecto del anterior período, en éste se han incrementado las Semblanzas, de modo que se incluyen un total de ciento treinta y cuatro, cuya redacción se ha encomendado a autores españoles y extranjeros, conforme a un esquema uniforme. En la imposibilidad de enumerarlas todas y de indicar los autores de las mismas —sólo excepcionalmente se hará—, cabe mencionar, al margen de las Escuelas a que pertenecen, las relativas a MAQUIAVELO, Tomás MORO, Gregorio LÓPEZ, MARTÍNEZ AZPILICUETA, MATIENZO, COVARRUBIAS, Juan DE MARIANA, Padre SUÁREZ (debida a LARRAINZAR), Jacques GODEFROY, HOBBS (GUZMÁN), DOMAT (PÉREZ ÁLVAREZ), THOMASIVS, Padre Domingo SOTO, DONELLUS, COKE, PUFFENDORF, WOLFF, Padre Francisco DE VITORIA (TRUYOL SERRA), GROCIO (debida a J. A. CORRIENTE), LOCKE (ABELLÁN), VICO (VALLET DE GOYTISOLO) y LEIBNITZ (SÁNCHEZ DE LA TORRE). Elenco biográfico que, por motivos muy diversos, ha de interesar, según creo, a muchos de nuestros estudiosos contemporáneos.

11. Los juristas del siglo XVIII

El profesor Dr. D. Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Oviedo, logra resumir apretadamente (vol. 2, pp. 531-557) las características de ese siglo XVIII que discurre entre los nombres señeros de MONTESQUIEU y SAVIGNY. *Siglo de las Luces*, se ha repetido en todos los idiomas europeos, pero también siglo de contrastes, entre Tradición e Ilustración, Antiguo Régimen y Revolución (primero la holandesa-inglesa y luego la norteamericana-francesa); siglo que contempla a dos Europas enfrentadas —Reforma y Contrarreforma— y que eclosiona con la Ilustración.

Bajo el signo de la razón libre, la Ilustración encontró un hogar adecuado en aquellos países que por sus circunstancias impulsaron o facilitaron la creación y divulgación de diferentes formas de pensamiento. Fue el caso de Holanda, gran difusora cultural con su libertad de imprenta; de Inglaterra, con sus libertades económica y política; y, sobre todo, de la Francia humanista, eje central de Europa, que parece resumir el espíritu del siglo con la aportación al método de DESCARTES, de la sistematización jurídica de DOMAT o POTHIER, con su búsqueda del espíritu de las leyes, de MONTESQUIEU; sobre todo la Francia de *l'Encyclopédie*, que condensa el espíritu utilitario del siglo, y de la Revolución (DIDEROT, D'ALEMBERT, ROUSSEAU, MABLY), que abrió para los pensadores y filósofos una nueva época de realizaciones políticas y sociales con la Constitución (SIEYÉS, MERLIN), y sintetizó el pensamiento jurídico antiguo y moderno en la magna empresa de la Codificación napoleónica. Pero también la Alemania de la Escuela del Derecho natural racionalista que, tras las huellas de GROCIO y de algunos juristas españoles de la segunda Escolástica, llegó a la construcción de un nuevo sistema jurídico libre de las ataduras históricas del Derecho Romano y de los derechos nacionales con una clara conciencia universal que prefigura la mentalidad contemporánea, tanto en el campo de la *Reichspublizistik* y del naciente *Polizeirecht*, como de las codificaciones territoriales y nacionales de Austria, Baviera y Prusia. Asimismo, la Italia de BECCARIA y FILANGIERI se erige en intérprete inmediato, en el campo penal y penitenciario, de las corrientes humanitarias de la Ilustración. Y al otro lado del Atlántico, las trece colonias inglesas se declaran independientes en 1776 con una fórmula universal que dio expresión a la libertad de los restantes pueblos americanos, generando un nuevo foco de cultura política en torno al pensamiento de los *Founding Fathers* (JEFFERSON, HAMILTON, MADISON, ADAMS), condensado en la Constitución de 1787. Entre nosotros, algunos pocos se harán eco de las ideas de la Ilustración, como el Padre FEIJOO, CAMPOMANES, JOVELLANOS y MARTÍNEZ MARINA.

En el ámbito estrictamente jurídico se va a producir una sistemática nueva, racionalista y axiomática, que estaba llamada a revolucionar, no sólo los métodos tradicionales, sino la misma concepción del Derecho, dejando atrás el viejo casuismo, como puso de manifiesto el nuevo constitucionalismo racionalista y la codificación jurídica. En adelante se manejarán conceptos tales como utilidad, felicidad, y progreso, o, de manera más técnica, convención, pacto, constitución y codificación. Envuelto en la exaltación de la causa pública o interés general, este lenguaje dio paso al reconocimiento explícito de los derechos de la comunidad y, más allá, a la declaración de los derechos subjetivos de los individuos que forman aquélla en los orígenes de un individualismo jurídico contrapuesto al cor-

porativismo del Antiguo Régimen. El lema de la Revolución Francesa fue la expresión sintética de este cambio político y jurídico que dejó atrás la concepción autoritaria y jerarquizada del Antiguo Régimen, poniendo como fin del Derecho la garantía de la libertad.

No todo es ruptura y cambio, sino también hay continuidad de ideas de siglos anteriores, como ocurre con el regalismo. El equilibrio político europeo se rompe a principios del siglo XVIII con la guerra española de Sucesión, en favor de la Casa de Borbón; lo cual suscitó la exaltación del viejo galicanismo francés y también español motivado por el reconocimiento en 1709, por la Santa Sede, del pretendiente austriaco a la Corona española. El Concordato de 1753, firmado por el gran canonista Benedicto XIV, cerró un enconado contencioso sobre beneficios eclesiásticos. Aunque dio paso a una fase de reflexión doctrinal que se simboliza en la obra de CAMPOMANES *Tratado de la regalía de España*, publicada el mismo año y en la implantación del exequátur o pase regio para la circulación de las normas pontificias. El poder temporal de los Papas estaba empezando a declinar.

Se producen nuevos episodios en la larga y enconada lucha contra el viejo romanismo. A lo largo del siglo se mantiene la idea de formar unas *Instituciones de Derecho Patrio* con el fin de promover su estudio y facilitar su observancia, aunque también con un cierto objetivo sistematizador. Se abrió así paso cierta idea codificadora distinta de la forma tradicional de recopilaciones. En tiempos de Carlos III se crea en España un ambiente favorable a la reforma de los estudios jurídicos, en el marco de la reforma general universitaria impulsada por RODA y CAMPOMANES; a partir de la reforma sevillana de 1769, se suceden las de los planes de estudio de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares (1771), Santiago (1772), Oviedo (1774), Granada (1776) y Valencia (1786); en la cátedra de Instituciones se explicaría la *Instituta* y algunos títulos del *Digesto*, expresando su variación respecto a la legislación real correspondiente; en cambio, en las cátedras de Prima y Vísperas de Leyes, la enseñanza se basa en la legislación real (Leyes de Toro, Recopilación y Autos Acordados). Pero las ideas del *ius gentium* propugnadas por la Escuela racionalista del Derecho Natural encontraron resistencias y suspicacias en España, siendo retiradas sus obras de la enseñanza universitaria en 1794 por su peligrosidad, a la luz de las declaraciones independentistas y revolucionarias americanas y francesas.

En el ámbito del Derecho público frente al modelo revolucionario francés que implicó la total ruptura con el Antiguo Régimen, los más moderados de todos los países europeos miraron con simpatía el sistema constitucional inglés, respetuoso con la tradición, que conservó para la Corona sus prerrogativas; a la nobleza, sus distinciones; al clero, sus rentas; y a estos dos órdenes del Estado, la intervención en los asuntos públicos a través de la Cámara Alta.

Anota poéticamente CORONAS GONZÁLEZ (vol. 2, p. 550) que, igualmente, el espíritu de la Ilustración, humanitario y reformista, aleteó sobre el campo del Derecho penal, el más necesitado de reforma como símbolo de toda la crueldad y atraso del Antiguo Régimen. Surge la obra fundamental del marqués de BECCARÍA, *Delle delitti e delle pene* (1764), con eco extracontinental (HOWARD, *The state of prisons in England*, 1770), y notable impacto entre nosotros con la obra de ACEVEDO *De reorum absolute*, 1770, en que propone abolir la tortura en toda clase de juicios; la de LARDIZÁBAL *Discurso sobre las penas*, 1782; los discursos de FORNER contra la tortura, los discursos forenses de MELÉNDEZ VALDÉS, las opiniones de SEMPERE y las *Cartas* de FORONDA, instando a la reforma del procedimiento penal sobre la base de las garantías establecidas en el Derecho inglés, así como las reflexiones histórico-jurídicas de MARTÍNEZ-MARINA, que, en conjunto, prepararon el camino de la abolición de la tortura en las Cortes de Cádiz y la primera codificación penal humanitaria de 1822. Con similares reformas en Francia y Baviera, apostilla CORONAS GONZÁLEZ (vol. 2, p. 552), el nuevo Derecho penal de la codificación, filosófico, humanitario, legalista, formalista y conceptual, iniciaba su larga proyección europea y universal.

No menos calamitosa resultaba la situación de los procedimientos judiciales, frente a la cual reaccionó la Revolución Francesa difundiendo los nuevos principios de la separación de poderes, independencia y responsabilidad judicial, supresión de jurisdicciones privilegiadas y especiales, uniformidad del estilo de los Tribunales, y, sobre todo, obligación de motivar las sentencias impuesta a partir de 1790, que los prácticos franceses conectaron con la antigua tradición canónica de la *causa expressa in sententia* que remontaba a una decretal del siglo XII, recibida en algunos países europeos y, especialmente, en los de la Corona de Aragón. De este modo, la nueva concepción de la potestad judicial como parte de la soberanía nacional, delegada por la Constitución en jueces y tribunales encargados de aplicar las leyes a ciudadanos libres e iguales con garantías precisas de una justicia efectiva, pronta e imparcial, dio una dimensión distinta al viejo concepto de la justicia.

La *Declaración de derechos de Virginia* (1776) y la *Declaración de los derechos y deberes del hombre y del ciudadano* de la Revolución Francesa (1789-1795) sirvieron, especialmente la segunda, de telón de fondo a las nuevas codificaciones, inspirados por la Escuela del Derecho natural racionalista y por los principios filosóficos que animan a la Ilustración. El movimiento codificador tiene tempranas, aunque imperfectas, manifestaciones en la segunda mitad del siglo XVIII, en algunos países europeos (Baviera, Prusia, Austria, Cerdeña, Toscana, Venecia y Lombardía) que, influidos en mayor o menor medida por los principios ilustrados, acogen con

facilidad algunas de sus propuestas metodológicas, especialmente en el ámbito del Derecho Civil; las cuales se consolidarán a lo largo del siglo XIX con la primera generación de Códigos de esta clase que siguen, en mayor o menor medida, el modelo napoleónico. En el aspecto político aquel movimiento se cristalizará en torno a las nuevas Constituciones, que se desarrollará en igual período.

Si la descripción de lo que fue ideológicamente el siglo XVIII entraña no pocas dificultades, ya se comprende que la selección de biografías y biógrafos, referidos al mismo, tampoco resulta fácil. Entre las noventa y seis *Semblanzas* se dedica una mayor atención a los siguientes autores —como se sabe, no necesariamente juristas—: ADAM SMITH, THIBAUT, FEUERBACH, POTHIER (debida a MARTÍNEZ DE AGUIRRE), CAMPOMANES y JOVELLANOS (ambas debidas a CORONAS GONZÁLEZ), CONDORCET, DE MAISTRE, MARTÍNEZ MARINA y MADISSON (ambas por Nicolás MUÑIZ), BLACKSTONE (I. CREMADES), KANT (SÁNCHEZ DE LA TORRE), FICHTE, JEFFERSON (MARTÍNEZ TORRÓN), ROUSSEAU (Nicolás MUÑIZ), HEGEL (TRUYOL), LEIBNITZ (SÁNCHEZ DE LA TORRE), CONSTANT (GÓMEZ MONTORO) y MONTESQUIEU (VALLET DE GOYTISOLO).

12. Los juristas del siglo XIX

La importancia de este siglo se traduce, incluso tipográficamente, en el hecho de dedicar al mismo el volumen 3.º en su totalidad, con más de un millar de páginas, subtítulo —acertadamente— *De Savigny a Kelsen*. La “Introducción” se encomienda al profesor JAVIER ALVARADO, catedrático de Historia del Derecho de la UNED (vol. 3, pp. 23-57).

El índice de la “Introducción” refleja con fidelidad los temas que, de forma resumida y clásica, desarrolla, y que me servirán luego de guía para su exposición:

- De la Ilustración al Liberalismo; el imparable ascenso de la burguesía.
- Las primeras Declaraciones de derechos subjetivos.
- La codificación francesa y la Escuela de la Exégesis.
- La reacción contra la Codificación; la Escuela Histórica del Derecho.
- La Pandectística y la Jurisprudencia de conceptos.
- La reacción contra el formalismo jurídico: Jurisprudencia de intereses, Movimiento del Derecho libre, Escuela Científica francesa, Sociologismo, Institucionismo, Comparativismo.
- El Realismo jurídico anglosajón, el Utilitarismo y la Jurisprudencia analítica.

- El auge del Positivismo.
- La Ciencia jurídica en la España del siglo XIX.
- Influencia de los principios liberales en la transformación del nuevo Derecho.

El siglo XIX, que recoge y desarrolla los frutos del liberalismo revolucionario, fue también un período de contradicciones y frustraciones. Tuvo este siglo —afirma ALVARADO (vol. 3, p. 23)— tanto de consolidación del sistema liberal como de resistencia mental a la generalización de las transformaciones sociales, económicas y culturales que el propio liberalismo traía consigo y que sectores de la nobleza y de la burguesía no estaban dispuestas a compartir. La idea esencial del liberalismo descansaba en la necesidad de reducir la intervención del Gobierno a las funciones estrictamente necesarias para asegurar las libertades; y si éstas consisten en poder hacer lo que no perjudique a otro, los límites precisos y seguros para no invadir la esfera de autonomía del individuo deberían estar determinados por la ley; este *principio de legalidad* ha de garantizar la libertad entendida como facultad para hacer todo lo que las leyes no castigan. En virtud del *principio de soberanía nacional* corresponde a los ciudadanos de cada país la elaboración y aprobación de sus leyes, así como la decisión sobre la forma y sistema político que ha de adoptar el Estado y el Gobierno; en este sentido el principio de separación de poderes propuesta por LOCKE, desarrollado ulteriormente por MONTESQUIEU, y aplicado por SIEYÉS, fue un instrumento eficaz para delimitar el poder político.

En el terreno filosófico-teológico, la Ilustración se caracterizó por el rechazo a la Escolástica tradicional y a su mundo de silogismos y dogmas. La ilimitada confianza en la capacidad de la razón llevará a cuestionar todo dogma religioso o creencia política o social que no pueda ser comprendido por las luces del intelecto; y a ello había contribuido, en no poca medida, el optimismo generado por los descubrimientos científicos de SERVET, GALILEO, COPÉRNICO, KEPLER y NEWTON. Podía decirse que la Física sucedía a la Metafísica, la ciencia abstracta y especulativa era superada por la ciencia práctica y experimental. Mientras la ciencia tradicional se atrincheraba en la universidad, los científicos ilustrados divulgaban sus ideas creando foros paralelos, como academias o sociedades (Económicas, Patrióticas, Amigos del País, logias masónicas, etc.). En el campo filosófico-jurídico el siglo XIX heredaría de los Ilustrados el jusnaturalismo racionalista que se reelaborará con inusitado provecho. Al igual que la lógica matemática, el Derecho podía contruirse con premisas lógicas sobre las que erigir y articular, por deducciones más complejas, un sistema jurídico, que, debido a su naturaleza racional, contiene preceptos de carácter universal. La idea de que el Derecho Natural puede ser deducido por la propia ra-

zón humana inspira la obra clásica de WOLF *Institutiones juris naturae et gentium*. Las consecuencias de las Declaraciones de derechos tienen efectos importantes: 1) La consideración del Derecho como un sistema de protección de libertades frente al poder del Estado; 2) La emancipación del Derecho Natural respecto a la teología, que conduce a concebir los *iura innata* como *ius gentium*; 3) La separación y autonomía del Derecho natural respecto del Derecho emanado del monarca; 4) La distinción entre poder constituyente y poder constituido; y 5) La existencia de una Carta constitucional que, por definición, está por encima de cualquier otra ley, y comportaba los principios de jerarquía normativa y de legalidad.

A) El movimiento codificador y el *Code civil de Napoleón*.

El término de *codificación* se generalizó a partir de su empleo por Jeremy BENTHAM en su conocida obra *An Introduction to the principles of Morals and Legislation* (1789), sobre las exigencias técnicas de cualquier método legislativo. Las leyes habían de ser pocas, claras, concisas, completas, sistemáticas y redactadas en lengua vernácula; ideas que luego fueron desarrolladas por FILANGIERI. Frente al sistema de recopilación o acarreo de leyes promulgadas desde siglos atrás, generadas muchas veces para salir al paso de necesidades concretas, y frecuentemente contradictorias y anticuadas, reguladoras de todo tipo de materias, y redactadas en lenguaje barroco y reiterativo, el moderno Código revolucionaba esta trasnochada concepción del Derecho escrito. Se pretendía un texto para cada materia, ordenado sistemáticamente, de acuerdo a un plan previo, que tratase de regular todos los aspectos imaginables con un lenguaje claro, breve y conciso. Por último, codificar era legislar *ex novo*, lo que implicaba la derogación *in complexu* del Derecho anterior. La burguesía quería, además, un Derecho completo y conocido para que su interpretación y aplicación no estuviera en manos de la discrecionalidad de jueces y juristas. Es curioso recordar que, a fin de reducir el poder discrecional de los jueces y garantizar al máximo el principio de seguridad y certeza del Derecho, el proyecto del *Code Civil* había admitido el valor supletorio de la costumbre, la jurisprudencia y el Derecho Natural como fuentes del Derecho. Sin embargo, el texto definitivo, al suprimir tal disposición, vino a sancionar lo contrario, a saber, el juez no podía acudir a los usos, la equidad o al Derecho natural, ni tampoco podía abstenerse, sino que, forzosamente, tenía que encontrar en la ley escrita la norma aplicable al caso; y este mandato, basado en la idea jusnaturalista de que el ordenamiento debía ser completo y sin lagunas, conllevó paradójicamente que se originara el abierto movimiento positivista de la Escuela de la Exégesis.

Conocidos son los avatares por los que pasó la elaboración del primer

Código Civil moderno europeo, el francés de 1804, así como el decisivo papel de Napoleón y los cometidos desempeñados, cada uno en el ámbito de su competencia, por TRONCHET, MALEVILLE, BIGOT DE PRÉAMENEU Y PORTALIS. El proyecto se basó en el Derecho Romano, el Derecho germánico, el antiguo *Droit de coutûmes* y los principios jusnaturalistas, y fue mejorado en sus diversas fases por las que atravesó. En 1804 se inicia la promulgación de los, por antonomasia, denominados *les Cinq Codes*, el *Code de Napoleon*, también llamado *Code civil des français*, siendo completado luego por el Código de Procedimiento Civil (1806), el Código de Comercio (1807), el Código de Procedimiento Criminal (1808) y el Código Penal (1810), todos los cuales ejercieron una poderosa influencia en los procesos codificadores del resto de Europa, América y Japón, y ulteriormente, a lo largo del siglo xx en diversos países de África, y todavía sigue ejerciéndolo en nuestros días (p. ej., en el actual Vietnam), aunque en menor medida.

B) La Escuela de la Exégesis.

Casi un siglo dura la hegemonía de la *Escuela francesa de la Exégesis*, basada fundamentalmente en la exposición y comentario del Código Civil, caracterizada metodológicamente por el culto que el intérprete debe rendir al texto de la ley, y en la fijación de la *voluntas legislatoris* como objetivo de la interpretación; se trataba de asegurar la vigencia del Código, frente a las costumbres y a los propios jueces. Suelen distinguirse: 1.º) Una fase de instauración (1804-1840); 2.º) Fase de apogeo (1840-1880); y 3.º) Fase de ocaso, que finaliza en 1889 al publicarse la obra fundamental de GÉNY. Pertenecen a aquélla, en diferentes momentos, civilistas como TULLIER (1752-1835), PROUDHON (1758-1838), DURANTON (1783-1866), AUBRY (1803-1883), TROPLONG (1795-1869) y DEMOLOMBE (1804-1887).

C) La Escuela Histórica.

Los excesos de los exégetas produjeron el nacimiento de la *Escuela Histórica* con antecedentes en varios países (DE MAISTRE, DE BONALD, VON HALLER y, sobre todo, HUGO), pero que se simboliza por la gigantesca personalidad de Friedrich Karl Von SAVIGNY, verdadero fundador de la misma. La Escuela Histórica se opone al Derecho Natural por concebir el Derecho como creación del espíritu del pueblo, inspirado en un romanticismo exaltador de lo irracional, lo nacional y lo colectivo. Esta Escuela se presenta como antídoto contra el racionalismo abstracto y la codificación representada por el *Code civil*. El Derecho se concibe como una emanación de las fuerzas espontáneas de la vida de un pueblo, al igual que

el idioma, el arte, las costumbres o la estructura social. El Derecho no nace de la arbitrariedad ni de la voluntad de los hombres aislados, sino que es expresión natural del *Volsgeist*, concepto de origen hegeliano, concebido como plasmación del *Weltgeist* y del *Urvolk* de FICHTE. En su famosa polémica con THIBAUT, en 1814, perfila el método histórico en sentido estricto; el jurista y el legislador, como órganos de la conciencia nacional, buscan la norma en el Derecho histórico para formularla en una forma lógica. SAVIGNY obtuvo carta de naturaleza en su país para la Historia del Derecho, si bien la Escuela se dividió a la hora de elegir el objeto de la investigación histórica, pues la mayoría se inclinó por el Derecho Romano (NIEBUHR, JHERING en su primera época, MOMMSEN, GERBER), mientras que otros se decidieron por el Derecho consuetudinario germánico (EICHORN, GRIMM, BESSELER, REYSCHER, BRUNNER y Von AMIRA, y ya en el primer tercio del s. XX la importante figura de Otto Von GIERKE).

D) El Pandectismo y la *Begriffsjurisprudenz*.

PUCHTA, sucesor de SAVIGNY en la cátedra de Berlín, encaminó sus esfuerzos a vertebrar el Derecho alemán conforme a las categorías del Derecho Romano según las Pandectas justinianeas; su método consistía en un proceso mental lógico-deductivo que, partiendo de simples conceptos, derivaba en otros más complejos hasta configurar un sistema dogmático completo. Surge así la *Pandectística* o *Begriffsjurisprudenz*, que viene a reducir la ciencia jurídica a la construcción científico-jurídica a partir de conceptos. Seguirá este método el primer IHERING en su obra *El espíritu del Derecho Romano* y, sobre todo, WINDSCHEID, que consagró como modelo el *Lehrbuch* o Tratado, dedicado a exponer la sistematización racional y dogmática de las categorías jurídicas, de gran predicamento en la primera mitad del siglo XX en Alemania, Italia, España y otros países europeos. Apostilla con acierto ALVARADO (Libro 3, p. 37) que la Pandectística y la jurisprudencia de conceptos acabaron rebasados a causa de su desconexión de la realidad social y de los problemas del Derecho de la práctica.

E) La *Interessenjurisprudenz* y la Escuela del Derecho Libre.

JHERING, en su obra de madurez *El fin del Derecho*, desarrollará una nueva visión del Derecho, no como un valor absoluto, sino como producto de una relación establecida entre intereses antagónicos que valorase si la norma se ajustaba a las necesidades sociales y económicas. Esta jurisprudencia teleológica viene a ser el antecedente de la *Jurisprudencia de intereses* que ya en pleno siglo XX abanderará HECK. El orden jurídico con-

siste en mandatos que configuran la vida en movimiento apremiante y exigente; a tales exigencias les llamamos intereses, los cuales deben entenderse en sentido amplio (materiales, económicos, sociales e ideales). El Derecho tiene la misión de aprehender y proteger los intereses materiales e ideales del hombre en la medida en que éstos se presentan como dignos de protección. Integran la Escuela de TUBINGA, además de los citados, RÜMELIN, STOLL, MÜLLER-ERZBACH.

La Jurisprudencia de intereses se integró en una corriente más amplia denominada *Movimiento del Derecho Libre*, entre cuyos autores cabe citar a BÜLOW, GÉNY, EHRLICH y KANTOROWICZ. Los postulados esenciales de esta corriente arrancan de una concepción del Derecho no sometida al formalismo ni a legalismos estrictos; el reconocimiento de lagunas en todo ordenamiento jurídico y la vital función de los intérpretes; la historicidad del Derecho con la consecuencia de tener que acomodarlo constantemente a la realidad jurídica. Se propone el método de la libre investigación científica, tal como propugna GÉNY en sus obras fundamentales, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1899) y *Science et technique en droit privé positif* (1913-1924). EHRLICH dio nombre propiamente a la *Escuela del Derecho Libre*, que propugnaría la idea de que toda sentencia judicial envuelve una tarea jurídico-creadora; por ello la ley no puede establecer inmediatamente Derecho, sino que sólo representa una preparación o premisa para lograr un orden jurídico. En la *Escuela científica francesa* se incluyen juristas ilustres como SALEILLES, PLANIOL, DUGUIT, THALLER, HAURIU, ESMEIN y JÈZE. En esta reacción contra el dogmatismo cabe incardinar a los integrantes de un grupo poco organizado que se inspiran en la idea de un *Derecho universal comparado* (BACHOFFEN, MORGAN, McLENNAN, SUMNER MAINE, KOHLER y DEL VECCHIO).

F) El realismo jurídico anglosajón y la jurisprudencia analítica.

Observa ALVARADO (vol. 3, p. 40) que frente a la tendencia al sistema propia del Derecho continental, el Derecho anglosajón ha recelado siempre de las construcciones y teorías generales, dado que en el *common law* la ley suministra una regla solamente para los casos previstos, estando drásticamente delimitada la analogía. BENTHAM, no con base en principios jusnaturalistas, sino inspirado en el principio de utilidad, propone una codificación del Derecho que limitase los poderes de los jueces y proporcionara un Derecho claro y conocido a los ciudadanos en tres códigos fundamentales (constitucional, civil y criminal). Su discípulo John AUSTIN intentó construir una ciencia a modo de sistema racional de conceptos jurídicos deducidos, no del Derecho natural, sino de la realidad jurídica de todos los tiempos, tanto de los Derechos positivos como de la morali-

dad positiva y de las costumbres. Este intento de sistematizar la jurisprudencia (*Jurisprudencia analítica*) no tuvo apenas eco en Inglaterra, pero sí en Estados Unidos; de este modo, en Universidades como Harvard o Yale se impuso un método de estudio del Derecho basado en el análisis de procesos judiciales concretos. Así Nathan DANE, siguiendo la técnica compiladora de BLACKSTONE, publicó en 1823 *General Abridgement of American Law*, en ocho tomos; ejemplo seguido por KENT en sus cuatro tomos de *Comentarios on American Law* (1826-1830). DANE desarrolló un nuevo método de estudio del Derecho que denominó *case-method*, dotándose una cátedra en Harvard para desarrollarlo. Corresponde a Joseph STORY –que había renunciado a su condición de juez del TS para ocupar dicha cátedra– la iniciativa de publicar periódicamente los comentarios jurisprudenciales conforme al método del caso. Matiza ALVARADO (*loc. cit.*) que aunque en teoría este método consistía en el estudio y la enseñanza del Derecho a través del análisis y las discusiones de las decisiones judiciales o *cases*, en realidad vino a convertirse en el principal adversario del precedente, dado que se analizaban precedentes de Estados diversos, incluso de fuera del ámbito norteamericano, mediante un *método comparativo*; por esta vía se introdujo el positivismo jurídico en los EEUU. Este *método comparativo* y sistematizador tuvo que afrontar, a fines del siglo XIX, la *revuelta contra el formalismo* iniciada por el pragmatismo de DEWEY y JAMES, cuyos postulados utilizará el juez HOLMES del TS, además de POUND y CARDOZO, entre otros, considerando el Derecho como una realidad viviente, fuera de toda abstracción. En los países del norte de Europa ha tenido sus cultivadores en el llamado *realismo jurídico escandinavo*, localizado fundamentalmente en la Universidad de Uppsala, entre cuyos miembros cabe mencionar a LUNSTED, HÄGERSTRÖM y ROSS, discípulo de KELSEN.

G) El positivismo y su influjo en el Derecho público.

