



AVD·ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Akademia

BOLETIN / ALDIZKARIA

Año V - N.º 14 - Bilbao - Diciembre de 2007
V. urtea - 14. zk. - Bilbo - 2007ko abendua
ISSN: 1888-0525 - LG: BI 1677-03

Sumario / Aurkibidea

In Memoriam: Xabier Aurrekoetxea

Tatiana G. San Sebastián 5

Artículos / Artikuluak

1. ***LA DUALIDAD LEGISLATIVA EN EL MUNICIPIO Y VILLA DE BILBAO,***
Xabier Aurrekoetxea Aurrekoetxea † 9
2. ***LA AVENTURA EUROPEA DEL CONCIERTO ECONOMICO,*** Santiago Larrazabal Basañez 57
3. ***RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS,***
José Manuel Fernández Hierro 73
4. ***APROXIMACION A LA REFORMA DEL CONVENIO DE DOBLE IMPOSICION CON SUIZA,***
Francisco de Borja Iriarte Ángel 109
5. ***ESTADISTICA CONCURSAL,***
Germán Barbier Gaminde 133

6. **RECOBRO DE LIBERALIDADES EN LA LEY DE SUCESIONES ARAGONESA POR CAUSA DE MUERTE**, María Martínez Martínez 139
7. **LAN-ZUZENBIDEA ETA GUNE ILUN GISA KALIFIKATUTAKO HARREMAN JURIDIKOAK (I)**, Jabier Arrieta Idiákez 149
- Noticias / Albisteak**
8. **NOTICIAS INTERNAS**, Javier Oleaga Echeverría 173
9. **PREMIO MANUEL DE IRUJO A NUESTRO PRESIDENTE**, Javier Oleaga Echeverría 177



www.bbkk.es

Gestión de Carteras

Un nuevo valor para su patrimonio

El objetivo de BBK siempre ha sido aportar valor añadido a la gestión de su patrimonio, asesorándole con profesionalidad, ofreciéndole los mejores productos del mercado y obteniendo la mejor rentabilidad financiero-fiscal. Como cliente de **BBK Banca Personal**, usted tendrá a su disposición su profesional de confianza que canalizará todas las sinergias de los equipos especializados de BBK, facilitando en cada momento una planificación financiera y fiscal totalmente adaptada a sus necesidades y a las características de su patrimonio.

Banca Personal

bbk =

**IN MEMORIAM:
XABIER AURREKOETXEA**



En ocasiones las palabras no son suficientes para expresar lo que nos sucede ante la marcha inesperada de un ser querido, y, desde luego, esta es una de esas ocasiones. Xabier Aurrekoetxea Aurrekoetxea, miembro activo y colaborador de la Academia Vasca de Derecho, era un jurista comprometido con el

estudio y difusión del Derecho Foral Vasco, del que era gran conocedor, tal y como hemos tenido ocasión de advertir en múltiples ocasiones, con motivo de su participación en diversas jornadas, congresos, mesas redondas, etc. sobre esta materia, o simplemente los de su entorno más cercano, en torno a una comida en un txoko.

Su labor en pro del conocimiento y desarrollo de nuestro Derecho, le llevo a colaborar activamente no solo con la Academia, sino también con la Universidad de Deusto y con el grupo de estudios de Derecho Foral del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, siendo uno de sus fundadores junto con quien suscribe estas líneas.

Conocí a Xabier allá por el año 1995, en la primera promoción del Master de Derecho Civil Foral y Autonómico del País Vasco que organiza el Instituto de Estudios Vascos de la Universidad de Deusto, donde ejercía las labores de coordinador, por lo que puedo afirmar que fue el amor mutuo por nuestro derecho lo que propició que nuestras vidas discurrieran entrelazadas en lo académico y más tarde en lo emocional.

Su colaboración con la Universidad de Deusto le llevó a participar en la elaboración de diversos tomos correspondientes a la Colección de Jurisprudencia Civil Foral, bajo la dirección de la Dra. Itziar Monasterio Azpiri; en el Colegio de Abogados desempeño una función fundamental en el grupo de estudio de derecho civil foral, participando en múltiples jornadas, acudiendo a Congresos en otras comunidades con derecho civil propio a fin de dar a conocer nuestras particularidades, y no menos importante ha sido su participación en la Academia Vasca de Derecho, como Secretario de la Sección de Derecho Privado. El fruto de esas colaboraciones son multitud de artículos, ponencias o comunicaciones, cuya recopilación constituiría el mejor de los homenajes a nuestro compañero, y no sólo por lo merecido de este reconocimiento sino también porque él hubiera querido que todo aquello sobre lo que discurrió pudiera servir algún día para futuras reflexiones.

Aquellos que le conocimos y tuvimos la suerte de compartir su amistad le echaremos de menos, pero sin duda quien verdaderamente notará su falta será el Derecho Civil Foral Vasco.

Hasta siempre, Xabier.

Tatiana G. San Sebastián

LA DUALIDAD LEGISLATIVA EN EL MUNICIPIO Y VILLA DE BILBAO

1. PRESENTACIÓN DE ESTE ARTÍCULO*

El autor de este artículo, Xavier Aurrekoetxea Aurrekoetxea, falleció el catorce de septiembre de 2007, siendo Secretario del Grupo de Estudios de Derecho Foral y Civil del Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya así como vocal de la Junta Directiva de la Academia Vasca de Derecho - Zuzenbidearen Euskal Akademia, y lo que es más trascendente, realizando y desarrollando el contenido de las funciones correspondientes, cuyo pormenor no es propio de estas notas, a entera satisfacción y ayuda a sus compañeros.

Últimamente tenía en su mesa de trabajo la redacción de un interesante trabajo sobre la dualidad legislativa en el Municipio y Villa de Bilbao.

Efectivamente, al fundarse las Villas se les amplió y modificó la legislación consuetudinaria imperante en sus términos municipales, asignándoles un derecho acorde con la finalidad de su cre-

* Esta presentación al artículo «La dualidad legislativa en el Municipio y Villa de Bilbao» ha sido preparada por Javier Oleaga Echeverría, Secretario de la Academia Vasca de Derecho.

ación, sobre todo de carácter público-administrativo y comercial, y menos intensamente el civil.

Este derecho «villano» (con contenido mayormente del Fuero de Logroño), no llegaba a toda la extensión geográfica asignada a la Villa, pues en tal caso en el Señorío de Vizcaya habría desaparecido prácticamente la “Tierra Llana”. Se aplicaba, en principio, en la zona amurallada.

En el siglo XIX y fines del anterior (con ocasión del Puerto de la Paz) la diferencia de número y densidad de población, riqueza de todo tipo e ilustración consiguiente de Bilbao, hizo que los bilbaínos buscaran más territorio y ello implicara la dualidad legislativa; por un lado la legislación propia de Castilla, desde 1805 la Novísima Recopilación (sucesora de la Fuero de Logroño), y por otro la legislación ancestral regulada en el Fuero Nuevo de 1526. Esta dicotomía es el objetivo del trabajo de Xavier Aurrekoetxea que se inserta a continuación.

Las vicisitudes iniciales de tal cuestión, prolongada en los dos últimos siglos son conocidas por los lectores. Pero hay un hecho que destaca Xavier Aurrekoetxea en su trabajo: la preocupación del Excmo. Ayuntamiento de Bilbao, que da lugar al Expediente nº 35 del año 1910 sobre la «Moción del Sr. Otaduy relativa a la unificación de la legislación civil vigente, derogando la legislación foral de Vizcaya en la parte del término municipal de Bilbao».

Xabier Aurrekoetxea, en su afán de que pudiera ser más o mejor entendido dicho expediente, lo complementó con unas notas o datos biográficos de quienes intervinieron en él.

Finalmente la unificación propuesta y que aparece recogida en el inicio de dicho expediente no prosperó, y siguió manteniéndose la doble legislación de carácter civil en el Municipio y Villa de Bilbao.

Pero he aquí que con ocasión de la Compilación del Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava en el año 1959, recogién-

dose el sentir de los más influyentes o el criterio de quienes entendían que la dualidad legislativa de Bilbao debía desaparecer, incluso por razones objetivas, quedó regido solamente por la legislación del Código Civil, y así en su artículo segundo se dispuso: «Con la denominación de Infanzonado o tierra llana de Vizcaya se designa todo el territorio que comprende la actual provincia de Vizcaya, excepción hecha de las doce villas (...) y todo el término municipal de Bilbao. = Este territorio exceptuado se regirá por el Código Civil».

Tras diversas vicisitudes históricas, nos encontramos en nuestros días con el «Acuerdo de la Diputación Foral de Bizkaia de corrección de errores de los enclaves territoriales y modificación de límites de términos municipales en el Txorierrri» de 3 de marzo de 1998, aprobado por las Juntas Generales el 30 de junio de igual año.

La situación en que se coloca al Municipio y Villa de Bilbao fue examinada en una breve pero enjundiosa anotación por Xavier Aurrekoetxea, quien publicó un texto dividido en dos partes en la revista *Boletín informativo del Colegio de Abogados de Vizcaya* editada por dicho Colegio (en los números 110 y nº 111, correspondientes a febrero y marzo de 2002), y con cuya transcripción concluye este artículo.

**2. INICIATIVA DE BILBAO PARA DIRIMIR LA DUALIDAD
LEGISLATIVA: REPRODUCCIÓN DEL EXPEDIENTE
MUNICIPAL ORIGINAL (1910-1912)**

(1249)
~~1181~~

35

Año de 1910

EXCMO. AYUNTAMIENTO DE BILBAO

Secretaría General Sección de Fomento

CONCEPTO
(Varios) 35

EXPEDIENTE

*Moción del Sr. Oteyay relativa a la unificación de la
legislación civil vigente, derogando la legislación foral de
Vizcaya en la parte del término municipal de Bilbao.*

ARCHIVO			
AÑO	SECCION	LEGAJO	NUMERO
1910	XIV	55A	1249

39 R.º 10 / 22 de 1883

Al Excmo Ayuntamiento de Bilbao



Excmo Señor:

El consorte Concejal en uso del
derecho que le concede el artículo 51
del Reglamento para el orden y cele-
bración de sesiones, tiene el honor de
proponer a V. E. la siguiente mo-
ción:

Proyecto de acuerdo.

El Excmo Ayuntamiento de Bil-
bao se dirigirá a los Poderes públi-
cos en solicitud de que unifique
la legislación civil vigente en Bil-
bao, dictando la procedente dispo-
sición legal, por la que se derogue
la legislación foral de Vizcaya, en
la parte del término municipal
de Bilbao en que se halla vigente,
declarando de aplicación única

en todo el término la legislación
civil común.

V. E. no obstante, con superior
ilustración resolverá lo que estime
más procedente.

Bilbao 17 de Enero de 1910.

Alberto de Ochoa

Acuerdo: En sesión pública ordinaria celebrada por
el Excmo Ayuntamiento de esta S. Villa
en segunda convocatoria el día 21 de Enero
de 1910, se dio cuenta de la precedente
moción.

Defendida por su autor, Sr. Ochoa,
y votada la misma en consideración, se
acordó afirmativamente por 29 votos contra 4.

Manifestó el Sr. Torre que había votado
en pro por consideración al Sr. Ochoa, aun-
que entendía que no podría llevarse á cabo
lo propuesto en la moción por ser competen-
cia de las Juntas forales.

Manifestó el Sr. Horn, que había ve-

tado en contra por estar ya determinada la aplicación del Fuero, según se tratara de la anexión total o parcial y que con la variación se causaba perjuicio a gran número de vecinos.

Se acordó que la moción se remitiera al informe de la Comisión de Fomento.

El Secretario,

V.º B.º
El Alcalde,
Meyers

[Signature]

Ensen 26/910

A la Sección de Fomento.

[Signature]

Excmo. Sr.:

Acordado en sesion el dia cinco de Mayo

La suscrita Comision de Fomento ha estudiado la mocion presentada por el concejal Sr. Oladuy en sesion celebrada el dia veintinueve de Mayo proximo pasado, proponiendo que el Excmo Ayuntamiento de Bilbao se dirija a los poderes publicos en solicitud de que sempiequen la legislacion civil vigente en Bilbao, declarando de aplicacion unica en todo el termino municipal, la legislacion civil comun y derogando la foral en la parte del termino en que se halle vigente.

Por la ley de 2 de Abril de 1861 se autoriza al Gobierno para entender los limites jurisdiccionales de la Enviada Villa de Bilbao, señalando varias reglas, entre ellas la contenida en el art. 2.º que dice asi:

“Si no cominiere alguna de las antequilias en ceder el terreno de su actual jurisdiccion que por efecto del ensanche se conceda a Bilbao, pasara con todo su territorio y con todos sus derechos y obligaciones a formar parte de la citada villa, en cuyo caso continuara regindose como hasta aqui por las leyes del fuero en materia de contratos, formalidad de bienes y heredamientos y demas derechos civiles, salvo la sujecion constitucional.”

En virtud de lo dispuesto por esta ley, la Real Orden de 30 de Junio de 1867, fijo los limites jurisdiccionales de Bilbao, y el 2 de Abril de 1870 el Excmo. Ayuntamiento de esta Villa tomio posesion de la parte de los terminos municipales de Abando y

Bovina, que son arreglo a aquella R. O. pasaba al primero. En estos lugares se mencio, pues, entonces a residir, como del transcrito art. 4.º de la ley se deduce, la legislacion civil propia de la villa, o sea la legislacion ordinaria.

Por la anexion total, que con posterioridad se hizo, del Municipio de Obando al de Bilbao se efectuó por expediente al que recae acuerdo de la Excmo. Diputacion de veinte de Junio de mil novecientos noventa. Este acuerdo declara la subordinacion del Municipio de Obando y su agregacion al de Bilbao, pero haciendo por otra parte por tal resolucion, de caracter puramente administrativo, no podia entenderse que se produjera ninguna cuestion relacionada con el regimen de derecho civil y penal, al que se hallaban sujetos a la sazón los territorios que se mencionaban.

Por lo tanto, desde iniciando la legislacion penal en la parte del territorio de la antieclesia de Obando, que fue objeto de la anexion total acordada el año mil novecientos noventa.

La susodicha Comision de Fomento no ha de entrar aqui a examinar las ventajas o inconvenientes que en general tienen la subsistencia del regimen penal civil. Unicamente para observar que, por lo que a este territorio particularmente afecta, la vigencia del fuero es hoy una anomalia, pues las prescripciones de este, relativas a la transaccion, constitucion de inmuebles y otras con ellas relacionadas desajustan en el modo especial de ser de la vida en las antieclesias, en la conveniencia de evitar la desmembracion del caserio y sus hentes recios que forman la propiedad indivisa de la familia, y en otras consideraciones solo aplicables a la parte rural. Pero el territorio, ultima-

mente anexionado, en el qual se ha proyectado un plan de ensanche y se han urbanizado multitud de calles y levantado construcciones industriales, fincas de riego y casas de vecindad, no puede hallarse sometido, sin gran quebranto del valor de la propiedad, y exposicion de pleitos frecuentes, á disposiciones que restrinjan la libertad de contratación, impidiendo que esta se haga con la rapidez y facilidad que las propiedades urbanas exigen.

En estas razones, á la suscrita Comisión de Fomento le parece sumamente acertada la mocion del Sr. Stadler.

En cuanto á la forma de realizar las gestiones necesarias para conseguir esta unidad de legislacion civil en todo el término municipal de Bilbao, seria necesario para ello otra disposicion del Poder legislativo, y por lo tanto, es facil que esas gestiones no puedan entablarse hasta que los Cortes vuelvan á reunirse.

Y habiendo de influir mucho en esta cuestion las circunstancias políticas, y debiendo acomodarse á ellas las sesiones que se realicen, creemos lo mas acertado encomendarlas al Sr. Alcalde para que las lleve á cabo en la ocasion y forma que juzgue mas conveniente.

En su virtud, la suscrita Comisión de Fomento tiene el honor de elevar á la aprobacion de V. E. el siguiente

Proyecto de acuerdo

El Excmo. Ayuntamiento de Bilbao se dirige á los Poderes públicos en solicitud de que subsane la legislacion civil vigente en Bilbao, dic

Tando la prudente disposicion legal, por la que se derogue la legislacion foral de Vizcaya en la parte del termino municipal de Bilbao en que se halla vigente, declarando de aplicacion inica en todo el termino la legislacion civil comun.

Se encarga al Sr. Alcalde que realice al efecto las gestiones necesarias en la forma y ocasion que estime mas oportunas.

V. E. no obstante, resolvera lo mas acertado.

Bilbao a doce de Febrero de mil novecientos diez.

Fabros

Maestre

Santamarca

En sesion publica ordinaria celebrada en Segunda convocatoria por el Excmo. Ayuntamiento de esta I. Villa el dia 21 de Febrero de 1910 se dió cuenta del precedente informe, acordando S. E. en peticion del Sr. Romo, que quedara este en suya.

El Secretario,

V. E. B.

El Alcalde,

Mape

Domingo de Vitoria

ACUERDO.

En sesion publica ordinaria celebrada en Segunda convocatoria por el Excmo. Ayuntamiento de esta I. Villa el dia 24 de Febrero de 1910 se dió cuenta del precedente informe, acordando S. E. que volvieran a quedar en suya.

El Secretario,

V. E. B.
El Alcalde,

Domingo de Vitoria

Acuerdo } En sesión pública ordinaria celebrada
por el Excmo Ayuntamiento de esta S. Villa
en segunda convocatoria, el día 4 de Marzo
de 1910, se dió cuenta en tercera lectura del
precedente informe.

Lo combatió el Sr. Fern. diciendo que
como representante de una parte del territorio
de Abando anexionado á Bilbao, venia obliga-
do á ello. Bajo el punto de vista jurídico,
espues los antecedentes de las anexiones parcial
y total de Abando, recordando que como ya
se hace constar en el informe, la ley de 7 Abril
de 1871 autorizó al Gobierno para extender los
límites jurisdiccionales de Bilbao, pero con la
condición, de que si no conuiera á alguna
de las Antiguas sedes parte de su territorio,
pasaria en totalidad á formar parte de la
Villa, en cuyo caso, continuaria siguiendo por
las leyes de furo en materia civil. Afirmit

que como consecuencia de la referida cláusula, es indudable que la anexión total realizada el año 1890, dejó intacta la legislación general porque se regia el territorio de Abasco totalmente anexionado en el referido año.

Agregó, que aún reconociendo el Ayuntamiento el derecho de petición, debía concentrarse éste á los asuntos de su competencia, y que perteneciendo el de que se trata, al orden puramente civil, debía prescindir del mismo el Ayuntamiento como prescinde de otros del expresado orden y que ya tiene dicho, que el que se trata de formar, es natural y privado, del territorio totalmente anexionado.

Defendió el informe el señor Ojeda, diciendo, que con la anexión han variado completamente las circunstancias de los terrenos anexionados, puesto que los correspondientes á Abasco, han dejado de constituir una Antiguía para formar parte integrante

de la Villa de Bilbao y habiendo seguido el Fuero en las Antiguallas y no en las villas por no tener razón de ser ni aún en la antigüedad, resultaba hoy inaplicable ya que en general, puede asegurarse que resulta anacrónico y arcaico y está llamado a desaparecer. Oportuno, que estando ya derogado de hecho en Bilbao, en donde no se aplica en las sucesiones y enajenaciones de bienes raíces, debía unificarse la legislación, pues que el Fuero, sin producir ventaja alguna, da lugar a muchas y graves cuestiones y frecuentes pleitos y siendo un asunto que interesa en alto grado al vecindario todo de Bilbao, dejó que nada más natural, que en Ayuntamiento tomara la iniciativa en asunto que solo al mismo atañe, pues que las demás cuestiones de reforma de legislación á que se había referido el señor Hon. conde de carácter general, interesaban á todos los Ayuntamientos de España.

Puesto a votación el informe que apro-
bado por veintidós votos contra tres.

V.º B.º
El Alcalde,
Mojón

El Secretario,

[Firma]

Marzo 11/910

A la Sección de Fomento.

Secretaría Bilboe a quince de Diciembre de mil novecientos
diez.

Nota que el anterior acuerdo se halla de los per-
cudidos del Ayuntamiento y ejecutado a la ley, cum-
plido y ejecutado, cuando a las Cortes respectiva se presento
a saber de se dicta una ley conforme con las aspiraciones
del Ayuntamiento, y remitido al Sr. Ministro de
Gracia y Justicia, por conducto del Sr. Gobernador Civil de
la Provincia, otra instancia igualmente presento a las Cortes
un proyecto de ley a el sentido indicado por el Sr. acuerdo
de a ambas escritas, certificación, que atenderá el Sr. Secre-
tario, del acuerdo adoptado por el Ayuntamiento.

El Alcalde - Presidente

[Firma]

A las Cortes.

El que suscribe, Alcalde-Presidente del honrado Ayuntamiento de Bilbao, a nombre y por virtud de acuerdo del mismo, según lo acredita con la certificación que acompaña, acude respetuosamente a las Cortes del Reino en el rango de peticionario y a pedir que se sirva acordar y aprobar una ley a cuya virtud se unifique la legislación civil ~~vigente~~ vigente en el término municipal de Bilbao.

Por la ley de 7 de Abril de 1861 se autorizó al Gobierno para entender los límites jurisdiccionales de la Jurisdicción de Bilbao, señalando varios reglos, entre ellos la contenido en el artículo 4.º que dice así:

"No conviniese alguna de las antiguas a ceder el terreno de su actual jurisdicción que por efecto del ensanche se conceda a Bilbao, pasará con todo su territorio y con todos sus derechos y obligaciones a formar parte de la citada villa, a cuyos casos continuará exigirse como hasta aquí por las leyes del fuero en materia de contratos, tratabilidad de bienes y herencias y demás derechos civiles, salva la unidad constitucional."

El sentido de la disposición por esta ley, la Real Orden de 30 de Junio de 1867 fijó los límites jurisdiccionales de Bilbao, y el 2 de Abril de 1870 el Sr. D. Aguirre, como Jefe de esta Villa tomó posesión de la parte de los términos municipales de Abando y Begoña, que con arreglo a aquella R. O. pasaba al primero. En estos lugares comenazó, pues, entonces a regir, como del transcurso art. 4.º de la ley se deduce, la legislación civil propia de la Villa, ó sea, la legislación ordinaria.

Con la anexión total, que con posterioridad se hizo, del Municipio de Abando al de Bilbao se efectuó por expediente al que recayó acuerdo de la Sr. D. Diputación Provincial el veinte de Junio de mil ochocientos noventa. Este acuerdo declaró la supresión del Municipio de Abando y su agregación al de Bilbao, pero haciendo constar que por tal resolución, de carácter puramente administrativo, no podía entenderse que se prejuzgara ninguna cuestión relacionada con el régimen de derecho civil y foral al que se hallaban sujetos a la sazón los territorios que se fusionaban.

Por lo tanto, sigue regiendo la legislación foral en la parte del territorio de la antigua villa de Abando que fué objeto de la anexión total acordada el año mil e

por la que se designe la legislación foral de Vizcaya en
la parte del término municipal de Bilbao en que se
halla vigente, dechando de aplicación única en todo el
término la legislación civil común.

Bilbao, por Madrid, a quince de Diciembre de
mil novecientos diez.

Federica Mayá.

Miunta

Honro Sr. Ministro de Gracia y Justicia.

Honro Sr.:

El que suscribe, Alcalde-Presidente del honro Ayuntamiento de Bilbao, á nombre y por virtud de acuerdo del mismo, según lo acredita con la certificación que acompaño, acude respetuosa-mente á V. E. con el fin de que se sirva ~~redactar~~ redactar y presentar á los Cortes del Reino un proyecto de ley en cuyo virtud se unifique la legislación civil vigente en el término municipal de Bilbao.

Por la ley de 7 de Abril de 1.861 (puede verse como la sustitución á los Cortes ^{en} el "índice" que se sustituirá por el si- guiente)

Suplica á V. E. se sirva redactar y presentar á los Cortes del Reino un proyecto de ley, en cuyo por el que se derogue la legislación local de Vizcaya en lo parte del término municipal de Bilbao en que se halla vigente, declarando de aplicación única en todo el término la legislación civil común.

Fra

cia que espero alcanzar de V. E. cuya vida guarde Dios
muchos años.

Bilbao, para Madrid, a quinientos de Diciembre de
mil novecientos diez.

Federico Moyúa.

Minutas
2-1

Don Domingo O. de Kozayre y Alcalde, Abogado del Ilustre
Colegio de Bilbao, Secretario del Excmo. Ayuntamiento de esta
Invieta Villa

Certifico: que en sesión pública ordinaria celebrada
por este Excmo. Ayuntamiento ~~el día~~ en segunda conve-
nata el día cuatro de Marzo último se adoptó el
siguiente acuerdo:

(Aquí copiar el proyecto de acuerdo aprobado.)

Y para que conste, y en cumplimiento de lo que se
dijo en la sesión pública ordinaria celebrada en el día
cuatro de Marzo último, se acordó que el Sr. Alcalde
de esta Villa, don Domingo O. de Kozayre, y el Sr. Secretario
de esta Villa, don Federico Moyúa, hagan expedir la presente
certificación de orden de dicho Sr. Alcalde y con su visto bueno
y el sello de la Corporación, en Bilbao a quinientos de Diciembre
de mil novecientos diez.

v.º 8.º
El Alcalde,
Moyúa

Domingo O. de Kozayre.

Ministerio de Gracia y Justicia

Excmo. Sr. D. de Gracia y Justicia
legajo 2º
n.º 2165

Según el tenor de escrito a V. S. en fecha de 8 de mayo de la ley municipal vigante, y con efecto de que se sirva remitir a V. S. D. D. D. la adjunta instancia dirigida al Sr. D. Ministro de Gracia y Justicia en virtud de que se sirva presentar a las Cortes un proyecto de ley, unificando la legislación civil en el término municipal de Bilbao.

Atis para a V. S. en ad.

Bilbao a quince de Diciembre de 1.910.

El Subscribido Alcalde,
Federico Magaña.

D. Salvador Ariz de L. Ariz.

Bilbao a 15 de Diciembre de 1.910.

D. D.

José Linares.

Madrid ~~(14 de Diciembre)~~ (D. D., 11).

Mi distinguido Compañero. Según el punto de acuerdo adjunto las instancias dirigidas a las Cortes en virtud de que dicta una ley unificando la legislación civil en el término municipal de Bilbao. V. verá si puede presentar una ley de ellas, o el Senado, o a el Congreso, o las dos a la vez, en ambas Cámaras. A cada una de las instancias acompaña una certificación.

Me acordó también al Ministerio de Hacienda, ~~esta~~ ~~relativo~~ a el mismo sentido, o en alguna otra parte
a la Corte un proyecto de ley en materia de los Decretos del
Ayuntamiento de Bilbao. Lo he escrito por orden del
Señor D. y voy a enviarlo al Ministerio de Hacienda o a otro
D. S.

Le agradeceré si P. se a cargo de ir a otro P. de
su cargo, y a lo se puede, peticiones o peticiones resueltas,
si como me avisó lo se haya respecto a los intereses por la
avisar para la Corte.

La real cédula de P. año 5.º y cargo,
g. b. d. n.º



El Alcalde
de la
Villa de Bilbao

16 de Mayo de 1914.

Sr. D. Antonio Arteche.

Diputado a Cortes.

Madrid.

Mi querido amigo: Vuelvo a molestarte con motivo del proyecto de ley que, con tanta fortuna, presentaste a las Cortes, y que se refiere a la unificación del fuero en las jurisdicciones municipales de Vizcaya y principalmente en Bilbao. Creo que es hora de activar la tramitación de este asunto y de que pueda llegar a convertirse en ley. Al revisar los papeles que existen en estas oficinas me he encontrado con el expediente y como sé en gran interés que tienes tu en este asunto en bien de la provincia especialmente por evitar conflictos en el término municipal de Bilbao, te agradeceré que pongas el empeño posible de tu parte a fin de que esta iniciativa

llegue a convertirse en una ley a la mayor brevedad posible.

Tambien te molesto comunicándote que, según me han participado, el día 4 del corriente mes salió de Burgos para Madrid, informado favorablemente, al proyecto de bases, con los demás documentos anejos, referentes a la construcción de los cuarteles en esta plaza.

Mucho tengo tambien que agradecerle en este asunto y mucho espero de tu reconocida actividad y de tus grandes influencias, por lo que me permito volver a recomendarte la cuestión a fin de que lleguemos a un pronto y favorable resultado.

Dispénsame las molestias que te proporciono y sabes es tuyo affmo. amigo y S. S.

q. b. s. m.,

=J. Benito Marco Gardoqui=.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

PRESIDENCIA DEL EXCMO. SR. CONDE DE ROMANONES

EXTRACTO OFICIAL

de la sesión celebrada el miércoles 12 de Junio de 1912.

SUMARIO

Se abre la sesión a las tres y cinco minutos y se aprueba el Acta de la anterior.

Expediente de subasta de consumos de Pueblo Nuevo del Terrible en los años de 1906 á 1912; ruego, por escrito, del Sr. Soriano.

Constitución de Comisiones: comunicaciones.

Exención de descuento á los haberes de los consejeros y demás personal subalterno del Cuerpo de Telégrafos: exposición.

Expediente de recompensas con motivo de los sucesos ocurridos en el mes de Septiembre último: copia.

Autorizaciones de almadrabas en aguas no jurisdiccionales de España en África: expedientes.

Concesión de tres créditos extraordinarios á los presupuestos de los Ministerios de Gracia y Justicia é Instrucción pública; autorización al Gobierno para conceder al establecimiento de depósitos francos segregación del término municipal de Martes de la yardina denominada «Alero de Larúez» y su agregación al de Larúez; ferrocarril de Montserrat al pico de San Jerónimo; autorización al Ayuntamiento de Tomelloso para establecer un arbitrio especial con destino á obras públicas: dictámenes (de Comisión mixta los dos últimos).—Quedan sobre la mesa.

Capítulos 7.º y 8.º de la sección 3.ª de las Obligaciones de los Departamentos ministeriales (Ministerio de Gracia y Justicia): voto particular.—Queda sobre la mesa.

Aproachamiento de la riqueza forestal en la provincia de Segovia: ruego del Sr. Marqués de Santa Cruz.—Contestación del Sr. Ministro de Fomento.

Abusos que vienen cometiendo las Empresas mineras de Puertollano: excarcelación de varios individuos de la Junta directiva de las Sociedades de mineros de Puertollano; hechos ocurridos en la administración municipal de Denia: ruegos del Sr. Albornoz.—Contestaciones de los Sres. Ministros de la Gobernación y de Fomento; quien á la vez da cuenta del resultado de la inspección realizada en la mina del pueblo de Conquista.—Rectificación del Sr. Albornoz.

Proyecto de travesía de las carreteras de Olot á Gerona y de Olot á Santa Coloma: ruego del Sr. Llozas.—Contestación del Sr. Ministro de Fomento.—Rectificación del Sr. Llozas.

Resultado de la inspección realizada en la mina del pueblo de Conquista; tramitación de la causa seguida contra varios individuos de la Junta directiva de las So-

ciudades de mineros de Puertollano; trabajadores que aun continúan presos con motivo de la huelga de los mineros de Aller: manifestaciones y ruegos del señor Iglesias Posse.—Contestación del Sr. Ministro de la Gobernación.—Rectificaciones de ambos señores.

Prohibición de pescar con dinamita en las rías bajas de Galicia: ruego del Sr. Rivas Mateos.

Medidas que deben adoptarse para que no salga de Monforte el cuadro de Van-der-Goes perteneciente á la fundación establecida en las Escuelas Pías de aquella ciudad: manifestaciones y ruego del Sr. Soriano.—Contestaciones de los Sres. Ministro de la Gobernación y Presidente del Consejo de Ministros.—Ruego del señor Seoane.—Manifestación del Sr. Presidente del Consejo de Ministros.

Posibilidad de que venga á la Cámara, antes de ser resuelto el expediente respectivo, el dictamen del Consejo de Estado referente á la venta del cuadro antes mencionado: pregunta del Sr. Burrell.—Contestación del Sr. Presidente del Consejo de Ministros.—Rectificaciones de ambos señores.—Manifestaciones de los señores Igual y Martínez y Soriano.—Ruego del señor Suárez Inclán (D. Félix) solicitando que vengan también á la Cámara las certificaciones de las actas del Consejo de Estado en que se discutió este informe y la del resultado de la votación.

Tribunales de oposiciones á cátedras de Institutos y Universidades que han actuado el año último, principalmente de Física Química é Historia natural: ruego del Sr. Feliú.

ORDEN DEL DIA.—Presupuestos: continúa la votación de los artículos de la sección 4.ª «Clases pasivas», de las Obligaciones generales del Estado.—En votaciones nominales quedan aprobados los artículos 6.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º y 10.

Obligaciones de los Departamentos ministeriales: sección 1.ª «Presidencia del Consejo de Ministros»: dictamen y voto particular.—Discusión del voto particular: manifestación del Sr. Barber.—Discurso del Sr. Pedregal en apoyo del voto.—Contestación del Sr. Barber.—Rectificación del Sr. Pedregal.—Observaciones del Sr. Soriano.—Contestación del Sr. Presidente del Consejo de Ministros.—Observación del Sr. Romeo.—Contestación del Sr. Presidente del Consejo de Ministros.—En votación nominal no se toma en consideración el voto particular.—Discusión del dictamen: discurso del Sr. Llozas, primer turno en contra de la totalidad.—Contestación del Sr. Barber.—Rectificación del señor Llozas.—Discurso del Sr. Iglesias Posse, segundo turno en contra.—Contestación del Sr. Presidente del Con-

una cartera con cierta ocasión, no con carácter de interinidad, sino durante bastantes meses.