El positivismo, como movimiento contrario al Derecho natural racional-deductivo, se caracteriza por aspirar a desterrar de la ciencia toda metafísica; la ciencia del Derecho ha de ser elevada a una *ciencia verdadera*, fundamentándola, como la ciencia natural, sobre hechos indubitables; tales hechos se encuentran, o bien como hechos psicológicos en la conciencia de los hombres, o bien entre los hechos de la existencia social, de los que se ocupa la nascente sociología. Sin embargo, KELSEN –que desarrollará sus doctrinas a lo largo del siglo XX– introduce la distinción entre los juicios del ser y del deber ser, y así mientras que el método explicativo escribe los hechos y, por ello, explica sus causas, el método normativo determina el deber ser por las normas que le son dadas. De modo que la

ciencia del Derecho no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, como la Sociología, sino una ciencia de normas. El método puro del Derecho inspira una generación de juspublicistas europeos. Así JELLINEK defiende que todo elemento ético, histórico, sociológico o político, queda fuera del *puro* Derecho. Si la ciencia jurídica aspira a ser *pura* no debe ocuparse de la comprensión jurídica de las cosas reales de la naturaleza, los derechos y deberes jurídicos, etc.; no es lo concreto, sino lo abstracto, las nociones, las reglas; en última instancia, el objeto de la ciencia jurídica es la lógica del Derecho; el Derecho vivido y aplicado es competencia de la Historia o la Sociología. En Europa y durante la segunda mitad del siglo XIX asistimos al desarrollo de la Escuela alemana cuyo principal objetivo es construir jurídicamente los elementos más esenciales del Derecho público, para vertebrar sobre ellos la verdadera raíz del Derecho constitucional moderno como ciencia autónoma y específica dentro de la ciencia del Derecho. Hay que mencionar los trabajos de GERBER y LABAND, en Alemania; ORLANDO, en Italia; DICEY, en Inglaterra, y A. ESMEIN y CARRÉ DE MALBERG, en Francia.

H) La Ciencia Jurídica española en el siglo XIX.

Es digno de resaltarse el meritorio esfuerzo de ALVARADO por recoger en una decena de páginas (vol. 3, pp. 43-53) la decepcionante contribución y el escaso papel de la España decimonónica en la creación y evolución de la ciencia jurídica europea, que prácticamente se limitó a recibir, adaptar o reelaborar las corrientes o doctrinas alemanas, francesas, inglesas o italianas, especialmente para su instrumentalización ideológica legitimadora de proyectos o programas políticos o legislativos. Así el autor pasa revista a algunos políticos liberales, presentes en las Cortes de Cádiz, y también a quienes protagonizan la reacción absolutista, con la alternancia de unos y otros en el poder; la creación de la Comisión General de Codificación (1843), con sus importantes consecuencias prácticas en la elaboración de diversos cuerpos legales; si bien inútil es rastrear entre los juristas españoles huellas de la Pandectística alemana o de la Jurisprudencia de conceptos; antes bien, la preocupación de los codificadores españoles se centra más en conservar el antiguo Derecho histórico que en modernizar construyendo. El liberalismo tendrá, en la década de los cuarenta, un decidido esfuerzo ideológico en la recepción del krausismo en España. Amplia es la nómina de krausistas españoles, entre los que cabe mencionar a SALMERÓN, MORET, CANALEJAS, GINER DE LOS RÍOS, MONTERO RÍOS, ROMERO GIRÓN, AZCÁRATE, DORADO MONTERO y PÉREZ PUJOL. Observa ALVARADO (*loc. cit.*, p. 46) que, a pesar de la equivocidad del pensamiento krausista, en España sirvió de ideología a los liberales reformis-

tas lo que, unido a su carácter aconfesional, motivó su enfrentamiento con amplios sectores del moderantismo y del catolicismo. En todo caso, la Constitución de 1869 encarnará las aspiraciones políticas y sociales del liberalismo más avanzado. Menor eco tuvo la dirección hegeliana, en la que se integraron autores como LISTA, BENÍTEZ DE LUGO, CASTELAR y PI y MARGALL (ambos presidentes de la I República). La Restauración borbónica coincide con la difusión del positivismo en España como ideología legitimadora de una determinada concepción del progreso; el propio krausismo remozará su edificio ideológico buscando formulaciones más acordes a las necesidades sociales (POSADA, traductor de JHERING y de TARDE; ARÁMBURU, ÁLVAREZ BUYLLA, ALAS, ALTAMIRA, etc.). Se crea la Institución Libre de la Enseñanza, a imitación de la Universidad Libre de Bruselas, como reacción a la Ley de 1857 que anulaba la libertad de cátedra. En el último cuarto del siglo hay tres figuras que representan el pensamiento conservador: CÁNOVAS, que protagonizó con SAGASTA el mayor período de estabilidad constitucional de la historia española; MENÉNDEZ Y PELAYO, que defenderá la compatibilidad entre catolicismo y ciencia; el movimiento de restauración escolástica, iniciado en Italia, que llega a España bajo la inspiración de Fray Ceferino GONZÁLEZ, tiene figuras como PIDAL Y MON, ORTÍ y LARA, y el historiador Eduardo DE HINOJOSA, principal difusor de los postulados de la Escuela Histórica en España. Los postulados de ésta proporcionaron a los foralistas, especialmente en Cataluña, argumentos para oponerse a la codificación civil y retrasar su realización. Fue, en realidad, HINOJOSA quien aplicó en España el método histórico-jurídico de SAVIGNY. El siglo XIX se cierra con el regeneracionismo, tendencia que siguieron ISERN, SILIÓ y, sobre todo, Joaquín COSTA. La reforma de la ciencia penal se inicia por DORADO MONTERO. La demora de la codificación civil originó el considerable retraso de la civilística española a lo largo del siglo XIX, pudiéndose mencionar apenas autores de cierto relieve como MONTALBÁN, GARCÍA GOYENA, CARAVANTES, Benito GUTIÉRREZ y, sobre todo, ALONSO MARTÍNEZ, junto al catedrático madrileño Felipe SÁNCHEZ-ROMÁN, que hizo una crítica furibunda del Código Civil siguiendo las ideas y sistemática de SAVIGNY. En el ámbito del Derecho público pueden mencionarse las obras de DONOSO CORTÉS, ALCALÁ GALLIANO y PACHECO, preconizando el estudio de la Historia Política y de la Filosofía de la Historia, con escasa reflexión de teoría constitucional. Los profesores de Derecho político y administrativo se limitaron a desarrollar una concepción enciclopédica de la asignatura, como COLMEIRO, SANTA MARÍA DE PAREDES y POSADA. Paralelamente hay un tradicionalismo católico significado por GIL Y ROBLES. En definitiva, durante el siglo XIX, el estudio del Derecho público se desarrolló fundamentalmente desde disciplinas ajenas al propio Derecho, como la historia, la filosofía o la sociolo-

gía. La doctrina política española consideraba que la auténtica Constitución no estaba reflejada en el texto constitucional vigente, sino en una Constitución material, ya sea histórica o sociológica. Frente al concepto racional normativo de los liberales gaditanos.

D) Conclusiones.

A modo de conclusiones, el autor de la "Introducción" escribe que los postulados liberales iniciaron un proceso de constante y radical transformación de la cultura occidental, cuyos singulares efectos todavía siguen ejerciendo una poderosa influencia y repercusión en la evolución del Derecho. Por ello, el siglo XIX tuvo, tanto de final del Antiguo Régimen, como de arranque, aunque no de consolidación, de los regímenes liberales, una importancia definitiva. Las generaciones de juristas del XIX alcanzaron a exponer la mayor parte de los problemas que seguirán ocupando a sus sucesores décadas después; esbozaron, sugirieron o expusieron planteamientos hasta entonces nunca tan brillantemente formulados; a veces, con hallazgos revolucionarios para la época; en otros casos, mostrando un excesivo y nostálgico apego a la tradición; las más de las veces, dejando la puerta de los debates abierta a nuevas perspectivas. En todo caso, contribuyendo de manera innegable, decisiva y, en muchos casos, insuperada, al desarrollo de la ciencia jurídica.

Se aproxima a tres centenares el número de semblanzas que recoge este volumen, y sumergirse en su lectura resulta apasionante y sumamente gratificante porque ofrece respuestas a las no pocas preguntas que los docentes solemos hacernos sobre algunos precedentes doctrinales de nuestra respectiva asignatura, o, simplemente, a las suscitadas por nuestra curiosidad intelectual para completar nuestra *cultura jurídica*. También en este caso se ha cuidado la selección de biógrafos, los cuales están habitualmente a la altura de su encargo y, en ocasiones, resultan ser autores de bellas piezas literarias. En general se observa en éste mayor propósito de síntesis que en otros volúmenes y, asimismo, una clara voluntad de superación del horizonte europeo con abundante presencia de juristas americanos e incluso del Extremo Oriente.

Sin ánimo de exhaustividad, y siguiendo el orden de exposición, quiero destacar, asumiendo los inevitables riesgos que ello implica, entre las biografías incluidas, las de SAVIGNY, Andrés BELLO (A. GUZMÁN), GARCÍA GOYENA y GÓMEZ DE LA SERNA (debidas a J. M. CASTÁN VÁZQUEZ), COMTE (OLLERO), VÉLEZ SANSFIELD (Moisset DE ESPANÉS), DEMOLOMBE, TOCQUEVILLE (GÓMEZ MONTORO), STUART MILL (Dalmacio NEGRO), DONOSO CORTÉS (Federico SUÁREZ), PROUDHON (TRUYOL), WINDSCHEID, MARX, JHERING (LÓPEZ JACOISTE), DURÁN Y BAS (PUIG FERRIOL), LANGDELL

(KIMBALL), ALONSO MARTÍNEZ, DERNBURG (RUBIO TORRANO), GINER DE LOS RÍOS, MENDER, Otto Von GIERKE, HOLMES jr., COSTA (VALLET DE GOYTISOLO), Otto MAYER (GALLEGO ANABITARTE), MAITLAND (I. CREMADES), SÁNCHEZ-ROMÁN, JELLINEK (MEILÁN), HINOJOSA (ORLANDIS), MAURA (S. MARTÍN-RETORTILLO), SCIALOJA (TALAMANCA), HECK (MARTÍN DE AGAR), MITTEIS (A. D'ORS), CARRÉ DE MALBERG (JIMÉNEZ BLANCO), GÉNY (DE LOS MOZOS), BONFANTE (X. D'ORS), WIELAND (GARCÍA VILLAYERDE), CAPITANT (DORAL Y NÚÑEZ IGLESIAS), BELING (TORÍO), CLEMENTE DE DIEGO (FUENMAYOR), CARDOZO, ROSCOE POUND, OSSORIO Y GALLARDO (GIBERT), ALCALÁ ZAMORA (GONZÁLEZ PÉREZ), BEVERIDGE, CARNELUTTI y MEIJERS (HONDIUS).

13. Los juristas del siglo xx

Se dedica a ellos el volumen 4 (con un total de 864 pp.). Lleva por subtítulo el, sin duda, acertado *de Kelsen a Rawls*, e introduce un cierto cambio de criterio en la selección de biografiados. El punto de partida está representado por la regla de incluir exclusivamente a los personajes ya fallecidos; por otro lado, el posible conflicto entre historia y coetaneidad se ha resuelto dedicando el último apartado a simples notas biográficas de cierto número de juristas españoles del siglo xx, lo que parece razonable y oportuno (el lector puede haber convivido con no pocos juristas contemporáneos, ya fallecidos, que desearía ver incluidos en la obra sin que, por otra parte, pueda afirmarse razonablemente que todos ellos hayan realizado aportaciones muy relevantes para la ciencia del Derecho). La "Introducción" se debe al profesor don Antonio-Enrique PÉREZ-LUÑO, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, y el sentido de aquélla varía respecto de las anteriores; en lugar de Escuelas y movimientos perfectamente definidos con caracteres universal o mayoritariamente aceptados por parte de la doctrina, el autor se encuentra frente a Escuelas y movimientos a veces en fase de formación, o sin plasmar en direcciones bien perfiladas. Con acierto se limita a exponer el *status quaestionis* doctrinal de la ciencia jurídica contemporánea, a modo de un mapa sumario orientador de las principales teorías (6), no exento, inevi-

(6) Me parecen sumamente acertadas las siguientes consideraciones del autor (*loc. cit.*, p. 24): "Dar cuenta del amplísimo y heterogéneo catálogo de teorías jurídicas del siglo xx aparece como un empeño inasequible. La constante y creciente sucesión de enfoques de estudio y elaboración del Derecho, infinitamente más cuantiosos que en cualquier época anterior, hace imposible una reseña demorada en pormenores; no ya sobre las diferentes posturas individuales, sino incluso sobre todos los movimientos y tendencias que han surcado este período". "No huelga tampoco advertir aquí que los peligros propios de cualquier criterio de clasificación doc-

tablemente, de cierto subjetivismo. Las ideas fundamentales que presiden su exposición son las siguientes: Modernidad y Posmodernidad. La rebelión contra el formalismo. El iusnaturalismo y el positivismo jurídico. El análisis del lenguaje y las teorías de la argumentación. El debate sobre la formación del jurista. Las transformaciones del Derecho privado y los itinerarios del Derecho público. El retorno a los valores jurídicos. El pensamiento jurídico en la era de las nuevas tecnologías y la globalización.

Más allá de sus ambigüedades e imprecisiones, y a falta de una denominación más apropiada, la *posmodernidad* constituye un marco convencional de referencia a la irrupción de un conjunto de signos que entrañan una ruptura respecto a los valores culturales de la modernidad: racionalidad, universalidad, cosmopolitismo, igualdad, que consideran caducos, y pretendieron reemplazarlos por una exaltación de la diferencia, la diseminación, la deconstrucción, así como la vuelta a un nacionalismo tribal y excluyente. Las normas jurídicas generales y abstractas, corolario de exigencias éticas universales, fueron cuestionadas en nombre de las preferencias particularistas fragmentarias; la propia legitimación Ética del Derecho y de la Política basada en principios consensuales universalizables se llegó a considerar un ideal vacío y sospechoso de encubrir uniformismos totalitarios. A la unidad del *Ethos moderno* se opuso la fragmentación y multiplicidad de *ethos* basados en las diferencias nacionales, locales, plurales, particulares (minorías étnicas, religiosas, lingüísticas, sexuales...). El declinar del siglo xx con un nuevo asalto a la teoría postuladora de la Moral, la Política y el Derecho, en la medida en que dicha teoría formaba parte del aparato legitimador de los Estados de Derecho. El autor cita a HABERMAS cuando indica que la modernidad constituye un proyecto inacabado, y que, en lugar de abandonar ese proyecto como una causa perdida, deberíamos aprender de los errores de aquellos programas extravagantes que trataron o tratan de negar la modernidad.

La teoría jurídica decimonónica y también la del siglo xx ha consistido en un continuo flujo y reflujo de tesis que plantean la polémica entre el formalismo y el antiformalismo en el Derecho; o sea, la controversia entre quienes conciben el Derecho como un conjunto de enunciados nor-

trinal se acrecientan cuando se trata de agrupar teorías contemporáneas. En este caso, la dificultad de tener que reducir a categorías genéricas posturas no siempre homogéneas se ve acrecentada por la necesidad de valorar un pensamiento *in fieri*, que se está haciendo, y que, en modo alguno, puede considerarse una experiencia concluida. El historiador del presente realiza una forma de *ursprüngliche Geschichte*, en la acepción hegeliana, en la que tiene a su favor el ser, a la vez, cronista y actor de hechos de los que le es dado poseer una vivencia directa o inmediata, pero como contrapartida carece de la seguridad que proporciona el distanciamiento. De ahí que, con los criterios expositivos utilizados en esta reseña, se persiga sólo trazar un marco referencial de orientación, más que un esquema rígido y exhaustivo."

mativos que deben ser objeto de una elaboración lógica y sistemática, frente a quienes ven en el Derecho la expresión de determinadas conductas sociales y valores ético-materiales. La rebelión contra el formalismo halló su puntual reflejo en la interpretación y aplicación del Derecho auspiciada por las teorías de KANTOROVICZ y GÉNY, así como en los numerosos juristas que siguieron sus direcciones metódicas. La *desformalización* fue una de las exigencias reclamadas a una hermenéutica jurídica por quienes abogaban por la mayor fluidez y flexibilidad de los instrumentos y cauces jurídicos de la solución de conflictos sociales. Las trágicas consecuencias, en términos de *perversión del orden jurídico*, derivado del mantenimiento a ultranza en los países totalitarios del principio *Gesetz ist Gesetz*, motivó su profunda revisión; así se pretendió distinguir la sumisión del juez al Derecho, en cuanto orden normativo axiológicamente legitimado, a los contenidos de cualquier tipo de legislación positiva (BACHOF, VON HIPPEL, RADBRUCH). Desde enfoques marxistas casi siempre se puso de relieve que la neutralidad de la magistratura encubre la defensa ideológica de intereses partidistas (CERRONI, MIAILLE). Estas nuevas coordenadas han contribuido a potenciar el protagonismo del juez en la elaboración del Derecho, que se llegó a caracterizar la situación jurídica del final de siglo como suplantación del *Gesetzesrecht* por el *Richterrecht*, aunque ello comporta un coste en erosión de la seguridad jurídica. Un intento doctrinal de superar las limitaciones del formalismo jurídico sin caer en los riesgos de la pérdida de la certeza del Derecho está representado por las concepciones institucionalistas (DELOS, GURVICHT, RÉNARD, SANTI ROMANO), introducidas en España por RUIZ GIMÉNEZ, *La concepción institucional del Derecho*, al que se adhirieron CORTS GRAU y el canonista GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, los cuales realizaron un esfuerzo revitalizador y actualizador, no en contra de la tradición iusnaturalista, sino dentro de ella. No deja de ser paradójico que a fines de siglo aparezca un *positivismo institucional* representado por McCORMICK y WEINBERGER. También trata de superar las concepciones lógico-formales el denominado realismo jurídico norteamericano, que trata de obtener una concepción del Derecho con base en la propia experiencia jurídica práctica (HOLMES, CARDOZO, FRANK, LLEWELLYN). Por parte de FRANK se realiza una inversión del planteamiento secular sobre la falta de certeza del Derecho, la cual, lejos de constituir un accidente infortunado –afirma– comporta un inmenso valor social. La aspiración a la certeza del Derecho representa la prolongación, en adultos inmaduros, de la necesidad infantil de buscar seguridad en la omnipotencia e infalibilidad del padre. Paralelamente se desarrolla el llamado realismo jurídico escandinavo (HÄGERSTRÖM, OLIVECRONA, ROSS). Las teorías sociológico-jurídicas recibieron con Max WEBER un gran impulso a partir del capítulo sobre *Rechtssoziologie* de su obra básica *Wirtschaft und Gesellschaft* (1925),

si bien se había anticipado EHRLICH con su *Grundlagen der Soziologie des Rechts* (1913), en la que contraponía al Derecho legal el Derecho viviente emanado de la conciencia y de la práctica social. Entre sus cultivadores se mencionan al *Doyen* CARBONNIER –recientemente fallecido a edad avanzada–, SOUSA SANTOS, LOSANO y TREVES. Por último, el análisis sociológico del aparato judicial ha merecido notables estudios en EEUU, Francia, Italia y España.

Los análisis del iusnaturalismo y del iuspositivismo se resumen por PÉREZ-LUÑO en apretadas pero acertadas páginas (vol. 4, pp. 32-39). Arranca de la *renaissance du Droit Naturel* (expresión acuñada por CHARMONT) y del *Ewige wiederkehr des Naturrecht* (que sintetizó ROMMEN), pasando por la catástrofe que supusieron los regímenes nazi y fascista, al finalizar la segunda guerra mundial, desembocando en la vigorosa denuncia de RADBRUCH de que el positivismo dejó inermes a los juristas alemanes frente a las leyes de contenido injusto y arbitrario.

Durante el siglo XX se han manifestado dos grandes tendencias que suponen la decantación de la multisecular tradición iusnaturalista: a) El iusnaturalismo que el autor denomina ontológico, dogmático o radical (AMBROSETTI, CHARMONT, CORTS GRAU, COTTA, Elías DE TEJADA, FERNÁNDEZ GALIANO, GALÁN GUTIÉRREZ, LACHANCE, LUÑO PEÑA, MARITAIN, MESSNER, PUY, el último RADBRUCH, VILLEY), y que, siguiendo a San Agustín, defiende que no parece posible admitir la existencia de una ley que no sea justa, opinión glosada en la no menos célebre sentencia tomista de que la ley positiva contraria al Derecho natural no es ley, sino corrupción de la misma. El último RADBRUCH consideraba el Derecho natural, en cuanto encarnación de los valores éticos de la justicia, como un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas que permite considerar a los actos contrarios a Derecho como desafueros bajo forma legal. b) La versión débil o moderada del iusnaturalismo sostiene un modelo de integración relativa entre la Política, la Moral y el Derecho. En las últimas décadas se puede considerar como una postura representativa de este planteamiento la de DWORKIN, en cuya teoría del Derecho ocupan un lugar privilegiado los principios, pudiendo afirmarse que la revalorización de los principios constituye uno de los rasgos básicos de su construcción doctrinal. Según su concepción, todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios, medidas o programas (*policies*) y reglas o disposiciones específicas (*rules*). DWORKIN denomina medidas políticas a las normas genéricas (*standards*) que establecen fines que deben alcanzarse y que implican un avance en el terreno económico, político o social para la comunidad; mientras que reserva la denominación de principios a los *standards* o prescripciones genéricas que entrañan un imperativo de justicia, de imparcialidad o de cualquier

otra dimensión de la moralidad. Son los *principles*, en cuanto contienen los fundamentos morales del orden jurídico y la expresión de los derechos básicos de los ciudadanos, los que aseguran la coherencia y plenitud del sistema de normas que hace posible el imperio del Derecho. No obstante la controversia suscitada a este propósito, PÉREZ LUÑO sostiene que dicho autor representa una modalidad novedosa de la versión moderada del iusnaturalismo.

También el positivismo jurídico, durante el siglo xx, ha sido objeto de diferentes concepciones doctrinales, si bien todas ellas tienen en común la identificación del Derecho con el Derecho positivo, negando el carácter jurídico del Derecho natural, que queda relegado al ámbito de las exigencias morales, de las convenciones sociales o de las ideologías políticas. Las versiones positivistas contemporáneas están ligadas a la filosofía analítica y al neopositivismo o positivismo lógico, siendo la teoría pura del Derecho formulada por Hans KELSEN (*Reine Rechtslehre*, ediciones de 1934 y 1960) la más importante y difundida versión del positivismo jurídico en cuanto teoría del Derecho. A juicio de PÉREZ LUÑO, sus notas distintivas son: 1) se trata de una elaboración científico-doctrinaria de carácter conceptual y formalista, alejada de la dimensión práctica; 2) es una formulación *pura*, en cuanto no contaminada por presupuestos morales, políticos o sociológicos, y 3) hace referencia al Derecho, subrayando su singularidad o monismo, al reducir la juridicidad a positividad. La Teoría del Derecho debe tomar como objeto de estudio el Derecho en sí, es decir, en cuanto estructura normativa autosuficiente, autorreferente y coherente. Por *fuerza del Derecho* se define sólo el fundamento de Derecho positivo de la validez de una norma jurídica; la Constitución es la fuente de las normas jurídicas generales producidas mediante la legislación y la costumbre. En su póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, KELSEN ha reformulado su concepto de la norma fundamental en cuanto principio de validez del sistema de fuentes jurídicas; ya no la considera como una norma presupuesta, sino como una norma ficticia; la unidad, jerarquía, plenitud y coherencia del sistema de fuentes jurídicas reposan en un criterio rigurosamente *puro*, es decir, formal; en su citada obra póstuma señala que la *Grundnorm* no es una norma positiva, sino una norma meramente pensada, o sea, una ficción; lo que difiere, como él mismo subraya, de su consideración como hipótesis, tal como él mismo la había definido en épocas anteriores.

HART puede considerarse como una de las más valiosas e influyentes revisiones de la doctrina kelseniana, con reflejo en las relaciones entre Derecho y Moral. Al estricto formalismo de KELSEN, HART opone una *rule of recognition* que posee una incuestionable dimensión empírica, raramente se halla establecida, y tampoco es un mero presupuesto lógico-trascen-

dental o ficticio, sino que su existencia se revela en la práctica social en la medida en que los jueces y los ciudadanos atribuyen validez a un determinado sistema de normas. PÉREZ LUÑO (vol. IV, p. 38) sostiene que en este punto dicho autor defiende y formula un contenido mínimo del Derecho Natural; lo integrarían un conjunto de verdades obvias que deben ser tomadas en consideración para garantizar la supervivencia humana y la propia viabilidad de las sociedades; admite un Derecho natural universal que se traduce en el igual derecho de todos los hombres a ser libres.

El Análisis del lenguaje ha cifrado como una de sus principales metas en el ámbito jurídico el dotar a la Ciencia y a la Filosofía del Derecho de un lenguaje riguroso, para lo cual se ha dirigido a esclarecer el significado de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico; su principal preocupación ha sido la de purificar los dominios del Derecho de conceptos inútiles o equívocos desde el punto de vista teórico o de nociones destinadas a enmascarar la realidad desde el plano ideológico. Con todo, y no obstante sus innegables abusos, PÉREZ LUÑO (vol. IV, p. 41) hace las siguientes precisiones críticas: 1) El análisis del lenguaje constituye un procedimiento habitual y tradicional de los juristas, al ser las normas jurídicas entidades lingüísticas; 2) por ello, los métodos de análisis del lenguaje no constituyen un invento del siglo XX, bastando recordar el *modus operandi* de los glosadores, los comentaristas o determinados representantes del historicismo jurídico, pero resulta innegable que tales métodos han sido potenciados y depurados por el neopositivismo y la filosofía analítica contemporánea; 3) las críticas sólo deben entenderse hacia la actitud reductivista de toda la Filosofía del Derecho a mero análisis del lenguaje, y 4) la denuncia de asepsia, e incluso del pretendido carácter acomodaticio de la filosofía analítica, no debiera prescindir de la actitud decididamente democrática y el compromiso con las libertades de algunas de las figuras más representativas de esa línea de pensamiento.

Las teorías de la argumentación jurídica se hallan genéricamente inspiradas en premisas iusnaturalistas y entrañaron la *rehabilitación de la racionalidad práctica* del Derecho. En esta dirección cabe mencionar a VIEHWEG, quien concibe la *tópica* como el método dialógico que orienta el razonamiento jurídico hacia la decisión de los casos o problemas concretos en que se expresa el Derecho; a PERELMANN, cuyos estudios sobre la nueva retórica tratan de demostrar la estructura argumentativa del razonamiento jurídico; a RECASENS SICHES, que revaloriza la razón práctica, denominada *logos de lo razonable*, en la interpretación y aplicación del derecho; a RAZ, que concibe las razones (*reasons*) como relaciones entre hechos y personas, siempre que se trate de hechos con proyección normativa en cuanto que determinen la actuación debida; a ESSER, que resalta

la necesidad de que el jurista tenga presente las expectativas de la colectividad, para que el resultado de la función hermenéutica goce de un amplio consenso social. Merece especial mención ALEXY por sugerir reglas y procedimientos tendentes a garantizar la racionalidad de la argumentación jurídica. Al declinar el siglo XX, las teorías de la argumentación jurídica coinciden y convergen con el auge del *procedimentalismo* difundido en diversos ámbitos de la cultura (APEL, HABERMAS, RAWLS).

En las páginas sucesivas (vol. IV, pp. 43 ss.) PÉREZ LUÑO introduce al lector en una serie de cuestiones económico-sociales relacionadas con el Derecho, ampliamente debatidas a lo largo del siglo XX, que sólo pueden ser aquí meramente aludidas por su gran complejidad, pese a su enorme interés. Comienza tratando de la función social que incumbe a los juristas en una sociedad en cambio; baste referirse, entre nosotros, a la polémica de hace casi medio siglo entre GARCÍA DE ENTERRÍA y VALLET DE GOYTISOLO sobre el tipo de jurista que debe formar las Facultades de Derecho. Ciertamente la posterior dinámica de la reforma de los Planes de Estudio —no definitivamente resuelta adecuadamente entre nosotros— se ve ahora interferida por las directrices europeas emanadas de los ya famosos acuerdos de Bolonia, más preocupadas aparentemente por la equiparación formal de títulos universitarios que por el contenido de las enseñanzas, lo que, en último término, va a trasladar a la responsabilidad de los Estados la misión de la reforma de estos últimos, muy condicionada, sin embargo, por aquéllas. A nivel teórico todavía se mantienen posturas favorables al uso alternativo del Derecho en algunos países europeos (BARCELONA, FERRAJOLI, TARELLO) y, en la misma dirección, se manifiesta el movimiento norteamericano denominado *Critical Legal Studies*. En todo caso, el conjunto de las denominadas teorías críticas derivaron hacia la concesión de un excesivo arbitrio judicial en la interpretación de las normas, con riesgo de la seguridad jurídica. Cuestiones que inciden frontalmente con el objeto de la enseñanza y las técnicas de aprendizaje de los futuros operadores del Derecho.

En 1912, DUGUIT publica una obra cuyo eco perdurará por mucho tiempo en Francia y en Europa, *Les transformations générales du Code civil depuis le Code Napoleon*. En ella llama la atención sobre los factores culturales, sociales, económicos y políticos que habían determinado una paulatina suplantación de la ideología individualista, informadora del Código de Napoleón, por el principio de la función social de las instituciones en el Derecho privado. Su indiscutible acierto fue acuñar y contribuir a divulgar una noción que, aplicada al Derecho de propiedad, sirvió de punto de convergencia a preocupaciones expresadas por representantes del positivismo sociológico, del socialismo democrático y del pensamiento social cristiano, plasmado en las diversas Constituciones europeas a partir de la

de Weimar (1919). Todo ello ha justificado un debate doctrinal a propósito de la naturaleza del Derecho de propiedad, el cual, si bien sigue siendo considerado como un Derecho subjetivo, sólo es contemplado por el ordenamiento bajo la óptica de un conjunto de derechos y deberes, positivos y negativos, que integran ese concepto jurídico indeterminado que se enuncia como la función social, cuyo alcance dependerá del tipo de bien objeto del Derecho mismo. La transformación afecta también a las fuentes del Derecho, originando el fenómeno de la *supraestatalidad normativa* que supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, que puede desembocar en un nuevo *jus commune*, en materia civil, mercantil o laboral, sujetas a un tráfico transfronterizo (CAPPELLETTI, OLIVENCIA, PIZZORUSSO). También se habla de *descodificación* (IRTI) y de *deslegalización* (COTTERRELL, DE SOUSA SANTOS, SPIROS SIMITIS, TEUBNER), si bien carecen de general aceptación o se encuentran en franco retroceso (el último, IRTI). No deja de registrarse cierto movimiento pendular sobre el sistema de fuentes del Derecho privado en el siglo XX; del *tout devienne droit public* (RIPPERT) hemos pasado a la *reprivatización* del Derecho privado (DÍEZ-PICAZO). La transformación afecta también a los sujetos del Derecho privado, al concepto y función de la familia y al fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, con enorme repercusión en la vida económica de las sociedades al generalizarse la responsabilidad por riesgo y una cuasiobjetivación de la misma.

Resulta extraordinariamente sugestivo lo que PÉREZ LUÑO denomina *itinerarios del Derecho público* (vol. IV, pp. 53-60). Partiendo de una gráfica expresión de DWORKIN, *si el Gobierno no se toma los derechos en serio tampoco se está tomando con seriedad el Derecho*, afirma que un *retorno a los derechos* implica un acuerdo genérico en la idea de que los derechos y libertades constituyen el fundamento auténtico del Estado de Derecho, sin que de ello pueda deducirse que existe unidad de criterio en la forma de concebir esos derechos y su papel en el Estado de Derecho. Se asiste en los últimos años al replanteamiento de tesis, tácita o *expressis verbis* neoiusnaturalistas que propugnan: 1) existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivados; 2) fundamento de la legitimidad política en la participación democrática de los ciudadanos como expresión de la soberanía popular, y 3) exigencia de instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para la tutela de aquellos derechos. Pero también se presta atención a éstos desde los parámetros sistemáticos de un positivismo jurídico renovado. Los itinerarios teóricos del Derecho público en el siglo XX versarán sobre dos cuestiones prioritarias, ambas asumidas desde una perspectiva histórica o generacional: la *transformación de las libertades* y la *transformación del Estado de Derecho*.

La mutación histórica de los derechos fundamentales ha determinado la aparición de sucesivas generaciones de los mismos. La primera generación nace con impronta individualista y sufrirá un amplio proceso de erosión a lo largo del siglo XIX; los movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades con una segunda generación de derechos fundamentales que serán los de naturaleza económica, social y cultural, y que se plasmarán en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado Social de Derecho. Por último, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la *contaminación de las libertades* (*liberties pollution*). Una concepción generacional de los derechos humanos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada, dado que una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamentan, a su vez, nuevos derechos. En la segunda mitad del siglo XX ha comenzado a difundirse en diversos países europeos la distinción entre *stato di diritto* y *stato costituzionale*, que algunos autores utilizan indistintamente, pero que otros han recibido en nuestra doctrina como categorías diversas (GARCÍA PELAYO). En Alemania, KRIELE establecerá una distinción radical, ya que mientras el Estado de derecho es la culminación del iusnaturalismo racionalista alemán, el Estado constitucional, a su juicio, se inserta en la tradición británica del *rule of law*, partiendo del concepto de que el Derecho se desarrolla dialécticamente conforme a las reglas procesales, a medida que el pueblo tiene experiencia de los defectos del Derecho existente, de modo que el Estado constitucional se concibe como un proceso inacabado que se manifiesta en la historia. Más depurado es el concepto de Estado constitucional en HÄBERLE, para quien se trata de una forma de Estado en la que existe una legitimación democrática y un control pluralista del poder político y también de los poderes sociales; en definitiva, es el tipo-ideal del Estado propio de una sociedad abierta; frente al formalismo caracterizador del Estado de derecho, en el Estado Constitucional, la norma fundamental no sólo aparece entendida como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro. Por último, ZAGREBELSKY ha profundizado en la noción de Estado constitucional, aceptando que se trata de un Estado abierto y pluralista, pero poniendo todo el énfasis en la crítica de los presupuestos ideológicos del Estado de Derecho, o sea, el positivismo jurídico decimonónico, concepción que ha sido responsable de haber elaborado un sistema jurídico rígido y cerrado que reducía la juridicidad a la legalidad y en el que no había espacio para nin-

guna otra fuente jurídica. En manifiesta ruptura con todo ello, el Estado constitucional supone la coexistencia de valores y principios sobre los que hoy se edifica la Constitución para poder lograr la unidad e integración del ordenamiento jurídico y, al propio tiempo, para ser compatible con una sociedad abierta y pluralista. Por lo demás no hay unanimidad a la hora de establecer la relación entre ambas formas de Estado, pues para unos son categorías incompatibles, mientras que la mayoría estima que se da una continuidad entre ambas. En todo caso, los derechos fundamentales de la tercera generación (defensa de la paz, protección de la calidad de vida, y el medio ambiente y la garantía de la denominada libertad informática) requerirán un nuevo consenso básico entre los ciudadanos y los poderes públicos. Se apunta también que los avances teledemocráticos (p. ej., el voto por Internet) puede estimular la progresiva implantación de experiencias de democracia directa para el ejercicio y garantía de los derechos de la tercera generación y para reforzar el clima participativo democrático del Estado constitucional, pero estas iniciativas no carecen de riesgos (PÉREZ LUÑO, vol. IV, p. 60), e importa atender a la lúcida observación de HABERMAS cuando advirtió que *al desafío de la técnica no se le puede responder sólo con la técnica*.

La última etapa del siglo XX supuso, en el ámbito metodológico, un progresivo abandono del método positivista. Lo prueban la obra emblemática de LARENZ, *Methodenlehre des Rechtswissenschaft* (cuatro eds. en vida del autor entre 1960 y 1978, y dos póstumas en 1983 y 1991) y, entre nosotros, la *Metodología de la Ciencia del Derecho* (Madrid, 1971), de HERNÁNDEZ GIL. La moderna metodología viene caracterizada por una radical apetencia de conocimiento del ordenamiento jurídico en su complejidad estructural y en sus reales articulaciones, la cual no puede ya ser satisfecha por las periclitadas técnicas de un formalismo legalista. Así resulta que la norma ya no es el presupuesto, sino el resultado, de un proceso de elaboración e interpretación, en el que a la doctrina le corresponde un protagonismo incuestionable (ALEXY, FROSINI, MÜLLER, PÉREZ LUÑO, TARELLO). El retorno a la jurisprudencia de valores en la teoría del Derecho ha sido posible gracias al estímulo de las doctrinas sobre la justicia que se han desarrollado en las últimas décadas del siglo pasado, así las debidas a RAWLS, DWORKIN, NOZICK y AMARTYA SEN. Significativamente, PÉREZ LUÑO (vol. IV, p. 63) escribe que está en lo cierto John RAWLS cuando afirma que *la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas*. Por su cuenta afirma que la reivindicación de esta exigencia ha cons-

tituido el nervio de la mejor tradición iusnaturalista y esa función histórica sigue siendo una cuestión de interés prioritario, no sólo para la filosofía jurídica, sino para toda la Filosofía práctica, Ética y Política. Mostrar la legitimidad de esa función, frente a los empeños dirigidos a negarla apelando a su imposibilidad (racionalismo, relativismo), a su falta de sentido (neopositivismo) o a su inutilidad (escepticismo), constituye una tarea insoslayable para las doctrinas iusnaturalistas más relevantes del siglo xx.

Los últimos años del siglo pasado han acelerado con ritmo creciente los procesos de renovación tecnológica que tan profundamente penetran en las relaciones humanas; la incidencia de las redes de información y comunicación en los ámbitos jurídicos y políticos ha determinado que se adquiriera conciencia de que nunca como en esta época se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales. De esa exigencia de universalidad se infiere la reivindicación de que los derechos de la persona se tutelen sin discriminación alguna por razones de lengua, de sexo, de las religiones profesadas o de las convicciones ideológicas. Estos requerimientos vienen impuestos por los procesos de mutua implicación económica que reciben el nombre de la *globalización*, y porque las personas viven en el seno de sociedades interconectadas a escala planetaria, cuya prueba más evidente es Internet. En un mundo interdependiente, la garantía de unos derechos universales se ha hecho más perentoria que nunca; se trata de conseguir que los desarrollos tecnológicos no menoscaben ni se logren a costa de las libertades; por ello debe establecerse un diálogo fluido entre el universo tecnológico y la esfera de los valores y derechos humanos. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones entre los hombres, y entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su marco de convivencia. Nos hallamos en una sociedad donde la Informática se ha convertido en el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la *sociedad informatizada*, la *sociedad de la información* o la *sociedad de redes informativas* (*Network Society*). Esta nueva coyuntura reclama de los juristas, los filósofos y los teóricos del Derecho una *consciencia tecnológica*. Para responder a estas exigencias —dice PÉREZ LUÑO (vol. 4, p. 65)— se han forjado dos nuevas disciplinas: el Derecho Informático y la Informática Jurídica. El primero es una materia inequívocamente jurídica, integrado por el conjunto de disposiciones dirigidas a la regulación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, es decir, la informática y la telemática. En cambio, la Informática Jurídica tiene por objeto la aplicación de la tecnología de la información al Derecho; por ejemplo, el tratamiento informatizado de las fuentes de conocimiento jurídico, mediante los sistemas de documentación

legislativa, jurisprudencial y doctrinal; asimismo, las fuentes de producción jurídica, por medio de la elaboración informática de los factores lógico-formales que concurren en el proceso legislativo y en la decisión judicial; por último, los procesos de organización de la infraestructura o medios instrumentales con los que se gestiona el Derecho.

En el período histórico en el que se ha consumado el cambio de milenio, la consigna cultural que mejor compendia las inquietudes del nuevo tiempo es la exigencia de globalización, que es aconsejable seguir utilizando pese a que sea ambiguo, equívoco y no se halle exento de algunas acepciones perversas, como dice BECK. Los problemas contemporáneos del Derecho deben ser estudiados desde una perspectiva de totalidad; la sociedad humana es multidimensional y, asimismo, lo son sus problemas económicos, éticos, jurídicos y políticos. La tendencia hacia la globalización viene impuesta por el carácter interdependiente, multicéntrico y multicultural de los fenómenos que gravitan sobre el horizonte presente del Derecho. Por eso parece que la concepción del Derecho como experiencia jurídica es la que mejor puede satisfacer los apremios globalizadores del presente. Concebir el Derecho desde una perspectiva globalizadora, en términos de experiencia jurídica, implica un compromiso por no desgajar su significación teórica de su realización práctica; se trata de asumir que el Derecho postula un universo interconectado cuyo atributo más notorio es la interdependencia; en definitiva, la experiencia jurídica implica avanzar hacia una concepción omnicomprendensiva. Concluye PÉREZ LUÑO afirmando (vol. 4, p. 67) que el gran reto que se plantea a la teoría jurídica al comienzo del tercer milenio consiste, precisamente, en ofrecer una respuesta integradora capaz de colmar los vacíos institucionales de las sociedades tecnológicas.

Resulta harto difícil seleccionar algunas entre las doscientas treinta y cinco semblanzas de juristas representativos del siglo XX que aquí se incluyen; aunque el espacio dedicado al biografiado nunca puede ser determinante, sí resulta, en principio, un buen indicio. Se comprende la devoción con que se redactó la semblanza dedicada a Federico DE CASTRO por su discípulo Luis Díez-PICAZO (la más extensa: 10 pp.). Sigue un grupo de biografías, homogéneo en su extensión (8 pp.), en el que figuran: Kelsen (G. ROBLES), Wieacker, Carl Schmitt, Vedel (Alli Aranguren), el juez norteamericano John Marshall Harlan II (Granado Hjelmo), Joaquín Garrigues (Sánchez Calero), Otto Kahn-Freud (Mercader Uguina), el filósofo John Rawls (Pooge). Al que siguen de cerca (7 pp. de extensión) el administrativista francés Jean Riviéro (Alli Aranguren), García Gallo (Escudero), Roca Sastre (Pintó Ruiz), Pérez Serrano y Coing (Pérez Martín). Hay un grupo numeroso de extensión en-

tre cinco y seis páginas (probablemente la extensión que el coordinador consideró típica o normalizada, pero que ha resultado desbordada en la realidad) en el que figuran: MEZGER, BOBBIO (G. ROBLES), SCHUMANN (M. OREJA y R. DOMINGO), CALAMANDREI (CORDÓN), ASTUTI (IGLESIA FERREIRÓS), BETTI (CRIFFÓ), CASTÁN (GARCÍA CANTERO), DE PAGE, NIPPERDEY (RODRÍGUEZ-PIÑERO), ANTÓN ONECA (SOTO NIETO), HAYEK, WALINE, ALLARA, FASSÓ (PÉREZ LUÑO), Álvaro D'ORS (R. DOMINGO), NUÑEZ-LAGOS (RODRÍGUEZ ADRADOS), PUGLIATTI, GIRÓN TENA (LÓPEZ SÁNCHEZ), LEGAZ y LACAMBRA (GIL CREMADES), KAUFMANN (NEWMANN), URÍA (MENÉNDEZ), ALONSO OLEA (MONTROYA), TRABUCCHI, LUHMANN, LOMBARDÍA (HERVADA Y FORNÉS). Pero no se crea que los no mencionados carecen de interés; así el censor por su formación se ha recreado en las semblanzas de autores como VASSALLI, MESSINEO, BIONDI, JÉMOLO, Marc ANCEL, ASCARELLI, CALASSO, GORLA, FERRI, GAUDEMET, OURLIAC, GUASP, VILLEY, POULANTZAS, PASCHUKANIS, LARENZ, MENGONI. *Et sic de caeteris...*

El apartado final contiene *Notas biográficas de juristas españoles del siglo XX*, y su utilidad ha sido ya puesta de relieve anteriormente. Dirigido al público español, acaso precisará de nuevo desarrollo en ediciones ulteriores, cuando se disponga de suficiente perspectiva para valorar las aportaciones de unos y otros. La selección se ha hecho con criterios amplios, incluyendo prácticamente a juristas de todas las especialidades, sin olvidar a algunos políticos, profesionales distinguidos, notarios, abogados en ejercicio, así como a personalidades religiosas, como San Josemaría ESCRIVÁ y a Álvaro DEL PORTILLO, que también desarrollaron actividades jurídicas.

14. Colofón

No resulta fácil poner punto final a esta *dación de cuenta* de lo que la obra representa en el panorama bibliográfico-jurídico español. Decir que es *única* en modo alguno supone exagerar, pues si tiene parangón es, más bien, con algunas obras extranjeras que el coordinador menciona, pero carece de precedentes entre nosotros (7). Es única por la amplitud de cam-

(7) En la página 36 de su "Introducción", el profesor DOMINGO enumera una larga lista de obras que le han facilitado la selección de los juristas romanos, medievales y modernos (alemanes, ingleses, austriacos, holandeses y norteamericanos), sirviéndole de contraste el *Biographical Dictionary of the Common Law*, dirigido por BRIAN SIMPSON (Londres, 1984), y la obra más general dirigida por STOLLEIS: *Juristen. Ein biographisches Lexicon*, 2.ª edición, München, 2001. Adde, la obra de alcance más modesto *Zivilrechtslehrer deutscher Sprache* (Lehrer, Schüler, Werke), publicada en 1988 en virtud de una colaboración entre la C. H. Beck y la Korea

po abarcado, al no excluir a ningún especialista en materias jurídicas, ni en otras íntimamente relacionadas con aquéllas. Es, además, ambiciosamente única al remontarse como punto de partida a la época más brillante del Derecho Romano, y seguir paso a paso su transformación en el *ius commune* con perspectiva ecuménica y, por supuesto, española. Es, también, arriesgadamente única por no eludir las objeciones que denuncien lagunas (8) o minusvaloraciones (no son muchos los nombres que faltan, pero los que están sí que son universales).

Es monumental por el ingente trabajo de planificación que ha requerido, por la obligada e incesante búsqueda de colaboradores, no siempre fácil de encontrar; lo es también por haber obtenido una obra homogénea en lo sustancial, de suerte que el lector sabe lo que va a encontrar y se le facilita extraordinariamente la tarea.

Formalmente tiene una presentación elegante, acorde con la riqueza de su contenido, manejable pese a su considerable volumen, y de consulta no complicada. Acaso deban destacarse las excelentes traducciones al español que han debido hacerse de un número no muy alto de semblanzas redactadas por autores extranjeros.

University Press; modelo de síntesis y de proyección hacia las Escuelas Jurídicas alemanas de Derecho Civil.

(8) Personalmente me ha parecido escasa la representación de juristas de habla portuguesa y brasileña.

“Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, I-IV. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, tomos III y IV, páginas 3401-6771.

Mariano IZQUIERDO TOLSADA trazaba los linderos entre Civil y Penal a propósito de delitos contra el patrimonio. Ha pasado a la historia, según una sentencia del TS en 2000, la fuga del deudor mediante la desaparición de su persona y de su patrimonio. Se hace necesaria una revisión del sistema de protección penal del crédito en su conjunto. La intervención penal es mínima y la doble protección tiene inconvenientes. Los fraudes afectan a problemas medulares del civil patrimonial. Cuestiones sutilísimas entre ambas esferas, donde también se toca al Derecho Fiscal. Sorprende la vigencia todavía, 1977, de RUGGIERO, con traducción y notas de SERRANO SUÑER y SANTA CRUZ TEJEIRO.

Inaugura el tomo III, dedicado a Derechos Reales y Derecho de Familia, una clara lección de nuestro Rafael ÁLVAREZ VIGARAY sobre “El derecho de superficie” (pp. 3441-3445), aludido en los artículos 1.611 y 1.655 del CC, revitalizado por la Ley del suelo y ordenación urbana de 1975, y su reforma de 1976, su texto refundido en 1992 y en parte anulado por el Constitucional en 1997. Reformas precedidas por la elaboración doctrinal de Jerónimo GONZÁLEZ y otros. Aún no se ha alcanzado la vitalidad y los fines que se esperan de esta figura clásica. Se trata de abaratar el suelo y evitar la especulación. Derecho futuro, el de este fiel y sabio alumno mío, al que envío un saludo.

Catedrático y registrador de la propiedad, Manuel AMORÓS GUARDIOLA diserta sobre “La cesión de los créditos hipotecarios” (pp. 3447-3471). Desde la Ley de 1946 no ha sido muy frecuente esa cesión, que el autor relaciona con las concentraciones bancarias. Examina las soluciones de la jurisprudencia y la doctrina. Evoca su participación en los seminarios de

DÍEZ-PICAZO y en tareas legislativas, que han ampliado su horizonte profesional. Traza la evolución del sistema desde 1861, cuya Ley reformada en 1869 fue sustituida por la de 1909, a la vista del CC. Bienvenido OLIVER, SÁNCHEZ ROMÁN, GALINDO Y ESCOSURA, MUCIUS SCAEVOLA, CAMPUZANO y MANRESA critican la reforma, defendida por DÍAZ MORENO, MORELL y Jerónimo GONZÁLEZ; sus posiciones son analizadas hasta que llega ROCA SASTRE. Observa justamente que el argumento mayoritario no es suficiente y que es necesario entrar a fondo en la cuestión; se lo propone al presentar esta primera parte crítica de su estudio en preparación.

Titular de Civil en la Carlos III, la universidad de nuestro Peces-Barba, Remedios ARANDA RODRÍGUEZ aborda “La función representativa del presidente de la comunidad de propietarios en la Ley de Propiedad Horizontal” (pp. 3473-3499) de 1960, reformada en 1999, precisando primero la índole de la representación, detalladas ahora las funciones que corresponden a los diferentes titulares: vicepresidente, secretario y administrador, y la junta como órgano supremo. Diversidad doctrinal. El ejercicio judicial de acciones, la defensa de los intereses comunitarios y la actuación contractual. No persona jurídica, la comunidad sí es agrupación de personas que merece protección. La representación no es plenamente delegable.

“Accesoriedad y causalidad como notas de la hipoteca en nuestro Derecho” (pp. 3501-3519) han dado lugar a una polémica que dilucida José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, titular de Civil en Sevilla. Dominante la primera con su base legal, ha sido rechazada o matizada por influjo extranjero y nuevas experiencias. Hay una desconexión entre hipoteca y crédito. El ministro de Justicia Eduardo Aunós rechazó, elocuente en las Cortes, el carácter abstracto rodeado de fulgor doctrinal. La accesoriedad parece reafirmarse. El autor se opone a la Dirección General, que pretende defender el principio, apoyándose en la Ley de 1861 y en la doctrina italiana. Ambos principios se defienden por sí solos. Dejad que los principios discutan libremente, lo propio del Derecho, a diferencia de la tiranía legalista.

Esther ARROYO i AMAYUELAS, en Barcelona, analiza los precedentes de los artículos 42.2 y 3 de la Ley Hipotecaria, “De las «hipotecas judiciales» a las «anotaciones preventivas»” (pp. 3521-3545) en conexión con los estudios de DÍEZ-PICAZO. El origen en la hipoteca judicial remonta a nuestro Benito GUTIÉRREZ. Su tratamiento en Francia, desde la ordenanza de Moulins 1566, en los territorios germánicos hasta el BGB. En España, el proyecto de CC de 1836, y los anteproyectos de 1843-46 y 1848-49. José VICENTE Y CARAVANTES señaló el carácter procesal del objeto en su *Tratado histórico crítico-filosófico de los procedimientos judiciales*, que merece atención en la CJE, 1858. En 1845 reforma fiscal del impuesto creado

en 1829. El anteproyecto de 1850 y el proyecto de 1851 suprimen las hipotecas judiciales. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 las regula. Ley Hipotecaria de 1861. *Impresionante bibliografía española y europea.*

“Luces y vistas en los Derechos Civiles de la patria: facultades, servidumbres y usucapión” (pp. 3547-3579) por Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, titular de Civil en La Rioja. Cuatro sistemas dispares, a partir del romano y los romanistas con el antecedente de Partidas III,31,2, perspectiva del Código Civil, y su interpretación en la jurisprudencia y la doctrina, donde luce MANRESA Y NAVARRO, autor que acaba de aparecer en Girona. Navarra se levanta con fuerte autonomía. El fuero reducido (1530, no promulgado pero ya editado y estudiado por Ismael SÁNCHEZ BELLA) cierra las ventanas, anécdota expresiva. Tensión con el régimen común. El fuero nuevo, Leyes 403 y 404, con tendencia limitativa y usucapión difícil. En Aragón, la propiedad solidaria y social reconoce la servidumbre en las Observancias de 1437, pero en los siglos XIX y XX entra la confusión hasta que la compilación de 1967 marca un sano retorno. Cataluña protege la intimidad y la compilación de 1960 conserva su régimen histórico, ligeramente alterado en 1990; al silencio legal responde la jurisprudencia con la vieja doctrina. Y la Ley de 2001 incide decisiva en la materia, al exigir el título y eliminar la usucapión. Conclusión general es que tan compleja estructura se resiste al sistema; hay que rastrear en la historia y en la ideología.

Elena BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, titular en Zaragoza, ofrece unos “Apuntes sobre la novación y la accesoriedad en la hipoteca de máximo” (pp. 3581-3601). Responde la figura a la necesidad de garantizar negocios en el futuro sin formalizar varios préstamos. Crédito abierto con garantía hipotecaria. Hipoteca de seguridad. En la esfera bancaria. Definida por ROCA SASTRE, resalta como contrato normativo, carente de regulación general y lleva a una plural interpretación. Necesarios algunos retoques en el sistema legal. Agudo es el problema de la accesoriedad, afectado por la vital figura.

Presidente del Consejo General del Notariado, don Juan BOLÁS ALFONSO, con la característica de haber cursado los cinco años de Civil en Valencia en la cátedra del recién llegado Díez-Picazo, aporta al homenaje un estudio derivado de la práctica profesional, coincidentes en este caso la perplejidad que había producido al maestro una sentencia del TS en 1978, cuando se discutía la validez de una donación en la que el donante se había reservado la facultad que le concede el artículo 639, y la misma perplejidad en el discípulo ante el rechazo por el registrador de una escritura autorizada por el autor y en la que el donante se reservaba la facultad de disponer. Tras una breve exposición del supuesto de hecho, defiende la validez de la reserva discutida, combate agudamente la nota denegatoria y su pretendido fundamento legal, que al contrario, refuerza

su posición de parte para concluir que “La donación de la nuda propiedad y la reserva de la facultad de disponer prevista en el artículo 639 del CC” revela las “diferencias entre el usufructuario testamentario con facultad de disponer y el usufructuario donante, titular de la reserva dispositiva” (pp. 3603-3617). Una página viva. Ocurre además que al resolver la discrepancia entre el notario y el registrador, el Supremo, en su auto en favor del segundo vino a desenfocar totalmente la cuestión, y además aludía al anterior conflicto, en el que había patrocinado el maestro.

“La remuneración por copia privada reprográfica” fue regulada por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987; el texto refundido de 1996 viene a dar una regulación reglamentaria y administrativa, a la cual Fernando BONDÍA ROMÁN, titular en la Carlos III de Madrid, aporta una caracterización civil en relación con “la Ley como fuente de las obligaciones” (pp. 3619-3642). La copia privada y el derecho de remuneración, cuya regulación actual no es clara ni convincente. Debieron separarse los impresos de otras formas de reproducción. El autor se remonta al artículo 1.090 del CC, para derivar hacia la casuística de la reprografía. La copia privada, lícita en sí, viene a limitar los derechos de autor. Por sí misma escapa al control jurídico, porque su investigación chocaría con la inviolabilidad del domicilio. Ha de excluirse la utilización colectiva y lucrativa. El Derecho comparado y la directiva europea de 2001 inciden en la cuestión, pero respetan el ámbito nacional. Se debate el jurista, autor asimismo de una *Propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid, 1987.

La Ley de Patrimonio Cultural de Castilla y León de 2002, cuando estaba en proyecto, sirvió de base al estudio por María Teresa CARRANCHO HERRERO, titular en Burgos, sobre “La protección de los bienes muebles” en la misma; al publicarlo ahora (pp. 3643-3663) introduce leves modificaciones que lo actualizan. La diversidad de ordenamientos hace necesaria una coordinación de las Administraciones públicas de ese patrimonio. Alaba el término “cultural” comprensivo y utilizado también por la directiva europea de 1993 sobre la exportación ilegal de estos bienes. Hay tres niveles de protección, mínimo, medio y máximo. La declaración de interés permanece indefinida. Puede ser individual o colectiva, en vida del autor o después. ¿Decidirá el autor o el propietario? ¿Ambos conjuntamente? Se formará un inventario. Régimen de conservación y protección. El derecho de adquisición preferente. Registro de actividades comerciales en torno de estos bienes. La facultad de disposición y el comercio exterior de obras de arte; prohibición de exportar; el activo submundo de la ilegalidad.