Y voy á la observación que deseaba hacer respecto de esta sección.

En la Presidencia del Consejo de Ministros figura para gastos de material una partida que asciende á 103.000 pesetas, en la cual están incluidos los gastos de escritorio. Y más abajo, en el Consejo de Estado, cuyos gastos de personal ascienden á pesetas 378.000, veo otra partida de material que importa 41.890 pesetas. No me parece que hay relación entre estas cifras, porque sin duda el personal del Consejo de Estado es mucho mayor que el de la Presidencia, y me sorprende esa desproporción. El Sr. Barber ha indicado que respecto de este punto se han dado en otras ocasiones explicaciones que yo ignoro, y si no fuese impertinente la curiosidad, ó más bien el interés de un representante del país en conocer estas cosas, desearía que se me explicara esta diferencia que me ha llamado la atención.

El Sr. Presidente del CONSEJO DE MINISTROS (Canalejas): Pido la palabra.

El Sr. PRESIDENTE: La tiene S. S.

El Sr. Presidente del CONSEJO DE MINISTROS (Canalejas): ¿Qué le hemos de hacer! Nunca se ha discutido la cantidad á que se refiere S. S., lo cual no implica que S. S. carezca de derecho para examinarla. En este concepto de «Material» se comprende el coche ó el automóvil, como en todos los Ministerios, las gratificaciones que se dan al personal de la secretaría particular, que es indispensable, porque para el servicio á que está adscrito no puede utilizarse el personal oficial, la calefacción, el alumbrado, las esteras y tapices cuando hay que comprarlos y un sin fin de gastos de que se conserva nota, y que S. S. conocerá si quiere conocerla, pero que hasta ahora no ha sido sometida á la fiscalización del Parlamento.

Por lo demás, en la Presidencia hay bastante personal, porque tiene que despachar, entre otros muchos asuntos, uno muy interesante, el de las competencias, que tiene mucha complejidad. Esa partida de que habla S. S. no es superior á la de otros años; nunca ha sido impugnada, y sin desconocer el derecho del Sr. Iglesias para impugnarla, no es de las que merecen ser discutidas.

El Sr. IGLESIAS POSSE: Pido la palabra.

El Sr. PRESIDENTE: La tiene S. S.

El Sr. IGLESIAS POSSE: Yo desconocía los detalles que acaba de exponer S. S., puesto que respecto de éstos el Sr. Barber se limitó á decir que ya estaban explicados. Con la explicación que S. S. ha tenido la bondad de darme, ya comprendo que refiriéndose esa partida á gastos que no tiene el Consejo de Estado, haya esa diferencia en la partida de material, no obstante ser su personal mucho más considerable.

El Sr. PRESIDENTE: Queda terminada la discusión de la totalidad.

Sin debate sobre los capítulos 1.º, 2.º y 3.º, fueron aprobados los artículos que comprenden.

Abierta discusión sobre el capítulo 4.º, se leyó por segunda vez una enmienda del Sr. Alvarado al artículo único.

El Sr. PRESIDENTE: La Comisión tiene la palabra.

El Sr. BARBER: La Comisión tiene mucho sentimiento en no poder aceptar esta enmienda.

Se leyó nuevamente, y hecha la oportuna pregunta, no fué tomada en consideración.

Sin más discusión quedó aprobado el artículo único de la sección 4.ª

También sin discusión se aprobaron los capi-

tulos 5.º y 6.º, anunciándose que pasaría este proyecto á la Comisión de corrección de estilo y se sometería á la aprobación definitiva del Congreso.

El Sr. PRESIDENTE: Se suspende esta discusión.

Leída una proposición de ley del Sr. Arteche disponiendo rija el Fuero de Vizcaya en el Infantazgo ó tierra llana de la provincia de igual nombre, dijo:

El Sr. PRESIDENTE: El Sr. Arteche tiene la palabra.

El Sr. ARTECHE: Casi exclusivamente, señores Diputados y Sr. Ministro de Gracia y Justicia, para rogar á la Cámara que tome en consideración la proposición que acaba de leerse, y digo casi exclusivamente porque sólo quiero, en el momento de apoyarla, hacer una declaración solemne y categórica que me importa dejar bien sentada: me refiero á los móviles que me han impulsado á presentarla á vuestra deliberación.

Son cuestiones estas que afectan á la legislación y á los derechos forales, de las que suelen rodearse de un ambiente que á veces dificulta su solución, puesto que se suponen producidos por determinadas intenciones políticas. Por eso, señores Diputados, me interesa hacer constar de una manera solemne y categórica que no me ha movido otra sugestión al presentarla que mi deseo vehemente de hallar un remedio pronto y eficaz al estado, que un ilustre tratadista calificó de anarquía jurídica, que padece Vizcaya en materia civil.

Ya en el preámbulo que precede á la proposición que apoyo en estos momentos se hacen constar las causas ó motivos que la han originado; no he de ocuparme de ellas en este momento para no faltar al propósito firme que tengo de molestaros brevemente. Bástame registrar por ahora el hecho de que en 14 términos municipales de Vizcaya existe enorme confusión producida por el dualismo legislativo, porque en ellos rigen al propio tiempo la ley foral y el Código civil, y que es de urgente necesidad poner remedio á tal estado de cosas. La solución contenida en la proposición que apoyo es obra de la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, establecida en virtud del Real decreto de 24 de Abril de 1899 para dar cumplimiento á los artículos 6.º y 7.º de la ley de Bases para la redacción del Código civil, que ordenaba la formación de los apéndices á aquel cuerpo legal.

Creo que esta solución que puedo alabar por no ser mía, no ha de causar daño ninguno y no ha de despertar recelos á nadie, remediando los males que el dualismo legislativo produce en Vizcaya haciendo desaparecer los perjuicios que ocasiona un estado de derecho producido especialmente porque al verificarse agregaciones y segregaciones de términos municipales no se ha determinado bien claramente cuál había de ser la legislación por que habrían de regirse los territorios objeto de ellas. Y hacerlo muy claro y determinadamente esa masa no en Vizcaya, donde ha regido siempre el fuero en las anteiglesias y la ley civil en las villas, y, por lo tanto, al agregarse parte ó toda una anteiglesia á una villa, el territorio de la parte agregada continuaba rigiéndose por su legislación propia aunque lo fuese á territorio sometido á distinta legislación.

Notorios son los inconvenientes que ha producido tal confusión; sólo os diré que se da el caso de que en algunas villas, por ejemplo, en Bilbao, hay calles en las cuales en una acera rige

el Código civil y en la otra la ley foral. Y hasta en algunas casas figen ambas legislaciones por hallarse en los límites de territorios anexionados. De modo que, á veces, en operaciones testamentarias principalmente, es preciso acreditar no solamente el lugar en que vivía el causante, sino además la calle y la casa que habitaba.

Por eso digo y afirmo que es necesario á toda costa poner remedio á tal estado de cosas. La solución que propongo creo que lo consiga sin lesionar el derecho de nadie, pero claro está que debe ser examinada con el más amplio criterio hasta conseguir la que á todos satisfaga armonizando los deseos de todos. Entiendo que la contenida en la proposición que apoyo no podía ser objeto de oposición razonada por parte de nadie y por eso me permito llamar sobre ella la atención del Sr. Ministro de Gracia y Justicia y pedir al Congreso se sirva tomarla en consideración.

El Sr. Ministro de GRACIA Y JUSTICIA (Arias de Miranda): Pido la palabra.

El Sr. VICEPRESIDENTE (Aura Boronat): La tiene S. S.

El Sr. Ministro de GRACIA Y JUSTICIA (Arias de Miranda): La cuestión que plantea la proposición que acaba de defender mi querido amigo el Sr. Arteche es de gran importancia para el estado civil en la provincia de Vizcaya.

Como ha dicho muy bien S. S., allí hay un dualismo que introduce una gran perturbación en esa clase de relaciones, tan interesantes para la vida de los pueblos, porque existen, si yo no me equivoco, de los 120 Municipios que constituyen la provincia de Vizcaya, 97 en que rige, en esta clase de relaciones civiles, la ley foral, 9 en que rige el Código general de Castilla y 14, como indicaba el Sr. Arteche, en que rige en unas partes de la misma población la ley foral y en otras el Código civil. Es un estado de perturbación grandísimo, al cual hay que poner remedio, porque con sólo enunciarle se comprenden las graves dificultades que puede producir y que produce á diario.

El Sr. Arteche, que ha estudiado con mucho detenimiento este asunto, propone una solución. Yo no puedo decir ahora si esa solución es ó no aceptable; lo único que puedo decir es que el problema es interesante, que merece la atención de las Cámaras españolas y que es preciso poner remedio á ese estado de perturbación. Para eso entiende el Gobierno que es conveniente tomar en consideración la proposición del Sr. Arteche, sin adelantar una sola palabra acerca de la resolución que se le ha de dar para que ese problema sea estudiado por la Comisión, que se procurará que esté formada por personas competentes de la Cámara y que ellas propongan á la deliberación de la misma los remedios que consideren más adecuados para salir de esta situación.

Eso es lo único que el Sr. Arteche puede desear y á esto es á lo que el Gobierno se compromete, por lo cual yo termino estas breves palabras asociando mi ruego al del Sr. Arteche para que la Cámara se sirva tomar en consideración la proposición de que se trata.

Nuevamente leída la proposición, y hecha la oportuna pregunta por el Secretario Sr. Quiroga, fué tomada en consideración, anunciándose que pasaría á las Secciones para nombramiento de Comisión.

Prohibición del trabajo industrial nocturno de la mujer.

Continuando la discusión sobre el dictamen de

la Comisión mixta acerca de este proyecto de ley, dijo:

El Sr. VICEPRESIDENTE (Aura Boronat): El Sr. Iglesias Posse tiene la palabra.

El Sr. IGLESIAS POSSE: Para decir cuatro nada más, que ayer hubiera podido pronunciar si no se hubiera suspendido el debate, y con las cuales hubiera terminado esta parte del mismo, puseo que nadie más que yo había pedido la palabra.

El Sr. Merino, al término de su discurso me pidió que desistiera del propósito de votar contra la ley, con la significación que yo daba á mi voto. Además nos manifestaba la esperanza de que en el reglamento el precepto legal se mejoraría, y me parece que indicaba que en él se inclinaría el Poder público más en favor de los obreros que de otra cosa.

En cuanto al primer punto tengo que decir que, con sentimiento no, puedo acceder al ruego del Sr. Merino. Yo no voy contra el principio de la ley, sino contra sus defectos; salió de aquí mejor de lo que ha vuelto, de modo que si antes no me agradaba, menos ha de satisfacerme ahora, y por eso insisto en que, por los defectos que en el proyecto veo, mi voto tiene que ser contrario.

Por lo que se refiere al reglamento, creo que en él sólo se podrá desarrollar el espíritu de la ley y que poco será lo que pueda hacerse en el sentido que yo interese, porque quienes se llevaron aquí una buena temporada trabajando para que prevaleciera su criterio, continuarán haciéndolo para que el reglamento se ajuste estrictamente al espíritu de la ley, y no creo se inclinen á nada que pueda favorecer á los obreros.

Concluyo, pues, diciendo que el reglamento no me inspira esperanzas, y que en cuanto al voto, como tengo que proceder con arreglo á mis convicciones, me es imposible acceder á la petición del Sr. Merino y votaré en contra de la ley por el sentido en que ella se inspira.

El Sr. SALA: Pido la palabra.

El Sr. VICEPRESIDENTE (Aura Boronat): La tiene S. S.

El Sr. SALA: Brevemente, para agradecer al Sr. Conde de Sagasta la últimas palabras que pronunció ayer en su brillante discurso excitando al Gobierno y al Parlamento á preocuparse del estado de las industrias con la mira de ponerlas al nivel de sus similares extranjeras, á fin de que se pueda en España conceder á las clases obreras todos los beneficios sociales que en otros países ya disfrutaban.

Y, respecto al Sr. D. Pablo Iglesias, únicamente he de manifestarle recogiendo su indicación de que estábamos sometidos á ciertas presiones, que, si entendía por tales las razones fundadas en la naturaleza misma de las cosas y, por consiguiente, en principios de equidad y de justicia, claro es que estoy convencido de que esas razones son las que han influido en la elaboración de esta ley; pero si hubiera creído que se trataba de amparar intereses egoístas ó de clase, yo me hubiera opuesto, como seguramente también los demás individuos de la Comisión.

En cuanto á su afirmación de que yo había dicho que la clase obrera se oponía á esta ley, sin duda no fué bien entendido, pues no pude decir tal cosa, sino significar mi opinión de que según se implantara la ley podría perjudicar á las clases obreras, y que, si las perjudicaba, vendrían ó podrían venir las protestas. Y nada más.

El Sr. IGLESIAS POSSE: Pido la palabra.

El Sr. VICEPRESIDENTE (Aura Boronat): La tiene S. S.

3. NOTAS BIOGRÁFICAS DE LOS PROTAGONISTAS DE LA INICIATIVA BILBAINA

3.1. José Antonio de Arteche

Como puede verse de la documentación que reproducimos, la defensa en las Cortes Generales de la propuesta de modificación del derecho civil foral corrió a cargo del diputado en Cortes Antonio de Arteche.

Este parlamentario, nacido en Bilbao el 8 de enero de 1880, tuvo como progenitores a José Antonio de Arteche y Osante y a Elisa Villabaso y Gorrita.

Los Arteche provenían de la burguesía media bilbaína¹, aunque con el tiempo lograron hacerse un hueco entre la oligarquía vizcaína y participar junto con ellos no solo en política sino también en algunas de sus aventuras empresariales más sonadas². Por parte de su madre emparentaba con los Villabaso, conocida familia de la oligarquía vizcaína, con propiedades en el Duranguesado y notable participación en la política y los negocios del emergente Bilbao de finales del siglo XIX y comienzos del XX³.

Puede decirse que Antonio hizo buena boda al contraer matrimonio con Gertrudis Ortiz de la Riva y Arana, a la sazón hija de José Ortiz de la Riva y Allendesalazar y de Sofía Arana y Manso de Zúñiga, y es que, si bien Antonio de Arteche gozaba de cierta posición por razón de su familia paterna y especialmente materna, los Villabaso⁴, su enlace con Gertrudis le permitió entrar a formar parte de una rica familia de terratenientes⁵.

En cuanto a su formación y dedicación profesional debe decirse que Antonio siguió estudios de derecho en las Universidades de Deusto⁶ y Salamanca, aunque no se conoce que se dedicara al ejercicio profesional de la abogacía, antes al contrario, la administración de las fincas y propiedades familiares al principio, y la política después ocuparon su tiempo.

Siguiendo la pauta de de su padre⁷ y sus parientes los Villabaso⁸, Antonio entró en política, y como su progenitor, se presentó como candidato por Burgos, saliendo elegido Diputado a Cortes en prácticamente todas las elecciones que se celebraron en las dos primeras décadas del siglo XX.

En su filiación política, como buena parte de la oligarquía vizcaína de la época, perteneció al liberalismo monárquico, lo que, como a otros miembros de aquella burguesía, le fue gratificado por la Corona con el otorgamiento de un título nobiliario⁹, y que en el caso de Antonio de Arteche y por su vinculación con Burgos¹⁰ se tradujo en que el 18 de marzo de 1916 Alfonso XIII le hiciera marqués de Buniel¹¹.

Entre las familias del liberalismo monárquico y tras la muerte de Sagasta¹² en 1903 y para apoyar su entrada en política, Arteche abrazó la fracción del Conde de Romanones, bajo cuyo encargo, y tras la disidencia del grupo de Gamazo¹³, consiguió un liderazgo relativo sobre el liberalismo monárquico burgalés, lo que le permitió salir electo en las mencionadas elecciones de 1905 y de forma sucesiva en cuantas se celebraron hasta 1916 y repitiendo en las elecciones de 1920 y 1923¹⁴.

A pesar de su proclamado burgalesismo y del reconocimiento del mismo a través de un título nobiliario vinculado a la provincia castellana, Arteche siempre fue uno más de los miembros de la oligarquía vizcaína y prueba de ello es su participación, en el acto celebrado el 17 de marzo de 1918 en el Casino de Artxanda, de proclamación de la unidad de los monárquicos vizcaínos frente al emergente nacionalismo¹⁵.

3.2. José Guimón Eguiguren

No es abundante la información que se dispone sobre José Guimón Eguiguren. Es sabido que fue miembro de una familia bilbaína de profesionales liberales, en la que tuvo mayor trascendencia pública fue su hermano, Pedro, arquitecto, que tras viajar por Europa, experimentó en la fusión del estilo tradicional vasco y las ideas modernistas y decorativas.

La presencia de José Guimón en el expediente objeto de estudio no debe resultarnos extraña y es que este conocido letrado bilbaíno fue nombrado consultor del Ayuntamiento de Bilbao en 1910.

3.3. José Hörn y Areilza

José Hörn había nacido el 28 de marzo de 1879 en el municipio de Casagna, provincia de Albey, de la isla de Luzón, en las Filipinas, siendo sus padres el vitoriano José de Hörn¹⁶ y Mendía y la bermeotarra Antolina de Areilza.

Siendo aún niño, los Hörn-Areilza regresaron de las Filipinas¹⁷ asentándose en San Sebastián, donde el joven José recibió formación con los marianistas. Mas tarde, entre 1894 y 1900, siguió estudios de derecho en la Universidad de Deusto, al igual que sus hermanos Francisco y Miguel.

Hombre polivalente, se dedicó al ejercicio de la abogacía, a la docencia, a los negocios y a la política, Como abogado llegó a ocupar el cargo de Decano del Colegio de Abogados de Bizkaia en 1935 y su época fueron famosos en algunos de los pleitos en que intervino como abogado de la defensa¹⁸; como docente fue profesor de derecho en la Universidad de Deusto¹⁹; y en el mundo empresarial fue consejero del Banco Guipuzcoano y de Ebro y Cía. de azúcares y alcoholes, así mismo participó en la fundación del Banco Agrícola-Comercial y también fue primer presidente del Consejo de Administración de la Compañía Marítima Euskalduna.

Pero de todas sus actividades Hörn destaca por su participación en política. De adscripción nacionalista, llegó a ser presidente del Bizkai Buru Batzar del PNV en 1932, y ocupó diversos cargos públicos. Se inició en la política municipal como concejal del Ayuntamiento de Bilbao²⁰ por el distrito de Gran Vía, llegando a ocupar el cargo de Alcalde entre junio y noviembre de 1909²¹; en 1911 y entre 1913-17 fue concejal por Abando.

En 1918 salió elegido senador por Bizkaia, cargo en el que se mantuvo hasta 1923. Con la llegada de la II República, en 1931,

fue designado Diputado a Cortes Generales de, cargo que repitió en las legislaturas 1933 y 1936.

Falleció en Bilbao el 30 de julio de 1936, siendo enterrado en el cementerio donostiarra de Polloe.

3.4. Julián Benito Marco Gardoqui

Julián Benito Marco Gardoqui vino al mundo en Bilbao el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort²² de 1880, resultando el menor de una familia integrada por otros cuatro hermanos.

En el Instituto Vizcaíno obtuvo el grado de bachiller, de donde pasó en 1895 a la Universidad de Deusto para seguir estudios de Filosofía y Letras y de Derecho, centro en el que llegaría a ser profesor de Lógica Fundamental.

Finalizada su formación jurídica, pronto se inició en el ejercicio de la abogacía, ingresando en 1901 en el Colegio de Abogados de Bizkaia, en el que llegaría ser un activo partícipe²³. También intervino (1906) en las gestiones para crear un vicariato de Partido en Bilbao, toda vez que por aquel entonces Bizkaia, casi en su totalidad, dependía del Obispado de Vitoria.

Debió ser un hombre inquieto, y es que además de asiduo a las tertulias del desaparecido café bilbaíno Lyon d'Or, organizador de conciertos de música, el 11 de septiembre de 1920 participó a José Félix de Lequerica, Ricardo Power, Joaquín Zuazagoitia, Fernando de la Quadra Salcedo, en el homenaje que en el Club Marítimo del Abra se rindió a Alejandro de la Sota, junto

Ideológicamente perteneció al liberalismo monárquico, en las filas del Partido Conservador, afín a Silvela en un comienzo, derivó hacia los partidarios de Dato. Participó activamente en la formación del Partido Conservador de Bilbao, siendo miembro de la comisión gestora del mismo (1909), y Secretario del comité político del mismo. Cuando se calmaron las turbulentas aguas entre las

facciones del liberalismo monárquico vizcaíno, participó en 1919 en la creación de la nueva marca electoral de este grupo conocida como Liga de Acción Monárquica.

Marco Gardoqui se inició en política en 1912, como concejal del Ayuntamiento de Bilbao, en la corporación que presidió Moyúa. Mediante Real Orden de 14 de noviembre de 1913 fue designado Alcalde²⁴, cargo en el que permaneció hasta el 28 de septiembre de 1915²⁵.

3.5. Federico de Moyúa y Salazar

Pocas fechas antes de que las tropas del pretendiente iniciasen el asedio a la villa de Bilbao durante la segunda guerra carlista, vino al mundo en la Plaza Nueva de Bilbao Federico de Moyúa y Salazar, el 19 de octubre de 1873.

Su familia paterna era originaria de Oñati, de donde su abuelo, José de Moyúa y Lengaran emigró a Cuba. Habiendo regresado a la Península y asentado en Bilbao²⁶, su hijo José Leopoldo contrajo matrimonio en dos ocasiones, primero con Leonor de Salazar, hija mayor de Ramón de Salazar y Mazarredo, madre de Federico, y de la que habiendo enviudado, y en segundas nupcias con Rita, su cuñada, otra de las hijas de Ramón de Salazar.

El joven Federico siguió la carrera de leyes en la Universidad de Deusto, aunque apenas si se dedicó a la abogacía. Como otros muchos hijos de familias acomodadas de la época, la gestión de propiedades y negocios familiares ocuparon su tiempo; y es que si bien los Moyúa, así como de los Salazar-Mazarredo eran familias económicamente bien posicionadas, al contraer matrimonio con Asunción Barandiarán Federico entró a formar parte de una familia de prósperos comerciantes²⁷.

Pero si por algo destaca Federico Moyúa es por su actividad pública. Quizá marcado por los precedentes familiares, su vida política se desenvuelve dentro del liberalismo monárquico²⁸. Se inició en esta faceta a los 28 años, presentándose como independiente en las elecciones municipales de 1901, pero sin conseguir su objetivo.

Lo intentó de nuevo en 1909, por el distrito de Santiago y bajo los auspicios de los monárquico-liberales, con resultado satisfactorio e inicio de una prolongada carrera política, ya que no solo salió elegido concejal, sino que, por dimisión de Eugenio Martínez Sevilla fue designado Alcalde de Bilbao a partir del 1 de enero de 1909, cargo en el que permaneció hasta el 21 de noviembre de 1913, siguiendo como concejal durante 1914.

Vuelve al Ayuntamiento de Bilbao con el gobierno de Primo de Rivera al ser designado concejal por el gobernador militar Echagüe en 1924, saliendo elegido de nuevo alcalde por acuerdo del resto de los concejales designados por la autoridad gubernativa, cargo en el que permaneció el hasta el 26 de febrero de 1930, en que cesa arrastrado por la caída del dictador.

Uno de los hechos más destacados de la segunda etapa como alcalde de Moyúa fue la anexión de las anteiglesias de Begoña, Deusto y el barrio de Lutxana de la Anteiglesia de Erandio, que se aprobó por Real Orden de 29 de octubre de 1924, con efectos a partir del primero de enero de 1925.

Siendo Moyúa alcalde, en 1910, participa en la fundación del Partido Liberal de Vizcaya²⁹. Deja el ayuntamiento pero no la política, y es que es uno más de los partícipes en la fundación de la Liga de Acción Monárquica de Vizcaya el 7 de enero de 1919.

3.6. Alberto Otaduy Arsuaga

Poco sabemos acerca de este concejal del Ayuntamiento de Bilbao. Sí hemos conseguido saber que Alberto Otaduy ocupó varias veces el cargo de concejal en ese ayuntamiento.

Es conocida su adscripción al liberalismo monárquico, que en los primeros años del siglo XX se organizaba bajo el nombre de Unión Liberal, popularmente conocida como «La Piña». A la desintegración de este bloque, tomó partido por la facción monárquico-liberal, participando junto a Moyúa y otros en la fundación del Partido Liberal de Vizcaya

También fue teniente de alcalde, cuando Moyúa es elegido alcalde por vez primera para el mandato de 1910 a 1911. En el mandato municipal de 1912 a 1913 sigue apareciendo como teniente de alcalde.

4. AMBITO ACTUAL DE APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE BIZKAIA

4.1. Antecedentes

Entre quienes desenvuelven su actividad entorno al derecho civil foral vasco, es situación asumida que el conocimiento del ámbito de aplicación correcto del mismo y del vizcaíno en particular, no es una cuestión pacífica, antes al contrario, hay constancia de que la coexistencia en Bizkaia de dos ordenamientos jurídico-civiles de distinta inspiración, genera ciertas dudas.

No obstante, últimamente han podido escucharse manifestaciones de ciertas autoridades que gobiernan algunos municipios vizcaínos, que sobrepasando el conocimiento dudoso a que aludíamos, caen en el mas profundo error, hasta el punto de sostener que ordenamiento jurídico civil al que quedan sujetos sus convecinos es otro distinto del que realmente resulta ser vigente.

No tienen estas líneas la finalidad de replicar a nadie, sino simplemente la de exponer cual es la situación legal actual, con una breve reseña de los antecedentes que a ella han conducido, y contribuir así al correcto conocimiento de nuestras leyes.

4.2. Aproximación al tema

Es conocida, si bien difusamente como decía anteriormente, la existencia de una doble legislación en Bizkaia, diferente según los territorios. En este sentido algunos compañeros quizá recordarán de sus tiempos universitarios alguna de las peculiaridades en orden al ámbito territorial de aplicación del Fuero, y rememoren términos como Infanzonado o Tierra Llana e incluso lleguen a retener en su memoria la idea de que no rige en ciertos municipios que fueron fundados como villas.

Este conocimiento, un tanto genérico, lleva a algunos a sostener y no sin cierta frecuencia, que el Derecho Foral es el derecho rural o agrario de Bizkaia, mientras que el Derecho Común es el derecho aplicable en los núcleos urbanos. Nada más lejos de la realidad, como se acreditará más adelante; si bien hay que reconocer que quizá una parte de la responsabilidad en este conocimiento erróneo corresponde a los profesionales que han estado vinculados al mundo de Derecho Foral, y que tradicionalmente han hecho girar en torno al caserío, los ejemplos para explicar el mismo; probablemente, otra de las causas de esta creencia errónea se halla en el hecho de que algunas de las poblaciones vizcaínas de configuración urbana, y que fueron fundadas como villas, se rigen en lo civil principalmente por el Derecho Común, en perjuicio del Derecho Foral.

4.3. El ámbito territorial

a) La regulación actual. Las villas

El marco legal vigente viene determinado por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco de 7 de agosto del mismo año. Esta Ley se divide en tres libros, uno por cada uno de los territorios históricos que componen la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El libro primero versa sobre el Fuero Civil de Bizkaia, y en su capítulo primero establece su ámbito de aplicación. Resulta de extrema importancia la regulación que se hace en estos artículos, especialmente en el artículo 6 que es el que establece propiamente el ámbito territorial de aplicación del fuero.

Como norma general, puede señalarse que constituye este ámbito y por tanto territorio aforado, la totalidad de los pueblos que integran el Territorio Histórico de Bizkaia, salvo la parte no aforada de ciertos municipios; a saber, el fuero no es de aplicación en parte del territorio de los municipios que a continuación se refieren: Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina, Ondarroa, Orduña, Otxandio, Portugalete y Plentzia; según redacción del aludido artículo, tampoco es de apli-

cación el derecho foral en la totalidad del término municipal de Bilbao. Estas que se han relacionado son las villas que recordarán algunos compañeros de sus tiempos universitarios y que ahora examinaremos con más detalle.

b) Las partes de las villas

Siguiendo la tradición histórica de distinguir en las villas la parte del casco urbano originario, del resto del territorio adscrito a la mismas, y que en conjunto, constituyen la totalidad del término municipal, la Ley de 1992, distingue también dentro de los municipios relacionados en el artículo 6, la existencia de dos zonas o áreas de aplicación de derecho, la parte aforada y la parte no aforada. Obviamente en la aforada regirá primeramente la propia Ley 3/1992, mientras que en la no aforada se regirá por el Derecho Común.

Como el proceso de urbanización se produce siempre a expensas del suelo rural, y como el espacio urbano de estos municipios de doble legislación era territorio de Derecho Común, se ha estado en la creencia de que el proceso urbanizador extendía también a las nuevas zonas urbanizadas el derecho del área urbana originaria. En ello ha tenido su incidencia la anterior regulación civil foral de Bizkaia, conocida como La Compilación, que articulaba un complejo procedimiento que admitía este efecto expansivo del Derecho Común y reductivo del Derecho Foral. El procedimiento, ciertamente poco agraciado, generó una verdadera situación de inseguridad jurídica al no poder conocerse de un modo definitivo los límites exactos del espacio físico de aplicación de unas u otras leyes, mas aún cuando a partir de la de los años sesenta del siglo XX el País Vasco y Bizkaia en particular experimentaron un crecimiento urbanístico desorbitado y escasamente organizado, con barriadas de viviendas colectivas construidas en suelo rural, con frecuencia sin solución de continuidad con otras zonas urbanas del municipio, todo ello para atender al aluvión de emigración que llegaba al amparo del desarrollo económico de aquella década.

La ley de 1992 puso fin al efecto expansivo, y exigió que los Ayuntamientos sujetos tradicionalmente a doble legislación fijasen de forma indubitada la parte de cada uno de ellos que quedaba

sujeta a una legislación y la parte que quedaba sujeta a la otra. La determinación se haría reflejándola en unos planos que se remitirían a la Diputación Foral, a fin de que por esta fuesen presentados ante las Juntas Generales para su posterior aprobación definitiva, como se exige la Disposición Adicional de la Ley.

Para la fijación del ámbito espacial sujeto a una u otra legislación, los Ayuntamientos debían seguir el criterio establecido en el artículo 7, que establece que la parte no aforada quedará constituida tanto por el núcleo urbano originario como por el suelo contiguo al mismo, con la condición que esté calificado como urbano en el planeamiento vigente cuando entrara en vigor la propia Ley. Las modificaciones posteriores del planeamiento urbanístico no afectarán en absoluto al ámbito territorial de aplicación del Derecho Foral o del Derecho Común.

4.4. La villa de Bilbao: un caso peculiar

Cuando el 2 de abril de 1870 Bilbao se anexionó parte de la anteiglesias de Abando y Begoña, lo hizo expandiendo al nuevo territorio adquirido el derecho que regía en la diminuta villa siete-callera. Ahora bien, la política de expansión territorial de Bilbao en perjuicio de sus anteiglesias vecinas no siempre derivó aquel resultado, ya que el 21 de junio de 1890 cuando sucedió el siguiente episodio de la expansión bilbaína, anexionándose lo que quedaba de Abando o el 29 de octubre de 1924, cuando anexionó el resto de Begoña, Deusto y parte de Erandio, no se produjo alteración en el régimen jurídico civil de los vecinos de los territorios anexionados, continuando como aforados; tampoco el 21 de enero de 1940 cuando incorporó el resto de Erandio. En todos estos casos, la ane-xión de estos municipios, territorio infanzón en lo civil, se produjo sin alteración de la legislación que regía en los mismos.

Sin embargo en 1959 al aprobarse la Compilación, los redactores de la misma, determinaron que todo el término municipal de Bilbao, sin distinción alguna por la legislación que se hubiese estado aplicando hasta entonces, quedase como territorio no aforado, poniendo fin a la dualidad legislativa en Bilbao. Los redactores de la Ley de 1992, sin modificar en absoluto esta regulación, así lo repitieron.

ron, de modo que la villa de Don Diego López de Haro continuaba siendo el único municipio vizcaíno sujeto exclusivamente en todo su espacio físico al Derecho Común, a diferencia de las otras villas, algunas de las cuales, quedaban sujetas a doble legislación, foral y común, y a otras, que por decisión del legislador de la Compilación habían pasado a ser territorio infanzón en toda su integridad.

No obstante cuando sucedió el nuevo episodio de anexión territorial por Bilbao, el 31 de marzo de 1966, al incorporar por Decreto las anteiglesias vecinas de Sondika, Loiu, Derio y Zamudio, tampoco se produjo alteración en el régimen jurídico de los que habían sido vecinos de estas anteiglesias, y hasta su desanexión, el primero de enero de 1981 siguieron rigiéndose por el Derecho Foral. Desde esa fecha en adelante Bilbao volvió a ser un municipio sujeto a una única regulación civil, del Derecho Común.