El catedrático José Antonio COBACHO GÓMEZ comunica sus “Reflexiones sobre la nueva regulación de las servidumbres en Cataluña” (pp. 3665-3683). La Ley sobre derechos de superficie, servidumbres y adquisición voluntaria o preferente, de 2001, deja algunas dudas sobre la vigencia de la

legislación anterior, en parte coincidente. En todo caso, superada la compilación de 1960. Excluidas las servidumbres personales, que LACRUZ atribuía a tradiciones ajenas a la economía moderna. Ahora queda suprimida la usucapión. Contemplamos la servidumbre sobre finca propia. Se ha regulado el contenido de modo general y específico, básico y accesorio; el ejercicio gravoso o incómodo para el propietario del fundo sirviente. Luces y vistas, paso, acueducto, la más importante, sobre la cual hay un estudio retrospectivo, desde el CC hasta PLATÓN, por Álvaro D'ORS en el homenaje a Alfonso OTERO. Y un amplio tratamiento de la extinción. Desde la Asignatura evocamos las *Ordinaciones de Sanctacilia* editadas por Pella y Forgas, de las que arranca un largo camino que ha llegado hasta aquí.

“Prenda irregular con intervención de tercero: ¿Garantía real?” (pp. 3685-3698), se pregunta Francisco J. DÍAZ BRITO, titular en La Laguna. La prenda irregular es una modalidad del derecho real de prenda. El autor se funda en un dictamen propio inédito, de carácter profesional. La intervención de un tercero tranquiliza al deudor y al acreedor. Aunque el CC lo trata en sede de obligaciones y contratos, se trata de un derecho real. Motivos históricos, como la represión de la usura, determinan que el acreedor no pueda apropiarse de la prenda. Una resolución de Registros en 1986 recordó la prohibición del pacto comisorio en las Partidas. Para el definitivo esclarecimiento de la figura el autor nos lleva al Fuero Nuevo de Navarra.

María del Rosario DÍAZ ROMERO, titular en la Autónoma de Madrid, expone la frecuencia con que el desarrollo industrial daña a las fincas vecinas. “La acción negatoria frente a inmisiones en el derecho de propiedad” (pp. 3699-3719). Alemania e Italia han dado tratamiento legal al conflicto. La Ley 367 del Fuero Nuevo de Navarra y una Ley catalana de 1990. La teoría de la inmisión tuvo apoyo en el Derecho Romano. En Francia se formula la *aemulatio* con la nota del *animus docendi*, que es recogida en el BGB, el *Common Law*, incluso en Portugal. La autora avanza una elaboración genérica y transmite la solución jurisdiccional de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, y elabora la figura de la acción en todos sus aspectos, la legitimación activa y pasiva, prescripción y los interdictos posesorios.

¿Es el derecho de propiedad un derecho fundamental, tal como lo formula la Constitución de 1978? Responde a esta pregunta Jesús DOMÍNGUEZ PLATAS, titular en Sevilla, “La constitución de derechos reales sobre la futura propiedad horizontal y su *contenido esencial* como límite” (pp. 3721-3746). Necesario es tener a la vista el artículo 348 del CC, pero su contenido va a depender del estatuto especial de propietario y asimismo de las finalidades sociales que les afecten. No es objeto del recurso de amparo. Hay un contenido esencial que debe preservarse. El título cons-

titutivo define el contenido de la propiedad horizontal. Mientras no se ha llegado a constituir plenamente, nos hallamos en la prehorizontalidad, fase clave para la futura comunidad. Consideración especial merece el derecho a elevar una o más plantas o construir en el subsuelo. Distinción entre superficie y vuelo. Jurisprudencia en torno al Reglamento Hipotecario y conclusión sobre su contenido.

Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, titular en Sevilla, diserta sobre “Autonomía privada y garantías reales” (pp. 3747-3770). La misma... “y los derechos reales”, de Díez-PICAZO en 1976. Axiomático el *numerus clausus* de derechos reales, el autor lo pone en duda y renueva el debate en torno a los de garantía. Aparte del artículo 1.255 del CC hay normas registrales que le amparan. El derecho real de garantía es excepcional. Hay límites generales a la creación de derechos reales y otros específicos para las garantías. Posibles manifestaciones atípicas. Una larga cita de Federico DE CASTRO en su famoso *Negocio jurídico* merece la pena y es objeto de un conclusivo comentario.

“La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero” (pp. 3771-3828) da ocasión a Nieves FENOY PICÓN, titular en la Autónoma de Madrid, para afirmar que el artículo 1.949 del CC ha sido derogado por el 36 de la Ley Hipotecaria de 1946. En 1889 ese artículo se coordinaba con la Hipotecaria de 1869 y después con la de 1909. En 2003 es sorprendente que se siga discutiendo sobre la vigencia o no de ese artículo. Hay dos tesis sobre la identidad de aquel tercero, sostenida una por siete ponentes del Supremo desde 1888 a 1957, otra por uno en 1909, con el refuerzo de don José M.^a PORCIOLES Y COLOMER en su conferencia de Barcelona, 1944. Asistimos a las opiniones favorables a la derogación: Encarna ROCA Y TRÍAS (1978), Manuel ALBALADEJO (1993), Ramón M.^a ROCA SASTRE (1995) (8.^a ed. de su *Derecho Hipotecario*), Tomás RUBIO GARRIDO (1995), Mario E. CLEMENTE MEORO (1997), José M.^a MIQUEL GONZÁLEZ (1998), Antonio M. MORALES MORENO (2000), Fernando REGLERO CAMPOS (2001) y Antonio GORDILLO CAÑAS (2002); de opinión menos resuelta: Ramón DE LA RICA Y ARENAL (1945 y 1948), Manuel VILLARES PICÓ (1947), Pedro SOLS GARCÍA (1946 y 1949), y Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS; en favor de la vigencia: Rafael NÚÑEZ LAGOS (1962), José M.^a REYES MONTERREAL (1965), Buenaventura SÁNCHEZ-CAÑETE (1971), Miguel Ángel PETIT SEGURA (1992) y José M. GARCÍA GARCÍA (1995, 1999, 2002), al que añade el tácito Agustín LUNA SERRANO (1993). Un congreso. Todavía Jaime SANTOS BRIZ en 1991 ve al artículo restringido y otros autores en los que es difícil definir la opinión: José A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, Antonio MONTSERRAT, Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL. Omitimos autores que no mencionan el artículo. Se ilumina la sombra de MANRESA Y NAVARRO. Tras de cuya nómina, que debe registrar la historia general, Nieves

pasa a una densa exposición sistemática de la argumentación. De modo semejante la doctrina del TS, desde 1956, con los ponentes Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (1991), Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE (1992), José MENÉNDEZ HERNÁNDEZ (1999), Pedro GONZÁLEZ POVEDA (2001). Conclusión: el artículo está derogado. Tres reflexiones: dar por vigente el 1.949 encierra varios peligros, el sistema inmobiliario de la patria avanza por buen camino, con esta excepción, y algo ocurre en la doble inmatriculación.

“Garantías reales: imperatividad de las normas de ejecución *versus* pacto comisorio”, por José Manuel FÍNEZ RATÓN, titular en Cantabria (pp. 3829-3839). Sentencias del TS en 2000 y 1995. El autor se coloca frente a una tendencia; la configuración procesalista. Conflicto de asignaturas. La lógica jurídica conduce a soluciones absurdas. Pero el absurdo está vigente en todos los campos de juego. Lo que desde el punto de vista general merece aprobado entusiasta es que el autor ha adoptado el método retrospectivo, remontándose a una sentencia anterior que esclarece el problema. El evolucionismo congénito de la Historia del Derecho (HD) recibe así una merecida censura. Nos gustaría oír a la parte contraria, si el tiempo permitiera a los jueces en ejercicio atender a lo que musita la academia. FÍNEZ RATÓN sí lo tiene para colocar una elegante pincelada romanista y una lectura de Partidas V,13,42 y V,5,41, más el Anteproyecto de 1885-88 sobre prenda, en relación con la Ley de 14 de marzo de 1856, que suprimió la tasa de intereses. O sea, la HDEspecial por la que suspiramos.

Una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRNNota) de 2002 sirve de punto de partida al Dr. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, registrador y vocal de la Comisión de Codificación, para acometer la configuración jurídica de “Los aparcamientos bajo suelo público” (pp. 3841-3857). También sobre suelo privado y, en efecto, la minuciosa indagación, avalada por la condición profesional, aparte de su responsabilidad en el terreno de la legislación, hacen de este homenaje un documento histórico de primera magnitud. Por otra parte, resplandece la unidad de la ciencia jurídica, y cobra un inusitado vigor la actitud en favor de la unidad de la ciencia jurídica mantenida en 1973 en la Facultad de Derecho de Madrid por el gran abogado don Antonio PEDROL RÍUS. Con mayor energía lo había hecho, en el mismo ámbito, 1971 y 1972, su digno antecesor don Manuel ESCOBEDO DUATO, cuando prosperaban proyectos de seccionar la Facultad de Derecho, sin retroceder ante el horror de empezar, por lo elemental: ¡Público y Privado! Los notarios comprenden sin más explicaciones. Y los abogados del Estado. El subsuelo puede ser una finca que importa defender. Excepcionalmente Díez-PICAZO no ha bajado a los abismos.

Sí, por supuesto, en 1998, al de “La acción hipotecaria y su prescripción” (pp. 3859-3885), contribución de Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, titular en Murcia. Las leyes de Partidas, las de Toro y la discusión doctrinal de los siglos XVI y XVII, tenidas en cuenta por los civilistas, sobre los que recae el destino de hacer más historia del Derecho que dejamos para ellos los ministeriales de la asignatura, atraídos por la Política y el Folklore. LLAMAS Y MOLINA (1744-1829), el epígono del antiguo Derecho, búscuenlo en los manuales, es menos conocido que DAOIZ Y VELARDE, un vigoroso eslabón. Más próximo a nosotros ya PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS destaca en 1964. La ocasión aprovecho para señalar el arcaico modo de citar bibliografía que todavía embrolla en las publicaciones de Derecho. Sin abusar del microscopio cabe adoptar el modelo de nuestros colegas de ciencias e incluso los filólogos, científicos también. Culpable, no por eso, el artículo 1.964 del CC, sino de un error “histórico”, mejor dicho, jurídico por el intento de ser equidistante entre la Ley de Toro y Florencio GARCÍA GOYENA (1783-1835), menos famoso que el general Espartero (1793-1879), aunque éste decisivo para el Derecho Público, que pudo hacerse rey. Volviendo a nuestro campo, la compilación catalana de 1964, bajo el terror de Franco, aunque no la solución deseable, se aproximó bastante.

“¿Monismo o dualismo hipotecario”, se pregunta Antonio GORDILLO CAÑAS, catedrático en Sevilla, e invita a hablar a los “autores del sistema” (pp. 3887-3916). La *vexata quaestio* (gracias por recuperar un poco de latín) ha enfrentado, como es propio del Derecho, a los defensores de una y otra tesis. Artículos 32 y 33 de la LH y el 1.473 del CC por LACRUZ-SANCHO hablaba(n), 1984, de la eficacia ofensiva de la inscripción. Las tesis extremadas no son aceptables, y sin propósito de originalidad, pues al parecer ese LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA acertó, acertaron plenamente, hay posibilidad de armonía y de paso recuperar el precepto civil involucrado. Tal vez don Jerónimo GONZÁLEZ estaba deslumbrado por Alemania, pero en 1940-42, los alumnos de doctorado en la Central le vieron de vuelta de su entusiasmo juvenil. Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, NÚÑEZ LAGOS y ROCA SASTRE. Una página pura de HDHipotecario o Inmobiliario. La Ley de 1861 merece una atenta lectura. De paso, recuperamos de CÁRDENAS la “Memoria de la Codificación”, *RGLJ*, 1871.

También sobre “Sistema inmobiliario: inscripción registral y desarrollo” (pp. 3917-3935), Carmen JEREZ DELGADO, en la Autónoma de Madrid, se refiere al del sistema, donde se avanza en la utilización de los medios de comunicación, página web, y la europea protección de los consumidores, más el nuevo catastro, y la posibilidad de la inscripción constitutiva, aplazada por el sano espíritu de conservación, que se ensaña con los cadáveres. Ella considera superadas las objeciones que, como siempre,

debemos conocer. Porque no todo progreso va hacia adelante; los experimentos lo acreditan; también se progresa hacia el abismo. La estadística se pone de su parte, pero CHESTERTON nos advirtió de que en estadística las cifras son exactas, mientras los conceptos, invariablemente confusos. El Derecho comparado también llega en su apoyo. Elocuente abogada ha encontrado esa inscripción.

Contribuye al homenaje el catedrático en Valencia Enrique LALAGUNA DOMÍNGUEZ, sobre “La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil” (pp. 3937-3977). De nuevo es el artículo 1.473, procedente de 1851 y 1882-85, que obliga a reiterar la aportación de PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. De otros precedentes nos informa también LALAGUNA. Lo que se hace evidente es la necesidad de atender a la Ley de 1861. Un análisis del texto de 1851 nos lleva nuevamente a GARCÍA GONYENA y a Antón DE LUZURIAGA. De la mucha riqueza del presente estudio aún quiero señalar la configuración del contrato de promesa de venta, válido y eficaz, con rectificación todavía a MANRESA Y NAVARRO, 1919, y sentencias del Supremo desde 1950. La buena fe aparece como determinante y el autor considera innecesario discutir una sentencia de 1994.

“Problema real, solución registral” (pp. 3979-4003) ha inspirado a Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ, titular de la Autónoma de Madrid, que prevé la futura norma según la cual la inscripción registral tenga carácter constitutivo, no obstante la oscilación advertida en la DGRN. Nota, que en 1982 pareció ir adelante y en 1987 y 88 ha dado dos atrás. El piso futuro viene a ser un piso glorioso. El artículo 13 del Reglamento en 1998, falto de fe, es radicalmente ilegal, como ha dicho el Supremo en el 2000. Problemas teóricos y conceptuales, propios de la academia, que sin embargo tienen una extraña eficacia sobre la vida práctica por la que suspiran las masas escolares, ignorando que cuando se prescinde de toda religión no se sabe qué salvaje y horrible superstición estamos practicando. El catedrático termina postulando una necesaria reforma legal; si no el legislador que es duro de oído y tiene muchas cosas que hacer cada mañana, confiamos en que los magistrados refresquen su vieja licenciatura y apliquen su experiencia, que necesariamente se hace con champán, a obtener su tesis doctoral, a doctorarse.

“Martín Wolff y el concepto de garantía institucional” (pp. 4005-4019), por el catedrático de Civil y vocal de la Comisión de Codificación don Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, que en breves páginas nos ofrece la lectura de una página de Derecho constitucional, un discurso jubilar en Berlín y 1923. El autor la dedica al que considera la mayor figura actual del Estudio Jurídico, en quien se da la coincidencia de su condición de civilista y su ejercicio en el Constitucional, autor principalmente de un voto particular respecto a una sentencia de 1987. Decía el viejo GOETHE que nada hay más

repugnante que la mayoría (Máxima 604). Atención a los votos reservados, lo mejor que puede hacer un juez. Y atención a esta lección: “El derecho de propiedad no es un derecho, sino el derecho”. Además, la propiedad es el fundamento del derecho político fundamental: la libertad. La expropiación, con todos los adornos morales y económicos que se adopten, va directamente contra la libertad. Naturalmente hablamos de la algo anticuada expresión “propiedad de la cátedra”, cuando el progreso ha pasado del catedrático propietario al catedrático funcionario, y de éste vertiginosamente al de profesor asalariado. No pararemos hasta la optimista versión del preceptor griego, por lo menos, latino. Anotemos al margen que considera todavía vigente el Tratado de Joaquín GARRIGUES EL GRANDE. Por último, una nota de vieja relación entre Poesía y Derecho.

Juntas de propietarios de las casas por pisos. “Sobre la inclusión en el «orden del día» de la clásica fórmula de «ruegos y preguntas»” (pp. 4021-4035) por José Manuel MARTÍN BERNAL, magistrado y titular de Civil en la UNED. Cuestión huérfana de tratamiento legal. El autor ha observado aspectos psicológicosociales de esas juntas. Bajo dichas intervenciones se deslizan verdaderos acuerdos. Precisa su función. Ley de 1999 sobre propiedad horizontal. Requisitos del acta. Copiosa jurisprudencia que declara la nulidad de acuerdos capciosamente adoptados bajo dicha fórmula. Debe ser suprimida.

“Seguridad del tráfico *versus* seguridad de los derechos: un falso dilema” (pp. 4037-4061) para Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, registrador de la propiedad y mercantil, asociado en Barcelona y presidente allí de un centro para el desarrollo del Registro. Los sistemas de esta índole reducen costes de transacción e información y asimetrías entre las partes, raíz de los conflictos. Hace frente a los comportamientos oportunistas. En el modelo clásico de comportamiento competitivo no se da ese riesgo. Los sistemas registrales cumplen en alto grado los niveles de eficiencia. Expresivos cuadros estadísticos.

Bernardo MORENO QUESADA, de grato recuerdo en Granada, allí catedrático emérito, señalaba “Las opciones de una ley que se hizo esperar” (pp. 4063-4077). Esta Ley de 1998 creaba un derecho real limitado de goce mediante el aprovechamiento por turno de inmuebles para uso turístico. Examina las adoptadas cuando ya se había pronunciado sobre las expectativas. Respondía a la práctica de mediado el siglo anterior: multipropiedad se le llamó, cuando era un simple derecho personal. O tiempo compartido. Se ha aceptado la directiva europea encaminada a la protección del usuario. Con carácter tuitivo se configura pluralmente como negocio y queda sistematizada en sus elementos fundamentales. Tiene algo de arrendamiento y también de servicio hotelero. Pero se constituye en figura peculiar.

“Un derecho de la propiedad intelectual: la comunicación pública en el sector de la hostelería” (pp. 4079-4117), por Juan MUÑOZ XANCÓ, titular en Barcelona. Se trata de los televisores en los espacios públicos del hotel o en las habitaciones, con diferentes grados de opción. La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 refundida con las directivas europeas hasta 1993. La plural jurisprudencia provincial ha producido inseguridad jurídica, pero el Supremo en 1996 ha confirmado dicha calificación. En la primera instancia y en la provincial se ha desestimado. El ámbito doméstico puede extenderse a lugares públicos. Por otra parte, hay variedad de actos: recepción, emisión, transmisión, retransmisión. Un lejano convenio de Berna de 1948 es todavía aducido mientras el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1967 y el de la Interpretación de 1996 introducen matices que convierten en un bosque normativo al que todavía se añade el Derecho comparado. Ejemplar que en Oviedo, 1993, se intentó distinguir la comunicación al público de la recepción por el público. Por el momento, dándole al botón se enciende la pantalla.

Lejos del proceloso océano de la técnica, el catedrático en Madrid Fernando PANTALEÓN PRIETO diserta “Sobre la libertad del dominio: cláusula de reversión o de constitución de servidumbre personal perpetua en favor de una persona jurídica” (pp. 4119-4137). Se trata del destino al culto católico por la Sociedad de San Vicente Paúl de un edificio en Madrid, en la compraventa del mismo celebrada en 1980, que en el caso de desaparecer dicha sociedad o dicho culto debía pasar a la mitra correspondiente. La jurisprudencia del Supremo en 1993 es contraria a la perpetuidad de un uso, frente a jurisprudencia anterior que admitía la perpetuidad. El desarrollo polémico de la cuestión lleva al autor a la conclusión de que debe mantenerse el artículo 348 del CC, a diferencia del 621 del proyecto de 1836, que añadía: “o pactos”. “No hay libertad de pactos contra la libertad del dominio”.

El doctor Celestino PARDO NÚÑEZ, registrador de la propiedad y mercantil, prefiere el método histórico al dogmático, conforme a KOSELLECK, *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, 1993, al tratar de “La revisión jurisdiccional de las calificaciones registrales: problemática del nuevo recurso judicial” (pp. 4139-4161). Expone en primer término la situación original creada por la Ley Hipotecaria de 1861. Desde el principio la gestión se repartió entre el Registro y la Administración. La última palabra correspondía a los tribunales. En 1864 se introdujo una jurisdicción de excepción en la Dirección General, vía paralela. La evolución posterior del procedimiento administrativo y contencioso vino a alterar el sistema. En la más reciente reforma, un nuevo recurso judicial directo contra las resoluciones de la Dirección plantea nuevas dudas al quedar suprimido para el Derecho inmobiliario, civil por excelencia, el uso de una

fórmula tenida por modélica en general para la Administración. Otras dudas afectan a la eficacia de las sentencias y al control de legalidad exigido por la Constitución.

Vías pecuarias como bienes de dominio público. María de los Ángeles PARRA LUCÁN, catedrática en La Laguna, se refiere a “La incidencia del deslinde administrativo de estas vías sobre los derechos de propiedad privada” (pp. 4163-4189), derivado de su libro *Vías públicas y propiedad privada*, Madrid, 2002. Ley de 1995. Recuperación de las mismas tras un largo período de abandono e invasión. Abolición de la Mesta en 1836. Cerramiento de fincas en 1813. Dificultad del término empleado: tradicional. El nuevo deslinde, a diferencia del civil, pone en manos de la Administración un dominio absoluto como autotutela demanial. Se ha tomado por modelo la Ley de costas. La máxima eficacia del deslinde administrativo invade la propiedad privada. Puede ocurrir que no sea necesaria ni la expropiación. Son posibles acciones civiles contra ese deslinde administrativo, que dependerán de que la definición de las vías como de dominio público sea anterior o posterior a 1892, cuando se las atribuyó ese carácter. Asimismo, la clasificación efectuada en 1924 y por último la practicada antes o después de 1995. Todavía en los deslindes posteriores a esa fecha cabrá que el tercero perjudicado solicite la reparación de los daños producidos como consecuencia de la falta de constancia registral, por el funcionamiento anormal de las funciones administrativas. Para última defensa de la propiedad privada cabe considerar el deslinde como una expropiación.

El registrador de la propiedad Antonio PAU PEDRÓN, en “Publicidad registral y caducidad” (pp. 4191-4208) recuerda que el registrador viene a ser un juez territorial, conforme al germanismo de Jerónimo GONZÁLEZ; sus “sentencias” no pueden apreciar la prescripción de derechos, pero sí la caducidad: del asiento, del derecho y de la publicidad, sutiles distinciones, sometidas a un ponderado análisis. El régimen no es del todo coherente. Sería necesaria una regulación unitaria y homogénea, en cuanto a los plazos, que varían de seis a veinte años, la posibilidad o no de pactos en contrario, que pueden separar la realidad registral de la extrarregistral. Pero la brevedad o amplitud de los plazos depende de los casos.

“Legitimación y capacidad para la constitución de las servidumbres por negocio jurídico *inter vivos*” (pp. 4209-4233), por Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, catedrático en Compostela. La voluntad de los particulares es fundamental fuente de las servidumbres. El título ha de entenderse en sentido sustantivo y material, no formal e instrumental. Hay dos perspectivas: quien impone servidumbre sobre un fundo y quien lo acepta en beneficio de un predio. Para constituir servidumbre es necesario que el titular tenga un derecho de tal naturaleza que permita el gravamen y además la capacidad de obrar. El propietario, el superficiario y el poseedor en con-

cepto del dueño, pero no el poseedor a título de arrendatario. En enfiteusis debe obtenerse el consentimiento de ambos dueños. En las situaciones de cotitularidad, el de todos los propietarios, aunque no se exige la simultaneidad, sino que cabe otorgar sucesivamente, e irá siendo irrevocable para cada uno; vincula a los herederos. El nudo propietario puede establecer las servidumbres que no perjudiquen al usufructuario. También los titulares de derechos reales limitados, con igual límite, pero en este punto diverge la doctrina. Para aceptar la servidumbre, dado que se trata de un derecho tendencialmente perpetuo, debe exigirse asimismo que el aceptante ostente un derecho de esta naturaleza. Y aquí difieren ALBALADEJO, CUADRADO, IGLESIAS y ROCA JUAN. Por lo menos, que pierdan nuestros alumnos de primero la confianza kelseniana en la norma, que infectó para más de un siglo a los juristas alemanes.

“La hipoteca, su ejecución y las cantidades garantizadas: principal, intereses, costas y otros gastos” (pp. 4235-4275) es la consulta a la que responde gratis Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, titular en Sevilla, atento lector de DíEZ-PICAZO, que quince años atrás, sólo en quince páginas le sumergió en la duda, acerca de algo que el joven veía claro, y ahora además actualiza, sin dejar de reconocer su deuda escolar. La lección de la práctica. Confiamos en que el catedrático le subirá la nota o le obligará a repetir el curso, la forma más segura de obtener la calidad de la enseñanza por la que sufre nuestra Pilar Castillo.

Para compensar esa necesaria práctica nacional todavía el viento sopla fuerte y conduce la nave del homenaje jubilar a “La Eurohipoteca” (pp. 4277-4297). Poca literatura española, bien valorada; más inglesa y alemana. Resoluciones del Parlamento Europeo. Retengamos el nombre del autor de un informe, Bruselas 1066, Claudio SEGRÉ y el de María Elena SÁNCHEZ JORDÁN, titular en La Laguna, camino de su cátedra. El problema es de carácter técnico, armonizar o unificar los ordenamientos nacionales y esto se resuelve elevando el punto de mira, por lo que las Facultades deben reforzar su radical carácter dogmático y teórico, frente al sedicente y seductor pragmatismo que padece la ávida juventud y estimula la democracia. Más Derecho Romano y más autonomía universitaria, quiero decir, de las cátedras. En este caso, el modelo, como en tantas cosas, ha venido a ser la pequeña Suiza y federal, pero con un solo Código Civil, a diferencia de las taifas vernaculares. Ninguna solución carece de perjuicios.

Titular de Derecho Civil en Oviedo, Camino SANCINENA ASURMENDI, sobre “La disposición forzosa de los bienes vendidos con reserva de dominio” (pp. 4299-4314), arranca de un lugar: los *Fundamentos de Derecho patrimonial*, 1995, y se limita a dos aspectos, la compraventa con pacto de reserva de dominio, Ley de 1965, que carece de regulación común, y la

disposición forzosa en una ejecución individual. La evolución jurisprudencial y la nueva ordenación procesal han de tenerse en cuenta. Lo que deciden los jueces claro está que importa, sin perder de vista lo que defienden los abogados, y la Ley de Ventas a Plazos de 1998. Observa la profesora que una simple Orden Ministerial ha regulado cosas sustantivas. Está bien respetar el descanso de KELSEN, pero no profanar su sepultura. De nuevo la recopilación privada del Derecho Privado en Navarra deja oír su bien entonada voz.

“Cuantificación de la responsabilidad a que queda afecto el bien embargado, en el esquema de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” (pp. 4315-4328). Letrado de la Dirección, de la que no es necesario repetir su acreditado nombre, don Juan SARMIENTO RAMOS aborda, a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el alcance cuantitativo de la responsabilidad a que quedan afectos los bienes embargados en virtud de la traba. Hay dos soluciones, y para entrar en ese campo que es auténtico del Derecho, y para el que no basta una sana moral, es necesario remontar hacia “origen histórico”, o sea, en lo que hemos llamado historia especial, en este caso, del Derecho propiamente dicho. Medievistas y modernistas, abstenerse. El jurista ofrece cuatro conclusiones, ante las que me inclino con todo mi respeto, porque estudié muy mal mi Derecho Civil. Hay una impresionante bibliografía.

“La acción confesoria de servidumbre: ámbito de protección; naturaleza jurídica; legitimación; contenido y efectos” (pp. 4329-4350) por Judith SOLÉ RESINA, titular de Civil en la Autónoma de Barcelona. De la clásica *vindicatio servitutis* a la justinianeana *actio confesoria*. Finalidad declarativa y restablecimiento, prevención y resarcimiento. Omitida en el Código, regulación catalana en 2001, Italia y Alemania. Extensión a las personales. Carácter real y petitorio. Efecto declarativo. Incluye la amenaza de lesión. Compleja legitimación procesal. Restablecimiento y garantía para el futuro. La prescripción, resuelta en Cataluña, treinta años, se presenta problemática en el Derecho Común.

Titular en Burgos, Elena VICENTE DOMINGO dicta su lección sobre el Proyecto de Ley de Patrimonio Cultural de Castilla y León, 2001 (pp. 4351-4369), que ha dado lugar al correspondiente proyecto de investigación, del que cabe esperar históricos frutos. Novedades en el nuevo milenio y en el marco europeo. Necesaria colaboración de los particulares. La noción misma de patrimonio cultural en las Autonomías. Los bienes inmuebles de particular interés: artístico, histórico, científico, arqueológico, etc. Fuente de inseguridad jurídica. Tres grados de protección: declarados, inventariados, simplemente culturales. Conservación y ruina. Tanteo y retracto. El acceso público al patrimonio. Necesidad de algunas concreciones y respuesta a cuestiones no resueltas en la ley estatal.

El Derecho de Familia, tan vigoroso en Navarra, quizá por lo que, en un ambiente sano, está menos vacunado contra las infecciones modernas. Profesor allí, Luis ARECHEDERRA ARANZADI, ha decidido favorablemente tratar del “Matrimonio *by cohabitation with habit and repute* en Escocia, *outer house (court of session)* Dewar v. Dewar, 17 agosto 1994” (pp. 4373-4393). Se trata simplemente de que en Escocia la cohabitación como marido y mujer, por personas libres para contraer, se tiene como matrimonio, salvo prueba en contrario, lo cual se nos explica mediante una interesante novela de amor. La cuestión tiene una previa descripción de historia legal. En 1939 el Gobierno se propuso suprimir los matrimonios irregulares. En 1998 Escocia ha recuperado su propio parlamento del que se vio privada en 1707. El consentimiento sigue siendo la base del matrimonio, pero esa vivencia socialmente admitida establece la presunción favorable. Decía Eugenio D’ORS que todo profesor es extranjero. ARECHEDERRA puede pasar por escocés.

Rafael BALLARÍN HERNÁNDEZ (pp. 4395-4426), catedrático en el Estudio General de Valencia, publicó en 1990 un artículo sobre el 124.2 del CC, de oscura redacción. Necesario es decir que ese artículo, como todo lo que se refiere al Derecho de Familia, ha sido afectado por la copiosa legislación desde 1981, en Derecho familiar, que del venerable texto conserva sólo el orden de los números. El artículo había venido siendo objeto de contrapuestas posiciones doctrinales. Su posición ha sido derrotada por el Reglamento del Registro Civil de 1986. Pero el catedrático es soberano en su cátedra y mantiene su propia posición de jurista, y denuncia las graves alteraciones debidas a decisiones gubernativas y de rango inferior a la Ley. La cátedra señala incongruencias, anomalías, extrapolaciones e inconsecuencias de ese artículo 124. Artículo contra artículo, hay algo en el tono, que hace la canción, que a un lector imparcial y general le inclina a pensar que el colega BALLARÍN tiene razón, como las erratas.

“Algunas consideraciones en torno al valor del capital humano en el régimen económico matrimonial” (pp. 4427-4443) expone la titular en la Autónoma de Madrid Pilar BENAVENTE MOREDA. En efecto, el trabajo doméstico, la colaboración en la actividad profesional o en la mejora de los bienes del otro (o tal vez de la otra) en la sociedad de gananciales; incluso la aportación de capital humano en régimen de separación de bienes; en definitiva, también la incesante tarea doméstica, y no rigurosamente trabajo, sino conforme a la distinción orsiana, Servicio, que no conoce jornada, ni cigarrillo, ni lectura de periódico; la educación de los hijos, y del propio marido. Ella es la abeja reina. Habría que ir más lejos: la propia gestación, los dolores del parto, deben ser apreciados jurídicamente. En definitiva, el varón es un objeto de usar y tirar. Claro está que debemos

oír a la otra parte. BENAVENTE ha defendido la suya con energía que hace honor a su apellido.

Notario y vocal permanente de la Comisión de Codificación, don Roberto BLANQUER UBEROS dictamina sobre “La presunción de ganancialidad. La confesión de privaticidad. La fijación negocial de privaticidad” (pp. 4445-4514). Claro está que se trata de un libro: Derecho Notarial. Y además una página, en lo que me permito juzgar, de perfecta historia del Derecho especial. El proyecto de 1851; el CC hasta 1958; reformas de esta fecha, de 1975 y 1981; la introducida a través del enjuiciamiento civil en 2000. La inscripción en la Ley Hipotecaria y en el Reglamento de 1947. Tiene la modestia de un práctico; da su propia opinión. También se disculpa por la breve bibliografía; no se preocupe; la abundante de los docentes es una convención respetable. También los profesores tienen mucho que hacer, aunque lo suyo propiamente es leer. Por último, da su propia opinión.

“Registros públicos y Derecho de Familia en el Perú” (pp. 4515-4533), por don Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, catedrático de la pontificia en Lima, superintendente de aquéllos en su patria y académico, presenta el estado de la cuestión, conforme al Código de 1984 y Ley de 1994, que comprende asimismo las personas y los bienes muebles en un solo sistema, deudas y patrimonio familiar, con el modelo suizo y brasileño, el vigente en Francia, Italia y Portugal, más América latina.

José M.^a DE LA CUESTA SÁENZ, catedrático en Burgos, aporta “Notas críticas sobre el artículo 1.352 del Código Civil” (pp. 4535-4550), redactado por Ley de 1981, primer intento serio sobre un aspecto de las sociedades mercantiles y los títulos valor. Se remonta a problemas derivados de la disolución de los mayorazgos en 1826 y ss. Antonio MAURA, en su discurso en la Academia de Jurisprudencia, 1900, lo vio con claridad. Una línea jurisprudencial quebró a partir de 1934. La redacción actual encierra contradicciones, a la luz del Derecho comparado: el CC francés en su redacción de 1965; tiene imperfecciones observadas por LACRUZ BERDEJO, DE LOS MOZOS y PRETEL SERRANO. Propone soluciones.

“Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial” (pp. 4551-4574) por el catedrático en la Pompeu Fabra Juan EGEA FERNÁNDEZ. Un proyecto de investigación sobre el divorcio y los hijos, con la experiencia estadounidense, determinada por un sistema de divorcio sin culpa desde 1969. El papel de la autonomía privada. Asimismo, en Alemania se admiten estos pactos. Incluso en Cataluña queda pendiente la posible limitación por razón de buenas costumbres o el principio de igualdad, mientras el CC común guarda silencio. La noción pública del matrimonio por CÍCU había contenido la posibilidad de estos pactos, pero últimamente parece que sólo el bien de los hijos puede encerrar una reserva

acerca de la mentada autonomía. Por otra parte, la renuncia de derechos no debe extenderse a la de meras expectativas.

Isabel ESPÍN ALBA, titular en Compostela, expone “La mediación familiar en Galicia” (pp. 4575-4595). Con antecedentes en el País de Gales, 1996, y una recomendación europea de 1998, Galicia tendía al sistema en una Ley general de la familia en 1997 y una serie de experiencias piloto, la Ley de 2001 ha establecido un procedimiento para resolver los conflictos en el seno de la familia, buscando el acuerdo de las partes afectadas con la finalidad última de la reconciliación, pero la etapa intermedia de la separación. El mediador ejerce un papel neutral, y actúa conforme a los principios de voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad; antiformalismo, flexibilidad e inmediatez. Cabe el asesoramieto jurídico interno. Y cuando se produce violencia el asunto entra en vía judicial. Falta el salto cualitativo de conectar el sistema con la administración de justicia y con los justiciables.

“El régimen económico en la Ley balear de 2001 sobre parejas estables” (pp. 4597-4616), por la catedrático María Pilar FERRER VANRELL, que atribuye la crisis de la familia tradicional a un cambio social y a la metamorfosis. El régimen ha de fundarse en el pacto y subsidiariamente en la Ley. Los sujetos son dos, independientemente de su sexo, y alguno se pregunta por qué no tres o más. La sombra del matrimonio persigue a la figura. Hay una analogía en cuanto al régimen económico y una referencia a las cargas familiares que deben mantenerse proporcionalmente. Los alimentos y el ajuar doméstico. La responsabilidad por las deudas contraídas. La pensión compensatoria, periódica y temporal.

Uniones de hecho es la expresión más adecuada para el titular de Eclesiástico Alfredo GARCÍA GÁRATE, cuando nos dirigimos “Hacia una reforma radical del Derecho matrimonial” (pp. 4617-4629). Son una realidad. Estas parejas alcanzan un alto grado de reconocimiento. Falta una ley general y una equiparación plena con el matrimonio, pendientes aspectos fiscales y de seguridad social. Se ha desenvuelto por el cauce de las autonomías. Parece el buen momento para una reflexión. Decisiva fue la Ley de divorcio de 1981 y la reforma procesal que permitió dos modalidades: nulidad, separación y divorcio propiamente dicho. Y doble vía: la amistosa y la contenciosa. La autonomía de la voluntad encuentra algunas restricciones. El mínimo de una unión inseparable es el clásico año. Pero quedan otros problemas estructurales, especialmente el de las pruebas que pueden resultar humillantes e indignas. Todo precede de la secularización del matrimonio canónico, sin que se haya advertido aquí la posibilidad de mantenerlo al amparo de la libertad de contratar, señalada en otra sede por don Amadeo FUENMAYOR. De *iure condendo* el autor propone que desaparezca la separación judicial y el divorcio sin causa, es decir, puro y formal.

Ahora es el problema el matrimonio musulmán. "Inmigración, matrimonio y Derecho" (pp. 4631-4656). Las cifras: un millón ciento diez mil, de los cuales 234.937 son musulmanes, de origen marroquí, el Estado fronterizo. ¿Deberá el juez español dar luz verde a la poligamia, el repudio y la discriminación de la mujer y del hijo no matrimonial? Regina GAYA SICILIA, titular en la Autónoma de Madrid, presenta la jurisprudencia francesa en relación con lo más urgente: la poligamia. La instrucción de Registros y Notariado de 1993 impide la inscripción. La Ley de extranjería de 2000 limita a un cónyuge la reagrupación familiar. En el mismo sentido, la directiva europea. Pero la autora registra una tendencia registral a admitir la poligamia. Por otra parte, hay tendencia monogámica en los países musulmanes. Extraordinario interés tiene la experiencia francesa, muy variada, descrita en todos sus aspectos con suma vivacidad.

Estudiada por Díez-PICAZO en 1960 la filiación en Cataluña, la catedrático María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA diserta sobre "La capacidad para reconocer dicha filiación en el Código catalán de familia, su artículo 95" (pp. 4657-4681), que la reconoce al mayor de catorce años, y a la mujer desde el hecho del parto, cualquiera que sea su edad. Esta capacidad se desvía de la de obrar ordinaria, pero no se desprende totalmente de la misma. La Ley navarra matiza diversamente esa capacidad. En cuanto a la capacidad materna queda pendiente la acreditación del parto, cualquier medio de prueba vale, pero son el parte o informe médico de evidente utilidad. Todo, sin embargo, ha de obtener la aprobación judicial con intervención del ministerio fiscal. Requisito de validez este control judicial. Diferente es el régimen de menores no emancipados y el de personas incapacitadas por declaración judicial. El procedimiento es el de la jurisdicción voluntaria, y a falta de detalles, se remite al criterio del juez, a su vez orientado por los criterios de la autora. Entre éstos destaca el caso de testamento y el de escritura pública.

"La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio" (pp. 4683-4706), por el catedrático Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, ilustre apellido, la HD. Referencia a las preclaras mentes que trataron el tema. Podemos recordar a don Ramón PRIETO BANCES, 1951, en el Colegio Notarial de Madrid, y en nuestros días al renovador de la HD Privado Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Homenaje a Alfonso García Gallo*, 1996, II, pp. 295-322. La reforma de 1981 reabre el debate y la reforma del enjuiciamiento destapa de nuevo la caja de los truenos. Sopla el viento germanista y resurge la virtualidad de lo mágico, desencadenada la coherencia del sistema liquidatorio. Todo confluye en la necesidad de olvidar ese artículo 1.373. El 541 de la nueva Ley de Enjuiciamiento da lugar a graves problemas. Al legislador le toca inspirarse en los códigos europeos

reseñados, que han dado soluciones más simples, para que el futuro vuelva a ser lo que era.

María Rosa LLÁCER MATA CÁS, titular en Barcelona, “En torno a la adopción en el Código de familia catalán de 1998: la constitución heterónoma de las relaciones privadas” (pp. 4707-4726), da por supuesta la reducción del margen de la autonomía de la voluntad. Así para la adopción, según la Ley de 1991 sobre protección a menores desamparados. Hasta la compilación de 1960 duró la adopción romana. Díez-PICAZO ha señalado el proceso restrictivo en varios campos. El impulso queda en manos del juez. Pero las declaraciones de voluntad son un presupuesto necesario. Se consolida la distinción entre consentimiento, asentimiento y audiencia de las partes. El interés o el beneficio del menor es el principio general inspirador. El acto constitutivo crea una situación inmutable.

Registrador de la propiedad y titular en Valencia, Juan Manuel LLOPIS GINER reflexiona sobre “Un régimen económico para cada matrimonio y el ejercicio de la libertad” (pp. 4727-4745). Capitulaciones matrimoniales: su uso social y si responden al fin para el que fueron creadas. Familia, sucesión y propiedad exigen por sí mismas libertad. El cambio radical se dio en 1975, cuando a las capitulaciones celebradas antes del matrimonio se opuso la de celebrarlas antes o después, a lo que se añadió la posibilidad de contratar entre cónyuges. La experiencia profesional no acredita que al aumento cuantitativo de celebraciones corresponda el cualitativo. Difícil prever el desarrollo económico de la familia. Las capitulaciones responden a diversas circunstancias. El autor expone la diversidad de sistemas adaptables a situaciones típicas. Ningún régimen es la panacea, conforme a la observación de CICU, según la cual el Derecho de Familia aparece cuando se destruye la familia. Edad, patrimonio, son factores variables. Se trata de encontrar la fórmula adecuada a cada caso.

“Hacia un nuevo Derecho de Familia” (pp. 4747-4760). El abogado Fernando MALO GONZÁLEZ observa la fuerza de los cambios, caracterizados por la nota común de la velocidad. Por contraste, cuando se vislumbraba la extinción de la familia, ésta reaparece reforzada en la práctica. Necesidad de una regulación. Las relaciones de homosexualidad, la transexualidad, la relación filial con donante anónimo, las relaciones de convivencia y las de camaradería o hermandad. Relaciones familiares y análogas. El viento de la vida.

María Teresa MARTÍN MELÉNDEZ, titular en Valladolid, diserta sobre “Vivienda familiar y sociedad de gananciales: en torno al artículo 1.357,2 del CC” (pp. 4761-4778). La compra a plazos y el supuesto frecuente en la práctica de la obtención de un préstamo, para lo que resulta inaplicable la doctrina de los contratos atípicos, mediante la aplicación de un pacto de subrogación en préstamo hipotecario. Recuerda la doctrina de Díez-

PICAZO, según la cual el criterio de interpretación de las normas es finalista o teleológico, el fin o espíritu de aquélla no lo dice la misma, sino que debe descubrirse sirviéndose del resto de los elementos interpretativos, a lo que procede la autora, que asimismo acude a la analogía y a la vía de la equidad, a cuyo propósito, admitiendo la conclusión de una sentencia del Supremo en 1989, critica su argumentación relativa a la equidad, cuando lo aplicado ha sido la analogía.

“Las Leyes de parejas de hecho en Valencia 2000, Madrid 2001 y Asturias 2002, y su adecuación a la Constitución española de 1978” (pp. 4779-4797) son examinadas por Luis MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, catedrático, e Iciar CORDERO CUTILLAS, profesora, en la Jaime I de Castellón. Sin competencia en el ámbito civil se han lanzado a la aventura de legislar. De estas cosas se ocupa la Historia General del Derecho, por alguno identificada con la Patología del mismo. Valencia contaba con costumbres en el ramo, como ha resuelto el Constitucional. Con razón observan que la Albufera de Valencia o los arrendamientos rústicos son cosa diferente. Para la convivencia se aduce una observación muy delicada: la afectividad. El Constitucional y el Supremo por una vez de acuerdo rechazan que la unión de hecho sea matrimonio, entre otros detalles por la libre ruptura de la unión, que por cierto ya asoma en la institución tradicional. En cuanto a los registros, el primero, en Vitoria, 1994, tiene o no valor constitutivo la inscripción. Los conflictos de leyes los resuelve la opción. El régimen de bienes se remite a los pactos, y sólo Valencia y Madrid han previsto un régimen legal y ahora resulta que el Supremo para algunos aspectos sí reconoce en 1992 la equiparación para la convivencia y el afecto pero no para la economía. No cabe analogía en cuanto a gananciales, sí a la comunidad ordinaria de bienes. La constitucionalidad queda en la duda.

Magistrado y titular excedente, don Arturo MERINO GUTIÉRREZ aborda en su conjunto “El embargo de los bienes de los cónyuges” (pp. 4799-4834), previa la observación de que la regulación sustantiva es aceptable, pero muy imperfecta la adjetiva. No merece la pena litigar. Hay medios para que los ricos eludan el pago de sus deudas. La Ley de Enjuiciamiento de 2000 regula la ejecución de bienes gananciales. Una ojeada a los sistemas de economía familiar, a los desplazamientos patrimoniales de los cónyuges. La atribución de privacidad. En su opinión la seguridad del tráfico jurídico y el respeto a los acreedores obliga a ir más allá. El momento de intervenir es el embargo de los bienes; previo un análisis de la índole de las deudas, es básica la notificación al cónyuge del deudor, que puede oponerse. A pesar de la disolución del consorcio conyugal, los bienes siguen afectos al cumplimiento de las obligaciones. La reforma de 1998 pone el acento en la anotación registral. El régimen de la vivienda habitual y muebles de uso ordinario queda sujeto al consentimiento doble y a la autorización

judicial. El autor ha querido simplificar un complejo mecanismo. La citada reforma de procedimiento ha colaborado. Copiosa bibliografía.

“La rebeldía y el reconocimiento de los efectos civiles a las sentencias canónicas de nulidad” (pp. 4835-4857), por Rosa M. MOLINER NAVARRO, titular en Valencia. La sentencia del Supremo de 27 junio 2002 denegando esos efectos civiles, basada en la rebeldía por motivos ideológicos del cónyuge no actor, supone un cambio radical en la doctrina. Representa un giro copernicano que cerrará todas las expectativas de reconocimiento de efectos civiles a las sentencias canónicas. La autora se sorprende de que el TS acuda a la aconfesionalidad del Estado, la libertad religiosa y los derechos humanos para dejar incumplido un tratado internacional y considera que una ideología no puede ser resorte para la ilegalidad. El TS entiende que debe hacer justicia, y por ello recurre a todos los medios que ve convenientes, sin pararse en la moralidad. Tal vez ocurre que el TS esté corrompido. Los juristas no son ángeles ni necesariamente aspiran a la santidad, como no sea la de la cosa juzgada. La historia especial del Derecho canónico debe revisar la cuestión tusculana. Rosa merece la de oro.

De nuevo “Reflexiones sobre la maternidad a principios del siglo XXI” (pp. 4859-4886), esta vez por M.^a Corona QUESADA GONZÁLEZ, titular en Barcelona. El progreso, por su parte, se orienta al infanticidio y al abandono salvaje de criaturas no esperadas. En Navarra y 2001 se considera el infanticidio una figura obsoleta y distorsionadora. Todos de acuerdo. Según el TS, en 1999, ya no puede la madre no casada desconocer su maternidad. Por otra parte, hay madres de alquiler. Y por último se pueden crear seres humanos Dolly. En Alemania, país adelantado, se ha modernizado el tradicional torno de la Inclusa. Y en Francia misma, para evitar abortos. M.^a Corona ve que así se protege mejor a los niños. Francia y Alemania están, se ve, más civilizadas que nuestra patria. De todas formas, ella confía en la ayuda material o subvenciones y psicológica, la nueva religión. Algún pasaje bíblico adorna esta comunicación que nos introduce a las delicias del siglo. Habrá niños clonados; dos únicos problemas, para uno y otro derecho: si se le concede el derecho al voto y si se les puede bautizar, porque a falta de padres no faltarán padrinos.

Más “Reflexiones sobre los deberes paternofiliales” (pp. 4887-4900), por Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, catedrático en Cáceres, que arranca de un luminoso estudio de Díez-PICAZO, 1982, sobre la patria potestad. Ha intentado comparar las dos fechas, la de ayer, la de hoy. Prudentemente limita el tema, menor, no banal. Claro está que el Derecho debe tener noticias de lo divino y de lo humano. Durante el 2000 hubo cien mil y pico de sentencias sobre ruptura matrimonial, claro está con efecto en gran número sobre esa relación misteriosa del padre con el hijo, de la madre con la hija. Examinamos el Código y las alteraciones, especialmente 1981, que

ahora conocemos como insigne monumento de ingenuidad. Peligrosa siempre. Y más adelantada que la Constitución, que produjo el milagro de igualar legítimo e ilegítimo. Una página que sitúa al Derecho entre las humanidades, y de la que sería un error informar suficiente a mi lector. Al siglo XXI corresponde poner todas las piezas en su sitio.

“La inconstitucionalidad sobrevenida del desconocimiento materno” (pp. 4901-4913), por el titular Enrique RAMOS CHAPARRO. Sentencia del Supremo de 1999 provocada por una pésima práctica gubernativa que infringió el 177.2 del CC y aparente cobertura del 147 de la de Registro Civil. Administración enérgica mantuvo su actitud obstruccionista. Lo que se hizo en Jaén no tiene nombre, todo va fraudulento e ilegal. El Supremo pudo simplemente declarar nulidad, prefirió otro camino, en el que se ha encontrado con Rodolfo JHERING. ¿Puede el TS declarar inconstitucionales leyes posteriores a la Constitución de 1978 y carrera de San Jerónimo? Conflicto entre el TS y el TC. Mantengamos la unidad de la ciencia jurídica y el arte del Derecho. El colega ha dado su dictamen. La cátedra ha hablado. Que el legislador le oiga. Que el aborto es un crimen no se debe a un capricho del Papa. Respetemos la intimidad de las madres.

Juan ROCA GUILLAMÓN, catedrático en Murcia, da una lección magistral sobre “Los procesos matrimoniales y de menores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” (pp. 4915-4934). La del año 2000. Nuevo homenaje a CICU sobre la confluencia de Público y Privado, algo más que influencia. La Familia y el Estado, difícil convivencia, donde el historiador evocará los conflictos entre el pontificado y el imperio. Exposición sistemática perfecta en lo que puede apreciar un colega, que solemos saber poco de los contemporáneos. Pero hay algo en el tono y en observaciones de detalles que le autorizan; p. ej., ha tenido a la vista los proyectos y la tramitación parlamentaria de la Ley; registra nuevas dudas. No sólo hay la LEC, sino la de Protección al Menor, de 1996, diferente de la catalana que esta vez ha servido de modelo. La cátedra trabaja, mejor dicho, sirve.

“Representación legal de menores y abuso de poder representativo” (pp. 4935-4972), por el catedrático José Manuel RUIZ-RICO RUIZ y la titular (de cátedra, por supuesto) María José GARCÍA ALGUACIL, en Málaga. Tema poco estudiado hasta que Díez-PICAZO lo trató en general, del que los autores, con el mejor estilo escolar, se centran en un aspecto vital: el abuso. No resuelto por la Ley. El abuso sobrepasa el ámbito observado. Hay algo en la familia que se opone a la regulación legal. Los autores van a profundizar y tal vez a elevarse. Por el momento, una ojeada a la experiencia alemana y su Ley de 1998; reformó el BGB, que la civilística patria tiene siempre a la vista. Pues incluso Alemania se muestra insuficiente. El control judicial no es satisfactorio. Caben otras posibilidades. Alternativas probables. Imitar a Alemania no es bastante: no es respetuosa con los ter-

ceros y demasiado igualitaria. Hay una medida drástica y factible. Somos partidarios. Sobre todo nos tranquiliza saber que encaja bien en la Constitución, aunque ésta permite alguna barbarie, inevitable porque la barbarie no es una época sino una constante que alguna vez irrumpe en la historia, como ésta a su vez irrumpe en la cultura (Eugenio D'ORS). Por fortuna, los textos españoles son vagos, lo que resulta cómodo para una interpretación fecunda.

La mediación familiar ya ha sido objeto de atención en este mausoleo. Isaac TENA PIAZUELO, titular en Zaragoza, examina sus "Primeros pasos legislativos en la patria común" (pp. 4973-4996). Ley catalana de 2001. No es la primera vez que Cataluña se adelanta en la HDGeneral, como se vio en la Recepción romanista. Periférica es en realidad la Gotia hispana. ¿Aragón? Otra cosa, para mí un misterio, como todo. TENA PIAZUELO se detiene en este tipo de hacer justicia que para entendernos decimos en inglés: *alternative dispute resolution*, o más blanco, ADR, congresos, conferencias y un trabajito de BARONA VILAR, en relación con el Procesal, Valencia 1999. Y *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, 1996. Es obvio que está enfermo. Los Derechos sanos carecen de historia; les basta con el sistema, como diferenció el maestro insepulto SAVIGNY. Con perspectiva histórica señalase el año 80 del pasado siglo, cuando aparecen los signos del presente. Va a resultar que a los fines de siglo se les nota la edad. El Consejo de Europa recomienda en 1999, pero los oscuros orígenes vienen de Norteamérica, es decir, Canadá. Andorra, Eslovenia, Finlandia, Polonia. Y finalmente la atlántica Galicia y la mediterránea Valencia en 2001. Todo esto se contempla desde Zaragoza no en una hora de clase sino en un cursillo monográfico de doctorado.

Llegamos al final del Derecho de Familia, que está empezando ahora a conocer "Las familias monoparentales" (pp. 4997-5013), nos ayuda Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ, titular en la Pablo Olavide, supongo que en Sevilla, hoy sede predilecta del romanismo universal, o sea, del genuino Derecho Civil. Madres solteras, familias abandonadas, matrimonios nulos (casi todos lo son), separación de hecho, divorcio, viudedades descanso para todos, solteros adoptantes, hospitales, asilos, emigrantes, matrimonios dispersos por razón de trabajo, encarcelados. Se añadirán tragedias. De todo esto se ocupa la Facultad hermana. Rosario es optimista; según ella, no se trata de patología. El hecho de que las cifras vayan en aumento fomenta el optimismo. Al parecer toda esa tipología se dio siempre; la ventaja de ahora es su generalización. Por fortuna tenemos al Estado, que siendo de derecho, lo va a solucionar. Frente a la esperanza de que ya no hubiera Estado, que alentó en don Álvaro D'ORS, la alternativa es que no haya familia, un verdadero engorro. Por fortuna coincide con el auxilio psicológico que arregla las cuestiones terrenales y las del más allá. La

perspectiva es óptima para los abogados y para los profesores: habrá una asignatura, Derecho de Familia independiente. Quizá una Facultad.

Insiste en Cataluña, ahora María YSÁS SOLANES, titular en Barcelona, con “Algunas consideraciones en torno a la Ley 1/2001, de 15 de marzo” (pp. 5015-5030), que es modo correcto de citar. Solución de conflictos evitando el contencioso. Y precisamente conflictos susceptibles de ser planteados en vía judicial. Total o parcial. Hay un Centro de Mediación Familiar, porque nos encontramos todavía en el milenio de la burocracia, previsto por DICKENS. Intervienen los colegios profesionales, al parecer los abogados, los inevitables sociólogos, por supuesto los sacerdotes de la psicología y los pedagogos. Aficionados abstenerse. Igualmente los clérigos, dados que somos un Estado no confesional. Y la figura egregia, el mediador. GOETHE lo conoció: el señor Mitler. Titulado ejerciente; inscripción en un registro. Debe ser imparcial por dentro y por fuera; confidencial con los límites lógicos, porque sería excesivo establecer un sigilo sacramental; régimen disciplinario y consiguiente penalización. Mejor haber suprimido el artículo 32 de la Ley.

Queda un largo camino. Nos esperan las sucesiones y el homenaje ha desbordado el límite del Civil; otras asignaturas han sido agraciadas al comenzar el siglo. No desespero de terminar esta reseña. Como dice la Biblia y me recuerda Álvaro, romanista de Compostela, ya libre de Pamplona, confortado con la torta y el agua de los generosos notarios, llegaré al monte Horeb.

Tomo IV. Inaugura el curso de Sucesiones en honor del catedrático DÍEZ-PICAZO su colega en Salamanca Mariano ALONSO PÉREZ, “Sobre el legado y sus rasgos esenciales” (pp. 5107-5121). Figura lábil y polivalente, llena de formas atípicas, de origen incierto, producto de la muerte próxima. Motor del desarrollo urbano y mercantil. Buen apoyo romano, Álvaro D’ORS; permanece junto a JHERING, traducido por PRÍNCIPE y SATORRES, Comares, Granada, 1998. VALLET DE GOYTISOLO. Compilaciones forales. Esencial la relectura de las *Instituciones* de Justiniano y del maestro Pichardo DE VINUESA (1565-1631). WINSCHIED sólo alcanzó a formularlo negativamente y LACRUZ BERDEJO le siguió en torno al 660 del CC. HARTMANN en 1872 no llegó a más. El legado es absurdo, sea dicho en su elogio y lo vio COVARRUBIAS, que sigue siendo el Bártolo español. El legado es piadoso por su índole. Contribuyó a formar el necesario patrimonio de la Iglesia en España, que destrozó la impía Desamortización, capítulo central de nuestra Asignatura.