Ahora bien, la situación ha vuelto a cambiar a las puertas del siglo XXI y en virtud del Acuerdo de la Diputación Foral de Bizkaia de «Corrección de errores de los enclaves territoriales y modificación de límites de términos municipales en el Txorierrri», de 3 de marzo de 1998, aprobado por las Juntas Generales el 30 de junio del mismo año, por el que Bilbao incorporaba a su término municipal los enclaves de Zaratze, Larrena-baso y Palatuko, así como el de Iketzas, los tres primeros pertenecientes anteriormente a la anteiglesia de Loiu y el último a la de Zamudio.

Atendiendo a lo recogido a su vez en el artículo 9 de la Ley de 1992, que señala que la modificación administrativa de los límites de los términos municipales no altera el derecho civil aplicable a los territorios afectados, debe considerarse que los cuatro enclaves siguen perteneciendo al Infanzonado de Bizkaia, con lo que Bilbao, como durante las últimas décadas del XIX y parte del XX, ha vuelto a ser un municipio sujeto doble legislación, con parte aforada y con parte sujeta a Derecho Común.

4.5. Los planos

En virtud de lo establecido en el párrafo primero de la Disposición Adicional de la Ley 3/1992 los Ayuntamientos de las

villas no aforadas, venían obligados, en el plazo de tres meses a elaborar unos planos en que se determinase cual era la zona sujeta a Derecho Común; el núcleo urbano originario además del contiguo calificado como urbano.

Según el párrafo segundo de la Disposición Adicional, una vez elaborados serían remitidos a la Diputación Foral, a la que correspondería someterlos a las Juntas Generales de Bizkaia para su aprobación; trámite que sin embargo no se cumplió hasta el 4 de mayo de 1994.

Una vez aprobados los planos, deberían ser a su vez enviados al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y a los Ayuntamientos respectivos, para que pudieran ser consultados por los interesados. En este sentido, debe señalarse que realizadas averiguaciones en algunos de los ayuntamientos obligados a disponer de esta documentación, resulta que en los mismos no existen sino los planos que en su momento se remitieron a la Diputación Foral, documentación que por otra parte no se ajusta con los planos que fueron aprobados por las Juntas Generales.

Ahora bien y para tranquilidad de los abogados vizcaínos debe señalarse que el Ilustre Colegio de Abogados de Bizkaia a través de su Grupo de Estudio del Derecho Civil Foral, ha obtenido de las Juntas Generales de Bizkaia y por gentileza del presidente de las mismas, una copia de los planos que remitidos por la Diputación Foral, fueron aprobados por las aludidas Juntas; planos que se hallan a disposición de los colegiados. No obstante, debe advertirse que por razón de la escala empleada en los mismos, la delimitación de las zonas de aplicación de una y otra legislación no resulta todo detallada que fuera de desear; así bien y en el caso de Bilbao tampoco se recoge la situación derivada de la incorporación de los cuatro enclaves aforados antes referidos. En todo caso, el Colegio de Abogados a través del Grupo de Estudio del Derecho Foral está implicado en que desde las Instituciones Públicas que rigen Bizkaia, y en breve plazo, se proceda a la publicación de los referidos planos con las últimas modificaciones y a una escala que permita una perfecta identificación de unos y de otros territorios.

4.6. El derecho de opción

En aras a eliminar la dualidad legislativa del sistema civil vizcaíno y retomando para ello establecido en el Capitulado de Unión y Concordia entre las Villas y el Señorío de 1630, el artículo 10 de la ley 3/1992 establece que los municipios con parte no aforada podrán hacer uso del procedimiento recogido en el mismo y que requiere primeramente acuerdo del pleno del Ayuntamiento, posterior audiencia de las Juntas Generales, seguida de consulta a sus vecinos, y finalmente aprobación por el Parlamento Vasco. Este procedimiento permite que los referidos municipios pasen a regirse en todo su territorio por el Derecho Foral; en todo caso la iniciativa para optar por el Fuero corresponde exclusivamente de los propios municipios, que si no llega a prosperar deberá esperar un plazo de cinco años para volver a iniciarse.

4.7. El fuero de Bizkaia fuera de Bizkaia

Debe recordarse a su vez que son territorio infanzón también, luego sujetos al derecho civil foral de Bizkaia los municipios alaveses de Llodio-Laudio y Aramaio, que en lo civil se rigen como si de cualquier otro municipio de la tierra llana vizcaína se tratase, así se dice en el artículo 146 de la Ley del derecho Civil Foral del País Vasco.

4.8. El ámbito personal

Esta Ley introduce en el artículo 12 una gran novedad, ha creado la vecindad civil vizcaína no aforada. Hasta entonces se entendía que los vizcaínos que eran aforados si tenían vecindad civil en tierra infanzona, o no aforados si la tenían e la parte no aforada de las villas. Desde 1992 sin embargo se distingue entre no vizcaínos y vizcaínos, los cuales a su vez podrán se aforados o no aforados.

Pero el lector se preguntará, ¿que efecto tiene la existencia de una vecindad vizcaína no aforada, si los infanzones están sujetos al Fuero y los no infanzones al Derecho Común? Ciertamente existe la diferencia a partir de la propia ley de 1992; la respuesta está en el artículo 13, que permite a los vizcaínos no aforados poder acogerse a algunas disposiciones sucesorias típicas del dere-

cho foral vizcaíno, prohibidas por otra parte por el Derecho Común, se trata del poder testatorio y del testamento mancomunado, de manera que los vizcaínos de vecindad de Derecho Común, así por ejemplo un matrimonio de vecinos del bilbaíno del barrio Indautxu, o de la parte no aforada de Durango o de Portugalete podrán testar mancomunadamente o acudir al poder testatorio, incluso si su régimen económico no fuese el de comunicación foral.

4.9. Resumen

Claves para conocer el ámbito de aplicación del derecho civil foral en Bizkaia:

a) Norma general: el Derecho Foral (Libro 1º de la Ley 3/1992) es el derecho civil propio de Bizkaia.

b) Excepción primera: el Fuero rige también fuera de Bizkaia, en los municipios alaveses de Laudio y Aramaio.

c) Excepción segunda: el Derecho Foral no rige en parte de catorce municipios de Bizkaia. Balmaseda, Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa; Lekeitio, Markina, Ondarroa, Orduña, Otxandio, Plentzia y Portugalete. En parte de ellos rige preferentemente el Derecho Común. Para conocer las partes aforadas y no aforadas pueden verse los planos depositados en el Ilustre Colegio de Abogados de Bizkaia. Téngase en cuenta, no obstante, que estos planos aún no recogen las anexiones por Bilbao de los enclaves de las anteiglesias de Loiu y Zamudio.

d) Excepción tercera: los ayuntamientos de los municipios con territorio en que rige preferentemente el derecho común pueden ejercitar derecho de opción a favor de la extensión del derecho foral a todo el término municipal (hasta la fecha ninguno de los municipios ha consumado el proceso).

e) Excepción cuarta: el testamento mancomunado y el poder testatorio, instituciones de Derecho Foral, están admitidos en la parte de los municipios en que rige preferentemente el Derecho Común.

Xabier Aurrekoetxea Aurrekoetxea †

NOTAS

¹ Según Javier de Ybarra, los Arteche tenían antecedentes que los vinculaban a la marina mercante, en YBARRA YBARRA, Javier de, *Política nacional en Vizcaya*; Madrid, 1948, pp. 460-461.

² El primero de los miembros de esta familia que alcanza cierta trascendencia pública fue José Antonio de Arteche, el padre de Antonio que llegó a ocupar el cargo de Presidente de la Diputación Provincial de Bizkaia entre 1892 a 1897, no obstante y el miembro de los Arteche mas conocido por sus participación en los proyectos empresariales de la gran burguesía empresarial vasca resultó ser el hermano mayor de Antonio, Julio de Arteche y Villabaso, nacido en Bilbao el 4 de agosto de 1878, y que fue nombrado Consejero del Banco Bilbao a los 24 años, banco del que llegó a ser designado presidente vitalicio, así mismo presidió el consejo de administración del Banco de Comercio, Española de Petróleos, Sociedad Minera de Porcia, Marítima del Nervión, Fundiciones Vara, Alambres del Cadagua, Sociedad Española de Construcciones Electromecánicas, Sociedad General de Ferrocarriles Vasco-Asturiana y de los Ferrocarriles de Santander a Bilbao; también fue consejero del Banco de España y de Naviera Vizcaína, participando en la fundación de Saltos del Duero. El 18 de julio de 1950 recibió el título Conde de Arteche.

³ José Luis de Villabaso y Gorrita, a la sazón tío de Antonio Arteche fue director del Banco de Bilbao. Otro miembro destacado de los Villabaso-Gorrita fue Julián, quien resultó elegido diputado a Cortes Generales por Bizkaia en las elecciones de 1872; un lustro mas tarde, en 1877 fue designado miembro de la Comisión Permanente de la Diputación vizcaína, que fue nombrada por Cánovas del Castillo tras ser disuelta la Diputación Foral.

⁴ Los Villabaso, aunque disfrutaban de cierta posición entre la burguesía bilbaína, consiguieron emparentar con algunas de las familias mas «potentadas» del Bilbao de finales del XIX, así resulta que Mercedes Villabaso Zabaleta contrajo matrimonio con José María Martínez de las Rivas Richardson, descendiente de uno de los artífices de la moderna siderurgia vizcaína; mientras que su hermana Pilar Villabaso Zabaleta entró a formar parte del clan Ybarra al contraer matrimonio con Antonio Ybarra López de Calle, a la sazón nieto del que puede ser considerado fundador de la saga, José Antonio de Ybarra y Los Santos.

⁵ La rica propiedad inmobiliaria de los Ortiz de a Riva se tradujo entre otras cosas para Arteche, en que su esposa aportase al matrimonio un elegante palacio urbano en Balmaseda. YBARRA, op. cit.

⁶ Entonces denominado Colegio de Estudios Superiores.

⁷ En la última década del XIX la alta burguesía vizcaína se lanzó a la política con la intención de ocupar cargos públicos en defensa de sus intereses, y en este objetivo los oligarcas no se conformaron con intentar controlar las administraciones mas próximas como las Diputaciones Provinciales, sino que incluso se iniciaron en la política estatal para ocupar cargos en las Cortes Generales; tanto era el afán por intervenir en política y contados los distritos electorales en el País Vasco, que algunos de ellos se presentaron por distritos electorales de provincias limítrofes, en candidaturas que, en política, son conocidas como de «cuneros»; ejemplo de ello fueron Luis Landecho y el marqués de Bériz -Eduardo de Aznar y Sota-

quienes salieron elegidos senadores por Burgos en las elecciones de 1899; el segundo repitió en las elecciones de 1901, y su muerte en plena legislatura, en 1902, dio a José María de Arteche y Osante la oportunidad de saltar de la política local a la política estatal, saliendo elegido Senador por Burgos en las elecciones parciales que se celebraron para cubrir la vacante tras del fallecido marqués de Bériz.

⁸ Si bien la participación de los Villabaso-Gorriza en la política vizcaína, había sido notable a finales del XIX –véase nota n.º 6–, se consolida en la nueva generación, no solo a través de Antonio, sino de otros miembros de la familia como su primo, Fernando Villabaso Zabaleta, –a la sazón cuñado de José María Martínez de las Rivas y de Antonio de Ybarra– quien participa en la política municipal de Bilbao, saliendo elegido concejal a partir de 1912, más tarde teniente de alcalde, en la época en que fue primer edil Federico Moyúa e incluso Alcalde durante el breve período entre el 29 de noviembre y el 31 de diciembre de 1915, por la dimisión sucesiva, primero de Benito Marco Gardoqui y de Ricardo Power después. Como sus parientes, fue ideológicamente afín al partido liberal, participando en 1919 en la fundación de la Liga de Acción Monárquica de Vizcaya.

⁹ Debe recordarse que durante el período de la Restauración, la Corona concedió innumerables títulos nobiliarios a miembros de la oligarquía vizcaína, muchos de los cuales, y contra la tradición foral resultaban títulos otorgados sobre solares del país vascongado; ejemplo de ello son entre otros títulos como los de conde del Cadagua, marqués de Arriluce Ybarra, marqués de Bériz, etc.

¹⁰ A pesar de su evidente relación con Bizkaia por origen, matrimonio y patrimonio –fincas en Bilbao, Duranguesado, Encartaciones, etc.–, Antonio de Arteche intentó por todos los medios evitar dar la sensación de «cunero» o «paracaidista» vizcaíno en Burgos, procurando mezclarse con la élite local y acreditando su burgalesismo a través de su casa abierta en la calle Isla de la capital castellana y de una amplia relación de de propiedades rurales en diversos pueblos de la provincia, tales como Villegas, Rabé, Cobia, Frandovínez o Buniel.

¹¹ Buniel, o Villarreal de Buniel: municipio de la provincia de Burgos formado por la villa de igual nombre y varias casas de campo, bañada de este a oeste por el río Arlanzón, pertenece al partido judicial de la capital. A comienzos del siglo XX su vecindario se dedicaba principalmente a la agricultura –cereales, legumbres y hortalizas– y la ganadería, sobre todo lanar. *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*, Tomo IX, Espasa Calpe, Madrid, pg. 1408.

¹² Práxedes Mateo de Sagasta (1827-1903), fue uno de los políticos liberales más activos del siglo XIX, líder del partido progresista, parlamentario en las Cortes Constituyentes que siguieron a la revolución de 1854, azote de O'Donnell desde la oposición, conspirador junto al general Prim en 1866 y 1868 para el derrocamiento de la monarquía isabelina; tras la Restauración se declaró alfonsino y organizó el partido constitucional. En 1879, junto con Martínez Campos y Alonso Martínez fundó el partido fusionista, del que fue su líder y con el que llegó a la presidencia del Consejo de Ministros en 1881, y tras la muerte de Alfonso XII en 1885 participó en la alternancia política instaurada, ocupando de nuevo al presidencia del Consejo de Ministros, cargo para el que fue designado por última vez, en 1902.

¹³ Germán de Gamazo y Calvo (1838-1901), fue un miembro destacado del partido fusio-

nista, ocupando actas de diputado en las Cortes Generales desde 1871 hasta su fallecimiento y desempeñando las carteras de ministro de Fomento (1883) y de Ultramar en los gobiernos de Sagasta. En el País es conocido bajo el nombre de «Gamazada» al período de agitación fuerista despertado en Navarra y que se extiende por todo el País Vasco, y que dura desde mayo de 1903 hasta febrero del año siguiente, y motivado por el intento del ministro Gamazo de hacer extensiva a Navarra las contribuciones, rentas e impuestos que eran de aplicación en las demás provincias de la monarquía, que fue visto como un ataque a la autonomía tributaria disfrutada en virtud de la Ley de 1841. Una «hijuela» de la Gamazada fueron los episodios de agitación social que se dieron en Gernika coincidiendo con las fiestas patronales de la villa foral el 16 y 17 de agosto del año 1893, y que son conocidos como la «Sanrocada».

¹⁴ Si bien Arceche llegó a liderar del liberalismo burgalés, nunca consiguió un verdadero control del mismo, ya que fueron las fracciones de los Canalejistas, y su rival, la de los partidarios de Martínez del Campo, las que reiteradamente consiguieron colocar a sus candidatos en las distintas circunscripciones de la provincia castellana. Esta circunstancia, además del encargo de su mentor, Romanones, de que apoyara como candidato en una de las circunscripciones de la provincia a su hijo, el Conde de Velayos; hicieron resurgir las críticas de cunerismo, lo que terminó por minar el liderazgo de Arceche, que resultó desplazado en la candidatura para las elecciones de 1918 y las de 1919. No obstante Arceche, cual Ave Fénix, volvió a salir electo por «su» circunscripción habitual en las elecciones de 1920 y en las de 1923, si bien por la fracción albista.

¹⁵ Como miembro de la mesa presidencial de la reunión del liberalismo monárquico vizcaíno en el Casino de Artxanda, dirigió unas palabras a la audiencia, de entre las que destacan su promesa de que «pronto verían redimida a Vizcaya, al país vascongado, de la intolerable plutocracia separatista»; en YBARRA, Op. Cit.

¹⁶ Los Hörn provenían del imperio austro-húngaro, siendo su lugar de origen el occidente de la actual república checa, habiendo llegado al País Vasco hacia 1820 con la intención de establecer negocios de ferretería.

¹⁷ Recuérdese que las Filipinas fueron descubiertas por Magallanes en 1521, si bien la dominación colonial española no comienza hasta 1565 de la mano de Legazpi; dominación que formalmente alcanza hasta 1898, cuando en virtud del Tratado de París, de 10 de diciembre, el reino de España traspasaba a los Estados Unidos de Norteamérica la soberanía sobre este archipiélago, Guam y las Marianas en Oceanía y las caribeñas islas de Cuba y Puerto Rico. Desconocemos el motivo del regreso del matrimonio Hörn-Areilza a la Península, pero por las fechas en que se produce, no es descartable que tuviera que ver con el ambiente de agitación social que se vivía en las islas, previo a al fin de la etapa colonial hispana, y que tuvo uno de los episodios mas sonados en el motín del arsenal de Cavite, el 20 de enero de 1872.

¹⁸ Comenzó a ejercer la abogacía como pasante en el despacho del abogado y político carlista Lorenzo de Areilza, encargándose de los asuntos de la familia Sota. Independizado de su mentor, llegó a ser titular de uno de los bufetes mas reputados de Bilbao y fueron famosas sus intervenciones en defensa de Pantaleón Ramírez de Olano, director del diario nacionalista *Euzkadi*, del joven Idiáquez, o de la oradora nacionalista María Teresa Zabala.

¹⁹ Procedimientos judiciales y práctica forense, docencia que abandonó en 1909 al ser proclamado alcalde de Bilbao.

²⁰ En las elecciones de 2 de mayo de 1909 sale elegido por el distrito de Gran Vía con 465 votos.

²¹ Fue designado por Real Orden de 25 de junio de 1909 y por otra de 12 de noviembre le fue admitida su renuncia.

²² La festividad de San Raimundo de Peñafort, patrono de quienes se dedican a la abogacía, se celebra el 7 de enero.

²³ En 1905 fue comisionado junto a Carlos de la Plaza para gestionar la creación de una Audiencia Territorial con jurisdicción sobre Alava, Bizkaia y Gipuzkoa. En 1911 fue designado Secretario de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados.

²⁴ Las elecciones municipales de 1913, para el Ayuntamiento que debería entrar en 1914, y a consecuencia de la división interna en el Partido conservador, dio como resultado el triunfo de republicanos, nacionalistas (8 concejales cada uno) y socialistas (4 concejales). Por otra parte, la manifiesta hostilidad al gobierno de Eduardo Dato por Fernando de M^a de Ybarra, maurista declarado y líder local de los conservadores, hacía difícil la elección de un alcalde afín al gobierno, lo que ocasionó que el elegido para el cargo fuera Marco Gardoqui, quien en la disputa interna del partido conservador se había mantenido neutral por entender que dicha división solo comprometía a la política general.

²⁵ Había dimitido en septiembre de 1914, pero permaneció en el cargo como interino hasta finales de 1915. Se dice que fue causa de su dimisión el enfrenamiento con el ministro de la Gobernación Sánchez Guerra a propósito de la reconstrucción del teatro Arriaga, que había sido destruido a consecuencia de un incendio.

²⁶ Es de suponer que los años cubanos de emigrante en Cuba fueron económicamente provechosos para José de Moyúa, y es que de nuevo en la Península, una vez asentado en Bilbao, y en el mismo año en que nace su nieto Federico, D. José figura como una de las 85 personas más adineradas de la villa; y diez años más tarde, en 1883, participa suscribiendo 60 acciones de la sociedad La Enseñanza Católica, germen de la Universidad de Deusto.

²⁷ El padre de Asunción era Eduardo Barandiarán y Tejada, fundador de la razón social Barandiarán y Cía, dedicada a la producción y venta de drogas y perfumes, y que desde la tienda matriz en Artecalle fue abriendo nuevos locales por Bilbao y otras localidades próximas. Federico debió participar en el negocio de la familia de su esposa, y es que en notas de prensa de la época se le cita como comerciante y político. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Joseba (Dir.); *Bilbao desde sus alcaldes*, Ayto. de Bilbao, Bilbao, 2003, pp. 155 y ss.

²⁸ Su abuelo materno, Ramón de Salazar y Mazarredo, fue un activo defensor de la villa de Bilbao en el asedio carlista de 1873, ocupando el cargo de Presidente de la Comisión Ejecutiva de la Junta Superior de Armamento y Defensa del Villa, mientras que su padre, José Leopoldo, ocupaba por aquella época el cargo de 5º teniente de Alcalde de Bilbao.

²⁹ A finales del XIX y para hacer frente al carlismo los monárquicos bilbainos conservadores y liberales, habían confluído en el Comité Liberal, después Unión Liberal, conocida popular-

mente como «La Piña»; sin embargo esta tradicional conjunción terminó por quebrar, siendo prueba de ello la fundación en julio de 1909 del Partido Conservador de Bilbao, de tendencia maurista y vinculado a la familia Ybarra, no en vano su primer presidente fue Fernando Ybarra Revilla y su hermano Gabriel impulsor del diario *El Pueblo Vasco*, órgano de difusión del nuevo partido. Poco después, en 1910 se crea al Partido Liberal de Vizcaya, en cuya gestación participa Moyúa, junto con otros políticos conocidos, entre ellos varios exalcaldes de la villa como Gregorio Balparda, Gregorio de la Revilla o el precedente del propio Moyúa, Martínez Sevilla, también concejales como Otaduy.

LA AVENTURA EUROPEA DEL CONCIERTO ECONÓMICO*



Señor Decano del Colegio Notarial de Bilbao, Señores Presidente y Vicepresidente de la Academia Vasca de Derecho, miembros de la Academia, invitados, amigos, señoras y señores, muy buenas tardes a todos.

* Discurso de apertura del Curso 2007-2008 de la Academia Vasca de Derecho-Zuzenbidearen Euskal Akademia, leído en la sede del Colegio Notarial de Bilbao, el martes 27 de noviembre de 2007.

En primer lugar, quisiera expresar mi satisfacción por estar hoy aquí en esta espléndida sede del Colegio Notarial de Bilbao y agradecer al Colegio, en la persona de su Decano, su cálida acogida. Asimismo, deseo mostrar mi agradecimiento a la Junta Directiva de la Academia, que me ha confiado esta lección inaugural del Curso 2007-2008. Tal y como dije en su momento en la reunión de la Junta Directiva, me parece demasiado honor para un modesto profesor universitario como yo, pero intentaré corresponder al honor que me han hecho y trataré de no defraudarles ni a ellos ni a ustedes, que han tenido la gentileza de acudir a escucharme esta tarde.

Quisiera dedicar esta lección inaugural del Curso a la memoria de nuestro querido amigo Xabier Aurrekoetxea Aurrekoetxea, compañero de la Junta Directiva de la Academia y gran amigo de todos nosotros, que nos ha dejado recientemente. Xabier fue siempre un ejemplo de laboriosidad, de modestia y de bonhomía y quisiera aprovechar este solemne acto de la Academia, para rendirle un emocionado homenaje. Aunque le echamos mucho de menos, su ejemplo continúa vivo en nosotros y nos anima a seguir adelante en el estudio y en la difusión de nuestro derecho, que es en lo que él habría seguido trabajando de haber seguido entre nosotros. Querido Xabier, no te olvidamos, *gogoan zaitugu*.

Y tras la dedicatoria, ya es hora de comenzar mi disertación sin más prolegómenos; como decimos en euskara, *ekin lanari*, esto es, manos a la obra.

Nuestro Concierto Económico, una de las claves del autogobierno vasco, nació en 1878, en un momento especialmente difícil en la dilatada historia de nuestro Pueblo. Casi dos años antes, en virtud de la Ley derogatoria de 21 de julio de 1876, habían sido abolidos los últimos vestigios de nuestros «sacrosantos» Fueros, y además del trauma físico de la última guerra carlista, y a sus secuelas de destrucción, nuestro Pueblo sufrió también el trauma psicológico de la derogación foral y de la ruptura del statu quo en su relación con las instituciones del Reino, una herida que todavía hoy no se ha cerrado del todo y que ya va

siendo hora de restañar definitivamente. En 1877, habían sido disueltas nuestras «beneméritas» instituciones forales y el Gobierno de Cánovas dictó el Real Decreto de 28 de febrero de 1878, por el que se aprobó el Primer Concierto Económico, en el que se decía que «establecida la unidad constitucional en las Provincias Vascongadas, verificada la primera quinta, y estándose llevando a cabo los preliminares de la del presente año con la misma regularidad que en las demás del Reino, faltaba sólo que entrasen aquéllas en el Concierto Económico; faltaba que, cuantas manifestaciones tributarias se consignasen en los Presupuestos Generales del Estado, y cuantos gravámenes pesasen sobre la propiedad, la industria y el comercio, afectasen de igual modo a los naturales de aquel país que al resto de los españoles. Y realizada quedará esta aspiración en un breve término».

Ese era el propósito del Gobierno Cánovas y de otros Gobiernos posteriores que consideraron que el régimen de Concierto era algo temporal y transitorio, hasta lograr la completa uniformización de los territorios vascos con los demás territorios bajo soberanía española. ¡Hay que ver lo que son las cosas en la vida!, como suele ocurrir en la historia de España, lo transitorio suele durar no menos de un siglo y el Concierto, que fue entendido por el Gobierno como algo efímero y provisional, está a punto de cumplir 130 años y goza de buena salud. De instrumento para la homologación de las Provincias Vascas con las demás del Reino, el término Concierto cambió radicalmente de significado y se convirtió de hecho y de derecho en un pacto entre las Instituciones Vascas y el Gobierno Central, hasta el punto de que hoy es unánimemente reconocido como uno de los derechos históricos del Pueblo Vasco, amparados expresamente por la misma Constitución española.

Durante estos casi 130 años, el Concierto ha sufrido todo tipo de avatares, de los que ha sabido salir airoso. Cuando tengo que explicar a mis alumnos de la Universidad sus peripecias, suelo compararlo con las aventuras que sufrió Ulises desde que salió de Troya hasta que regresó a su patria, Ítaca. Es una especie de odisea, que ha hecho frente a todo tipo de peligros y amenazas, mientras lleva casi 130 años surcando con éxito las cambiantes aguas de

nuestro ordenamiento jurídico. Nuestros antecesores tuvieron que pilotar la nave en unas circunstancias históricas nada fáciles y consiguieron llevarla a buen puerto. Y a los vascos de hoy nos toca ahora demostrar que somos dignos sucesores de aquellos valientes argonautas y seguir guiando la vieja nave del Concierto en los mismos mares que nuestros benditos antecesores y en otros nuevos que ellos no pudieron siquiera imaginar pero en los que la travesía es ya ineludible: los mares de esta apasionante Europa que camina, con inevitables flujos y reflujos, pero de forma imparable, hacia su unidad.

El nuestro es un Pueblo pequeño que goza de un sistema financiero y tributario posiblemente único en todo el ámbito de la Unión Europea —y hasta en el mundo, diría si me dejase llevar de mi bilbainía— y, como dice ese sabio proverbio japonés, «clavo que sobresale, recibe martillazo». Como Ulises, que se atrevió a desafiar y a cegar al cíclope Polifemo, que había devorado a varios de sus compañeros, nuestro Concierto Económico desafía, al parecer, a poderosos intereses que creen, a pesar de que proclaman enfáticamente la divisa europea de «unidad en la diversidad», que la única forma de construir Europa pasa ineludiblemente por la uniformidad y se resisten a aceptar que, como solía repetir un viejo foralista al que nuestro Presidente, Adrián Celaya, suele citar con frecuencia, «la unidad es la vida pero la uniformidad es la muerte». Así que, a lo que yo denomino diplomáticamente «incomprensión» (y otros más osados «abierta hostilidad») de algunos de nuestros «adorables» vecinos, que no pierden ocasión de atacar al Concierto (llevan haciéndolo más de un siglo y me temo que seguirán haciéndolo en el futuro), hay otros cuya obligación es defenderlo ante las instituciones europeas y que en algunos momentos, yo diría que muestran en su defensa una actitud un tanto, ¿cómo calificarla? umm, sí, como «tibia» (si bien siempre hay algún malpensado que va más allá e incluso sostiene que resulta sumamente difícil defender aquello en lo que no se cree). Por si esto fuera poco, en los últimos tiempos venimos sufriendo la incomprensión (que otros califican de «animadversión», como la de Poseidón respecto a Ulises por haber cegado a su hijo Polifemo) de algunos responsables de ciertas instituciones europeas, en relación con nuestro Concierto.

Como en toda singladura, el mar es imprevisible y la pericia del timonel es esencial. También en la singladura del Concierto, en algunas ocasiones, nuestras instituciones supieron maniobrar hábilmente para hacer frente a las maquinaciones contra el mismo. Como la astuta Penélope, siempre fiel a su esposo Ulises, que fue objeto de las acechanzas de aquellos desvergonzados pretendientes en Ítaca y que para ganar tiempo, tuvo que «maniobrar» hábilmente, y destejer por la noche lo que tejía por la mañana. También nuestras instituciones tuvieron que maniobrar y ganar tiempo, «tejer y destejer» para sortear amenazas muy serias al Concierto: estoy pensando, por ejemplo, en lo ocurrido con las Normas Forales de medidas urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica de 1993, que fueron recurridas por el Gobierno español ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, quien a su vez planteó una cuestión prejudicial sobre el asunto ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el desarrollo de aquel proceso ante el Tribunal de Luxemburgo, el Abogado General, Sr. Saggio, formuló unas conclusiones el 1 de julio de 1999, abiertamente críticas con las potestades de las instituciones vascas derivadas del Concierto Económico, pero como Penélope con la tela, nuestras instituciones maniobraron hábilmente y lograron un acuerdo con el Gobierno Central, por el cual éste retiró el recurso, con lo que el caso fue sobreseído en el Tribunal de Luxemburgo y nunca llegó a haber Sentencia al respecto. Al igual que Homero nos relata cómo Atenea se sirvió de la figura de Méntor para aconsejar a Telémaco, nuestras instituciones tuvieron la inspiración de llegar a un acuerdo con el Gobierno Central que impidió que el asunto siguiera adelante, porque si el Tribunal hubiese aceptado en su Sentencia las conclusiones formuladas por el Abogado General Saggio, la situación habría sido muy pero que muy preocupante.

Pero como todo en la vida, junto a las luces aparecen también las sombras. Y ha llegado la hora de hacer autocrítica, porque en esta odisea europea no todo son animadversiones y ataques externos. También nuestras instituciones han cometido errores, errores de los que debemos aprender. Recordarán ustedes que en *La Odisea*, el barco de Ulises tuvo que pasar entre los escollos y remolinos de Escila y Caribdis, monstruos que devoraban a los

pasajeros en sus aguas y que el propio Ulises hubo de contemplar en una espantosa visión cómo Escila arrebatava de la nave a seis de sus compañeros. También nuestras instituciones, navegando arriesgadamente por aguas turbulentas, quisieron atraer inversiones y concedieron ciertas «vacaciones fiscales» (¿se acuerdan ustedes de los casos Daewoo-Demesa y Ramondín?), lo que al fin y a la postre supuso que se estrellasen contra las Sentencias del Tribunal Europeo de Primera Instancia de 6 de marzo y 23 de octubre de 2002 y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de noviembre de 2004. Quizá se acuerden también de cuando Ulises visitó la mansión de Hades para consultar sobre su regreso a Ítaca al anciano adivino Tiresias y de cómo éste le recomendó expresamente que si pasaban por la isla Trinacia, respetasen las vacas sagradas de Helios que pacían apaciblemente en ella. Sin embargo, a pesar de la expresa prohibición de Ulises, sus compañeros, presos del hambre y la desesperación, se las comieron. Como consecuencia de ello, una terrible tempestad se abatió sobre todos e hizo naufragar la nave. También una cierta imprudencia por nuestra parte en materia de concesión de ayudas, metamorfoseadas esta vez en forma de compra de bonos de viaje, y naturalmente la denuncia de la sociedad Brittany Ferries, que explotaba la línea marítima rival de Santander a Plymouth, nos ha hecho naufragar en primera instancia en la travesía entre Bilbao y Portsmouth ante los Tribunales comunitarios, me estoy refiriendo a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de agosto de 2003, en el caso de Ferries Golfo de Vizcaya (P&O European Ferries, Vizcaya, S.A.).