Carmen BAYOD LÓPEZ, titular en Zaragoza, nos informa sobre “Las novedades en materia de pactos sucesorios en la Ley aragonesa de sucesión por causa de muerte, Ley 1/1999, de 24 de febrero” (pp. 5123-5140).

Adelanta un estudio sobre los mismos. Nos remite a LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, y a Itziar MONASTERIO ASPIRI en Vizcaya, 1994. Tradición de setecientos años: SAVALL y PENEN en la edición de 1991, que tenemos presente. DEL MOLINO y PORTOLÉS. NAVARRO VIÑUALES había postulado en 1993 una reforma. La nueva ordenación tiene carácter supletorio; no se limita a la casa aragonesa; es completa y aplicable. Exigible la escritura pública, se amplía a personas ajenas al matrimonio. Mayoría de edad la tienen los aragoneses que lo han contraído. Hay algunos cambios y mejoras; destaca el pacto en favor del superviviente. Aunque aragonés, el pacto puede ser ineficaz.

“La cautela socini”, una desconocida hasta que Ana Laura CABEZUELO ARENAS, profesora en Sevilla, la desvela en sus “Reflexiones” (pp. 5141-5157). Fue definida por ROCA SASTRE en 1948 y más breve por un REAL PÉREZ en 1988. Ella prefiere, como es lógico, lo antiguo y extenso. La cautela es la usada en favor del viudo, que tan perjudicado es por la muerte, a diferencia de los otros. Pareció ser una concesión a los foralistas y un abuso, pero el paso del tiempo ha enseñado que no. La voluntad de los otorgantes se ha impuesto. En cuanto al curioso nombre, se debe a un jurista italiano del siglo XVI; gracias a una sentencia de Las Palmas en 2000. Me suena este Socino y lamento no saber nada o más de él. La cuestión planteada es si procede acoger en nuestro ordenamiento esa cautela. ROCA SASTRE opinaba que sí. Nuestro FUENMAYOR CHAMPÍN exigía en 1948 la mención explícita. VALLET DE GOYTISOLO, en 1984, considera que no importa el ropaje y aunque la forma no sea agradable. Para LACRUZ BERDEJO, en 1993, había una desviación de poder. La erudita sentencia balear no es partidaria. Y un J. SAPENA, en 1974, advertía de una rara eventualidad. La autora por su parte explica varios modos de articularla y otea el porvenir. Como se ve, dar juicios en Civil, no es agarrar el Código y ya está.

“La insolvencia del deudor en el concurso de la herencia según la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio, y en la repudiación de la misma en fraude de acreedores” (pp. 5159-5176), es la difícil cuestión planteada por la titular en Almería María José CAZORLA GONZÁLEZ, en un plan de reforma del Concursal español. Primero, la insolvencia según Díez-PICAZO y también ORDUÑA MORENO en Valencia y 1994. Pero hay otras nociones, autores y el Supremo en 1993 y 1999. La Ley referida se basa en un concepto amplio. La prevista repudiación tiene también su intrínquilis y el CC ofrece aquí letra muerta. La duración de la herencia yacente ha de ser apreciada. La acción del 1.001 lleva a la acción pauliana con pluralidad de autores y jurisprudencia, como la sentencia de Badajoz en 1998. La dispersión de normas ha de ser superada; afortunadamente la Ley en este caso ha acogido una definición abierta y flexible que facilita las cosas.

Volvemos a Legados. Manuel CUADRADO IGLESIAS, catedrático en la Central, por conservar uno aunque antiguo auténtico título, trata de la “Responsabilidad por razón de los mismos” (pp. 5177-5197). Habrá que distinguir entre no-legitimarios, legitimarios y prelegatarios; prescindimos de los no-herederos. Y todavía entre legatario uno y legatarios varios. En la profundidad del desarrollo, a la que no me atrevo, aún relucen el proyecto de 1851 y GARCÍA GOYENA, traído a nuestros días, 1974, por LACRUZ BERDEJO. El CC vigente es discreto y calla en ocasiones, en cuyo caso el autor prefiere lo correcto, en la línea marcada por M.^a Cruz GARCÍA RUBIO en 1989. La cuarta falcidia fue silenciada en el antiguo Derecho castellano y en esto coincidió el CC. Todos los supuestos son examinados, con la referencia al granadino OSSORIO MORALES y su *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957; VALLET DE GOYTISOLO, CRISTÓBAL MONTES, ALBÁCAR y CASTRO en 1991 y ALBALADEJO en los *Comentarios*, Edersa, 1998. Todavía Mucio SCAEVOLA y su *Comentario*, vivo en 1945.

“La interpretación testamentaria en la jurisprudencia de nuestro TS” (pp. 5199-5220), es la aportación de Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, titular en Las Palmas. Hay que mirarla según JORDANO BAREA desde el punto de vista del difunto, y teniendo en cuenta si el redactor fue un notario. Lo confirma el 675. O sea, subjetiva. Pero pudo cambiar la intención; claro está que lo primero es el tenor, pero, ¿y si apareciera claramente otra? Se abre el abismo de la interpretación. Lógica, sistemática... Hay recursos extratestamentarios, y en este camino la jurisprudencia desde 1940 señaló directrices. Posibilidad de aplicar las normas de los contratos a falta de generales sobre el negocio jurídico, y el autor las clasifica y analiza; también en este aspecto el TS proporciona orientación. Frente a la antigua posición según la cual la interpretación del testamento era cuestión de hecho, se fue abriendo paso la tesis de tratarse de una *quaestio iuris* susceptible por lo tanto de casación, pero esto sólo de modo excepcional. Y además el testamento no es un documento auténtico *per se*.

“La representación sucesoria en Derecho navarro” (pp. 5221-5244), por Ramón DURÁN RIVACOBIA, catedrático en Oviedo. Sobre una definición de DÍEZ-PICAZO, institución clásica del ordenamiento español, ha dado lugar a antigua y nueva literatura, en torno a si opera siempre en la legal o legítima o si alcanza a la testamentaria. Pero en Navarra tiene una manifestación singular como advirtieron los autores de la Recopilación Privada de 1967, que ha alcanzado un lugar en la H general. Pero no es una cuestión pacífica. Ya antes del 1.973 del Fuero Nuevo la jurisprudencia fue dubitativa, pues aunque el Fuero General la negaba a favor de unos sobrinos, la Ley en Cortes de 1580, siguiendo a Justiniano, la estableció en general. Conclusión: en Navarra las cosas son distintas que en el común español. La figura es un auténtico fenómeno subrogatorio. Tiene virtudes

específicas, y da lugar a algunas dudas y a varias aplicaciones. El autor aduce la Ley del Menor de 1996 como ejemplo del modo como la legislación común afecta al sistema foral; se debe proceder con cautela. El panorama es difícil, sin que nos sorprenda que la solución más certera sea la que dio aquella Recopilación Privada, con otras especies que acreditan la conveniencia de que el Derecho Civil navarro sea leído incluso en Asturias.

Más legados. “Los legados de crédito y de liberación de deuda” (pp. 5245-5269), por M.^a Teresa FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, titular en Madrid. Regulados en los 870-872 del CC, aunque habitualmente el derecho pertenece al testador, nada impide que lo sea a persona distinta. ARIAS BONET y la doctrina italiana, y de nuevo nuestro OSSORIO MORALES, más KIPP en Sucesiones traducido y anotado por PUIG FERRIOL en 1976, acompañan al autor que no desdeña recordar a MANRESA, al que nosotros los llamados historiadores del Derecho, excepto ÁLVAREZ MORALES, tenemos olvidado. En cuanto a la liberación de deuda, la civilística española está sanamente y al modo clásico, radicalmente dividida, y el CC calla, que es lo suyo. Ambiente colegial.

Rosa M.^a GARCÍA PÉREZ, titular en mi Granada, plantea la “Reducción de disposiciones lesivas de la legítima viudal” (pp. 5271-5288). La legítima viudal es una figura de gran arraigo en la Familia, diferente y contraria al Estado. El CC la hace difícil y por lo tanto digna de atención. Plantea serias dudas, entre las cuales se ha debatido la doctrina. Es un banco de pruebas para la cátedra. Plantea muchas cuestiones que ahí están pendientes de quien se atreva a continuar.

Catedrático en Córdoba, José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, destaca en DíEZ-PICAZO su actuación de letrado manifiesta en sus *Dictámenes Jurídicos*, 1981, y asimismo su continuidad con la tarea de los predecesores, como su elevación sobre el caso concreto a la esfera doctrinal. También a una consulta de un abogado local responde este dictamen sobre “Problemas que se plantean con el cambio de residencia entre el momento de otorgar el testamento y la muerte del testador, en torno a la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*” (pp. 5289-5303). Pero precisamente la cuestión consiste en cuál sea esta Ley, por lo que es obligado entrar en el terreno del internacional-privado, es decir, en la cumbre del Derecho Civil, y en su sede, el Registro, con su reglamento, que a veces se desvía. Y las resoluciones de su Dirección General. Esa familia cordobesa procedía de Cataluña. La unidad de España tal vez es indisoluble, pero por el momento, inextricable. La Ley aplicable es la catalana, según el parecer de este letrado, que naturalmente se somete al de su lector mejor informado.

Titular don Santiago HIDALGO GARCÍA expone “Algunas consideraciones sobre las mejoras tácitas, artículos 825 y 828 del CC” (pp. 5305-5318),

con dos supuestos: el legado y la donación. VALLET DE GOYTISOLO abre el camino en cuanto al primero, pero el autor difiere en algún punto. Sin embargo, prosigue el diálogo académico. En cuanto a la segunda, también en desacuerdo con la minoritaria del notario catalán y de CASTRO LUCINI, el diálogo se entabla con LACRUZ BERDEJO. La forma de realizar la imputación está controvertida, y el caso posible de la mejora tácita en favor de un nieto, que también tiene aplicación en la sucesión testada, aunque pensado para la intestada. Admite que alguna opinión suya puede chocar en el medio ambiente, pero no se reprima. La cátedra es autónoma, incluso si está a cargo de un titular, catedrático de hecho.

Lo es en Salamanca José Antonio MARTÍN PÉREZ, que se ocupa del “Legado de cosa específica y determinada, propiedad del testador” y estudia sus efectos (pp. 5319-5338). Considera inevitable la decadencia del Derecho de Sucesiones en los tiempos actuales y en los medios urbanos y de vida industrial. Opinión respetable. Por otra parte, come el terreno la Seguridad Social, pero ésta retrocede ante la imparable privaticidad. Al parecer hay menos testamentos. También los legados bajan. Pero tal vez la reducción de la legítima les devuelva su vieja utilidad. Juan IGLESIAS y su DR le acompañan. VALLET DE GOYTISOLO, ALBALADEJO y GARCÍA CANTERO en una discusión sobre el alcance de la eficacia real o directa, son dilucidados con el duradero MANRESA Y NAVARRO, LACRUZ, SÁNCHEZ CALERO. Coincide la doctrina en cuanto a la distinción entre frutos y rentas. La atribución de los riesgos y el alcance y extensión del legado respecto de la cosa, sus accesorios y su estado. La atribución de créditos y deudas. SÁNCHEZ CALERO y GARCÍA GOYENA, contemporáneos.

Con motivo de “La preterición” (pp. 5339-5390), José M.^a MIQUEL GONZÁLEZ, catedrático en la Autónoma de Madrid, arranca de una pregunta de nuestro Antonio GÓMEZ (CJE, p. 14) sobre la razón de la regla civil: *sui heredes aut instituendi aut desheredandi sunt*. Y con tan buen principio no es extraño que dirija una mirada a la historia, mejor dicho, al romano y su alteración justinianeas; Navarra, Tierra de Ayala y Cataluña y al Derecho comparado, Alemania, EEUU y Common Law, Italia. Jurisprudencia y doctrina. La reforma del CC, no obstante haber dado lugar a copiosa literatura, no ha despejado numerosas dudas. Algún nuevo precepto es desafortunado. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. Una sentencia del TS en 1997 decidió de acuerdo con la norma anterior. También sin fortuna, resolución de la Dirección General en 2001. Asimismo, VALLET ha observado estas deficiencias, a propósito de lo cual resurgen las sombras veneradas de glosadores y comentaristas, traídas por la más adelantada civilística alemana. Desde la cual se vuelva a las Partidas y el inmortal GARCÍA GOYENA (CJE, p. 39).

“El legado de renta perpetua” (pp. 5391-5416) ha tenido la suerte de que se ocupe de él el catedrático Antonio Manuel MORALES MORENO. Son raros y la época no predispone en favor. Pero él ha conocido uno y las humanidades, a diferencia de la sociología, no se impresionan de la cantidad. Ni doctrina ni código. Un antecesor acertado: Pedro GRIMALT, Valencia, 2000, y una línea marcada por DÍEZ-PICAZO. Los antecedentes llevan al romano, que ya tuvo a la vista MANRESA, y al común, contemplado desde COVARRUBIAS, que nos lleva a HUGOLINO y BÁRTOLO; Antonio GÓMEZ cierra la cuestión, que sigue abierta en manos de los alemanes en torno al BGB. Pura HDPrivado. El CC los prohíbe, pero la interpretación del 785.2 permite al autor defender su vigencia, así como una excepción del 788. El proyecto de 1882 aportado por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, y el régimen de renta vitalicia y la tierra sísmica de los censos vienen en apoyo, donde es grato encontrar la firma de nuestro difícil Bartolomé CLAVERO. La conclusión es favorable a la renta perpetua pero redimible, hacia donde se orienta una sentencia del TS de 1998.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ha introducido algunas novedades respecto al juicio de testamentaría regulado por la de 1881, que afectan al 1.082 del CC. Miguel NAVARRO CASTRO, titular en Murcia, se plantea el “Significado de la facultad de oposición de los acreedores del causante a que se lleve a efecto la partición de la herencia” (pp. 5417-5430) según esa reforma. Ese artículo ha sido discutido, como es importante. La aceptación o no a beneficio de inventario determina consecuencias distintas. Se explica algún silencio del CC. Determinadas discusiones no pueden plantearse ahora igual que antes de 2000. Por otra parte, hay dificultades para coordinar principios que antes coincidían. GUILARTE GUTIÉRREZ y sus *Comentarios a la nueva Ley*, Valladolid, 2000. Las reformas legales parciales tienen esto. GARCÍA GOYENA vuelve; no se había marchado. El beneficio de separación resulta asimismo afectado.

“La práctica francesa del pacto de tontina entre coadquirentes” (pp. 5431-5448) es útil y posible entre nosotros, según el titular en Almería Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS; alude a la preocupación de los cónyuges y parejas parecidas por beneficiar al sobreviviente, lo que está resuelto en 1994 respecto al arrendamiento urbano, pero el problema subsiste en otros casos. En las legislaciones forales se ha solucionado más o menos. Tonti fue un banquero, por lo tanto, aventurero, italiano del siglo XVII, más exactamente 1630-1695. La tontina original pereció a manos de la revolución, igual que otras riquezas del Antiguo Régimen, pero ha reaparecido y ha subsistido en el Derecho de gentes de África y Asia y sorprendentemente en Francia a través de la prensa. En España debe superar, como han conseguido en Francia, la prohibición de pacto sucesorio en un proceso cuidadosamente analizado. Es posible y por supuesto será de utilidad. El pacto de

sobrevivencia catalán se revela superior a lo que se practica en la meseta.

Asimismo lo es "La partición hecha por el testador en el Derecho Civil de Cataluña" (pp. 5449-5467), según lo expone Pedro DEL POZO CARRAS-COSA, catedrático en la Rovira Virgili de Tarragona. Código de *Successions* de 1991. Advertir al lector que en el país hermano, mayor, se utilizan como análogos testador y causante, aunque tienen una levísima diferencia. También hay que distinguir la partición por el causante de las recomendaciones o directrices que señale el testador. La tipología de la partición es de una gran precisión técnica. La voluntad del testador es absoluta como la monarquía; puede imponer normas vinculantes. Hay contradicciones que se pueden resolver en diversos supuestos, pero teniendo siempre en cuenta que el Derecho catalán posee una entidad propia que no se debe tomar a la ligera. Así el CC común puede llevar a conclusiones inicuas, según LÓPEZ PICAZO, en su *Pluralidad de testamentos*. La partición *inter vivos* ofrece todavía particularidades catalanas. Y como una constante, hilo rojo que atraviesa todo este ejemplar Homenaje, la persistencia del GARCÍA GOYENA y sus *Concordancias, motivos y comentarios*, en la edición aragonesa de 1974, por LACRUZ BERDEJO, y la unidad de la ciencia jurídica, fundada en la Gramática.

El aragonés Joaquín RAMS ALBESA, catedrático en Madrid, se pregunta "El beneficio de inventario: ¿una incoherencia del sistema?" (pp. 5469-5480). Pero antes proclama que todos los civilistas españoles le deben bastante cuando no mucho a la obra de Díez-PICAZO. Los científicos. Algo así ocurre entre nosotros con AGG. La semblanza merece una mención, sobre todo al equiparar sus dimensiones a las de Joaquín GARRIGUES, lo que nos permite a sus oyentes formarnos una idea y los iustoriadores en general lo obtendrán ante la cifra de Gregorio LÓPEZ. El expresado beneficio se apoya en una tradición fundada en un falso estoicismo incompatible con la presente realidad de la herencia. Se funda la posición jurídica del autor en una visión de la nobleza en la sociedad castellana. Fenómeno paralelo al que determinó la reforma justiniana. El CC procedió de forma acrítica, y a este propósito reivindica la tesis no atendida de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en 1967. ¿Por qué apenas hay pleitos sucesorios? Hay problemas de fondo en la historia del Derecho Privado, desde el clásico por antonomasia, al modelado por los pandectistas y en los derivados de las revoluciones modernas. Volviendo a la incoherencia, el autor valora negativamente la incontinente e irracional producción legislativa y con mayor rigor la jurisprudencia del TS, p. ej., respecto a la usucapión. El empleo de las obligaciones pecuniarias como modelo de la obligación contractual es causa de dificultades. El heredero único viene a ser el arquetipo que impide reconocer la habitual pluralidad de ellos. El CC es incoherente; contiene despropósitos lógico-sistemáticos. A veces la tradición

es una rémora. El Estado providencia ha fracasado. Tan lejos puede ir una historia del Derecho Privado, aún en sus albores.

“Retoma las ideas en torno a la conservación y continuación de la empresa familiar” (pp. 5481-5495) María José REYES LÓPEZ, titular en Valencia, y en el marco de un proyecto de la Generalidad. Noción básica imprecisa en nuestro ordenamiento, como vieron PUIG BRUTAU en 1960 y Díez-PICAZO en 1965. En la sucesión de una empresa hay dos sujetos; la empresa, que necesita un sucesor, y los hijos, que necesitan la herencia. Es determinante el régimen económico del matrimonio, pero éste ocupa un lugar secundario y surge ante la crisis de la familia. Cabe la transmisión *inter vivos*, o la transmisión a título gratuito. Decisivo como siempre es el testamento, pero aun así subsisten dificultades. El legado de usufructo universal sería una salida, pero con problemas. La autora hace propuestas de reforma para un futuro que merecen cuidadosa atención.

“Notas de historia”, por fin, “en torno a la apertura del testamento cerrado” (pp. 5497-5512) por don Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, muy acreditado por estrictos trabajos histórico-jurídicos, si no fuera porque ya el oficio notarial es historia del Derecho día a día. Esta es una grata vuelta a un trabajo juvenil que conserva actualidad porque la apertura es esencialmente notarial. Con la fecunda actitud retrospectiva, parte del colega BOFARULL en vivaz controversia con un magistrado. BOFARULL se fundaba en un antecesor, José M.^a FALGUERA, autor de un formulario fechado en 1836, 1862, 1888. Castilla y Cataluña frente a frente. La Teórica de Vicente GIBERT. De esta historia próxima, al romano, al común, menos frecuentado, coetáneo de los notarios. Juan BASSIANO, ROLANDINO, DURANTE, BUTRIGARIO y su discípulo BÁRTOLO. Fuero Real y Partidas, Leyes de Toro y Recopilaciones y los suyos, con distinción de prácticos y teóricos; el siglo XIX. Toda la historia del Derecho Privado *miniada en un gota de agua*: esa apertura. Y en las observaciones finales una vindicación del noble oficio, que brilla aunque se oculte. La Asignatura que tanto necesita del Derecho propiamente dicho, sin desdeñar los consabidos presupuestos, se felicita de esta renovada dedicación jubilar. Tenía razón BUTRIGARIO.

“El legado de cosa hipotecada como relación obligatoria *ex testamento*; las posiciones jurídicas del acreedor hipotecario, el legatario tercer poseedor de finca hipotecada y el heredero gravado con el legado” (pp. 5513-5535) son las arduas cuestiones planteadas por la titular en Almería M.^a Belén SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS. Una escasa y confusa normativa sobre legados y el evidente interés que suscita la figura impulsa esta lectura en torno a los 867 y 868 del CC. Pocos son los autores que se han detenido y los antecedentes históricos, someramente referidos, no ofrecen claridad. Ella sí aplica afilado escalpelo, a la vista de los maestros que se han ocupado de los puntos referidos. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en

considerar que la responsabilidad del heredero por los legados es ilimitada, responde *ultra vires hereditatis*. No son verdaderas deudas del heredero. Conclusión tranquilizante, como oír todavía el latín en el foro y en la cátedra, en medio de la barbarie vernácula.

La Ley aragonesa de 1999 ha derogado el derecho de sucesión *mortis causa* de la Compilación. Es un indicio de la renovación del Derecho civil aragonés. Temblad. El autor es coautor de “La reforma de la legítima aragonesa” (pp. 5537-5556), José Antonio SERRANO GARCÍA, titular en su patria e individuo de la Comisión aragonesa de Derecho Civil. La configuración del sistema anterior era reciente: de 1925, fecha del apéndice, mantenida en 1967. Porque el sentido y el contenido de la figura en el Derecho histórico, con su distinción de *testamentis nobilium* y *testamentis civium* no era pacífico. ISABAL en 1926 expuso el *status quaestionis*. La causa es el *standum est chartae*; regía la costumbre, no la Ley. La fijación legal de 1967 dio base a la polémica, lo que parece ser el carácter habitual del Derecho, sobre el conflicto de intereses. Los trabajos prelegislativos, el debate veraniego en el pleno de la comisión, asimismo contradictorio; la tramitación parlamentaria con sus enmiendas y su diverso destino, hasta la aprobación formal ha encontrado su HERODOTO, en desafortunada comparación pues aún no la ha digerido el granadino en Zaragoza Manuel RAMÍREZ.

Un “Estudio general de la reserva troncal” ha llevado a término Beatriz VERDERA IZQUIERDO, titular interina en Baleares, a propósito de una “sentencia del Supremo de 18 de octubre de 2001” (pp. 5557-5591). Se trata de la “reversa troncal lineal, extraordinaria, especial o singular”. También jurisprudencia provincial, Asturias y Valencia reveladoras de que no es un tema obsoleto, sino de actualidad al borde del milenio. Reexamina los problemas y plantea otros. El 811 del CC, confusa redacción, cuya casística matriz explicó el propio Alonso MARTÍNEZ. MOUTÓN Y OCAMPO, Luis, vivo en la Seix de 1910, ya monumento histórico, que realmente no se trataba de verdadera troncalidad. Figura desconocida en Europa, sin precedente en el común de Castilla, norma que para CASTÁN hacía insustituible la intervención del intérprete. Jurisprudencia sobre la reserva en 1942 y 1947 y copiosa hasta nuestros días, contradictoria y aun vacilante, según los casos. Relacionada por fin con la legítima.

Rafael VERDERA SERVER, catedrático en Las Palmas, expone “Algunas consideraciones sobre el incumplimiento del modo testamentario impuesto al heredero: una comparación entre el CC y el *Codi de Successions*” (pp. 5593-5622), ya iniciada por ROCA SASTRE. Modo complejo y confusamente regulado, difícil distinguirlo de la condición. Ambos ordenamientos ofrecen una regulación amplia y discrepante. La vigencia o no del principio *semel heres, semper heres* viene a ser determinante, pero la voluntad del

testador es incuestionable. El *Codi* referido es la Ley catalana 40/1991, de 30 diciembre. De los 798 y 799 del CC poco puede sacarse; las dudas que suscitan son superiores a las respuestas que dan. Ha dado lugar a una construcción doctrinal paralela. Finalmente hay puntos borrosos. Ahora el Código catalán ha recuperado preceptos de la recopilación de 1955; consagra un planteamiento legal profundamente influido por el mismo ROCA SASTRE. Se constata un mayor esfuerzo por clarificar el alcance de las disposiciones modales, que lo configuran estructural y dinámicamente. Centrado en la delimitación de los legitimados para exigir el cumplimiento del modo, deja desatendidas otras cuestiones. No da respuesta a una pregunta crucial: si el heredero gravado incumple el modo, ¿sigue gravando a quien se beneficia de ese incumplimiento? La diferencia fundamental entre ambos tratamientos donde la imprecisión castellana ha permitido la elaboración doctrinal; los catalanes han alcanzado mayor amplitud y rigor conceptual. Cataluña está más próxima al Derecho común; periférica es Castilla. Una vez más se ve necesario ponderar el rigor dogmático y las necesidades de la práctica.

Cumplida la monumental aportación al Derecho Civil, el homenaje a Díez-PICAZO ha dado lugar a un puñado de aportaciones colegiales de las diversas ramas del Derecho y de Ciencias. Es oportuno dejar una aunque sea breve mención. Elías DÍAZ, catedrático de Filosofía Jurídica en la Autónoma de Madrid, diserta sobre “Razón de Estado y razones del Estado” (pp. 5627-5648). Previa una distinción entre buena y mala, plantea la recuperación y reivindicación (suponemos que no rei) teórica y práctica de la política. Necesaria liberación respecto a la economía y a limitados espacios privados privilegiados. Interesante para mí es la precisión sobre el término: Giovanni BOTERO y su obra así titulada en 1589 y traducida en la España de Felipe II, 1593. Desde MAQUIAVELO a la Ilustración, con una base bibliográfica espléndida. Y el Estado democrático de derecho, en el que nos encontramos. Entre las evasivas liberales por la derecha y los voluntarismos libertarios por la izquierda, Elías DÍAZ, autor de copiosa obra, avanza serenamente.

Alfonso RUIZ MIGUEL, catedrático de la misma disciplina en la misma Universidad, se pregunta: “La dogmática jurídica, ¿ciencia o técnica?” (pp. 5649-5678). El polémico lugar de las ciencias sociales. Lógica o empiria. Referencia, Thomas S. KUHN y su *Estructura de las revoluciones científicas*, 1962. La complejidad de los hechos sociales y su reducción a la unidad. La intencionalidad de los mismos. Único camino sensato considera la inclusión de la dogmática bajo criterios metodológicos historicistas. Tres etapas: selección y glosa, clasificación y calificación; momentos que implican decisiones que suponen valoraciones. Tres funciones: didáctica, integradora y política. La famosa conferencia de KIRCHMANN en 1847 encuentra

todavía la réplica de Karl LARENZ en 1980, pero el autor estima que ambas perspectivas cometen el error de creer que hay una relación necesaria entre ciencia y utilidad social y sobre todo que la jurisprudencia tiene rigor y utilidad sin necesidad de ser considerada como ciencia. La jurisprudencia puede ser una valiosa habilidad, un saber hacer.

El Romano *stricto sensu* ofrece a DÍEZ-PICAZO, que también se ha ocupado en 1980 de la pluralidad de testamentos, entre las "Formas testamentarias posclásicas especiales" que ocupan a Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, titular en la Rey Juan Carlos, la del *testamentum ruri conditum* (pp. 5681-5699). De aquéllas procede el testamento moderno. Añadimos a su bibliografía la tesis doctoral de PÉREZ BENAVIDES, en Granada, 1970. Este testamento rústico, simplificado, consuetudinario, fue legalizado por Justiniano. Bastaban cinco testigos y firmaban uno o varios por los que no sabían firmar. Admirable profundidad de un motivo tan sencillo. Las Partidas lo han recogido en VI,1,6, tal cual. También los Fueros de Aragón, pero aquí el número de testigos baja a dos, se rebaja la edad y se admite a la mujer. Fuero Real II,5,9, Ordenamiento de Alcalá y recopilaciones hasta la Novísima X,18,1. Los codificadores lo omitieron.

Una exposición completa y renovada de lo que los historiadores del Derecho denominan "España Prerromana y Romana" ha llevado a cabo el romanista Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, catedrático en la Autónoma de Madrid, bajo el título modesto de "Observaciones a propósito del tránsito de la Iberia-griega y púnica a la *Hispania* romana" (pp. 5701-5726). Se trata de algo más en apretada síntesis. Remontado a la Prehistoria, con los recientes hallazgos de Atapuerca, Neanderthal y Cromagnon, Paleolítico y Neolítico. El cobre, el bronce y el hierro, y el año 1100 a. J. Noticias sobre las etnias peninsulares; iberos con los primeros testimonios escritos, tartesos, vascones. Fenicios y griegos, que van modulando rasgos correspondientes al Derecho. Ampurias. Celtas y la fusión: Celtiberia. Comercio y moneda. Monarquía y asambleas. Hospitalidad y clientela. Tópicos todos conocidos pero en este caso con el soporte de la más reciente bibliografía y las más agudas hipótesis. Una clara proyección cartográfica de las noticias referentes al Derecho. El dominio cartaginés y el enfrentamiento con Roma: Alalia 535, destrucción de Tartessos 500. Tratados de 509, 348 y 226. Fundaciones de Akra Leuke y Cartago. 206, batalla de Iliipa. Los caudillos ibéricos hasta el lusitano Viriato. Conquista, colonización, romanización durante seis siglos y medio. División de Ulterior y Citerior. La *lex Provincia* de 133. Reorganización por Augusto en 27: tarraconense, Lusitania y Bética. Consulares y Senatoriales. Los *conventi iuridici* 216 de la *Gallaetia* por Caracalla. La concesión de la ciudadanía por el mismo. Reorganización por Diocleciano en 293-385: la Balearica. Colonias y municipios. Legislación: Urso, Salpensa, Malaca, Irnitum. El bronce de Con-

trebia del año 87. Una completa reelaboración de esos capítulos de nuestra Asignatura, en este caso vistos por un romanista y con un evidente progreso.

El Derecho Romano medieval recibe un gran estudio de Pablo FUENTESECA DÍAZ: “El título y el modo de los glosadores boloñeses. Clave interpretativa del asíndeton. *Usus auctoritas* (XII Tab. VI,3) y de la historia del concepto romano de la propiedad” (pp. 5727-5753). *Propietas y dominium* que los glosadores dividen en *directum* y *utile*, y en opinión del autor se manifiesta en el *titulus* y el *modus*, dualidad que perdura en la historia jurídica europea. Una famosa teoría de KASER es sometida a revisión. El primitivo ordenamiento del suelo agrícola romano. Familia y propiedad. Fases arcaicas y perfiles históricos. La *emptiovenditio*. *Auctoritas et potestas*. El propósito del autor era precisar la inserción de las nociones romanas en la historia del Derecho Privado codificado. Los alemanes interpusieron sus nociones. Nuestro amigo WIEACKER recibe el debido reconocimiento. Y la finalidad está conseguida.

Juan MIGUEL GONZÁLEZ, catedrático en la Pompeyo Fabra, relaciona a “SAVIGNY con el nacimiento del contrato real abstracto: historia del texto e historia de las estructuras dogmáticas” (pp. 5755-5773). Sobre la base de que la historia se reescribe. La colaboración de la química en la lectura de palimpsestos. El descubrimiento en Verona 1814 y su estado actual. Influencia de una lectura en la formación de un dogma. Su derecho de obligaciones traducido por don Jerónimo GONZÁLEZ, quien debidamente reconocido merece todavía una definitiva vindicación. De SAVIGNY, MIGUEL admite el planteamiento, no la solución. Pero es la actualidad lo más problemático. Entre ambos espacios, la historia del Derecho europeo. El Instituto de Hamburgo. Todavía interesa la Suma de AZÓN. Para el futuro de Europa, la disyuntiva de ese contrato o el título y el modo. Ha intentado el autor presentar un trabajo digno de la altura de Díez-Picazo. Pierdo a ambos de vista.

Armando TORRENT RUIZ, catedrático en la Rey Juan Carlos, examina los “Precedentes clásicos del beneficio de excusión: de la *fideiussio indemnitis* al *beneficium excussionis*” (pp. 5775-5788). Desde la regulación por JUSTINIANO en la novela 4,1 de 535, que atribuye a PAPINIANO el primer mérito, pero ahora aprendemos que ya los clásicos, y especialmente Celso, se habían dado cuenta. Asimismo Juliano y Paulo. Transmite el convencimiento de que los clásicos no llegaron a formular la doctrina. La excusión fue un concepto operante pero la teorización fue justinianeana, lo que basta para una historia general.

Esteban VARELA MATEOS, catedrático en la Autónoma de Madrid, da una “Breve nota sobre la responsabilidad del depositario en el DR y en las Partidas” (pp. 5789-5801). Desde el Derecho clásico a JUSTINIANO. Fue-

ro Real y Partidas con detenida atención a la Glosa de Gregorio LÓPEZ y su labor romanizadora e incluso pasándose. Pocas veces hemos contemplado una lectura tan atenta de la dificultosa selva del jurista imperial. Entre romanistas anda el juego. Las Partidas, que algunas veces van más allá, otras no llegan. El Fuero Real al fondo es algo más sencillo, como que es la Ley gótica actualizada en el XIII. Se confirma la idea de que no son los presupuestos políticos, sociales y económicos, menos aún los espirituales, los que determinan el Derecho de cada época; el Derecho va del Derecho al Derecho y perfora las épocas, que como los tiempos son mentira. Y por Derecho, claro, entendemos el Derecho Romano.

No todo son las normas y los juicios. A la historia del Derecho pertenece también “El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas” (pp. 5805-5835), desenvuelto pulcramente por el notario y profesor Juan ALVAREZ-SALA WALTHER. Responde a una situación de nuestra patria como paraíso del narcotráfico, además desgarrada por el nacionalismo agudo que previsoramente Eugenio D’ORS asoció a la democracia igualmente aguda (Nuevo Glosario III, 987-98). Hay directivas europeas. Como ocurre casi siempre en materia criminal, el crimen se adelanta y la prevención va a ciegas. En esta lucha algo se pierde; el secreto bancario está desarticulado. Asimismo el secreto profesional. Advertimos (pl.m.º) un colonialismo jurídico de corte anglosajón. Hay peligro ya advertido por la jurisprudencia alemana a otro propósito de arrojar por la ventana el agua sucia del baño con el niño dentro. Por acabar con el narcoblanqueo acabar con el dinero y con las profesiones jurídicas que pueden resumirse en el cuerpo de oficiales de prisiones. La transparencia se ha convertido en la aspiración máxima de un mundo que tiene luz y sombra y el útil claroscuro. Podemos quedar tan deslumbrados que no podamos ver nada.

“Acerca del derecho de abstención de los créditos tributarios en el convenio de la quiebra de la sociedad anónima” (pp. 5837-5848) diserta el catedrático de la San Pablo CEU Emilio M. BELTRÁN SÁNCHEZ. Compleja situación todavía la de la legislación concursal. Pluralidad de textos engendrados en distintos momentos y sin coordinación. En este caso, el Código, las sucesivas leyes tributarias y de presupuestos, tradicionalmente utilizadas por los gobiernos para legislar sin el engorro del poder legislativo, donde por razones políticas naufraga la seria labor legislativa y, a veces, el Derecho, que son distintos pero habitualmente confundidos. Los especialistas juzgarán sobre el alcance del 929 del CCom y el sentido que cabe atribuir a los artículos 129.4 de la Ley General Tributaria vigente al comenzar este milenio, reformada en 1995, y el 39.2 de la Ley General Presupuestaria, pues también la hay aparte de los propios presupuestos que todavía son una Ley, a plazos. Ambas leyes, la general y la anual, han derogado el Código de Comercio, lo que interesará al historiador del Dere-

cho (general), o mejor, anticuario. El profesor BELTRÁN considera que no era ésta la intención, sino salir al paso de algunas discutibles (como lo es todo en Derecho, a pesar de los pretendidos dogmas) resoluciones de la conocida Dirección General. Entre ellos anda el juego. La situación del Derecho Concursal es insostenible al comenzar el siglo XXI.

El catedrático Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (grato recuerdo ese apellido de nuestras sesiones de licenciatura en la Nocomplutense) hace unas “Consideraciones generales (razón de nuestro interés) sobre la nueva Ley de Marcas de 2001” (pp. 5849-5875), que tuvo su germen en la de 1988. Contra esa Ley se presentó un recurso de inconstitucionalidad por el País Vasco y Cataluña (que siguen de ese modo su guerra de independencia). Por otra parte, entre los dos monumentos se produjo la conocida directiva europea. La sentencia del Constitucional es la 103/1999. Hubiera bastado hacer una modificación, pero el legislador, siempre generoso, ha preferido ganar la gloria de una nueva Ley y aprovechado para otras innovaciones. BERCOVITZ, como historiador especial, entra a fondo en el acontecimiento. Para nosotros basta. Todavía aprendemos que hay marcas y nombres “notorios y renombrados”, como de catedráticos y entre ellos los BERCOVITZ.

Otra Díez-PICAZO, M.^a Teresa, abogado!, limpia toga sin adherencias innecesarias, da al piano unas “Notas sobre el régimen jurídico del capital-riesgo” (pp. 5877-5890), si todo no lo está. Como siempre, de ellos y más de ellas, viene un soplo de vida; ya el de las notarías (no se dice notarios) tienen algo del aroma que GOETHE encontró en la historia. De nuevo se confirma el acierto con que el plan de estudios conservó la economía como una asignatura, aunque sería mejor la idea de Álvaro D’ORS (desde febrero del 2004 continuará diciendo) de aplicar a nuestra facultad la fórmula “dos tercios” en una facultad que además de lo justo y de lo injusto debe “tener noticia” de lo humano y lo divino. Allí encontrará la definición del capital-riesgo, digna de un politécnico, debida a MARTÍ en 2002. No teman que se trate del riesgo evidente que para el capital significa el reciente triunfo del Frente Popular. Se refiere a las pequeñas y medianas empresas, que desaparecerán cuando sean sustituidas por una sola y gran empresa: el Estado, que tendrá a su cargo nuestra felicidad temporal y definitiva. Hay una Ley de 1999, es decir, anticuada.

El catedrático en Zaragoza José Antonio GARCÍA-CRUCES dicta su lección sobre “La competencia de los tribunales de marcas comunitarias” (pp. 5891-5918), a propósito de que nuestro país iba en julio de 2002 a sufrir la denuncia de la Comisión Europea por no haber designado ese tribunal. Entonces fueron agraciados con dicha función los juzgados mercantiles de Alicante y la propia Audiencia provincial. Correcto. Con este motivo el colega se exhibe y profundiza en los diversos ámbitos de esa

competencia: objetiva, internacional, territorial, funcional; recursos, medidas cautelares. El injerto del nuevo tribunal afecta a otras leyes españolas, como la Orgánica del Poder Judicial. Ya entregado el estudio, se había producido la nueva Ley Concursal orgánica 8/2003, 9 de julio, lo que ha obligado a un anexo de actualización. Es decir, HD desde el horno, en estado fluido.

Es la publicidad la Retórica de los nuevos tiempos, que en el siglo anterior comenzaba y hoy domina en todos los campos, pública o privada, mientras no desaparezca la dudosa distinción. Rafael JIMÉNEZ DE PARGA, catedrático en Barcelona, examina la “Protección de las creaciones publicitarias” (pp. 5919-5930), que la vigente Ley de ella remite al régimen de propiedad industrial o intelectual, a diferencia de la Ley de 1964, que la hacía objeto de un régimen especial, y además se le agrega el de la competencia ilícita y/o desleal. Cuestiones muy difíciles, como que se parte de las “ideas”, difíciles de concretar como objeto de Derecho. Ya es arduo distinguir entre una imitación y una imitación libre o una parodia. El mismo concepto de originalidad, dado que todo tiene un origen; la esencia y la expresión; los personajes, donde la sucesión familiar es complicada. Experiencia alemana y americana. Igualmente historia más que del presente, del día de mañana.

El catedrático emérito Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ (1927) mira igualmente al porvenir, “Hacia un nuevo Derecho Concursal: la anticipación de la apertura del procedimiento” (pp. 5931-5944). Admitida por todos la necesidad de reformar un régimen basado en textos normativos del siglo XIX (la Ley de Suspensión de Pagos, de 1922), juicio histórico: el arcaísmo de las concepciones básicas. Hubo un anteproyecto sobre el concurso de acreedores, por el Instituto de Estudios Políticos, 1959, ponencia presidida por don Joaquín GARRIGUES, y un proyecto de 1979 del Colegio de Abogados de Barcelona, y aun otro de 1983, por el profesor OLIVENCIA, y otro de 1995, por el profesor ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. En fin, un anteproyecto convertido en la Ley 8/2003, de 9 de julio, “un arco ágil y moderno para la solución de las crisis empresariales”. En el punto concreto señalado se hace una profunda historia desde SÁINZ DE ANDINO, la polémica doctrinal y casos famosos, como el de la Barcelona Traction. Todavía ha de esperarse a la nueva experiencia, que naturalmente ha de hacerse con champán, y dará lugar a una nueva reflexión, feliz augurio para el autor.

El ya mencionado Manuel OLIVENCIA RUIZ, catedrático en Sevilla, sobre un dictamen propio treinta años anterior, trata del “Pretendido derecho de abstención en la suspensión de pagos de los titulares de créditos que consten en escritura pública, póliza intervenida o sentencia firme” (pp. 5945-5970), cuando al confuso laberinto de las normas de suspensión de pagos se añadía la falta de jurisprudencia y de doctrina. Entonces se

produjo la aportación de DÍEZ-PICAZO al anteproyecto de ley sobre el concurso de acreedores y su opinión expuesta en sus *Fundamentos*. Los antecedentes legislativos son objeto de una detallada exposición, especialmente en cuanto a la tramitación parlamentaria de la Ley de 1922, y el Código de 1829, la Ley Hipotecaria de 1861 y la de Enjuiciamiento Civil de 1881: el proyecto de Código Civil de 1851 y su comentario por GARCÍA GOYENA, y el definitivo de 1889. MANRESA, PEDREGAL, BURÓN y FALCÓN son invocados. El dictamen de 1972 fue negativo; y otra ocasión en 1983, a la vista de la intermedia evolución legislativa y doctrinal, frente a la del Supremo, le permitió ratificarse en su punto de vista. No obstante lo cual, el Supremo ha continuado el suyo, hasta que en 1998 la tesis correcta se confirma y es adoptada por el mismo Tribunal.

Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, catedráticos en la Autónoma de Madrid, presentan un extenso “Ensayo sobre la libertad de empresa” (pp. 5971-6040). Derecho fundamental, tiene su fundamento en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humanas. La libertad de empresa sale al encuentro de las grandes empresas, y se desliza entre la libertad de trabajo y el régimen de las profesiones, e inmediatamente afecta a la propiedad y al derecho de asociación. En el derecho comunitario, el Estado ejerce funciones relacionadas con la actividad económica de los particulares, y existe un reconocimiento constitucional de la iniciativa pública en este campo. Hay reglas básicas de la relación entre Estado y mercado. Persiste la posibilidad de monopolios estatales y la subordinación de la riqueza del país al interés general. Pero el reconocimiento de la economía de mercado lleva a la garantía del mismo y a la libertad de empresa como derecho fundamental. Problemático el contenido esencial de ese derecho, se pregunta si un derecho fundamental puede carecer de ese contenido. No. Se trata de un derecho como los demás y es posible ponderar metódicamente las decisiones estatales restrictivas de la libertad, mediante la doctrina de los grados, utilizada en Alemania en torno a la apertura de farmacias. Posible inconstitucionalidad de esas medidas si no sirven a la realización del interés general. Es preciso aplicar un juicio de adecuación y otro sobre la necesidad de la medida. Las consecuencias de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, o sea, la ponderación, conduce a conclusiones satisfactorias.

Dr. Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, abogado, y María Isabel HUERTA VIESCA, catedrática en Oviedo, sobre “La secreta publicidad extrarregistral de la unipersonalidad” (pp. 6041-6057). Sencillamente, es necesario derogar el artículo 126.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que no se adapta al Derecho Comunitario europeo, por cuanto exige que conste en todo momento su carácter unipersonal. Está

injustificada, es un mero adorno decorativo. Por otra parte, en siete años no se había aplicado, por lo cual no corre prisa.

“Poderes empresariales y autonomía contractual” (pp. 6059-6086), por el catedrático y consejero de Estado Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. El Derecho del trabajo surgió como crítica al Derecho Civil. Dos caracteres: la desigualdad entre las partes y la masificación. La autonomía de la voluntad ha reducido la originalidad de ese nuevo Derecho y su significado crítico. Esto ha dado lugar a la normativización del mismo, y como efecto, la atenuación de su autonomía. Se pone de relieve la distinta tendencia del legislador franquista y el democrático. La estatización del convenio colectivo equivale a una abdicación de la famosa autonomía. Se distingue entre la inderogabilidad de las normas y la indisponibilidad de los derechos y se ve confirmado el papel secundario del contrato. El principio del favor es un límite inmanente e instrumento corrector del uniformismo, hoy sujeto a revisión. Una sentencia de Burgos de 1996 determinó un cambio sustancial en la interpretación de la norma, que está en franca crisis y sobrevive con respiración asistida. El reconocimiento constitucional en 1978 de la libertad empresarial y la economía de mercado influyen en el crecimiento del poder del empleador. En definitiva, hoy contemplamos un acercamiento y un reencuentro entre el Derecho del trabajo y el Derecho Civil. El eterno retorno.

La ocasión aprovecho para observar una vez más la confusión constante entre la acción de reivindicar algo y la de vindicar o bien revindicar, en la que constantemente incurren filósofos de talla y columnistas. Para desmontarla no es necesario acudir a un tratado de Derecho, suficiente el Diccionario de la Lengua Española. El que reivindica dice que algo le pertenece, el que lo revindica sólo afirma que le parece muy bien. Asombra que incluso juristas con función docente perpetúen la vulgar confusión.

Sobre las divulgadas OPAS, que han pasado al vocabulario común, versa el amplio estudio del catedrático en la Autónoma de Madrid Aníbal SÁNCHEZ ANDRÉS. Acumula “Intenciones, hechos concluyentes y proceder contradictorio” y realiza un “Ensayo de encuadrar jurídicamente las mismas en la doctrina de los actos propios” (pp. 6087-6120). Una rama nueva del ordenamiento jurídico que el autor entronca con los territorios más clásicos del Derecho Privado. Él rechaza que el anuncio público de lanzar una OPA obligue a lanzarla de verdad y que la Comisión del Mercado de Valores actúe coactivamente en el caso. A sus anteriores razones añade ahora que también en el *Common Law* encuentra apoyo su opinión. Hay una variante anglosajona, *Estoppel*. De nuevo la doctrina de los actos propios, tal como ha sido explicada por el más reputado civilista en ejercicio se ofrece acogedora. Por otra parte, la buena fe viene asimismo en ayuda,

dado el más mínimo instinto profesional coincidente con el de la gente común. Asimismo, la acción administrativa presenta antecedentes en materia de OPAS. La contradicción entre la Ley y su reglamento es habitual. El historiador del Derecho se verá gratamente sorprendido por la actualidad de BALDO DE UBALDI (1327-1400) en el tercer milenio.

La relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil se manifiesta en la retroacción de la quiebra regulada por el Código de Comercio en su artículo 878.2, al aparecer como un fósil en la historia de la institución. El catedrático de Civil y abogado VICENTE TORRALBA SORIANO aborda la cuestión en cuanto a “La legitimación de la comisión liquidadora en el ejercicio de las acciones pertinentes” (pp. 6121-6135). La nueva interpretación ha dado lugar a reformas como la Ley del Mercado Hipotecario de 1981. El anteproyecto de Ley concursal de 2001 elimina la retroacción absoluta y la sustituye por acciones de reintegración. La vigencia formal de preceptos anteriores plantea dificultades. Sentencias de la Audiencia de Barcelona y del Supremo aparecen en divergencia y ante esta situación se ha optado por transacciones, que naturalmente han de referirse a los actos anulables pero no a los radicalmente nulos. El juez puede anular los acuerdos de transacción. En algún caso se produce una desnaturalización del Derecho Concursal, y esto, por decisiones judiciales.

Francisco VICENT CHULIÁ, catedrático y socio de Cuatrecasas, presenta unas “Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal” (pp. 6137-6174). Tema central del Derecho Privado los daños del 1.902 del Código Civil, a partir de un lugar de Díez-PICAZO, según el cual las normas de responsabilidad extracontractual han perdido la función punitiva que tuvieron en sus orígenes. Las contradicciones legales dan lugar a claras injusticias. Más riguroso el Derecho español con los administradores, el autor señala la superioridad de nuestro sistema. Un repaso a la maraña legal da ocasión para proponer algunos parches. El Tribunal Supremo ha manifestado escepticismo acerca de la rectitud de la norma aplicada. La jurisprudencia es contradictoria y confusa, además de abundante. Se interrogan los autores sobre el momento psicológico del legislador; dudan de que el mismo haya apreciado el alcance de la norma que aprobaba. La única consecuencia positiva es la de dar trabajo a los 135.000 abogados colegiados que existen en la patria. Al profesor Ángel ROJO se le debe la redacción de uno de esos preceptos en torno al cual gira la debatida cuestión; el mismo también ha intervenido en la interpretación subsiguiente. Ese artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas viola la seguridad jurídica.

Al redactar esta reseña rige desde el 1 de septiembre de 2004 esa nueva Ley Concursal, “una revolución en marcha”, según Javier LAORDEN, del Consejo del Poder Judicial (*ABC*, Madrid, 17, pp. 20-21), con cambios sus-

tanciales que nos acercan a la modernidad frente al arcaísmo y la dispersión normativa que el lector acaba de apreciar. Legado del Partido Popular, su espíritu intenta cambiar el tratamiento de las crisis empresariales. Se pretende fijar, bajo control judicial, la viabilidad en situaciones de dificultad o insolvencia del deudor. Una Ley que permite la continuidad, en pro del salvamento del tejido empresarial. No la liquidación de la empresa sino asegurar los intereses en juego: los puestos de trabajo, la satisfacción de los acreedores y la continuidad. Un cambio histórico que ha suscitado grandes expectativas. Pero depende todo de la aplicación. El papel de los jueces será fundamental; mejor preparados, con vocación de liderazgo social y la función de exigir responsabilidades, se ha seleccionado mediante concurso-oposición un grupo de ellos. Avanza la especialización. El Consejo General del Poder Judicial exige al Gobierno cuarenta y ocho nuevos Juzgados de lo Mercantil. Es necesario acortar plazos y facilitar trámites, dado que la lentitud es el fallo de nuestro sistema judicial. El Gobierno ha concedido la mitad, sobre los doce ya existentes. No han apoyado las Comunidades Autónomas. Esa gran transformación necesaria puede verse truncada por la carencia de medios materiales y humanos.

También los procesalistas han rendido homenaje al profesor DÍEZ-PICAZO. El granadino Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, abogado y catedrático en Madrid, dicta unos “Apuntes sobre la carga de la prueba en el proceso sobre responsabilidad de los administradores por ejercicio de la acción social de responsabilidad por la sociedad” (pp. 6177-6189), con las inevitables coordenadas que se deducen de los artículos 133 y 134 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el presente positivo, sin perspectiva histórica.

Diferente, sugestivo y con sabor de época es el texto de una conferencia oral de Juan DAMIÁN MORENO, catedrático allí, “Balompié, Derecho y Proceso” (pp. 6191-6205). No basta leerlo; es necesario oírlo. Mucho menos es posible reducirlo o simplificarlo. Magnífico. Incluso el no jurista y con sólo unos rudimentos sobre el deporte vil y millonario, el oyente queda persuadido y encantado. Aun aquel para quien el resto de estas seis mil páginas carezca de interés, debe procurárselo. Aquí luce como un faro; merece ser reproducido aparte. No convence; es evidente. En sólo quince páginas describe el estado de la sociedad española; ligeramente inferior al del fútbol. Entre las muchas lecturas del autor, destacaré la del olvidado BECEÑA. De las claras observaciones derivadas de esta metáfora, señalo la importancia del factor guerra, aunque los jueces sean de paz. *Lo impresionante es lo mucho que de fútbol sabe el profesor.*

Otro DÍEZ-PICAZO, Ignacio GIMÉNEZ, catedrático en el CEU de Madrid, aporta filialmente sus “Reflexiones sobre el nuevo régimen de la condena genérica contenido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil” (del 2000) (pp. 6207-6230). Su precedente es el 360 de la de 1881,

y éste en el 63 de la de 1855, lo que obliga a remontarse a MANRESA y a la Novísima de 1808. MANRESA, un desconocido en la Escuela. Las alteraciones sufridas por el texto en cuestión y la múltiple interpretación de los mismos ocupan al estudioso que concluye: el legislador no ha tenido una idea clara del asunto, como el dato de la intervención parlamentaria, generalmente perturbadora. El artículo 219 va a dar quehacer.

Don Víctor FAIRÉN GUILLÉN ofrece “Algunos fragmentos romanos sobre el *summatim*” (pp. 6231-6245) que explican el origen de la “sumariedad” y el “dar de plano”, diferentes pero a veces unidos y/o confundidos. La clementina *Saepe contingit* de 1306 y Aviñón. Y la lectura de la *Enleitung in die Theorie der summarische Prozesse* de BRIEGLEB. Leipzig, 1865, durante cuarenta años. A más de medio siglo se remonta su preocupación por la traducción jurídica del alemán. Admirable confianza en la restauración de las humanidades, cuando el propio Álvaro D’ORS, su coetáneo, accedió a la humillación de poner en vernáculo el Digesto, que le será contado en su futuro proceso. Don Víctor, el auténtico elemento germánico en Derecho español.

Solamente abogado, don José MIURA FUENTES, “Sobre la abogacía, la jurisdicción y el proceso” (pp. 6247-6269). Sin tiempo libre y sin jubilación, no son pródigos ellos en dejar por escrito su experiencia, cuando es evidente que la efectiva creación del Derecho se les debe a ellos y no al legislador, por supuesto, que la embarulla, ni siquiera a los jueces, y menos a los profesores, prosa que nos hastía. Ha conocido al homenajeador como compañero en la abogacía y vocal en la Comisión de Codificación. Una semblanza de la defensa forense a través de la historia, con las anécdotas de un capitular de Carlomagno, las fuentes castellanas y su exaltación en un periódico en 1829. La Revolución francesa en 1790 y la rusa de 1917 la suprimen. No todos los dictadores abolen la abogacía; conservan la del Estado. Victoria KENT y Clara CAMPOAMOR. Un hermoso florilegio. Una rica antología de textos doctrinales, donde destaca lo decimonónico y el egregio MANRESA.

Rompe los asfixiantes límites nacionales otro abogado, Rafael VENEGAS CARUANA con la colaboración de Carmen VENEGAS GRAU, sobre “*Las american inns of court: ¿un modelo trasladable al sistema español?*” (pp. 6271-6285). Recuerda el seminario conducido por Díez-PICAZO y Manuel BROSETA con notarios y registradores. Hay un código deontológico español de la abogacía, año 2000. Falta la asignatura en el plan de estudios. La idea de esas *Inns* surge al final de los setenta, gracias a un magistrado del Supremo yanqui y a un decano de Utah, reunión de jueces, alumnos y profesores para adaptar el sistema docente británico a las necesidades del Nuevo Mundo. Fundación en 1895. Ajenos a la política, reciben donaciones de los equivalentes de nuestros ARANZADI o el ALCU-

BILLA. Ayudan a los inexpertos y a los alumnos de último curso. Hacen prácticas de civil, penal y procesal. Es posible imitar la experiencia y aun añadirle rasgos, como el procedimiento de quitarse clientes.

El Internacional Privado, que Álvaro D'ORS tenía como culminación del Derecho propiamente dicho. Catedrático en Castilla-La Mancha, Francisco GARCIMARTÍN ALFÉREZ informa acerca de "La directiva (europea) sobre acuerdos de garantía financiera y el gobierno de los riesgos conflictuales" (pp. 6289-6305). Riesgo es el incumplimiento por parte del deudor, con múltiples variables. Hay un proyecto de investigación. La directiva es de 2002 y los Estados tienen año y medio para transponerla. La *lex contractus* (no se pierda del todo el latín) ha de identificarse por el convenio de Roma 1980. Pero hay dificultades para determinar los aspectos jurídicos reales. Se ha generalizado una solución llamada "regla Prima", que da lugar a varias "maneras". Ejemplos ponen todo el asunto en claro. El deudor europeo puede estar tranquilo, pero no igual el extracomunitario. Y aún quedan más problemas para el siglo que avanza.