Por tanto, debemos ser prudentes al adoptar este tipo de decisiones, aprender de nuestros errores y no dejarnos tentar por «cantos de sirena», como hizo Ulises, tapando con cera los oídos de sus marineros y ordenándoles que le atasen a un mástil del barco para no sucumbir a los cantos de aquellas tan encantadoras como letales criaturas, cuyas riberas estaban llenas de los huesos de los desdichados que se habían dejado atraer por su voz seductora. Las ayudas deben ser manejadas con tino y prudencia. Recuerden si no, al pobre Ulises, a quien su amigo el dios del viento, Eolo, trató de ayudar, dándole el odre de los vientos, pero cuando ya tenían Ítaca a la vista, un miembro de su tripulación abrió imprudente-

mente la bolsa y su nave fue empujada nuevamente a alta mar. Y el resto de la tripulación, que no tenía culpa alguna, sufrió todo tipo de infortunios: algunos fueron devorados por los caníbales lestrigones y otros, fueron convertidos en cerdos por la hechicera Circe, si bien Ulises negoció con Circe y consiguió que sus camaradas fueran devueltos a la condición de hombres. También nuestros empresarios, que confiaron en aquellas regulaciones fiscales tan favorables, deben ahora hacer frente a la devolución de las ayudas según las Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2006 o la más reciente de 20 de septiembre de 2007, que han condenado al Reino de España por no haber recuperado el dinero de aquellas «vacaciones fiscales» declaradas ilegales. Confiemos en que la resolución de este asunto se lleve de forma razonable entre todos y nuestro navío pueda continuar su singladura, sin quedar atrapado en este asunto, como atrapado quedó Ulises en la remota isla de la ninfa Calipso, hasta que los dioses enviaron a Hermes para que ordenara a la diosa que lo dejase partir en libertad.

En esta odisea, las aventuras no cesan. El siguiente escollo a superar es el relativo a las Normas Forales del Impuesto de Sociedades. Y la tempestad empezó en esta ocasión en aguas españolas: la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo consideró en una polémica Sentencia de 9 de diciembre de 2004, en relación con unas normativas forales del Impuesto de Sociedades del año 1996, que las diferencias de regulación establecidas en ellas en relación con el tipo general vigente en España constituían ayudas de Estado ilegales, lo que supuso un cambio radical en la jurisprudencia española que hasta entonces no había cuestionado tales diferencias. A partir de ese momento, y para reafirmar su competencia normativa, las instituciones forales vascas aprobaron nuevas normativas fiscales relativas al Impuesto de Sociedades con el mismo tipo o con un tipo ligerísimamente superior al anulado, que fueron sistemáticamente recurridas ante los Tribunales por las Comunidades Autónomas vecinas, y fueron anuladas o suspendidas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2004. Ello trajo consigo un grave problema de inseguridad jurídica y puso en cuestión un elemento clave del Concerto Económico: la autonomía normativa de los Territorios Históricos en materia impositiva.

Volviendo a la Odisea, cuando Poseidón hizo naufragar el barco de Ulises, éste alcanzó a nado la costa de Esqueria, la isla de los feacios y cuando volvió en sí, encontró a Nausicaa, hija del rey de aquel pueblo, que estaba lavando la ropa en la playa. Nausicaa le prometió protección y su padre, el rey Alcínoo lo trató amablemente, como a un huésped. También en la odisea europea del Concierto, tras la acometida del Tribunal Supremo, el caso de otras islas, ahora, las Azores, vino a socorrer a nuestra debilitada causa: me refiero, naturalmente, a la trascendental Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de septiembre de 2006, en el denominado caso Azores. En resumen, la Sentencia resolvió el recurso de anulación interpuesto por Portugal contra la Decisión de la Comisión Europea de 11 de diciembre de 2002, que calificaba de ayuda de estado ilegal las reducciones de los tipos del Impuesto de la Renta de las personas físicas y jurídicas domiciliadas en la Región Autónoma de las Azores en relación con los tipos generales vigentes en Portugal. La clave del asunto estaba en saber si las modificaciones de los tipos impositivos nacionales adoptadas únicamente para una determinada Región de un Estado miembro, deben ser consideradas una ayuda selectiva de Estado incompatible con el mercado común, según lo establecido en el art. 87.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, tal y como sostenía la Comisión Europea, o no.

El Tribunal, al resolver el recurso, desautorizó a la Comisión Europea y, haciendo suyas las conclusiones que había formulado el Abogado General (Sr. Geelhoed), entendió que para apreciar la selectividad o no de la ayuda, y por tanto su compatibilidad o no con el Tratado, el marco de referencia «... no debe necesariamente coincidir con el territorio del Estado miembro considerado, de tal modo que una medida que conceda una ventaja en sólo una parte del territorio nacional no pasa por este simple hecho a ser selectiva en el sentido del art. 87 CE, apartado 1. No puede excluirse que una entidad infraestatal cuente con un estatuto jurídico y fáctico que la haga lo suficientemente autónoma del Gobierno central de un Estado miembro como para que sea ella misma, y no el Gobierno Central, quien, mediante las medidas que adopte, desempeñe un papel fundamental en la definición del medio político y económico en el que operan las empresas. En tal caso, es el territo-

rio en el que la entidad infraestatal que ha adoptado la medida ejerce su competencia, y no el territorio nacional en su conjunto, el que debe considerarse pertinente para determinar si una medida adoptada por dicha entidad favorece a ciertas empresas, en comparación con otras que se encuentren en una situación fáctica y jurídica comparable, habida cuenta del objetivo perseguido por la medida o el régimen jurídico de que se trate. El argumento de la Comisión de que este análisis es contrario al Texto del Tratado y a la jurisprudencia reiterada en la materia no puede ser acogido (...) No puede deducirse de lo anterior que una medida es selectiva, en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, por el simple motivo de que sólo se aplica en una zona geográfica limitada de un Estado miembro» (párrafos 57-60).

En esta Sentencia, el Tribunal establece los casos en los que una Región goza de suficiente autonomía política y financiera para considerar que la adopción de un tipo impositivo regional no constituye una medida selectiva prohibida. En concreto, exige tres requisitos: a) que la autoridad regional o local cuente con estatuto político y administrativo distinto del Gobierno Central (autonomía institucional); b) que la decisión haya sido adoptada sin que el Gobierno Central haya intervenido directamente en su contenido (autonomía procesal); y c) que las consecuencias financieras de un tipo impositivo reducido (es decir, la reducción de ingresos que ello supone para dichas autoridades) no se vean compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras Regiones o del Gobierno central (autonomía económica). En el caso concreto de la Región Autónoma de las islas Azores, el Tribunal entendió que ésta no cumplía la tercera de las condiciones puesto que la merma de ingresos fiscales para las Azores derivada de un tipo impositivo más bajo respecto del tipo general de Portugal, se ve compensada por un mecanismo de financiación gestionado a nivel central, a través de transferencias financieras compensatorias procedentes del Estado, por lo que el marco jurídico pertinente para apreciar si las ayudas son o no selectivas, no es ya solamente la región de las Azores sino todo Portugal y entonces, si se aprecian las medidas en relación con todo el territorio portugués, el Tribunal las considera selectivas y no generales (párrafos 70-78), y por eso desestimó el recurso de Portugal.

Sin embargo la Sentencia del caso Azores ha tenido la virtualidad de cambiar radicalmente el sombrío panorama que se cernía sobre la autonomía normativa de los Territorios Históricos derivada del Concierto Económico a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2004. Lo que ocurrió fue lo siguiente: las Instituciones Forales vascas adoptaron en 2005 una serie de normas por las que modificaron la regulación del Impuesto de Sociedades en dichos Territorios, y entre dichas modificaciones, establecieron el tipo impositivo en los tres Territorios en el 32,5%, mientras que el tipo general en España era entonces del 35%, e introdujeron además unas deducciones en la cuota que no existían en el ordenamiento aplicable en el resto del Estado español. Nuestros vecinos de Castilla-León y La Rioja impugnaron inmediatamente ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dicha normativa y el Tribunal decidió por Auto de 20 de septiembre de 2006 remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (según lo previsto en el art. 234 del Tratado), acerca de si las medidas contenidas en dicha normativa foral eran contrarias al Tratado por ser susceptibles de calificarse como ayudas selectivas previstas en el art. 87.1 del mismo y que por tanto, debían haberse comunicado previamente a la Comisión según lo previsto en el art. 88.3 del Tratado.

Pero a pesar de que el envite es de órdago, el clima ha cambiado, porque el Tribunal de Luxemburgo, al resolver la cuestión prejudicial, lo hará en congruencia con los criterios establecidos en su Sentencia en el caso Azores y eso abre una nueva perspectiva, hasta el punto de que el propio Tribunal Supremo español en Sentencia de 12 de julio de 2007 decidió no suspender cautelarmente la regulación foral de 2005 del Impuesto de Sociedades hecha por uno de los Territorios Forales (en este caso, Bizkaia) a la espera de ver qué es lo que dice el Tribunal de Luxemburgo sobre el fondo del asunto cuando resuelva la cuestión prejudicial a la que antes me he referido. Si bien esta última Sentencia de 2007 no tiene efectos prácticos en relación con la normativa de 2005 (que ya está derogada), sí ha establecido un criterio claro: el de la no suspensión cautelar automática de la nueva normativa foral vasca de Sociedades cuando establezca tipos distintos a los generales del Estado, hasta que el Tribunal de Luxemburgo se pronuncie sobre la cuestión prejudicial. Este criterio

del Tribunal Supremo ha sido aplicado inmediatamente por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en unos recientes Autos de octubre de 2007, de tal manera que cuando la nueva normativa foral sobre el Impuesto de Sociedades, que sigue estableciendo tipos distintos (es decir, inferiores) en el País Vasco que en el resto del Estado español, ha vuelto a ser impugnada por las Comunidades Autónomas limítrofes, no la ha suspendido cautelarmente como hasta ahora y parece claro que no lo hará tampoco en adelante, hasta que se sepa cuál es el criterio que adopta el Tribunal de Luxemburgo en la cuestión prejudicial.

Ahora puede entenderse porqué la Sentencia que en su día dicte el Tribunal de Justicia resulta vital para el futuro del Concierto, ya que está en juego nada menos que la capacidad normativa de los Territorios Forales. Si el Tribunal llegase a la conclusión que el establecimiento de un tipo diferenciado en dichos Territorios respecto al tipo general del impuesto en España constituye una ayuda selectiva de Estado, ello supondría un «misil» en la línea de flotación del Concierto, pero si, por el contrario, rechazase que tales medidas sean ayudas selectivas de Estado, daría un importante espaldarazo al futuro del mismo.

La buena noticia es, como les acabo de decir, que el Tribunal va a resolver el asunto analizando si la normativa vasca cumple o no los tres requisitos establecidos en la Sentencia del caso Azores. Éste es el núcleo del debate. Todas las partes personadas en el procedimiento lo han entendido así, y por ello, quienes quieren atacar de raíz la autonomía normativa del Concierto en esta materia (encabezados, cómo no, por nuestros vecinos de Castilla-León y La Rioja), opinan que no los cumplen como, por cierto, cree también la Comisión Europea, mientras que las demás instituciones que han realizado alegaciones (las instituciones vascas, el Reino de España y la patronal vasca, con el apoyo decidido de Italia —que también tiene intereses en el asunto por las particularidades de sus Regiones, en especial Sicilia— y más matizadamente del Reino Unido —sobre todo, teniendo en cuenta que el régimen especial del impuesto de sociedades en Gibraltar está en el punto de mira de la Comisión y pende también de una Sentencia del Tribunal de Luxemburgo—, consideran que los cumple perfectamente.

Analicemos brevemente el asunto: el primer requisito, el correspondiente a la «autonomía institucional», no plantea demasiadas dudas puesto que las instituciones de los Territorios Históricos cuentan obviamente con un estatuto político y administrativo distinto del Gobierno Central. Las dudas de algunos empiezan en el segundo requisito, el relativo a la denominada «autonomía procesal», esto es, que la decisión haya sido adoptada sin que el Gobierno Central haya intervenido directamente en su contenido. El hecho de que el Estatuto de Autonomía Vasco (art. 41) y el Concierto Económico (arts. 2 y ss.) contengan límites genéricos a las potestades de los Territorios Históricos derivados, por ejemplo, de la coordinación, armonización y colaboración fiscal con el Estado, etc. que son controlables por los Tribunales, ha hecho que algunos duden de si existe realmente esta «autonomía procesal». Sin embargo, el hecho decisivo es que el Gobierno Central no interviene para nada en la aprobación de estas normas por parte de los Territorios Históricos y ni puede impedir ni tampoco vetar dicha aprobación. En cuanto a los mecanismos de coordinación con el Estado, no sólo no invalidan la autonomía de procedimiento, sino que constituyen la expresión de un principio de colaboración lógico entre instituciones distintas. En lo que concierne al respeto a la presión fiscal efectiva, o a los principios de libre circulación, etc., éstos son principios básicos para la economía de un país, y son también principios básicos del Mercado común, que han de garantizarse en todo caso.

Respecto al tercer requisito, el de la «autonomía económica», es decir, que las consecuencias financieras de las medidas adoptadas no se vean compensadas por ayudas o subvenciones procedentes de otras Regiones o del Gobierno Central, se ha llegado a sostener por alguna de las partes (Comisión incluida) que las competencias del Estado en materias como sistema monetario, bases y coordinación de la planificación económica, etc., pueden suponer que este tercer requisito no se cumpla. Sin embargo, como bien ha dicho el Gobierno de Italia en sus alegaciones, este tipo de competencias del Estado son indispensables para garantizar la igualdad de los ciudadanos y la armonía del sistema económico nacional, que son imprescindibles también en un sistema que reconoce una fortísima autonomía a las realidades infraestatales. La clave es otra, como ha puesto

de manifiesto el Gobierno británico en sus alegaciones: la cuestión es si las consecuencias de la reducción del tipo impositivo general ha de soportarlas la región o si son compensadas por el Gobierno Central o por otras Regiones, y como ya sabemos, el sistema de Concierto es un sistema de «riesgo unilateral», en el que las instituciones vascas no reciben ningún tipo de fondo compensatorio por la merma de ingresos que hayan podido sufrir por establecer un tipo tributario más bajo que el del Estado, ya que deben seguir pagando el mismo Cupo pactado con el Estado. En otras palabras, que las consecuencias de sus decisiones en materia tributaria son asumidas íntegramente por los Territorios Históricos, por lo que el tercer requisito se cumple sobradamente.

Como puede observarse, nos encontramos en momento de tregua en el combate europeo por la defensa del Concierto Económico. Debemos esperar pacientemente el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo. Pero además de esperar, ¿podemos hacer algo más? Pues claro que sí, no sólo podemos sino que debemos hacer más: hay que recorrer Europa entera si es preciso, dando a conocer lo que es el Concierto Económico, hemos de hacer una gran labor de pedagogía del Concierto y explicar a todo el mundo lo que es y lo que no es, y para eso hay que dar conferencias, publicar libros, organizar Seminarios, participar en foros de debate, utilizar Internet, etc. y llegar hasta el último rincón de Europa si es necesario, como hizo Telémaco, que se puso en camino en busca de noticias de su padre y se desplazó desde Ítaca hasta Pilo y Esparta, y aun a los confines del mundo habría acudido con tal de encontrar a su padre. Y después, es muy importante encontrar aliados en la defensa de este tipo de modelos de fiscalidad regional en otros países que también disponen de ellos y que ven como una amenaza para ellos mismos las pruebas que está sufriendo nuestro Concierto: estoy pensando en el Reino Unido, Portugal, Italia, Finlandia, etc. E incluso no hay que tener miedo a debatir directamente con la Comisión y otras instituciones europeas para hacer valer nuestros argumentos, intentando convencer desde la modestia, como Ulises, que con actitud humilde, disfrazado de mendigo nos dice Homero, regresó a Ítaca para recuperar lo que era suyo. Disfrazado de mendigo se presentó a la prueba del arco, y salió airoso. Nosotros deberíamos imitarle.

La actitud humilde, discreta e incansable en el diálogo con las instituciones europeas debe llevarnos a comprender la posición de la otra parte aunque discrepemos de ella: la Comisión parte del supuesto general de que son los Estados los que tienen competencia normativa en materia fiscal y supone que en los países europeos con modelos fiscales regionales, la competencia normativa fiscal de las Regiones es muy limitada, lo que puede explicar que considere que cualquier diferencia normativa regional, por ejemplo, en los tipos de gravamen, es «sospechosa» de constituir ayuda de Estado. Pero debemos intentar persuadirles con datos objetivos de que, por lo menos en el caso vasco, eso no es así. Es comprensible que la Comisión esté preocupada porque ciertas «rebajas fiscales» dictadas al amparo de las competencias fiscales propias de algunas regiones, puedan «burlar» de alguna manera la normativa europea relativa a ayudas de Estado, estableciendo una competencia desleal en materia fiscal entre regiones (y nosotros hemos cometido algunos errores de bulto en esta materia, como hemos tenido ocasión de repasar durante mi intervención), pero una cosa es eso y otra muy distinta es cuestionar el corazón del Concierto Económico aludiendo a una supuesta incompatibilidad del ejercicio de la autonomía normativa derivada del mismo con la normativa europea de ayudas de Estado. Hay que despejar cuanto antes esas dudas de la Comisión, para evitar que se cuestionen modelos de fiscalidad regional como el vasco, modelos que algunos Estados miembros de la Unión Europea han adoptado en sus Constituciones por distintas razones, entre ellas, como en el caso vasco, para reconocer y amparar derechos históricos. Pero el diálogo franco, abierto e incansable debemos hacerlo siempre *asmoz eta jakitez*, con prudencia y sabiduría, como reza la vieja divisa de la casa solar Bengoetxea de Aulesti, en Bizkaia, que fue adoptada como lema por Eusko Ikaskuntza, la Sociedad de Estudios Vascos.

Y una última cosa que debemos hacer: «despolitizar» el Concierto y estar todos unidos en su defensa. La defensa de nuestro Concierto debe ser una «cuestión de Estado» y hay que sacarla de la confrontación política diaria. Si todos remamos juntos y en la misma dirección, que no es otra que la de su defensa, por encima de nuestras legítimas diferencias, lograremos llevar la nave del Concierto a buen puerto, por muchas turbulencias y tempestades que nos encontremos en la singladura.

Y finalmente, un canto de esperanza: a pesar de la batalla entre Ulises y los pretendientes, la Odisea termina con la intervención de Atenea, que impone la paz entre todos. Y así el canto XXIV, el que se refiere al pacto (¡que casualidad que también nosotros entendamos el Concierto como un pacto!, ¿verdad?) y a la paz (paz fiscal a la que nuestras Instituciones llegaron con el Gobierno Central y a la que nos gustaría llegar con todas las instituciones, también con las europeas, para asegurar el futuro del Concierto), concluye de la siguiente manera: (voy a citarlo en nuestras dos lenguas oficiales hermanadas, en euskara —en la traducción al euskara vizcaíno que hizo el recordado Aita Santi Onaindia— y en castellano):

Laga liskar izugarri au, o itakarrak! Bertatik banandu zaitezzen odol gehiago jario bage! Orrela mintzatu zan Atene; eta larri-ikara laruak jota geratu ziran guztiak. Jainkotasunaren abotsa entzun zanekoxe, izkilluak lurrera jausi ziran eskuetatik; eta itakarrak, bizi naita, urirantza egin eben. Zantzo ikaragarria bota eban Odis jainkoti eroapentsuak eta, makurturik, arein atzetik abiatu zan egazkada aundiko arranoa iduri. Kronida'k, baiña, tximista galdatau bat erauzi eban, ontz-begidun jainkosaren aurrean, aita alguztidunaren alabearen oiñetan jausi zana. Orduan Atene'k, ontz-begidunak, esan eutson Odis'i: Laerte'ren seme. Zeus'en leiñuko! Odis, amarruz jori! Zagoz geldi ta amaira beite liskar au, guztiontzat negargarri dan burruka hau: Zeus Kronida, urriñera dakusana, aseratu ez dakizun. Gisa horretan mintzatu zan Atene: eta Odis'ek, pozarren, bete eban arek esana. Eta ondoren, Pala Atene'k berak, ikurriña daroan Zeus'en alabeak, Mentor'ren itxurea ta abotsa artu zituanak, egin eban, alderdi biak zin-egiñez bakea sendo-azo egiela.

Abandonad, itacenses, la dura contienda, para que os separéis sin derramar sangre. Así habló Atenea y el pálido terror se apoderó de ellos; volaron las armas de sus manos, aterrorizados como estaban, y cayeron al suelo al lanzar Atenea su voz. Y se volvieron a la ciudad deseosos de vivir. Gritó horriblemente el sufridor, el divino Odiseo y se lanzó de un brinco como el águila que vuela alto. Entonces el Cronida arrojó ardiente rayo que cayó delante de la de ojos brillantes, la de poderoso padre, y ésta se dirigió a Odiseo: Hijo de Laertes, de linaje divino, Odiseo rico en ardidés, contente, abandona la lucha igual para todos, no sea que el Cronida se irrite contigo, el que ve a lo ancho, Zeus. Así habló Atenea; él obedeció y se alegró en su ánimo. Y Palas Atenea, la hija de Zeus, portador de égida, estableció entre ellos un pacto para el futuro, semejante a Méntor en el cuerpo y en la voz.

Concluyo aquí mi disertación, en la que he intentado transmitirles algunas modestas reflexiones acerca de esta apasionante aventura europea en la que está embarcado nuestro Concierto Económico. Y al final de todo, un ruego y un deseo: ¡que todos seamos uno en su defensa y que los vientos nos sean favorables!

Muchas gracias. *Eskerrik asko.*

Santiago Larrazabal Basañez

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

Señalaba ya hace años YZQUIERDO TOLSADA¹ como es difícil hallar un periódico de cualquier país occidental que no contenga alguna noticia sobre condena de daños y perjuicios causados por profesionales de la ingeniería, el periodismo, la arquitectura, la farmacia y, sobre todo la cirugía, que y se ha llegado hablar de la siniestralidad desbordada debido, no fundamentalmente a que los profesionales actuales sean mas negligentes que los del siglo pasado, sino a una concepción diversa de la vida, y a una menor aceptación del infortunio.

Ciertamente en la exigencia de responsabilidad civil ha llegado en algunos supuestos contemplados y resueltos sobre todo por tribunales americanos a aspectos que podríamos llamar, cuando menos, de llamativos y extemporáneos; y esas situaciones que han producido un cúmulo de reclamaciones «muchas veces resueltas satisfactoriamente» han originado un doble efecto: pues si bien han producido la satisfacción de quien han tenido unos daños injustificados, por otro lado han llevado a planteamientos de defensa y a la no realización de determinadas actividades por parte del profesional que se podía sentir amenazado (un ejemplo lo puede constituir la llamada medicina preventiva).

¹ *La responsabilidad civil del profesional liberal, teoría general.* Madrid 1989, pág. 1 y ss.

No ha sido la profesión² de Notario aquella que más se haya visto sacudida por demandas de responsabilidad civil; pero, no obstante, si ha habido un incremento de las reclamaciones contra Notarios en nuestro país que puede constatarse con la confrontación de demandas «y de condenas» a Notarios habidas hace cuarenta años, por ejemplo, con las existentes en la actualidad.

Existen diversas profesiones jurídicas con distinta configuración y con distintas características, algunas son profesiones liberales propiamente dichas como las de Abogado, otras suponen el ejercicio de un imperium del Estado como la del Juez y sus integrantes constituyen parte de uno de los poderes estatales y no ejercen una profesión liberal propiamente dicha, si bien en otros aspectos participan de las características de ésta; otras, finalmente son intermedias entre ambas porque si bien son, en principio, profesiones liberales tienen preasignadas unas funciones en exclusiva, cuyas características de monopolio se refuerzan en algunas, como es el caso de los Registradores, contra cuyas decisiones cabe una vía de recursos que hace que la actuación de los mismos tenga muchos puntos en contacto con una actuación emanada de un órgano público.

Pero es más importante distinguir, en el tema de la responsabilidad civil la de aquellas profesiones que tienen previsto en la Ley un régimen específico de responsabilidad civil de aquellas profesiones que no tienen ninguna normativa concreta y específica sobre la responsabilidad jurídica y se rigen por las normas generales del Código Civil.

² Sobre responsabilidad profesional en general véase ALVAREZ SANCHEZ (Director) *La Responsabilidad civil profesional*, Madrid 2.003, HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, París 1978; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1991; LEGA, Carlos, *La libera professisoni intellectuali nell leggi e nella giurisprudenza*, Milán 1974; LEROY, M. *Contribution à l'étude des obligations du professionnel (les devoirs de répondre des risques créés par l'activité et le devoir de maîtrise professionnelle)*, Toulouse, 1995; MARTÍNEZ CALCERRADA, *La responsabilidad civil profesional*, Madrid 1996; SOTOMAYOR GIPPINI, *Introducción a la responsabilidad civil profesional* en "Conferencias sobre el Seguro de Responsabilidad Civil", Bilbao 1979; TRIGO REPRESAS, *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires 1978; e YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid 1989.

Cabe señalar aquí que no son sólo las profesiones jurídicas las que tienen una regulación específica, sino que también hay profesiones no jurídicas que tienen unos preceptos concretos destinados a ellas dentro de la responsabilidad civil como los Arquitectos, conjuntamente con la de el constructor, con la particularidad, respecto de éstos que su responsabilidad está recogida en el propio Código Civil (al menos hasta la promulgación de la L.O.E.) al revés de lo que ocurre con las profesiones jurídicas cuya responsabilidad es regulada o en la Ley Orgánica del Poder Judicial «Jueces y Magistrados» o en Leyes especiales «Notarios y Registradores».

Los Notarios tienen la doble cualidad de profesionales liberales y funcionarios públicos³. El Notario es un funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley General del Notariado, pero señala, no obstante, BALLESTEROS ALONSO que no es funcionario en el sentido que señala el artículo 1 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado por cuanto los Notarios no están incorporados a la administración «por una relación de servicios profesionales y retribuidos» sino que ejercen su función pública con plena independencia y autonomía y de ahí que los Notarios sean, de acuerdo con dicho artículo 1 del Reglamento Notarial, si se refieren al anterior hay que comprobar el actual, a la vez profesionales del derecho y funcionarios públicos, reflejándose también la obligatoriedad que para el Notario tiene la prestación de servicios, si no media justa causa, los artículos 2 de la Ley de Notariado y 145 del Reglamento Notarial.

Por eso en principio podría parecer que la responsabilidad del Notario tiene una doble vertiente, esto es, como funcionario público y como profesional independiente.

³ Así lo indicaba explícitamente el artículo 1.2 del Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 12 de junio de 1944: «Los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarle los medios jurídicos más adecuados para los fines lícitos que aquellos se propongan alcanzar».

También SIMO SANTOJA⁴ precisa que cuando se trata de aludir a la responsabilidad civil del Notario lo que podríamos indicar primero es cual es el *facere* típico del Notario, es decir, en que consiste la función notarial para ver si, por las razones que fueron, el Notario no presta adecuadamente su ministerio; y recuerda que los notarios son funcionarios públicos de acuerdo al artículo 1 de la Ley del Notariado, y a la vez es un profesional del Derecho (artículo 1 del Reglamento), lo que suponen señalan mezclar y confundir dos aspectos que deberían desprenderse claramente: uno el aspecto objetivo de la función que el Notario debe y desempeña (función notarial) y otra el aspecto subjetivo de disposición respecto a la Administración del Estado (profesión notarial); y añade que desde el punto de vista subjetivo es evidente que el Notario no está integrado en la administración del Estado y que aunque depende directamente del Ministerio de Justicia y de la Dirección General de los Registros y del Notariado ello es una simple medida de control e inspección del ejercicio de una función pública que el Notario lleva a cabo con plena autonomía e independencia de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento Notarial, y que con este alcance puede hablarse de una profesión notarial para significar que el Notario, aunque está controlado por la administración del Estado no está integrado en ella, con la doble e importante consecuencia de que sus actos no son actos administrativos ni por tanto generan la responsabilidad de la Administración.

La dicción literal de la Ley del Notariado en su artículo 2 es que:

El Notario que requerido para dar fe de cualquier acto público, particular, extrajudicial, negare sin justa causa la intervención de su oficio, incurrirá en la responsabilidad a que hubiere lugar con arreglo a las leyes.

De entrada hay que señalar, con BALLESTEROS ALONSO⁵, que no es aplicable a los Notarios las normas del título X de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

⁴ *Instituciones de Derecho Privado*, tomo III, obligaciones y contrato, volumen III, coordinado por VICENTE ELES y SIMO SANTOJA, Madrid 2.003, pág. 1.012.

⁵ *Ibidem*, pág. 107.

Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, ni tampoco el Reglamento en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, (RD 429/1993 de 26 de marzo), ya que éstas normas se refieren a la indemnización por parte del Estado de los daños que los particulares sufran como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; y aunque el Notario ejerza una función pública, y sea en efecto, funcionario público, no tiene con respecto a la Administración una relación de prestación de servicios ni, por consiguiente puede entenderse que cuando actúa es «Administración pública», ni que sus servicios sean, propiamente, un servicio público, sino mas bien un servicio profesional, ya que de los particulares que requieren sus servicios es de quien recibe su retribución.

2. REQUISITOS

La doctrina tradicional⁶ ha entendido que para que pueda nacer una responsabilidad debe existir en el agente una actuación culposa, doctrina que parte del concepto tradicional del Derecho romano a partir de la ley aquilia y que se ha seguido a lo largo de la historia por distintos ordenamientos, como las Partidas; necesitando, además de la culpa, como requisitos para la existencia de responsabilidad civil una acción u omisión antijurídica del agente, la producción de un daño y la relación causal entre la acción u omisión según ha recogido, en el orden práctico, una innumerable jurisprudencia del Tribunal Supremo⁷; planteándose aquí todas las dudas y discusiones doctrinales respecto a la apreciación de esa relación de causa-efecto especialmente en los casos en que concurren varias causas a la producción del daño, entendiéndose, en líneas generales, por la jurisprudencia, que es necesario para que pueda decirse que exista aquella relación de causalidad que la acción u omisión del Notario sea requisito sine qua non de los daños producidos⁸.

⁶ Por todos VINEY: “*La Responsabilité civile*”, París 1993, pág. 17 y sigs.

⁷ Sentencias 10 de octubre de 1968, [RJA 4.271]; 25 de octubre de 1968, [RJA 4.796]; 12 de mayo de 1964, [RJA 3.874]; 29 de diciembre de 1964, [RJA 5.911]; 28 de marzo de 1985, [RJA 1.252]; 17 de diciembre de 1988, [RJA 9.476] y 27 de octubre de 1.990, [RJA 1.781] entre otras.

Ciñéndonos a la responsabilidad del Notario señala BALLESTEROS ALONSO⁹ que no hay ninguna especialidad en esta materia, requiriéndose para que exista responsabilidad civil una acción u omisión culpable del Notario, un daño, un perjuicio y relación de causalidad entre la acción u omisión culpable del Notario y el daño que se ha producido; y finalmente relación de causalidad entre la acción y omisión culpable del Notario y el daño que se ha producido, no habiéndose tampoco, señala en éste caso ninguna especialidad en cuanto a los Notarios se refiere.

Por otro lado cobra importancia la actuación de determinadas profesiones la diferencia entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado¹⁰.

En las primeras alguien se obliga a poner los medios necesarios tendentes a un fin preestablecido, mientras que en la segunda el contratante se obliga no solamente a poner unos medios sino a entregar una prestación determinada, consista esta en bienes, servicios, u otro tipo de obligación. En la primera el que no se consiga el resultado no puede ser, sin más, alegado como incumplimiento de contrato, mientras que en la segunda sí.

¿En que clase de obligación deben encuadrarse las notariales? De entrada hay que señalar que, como recuerdan MAZEAUD Y TUNC¹¹, la obligación de resultado es lo normal y la excepción la

⁸ La STS de 18 de marzo de 1.998, [RJA 1998/1350] en que se debatía sobre un caso en el cual se autoriza una escritura notarial de hipoteca que el registrador no inscribió, alegando defectos; y cuando, finalmente se inscribió había ingresado en el registro una serie de embargos y una declaración de quiebra que ostentaba rango registral prioritario respecto a la hipoteca, dándose la circunstancia de que la fecha de retroacción de la quiebra era anterior a la del contrato de hipoteca, el Tribunal entendió que se había roto el nexo causal entre la actuación del Notario y el daño y señala que la "responsabilidad del artículo 22 de la Ley Hipotecaria, quizá objetiva respecto a la subsanación mediante una nueva escritura, deja de serlo respecto de los perjuicios que se causen "en su caso"".

⁹ *La responsabilidad civil de Registradores y Notarios* en "La responsabilidad civil profesional" Cuadernos de Derecho Judicial 7/2003, pág. 109 y sigs.

¹⁰ CATANEO *La responsabilidad del profesionalista*, Milán 1.958, pág. 45, y JORDANO FRAGA, *Obligaciones de medios y de resultados* (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)" en *ADC*, tomo XLIV, 1991, fascículo 1, pág. 5 y sigs.

¹¹ *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, 1962, tomo I, volumen I, pág. 129.

de medios en las cuales el deudor solamente promete una diligencia en orden a obtener un resultado.

Sin poder generalizar el criterio a todas las actuaciones notariales hay que estimar que lo habitual será, con matices, entender que se trata de una obligación de resultados. Así si ambas partes encargar al Notario la redacción de una escritura pública de compraventa, y el Notario acepta el encargo, no solo deberá adoptar la diligencia necesaria para prepararla sino, de hecho, redactarla y autorizarla siempre que, eso si, las dos partes den su conformidad a la misma.

Ciertamente habrá actuaciones en que el Notario no podrá prometer un resultado, como es por ejemplo un acta de notificación, en la que la misma podría no tener efecto por no encontrar al destinatario ni persona a la cual, según la Ley, pudiera efectuarse la misma. Pero no obstante y con las lógicas matizaciones de cada actividad notarial habrá que estimar que lo habitual será que el Notario «si las partes otorgantes también ofrecen su cooperación total» se comprometa a una actividad de resultados.

3. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL

Sobre la calificación de la actuación del Notario como contractual o extracontractual en principio cabría entender que la actuación del Notario es contractual y que la misma se encuadra, como ha sido tradicional para calificar la relación entre el profesional ideal y su cliente como contrato de arrendamiento de servicios.

BALLESTEROS ALONSO distingue, ya que si el dañado es un tercero ajeno al otorgamiento de la escritura estamos en un supuesto de responsabilidad citando, en el orden jurisprudencial, las sentencias de 2 de diciembre de 1997 y 5 de febrero de 2.000, en el que el Notario no cumplió con su deber de identificación del compareciente y éste había suplantado la personalidad del poderdante; mientras que si por el contrario quienes han sufrido el daño son los que solicitaron la intervención notarial podía pensarse que la intervención del Notario es contractual, habida cuenta de que el perjudicado tiene con el Notario un contrato de arrendamiento de

servicios. Y cita las sentencias de 3 de julio de 1965 que entendían aplicable el plazo de quince años de prescripción de las acciones personales y si el de un año de responsabilidad extracontractual el artículo 1.968.2º aun en este caso jurisprudencia que ha servido para argumentar en contra de la teoría de la responsabilidad contractual del Notario.

El entender que en unos casos la responsabilidad notarial puede ser contractual y en otros extracontractual no sólo parece adecuada a la doble consideración de las tareas naturales sino que está de acuerdo con la forma de caracterizar la responsabilidad de otros profesionales¹².

Indica SANTOS BRIZ¹³ que, aunque el Tribunal Supremo ha establecido que la relación del Notario con el tercero perjudicado es de naturaleza extracontractual, la sentencia de 3 de junio de 1965 ha aplicado la acción en reclamación de resarcimiento de daños dirigida contra el fedatario la prescripción del daño que establece el artículo 1.968 del Código Civil, ya que se trata de una responsabilidad de carácter legal, deducida del artículo 1.900-3º-5º en relación con el artículo 1.902 del Código Civil, concordando con el artículo 40.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

La sentencia de 5 de febrero de 2000¹⁴, cita la precedente de 19 de junio de 1984 cuando señala que «la responsabilidad en que estos funcionarios pueden incurrir, la que puede derivar tanto por actuaciones que cabe enmarcar en las relaciones contractuales, como en las extracontractuales o incluso concurriendo ambas».

La sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2002¹⁵ señala que la responsabilidad del Notario es contractual

¹² Véase, por ejemplo sobre la responsabilidad médica FERNÁNDEZ HIERRO: *Sistema de Responsabilidad médica*, Granada 2002, pág. 19 y sigs.

¹³ SIMO SANTOJA y otros, pág. 696. En sentido contrario así ÁLVAREZ SÁNCHEZ *La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores*, en “La Responsabilidad Civil profesional-Cuadernos de Derecho Judicial VII-2003, pág. 29.

¹⁴ RJA 2000/251

¹⁵ RJA 2002/9927.

rechazando la alegación de que en este caso no había arrendamiento de servicios por haber actuado el Notario en sustitución de un compañero, y el Tribunal Supremo dice que en ese caso de acuerdo con el artículo 22 de la Ley del Notariado asume frente a los otorgantes las mismas obligaciones de los sustituidos, y las obligaciones que se derivan del artículo 146 del Reglamento Notarial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2006¹⁶ indica:

La llamada yuxtaposición de responsabilidades y la unidad de culpa y consiguiente infracción del artículo 1902 del Código Civil nada tiene que ver en este caso en el que el problema litigioso ha sido resuelto en base a la relación contractual existente entre las partes y esta calificación de las relaciones no ha sido combatida adecuadamente en el recurso, lo que impide considerar infringido un artículo que no se aplica, como es el art. 1902 del Código Civil, relativo a la responsabilidad extracontractual, así como la jurisprudencia de esta Sala al respecto, pues dicho precepto y jurisprudencia era además inaplicable desde un principio a una reclamación de cantidad fundada y resuelta con carácter principal en el incumplimiento de deberes impuestos por la relación de servicios convenida y como tal sometido al régimen igualmente establecido por dicho contrato.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de octubre de 1995¹⁷ precisa que la relación del Notario con el cliente debe de considerarse como de arrendamiento de servicio.

Para la jurisprudencia francesa la responsabilidad del Notario es contractual cuando actúa como mandatario¹⁸; pero, en cambio cuando la responsabilidad se exige por los terceros siempre se trata de responsabilidad extracontractual, según diversos fallos de Casación¹⁹.

¹⁶ RJA 2006/8203 Sentencia Tribunal Supremo núm. 627/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 8 junio Recurso de Casación núm. 4850/1999

¹⁷ RJA 1996/1686.

¹⁸ Civ. 14 junio 1989, B.I. n° 238.

¹⁹ Civ. 1, 14 enero 81, B.I. n° 14, Civ. 1, 6 enero 94, B.I. n° 7.

4. LOS DEBERES NOTARIALES

La culpa del Notario estaría, como la de otros profesionales, en la infracción de la *lex artis* o reglas específicas de la profesión.

YZQUIERDO TOLSADA²⁰ señala cómo es insuficiente el error profesional para generar responsabilidad, si bien cita la doctrina que se basa fundamentalmente al error de diagnóstico médico en cuanto posible generador de responsabilidad penal²¹, e insiste en la aplicación de los principios probatorios comunes al campo de la responsabilidad civil del profesional si bien resalta la distinción, con las consecuencias que de ello derivan, entre obligaciones de resultado y obligaciones de medios o de actividad con las consecuencias que ello conlleva respecto a la necesidad de prueba.

¿En que consiste la culpa del Notario?. Es evidente que la culpa del Notario, como la de cualquier otro, es una falta de diligencia o previsión y en definitiva podemos unirlo, como ha hecho la doctrina en materia de responsabilidad de otros profesionales²² la infracción de los deberes profesionales, en definitiva, para que exista culpa tiene que haber una infracción de los deberes de la profesión.

Si decimos que la culpa del Notario consiste en la infracción de los deberes de la profesión el paso siguiente es examinarlos, siquiera sea sumariamente y para los sólo efectos de éste trabajo.

Notemos que el artículo 146 «y los demás preceptos notariales legales y reglamentarios» regulan la actuación del Notario y pueden ser base para la exigencia de responsabilidad civil pero no regulan específicamente las condiciones para la existencia y exigencia de responsabilidad civil que deberá regirse por las normas ordinarias sobre la misma, tanto en su aspecto sustantivo como en el aspecto procesal, limitándose exclusivamente el Reglamento Notarial a tratar a parte de lo indicado de la responsabilidad disci-

²⁰ *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, pág. 296.

²¹ *Ibidem*, pág. 300 y sigs.

²² BONVICINI *La responsabilita civile*, Milán 1971, tomo II, pág. 767 y sigs.

plinaria de los Notarios. Por tanto la responsabilidad del Notario, como también se deduce del artículo 145 del Reglamento Notarial se derivará, como norma, de la prestación indebida de su función.

Pero en cualquier caso es de resaltar, como indica YZQUIERDO TOLSADA²³, que en el caso de los Notarios éstos responden de sus obligaciones contractuales u extracontractuales, sin que la reglamentación legal y la, mayor o menor intervención administrativa, pueda servir de título de imputación de sus actos a la Administración.

Los deberes de los notarios son complejos y tienen como hemos visto la doble vertiente del profesional liberal y el funcionario público sin olvidar que la Notaría funciona además, a veces, como una gestoría y que tiene unos empleados que, en su actuación como tales, pueden causar daños a terceros. No obstante y a pesar de su complejidad, conviene echar una rápida ojeada a los preceptos que lo rigen, incluso a los supuestos de responsabilidad específica que, de acuerdo con la Ley pudieran tener y que a continuación paso a detallar:

1º) Hay un supuesto que la propia Ley lo establece como tal cuando los artículos 1 y 2 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 indican que los Notarios incurren en responsabilidad cuando se negaren sin justa causa a intervenir según su oficio. Pero se ha señalado²⁴ que la responsabilidad por negativa a prestar su intervención es un supuesto insólito, o, al menos, no ha sido contemplado por la jurisprudencia, como si lo ha sido la derivada del incumplimiento de normas sustantivas a observar en el otorgamiento de los instrumentos públicos contenidos en el Código Civil; que de acuerdo a lo que señala el Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, modificado por el Decreto de 22 de junio de 1967, artículo 3, párrafo segundo, falta para el funcionario o fedatario la autonomía contractual que supone la libertad de contratar.

²³ Obra citada, pág. 109.

²⁴ *Tratado de Derecho Civil*, dirigido por SANTOS BRIZ, y coordinado por IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona 2003, tomo III, pág. 693.

Tales preceptos son complementados con el artículo 145 del Reglamento Notarial que establece que:

La autorización del instrumento público tiene carácter obligatorio cuando el Notario con jurisdicción al que se someten las partes o corresponda en virtud de los conceptos de la legislación notarial²⁵.

²⁵ El resto del texto íntegro de dicho artículo en el texto aprobado por RD 45/2007 de 19 de enero es el siguiente: Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello. Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio: 1º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos. 2º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan. 3º La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes: a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar. b) Que todos los comparecientes lo soliciten. 4º En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas. 5º El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia. 6º Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento. Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenir tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma. En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante Notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el Notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el Notario procederá al otorgamiento en los términos indicados por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad. La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público

De acuerdo con el artículo 349 del Reglamento Notarial es falta grave, a efectos disciplinarios, la negativa (si bien el texto de 2007 no alude a la morosidad reiterada) en la prestación de las funciones requeridas. Lógicamente, como apunta BALLESTEROS ALONSO²⁶ tal hecho podía ser también causa de responsabilidad civil. Sin embargo este precepto en la práctica no ha dado lugar, que yo sepa, a ninguna jurisprudencia.

El Reglamento Notarial de 2007 (y la anterior redacción del mismo también se pronunciaba en idéntico sentido) señala en el artículo 145 la posibilidad de recurso contra la negativa del Notario a otorgar escritura ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, pudiendo, si el recurso es estimado, el Notario hacer constar al otorgar el documento que es autorizado en base al criterio de la Dirección General; todo ello sin perjuicio de la falta muy grave que podía constituir la negativa injustificada y reiterada de las funciones requeridas de acuerdo con el artículo 348 del Reglamento de 1945.

Indica BALLESTEROS ALONSO²⁷ que la decisión del Notario de denegar su función está, con arreglo al artículo 145.4 del Reglamento Notarial sujeta a recurso ante la D.G.R.N. y sigue indicando que «por lo cual, habiendo recurso administrativo contra su decisión, no parece que ésta pueda llegar a derivarse responsabilidad civil, salvo que en el recurso se declare que la negativa del Notario ha habido malicia o ignorancia inexcusable y que del retraso en la intervención notarial se haya derivado otro juicio».

En cualquier caso lo que entiendo es que la responsabilidad del Notario no podrá exigirse mientras siga pendiente recurso gubernativo contra la negativa.

podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad».

²⁶ Ibidem, pág. 112.

²⁷ Obra citada, pág. 111.

2º) Cuando el Notario otorga una escritura en que, a su juicio, todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad necesaria para hacerlo.

3º) Cuando la identificación de los otorgantes no se haya efectuado correctamente.

La STS de la Sala 1ª de 2 de diciembre de 1998²⁸ señala que el Notario dio fe del conocimiento personal de la persona que comparecía (suplantando a otra y exhibiendo un DNI falso) pese a que sólo la conocía «como declaró mas tarde» porque días anteriores fue a la Notaria con el referido DNI. Es más, el propio Notario demandado afirma que dadas las circunstancias (otorgamiento a favor de la compareciente) por una supuesta suegra la que fue propietaria del inmueble en cuestión, hace unos cinco años fallecida (dio un poder para verificar una compraventa) «recibió personalmente al poderdante y se cercioró de su capacidad y lucidez, problema que le preocupaba».

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 1.988 recuerda como la Ley de Notariado hubo de ser modificada en su artículo 23 por la Ley de 18 de diciembre de 1946, pues aun siendo consciente de la fundamental garantía que la intervención notarial presta a los actos y contratos que mediante ella se forma y al deber del Notario de dar fe de conocimiento de los otorgantes, asegurándose de su identidad, puso de relieve en su a modo de exposición de motivos la cierta y justificada alarma existente en el Cuerpo Notarial ante el hecho de que puedan producirse errores en el conocimiento provocado por los mismos otorgantes que podrían iniciar una acción criminal contra el Notario por una supuesta falsedad y exigir incluso una indemnización indebida, ya que no existiría la culpa o negligencia exigida por el artículo 1.902 del Código Civil, terminando por admitir que la consecuencia del error habían de ser distintas, estableciendo, en definitiva, en el último párrafo del artículo 23 que el Notario que de fe de conocimiento de alguno de los otorgantes, indujera a error sobre la personalidad de éstos, con la actuación maliciosa de los mismos, no incurrirá en responsabili-

²⁸ RJA 1998/9156.

dad criminal, la cual será exigida únicamente cuando proceda con dolo; pero será inmediatamente sometida a expediente de corrección disciplinaria con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se hayan producido por tal error a terceros interesados.

También precisa que en el caso de autos no puede pretenderse una indemnización sin haberse seguido previamente un expediente disciplinario contra el Notario que provocó el error en la identificación de uno de los otorgantes del instrumento público que utilizó, y del que dio fe de conocimiento sin haber seguido las pautas que el propio artículo establece para los supuestos que enjuicia, lo que lleva a la desestimación del primero de los motivos del recurso.

El Tribunal Supremo critica al calificar de ligereza la actuación del Notario autorizante porque señala que lo que realmente sucedió es que la identificación se produjo a través de un DNI falsificado y el que no advirtiera tal falsificación, sabiendo las dificultades prácticas de apreciarla por el especial cuidado con que se falsifican los documentos identificativos no puede calificarse de ligereza.

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2000²⁹ se plantea el supuesto en que en el momento del otorgamiento del poder el otorgante fue suplantado por su hermano, que no tenía mandato expreso, diciendo el Notario en el acta que conocía al otorgante, y en vista de eso el Notario dijo literalmente «firma conmigo el Notario que conozco al compareciente», y luego anteriormente se incluyó la impresión de conocer al compareciente doy fe, con lo cual se vino a aceptar y dar por suficiente el conocimiento de Don Ramón G. suplantado por su hermano Don Javier que fue el que efectivamente concurrió a la Notaria.

4º) Cuando la representación del que comparezca en nombre de tercera persona no está debidamente acreditada.

²⁹ RJA 2000/251.

El problema será determinar cómo se acredita que tal representación no estaba debidamente acreditada, entendiéndose que, a tales efectos, puede bastar la R.D.G.R.N. o la sentencia firme de un tribunal en juicio ulterior sobre la validez o no de tal representación.

5º) Cuando las resoluciones o expedientes administrativos en contratos de obra, servicio o adquisición o transmisión de bienes públicos no se hayan tramitado con arreglo a la legislación vigente.

Es de estimar que tal defecto de tramitación tiene que ser evidente, puesto que el Notario no es el responsable de tales defectos de tramitación ni tiene que investigar la misma solamente, en mi opinión, si tal resolución se incorpora a un documento notarial y hay un defecto grave y evidente que vicia la misma y el Notario no hace ninguna observación podía incurrir en nulidad.

6º) Cuando un testamento se hace con malicia o negligencia inexcusable, siendo de resaltar a este respecto el calificativo de inexcusable.

A este respecto es de resaltar el contenido del artículo 705 del Código Civil que señala:

Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.

Dicho artículo se complementa con el 715, el cual manifiesta:

Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como testamento ológrafo, si todo é estuviere escrito y firmado por el testador y tuviere las demás condiciones propias de este testamento.

También el artículo 712 señala en cuanto a la falta de presentación de testamento:

El Notario o la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo al Juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador.

Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia.

Este artículo, a diferencia de los anteriores es aplicable no exclusivamente al Notario, sino al Notario u otra persona que tenga en su poder el testamento.

Respecto al primero de ellos indica BALLESTEROS ALONSO³⁰ que para su aplicación requiere que se cumplan una serie de requisitos:

- a) Que la nulidad del testamento sea completa.
- b) Que la nulidad derive de defectos formales.
- c) Que estos defectos formales sean imputables al Notario.
- d) Que haya sido judicialmente declarada.

Y continúa precisando que tales artículos no recogen ninguna especialidad respecto de la responsabilidad civil del Notario, sino que se limitan a contemplar unos supuestos particulares, por lo que, sin que se den tales requisitos, existe una responsabilidad del Notario, por ejemplo, por una nulidad parcial del testamento y que viceversa podía darse tales requisitos sin que exista responsabilidad civil al no haber existido daños, lo cual es evidente porque si no existe daño no existirá responsabilidad civil por mucho que exista culpa o negligencia por una actuación contraria del Notario contraria a sus deberes profesionales.

³⁰ Ibidem, pág. 114.

Ahora bien, lo difícil, como el mismo BALLESTEROS reconoce, es demostrar cuál era la voluntad del testador, porque si el documento es nulo y no sirve para demostrar la voluntad del testador al objeto de que sea respetada, difícilmente podrá servir para demostrar la existencia de daños y perjuicios, podría a lo mas haber una responsabilidad disciplinaria pero nunca una responsabilidad civil.

7º) La prestación indebida de la función.

Observemos que el Notario tiene un deber de asesoramiento e imparcialidad y de asistencia especial al otorgante necesitado de ella, tal y como señala la Resolución de la Dirección General de los Registro y del Notariado, de 26 de octubre de 1995³¹ la cual puntualiza:

Todo lo anterior no es óbice para que deba recordarse el deber que tiene el Notario de asesorar debidamente a los otorgantes, informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, con una actuación profesional, cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica “una asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

Por ello, no es necesario recordar al recurrente que tiene abierta la vía jurisdiccional civil ordinaria para reclamar la declaración de una posible responsabilidad civil del Notario, todo ello en el supuesto de que la misma haya realmente existido y sea acreditada por el reclamante y reconocida por los Tribunales competentes. Y continúa la indicada resolución indicando que:

Debe recordar que, como esta Dirección General ha dicho de forma muy reiterada (Resoluciones de 22 de diciembre de 1988, 2 de marzo y 16 de noviembre de 1990, entre otras muchas) la materia de la responsabilidad civil del Notario está encomendada en exclusiva a los Tribunales Ordinarios, y absolutamente excluida de la competencia de la Dirección General, teniendo además, la decisión de la jurisdicción ordinaria sobre la existencia de responsabilidad civil, necesariamente carácter previo a cualquier decisión que en el ámbito de la responsabilidad

³¹ RJA 1.686 de 1.996

disciplinaria pueda adoptar esta Dirección General, siempre previa a la tramitación del correspondiente expediente (Resolución de 12 de noviembre de 1990).

Ha entendido la jurisprudencia francesa que el Notario debe entregar todas las informaciones en su poder susceptibles de aclarar a sus clientes sobre la naturaleza y el alcance de sus compromisos y sobre los riesgos de la información proyectada³²; y debe ponerles en guardia sobre los peligros de una determinada actuación o de una determinada medida³³; hasta el punto de desaconsejar formalmente la operación que se proyectaba³⁴.

8º) La negligencia o morosidad en la prestación de la misma. Evidentemente la existencia de la misma deberá ser demostrada por quien lo alegue y, a priori no parece que sea tarea fácil, supuesto recogido por el artículo 349 del Reglamento Notarial.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2004³⁵ estima que no incurrió en responsabilidad el Notario en que advirtió con claridad del riesgo del otorgamiento en una escritura de traspaso aunque solo dijera algo de palabra las reservas y advertencias legales, y en especial la del carácter fiscal y concretamente que se advirtió de la existencia del plazo legal de 30 días que establece la LAU para ejercitar el derecho de tanteo por la propiedad; porque la omisión formal «reglamentaria» no puede por si sola servir de fundamento a la responsabilidad civil.

La sentencia de la A.P. de Barcelona, sección 4ª, de 28 de enero de 2000³⁶ estima que hay responsabilidad del Notario por falta de notificación del traspaso en el plazo legal, habiendo una negligencia profesional ya que no se notificó en el plazo de ocho días que señala el artículo 32 del Texto Refundido de la L.A.U.

³² Civ. 1, 21 febrero 95

³³ Civ. 1, 28 abril 1986, B.I. n° 104, 12 noviembre 1987, B.I. 288 y 29 febrero 91, B.I. n° 79

³⁴ Civ. 1, 19 mayo 1992, B.I. n° 147.

³⁵ RJA 2004/3957.

³⁶ AC 2000/137.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2ª, de 13 de noviembre de 2001³⁷ entiende que no hay falta de diligencia y que no ha actuado negligentemente el Notario a pesar de haber tardado cuatro días en preparar el documento, cuando no se le hizo ver la urgencia del caso.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 6 de octubre de 2006³⁸ precisa:

En el caso presente, ni la actuación llevada a cabo por el titular de la Notaría ni por los trabajadores de la misma, ni el daño que se dice haber padecido ni que ese sea debido a aquella actuación, han sido suficientemente acreditados. En primer lugar, el retraso imputable a la gestión notarial no alcanza todo el tiempo referido por la actora, es decir, desde la firma de la escritura notarial de aceptación, adjudicación y segregación el 11 de diciembre de 2003 hasta el 20 de mayo del año siguiente, en que se despacha por el Registrador de la Propiedad, sino exclusivamente desde que se estampa la liquidación por la Oficina Liquidadora el 23 de enero de 2004, y no hasta la fecha exacta en que se practica la inscripción en el Registro de la Propiedad, ni tampoco hasta el día en que se presenta por parte de los encargados de la Notaría la escritura en el Registro para su asiento, sino en puridad hasta el día del fallecimiento del esposo de la actora, el día 3 de abril de 2004, puesto que esta es la fecha que toma en consideración la propia demanda para alegar el retraso en la tramitación de la escritura; nada de lo sucedido con posterioridad afecta en este pleito sino tan solo que no se hubiera podido inscribir aquella con anterioridad al fallecimiento del esposo de la actora. Luego, no más de unos dos meses y 10 días de efectivo y trascendental retraso a los efectos de exigir un resarcimiento por el mismo. En segundo lugar, la dilación en la tramitación y recogida del material necesario para practicar la inscripción por el Registro ha estado suficientemente justificada por la necesidad de aportar el testamento del padre de la actora, que no se hallaba en poder suyo a pesar de que en el archivo notarial constaba la existencia de dos copias del mismo expedidas con anterioridad; comprobado posteriormente el destino de esas copias para procedimientos judiciales en marcha, el Notario procedió a obtener una nueva copia del mismo en ese tiempo, la adjuntó con el resto de la documentación pertinente y al final se obtuvo el asiento registral que se pretendía.

³⁷ AC 2001/2.387.

³⁸ AC 2006/1.822.

9º) La falta de inscripción en el Registro del documento autorizado.

Hay que matizar a este respecto que si los interesados desean afectar directamente los trámites de inscripción en el Registro y luego no los siguen, ninguna responsabilidad cabe, lógicamente, imputar al Notario.

Otro supuesto es el de que el Registrador deniegue indebidamente la inscripción en el que de existir responsabilidad será del Registrador y no del Notario. Lo que no será fácil es el determinar cuando la inscripción de la escritura está mal denegada, aun cuando pudieran servir de pauta, si bien pueden no ser siempre definitivas, las resoluciones de los recursos interpuestos contra la denegación de la inscripción.

La sentencia de la A.P. de Baleares sección 5ª, de 23 de junio de 2000 señala que existe responsabilidad del Notario como consecuencia de una cancelación ilegítima de una hipoteca al haberse efectuado con la presentación de unas matrices, pero no del título original que era necesario para su cancelación.

10º) La omisión de solicitud de información registral en escritura de adquisición de inmuebles o constitución y transmisión» de derechos reales sobre los mismos, que constituiría un caso claro «y normalmente demostrable con facilidad» de responsabilidad civil, siempre que de tal omisión se hayan seguido daños y perjuicios, como sucedería con la existencia de cargas sobre un inmueble adquirido que eran ignoradas por los compradores.

11º) El retraso en la expedición de copias, aunque tal hecho puede ser de difícil prueba.

12º) La falta de presentación de fax en el registro.

13º) No guardar el secreto debido del protocolo.

14º) La expedición indebida de copias a quien no tiene interés legítimo, o la exhibición, en iguales condiciones, del protocolo, en base al artículo 32 de la Ley del Notariado.

15º) Negligencia en la conservación del protocolo.

16º) En general cuando el acto o contrato sea en todo o en parte contrario a las leyes, la moral o el orden público, o se prescindiera de los requisitos necesarios para su validez.

El artículo 147 del Reglamento Notarial señala:

El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso en los casos en que se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado.

En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien proceda ésta y si la mismos obedece a condiciones generales de su contratación.

Asimismo, el notario intervendrá las pólizas presentadas por las entidades que se dedican habitualmente a la contratación en masa, siempre que su contenido no vulnere el ordenamiento jurídico y sean conformes la voluntad de las partes.

Sin mengua de su imparcialidad, el Notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Los Tribunales franceses han precisado que el Notario debe conocer el derecho positivo, no debiendo cometer un error de derecho³⁹. Por eso no puede aplicar un régimen fiscal improcedente que el Notario debería conocer, ni aceptar autenticar un acuerdo del cual el conoce el riesgo de anulación⁴⁰ o igualmente autenticar una convención del cual el conoce el riesgo de que sea declarada

³⁹ Civ. 1, 3 mayo 95, B.I. n° 189.

⁴⁰ Civ. 1, 30 mayo 95, B.I. n° 226.

ilícita⁴¹ y no solamente debe aconsejar, sino que el Notario antes de autenticar un acto, cualquiera que sea, debe proceder a constataciones diversas a fin de proteger a las partes en el acto, por ejemplo su capacidad o su cualidad de propietario⁴².

Una puntualización importante que ha señalado la jurisprudencia francesa es que la responsabilidad del Notario depende de la persona del cliente: cuando mas inexperto sea en el tema de que se trate el consejo debe ser mas detallado⁴³ y la responsabilidad puede ser mas tenue, incluso, cuando las partes van asistidas de su propio consejero⁴⁴, pero aún en ese caso sin llegar a desaparecer⁴⁵.

5. OTROS REQUISITOS

Hemos visto la necesidad de la existencia de una culpa que en general es la infracción de unos deberes preexistentes, pero no solamente existe esa posibilidad, sino que existe otros dos: que haya unos daños y que haya relación de causalidad; si no existen daños por muy imprudente o ilícita que haya sido la actuación del Notario no existirá responsabilidad civil, sin perjuicio de la infracción administrativa en que el Notario hubiera podido incurrir.

Por otro lado el daño deberá derivar precisamente de la actuación del Notario: esto será el cumplimiento de la relación de causalidad, que deberá demostrarse en cada caso, y que, en el fondo, será una cuestión de prueba.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998⁴⁶ señala que:

La culpa o negligencia del Notario y de que los daños y perjuicios reclamados se concretaron por la parte actora, hoy recurrente, en el importe principal

⁴¹ Civ. 1, 10 enero 1995, B.I. n° 24.

⁴² Civ. 13 noviembre 91, B.. n° 310.

⁴³ Civ. 1, 2 julio 91, B.I. n1° 228

⁴⁴ Civ. 1, 7 octubre 75, B.I. n° 259.

⁴⁵ Civ. 1, 21 febrero 96, B.I. n° 95 y 10 julio 95, D. 95 inf 195.

⁴⁶ RJA 1998/1350.

de la deuda garantizada, de manera que no cabe tomar en cuenta tal resultado. Ya en este punto, bueno será partir igualmente de que esta Sala acepta la afirmación de la Audiencia, tanto en su contenido fáctico como jurídico, de que “aun concurriendo una conducta negligente en los demandados, pueden verse los mismos exentos de responsabilidad si acreditaran que entre su comportamiento y el resultado dañoso ha mediado una causa extrema de suficiente entidad que interfiriéndose en el nexo de causalidad lo rompa.

Y la sentencia entiende que hay una ruptura de la relación de causalidad y se desestima la demanda contra el Notario, ya que se señala que:

La nulidad del acto dispositivo incide no sólo sobre el nexo causal, sino que absorbe la negligencia indudable del Notario e impide que se declare que esta produjese el daño pretendido. Y tiene tal fuerza cuando antecede que anula también la indudable incidencia en aludido nexo causal del impago del impuesto por la demandante a un tercero, haciendo decaer los otros motivos y con ello el motivo en su totalidad, dados los términos, repetimos, en que parece plantear el debate, pues los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento contractual por negligencia, y la responsabilidad del artículo 22 de la Ley Hipotecaria, quizá objetiva respecto a la subsanación mediante una nueva escritura, deja de serlo respecto a los perjuicios que se causen en su caso, siendo de aplicación lo que se ha dicho respecto a la ruptura del nexo causal.

La sentencia de 26 de octubre de 2005⁴⁷ incide en la necesidad de prueba de la relación de causalidad:

Constituye causa toda condición de resultado, de acuerdo con las reglas de la experiencia, siempre que sea jurídicamente relevante de conformidad con criterios normativos. Esta relación causal no se presume sino que debe ser probada por quien la invoca como integrante del supuesto de la norma cuya aplicación reclama.

La prueba de la relación causal entre la acción omitida por el Notario y el daño causado a la demandante se la logró en el proceso dado que (a) según la norma reglamentaria mencionada la información registral debía haberla pedido el recurrente antes del otorgamiento de la escritura, acto este que tendría que haberse

⁴⁷ RJA 2005/8296.

realizado dentro de los diez días naturales siguientes a la recepción por el Notario de aquella información; (b) en ese espacio de tiempo en el que debería haber pedido el Notario la información registral, el asiento de presentación con el contenido que establece el artículo 249 de la Ley Hipotecaria no había caducado; y (c) el registrador de la propiedad, de haber sido requerido, hubiera dado, bajo su responsabilidad, información, no solo de los datos del folio registral de la finca sino también del contenido de los asientos de presentación concernientes a ella y practicados en el libro diario antes de la remisión.

6. PRUEBA

El principio común es que el demandante debe demostrar aquello en que se basa su demanda, y en el caso de la exigencia de responsabilidad civil la acción culposa del demandado, el daño ocasionado y la relación de causalidad entre una y otra.

Ciertamente en materia de responsabilidad civil la jurisprudencia ha dulcificado estos principios admitiendo expedientes como el de la inversión de carga de la prueba o la presunción de culpa, que viene a ser lo mismo, desde la óptica procesal.

Pero tal presunción de culpa no es, en principio, y con la clara excepción legal contenida en el artículo 1.591 del Código Civil «hoy de dudosa vigencia» y la de la responsabilidad médica, mayoritariamente⁴⁸ aunque no siempre admitida, aplicable a la responsabilidad profesional, por lo que habrá que demostrarse la culpa del Notario: lo cual si en determinados supuestos como los relativos a defectos de capacidad o de representación pueden ser demostrables en otros, sobre todos los que se derivan del asesoramiento indebido, serán de muy difícil prueba.

La sentencia de 5 de febrero de 2000⁴⁹ indica que era carga probatoria del Notario «que no cumplió» demostrar que su comportamiento funcional estaba ajustado a su función normativa.

⁴⁸ Sentencias de 20 de junio de 1.997, (RJA 4.881), 9 de diciembre de 1.998, (RJA 9.427), y 9 de marzo de 1.999, (RJA 1.368).

⁴⁹ RJA 2000/251.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2ª, de 3 de mayo de 2001⁵⁰ señala que a los Notarios no es aplicable el principio de responsabilidad objetiva, aunque reconoce que la sentencia jurisprudencial ha ido hacia una progresiva objetivación de la responsabilidad, pero que en este caso había una ausencia de relación de causalidad además de unos daños y perjuicios no cuantificados.

Para la jurisprudencia francesa no existe inversión de carga de la prueba⁵¹.

7. RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS DE SUS EMPLEADOS

Es sabido que si el artículo 1902 sienta el principio general de responsabilidad civil por los actos propios el 1903 se ocupa de la responsabilidad civil por actos ajenos.

Se plantea entonces el problema de la responsabilidad civil del Notario por las actuaciones de sus empleados y de la persona que tiene como asistentes o dentro de su organización que a veces es completa y sofisticada y se trata de determinar si la responsabilidad civil del Notario se extiende a tales actuaciones.

El problema cobra especial importancia si tenemos en cuenta la actuación actualmente, o al menos en numerosas notarías, tienen estas de «gestorías» o «oficina de tramitación de escrituras»: habitualmente la Notaría hace el asiento de presentación de la escrituras en el Registro de la Propiedad y sigue después los trámites hasta la inscripción definitiva en el Registro «suponiendo que las escrituras sean de las que tienen acceso al mismo».

¿Quién se encarga de dichos trámites?. Puede hacerlo el Notario, la Notaría como organización o, todos o algunos de los empleados de la Notaría actuando como gestoría. Pero tiene que constar, de manera clara, la constitución de una gestoría autónoma e independiente, por parte de alguno o de todos los empleados de

⁵⁰ AC 2001/1380.