Desde su ya cátedra en la Autónoma de Madrid, Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS planea "Sobre la vinculación del juez a la Ley en el Derecho" que ahora nos ocupa (pp. 6307-6322). Un gran francés, Henri BATIFOLL en 1971 disertó sobre el tema, pero ya se remonta a nuestro SAVIGNY, que en 1849 situó las normas en la localización. Ahora limitado a los aspectos centrados por el triángulo legislador, jueces y doctrina, brilla Díez-PICAZO, maestro no sólo en Civil sino en Derecho *tout court*. Creación legal y judicial, junto a los cuales no deben olvidar los abogados, su contraposición no es absoluta. Lo puso de relieve Oscar KAHN-FREUND en 1976, antes el *American Law American* en 1969, y todavía más el Código Civil de La Luisiana y un Anteproyecto puertorriqueño, ambos en 1991. Arroja una mirada al *Codex Maximilianus Babaricus* de 1756, al *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 y a los distintos códigos civiles de Europa y América. El artículo 3.º del Código francés fue decisivo con su limitada regulación del tráfico exterior. Siempre ha existido un diálogo entre doctrina y jurisprudencia. Ejemplo de creación progresiva es la sentencia del caso *Riviere* en 1953. Su movimiento expansivo lo detuvo el legislador francés e incluso jueces del *Common Law*, en California, el matrimonio Thorton. Errónea por omisión la intervención del legislador español al redactar de nuevo el artículo 9.2,3 del CC, de inconstitucionalidad reiteradamente denunciada por la doctrina, y por simple error en la Ley de Protección del Menor en 1996. Un difícil capítulo el de los roces entre el Código Civil y la Constitución, que el autor considera con prudencia. La doctrina ha potenciado el *favor filii*.

"La doble nacionalidad y los vínculos especiales con otros Estados" quedan dilucidados por la colaboración del catedrático Miguel VIRGÓS SO-

RIANO y la asociada Elena RODRÍGUEZ PINEAU, mediante “la experiencia española” (pp. 6323-6347). Generalmente vista la situación como accidente o patología, lo propio de la Historia. El convenio de Estrasburgo de 1963 intentó resolverla. Crece la cifra de personas con doble nacionalidad. Entre las varias causas se esfuma la exigencia de renuncia a la primera nacionalidad y la política de integración. Primer intento histórico fue la Constitución de 1931, añorada IIª república. Querían mantener el lazo del emigrante con la madre patria. Federico DE CASTRO en 1951 propuso un tratado con las provincias hispánicas de América y Filipinas; adoptado en 1954. Siguieron los convenios desde el 1958 al 1961. Comenzaron a funcionar, con variantes según los países, pero en 1990 se alteró el mecanismo. Aparece una nacionalidad durmiente y otra activa. Siguen las revisiones y los nuevos problemas. Hay razones históricas, que más nos interesan. La Constitución de 1978 y carrera de San Jerónimo fue, como en todo, más allá, plus ultra. Siguen los casos prácticos y un *excursus* preciso más que creen los autores respecto a la discriminación positiva para los españoles de origen. Hubo una contradicción valorativa. Ni sistemática ni históricamente estaba justificada. En fin, queda aclarada la evolución española del tópico elegido.

El Constitucional, asignatura mediante la cual queda amarrado el tratamiento que bajo la tiranía de Franco eludían, con pocas excepciones, tal vez sólo una, los titulares de Político, las desvanecidas Leyes fundamentales, mientras exploraban la selva del Comparado, se inaugura con una magistral, si breve lección del catedrático Manuel ARAGÓN REYES: “Tipología de las normas constitucionales” (pp. 6351-6359). Ante todo, rectifica una locución dominante: ella no es una norma, sino que las contiene, junto a algunos tópicos retóricos y decorativos, como el “derecho a una vivienda” o el “derecho a la intimidad”, detectable por mil procedimientos. Además clasifica la de nuestra “ley fundamental”, por lo cual debe retenerse su nombre como intérprete cualificado. Con arreglo a su objeto, su modo, los principios y valores (sobre los cuales la crítica de Carl SCHMITT merece atención) y por último, sus vacíos: principios y valores no positivados. Lo denuncia la condición de positivista y normativista de ARAGÓN, tan diferente de su apellido como adecuado al por ahora oscuro siglo XXI. Son sólo precursores nuestro Alejandro NIETO (caro a la Historia del Derecho por su favor a la VI.ª Semana) y RUBIO LLORENTE, ardiente defensor del carácter jurídico del Constitucional, frente a la evidencia de que es un tribunal político por su esencia y sus circunstancias.

Una vuelta sobre lo mismo da el colega Pedro CRUZ VILLALÓN (pp. 6361-6372), en la Autónoma de Madrid, como casi todas, favorecida por la masificación de docentes. ¡Qué cruz! Si solamente una frase quedara de Díez-PICAZO, basta para su fama “En el fuego cruzado de la Constitución como

norma y como norma jurídica aplicable, contemplamos el menguante de la Ley". Ya era hora, porque la Ley es insignificante frente a las decisiones judiciales y éstas dependen de la elocuencia y la agudeza del abogado triunfante, y de la fe pública notarial. Muy dueño del lenguaje, don Pedro le da un nombre que prefiero al mío: "meteorito de 1978". Felizmente vuelto a la cátedra da una espléndida lección desde la base del constitucionalismo patrio y extranjero. Un resumen la desnaturalizaría, pues es más lo que se lee entre líneas que el "resto" de su homenaje. De las dichas, alguna es tremenda y noblemente subversiva. Tenemos Constitución pero no tenemos Ley; "asignatura pendiente" en la jerga escolar. De esta pieza recomiendo recortar y separar. Es más importante poseerla que leerla, pues trata del futuro.

Todavía un DÍEZ-PICAZO. Dentro de las varias posibilidades de ordenar una materia tan plural y tan vasta, no hubiera estado mal, para la doctrina de la generación-estirpe, frente a la ya declinante generación-promoción, agrupar éstas caracterizadas por el afecto filial, discreto, y que no falta del todo en otras colaboraciones, cuyo final nos reconforta y también al eventual lector. Luis M.^a GIMÉNEZ, catedrático, profesor en el Instituto de Empresa, distingue, que es lo clásico y jurídico, frente a confundir, que es lo vulgar y político, entre "Titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales" (pp. 6373-6394); de los extranjeros, de las personas jurídicas, de los menores e incapaces, de los mayores; la renuncia al derecho. Renunciar al derecho es lo mejor que podemos hacer con el derecho. A todo esto responde no el pretendido Derecho Constitucional sino el antiguo y vivo Derecho Civil. Y finalmente la eficacia, de la cual, a diferencia de la tortura, según Paul VALÉRY, lamentamos aprender que el horizonte se presenta oscuro y tormentoso como el reinado de Vitiza.

Antonio LÓPEZ PINA, catedrático en la Nocomplutense y titular de la *Jean Monnet*, que "excita nuestras más legendarias ambiciones", en "Hacia la *determinación* constitucional del Derecho europeo" (pp. 6395-6402). El gran fenómeno al que estamos asistiendo de la formulación de un bisoño Derecho Comunitario que entra en relación con el clásico Derecho Constitucional. El artículo 93 de la española de 1978 abre un boquete por el cual el Derecho europeo penetra en nuestra dinámica institucional y nuestro ordenamiento jurídico. La autonomía institucional es poco más que una mentira piadosa para disimular el alcance constituyente de la integración europea. El autor, en contacto con la más adelantada doctrina, propone un sistema de bien común en términos de igual libertad para todos y una concepción jurídica a la simple economía de la competencia. Advierte del regreso histórico que supondría someterse a la idea de la lucha darwiniana para maximar egoísmo y lucro como utopía salvaje de

la felicidad humana. La potestad tributaria debe ser transferida al Parlamento Europeo. Vibrante actualidad.

Por fin, una torre de historia del Derecho. Bienvenida a la Escuela, Marta LORENTE SARIÑENA, titular en la Autónoma de Madrid. Tarde para alcanzar la VI.^a Semana, 1983, todavía está abierta y creciente la VII.^a Hay un proyecto BHA-2000-0195 de tratar de la historia institucional y cultural de la justicia hispana, siglos XIII a XIX y un seminario en Trento en 1999. “Relectura de nuestro ordenamiento constitucional (1812-1931)” (pp. 6403-6424). Se presenta como actitud crítica frente a la historiografía jurídica tradicional y es una muestra de continuidad con la fecunda tarea de TOMÁS Y VALIENTE. Alude a una copiosa producción que merece atención. Considero oportuno recordar que Galo SÁNCHEZ proponía como objeto de nuestra Asignatura “mostrar cómo nuestro Derecho ha llegado a ser, desde los orígenes hasta *nuestros días*”, y que en efecto, su olvidado o silenciado *Curso* terminaba con una VII sección (curiosa coincidencia) dedicada al “Derecho Nacional” (el mismo que RIAZA y GARCÍA GALLO denominaron “desnacionalización”) y que el programa de José LÓPEZ ORTIZ, en sus oposiciones de 1932, incluía la Constitución de 1931. Me sorprende leer que “la historia ha dejado de ser Derecho”; y más la apreciación: que sea “poco gloriosa nuestra historia constitucional”. Eso dicho con la Pepa delante, modelo en Europa y América; con la de 1869, aparte de la siempre dudosa vigencia, expresión más real de la España federal, y la añorada de 1931, que sólo cedió ante la prueba del duelo judicial. Una excelente página de HD especial: el Político. No breve ni atropellada. Y además muy actual.

Isidoro MARTÍN SÁNCHEZ, estirpe de canonista, que mantuvo en nuestro plan de estudios la espléndida dualidad del *Utrumque Ius*, aunque en la práctica que he conocido, limitado al matrimonio, sustituido por Eclesiástico del Estado, aborda un tema universal, del mayor interés y del cual estamos poco informados: “La libertad religiosa en Rusia” (pp. 6425-6475) con referencia a la Rusia zarista, mil años de inmovilidad, aunque mirados de cerca presenten algunos giros; diecisiete años de la opresión de un ateísmo militante que no deja de ser una religión primitiva y violenta, hacia la que nos encaminamos aquí, y la restauración que presenciamos, después de que el pontificado del Papa polaco obtuvo la victoria de derribar el muro. Por otra parte, la mejor y más clara historia elemental del imperio que tiene de común con Hispania el de ser la frontera con el Islam. Alternativas legales; tensión entre Roma y Moscú. Paralelas historias política y eclesiástica. Gorbachov y sus encuentros con el Papa; relaciones diplomáticas en 1990; dos leyes sucesivas, soviética y rusa, sobre libertad y organización. Restablecimiento del poder ortodoxo y Constitución de 1993

y nueva Ley rusa de 1997; legislación territorial; asociaciones religiosas. El problema de la tolerancia. Occidente (Roma) y Rusia (Ortodoxia).

“El Estatuto normativo del Gobierno y su configuración efectiva como órgano del Estado” (pp. 6477-6501) es el enigmático título del tributo colegial del catedrático Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, en la Autónoma de Madrid. En efecto, una aguda percepción nos hace reparar en que el Gobierno o Ejecutivo: “un poder del que se desconfía, que por carácter concreto y personal y por su acción recuerda al Rey absoluto”. Claro que sí, como que el poder ejecutivo fue adjudicado por las Cortes de Cádiz a la Regencia del Reino (1810), al que dieron un reglamento (1811), pero la Constitución de 1812 lo concedió a los secretarios de despacho. Donde nos encontramos (cfr. *Actas del IV simposium de Historia de la Administración*, Alcalá de Henares, 1983, pp. 299-324). Este es el estatuto, por supuesto, normativo que postula el administrativista, con base documental y perspectiva europea, para sustituir al actual poder ejecutivo que no se limita al papel secundario de ejecutar, sino que domina como un rey absoluto y medio loco los tres llamados poderes, incluido el primero y decisivo que es el imperio, mientras alienta todavía el cuarto, o sea, la prensa y los homenajes.

Bajo la rúbrica de “Administrativo y Fiscal” llega nuestro alejado desde entonces, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, cómo no, en la Autónoma de Madrid, que da más que un apunte, en el campo de las obras públicas y las concesiones privadas de las mismas, para sintetizar “Caso, regulación y sistemática jurídica” (pp. 6505-6536). Magistral exposición de un tema vivo, con la particularidad de ofrecer la visión del pasado, el tránsito del ayer al hoy, la evolución del concepto y una serie de casos reales, Puertos de Estepona y Sagunto, Playa de Loja, con la conclusión de ser esta vez imposible el ideal de una sistemática, en sustitución del cual, ante el proyecto de 2002, sometía una muy humilde y pegada al terreno, a la vez que contempla cumplirse el mito del eterno retorno cuando vemos volver a 1877 y su Ley de Obras Públicas. Lo que va a suceder es el futuro. De sumo interés histórico es la detallada descripción del proceso que va desde el silencio del Alcubilla, 4.^a ed., 1887, a la Seix, los estudios por Niceto ALCALÁ ZAMORA y Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO en 1918. Por último el Proyecto de Ley de 2002. Plena historia especial del Administrativo, conforme a la distinción necesaria.

Por una vez descende de su más alta vocación, la poesía y la academia, el maestro de la Nocomplutense Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA para ilustrarnos sobre “El principio de la responsabilidad de los poderes públicos según el artículo 9.3 de la Constitución (1978 y Carrera de San Jerónimo) y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador” (pp. 6537-6566). Arranca, como es digno y adecuado, de un lugar de Díez-PICAZO,

en su *Derecho de Daños*, 1999, donde culminaba el siglo. La socialización del riesgo, originado, como todo en los siglos, hacia el año setenta del anterior, el XX. Poco antes la tercera del Contencioso Administrativo se empeñaba en exigir responsabilidad al Estado por aprobar leyes, incluso válidas e irreprochables. Y también la doctrina, entre otros, del llorado GARRIDO FALLA. Incluso el Constitucional, pero éste tratándose de leyes afectadas de inconstitucionalidad. Una sentencia del Supremo de 1992 no fue suficiente, pues se limitaba a fijar responsabilidad política. La Constitución de 1812 y Cádiz recogió los principios de las revoluciones americana y francesa. La cruzada de Franco interrumpió ése al declararle responsable sólo ante Dios y la Historia. Por contra, el moderno constitucionalismo de origen inglés, americano y francés descansaba sobre la responsabilidad, detalladamente expuesta en Virginia, París y por LOCKE. También en Cádiz, con lo que retornamos a la luz picaziana.

Ángel MENÉNDEZ REXACH, séptimo catedrático en la Autónoma madrileña, se concreta a las “Especialidades del régimen jurídico-administrativo de los órganos de investigación y las Universidades, en particular, el fomento de la innovación mediante empresas de índole tecnológica” (pp. 6567-6596). Parte del Libro verde de la Innovación europeo y 1995, para intentar resolver la paradoja de que siendo superiores a USA y al Japón, sus resultados sean inferiores. Trece vías de acción propone el libro, sin arredrarse ante la cifra. Se había anticipado una ley española de 1986. Las CCAA se llaman a la parte. Sucesivas leyes orgánicas de la Universidad, 1983 y 2001, nos han ido acercando a la perfección, la última afectada por otra, general, la LOFAGE 6/1997, de 14 de abril, extensiva a toda la organización y funcionamiento del Estado, con más implicaciones de las que caben en un discurso académico. Se trata de organismos autónomos, con particularidades en cuanto a personal, régimen de contratos y financiero. Hay unidades mixtas y unidades propias, sociedades mercantiles y benéfico-docentes, otras sin estructura o en estado fluido. Algunas Comunidades se han lanzado por su cuenta a la innovación; un campo de experiencias. El fomento de la excelencia, la calidad y la competitividad, la atracción de figuras revelantes, la eliminación de los inoperantes y el registro de todo con orden registral, culmina en un panorama barroco, abigarrado, complejo, donde habrá de ejercerse una acción administrativa vigilante, todo bajo el principio de toma de conciencia.

“Los «motivos económicos válidos» en el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales” (pp. 6597-6647), por el catedrático de Financiero y Tributario de la misma Autónoma Carlos PALAO TABOADA, que agradece a la biblioteca, tradicionalmente hostil a la tarea profesoral, el auxilio prestado en documentación. Hay una “norma anti-elusión en el régimen especial, en virtud de la cual las plusvalías no son gravadas hasta

el momento en que los activos no sean enajenados por quienes los adquirieron en la reorganización". Ley del Impuesto de Sociedades, de 1995, transposición de una directiva europea de 1990 destinada a evitar la utilización abusiva de sus propias disposiciones. La disposición ha pasado a la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos del Estado. La Ley española sigue fielmente la versión española de la directiva. Y las Comunidades Autónomas esta vez se han adaptado a la Ley estatal. O sea, que todo va mejor. Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ajusta al buen camino. En varios casos revela que la Ley anti-abuso goza de excelente salud. Al lado de la misma se ha formado otra doctrina, la del *bussines purpose*, o sea, "la finalidad del negocio", artilugio americano destinado a evitar la evasión fiscal o *tax avoidance*. El ingenio europeo deberá ejercitarse en deslizar figuras que permitan la legítima lucha contra la agresión fiscal y la justa restitución. La simulación es esencial en la lucha por el Derecho, a condición de no ser detectada. LÓPEZ TELLO tiene el mérito de haber aventurado mediante la utilización de dos términos ingleses, arriba consignados, la minoración en el pago de impuestos, y asimismo Santa Gadea, digno de un juramento, se inclina con sólidos argumentos hacia la independencia del supuesto previsto en la Ley antiabuso. Como FALCÓN Y TELLA, en favor de la libertad empresarial, y DURÁN SINDREU BUXADE, presupone motivos que justifican por sí solos las operaciones enumeradas por la directiva y que la fusión o escisión no requiere mayor justificación. La doctrina administrativa se limita prudentemente a la mera cita de la Ley antiabuso y la contesta eficazmente. Alguna consideración hecha de pasada suscita la perplejidad del autor, al que acompañamos. La jurisprudencia ha sido parca y limitada a impuestos locales. Como otros productos del *Common Law*, éste tiene muchos detalles difícilmente reducibles a un sistema europeo.

Doctor Juan POZO VILCHES, a cuerpo limpio, se enfrenta con el "Arbitraje y contratos públicos" (pp. 6649-6656). El arbitraje resuelve más rápido los conflictos que la vía judicial. AGUILAR REIDE registra un resurgimiento de la figura y nuestro LORCA NAVARRETE ha publicado un *Manual* pertinente en 1997. Los extranjeros lo prefieren. El ordenamiento patrio tiene reservas acerca del arbitraje. Claro está que lesiona la supremacía de la Administración. CREMADES considera que la resolución arbitral no es menos jurídica que la judicial. Concorde a esta tendencia la propia legislación va inclinándose a que con extranjeros mejor es arbitrar que litigar. Algunas contradicciones son explicables en una legislación atenta a las circunstancias del momento. Esperanza de que el arbitraje se imponga y que la autorización del Consejo de Ministros y del Consejo de Estado se conceda automáticamente y ellos puedan dedicarse a más altas cuestiones. La libertad tiene mejor futuro.

De pronto nos vemos trasladados a pura y esencial historia del Derecho, la historia de juristas, insuficientemente cultivada cuando se da por superada. Al catedrático en León Francisco SOSA WAGNER, alumno agrado de Luis Díez-PICAZO, tal vez por inspiración del apellido materno, se le ha ocurrido poner a examen “La formación jurídico-privada de los grandes ius-publicistas alemanes” (pp. 6657-6679). Anteriores a mi época, sólo alguno me era conocido de nombre: BINDING. Y nada comparable a los perfectos retratos del siglo XIX. Hay una referencia al libro del autor *Maestros alemanes del Derecho público*, Madrid, 2002, indispensable para valorar este *excursus* tan especial: lo privatístico en los iuspublicistas. En fin, los consignamos prometiéndonos más lenta lectura. 1. MAURENBREHER y ALBRECH; en 1837 el segundo reseña un libro del primero. Constan las fechas decisivas de nacimiento y muerte de cada uno, sin lo cual quedarían flotando en la vaguedad del tiempo. MAURENBRECHEN (1803-1843), alumno en Bonn, tras la clásica *peregrinatio*, se habilita en Munich, da a luz un *Lehrbuch* de Privado en 1832-34, y unos *Grundsätze* de Público en 1837. Guillermo Eduardo ALBRECH, de estirpe comercial, prusiano, destacado en latín y griego, en Königsberg y Gotinga donde escuchó a EICHHORN, su maestro reconocido. En Berlín, a SAVIGNY, obtiene la *venia legendi* en su patria; civil y mercantil, llamado a Gotinga, 1830-37, amplía su enseñanza a estatal y eclesiástico, y a Leipzig, desde donde SAVIGNY quiere llevarle a Berlín. Perseveró en Leipzig. Se excitaba en clase como un reaccionario. El conflicto de Gotinga, con la expulsión de los Siete en 1837, por causa del juramento de la Constitución, de 1833, aquí por fin bien explicada. ALBRECHT fue el primero de los Siete. Su antiguo discípulo, GERBER, le da hospitalidad en Leipzig; asombroso. Su única obra, 1828, versa sobre la *Gewere*, cara a don Sebastián MORO. Paul LABAND (1838-1878?) sí es conocido, gracias a nuestro GASCÓN Y MARÍN. Alumno en Breslau de MOMMSEN, del que no guarda buen recuerdo, marcha a Heildelberg, donde le entusiasma el Neckar; multado por cantor nocturno. Estancia en Berlín y vuelta a Breslau para doctorarse. Referendario y asesor. Discípulo de GERBER (m. 1823). Tras el ejercicio profesional, la *venia legendi*. Instalación en Heildelberg. Llamamiento ventajoso de KÖNIGSBERG. Su segunda habilitación. Intensa labor y publicaciones y encargo final del Derecho público, donde dura hasta hoy. En 1872 le reclama Estrasburgo recuperado por el Imperio, y su *Staatrecht*, 1876. Por último Otto MAYER, profesor viajero, tentado por la práctica de la abogacía, centrado en la cátedra que le lleva desde Erlangen a Colonia y Estrasburgo, gran conocedor del Derecho francés, del Derecho Privado al Administrativo; considera el Derecho como algo real y vivo; tenido por jurista demasiado abogadil. Alcanza gran renombre que aún conserva. Explica la grandeza de la ciencia jurídica alemana, no por causa de raza, sino por

la complejidad del Imperio unida a la floreciente filosofía: KANT, FICHTE, HEGEL. Y de la poesía: HOLDERLIN, GOETHE, SCHILLER. Ve el presente como bobalicón y apresurado.

Fuera ya del Derecho propiamente dicho, los penalistas no faltan en esta asamblea general de los juristas españoles al comenzar el siglo. Miguel BAJO FERNÁNDEZ, catedrático en la susodicha Autónoma, diserta sobre “La unidad del Derecho sancionador” (pp. 6683-6696). Se refiere al poder de la Administración en esa función, que algunos profesores juristas y a su cabeza GARCÍA DE ENTERRÍA la atribuyen en exclusiva a los jueces. Sin embargo, la Constitución de 1978 y San Jerónimo consagra (sin que por ello intente ofender a la Iglesia, que tiene como su función específica consagrar) la potestad sancionadora de la Administración. El principio de legalidad rige lo mismo que en el penal, con iguales garantías. El apremio, la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva, el lanzamiento y la utilización de la fuerza pública en caso de disturbios, forman un todo punitivo. Se distingue entre lo disciplinario y lo gubernativo. El primero es admitido pacíficamente; el segundo, polémica. Mediante la cual la Administración se protege a sí misma o protege determinados bienes sociales. En todas las leyes especiales, aguas, minas, montes, ferrocarriles, se castiga. Hay diferencia entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo. Sutiles alemanes, Jaime GOLDSCHMITT, Enrique WOLF, Eberardo SCHMITT, se han aplicado a ello. También los españoles RODRÍGUEZ MOURULLO (tesis en Compostela) GONZÁLEZ-CUÉLLAR, CEREZO CASABÓ. Solamente cuestiones formales los separan. Una sentencia del Supremo en 1881 declara que esa potestad sancionadora debe estar sometida a los mismos principios que la judicial; ha sido confirmado (si lo permite la Iglesia) por el Constitucional. Tipicidad, *non bis in idem*; salvemos el latín. La bibliografía es impresionante. Solamente el cerebro electrónico la podrá consultar.

El secreto profesional es un misterio; la técnica y la psicología pueden acabar con él; han acabado. Se comprende la defensa que en su torno crea el Derecho penal, mientras convierte en delito el fumar y legitima el crimen del aborto. Los siglos son así. Agustín JORGE BARREIRO, uno de los últimos titulares de la asignatura que ya está disuelta entre educación y psiquiatría, se ocupa piadosamente de “La protección del secreto profesional en el Código Penal español de 1995 y en torno a las Salesas” (pp. 6697-6724). Catedrático en la Autónoma, por supuesto. Magnífico modelo de exégesis de un texto legal que es el hijo predilecto de la democracia en su unión de hecho con el Estado, no obstante lo cual la bibliografía ya le ha rodeado hasta casi asfixiarle. No merece menos su originalidad. Protege selectivamente a quienes desempeñan un oficio, tienen relaciones laborales o ejercen una profesión. O sea, perfectamente constitucional en cuanto a la igualdad. La acción típica es revelar o divulgar

(atención, periodistas). La jurisprudencia tiene tela cortada para dictar mil trajes. Hay “confidentes necesarios”: ¿por qué no el novelista o el poeta a poco que domine la metáfora? La vaguedad y la indeterminación va a ser en este como en otros campos la nota del milenio, si Dios no lo remedia y libra del Derecho a la humanidad doliente, que tiene bastante con leyes tan perfectas como sólo puede la democracia concedernos. Queda la intimidad, de la cual como es lógico nada sabemos. Puramente laicista como conviene al momento, el autor no ha rozado el sigilo sacramental. El sida, o sea, la lepra, plantea cuestiones mixtas, como los grupos parlamentarios. Alta nota en HD general, por supuesto.

Último, pero no último catedrático autónomo, nuestro Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, si yo no me equivoco, y “si me equivoco, más a mi favor”, doctor en Santiago, donde tuve el honor de ser su juez en la primera y segunda instancia bajo la dictadura de don Álvaro D’ORS, ha abordado también un tema de *History of Present Law*, como digno alumno de nuestro Alfonso OTERO VALERA, “El delito de malos tratos en el ámbito familiar” (pp. 6725-6739). No aprobada la Ley inminente, lean los periódicos. Se trata del Derecho de guerra doméstica, definido ya en Roma. El maltrato es de siempre, como todo, y una vez descubierto no desaparecerá. “Menos cariño y mejor trato” es un adagio popular. La guerra de los sexos es más antigua que la entre Islam y Cristiandad; guerra latente o activa, más o menos caliente; parece a veces muerta, pero resucita como Lázaro. “La violencia y el orden” es un folleto que aconsejo leer a los juristas. El gran esfuerzo dogmático de MOURULLO se revela (con el permiso lógico) al explicar este barullo; lo agradece la Escuela.

Posiblemente faltan algunos que querrían unirse al homenaje con la posibilidad de librarse del maleficio de lo inédito que persigue a algunos autores. Yo lo hago con todo fervor y con el sentimiento de que algún individuo de las últimas promociones, que desconozco, y que hoy se afanan sobre todo por los orígenes del Derecho español en el paleolítico, hubiera hecho simplemente una lectura de la variada y vasta obra del colega DíEZ-PICAZO, para subrayar con precisión las virutas o tal vez las piezas histórico-jurídicas que se pueden encontrar entre sus páginas, aparte de ser él con evidencia una figura eminente de la Historia del Derecho concebida como Historia de libros. Echo en falta, en cambio, que alguien se haya ocupado de la homosexualidad, tema histórico-jurídico por excelencia, que afecta en primer término al Derecho de personas, al de propiedad, al Político, al Penal, al Laboral, Fiscal, etc., a la Teoría General, la ley y el privilegio, la prescripción y las prescripciones, al concepto mismo del Derecho (Rudolf STAMMLER), y para decirlo en una sola palabra, a la His-

toría General del Derecho. Por supuesto al Canónico o bien ahora Eclesiástico del Estado, incluso al Militar. A falta de una aunque leve noticia, me permito salvar la ocurrencia de uno de esos meritorios “lectores que escriben”: un Antonio Ángel SÁNCHEZ, ciudadano de Úbeda (Jaén). Dice así este ángel en el diario *ABC* de Madrid, 6 de octubre de 2004, p. 8, que vale por ochenta: “Todos los religiosos y religiosas deben ir corriendo a inscribirse como matrimonio tal. Divididas las comunidades por parejas, exigirán todos los beneficios propios del matrimonio en el orden jurídico, benéfico y social, y especialmente la seguridad que ampara a todos”. ¿Por qué los religiosos, privilegio eclesiástico que con toda razón va a desaparecer en el nuevo Estado? Son todas las parejas que todavía sueltas andan libres del yugo las que pueden acogerse al generoso matrimonio homosexual, incluida, naturalmente, la minoría heterosexual. Con lo que quedo suyo, querido director.

Rafael Gibert

*Catedrático de Historia del Derecho
Noemérito de la Nocomplutense*