⁵¹ Civ. 1, 10 julio 84, B.I. n.º 225

la Notaría, funcionando al margen de ésta, para excluir la responsabilidad del Notario; ya que de lo contrario entraría en juego el artículo 1.903 del Código Civil y así parece haberlo entendido la jurisprudencia, como la sentencia de 6 de junio de 2002⁵², que recalca que la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional, y alude, clara y específicamente, a la responsabilidad del Notario por los actos de sus empleados, precisando:

El Notario demandado actuó correctamente en la función profesional que le competía al autorizar una escritura de constitución de hipoteca unilateral en garantía de diez obligaciones hipotecarias, y a consecuencia de la misma, se confeccionaron unos títulos que contenían una doble matriz, con lo que se actuaba en total concordia con lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 247 del Reglamento Hipotecaria.

Y de esa doble matriz, no hubo toma de razón en el Registro de la Propiedad, gestión que se asumía normalmente en la Notaría.

Y por no existir tal diligenciamiento en el Registro de la Propiedad, de los títulos originales es por lo que no se pudo cancelar la hipoteca por incurso de un tercero ajeno a la presente cuestión, sin haberse cumplido sus fines para la parte demandante.

Y, ahora bien, como la Notaría es un complejo unitario de actividad profesional a cuya cabeza y para su dirección se encuentra el Notario, debe, este, responder de los perjuicios causados por las personas que tuvieran empleados y con ocasión de funciones propias.

Y esas funciones deben alcanzar también aquellas incidencias que tengan su origen en su marco en el desempeño de la actividad y que se hayan racionalmente vinculado a ella; sobre todo, a pesar de que alguna doctrina científica moderna no lo exige, cuando es el empleado o afecto a la Notaría, el que incurrió en la negligencia de omitir el diligenciamiento antedicho. Con lo que se configura plenamente la presunción de culpa «in eligendo» o «in vigilando» en relación al Notario, como titular de una empresa entendida como una organización de hombres y medios materiales.

Pues tampoco se puede olvidar que el Notario como director de la Notaría está dentro del orden de la profesionalidad y de la interna relación con la responsabilidad «la “accountability”», lo que supone que el trabajo a realizar en su campo laboral tendrá como finalidad la seguridad de que el cliente va a obtener en perfectas y lógicas condiciones y con todos sus efectos la escritura pública que

⁵² RJA 6755.

otorgaron, ya que en caso contrario estará obligado a indemnizar cuando no se consiga la finalidad pretendida con la confección de la misma y se ocasionen concretos perjuicios.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2003⁵³ parte de la base de que, en un supuesto de constitución de hipoteca ante un Notario, se encargaba a un oficial de la misma Notaría la urgente presentación de dicha escritura en el Registro de la Propiedad, así como la tramitación subsiguiente hasta la consecución de la inscripción correspondiente, y si bien se presentó en el Registro no llegó a ser retirado para la liquidación del impuesto que gravaba el negocio jurídico celebrado por lo que caducó la anotación realizada en el libro diario, lo que permitió que posteriormente tuvieran constancia registral de diversos embargos sobre los inmuebles objeto de la hipoteca, por lo que la garantía obtenida resultó ineficaz.

La sentencia de la Audiencia fue absolutoria para el Notario entendiendo que no existía responsabilidad en el mismo y contra la misma se presentó recurso de casación alegando por una parte que existía un recibo de cantidad efectuado con membrete del Notario y sello de la Notaría, y que todo ello suponía relación con el Notario y además el Notario no podía ignorar las actividades ilícitas que el oficial había realizado, e insistiendo en el concepto de Notaría como un todo unitario.

La fundamentación jurídica de dicha sentencia, que por su interés se transcribe, es la siguiente:

Esta Sala ha tenido ocasión de examinar con anterioridad el tema de las consecuencias a efecto de responsabilidad, de la falta de diligenciamiento en el Registro de la Propiedad de las escrituras públicas de hipoteca, cuando la gestión de su inscripción «imprescindible para la eficacia de las mismas» había sido confiada a empleados del Notario autorizante, llegando a la conclusión de que la reparación de los perjuicios causados por sus dependientes con ocasión del desempeño de las funciones a los mismos atribuidas debe recaer sobre aquél, precisamente por ser el director de ese complejo unitario y de actividad profesional que toda Notaría constituye.

⁵³ RJA 2003/5387.

Como se decía en la sentencia de 6 de junio de 2002 las funciones (y, por ende, la responsabilidad) del Notario deben alcanzar también a todas incidencias que se hayan racionalmente vinculadas a ella, cuando ha sido uno de los empleados el que ha incurrido «por descuido o por otra causa» en la omisión de un diligenciamiento que impide que las personas que han acudido ante el fedatario a fin de que en el ejercicio de la importante función que el Estado le ha confiado con carecer exclusivo, solemnizando sus declaraciones de voluntad puedan obtener en perfectas condiciones todos los efectos pretendidos.

Hay pues, un exigente deber “in vigilando” que incumbe al Notario respecto al personal a su servicio, por cuanto el hecho de que en el despacho profesional del que es titular se desarrolle la función oficial a que nos hemos referido tener a los ciudadanos una razonable confianza hacer que la seriedad y seguridad con que ha de llevarse a cabo toda actividad que en el mismo se ejecute, ya sea la primera y fundamental delación de fe pública, ya cualquier otra que constituya consecuencia o complemento de la misma como la de realización de concretas gestiones ante determinados organismos que según es notorio se ha venido asumiendo en muchos casos en beneficio de las personas que lo requerían. Sin embargo, el problema que en el presente supuesto se planea es de si el demandado había autorizado para gestiones de dicha naturaleza al oficial al que se dirigieron los representantes de la parte recurrente a fin de que obtuviese la inscripción de la hipoteca concertada, lo que la Sala de instancia considera no probado, o si, en otro supuesto, habiendo sido conocedor de anteriores comportamientos ilícitos de aquél empleado no adoptó con el necesario rigor todas las medidas tendentes a excluir radicalmente de los mismos, lo que habría impedido la causación del perjuicio a que se refiere la demanda.

La Audiencia Provincial exonera al demandado de la responsabilidad a que establece el artículo 1.903.4 del Código Civil por entender que en el caso que nos ocupa el dependiente ha actuado en su único, exclusivo y personal provecho, sin que ello hubiese trascendido dado el sigilo con que suelen desarrollarse los actos ilícitos de la naturaleza del que nos ocupa.

A la vista de que dicho supuesto no fue único, según se deduce de las denuncias de varios perjudicados, como resulta de los testimonios de causas penales y del proceso de despido del oficial del que se trata (que fue declarado precedente), ha de analizarse si el demandado debía haber colocado algún cartel prohibiendo a su personal la tramitación ante el Registro de la Propiedad de las escrituras que autorizaba «como se argumenta por la entidad recurrente» o bien le incumbía la obligación de extremar su vigilancia y atención sobre la realización de las gestiones que pudieran ser encomendadas a sus dependientes y hasta realizar un seguimiento de las mismas y comparar su buen fin, no

en vano su despacho y la organización de medios personales y materiales que tenía a su servicio habían dado ocasión a relaciones directas entre sus empleados y sus clientes en el curso de los cuales los últimos pudieran ser víctimas de posibles abusos de confianza que suscitaba la naturaleza oficial de la función notarial.

En el presente supuesto, como se recoge en la sentencia impugnada (Fundamento Jurídico Cuarto, apartado segundo) el hecho de litis no fue único, sino que la actuación del Oficial de la Notaria del demandado había generado diversas denuncias de afectados que dieron lugar a la tramitación de causa penal y a que el Sr. Jesús Carlos le comunicara su despido, constándole los testimonios incorporados en segunda instancia la utilización por el mencionado Oficial en provecho propio al menos del importe de un cheque de 1.500.000, «pts. expedido el 22 de octubre de 1989 y de otro de 2.000.000,» de pts. de fecha 16 de junio de 1990.

Los hechos no han podido por menos de llegar al conocimiento del Sr. Jesús Carlos, por cuanto es un hecho constatado por la experiencia que la reacción primera de la persona afectada por sucesos de ésta naturaleza consiste «antes de acudir a la vía penal» en formular su justificada protesta y esperar la obtención de una solución privada del problema, para lo cual resulta natural y lógico que se dirijan al empleado a quien materialmente se hubiera hecho entrega del dinero que no ha sido aplicado a la finalidad señalada, pero también a la persona titular del despacho profesional en que el encargo se había conferido.

Las denuncias de los afectados no puede servir por tanto para deliberar de toda responsabilidad al demandado, como ha entendido la Sala de apelación, sino que por el contrario, vienen a poner de relieve la ausencia de una escrupulosa supervisión y control respecto al comportamiento de sus empleados en la realización de actividades que, como se ha dicho, son consecuencia y complemento la función que el mismo ejerce, y que habitualmente son encomendados en la propia Notaria con su tácita conformidad.

Como puede verse en esta sentencia el Tribunal Supremo extrema el deber de vigilancia del Notario aun admitiendo que los daños se deriven de una actuación ilícita de un empleado de la Notaria, por estimar que, dada la pluralidad de hechos de tal carácter que tal persona había cometido, debía haber existido una vigilancia atenta por parte del Notario, que tenía que haberse dado cuenta de lo que sucedía y poner remedio a la situación.

8. PROCEDIMIENTO

No existe un procedimiento específico para exigir la responsabilidad de los Notarios. Por tanto el procedimiento será el juicio ordinario declarativo correspondiente con la posibilidad de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, y cuando la cuantía o la naturaleza del procedimiento lo justifiquen de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

La RDGRN de 16 de Abril de 1996⁵⁴ señala cómo la responsabilidad civil de los notarios ha de hacerse con arreglo a las normas generales de la responsabilidad contenida en los artículos 1.902 y concordantes del Código Civil, y que lo deben de hacer exclusivamente los Tribunales ordinarios; y en cuanto a la responsabilidad disciplinaria del artículo 23 de la Ley del Notariado entiende que es improcedente tratándose de un error de identificación de los daños y perjuicios sufridos por los compradores de un inmueble vendido por quien suplantó la personalidad de su verdadero dueño, mediante la exhibición en el momento de la firma, de un documento de identidad falsificado; y que no puede calificarse de culposa la actuación del Notario que no advierte que el D.N.I. está falsificado.

Otra cosa es la responsabilidad administrativa que sería exigible con arreglo a lo que dispone el Reglamento Notarial.

Tal responsabilidad y la corrección disciplinaria están recogida en el título VI del Reglamento Notarial, artículos 346 a 364 los cuales han sido modificados por el R.D. 45/2007 de 19 de enero.

Las faltas muy graves son recogidas en el artículo 348 del Reglamento:

a) Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con la prestación de la fe pública que causen daño a la Administración o a los particulares declaradas en sentencia firme.

⁵⁴ RJA 1991/9.847.

b) Las conductas que hayan acarreado sanción administrativa, en resolución firme, por infracción grave de disposiciones en materia de prevención de blanqueo de capitales, tributaria, de mercado de valores u otras previstas en la legislación especial que resulte aplicable, siempre que dicha infracción esté directamente relacionada con el ejercicio de su profesión.

c) La autorización o intervención de documentos contrarios a lo dispuesto en las leyes o sus reglamentos, a sus formas y reglas esenciales siempre que se deriven perjuicios graves para clientes, para terceros o para la Administración.

d) La actuación del notario sin observar las formas y reglas de la presencia física.

e) La reincidencia por la comisión de infracciones graves e el plazo de dos años siempre que hubieran sido sancionadas por resolución firme.

f) El incumplimiento grave de las normas sobre incompatibilidades contenidas en la ley 5/2006, de 10 de abril de Regulación de los Conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y Altos cargos de la Administración General del Estado y en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

g) La percepción de derechos arancelarios con infracción de las disposiciones por las que aquellos se rijan.

h) El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de su profesión.

i) Toda actuación profesional que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

j) La violación de neutralidad o independencia políticas, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito, así como la obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.

k) El incumplimiento de las obligaciones de custodia y uso de la firma electrónica reconocida del notario, así como la obligación de denunciar la pérdi-

da, extravío o deterioro o situación que ponga en riesgo el secreto o la unicidad del dispositivo seguro de creación de firma de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre el uso de firma electrónica de notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

Y son graves de acuerdo al artículo 349 del mismo Reglamento:

a) Las conductas que hayan acarreado sanción administrativa, en resolución firme, por infracción de disposiciones en materia de prevención de blanqueo de capitales, tributaria, de mercado de valores, u otras previstas en la legislación especial que resulte aplicable, siempre que dicha infracción esté directamente relacionada con el ejercicio de su profesión y no constituyan falta muy grave.

b) La negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas, así como la ausencia injustificada por más de dos días del lugar de su residencia, siempre que cause daño a terceros: en particular, se considerará a los efectos de esta infracción de negativa injustificada a la prestación de funciones requeridas, la denegación injustificada por parte del notario a autorizar un instrumento público.

c) Las conductas que impidan prestar con imparcialidad, dedicación y objetividad las obligaciones de asistencia, asesoramiento y control de legalidad que la vigente legislación atribuya a los notarios o que pongan en peligro los deberes de honradez e independencia necesarios para el ejercicio público de su función.

d) Los enfrentamientos graves y reiterados del notario con autoridades, clientes y otros notarios, en el lugar, zona o distrito donde ejerce su función, debida a actitudes no justificadas de aquél.

e) El incumplimiento grave y reiterado de cualesquiera deberes impuestos por la legislación notarial o por acuerdo corporativo vinculante, así como el impago de los gastos colegiales acordados reglamentariamente.

f) La reincidencia por la comisión de infracciones leves en el plazo de dos años siempre que hubieran sido sancionadas por resolución firme.

g) La falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento del servicio y no constituya falta muy grave.

h) La falta de obediencia debida a las Juntas Directivas y al Consejo General del Notariado.

i) El incumplimiento y la falta de obediencia a las Instrucciones y Resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la falta de respeto o menosprecio a dicho Centro Directivo.

La Resolución de 12 de Junio de 1991⁵⁵ vuelve a indicar cuales son los procedimientos necesarios para la exigencia de responsabilidad civil, y que no puede pronunciarlo la Dirección General sino que tiene que ser mediante juicio ordinario o mediante el procedimiento arbitral previsto en el artículo 146 del Reglamento Notarial.

La citada R.D.G.R.N. de 9 de Octubre de 1991⁵⁶ se plantea el problema de la responsabilidad del Notario por no comprobar la cancelación de la hipoteca al efectuar una escritura de compraventa, aunque consta la afirmación expresa del Notario acerca de las advertencias relativas a tal extremo, entendiéndose que es suficiente la advertencia verbal y señala que:

No es competencia de este centro la declaración de responsabilidad civil del Notario, sino que está reservada con carácter exclusivo a los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al procedimiento arbitral previsto a tales efectos en el artículo 146 del Reglamento Notarial. En este procedimiento la Junta Directiva, sin prejuzgar la existencia o inexistencia de responsabilidad civil, si considera evidentes los daños y perjuicios y la procedencia de su indemnización dada la conducta del Notario, podrá formular a las partes una propuesta sobre la cantidad de resarcimiento como medio de evitar procedimiento judicial si una Venecia.

9. PRESCRIPCIÓN

Siendo por tanto una responsabilidad contractual la prescripción de las acciones contra los notarios por responsabilidad civil esta sujeta al plazo de quince años, según indica las senten-

⁵⁵ RJA 1991/9.845.

⁵⁶ RJA 1991/9.847.

cias del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 1991⁵⁷ y la de 6 de mayo de 1994⁵⁸.

10. SEGURO

Cita BALLESTEROS ALONSO⁵⁹ el artículo 3 de la Orden de 16 de noviembre de 1982, referente al Seguro de responsabilidad civil de los Notarios, cuando indica que «el ámbito de la cobertura del seguro será el del entero quehacer del Notario, incluidos los supuestos de actuación de sus empleados siempre que de ella deba aquél responder». Y precisa que para determinar en qué casos no debe responder el Notario de los daños causados por sus empleados hay que estar también a la norma general del último párrafo del art. 1903 Código Civil, conforme al cual «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Jose Manuel Fernández Hierro

⁵⁷ RJA 1991/9847.

⁵⁸ RJA 1994/3718.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 130.

APROXIMACIÓN A LA REFORMA DEL CONVENIO DE DOBLE IMPOSICIÓN CON SUIZA

1. INTRODUCCIÓN

El Boletín Oficial del Estado del 27 de marzo de 2007 publicó el «Protocolo que modifica el Convenio de 26 de abril de 1966 entre España y la Confederación Suiza para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Madrid el 29 de junio de 2006», que, de acuerdo con lo expresado en el mismo, entró en vigor el pasado 1 de junio de 2007, surtiendo efectos sus disposiciones:

a) En el caso de los impuestos de devengo periódico (por ejemplo, el Impuesto sobre Sociedades) a los ejercicios iniciados a partir de la mencionada fecha.

b) En el resto de los supuestos a partir del citado 1 de junio de 2007.

En ambos casos se deben tener en cuenta las siguientes matizaciones:

a) En materia de dividendos e intereses, la nueva redacción del Convenio no surtirá efecto antes de la fecha de aplicación del Acuerdo entre la Comunidad y la Confederación Suiza relativo al

establecimiento de medidas equivalentes a las previstas en la Directiva 2003/48/CE del Consejo en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

Como quiera que el mencionado acuerdo entró en vigor el 1 de julio de 2005, los preceptos correspondientes entraron en vigor con el resto de la modificación del Convenio, con lo que está mención no tiene mucho sentido; quizás su permanencia en el texto se deba a que lo tuvo al inicio del largo y complejo proceso de negociación de la reforma del Convenio, y ahí se ha quedado.

b) En materia de cánones la nueva redacción del Convenio no surtirá efecto antes del día siguiente a la expiración del período transitorio de seis años que comenzará en la fecha de inicio de la aplicación del Acuerdo mencionado en el apartado anterior. Por tanto este apartado no será de aplicación hasta el 1 de julio de 2011.

Finalmente, el apartado 4 del artículo 7 del Protocolo establece que «El intercambio de información será efectivo para los casos de fraude fiscal o infracción equivalente en los que se incurra tras la fecha de la firma del presente Protocolo de modificación». Como quiera que la firma se produjo en Madrid el 29 de junio de 2006, se plantea la duda de la interacción de este precepto con lo dispuesto anteriormente en materia de entrada en vigor de la reforma del Convenio, e incluso un problema de retroactividad de la norma, ya que existe el riesgo de que se inicie el procedimiento de intercambio de información sobre hechos ocurridos antes de la publicación en el BOE de la modificación del Convenio. En todo caso, llamamos la atención sobre el problema planteado, ya que su solución se escapa del alcance de este trabajo.

La estructura del Protocolo de reforma del Convenio de Doble Imposición es la siguiente:

a) El artículo 1 modifica el artículo 10 del Convenio, dedicado a la tributación de los dividendos.

b) El artículo 2 introduce un nuevo artículo 11 del Convenio, dedicado a la tributación de los intereses, que sustituye íntegramente al anterior del mismo objeto.

c) El artículo 3 añade un nuevo párrafo al artículo 12 del Convenio, que regula la tributación de los cánones.

d) El artículo 4 modifica el apartado 5 del artículo 23 del Convenio, que regula el régimen para la eliminación de la doble imposición.

e) El artículo 5 incorpora al Convenio un nuevo artículo 25.bis relativo al intercambio de información entre los Estados contratantes.

f) El artículo 6 incorpora al Convenio un nuevo Protocolo. Como quiera que en ninguna parte dispone que este derogue el anterior Protocolo, que fue incorporado al Convenio con motivo de su firma, debemos entender que ambos se encuentran vigentes.

g) El artículo 7 regula la entrada en vigor de la reforma del Convenio.

Esta reforma, esperada largamente por los diferentes operadores jurídicos y económicos relacionados con el país alpino, tiene una serie de consecuencias de suma importancia, la mayoría de la cuales requieren un análisis profundo; por tanto, aquí nos limitaremos a apuntarlas y a realizar una aproximación de urgencia al mismo. Por otro lado, debemos destacar ya, desde el inicio, que las modificaciones efectuadas en el Convenio son extremadamente complejas, tal y como puede verse de la simple lectura de la normativa reguladora de la entrada en vigor del mismo. Como decimos, no se trata éste de un estudio detallado de la reforma, sino una descripción de la misma, especialmente por que es muy difícil medir sus consecuencias en este momento. Será la práctica administrativa la que fijará el alcance real de la reforma; así será determinante la actitud de la Administración suiza, especialmente en materia de intercambio de información, para valorar los aspectos prácticos de la misma¹.

¹ Sirva como ejemplo a estos efectos que el Convenio para evitar la Doble Imposición entre Suiza y Estados Unidos fue modificado, en materia de intercambio de información, en 1996, y tuvo que volver a ser modificado en 2003, ya que la aplicación práctica de la primera reforma no fue satisfactoria para la Administración norteamericana.

Anticipamos que la novedad estrella, o al menos la más llamativa es la introducción de un artículo 25.bis regulador del intercambio de información entre las administraciones de ambos Estados contratantes, que, como veremos más abajo, tendrá importantes consecuencias fiscales.

2. LAS MODIFICACIONES EN EL PROTOCOLO DEL CONVENIO EN MATERIA DE ABUSO DE LA NORMA Y PREVENCIÓN DEL *TREATY SHOPING*

Para realizar lo que nos parece una más sencilla aproximación a las reformas efectuadas, vamos a empezar por el final, esto es, por el Protocolo del Convenio, al menos, en los aspectos del mismo que afectan a la generalidad del Convenio, dejando las partes directamente vinculadas a aspectos puntuales reformados para que sean tratadas en el correspondiente apartado.

Como punto de partida, debemos destacar que los Protocolos anejos a los Convenios de Doble Imposición suelen dar lugar a problemas cuando uno empieza a enfrentarse a los mismos, ya que se supone que aclaran, pero, a veces matizan, o incluso limitan o contradicen lo establecido en el cuerpo del Convenio al que se anexan, y del que, habitualmente, se autoproclaman parte integrante. Y esto suele dar problemas de interpretación de la normativa contenida en el Convenio, especialmente para los que, como es nuestro caso, no somos especialistas en Derecho de Tratados Internacionales, y por lo tanto, no tenemos del todo claro cual es la verdadera relación jurídica entre los mismos.

Dicho todo esto, vamos a tratar brevemente la nueva cláusula antielusión contenida en el apartado 1 del Protocolo anejo al Convenio², y que, bajo el título de «Derecho a acogerse a los beneficios del Convenio» tiene el siguiente alcance:

² De acuerdo con las normas de entrada en vigor de la reforma del Convenio reproducidas en la introducción, esta normativa no será de aplicación para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre el Patrimonio del ejercicio 2007. De igual manera, no será de aplicación en el Impuesto sobre Sociedades 2007 cuando el ejercicio social se haya iniciado antes del 1 de junio, lo que ocurrirá en la mayoría de los casos. En el caso

(i) Los Estados contratantes declaran que sus normas y procedimientos de Derecho interno respecto a los abusos de la norma (comprendidos los convenios fiscales) son aplicables para combatir tales abusos. En el caso de España, el abuso de la norma incluye las situaciones previstas en el artículo 15 de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003 de 17 de diciembre) o cualquier otra disposición de naturaleza similar recogida en cualquier norma tributaria en vigor o que se establezca en el futuro.

(ii) Se entenderá que los beneficios del presente Convenio no se otorgarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro Estado contratante o de los elementos de patrimonio situados en el otro Estado contratante.

(iii) El presente Convenio no impedirá a los Estados contratantes la aplicación de sus normas internas relativas a la transparencia fiscal internacional "Controlled Foreign Companies".

A continuación, vista la complejidad de la redacción del precepto citado, pasaremos a analizar uno por uno sus elementos.

Como punto de partida, expresamente se declara que el Convenio ampara la normativa interna para evitar el abuso de la normativa tributaria, con especial referencia a la actual regulación en la Ley General Tributaria del «conflicto en la aplicación de la norma tributaria», pero haciendo referencia expresa a cualquier otra disposición de naturaleza similar en cualquier otra normativa tributaria, de lo que podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) En primer lugar, se deja claro que el Convenio no es oponible a las cláusulas antielusión existentes en las normativas internas de las partes contratantes. Por tanto, no podrá alegarse cláusu-

de la imposición sobre la renta de no residentes deberemos distinguir entre rentas obtenidas por medio de un Establecimiento permanente o sin éste: (i) así, si existe un EP la situación será idéntica a la descrita para el Impuesto sobre Sociedades, y, (ii) en el resto de los supuestos ordinarios, la nueva normativa será de aplicación para para las rentas obtenidas a partir del 1 de junio de 2007.

la alguna del Convenio hispano suizo para evitar la aplicación de la normativa antifraude interna.

b) Adicionalmente, se hace una referencia expresa a la normativa concreta española, lo cual, como veremos se repite varias veces en la modificación del Convenio. En este sentido, veremos a lo largo de este comentario que la parte española ha querido concretar más los aspectos antifraude de la normativa interna que quedan amparados por el Convenio, mientras que la parte suiza ha parecido contentarse con remisiones más genéricas.

c) Finalmente, se establece una remisión al artículo 15 de la Ley General Tributaria o «cualquier otra disposición de naturaleza similar recogida en cualquier norma tributaria en vigor o que se establezca en el futuro» que, desde nuestra perspectiva de operadores en el régimen fiscal foral tiene su importancia.

Tal y como veremos, tanto el Convenio como el Protocolo hacen referencia a normativa concreta española, pero únicamente refiriéndose a la normativa de territorio común, con los problemas interpretativos que eso supone, y a los que nos referiremos en su momento oportuno. Sin embargo, el precepto aquí analizado hace que, en nuestra opinión, la normativa foral antifraude correspondiente³ quede dentro de la cobertura del Protocolo, ya que es una norma de naturaleza similar vigente, recogida en una norma tributaria vigente en España en el momento de aprobación del Protocolo.

Adicionalmente el apartado (ii) excluye la aplicación de los beneficios del Convenio cuando el beneficiario efectivo de las rentas procedentes de un Estado contratante no sea residente en el otro Estado contratante, siendo ésta la parte del precepto más directamente dirigida para eliminar las actuaciones de *treaty shopping*.

³ Por ejemplo, los artículos 14 y 15 de la Norma Foral 2/2005, de 10 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Bizkaia.

En este sentido, la expresión *treaty shopping* define en la jerga tributaria a las actuaciones dentro de la planificación fiscal internacional encaminadas a sacar ventaja de la red de tratados internacionales seleccionando el tratado más favorable para su propósito⁴. Mediante estas actuaciones, en una relación tributaria internacional entre sujetos de dos jurisdicciones se introduce una tercera jurisdicción de forma que la interacción entre los diferentes Convenios existentes supone una disminución de la carga tributaria global de la operación, pero sin que exista una causa económica que justifique la entrada en juego del sujeto (generalmente una sociedad) que opera en esa tercera jurisdicción. También son supuestos de *treaty shopping* aquellos en los que una relación jurídico-tributaria esencialmente interna se internacionaliza para disfrutar de alguna ventaja derivada de un Convenio de Doble Imposición.

Así, expresamente se excluyen de la aplicación del Convenio los casos en que la relación de la renta sometida a un régimen privilegiado con un sujeto sometido a la normativa de una de las dos partes contratantes únicamente se produce para obtener una ventaja tributaria, sin que el sujeto que reciba las rentas sea el receptor real, en un sentido económico, de las mismas. Esta cláusula dará lugar a complejas disputas interpretativas, ya que es complejo determinar quien es el beneficiario efectivo de las rentas, especialmente si el sujeto interpuesto (sociedad) tiene más sustancia económica que la de un mero canalizador de rentas de una manera fiscalmente eficiente.

Por último, se declara expresamente aplicable la normativa sobre *Controlled Foreign Companies* o transparencia fiscal internacional vigente en cada uno de los Estados contratantes, a pesar de que la sociedad transparentada sea residente en el otro Estado. Obviamente no entraremos a tratar el tema de la transparencia fiscal internacional por quedar fuera del alcance de este trabajo.

⁴ Alessi, Verónica. *Treaty shopping-abuso a los convenios internacionales*. Asociación Argentina de Estudios Fiscales.

La incorporación de esta cláusula al Convenio ha servido para solucionar una de las habituales discusiones doctrinales en materia de Convenios para evitar la Doble Imposición, ya que no es cuestión pacífica la de determinar si, a falta de mención expresa, son oponibles a las ventajas de un Convenio las normas antiabuso contenidas en la normativa interna de las partes contratantes⁵. Ahora, al menos en el ámbito de las relaciones hispano-suizas esta discusión doctrinal ha quedado vacía de contenido al recogerse expresamente su aplicabilidad por el nuevo Protocolo incorporado al Convenio.

Como conclusión de todo lo anterior se debe destacar que este precepto dificultará a los diferentes operadores su actuación bajo la cobertura del Convenio hispano suizo, ya que expresamente se declaran oponibles a las ventajas tributarias las principales normas antiabuso de la normativa interna de las partes contratantes y se restringe severamente el disfrute de las estructuras de *treaty shopping*.

3. MODIFICACIONES EN MATERIA DE TRIBUTACIÓN DE DIVIDENDOS

En materia de dividendos, la nueva redacción del Convenio incorpora una exención para los dividendos pagados por sociedades suizas a españolas o viceversa, análoga a la contenida en la Directiva matriz-filial⁶, pero con algunas diferencias que deben tenerse en cuenta y que serán comentadas más abajo. Así, el Estado contratante en el que la sociedad que paga los dividendos sea residente considerará exentos en su imposición sobre no residentes los dividendos pagados por esa sociedad siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

⁵ Véase, a estos efectos Vega Borrego, Félix Alberto, en la obra colectiva *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España (Análisis a la luz del Modelo de Convenio de la OCDE y de la legislación y jurisprudencia española)*. Fundación Pedro Barrié de la Maza. A Coruña, 2004.

⁶ Directiva 90/435/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990.

a) Que el capital de la sociedad beneficiaria esté total dividido en acciones o participaciones y que sea residente del otro Estado contratante.

b) Que la sociedad beneficiaria posea directamente al menos el 25 por ciento del capital⁷ de la sociedad que paga los dividendos durante al menos dos años⁸.

c) Que la sociedad pagadora esté sujeta y no exenta respecto de los impuestos comprendidos en el artículo 2 del Convenio.

d) Que, en virtud de convenio alguno para evitar la doble imposición con un tercer Estado, ninguna de las sociedades sea residente de ese tercer Estado.

e) Que ambas sociedades revistan la forma de sociedades de capital.

A estos efectos, el Protocolo del convenio realiza las siguientes matizaciones:

a) Todas las expresiones utilizadas deben entenderse conforme a las definiciones de las mismas contenidas en la Directiva matriz-filial, por lo que a estos efectos son «sociedades de capital» españolas las definidas por la Directiva⁹.

⁷ En el caso de la Directiva matriz-filial, el porcentaje requerido es el 15% a partir del 1 de enero de 2007 y del 10% a partir del 1 de enero de 2009, según el artículo 14.1.h) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

⁸ Un año, pudiendo pedirse el reembolso del impuesto si se cumple con posterioridad al pago del dividendo, en el caso de la aplicación de la Directiva, según la normativa de transposición de la Directiva vigente en España antes citada.

⁹ De acuerdo con el Anexo de la Directiva, son sociedades españolas a efectos de la misma: «i) las sociedades de derecho español denominadas: «sociedad anónima», «sociedad comanditaria por acciones», «sociedad de responsabilidad limitada», así como las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado. Otras entidades constituidas con arreglo al derecho español sujetas al impuesto sobre sociedades español».

b) Por lo que respecta a Suiza, la expresión “sociedad de capital” comprende las: *Société anonyme / Aktiengesellschaft / società anonima; Société à responsabilité limitée / Gesellschaft mit beschränkter Haftung / società a responsabilità limitata; Société en commandite par actions / Kommanditaktiengesellschaft / società in accomandita per azioni.*

c) Una sociedad residente de un Estado contratante no podrá beneficiarse de la exención total de la retención en la fuente del impuesto aplicable a los dividendos procedentes del otro Estado contratante cuando la titularidad de la mayoría de sus acciones recaiga principalmente, directa o indirectamente, en personas que no sean residentes de un Estado contratante, o de un Estado miembro de la Unión Europea, a menos que la sociedad que percibe los dividendos (i) realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad que paga los dividendos; o (ii) tenga como objeto primordial la dirección y la gestión de la sociedad que paga los dividendos, mediante la adecuada organización de medios materiales y personales; o (iii) demuestre que se ha constituido por motivos económicos válidos y no únicamente para beneficiarse del artículo 10, apartado 2, subapartado b) del Convenio.

Es decir, que para que la exención del Convenio sea de aplicación los titulares últimos de la inversión deben ser residentes en alguno de los países contratantes o de la Unión Europea o la sociedad beneficiaria debe tener una sustancia de negocio que la haga ser algo más que un mero vehículo de papel. A estos efectos, una vez más, se produce una referencia a los «medios personales y materiales» sin dar una definición de éstos, que tantos problemas ha dado en el derecho interno.

En este sentido, España en todos los casos otorgará a una sociedad residente en Suiza el mismo tratamiento que a cualquier sociedad residente en un Estado Miembro de la Unión Europea que se encuentre en una situación equiparable.

En conclusión, se establece un régimen de exención para el pago de los dividendos similar al contenido en la Directiva matriz-

filial, aunque los requisitos de porcentaje de participación y período de tenencia son algo más gravosos. Igualmente se incorpora la normativa antiabuso de la Directiva en el caso de sociedades interpuestas, con las mismas indefiniciones que en el texto comunitario, por lo que es de esperar que surgirán los mismos problemas interpretativos, especialmente en lo referente al *business substance* de la entidad receptora de los dividendos.

4. MODIFICACIONES EN MATERIA DE TRIBUTACIÓN DE INTERESES

A partir de la entrada en vigor de la reforma se suprime la tributación en origen de los intereses, de forma que éstos sólo tributarán en el país de residencia del perceptor, salvo que éste actúe en el país de la fuente mediante un Establecimiento Permanente, en línea con lo establecido para los perceptores comunitarios por el artículo 14.1.c) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes¹⁰.

Sin embargo, y como es habitual en materia de Convenios para evitar la Doble Imposición, el apartado 4 del artículo 11 del Convenio expresamente mantiene el *arm's length principle* para el caso de operaciones vinculadas entre prestamista y prestatario. Por tanto, a la hora de aplicar prácticamente este precepto siempre se deberá tener en cuenta que el endeudamiento entre entidades residentes en ambos Estados contratantes debe efectuarse en condiciones de mercado entre partes independientes. Adicionalmente, el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, únicamente excluye de la normativa sobre subcapitalización a las sociedades prestamistas residentes en otro país de la Unión Europea, por lo que un préstamo concertado con una enti-

¹⁰ En este sentido, puede que el Convenio sea incluso menos restrictivo que la normativa interna aplicable a los beneficiarios de intereses residentes en la Unión Europea, ya que no limita sus beneficios a que los intereses no sean cobrados a través de un paraíso fiscal, a diferencia de lo contenido en el artículo 14.2 del Real Decreto Legislativo 5/2004.

dad suiza entrará de lleno en la aplicación de la norma si se cumplen los requisitos legales de ratios de endeudamiento¹¹.

En conclusión, y al igual que en el caso anterior, se establece un régimen similar al aplicable a los residentes en países de la Unión Europea pero con algunas diferencias a tener en cuenta.

5. MODIFICACIONES EN MATERIA DE TRIBUTACIÓN DE CÁNONES

Como punto de partida debemos destacar de nuevo que la modificación del mencionado precepto no se encuentra aún en vigor, tal y como se recoge en la introducción. Una vez se produzca su entrada en vigor, se encontrarán exentos de tributación en la fuente los cánones procedentes de un Estado contratante pagados a una sociedad asociada residente en el otro, siempre que:

a) Ambas sociedades estén afiliadas mediante una participación directa mínima del 25 por ciento, mantenida durante al menos dos años, o cuando una tercera sociedad posea una participación directa mínima del 25 por ciento tanto en el capital de la primera sociedad como en el capital de la segunda sociedad, durante al menos dos años.

b) Dichas sociedades sean residentes de uno y otro Estado contratante, y en virtud de Convenio alguno para evitar la doble imposición con un tercer Estado, ninguna de las sociedades sea residente de ese tercer Estado.

c) Todas las sociedades están sujetas al Impuesto sobre Sociedades y no exentas, en particular respecto de los pagos de cánones.

¹¹ En este sentido, debemos recordar que el único convenio que excluye en determinados supuestos la aplicación de la normativa interna sobre subcapitalización de los suscritos por España es el firmado con el Reino Unido.

d) Todas ellas revistan la forma de sociedades de capital.

Por su parte el Protocolo establece que todas las expresiones utilizadas deben entenderse conforme a las definiciones de las mismas contenidas en la Directiva de reguladora del pago de intereses y cánones¹² y que, a los efectos suizos, son sociedades de capital las descritas más arriba al tratar los dividendos.

En este apartado igualmente se ha adecuado la normativa aplicable entre España y Suiza a la aplicable dentro de la Unión Europea. En este sentido, la Directiva 2003/49/CE está en período de puesta en funcionamiento, encontrándose en 2007 los cánones pagados por una sociedad española a una sociedad afiliada residente en la Unión Europea sometidos a un tipo de gravamen del 10%. En general los requisitos que deben cumplirse son análogos a los recogidos en el Convenio con Suiza, aunque el período de tenencia de la participación se reduce a un año, que podrá ser cumplido con posterioridad al pago, resultando la correspondiente devolución.

En este apartado sirven las conclusiones correspondientes a los apartados anteriores.

6. MODIFICACIONES EN MATERIA DE DOBLE IMPOSICIÓN

En esta materia se adapta la cláusula de *tax sparing* existente en el Convenio, en virtud de la cual los beneficiarios residentes en Suiza de intereses de fuente española derivados de determinados préstamos podrán deducirse un impuesto español hipotético del 10% de los intereses cobrados.

La reforma se limita a adaptar el artículo 23.5 a la nueva redacción del artículo 11 del Convenio.

¹² Directiva 2003/49/CE, del Consejo, de 3 de junio de 2003.

7. LA CLÁUSULA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 25bis DEL CONVENIO

Tal y como comentábamos en la introducción, es en materia de intercambio de información en la que se ha producido una de las modificaciones más significativas en el Convenio. Así, hasta la fecha, el Convenio suscrito con Suiza era el único de los suscritos por España que no incluía una cláusula de intercambio de información entre las partes contratantes.

La falta de esta cláusula era común en los Convenios suscritos por el país helvético, en aplicación de la reserva formulada por este Estado al artículo correspondiente del Modelo de Convenio de la OCDE, aunque se está iniciando un proceso de cambio de la mayoría para incluir la mencionada cláusula, tal y como ha ocurrido en el caso español, y anteriormente había ocurrido, por ejemplo, con Estados Unidos o Alemania.

Esta situación había llevado al error, más o menos común en los medios de comunicación y en el día a día, de considerar a Suiza como un paraíso fiscal, lo cuál es incorrecto, ya que nunca se ha encontrado en el listado contenido en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, por el que se determinan los países o territorios calificados como paraísos fiscales a los efectos de la normativa española. La realidad es que Suiza es un país con un régimen tributario similar a otros países de su entorno pero con un sistema de secreto bancario y una práctica administrativa de negativa al intercambio de información referente a los aspectos tributarios¹³ de las personas o sociedades cuyo patrimonio era administrado en este país o que tenían relaciones económicas con residentes en el mismo. Esta negativa al intercambio de información tributaria había llevado a que se aprobasen determinados preceptos para

¹³ Y debemos remarcar en este punto la referencia al secreto relacionado con aspectos tributarios, ya que las autoridades gubernamentales y judiciales suizas siempre han intercambiado información, levantando incluso el secreto bancario, para la persecución de otro tipo de delitos.

dificultar la operativa con Suiza, pero nunca a su consideración como paraíso fiscal¹⁴.

Una vez sentado lo anterior, se analizarán los diferentes aspectos regulados por el nuevo artículo 25.bis.

8. SUPUESTOS EN LOS QUE CABE EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Como punto de partida se tratarán los diferentes supuestos en los que cabe el intercambio de información, a tenor de lo establecido en el artículo 25.bis del Convenio, así como las matizaciones efectuadas por el Protocolo directamente aplicables a los mismos.

Volvemos a llamar la atención en este punto sobre las dudas referentes a la entrada en vigor del artículo 25.bis del Convenio de que nos hemos hecho eco en la introducción.

8.1. Para la aplicación de lo dispuesto en el Convenio relativo a los impuestos objeto del mismo

Los impuestos objeto del Convenio aparecen recogidos en el artículo 2 del referido texto legal al que nos remitimos en aras de brevedad. De la lectura del mismo se desprende, al menos desde el punto de vista español, que el listado de impuestos comprendidos está absolutamente desfasado y no es de mucha ayuda. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el apartado 4 del artículo 2 establece que «El presente Convenio se aplicará también a los impuestos futuros de naturaleza idéntica o análoga que se añadan a los actuales o que los sustituyan. Cada año, las Autoridades competentes de los Estados contratantes se comunicarán las modificaciones que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones fiscales».

¹⁴ En este sentido, *inter alia*, el artículo 42.1.b) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, excluye del gravamen especial sobre Bienes Inmuebles de Entidades no Residentes a las entidades residentes con derecho a aplicación de un Convenio que contenga cláusula de intercambio de información.

Por tanto, razonablemente, deben considerarse como impuestos objeto del Convenio los impuestos directos vigentes en España, incluyendo los impuestos locales correspondientes. A efectos de aplicación del Convenio en lo referente a los mismos podrá intercambiarse información en virtud de este supuesto. En todo caso, hubiese sido positivo un *aggiornamento* del artículo 2 del Convenio en aras de una mayor seguridad jurídica.

8.2. Para la administración o la aplicación del Derecho interno relativo a los impuestos objeto del Convenio, en el caso de entidades de tenencia de valores

En lo referente a este supuesto, el Protocolo del Convenio hace unas matizaciones que es necesario tener en cuenta. Así, en virtud de este apartado los Estados sólo podrá intercambiarse la información que obre en poder de las autoridades fiscales y que no exija recurrir a medidas específicas de investigación. Por tanto, en aplicación de este precepto el Estado requerido no tendrá obligación de iniciar un procedimiento inspector sobre la entidad de tenencia de valores correspondiente si de sus archivos no se desprende la información necesaria para contestar al requerimiento.

Para el cumplimiento de este fin, el Protocolo define como entidades de tenencia de valores a las Sociedades suizas a las que sea aplicable el artículo 28, apartado 2 de la *Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs* de 14 de diciembre de 1994 y las sociedades españolas que puedan acogerse a los artículos 116 a 119 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades Españolas (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo). Y aquí, se nos plantea una duda interpretativa sobre esta definición, ya que las sociedades españolas a que se refiere son las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros, pero ¿sólo a las sometidas a la normativa de territorio común, que son las estrictamente reguladas por la normativa citada? ¿o debe interpretarse que igualmente se extiende la obligación de intercambio de información a las sociedades análogas reguladas por las entidades forales?

En nuestra opinión, que indudablemente sometemos a cualquier otra mejor fundada en Derecho, debe optarse por la inter-

pretación extensiva de la norma, considerando que son entidades de tenencia de valores, a estos efectos, las sociedades sometidas a una normativa foral más o menos idéntica a la mencionada de territorio común. Una interpretación rigorista de la norma no tendría sentido, máxime cuando pudiera llevar a la situación de falta de reciprocidad, ya que la Administración foral, por medio de la del Estado, podría obtener información de una sociedad holding suiza, pero no al contrario, ya que en virtud de este precepto la Administración del Estado pudiera no estar obligada¹⁵ a requerir a la Administración foral información, porque únicamente deberá intercambiar la que obre en su poder, sin recurrir a investigaciones especiales. Por tanto, consideramos que debería ponerse a disposición de las autoridades fiscales suizas, si así lo requieren, la información que esté en poder de las Haciendas Forales relativa a las sociedades holding sometidas a su normativa propia.

8.3. Para la administración o la aplicación del Derecho interno en casos de fraude fiscal o infracción equivalente en que haya incurrido un residente de un Estado contratante, o una persona sujeta a una imposición limitada en un Estado contratante, en relación con los impuestos objeto del presente Convenio

Una vez más, el Protocolo del Convenio realiza importantes matizaciones; así, en primer lugar, establece el «principio de doble incriminación», esto es, existirá a estos efectos «fraude fiscal» cuando nos encontremos ante un comportamiento fraudulento tipificado como delito conforme al Derecho de ambos Estados contratantes, punible con penas privativas de libertad, bien en la fecha en que se cometió el delito o bien en la fecha en la que se remitió el requerimiento de información.

Por otro lado, define la expresión «fraude fiscal o infracción equivalente» como los casos por debajo del límite monetario pre-

¹⁵ Y decimos pudiera, ya que sería necesario determinar adecuadamente si Administración a efectos del Convenio es únicamente la del Estado o si es cualquier Administración pública española, sea estatal, autonómica, foral o local. Si esto fuera así, nuestra duda no tendría sentido.

visto en el artículo 305 del Código Penal español que constituyan fraude fiscal en virtud del Derecho del Estado requerido, y los casos de simulación tramitados según el procedimiento previsto en el Artículo 16 de la Ley General Tributaria española (Ley 58/2003, de 17 de diciembre); finalmente la simulación se entenderá únicamente conforme a lo establecido en el artículo 1275 del Código Civil español.

Esta definición incluye, en nuestra opinión, varios aspectos a tener en cuenta: (i) en primer lugar, todas las definiciones concretas se hacen en referencia a la normativa española, lo que nos lleva a considerar que España está más interesada en solicitar información a Suiza que viceversa, (ii) si bien con las remisiones al Código Penal no hay problema, por ser común para toda España, con la referencia al artículo 16 de la Ley General Tributaria se nos plantea el problema antes mencionado respecto a las normativas similares de los territorios forales, aunque una vez más, y a pesar del principio *odiosa sunt restringenda* defendemos una interpretación extensiva de la norma, y (iii) en materia de simulación se ha optado por limitar el alcance del concepto de fraude fiscal o infracción equivalente, ya que la definición del artículo 1275 del Código Civil se refiere a los contratos sin causa o con causa ilícita; por tanto, sólo en estos casos nos encontraremos ante un supuesto de simulación con efectos fraudulentos que dé lugar a un intercambio de información.

A estos efectos, el Protocolo presume un comportamiento fraudulento en aquellas situaciones en las que el contribuyente utilice, o tenga la intención de utilizar, una prueba documental falsa y en aquellas en las que el contribuyente utilice, o tenga la intención de utilizar, una trama con el fin de engañar a las autoridades fiscales. En este sentido la indefinición del concepto «trama» dará lugar a los habituales problemas interpretativos.

Igualmente, en el caso que el eventual fraude esté vinculado al ejercicio real de una actividad profesional o empresarial, el Estado requerido asumirá como propias las exigencias relativas a los libros contables aplicables conforme al Derecho interno del Estado requirente. Por tanto, no podrá oponerse a un requerimien-

to de información que la información requerida no sea exigible conforme a la normativa contable del Estado requerido.

9. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN RECIBIDA: DEBER DE SECRETO

El artículo 25.bis apartado 2 del Convenio establece que la información obtenida en los supuestos anteriores deberá mantener un carácter confidencial en el país receptor, de acuerdo con lo definido en el propio artículo, restringiéndose la «circulación» de la información recibida por éste a las administraciones encargadas de la gestión de los impuestos comprendidos en el Convenio o a determinados organismos judiciales.

El Protocolo del Convenio matiza este precepto estableciendo que a la información recibida por este conducto se la podrá dar el mismo destino que se le hubiese podido dar conforme al Derecho del Estado del que procede, remitiéndose al procedimiento amistoso contenido en el Convenio para determinar cuando se produce esta situación.

10. LIMITACIONES A LAS OBLIGACIONES DE INTER- CAMBIO DE INFORMACIÓN

El apartado 3 del nuevo artículo 25.bis del Convenio 3 limita la obligación de intercambio de información al establecer que en ningún caso las disposiciones anteriores pueden interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) Adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación y práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

b) Suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante;

c) Suministrar información que revele un secreto empresarial, industrial, comercial o profesional, o un procedimiento industrial, o información cuya comunicación sea contraria al orden público.

11. OBLIGACIONES DEL ESTADO REQUERIDO

De acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del Convenio, el Estado requerido utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aún cuando pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios, con los límites expresados en el apartado anterior. Por tanto, los Estados están obligados, en aplicación de este precepto a recabar información de sus administrados incluso en el caso de que no sea relevante para ellos mismos, siempre que lo sea para el otro Estado y se cumplan los requisitos del Convenio.

Adicionalmente, y en virtud del apartado cinco del artículo 25.bis en los casos de fraude fiscal o infracción equivalente (supuesto c) de los descritos más arriba) el Estado requerido no podrá alegar que no puede intercambiar información únicamente por que ésta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, incluidos los agentes designados, o porque esté relacionada con acciones o participaciones en una persona. Es decir, que en los casos de fraude fiscal o infracción equivalente, el Estado requerido no podrá ampararse la normativa interna comúnmente denominada de «secreto bancario» para denegar el intercambio de información.

12. OTROS ASPECTOS RELEVANTES DEL PROTOCOLO

Adicionalmente, se establecen una serie de cautelas para limitar el alcance de los requerimientos de información; así el Protocolo establece que en cualquier caso un intercambio de información presupone una relación directa entre el comportamiento fraudulento y la asistencia administrativa requerida. En este mismo sentido, el apartado 8 del artículo 6 del Protocolo delimita negativamente el intercambio de información amparado por el artículo 25.bis del Convenio, ya que expresamente excluye del mismo las *fishing expeditions* que el propio texto define como «la búsqueda preliminar de pruebas comprometedoras», esto es las solicitudes más o menos genéricas de información sin que exista una razón

concreta, ni antecedente que justifique la indagación sobre un contribuyente. En relación con esto, el apartado 10 establece en que puede basarse el Estado requirente para justificar que tiene una sospecha razonable de que existe fraude fiscal o infracción equivalente, y que son:

a) documentos, autenticados o no, que comprendan, entre otros, documentos empresariales, libros de contabilidad o información sobre cuentas bancarias;

b) el testimonio del contribuyente;

c) información obtenida de un informador o de un tercero que se haya corroborado de forma independiente o que por otros motivos resulte creíble; o

d) pruebas circunstanciales.

Por tanto, para pedir un intercambio de información en casos de fraude fiscal o infracción equivalente es necesario que existan unos indicios del mismo, aunque la referencia a las pruebas circunstanciales puede suponer un nuevo motivo de fricción interpretativa entre los Estados y los sujetos pasivos. En todo caso, quedan excluidas las solicitudes de intercambio de información masiva.

Una vez vistos los supuestos en los que se producirá el intercambio de información, el Protocolo incorpora dos preceptos a tener en cuenta:

Así el apartado 11 del Protocolo incluye una suerte de «cláusula de nación más favorecida» a favor de España, por la que Suiza se compromete, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos formales, a conceder a España el mismo nivel de cooperación que el que conceda a cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea en materia de intercambio de información.

Finalmente, el apartado 12 del Protocolo incluye una mención muy importante, ya que «en caso de que el contribuyente

recurriera la decisión de la Administración Federal fiscal suiza respecto de la transmisión de información a las autoridades competentes españolas, cualquier demora que se produjera por este motivo no será computable en la aplicación de los límites temporales previstos en la legislación fiscal española respecto de los procedimientos fiscales de la Administración Tributaria» por lo que mientras dure el eventual procedimiento tributario en Suiza los plazos de prescripción y caducidad que sean de aplicación al procedimiento en España se encontrarán suspendidos; es decir, que el Protocolo deja claro que no podrá obtenerse ninguno de los mencionados beneficios para el contribuyente simplemente iniciando un procedimiento en el país Helvético.

En conclusión, debemos destacar que el nuevo artículo 25.bis del Convenio para Evitar la Doble Imposición hispano-suizo supone un cambio sustancial en el mismo, ya que incorpora un mecanismo de intercambio de información tributaria entre ambas partes que, si bien guarda ciertas diferencias con lo establecido en otros Convenios supone un avance importante en la lucha contra el fraude fiscal.

Adicionalmente, esta inclusión supondrá una ventaja para los residentes en Suiza al operar en España, ya que determinadas normas que sólo cubren a los residentes en un Estado que haya suscrito con España un Convenio que incluya una cláusula de intercambio de información les serán de aplicación.

13. CONCLUSIONES

Las conclusiones globales que sucintamente se deben destacar son las siguientes:

a) Se realiza una modificación del Protocolo que limita el derecho a acogerse a las cláusulas del Convenio en los casos de abuso de la norma y *treaty shopping*.

b) En materia de tributación de dividendos, intereses y cánones se establece un régimen de tributación cuando haya partes residentes en Suiza similar al aplicable a los residentes en un Estado de la Unión Europea.

c) Se incorpora al Convenio una cláusula de intercambio de información entre los Estados contratantes que si bien es más restrictiva que las vigentes en otros Convenios supone un avance significativo en los medios existentes para la persecución del fraude fiscal.

Francisco de Borja Iriarte Ángel

ESTADÍSTICA CONCURSAL

1. INTRODUCCIÓN

El Colegio de Registradores, bajo la dirección técnica de Esteban F. Van Hemmen, ha elaborado una estadística concursal del año 2006, la cual supone el inicio de una senda para posteriores –y más ambiciosos– estudios. Así se pronuncia Ángel Rojo en el prólogo a dicha publicación. Añade el ilustre mercantilista que la investigación, que ha sido elaborada con buena metodología sobre la base de un universo preseleccionado –más reducido que el número total de procedimientos concursales declarados en 2006–, permite obtener resultados muy interesantes que confirman la generalizada impresión de la escasísima utilización del concurso de acreedores en España. Se trata de una primera cata de la realidad, que debería ir seguido de otros muchos, en los que nutridos equipos de estadísticas y de otros expertos amplíen el campo de esta investigación, nos anuncia el protagonista con cierta vocación imperativa.

¿Ha fracasado la Ley Concursal, se pregunta? Habrá quien, a la vista de este interesante estudio estadístico, tenga la tentación de afirmarlo con rotundidad. El número anual de concursos de acreedores declarados desde el 1º de septiembre de 2004 es sustancialmente igual a la media del número de procedimientos concursales declarados en los últimos años de vigencia del Derecho anterior (menos de mil); el volumen anual de negocio de más de 40 % de los sujetos declarados en concurso era y es inferior al

millón de euros; dos tercios tenían menos de veinte trabajadores; casi tres cuartas partes de los deudores tardarían más de veinticinco años en hacer frente a las deudas contraídas con los recursos que podrían generar. Al concurso acuden pocas empresas –y poquísimos particulares– y, además, la gran mayoría de las que concursan son microempresas, es decir, empresas de muy modestas dimensiones. Estas son conclusiones del protagonista, que son evidentes; mas es innegable que, durante el tercer trimestre del año 2007, otros estudios estadísticos, incluso elaborados con horizontes temporales más reducidos, merecen un aumento significativo en el número de situaciones concursales; y el innegable panorama de desaceleración económica y deterioro del mercado laboral van a agudizar la situación; si ello habrá que añadir un mayor conocimiento del marco legislativo. Por ello es posible aventurar que los anuarios de años posteriores recojan esa realidad.

El estudio estadístico realiza un análisis de resultados. A continuación se recogen las recapitulaciones de aquél en cinco apartados: características de los deudores personas jurídicas, reasignación de recursos, recuperación del crédito en los convenios, control de la empresa concursada y duración de los procedimientos concursales.

2. CARACTERÍSTICAS DE LOS DEUDORES PERSONAS JURÍDICAS

El sistema consursal acoge una gran variedad de empresas, tanto si se considera su dimensión, como el sector de actividad. No obstante, desde la perspectiva del tamaño predominan las micro y pequeñas empresas: la mitad de las concursadas tiene activos y pasivos inferiores al millón de Euros, dos de cada tres factura menos de dos millones y medio de Euros, y una proporción similar emplea a menos de 20 asalariados. En cuanto a la actividad, casi la mitad pertenece al sector servicios, y un tercio es industrial. Cerca de la mitad se sitúa en el tramo de edad entre los 5 y los 15 años. El análisis de las cuentas preconcursales indica que las concursadas son muy poco viables: un 60,53 % exhibe resultados netos negativos, cifra que se amplía al 66,78 % si se consideran los resultados ordinarios negativos. Mas de la mitad genera recursos

negativos, y muy pocas (un 4,9 %) podrían atender completamente sus deudas en menos de cinco años con los recursos que genera. Finalmente, una de cada tres concursadas presenta fondos propios negativos.

3. REASIGNACIÓN DE RECURSOS

Los resultados de este capítulo muestran que la mayoría de las empresas que entra en el sistema concursal se orienta hacia la liquidación. Este sesgo liquidatorio es consecuencia del mal estado en que inician el procedimiento. El análisis confirma, pues, las impresiones obtenidas en el primer capítulo: la crisis de la mayoría de concursadas tiene carácter estructural e irreversible. Los datos sugieren también que algunas de las concursadas que inician la fase de convenio son inviables, derivando luego a la fase de liquidación. Por su parte, las empresas que alcanzan un convenio tienden a realizar actividades industriales y a emplear un número mayor de trabajadores. Es probable que el mayor número de asalariados ejerza una fuerte presión sobre los otros participantes del concurso para alcanzar un acuerdo de reestructuración de la deuda. Entre los indicadores de calidad económico-financiera, destaca la mayor proporción de activos fijos financieros y materiales de las empresas que continúan, cuyo valor en un contexto de insolvencia es más seguro en comparación con los activos circulantes. Sin perspectivas de continuidad, es más probable que los activos circulantes pierdan gran parte de su valor. Asimismo, el grupo de empresas que alcanza un convenio exhibe unas mejoras ratios de financiación básica y están menos apalancadas. Es decir, una mayor estabilidad de activos y pasivos aumentará la probabilidad de que los acreedores acepten las propuestas de convenio.

4. RECUPERACIÓN DEL CRÉDITO EN LOS CONVENIOS

En este capítulo hemos visto que los concursos que alcanzan un convenio normalmente tienen carácter voluntario. También hemos visto que generalmente el autor de la propuesta es el deudor (los acreedores propusieron en convenio en menos del 7 % de los casos). Asimismo, se ha constatado que cerca de un 20 % de los convenios fue aprobado de forma anticipada. Otra aportación del

capítulo ha consistido en estimar las expectativas de recuperación de los acreedores ordinarios que aprueban un convenio: éstos esperan recuperar un 57,4 % del valor de sus créditos (por supuesto, siempre que el deudor cumpla íntegramente con su compromiso). Se ha observado que la recuperación aumenta en el caso de las propuestas anticipadas. También hemos visto que el nivel de compromiso del deudor disminuye con el tamaño del concurso, siendo especialmente significativo que una plantilla preconcursal más grande lleve a los acreedores a aceptar convenios menos ventajosos para ellos. Finalmente, hemos constatado que los deudores más apalancados aprovechan el concurso para obtener mayores concesiones de los acreedores ordinarios, mientras que probablemente la continuidad del proyecto empresarial mejora las expectativas de dar salida a los activos circulantes, incrementando la capacidad de pago del deudor.

5. CONTROL DE LA EMPRESA CONCURSADA

El control de la empresa concursada es una cuestión muy importante desde la perspectiva de la preservación del valor de los recursos, tanto en el caso de continuidad como en el de liquidación. Hemos observado que en la mayoría de los concursos necesarios (nueve de cada diez) se dicta la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor. En los concursos voluntarios normalmente el auto de declaración provee la intervención, pero en 51 casos se decide la suspensión. Estas empresas se caracterizan por contratar un menor número de asalariados, por un valor añadido menor, y por una estructura más precaria de activo (niveles más bajos de inmovilizado material financiero) y de pasivo (menor financiación básica). En contraste, en 24 casos se produce el cambio de la intervención a la suspensión en un momento posterior del procedimiento, lo que afecta a empresas de mayor dimensión y con unas ratios de calidad económico financiera relativamente mejores. Ello sugiere que, así como la suspensión al principio del concurso podría responder a la petición de la liquidación por el deudor (debido a la práctica inactividad de la empresa), la suspensión en un momento posterior puede deberse a la voluntad de evitar pérdidas significativas que afecten a un gran volumen de recursos y a un elevado número de empleados.

6. DURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

En este capítulo hemos estudiado la duración de las distintas fases de los procedimientos concursales. Si nos centramos en los concursos que han abierto la fase de liquidación sin registrarse una fase común anterior, la tramitación de una fase común consume entre 9 y 11 meses (medianas de los concursos abreviados y ordinarios respectivamente). Alcanzar el plan de liquidación lleva unos 3 meses más. Por su parte, los concursos que han iniciado una fase de convenio (sin que posteriormente registremos la apertura de una fase de liquidación) tardan entre 10 y 11 meses en cerrar la fase común (nuevamente, medianas correspondientes a la tramitación abreviada y ordinaria). Para aprobarse el convenio son necesarios unos 3 meses más. Hemos observado también que en los concursos abreviados el tamaño puede influir positivamente en el tiempo necesario para alcanzar la fase sucesiva. Asimismo, tanto en los concursos abreviados como en los ordinarios, parece que una mayor proporción de activos inmovilizados materiales y financieros podría aumentar el tiempo necesario para la elaboración del inventario, alargando la fase común. Por su parte, peores indicadores de financiación podrían tener un efecto similar, al añadir complejidad a la elaboración de la lista de acreedores.

Germán Barbier Gaminde

RECOBRO DE LIBERALIDADES EN LA LEY DE SUCESIONES ARAGONESA POR CAUSA DE MUERTE¹

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: FUEROS 1º Y 2º DE SUCCESSORIBUS AB INTESTATO. CONEXIÓN CON LA SUCESIÓN TRONCAL Y CON LA EXCLUSIÓN SUCESORIA DE LOS ASCENDIENTES EN LA SUCE- SIÓN ABINTESTATO

La Ley de Sucesiones por causa de muerte² (Lsuc.) regula el recobro de liberalidades en los artículos 209 y 210 en términos muy similares a los derogados artículos 130 y 131 de la

¹ Esta breve nota de la profesora María Martínez Martínez (Profesora Titular de Derecho civil de Zaragoza) es consecuencia de una intervención en el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya el 23 de enero de 2008, en el seno del Grupo de estudio de Derecho Foral del ICASV. Se recogen, muy brevemente, conclusiones de mi tesis doctoral, dirigida por el profesor DELGADO ECHEVERRÍA titulada *La sucesión legal en el Derecho civil aragonés*, volumen primero: *Antecedentes. La sucesión intestada en Derecho aragonés histórico*, volumen segundo: *La sucesión legal en la Ley de Sucesiones por causa de muerte*, editada el año 2000 por El Justicia de Aragón en Zaragoza [hoy también, en www.bivida.es]. En ambos ejemplares está el resultado de la investigación histórica y del Derecho vigente sobre el recobro de liberalidades. Referencia básica también al recobro de liberalidades se encuentra en las dos ediciones del *Manual de Derecho civil aragonés*, dirigido asimismo por el doctor DELGADO y publicado por El Justicia de Aragón, en Zaragoza en 2006 y 2007 respectivamente.

² Ley 1/1999, de 24 de febrero de Sucesiones por causa de muerte, BOA núm. 26, de 4 de marzo.

Compilación del Derecho civil de Aragón³ y conservando su misma filosofía. Se han mejorado técnicamente bastantes aspectos de su régimen jurídico. La Ley no alude al recobro de dote y firma de dote ante el total desuso de las figuras, como indica el legislador en el Preámbulo⁴.

Los antecedentes históricos remotos del recobro de liberalidades se encuentran en los Fueros de Aragón 1º y 2º *De successoribus ab intestato*, ambos posteriores a la Compilación de Huesca de 1247 y cuyas fechas se fijan respectivamente en 1311 y en 1461⁵.

Tradicionalmente, se ha mantenido por foristas y foralistas que ambos fueros tuvieron como finalidad paliar la injusticia de la falta de llamamiento de los ascendientes en la sucesión abintestato, consecuencia de la rigurosa aplicación de la troncalidad en Aragón. El estudio de las fuentes históricas permite afirmar con bastante seguridad que el fuero único *De rebus vincularis* de 1247 era aplicado en la práctica siguiendo criterios de troncalidad pura (quizás troncalidad continuada, no es fácil dar una

³ Ley 15/197, de 8 de abril, asumida como Derecho propio por Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo.

⁴ Apartado IX. Tal falta de regulación expresa no ha de hacer pensar en la derogación del régimen jurídico. Es decir, lo dispuesto en el artículo 129 de la Compilación respecto del destino sucesorio de los bienes entregados entre cónyuges como dote o firma de dote pueden

⁵ Para el conocimiento del sentido y contexto de la Compilación de Huesca de 1247, DELGADO ECHEVERRÍA, «Vidal Mayor», un Libro de Fueros del siglo XIII», en *Estudio Introductorio a Vidal Mayor*, edición facsímil de la Diputación Provincial de Huesca, DPH, Huesca, 1989, páginas 44 a 81 (también, en www.bivida.es).

El texto completo de los fueros 1º y 2º *De successoribus abintestato* es de fácil acceso en la edición facsímil dirigida por el profesor DELGADO ECHEVERRÍA y publicada en 3 tomos por El Justicia de Aragón en Zaragoza el año 1991 de la célebre obra del siglo XIX de dos abogados aragoneses Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA titulada *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Ambos fueros están en el tomo I, páginas 243 y 244.

Hoy todavía es más sencilla la consulta en la Biblioteca Virtual de Derecho aragonés (BIVIDA), proyecto dirigido por el profesor DELGADO, que contiene en imágenes todo lo publicado impreso sobre Derecho aragonés desde 1476 hasta el año 2000 y es de libre acceso en internet: <http://www.bivida.es>.

respuesta concluyente), excluyera o no en su tenor literal a los ascendientes⁶. Fallecido un causante sin descendencia, todos los bienes eran heredados por los más próximos parientes colaterales de la familia de la que los bienes habían procedido al causante y, entre dichos colaterales, se seleccionaba a los «más próximos descendientes» de la parte de donde los bienes procedían, es decir, se elegía a los descendientes del casal de procedencia de los bienes, parientes colaterales del fallecido (hermanos, primos, sobrinos...).

Este mismo modo de devolución de bienes al tronco familiar en la sucesión abintestato se recoge en otros textos de 1247, como el fuero único *De natis ex damnato coitu* y en algunas observancias coetáneas y de fechas posteriores.

El estudio de las fuentes históricas permite afirmar que es muy verosímil que esta manera de entender y aplicar en la práctica la devolución troncal de bienes terminase por provocar la exclusión de los ascendientes del fallecido en la sucesión no sólo en los bienes de origen familiar, sino también en los que habían donado a sus descendientes, fuesen o no entregados como dote por razón de matrimonio, y también en los que el fallecido había adquirido durante su vida a consecuencia de su propia actividad y no por herencia o donación *inter vivos* de familiares, es decir, los llamados «bienes de propia industria».

El texto de los dos fueros *De successoribus abintestato* corroboran estas tesis. El 1º, de 1311, establecía el derecho de los ascendientes del fallecido a suceder preferentemente en los bienes que le hubiesen donado en vida si fallecía sin dejar descendientes y sin haber dispuesto de los mismos. Más adelante, el fuero 2º del mismo título, dado en Cortes de Calatayud en 1461, amplió el ámbito de aplicación de este derecho subjetivamente, al extender la legitimación activa a los hermanos del fallecido y

⁶ Criterios de troncalidad, siguiendo la obra del profesor BRAGA DA CRUZ, *O Direito de Troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, Livraria Cruz, Coimbra (Portugal), tomo I, 1941 y tomo II, 1947.

objetivamente, porque se aplicó tanto a bienes donados como a los enajenados por cualquier título al fallecido por sus ascendientes y hermanos.

El artículo 37 del Apéndice aragonés de 1925⁷ recogió el derecho de recobro en la sucesión del hijo legítimo siguiendo los antecedentes históricos: a favor de ascendientes y hermanos del fallecido abintestato y sin herederos forzosos, sobre los mismos bienes muebles o inmuebles donados, vendidos o enajenados por cualquier motivo y siempre que se encontrasen en el caudal hereditario. El recobro de liberalidades se recogió en los artículos 130 y 131 de la Compilación del Derecho civil de Aragón limitando su aplicación a los bienes donados. Hoy está en vigor tal como lo regulan los artículos 209 y 210 Lsuc. en términos prácticamente idénticos al derecho derogado. Las únicas diferencias se encuentran en que la Lsuc. alude expresamente en el artículo 59.3 a la preferencia del recobro de liberalidades frente al consorcio o fideicomiso foral, cuestión controvertida durante la vigencia de la Compilación, en que se establece expresamente la procedencia de la sustitución legal en el recobro de los hermanos (no en el de los ascendientes), en que se prevé la consecuencia de donación de bienes pertenecientes a la comunidad conyugal y en que se declara salvado en todo caso el derecho de viudedad que corresponda al cónyuge (números 2, 3 y 4 del artículo 209 Lsuc.).

2. EFECTOS DEL RECOBRO DE LIBERALIDADES EN LA POSICIÓN SUCESORIA DE LOS ASCENDIENTES Y HERMANOS

El recobro de liberalidades ha sido siempre en Aragón una medida, si se me permite decirlo así, correctora de los efectos que la troncalidad tenía tanto para los ascendientes como para quienes transmitieron los bienes al fallecido fuese a título oneroso o gratuito. Esta misma preocupación por evitar la exclusión sucesoria de los ascendientes y de los hermanos que donaron bienes al causante se

⁷ El Apéndice fue publicado en la Gaceta de Madrid el 12 de marzo de 1924. Está también publicado en el *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo VIII, 1955-1956, páginas 219 a 261.

encuentra en los recobros de liberalidades tal como los concibe la Lsuc., como muestra la propia ubicación sistemática, dentro del capítulo III del título VII, «Recobros y sucesión troncal».

Hay que tener en cuenta que los bienes donados por ascendientes o por hermanos al fallecido sin descendencia son, en la sucesión intestada aragonesa, bienes troncales simples (artículo 213 Lsuc.) y, si fueron directamente donados al causante por sus abuelos o por ascendientes de grado más alejado, bienes de abolorio (artículo 212 Lsuc.). También son bienes de abolorio los habidos de colaterales de generaciones más alejadas, pero no son objeto de recobro pues la Lsuc. es clara: a favor de ascendientes y hermanos del causante con admisión en este último caso de la sustitución legal.

El efecto del recobro de liberalidades en la posición sucesoria de los ascendientes es evidente. Dado que el artículo 211 sólo llama en la sucesión troncal al padre o la madre del causante de la línea de procedencia del bien y además en segundo lugar, es decir, después de los hermanos y sus descendientes dentro del cuarto grado de parentesco colateral con el causante (artículo 211.1º), de no existir el recobro de liberalidades del artículo 209, vivo el donante ascendiente, no heredaría tales bienes y vería como sus propios descendientes tendrían preferencia frente a él en la sucesión.

Para la posición sucesoria de los hermanos, el recobro de liberalidades y la admisión de la sustitución legal, expresamente prevista en la Lsuc. (previsión no expresa en la Compilación aunque era deducible de la interpretación conjunta con el derogado artículo 141) provoca que si está vivo el hermano donante, tiene preferencia para recibir los bienes que donó al fallecido frente al resto de hermanos (pues el bien donado por hermano es troncal: artículo 213 Lsuc.) y, si ese hermano donante ha premuerto al causante, es indigno para sucederle o ha sido excluido de la herencia, sus respectivos descendientes por sustitución legal y dentro del cuarto grado de parentesco con él (es decir, no más allá de los nietos del hermano que donó) tienen preferencia frente a otros parientes troncales llamados en el artículo 211 Lsuc.

3. NATURALEZA Y CARACTERIZACIÓN

La naturaleza del recobro de liberalidades no cambió en la Lsuc. respecto a la de la Compilación si bien se han perfilado sus presupuestos y efectos. Se pueden señalar algunas claves de su caracterización:

a) El recobrante es sucesor a título particular por disposición legal figura a la que alude el artículo 4.2 Lsuc.

b) El recobro *no supone reserva hereditaria* de los bienes donados ni limitación alguna para su disponibilidad *inter vivos* ni *mortis causa* para el donatario; si los mismos bienes no están en el caudal cuando fallece el causante, sencillamente no procederá el llamamiento a recobrar. No se aplica la subrogación real.

c) No provoca que los bienes donados sin más por ascendientes o hermanos estén sometidos a una cláusula *si sine liberis decesserit* que, en Aragón, siempre tiene origen voluntario.

d) Los titulares del recobro *no son legitimarios*. En Aragón los únicos legitimarios son los descendientes del causante y colectivamente (artículos 171 siguientes y concordantes Lsuc.).

e) El recobro *no es la reversión de donaciones del artículo 812 del Código Civil* que se aplica en la sucesión testada e intestada ex artículo 942 Cc. y que admite la subrogación real. Ambas instituciones obedecen a razones completamente diferentes.

f) *No es tampoco igual que el droit de retour légal* del derogado artículo 747 del *Code Civil* francés, donde tenía carácter de sucesión anómala y era considerada sucesión a título universal, como lo tiene el que regula el vigente artículo 738-2 del *Code*. El *droit de retour* a favor de ascendientes ha sido objeto de profunda modificación en la reforma del *Code* por Ley de 23 de junio de 2006 en que se ha aprovechado para aclarar alguna oscuridad en la figura nacida de la redacción del artículo 734 en la reforma por Ley 3 de diciembre de 2001. Sigue siendo derecho ejercitable en

valor, si no puede hacerse *in natura* por no encontrarse los mismos bienes en el caudal hereditario.

g) El recobro *no es consecuencia de la entrega de una donación con cláusula de reversión*. Las donaciones de ascendientes a descendientes y las hechas entre hermanos no están sometidas a condición resolutoria por el hecho de existir la previsión de un recobro en la sucesión legal.

h) *No es tampoco un fideicomiso de residuo* aunque en sus efectos se pueda parecer pero esta figura tiene su origen en la voluntad del testador y el recobro de liberalidades es siempre consecuencia del llamamiento en la sucesión legal o abintestato.

La más importante conclusión es que se trata de un llamamiento en la sucesión legal o abintestato que no implica obligación de reserva para el donatario ni que los titulares del recobro ostenten posición alguna como herederos forzosos o legitimarios.

4. PRESUPUESTOS DE EJERCICIO

a) Fallecimiento abintestato y sin descendencia

El ejercicio del recobro de liberalidades sólo se puede *ejercitar si el causante fallece abintestato* (total o parcialmente: artículo 201 Lsuc.) y *sin descendencia* (todos los descendientes del fallecido son preferentes artículos 206 a 208 Lsuc.). Evidentemente, también tiene lugar si repudian todos los descendientes capaces de heredar.

b) Transmisión por donación de todo tipo de bienes

El bien objeto de recobro habrá sido transmitido al causante en vida mediante *donación, es decir, a título gratuito* (en los términos del artículo 618 Cc.). Da igual el tipo de bien de que se trate, mueble, inmueble, derechos, bienes, etcétera. Todos los tipos de bienes están incluidos.

Después de la Ley 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad y por lo dispuesto en su artículo 34, el

recobro no se podrá ejercitar si los bienes han ingresado en el patrimonio común del consorcio conyugal del causante por cualquier título (ingreso que precisa escritura pública: artículo 33 Lrem.).

c) Donación de ascendientes o hermanos

Es indispensable que se haya hecho donación durante la vida del causante por un *ascendiente* suyo (aquí sin límite, aunque lo pondrá la naturaleza) o por un *hermano* (y no cualquier otro pariente colateral) y que *los mismos bienes donados se encuentren en el caudal al fallecer el causante*. No se aplica la subrogación real; el régimen jurídico es diferente al del artículo 812 Cc. que obedece a una filosofía distinta y se aplica tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria, como dispone el artículo 942 Cc.

d) Titulares del recobro

Las personas con derecho a ejercitar el recobro son: ascendientes sin límite; hermanos por derecho propio y descendientes de hermanos por sustitución legal, es decir, por premoriencia, declaración de ausencia, indignidad o exclusión voluntaria de la herencia y hasta el cuarto grado de parentesco civil con el causante (sobrino nietos del causante): artículos 209.2 en relación con los artículos 19, 23, 25 y 26 Lsuc.

Si los bienes donados pertenecían a la comunidad conyugal del donante, el recobro se ejercitará por cada cónyuge sobre la mitad indivisa de aquéllos y para su patrimonio privativo (artículo 209.4 Lsuc.).

El recobrante puede incurrir, como todo heredero legal o abintestato, en causa de indignidad para suceder (artículo 13 Lsuc.).

Si después de fallecer el causante, fallecen los llamados a recobrar, se produce la transmisión de la delación a favor de sus herederos conforme a lo dispuesto en el artículo 39 Lsuc. (transmisión del *ius delationis*, o sea, del derecho a aceptar o repudiar).

e) Recobro, habiendo descendientes

El artículo 210 Lsuc. recoge la regla que contenía el artículo 131 de la Compilación, casi de forma idéntica, aunque exige que todas las transmisiones se hayan producido a título lucrativo.

5. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL RECOBRO DE LIBERALIDADES

a) Adquisición de la propiedad y posesión sobre los bienes recobrados

Los recobrantes no necesitan instar declaración de herederos legales (aunque pueden pedirla: artículo 203 Lsuc.) ni que los herederos (troncales o no troncales) les entreguen los bienes objeto de recobro. Dadas las analogías con el legado de cosa cierta y determinada existente en el caudal, conforme al artículo 162 Lsuc., adquieren la propiedad desde la delación. Conforme al artículo 165 Lsuc., pueden, por sí solos, tomar posesión del bien y, si es inmueble, obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación.

b) Respeto en todo caso al derecho de viudedad que proceda

El artículo 209.3 deja a salvo, en todo caso, el eventual derecho de usufructo que pueda corresponder al cónyuge del causante, si lo hay (conforme a los artículos 89 y siguientes de la Lrem.).

c) Recobro y consorcio o fideicomiso foral

El artículo 59.3 Lsuc. establece la preferencia del recobro de liberalidades frente al acrecimiento consorcial en caso de conflicto entre ambas instituciones.

6. CONTRIBUCIÓN A LAS DEUDAS

A diferencia de los herederos, incluido el troncal, los artículos 40 y siguientes no aluden expresamente al recobrante. No obstante, dadas las peculiaridades del recobro, sólo si los bienes están en el caudal, se puede ejercitar, lo que no sucederá si los bienes

objeto de recobro deben responder de deudas porque el resto de bienes no alcancen a cubrirlas.

7. ¿PUEDE EL RECOBRANTE ACEPTAR EL RECOBRO Y REPUDIAR EL RESTO DE LA SUCESIÓN A LA QUE ES LLAMADO COMO HEREDERO LEGAL?

Dado el parentesco de los titulares del recobro con el causante es posible que pueda coincidir en una misma persona la condición de recobrante, heredero troncal y no troncal. Aunque la Lsuc. no dice nada expresamente al respecto, dado que puede haber varias declaraciones de herederos legales en función del tipo de bienes (artículo 203.2 Lsuc.) es razonable mantener que pueda aceptarse y repudiarse cada uno de los llamamientos libre e independientemente.

María Martínez Martínez

LAN-ZUZENBIDEA ETA GUNE ILUN GISA KALIFIKATUTAKO HARREMAN JURIDIKOAK (I)

1. ARAZOAREN NONDIK NORAKOAK

1. Lan-zuzenbidean «gune ilun» gisa kalifikatutako harreman juridikoez hitz egiten denean, aldeztu aurretik «gune argia» badela onartzen da; areago, «gune argi» horretan ez da zalantzan jartzen lan-zuzenbidearen aplikazioa¹.

Horregatik, «gune ilun» gisa ulertzen dena aztertu aurretik, «gune argiari» ekin behar zaio nahitaez.

2. Ildo horretatik, Langileen Estatutuari buruzko Legearen testu bateginak (LELTBk) ezarritako aplikazio-esparruak ondoriozta dezake zein den «gune argi» hori. Zehatzago, LELTBren 1.1 artiku-

¹ Gaur egun, lan-zuzenbideak duen arazorik eztabaidagarriena «gune ilunena» da, gune horietan lan-arloko antolamendu juridikoaren aplikazio-esparru subjektiboa hauts daitekeelako; ZENBAIT AUTORE. *Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia* (DEL REY GUANTER, S. Zuz.). Madril: La Ley, 2005, 37. or. Orobat, MARTÍN VALVERDERekin, lan-zuzenbidearen «gune ilunak» esapidea erabili ohi da, lan-legeriaren eta lan-zuzenbidearen aplikazio-esparruaren mugan dauden zerbitzu-emate jakin batzuei erreferentzia egiteko; izan ere, halako zerbitzu-emateak, batzuetan, lan-legeriara eta lan-zuzenbidera biltzen dira, eta beste batzuetan ez; MARTÍN VALVERDE, A. «Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)». In *RMTAS*, 38. zk., 30. or.

luak jaso ditu, «aplikazio-esparrua» izenburupean, lan-zuzenbidea aplikatzeko aintzat hartu behar diren ezaugarriak. Hain zuzen ere, ezaugarri horiek dira lan-kontratua egituratzen dutenak, bai eta lan-kontratua merkataritzako kontratuetatik nahiz kontratu zibiletatik bereizten dutenak ere.

Zinez, ezaugarri horiek abiapuntu, lan-kontratua da lan-zuzenbidearen erakunde nagusia. Halaber, lan-kontratua oinarri hartuta eratzen dira gainerako lan-harremanak, banakakoak nahiz kolektiboak. Bestela esanda, lan-kontratuaren ezaugarriak dira «gune argiaz» hitz egitea ahalbidetzen dutenak, eta, ondorenez, lan-zuzenbidearen mekanismoak aplikatzeko «giltza nagusia».

3. Egin-eginean ere, lan-kontratuak araututako lana borondatezkoa, ordaindutakoa eta mendekotasunean eta inorentzat egindakoa izan behar da. Horrez gain, jurisprudenziak aspaldi ezarri zuen lan hori pertsonala edo *intuitu personae* izan behar dela.

4. Era berean, ezaugarri horien arabera zehatz daiteke nor den langilea, esangura hertsian, alegia, lan-zuzenbidearen ikuspuntutik.

5. Halatan, aurrena, ezaugarri horiek zituen lana hedatu zen gizartean, XIX. mendearen amaieran, eta, hurrena, lan hori erakunde bihurtu zen, kontratu tipiko gisa, garai hartako kontratu zibiletatik urrunduz. Erakundetze horren harira ekin zitzaion, berebat, lan-zuzenbidea eraikitzeari, antolamendu juridikoaren adar independente gisa.

Modu horretara, zuzenbidea errealitatearekin uztartu nahi zen. Hurrean ere, ordura arte nagusi ziren printzipio liberalen ondorioz, eta, gehienbat, borondatearen autonomiaren ondorioz, kontrako fenomenoak lortu zen.

Enpresaburuek eta langileek lan-kontratuan dituzten kontrako interesek, eta, lan-baldintzak ezartzean, langileek alderdi ahula izateagatik duten desabantailak ageri-agerian utzi zuten bi alderdi horien arteko harremanak orekatzeko premia, gizarte-bakeari eutsi eta gori-gorian zegoen gizarte-auzia baretzeko.

Horrela sortu zen lan-zuzenbidea, langileak babesteko zuzenbide gisa; azken finean, lan-zuzenbidearen xede izango dira langileen eta enpresaburuaren aurkako interesak orekatzea eta berdintasun materialaren printzipioa eragingarri egitea. Horrenbestez, enpresaburuaren zuzendaritza-ahalmena aitortzen da, enpresaburuak lan-zerbitzuak alokairu batzuen truke jasotzen dituen heinean, baina ahalmen horren egikaritzari muga batzuk ezartzen zaizkio, eta mugok berme dira langilearentzat.

6. Esangura horretan, lan-zuzenbidearen hastapenetan, eta XX. mendearen 70eko hamarkadaren erdialdera arte, lan-kontratuaren ezaugarriak, eta, hortaz, baita lan-zuzenbidearenak ere, erraz atzeman daitezke garai horietan nagusi diren ekoizpen-eredu taylorista zein fordistetan².

Halaber, «lan-izaerarik gabeko beste kontratu batzuen bidez ere lan-zerbitzu ordaindu eta pertsonalak ematen direnez, azken buruan, mendekotasuna eta inorentasuna dira lan-kontratua eta beste kontratu-mota batzuk bereizteko benetako ezaugarriak»³.

Eskuarki, mendekotasuna eta inorentasuna erraz atzematen dira, ezaugarri horiek modu hertsian eta estatikoan lotzen zaizkielako irizpide jakin batzuei (lantoki berean lan egiten da, enpresaburuaren agindu eta jarraipenak zehatz-mehatz betez; lanaldi osoan eta ordutegi erregularrarekin lan egiten da; enpresaburu bakarrarentzat lan egiten da; iraupen mugagabeko kontratuarekin lan egiten da).

7. Hala eta guztiz ere, 1973tik aurrera, zenbait inguruabarrek zeharo baldintzatuko dute lan-zuzenbidearen bilakaera. Une horretatik aurrera, lan-zuzenbidearen «gune argian» itzalak agertuko dira⁴.

² Taylorista-fordista sistemari dagokionez, aztertu CORIAT, B. *El taller y el cronómetro: ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa*. Madril: Siglo Veintiuno, 1982.

³ ZENBAIT AUTORE. *Lan-zuzenbidearen ikasgaiak* (RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. Zuz.). Bilbo: Deustuko Unibertsitatea, 2004, 12. argitaraldia, 250. or.

⁴ LUJÁN ALCARAZ, J. *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo*. Madril: Lan eta Gizarte Segurantzaren Ministerioa, 1994, 5. or.

8. Hasieran, krisialdi ekonomikoa izan zen eta, geroago, lan-merkatuaren egitura aldatu zen, merkatua nazioarteko bihurtu zelako eta mundu mailan neurritz kanpoko lehia hedatu zelako⁵.

9. Testuinguru horretan, petrolioaren krisiak eratorritako krisialdi ekonomikoak berarekin ekarri zuen ordura arteko hazkunde ekonomikoaren tasek behera egitea, eta langabetuak ikaragarri gehitzea.

Krisialdiaren ondorioz, enpresaburuak bi norabidetako malgutasunaz baliatzen hasi ziren, hots, enpresaz kanpokoaz eta enpresa barnekoaz, merkatuan eurek zuten egoerari eusteko asmoarekin⁶. Enpresaburuaren jardunbidearekin bat eginez, gobernu askok, eta horien artean Espainiakoak, enplegu-politikan, mugarik gabeko malgutasuna suspertzearen aldeko apustua egin zuten. Bada, malgutzte-neurri guztietarik, ekoizpena deszentralizatzearen eta aldi baterako kontratazioaren aldeko apustua nabarmendu behar da⁷.

10. Bestalde, lan-merkatuaren egitura inguruabar desberdinen ondorioz aldatu zen. Inguruabar horien artean daude, besteak beste, merkatuan hirugarren sektorea nagusitzea, teknologia berriak garatzea eta postfordismoaren aroa hastea, toyotismoaren moduko ekoizpen-eredu berriekin⁸.

⁵ ORTIZ LALLANA, C. «La supervivencia del Derecho del Trabajo». In *AL*, 1999, III. liburukia, 831-818. or.

⁶ MARTÍN ARTILES, A. *Flexibilidad y relaciones laborales. Estrategias empresariales y acción sindical*. Madril: CES, 1995. Edu berean, ikuspuntu garrantzitsuen berri izateko, ikusi FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.R. eta RODRÍGUEZ ESCARCANO, S. *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*. Madril: Botere Judizialaren Kontseilu Nagusia, 1998, 169-442. or.

⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. «Sobre el concepto del Derecho del Trabajo». In *REDT*, 1986, 16. zk., 190-194 or. Ekoizpena deszentralizatzearen jatorriari eta justifikazioari buruz ikusi HERRAIZ MARÍN, M.S. «Nuevas formas de organización productiva: la denominada descentralización y sus manifestaciones». In *TS*, 2004, 167. zk., 15-18. or.

⁸ Inguruabar horien guztien gainean aztertu BELZUNEGI ERASO, A. *Teletrabajo. Estrategias de flexibilidad*. Madril: CES, 2002, 77-128. or. Fordismotik postfordismorako aldaketa hobeto ulertzeko ikusi CRUZ VILLALÓN, J. «El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado». In *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*. Madril: Tecnos, 1999, 169-192. or. Zehatzago, fordismotik toyotismorako aldaketari dagokionez, SEMA PENALVA, A. *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*. Valentzia: Tirant lo Blach, 2007, 25-53. or.

Labur-zurrean esanda, inguruabar horiek guztiek eurekin ekarri zuten merkatua nazioarteko bihurtzea eta munduan lehia areagotzea, globalizazio ekonomikoaren fenomenoaren sorraraziz, eta, horren harira, sarri askotan, enpresen leku aldaketa⁹.

11. Inguruabar horiek kontuan hartuta, merkaturaren iraun ahal izateko joera batzuk zehatz daitezke, hala nola, ekoizpen-kostuak gutxitzea, lan-espezializazioa sustatzea, langileak merkatu-egokitzetara egokitzea eta enpresa-eragingarritasuna optimizatzea, ekoizpen-egiturak malgutuz eta produktuen nahiz zerbitzuen kalitatea hobetuz, etengabeko berrikuntzaren ondorioz.

12. Joera horiei guztiei eusteko, XX. mendearen 80ko hamarkadatik aurrera, lan-harreman ez-ohiko ugari sortu zen, ordura arte lan-zuzenbidean nagusi zen «gune argira» bildutako lan-harreman ohikoetatik ihesi¹⁰.

Ez-ohikotasun horren ondorioz, sarritan, lan-harreman berri horiek ez ziren bat etortzen lan-kontratuaren ezaugarriekin, edo behartuta biltzen ziren ezaugarri horietara; izan ere, ezaugarriok, arestian aipatu bezala, modu hertsia eta estatikoan ulertzen ziren: «lana egonkorra eta lanaldi osokoa izatea, gehienetan, [enpresaburu bakarrarentzat egindakoa,] lan-zerbitzuak emateko alde aurretik prestatutako tokian, hau da, enpresan edo, zehatzago esateko, enpresak produktuak egin edo zerbitzuak emateko zehaztutako tokian (fabrikan, faktorian, ontzian, lursailean...; hitz batean: lantokian)»¹¹.

13. Horrenbestez, lan-harremanen ez-ohikotasunaren ondorioz, lan-arloko antolamendu juridikoaren aplikazio-esparru subjektiboa

⁹ Enpresak lekuz aldatzeko fenomenoaren inguruan ikusi PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. «Problemas laborales de la deslocalización de empresas». In *AL*, 2006, 1. liburukia, 242-264. or.

¹⁰ Ikusi RIVERO LAMAS, J. «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo». In *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madril: Lan eta Gizarte Segurantzaren Ministerioa, 2000, 17-94. or.

¹¹ GARCÍA MURCIA, J. «El trabajo atípico en la jurisprudencia más reciente: Notas más destacadas». In *RL*, 1989, 1. liburukia, 418. or. Zehaztasun gehiagorekin, CORDOVA, E. «Las relaciones de trabajo atípico» (I) eta (II). In *RL*, 1986, 1. liburukia, 239-283. or.

hausten hasi zen. Orduantxe agertu ziren zalantzak ere, eta zalantzekin «tirabirak», lan-zuzenbidea hedatzearen edo murriztearen inguruan, alegia, lan-harreman berriak lan-zuzenbidera biltzeko edo lan-zuzenbidetik kanpo uzteko¹². Bada, egoera hori zein esparrutan gertatu eta esparru horiek «gune ilun» bihurtu ziren¹³.

14. Hala ere, arian-arian, ez-ohiko lan-harreman gehienak lan-zuzenbidera bildu ziren? a) enpresaren barruan eta enpresaburu bakarrari begira: iraupen jakineko lan-kontratua, ekonomia- edo egitura-arrazoien ondoriozkoa; enplegua suspertzeko iraupen jakineko lan-kontratua; lanaldi partzialeko kontratuak; b) enpresatik kanpo: azpikontratazioa eta aldi baterako laneko enpresak?, eta arazoa egoera jakin batzuetara mugatuko da. Ondorenez, ez-ohiko lan-harremanek eta «gune ilunek» ez dute zertan bat egin¹⁴.

Ez-ohiko lan-harremanak eratortzeaz gain, «gune ilunak» sortzen dituzten egoeren artean nabarmendu behar dira telelana eta enpresaburu anizkunaren eraketa. Hain justu, azken egoera hori da lan honen hizpide.

Bi egoera horiek ekoizpena deszentralizatzearen adibide dira, baina badituzte desberdintasun garrantzitsuak ere. Horrela, telelanaren ezaugarri da lan-zerbitzuak lantokitik kanpo ematea.

¹² Gaur egun, horrela ulertzen du MONTOYA MELGARREK ere, hurrengo adieraztean: «lan-zerbitzuak emateko kategoria zehatzei erreparatu, lan-zuzenbidearen esparru pertsonalari dagokionez, gaur egun elkarren aurkako joerak atzeman daitezke, batzuetan esparru hori murrizten delako, eta beste batzuetan hedatu». Hain zuzen, joera horiek ditu aztergai (MONTOYA MELGAR, A. «El ámbito personal del Derecho del Trabajo: tendencias actuales». In AS, 2006, v. liburukia, 473-478. or.). Iraganari dagokionez, joera horiek jurisprudenziaren bidez aztertu nahi izanez gero, 1982tik 1992ra, ikusi RIERA VAYREDA, C. «El contrato de trabajo en las llamadas zonas grises. Recopilación jurisprudencial». In TS, 35 eta 36. zk. (1993) eta 37, 40 eta 41. zk. (1994). Modu berean, «gune ilun» gisa hartutako kasuen bilakaera aztertzeko MARTÍN VALVERDE, A., *op. cit.*, 34-36. or. Orobat, ikusi SOUTO PRIETO, J. «Las zonas grises en la frontera del Derecho del Trabajo, trabajo/contrato de arrendamiento de servicios, los autónomos, la precariedad laboral, la parolaboralidad», 143-163. or. In *Congreso de Magistrados del orden social: el futuro de la jurisdicción social*. Madril: Botere Judizialaren Kontseilu Nagusia, 2007.

¹³ Autore batzuek lan-harreman berezien eta lan-kontratuaren «gune ilunen» arteko lotura nabarmendu dute, lan-harreman bereziek «gune ilunak» barneratzeko eginkizuna betetzen omen dute-lako. Denen artean, LUJÁN ALCARAZ, J. «El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores». In *RMTAS*, 2005, 58. zk., 17. or.

¹⁴ Horren inguruan, ikusi GARCÍA MURCIA, J., *op. cit.*, 417-419. or.

Enpresaburu anizkuna era daiteke, langile batek emandako lan-zerbitzu berberetz, gutxienez, bi enpresaburu baliatzen direnean.

15. Halaber, aipatu ez-ohiko lan-harreman horiez landa, gogorarazi behar da gaur egun ezari-ezarian hedatzen doazen beste lan-harreman batzuk ezin direla ez-ohikotzat hartu. Hurrean ere, lan-harreman horiek ez dute oinarri ohiko lan-kontratua; are gehiago, ohiko lan-kontratuarekin alderatuz, lan-harreman berri horiek, euren berezitasunak direla eta, benetako «sektore informalak» (lan autonomoa eta bekak, kasu) edo «ekoizpen-eredu alternatiboak» (lan elkartuko kooperatibak) sortzen dituzte¹⁵. Alabaina, azken aldian, eztabaidagai da lan-harremanok lan-zuzenbidera bildu behar diren ala ez, eta askotarikoak dira horren inguruko iritzi eta aukerak¹⁶.

16. Egia esan, «gune ilunak» sortzen dituzten ez-ohiko lan-harremanek, bai eta hedatzen doazen bestelako lan-harreman horiek ere, ondorio zentrifugoa dute ohikotzat jotako lanari begira, hots, lan-kontratuaren ezaugarriak modu hertsia eta estatikoan ulertzea eragiten duen lan-motari begira¹⁷.

¹⁵ «Sektore informal» gisa zer ulertzen den hobeto ulertzeko ikusi PÁRAMO MONTERO, P. «Las zonas grises en la frontera del Derecho del Trabajo, trabajo/contrato de arrendamiento de servicios, los autónomos, la precariedad laboral, la paralaralidad». In *Congreso de Magistrados del orden social: el futuro de la jurisdicción social*. Madril: Botere Judizialaren Kontseilu Nagusia, 2007, 246-249. or.

¹⁶ Lan-zuzenbidea bere aplikazio-esparrukoak ez diren egoeretara hedatu behar dela defendatzeko, ERMIDA URIARTE eta HERNÁNDEZ ÁLVAREZ «modulatutako, zatikako edo kasuan kasuko hedatzeaz» mintzo dira. Ildo horretatik, autore horien ustez, «mendeko lan klasikoa, esangura hertsian ulertuta, geroz eta urriagoa da, eta lan-kategoria horren ordez beste lan-kategoria batzuk sortu dira; horregatik, kategoria horiek ere babesarekin merezi dute, nahiz eta kategoria horietarako babes-maila desberdinak ezarri» (ERMIDA URIARTE O. eta HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O. «Crítica de la subordinación». In *REDT*, 2003, 116. zk., 186. or.).

¹⁷ Ondorio zentrifugo hori ezin hobeto azaldu zuen BAYÓN CHACÓNek, gaur egun ere oso baliagarri den adibide baten bidez. Bada, adibide horren oinarri ziren «harri bat uretara jausten denean, harri horrek ur-azalean sortzen dituen uhin zentrokideak». Adibidearen arabera, «lehenengo eta behin, harriak urarekin talka egiten du, indartsu, zuzen-zuzenean, zarata eta guzti. Lan-zuzenbidean, horren antzekoa izan zen legeriak eskulangileari eskainitako babesarekin. Geroago, ur-azalean argiro agertzen dira uhinak, bata bestearen atzetik hedatuz: hori berori gertatzen da gerogarrenean Administrazioako langileari edo langile intelektualari eskaintzen zaion babesarekin. Azkenik, geroz eta uhin zabalagoak ikus daitezke; uhinok, ordea, ez dira hasierakoak bezain argi eta indartsuak, eta gune ilunetan eskaintzen den babesarekin pareka daitezke..., ur lasterraren eta ur geldiararen arteko muga ezartzen duten heinean. Baina gure begiek ikusi ez arren, konturatu ez arren, ur-azalean bada uhin gehiago ere; uhin horien artean

17. Laburbilduz, badirudi lan-zuzenbidea errealitatera moldatu behar dela, bi helbururekin batik bat¹⁸.

Batetik, azken aldian, «lan-zuzenbidetik ihes egiteko» joeraren ondorioz,¹⁹ bere esparrutik aldendu diren egoerak arautzeko.

Bestetik, lan-zuzenbidera bildu gabeko esparruetan erreferentzia izan dadin, esparru horietan ere nolabaiteko gizarte-babesa behar delako, hau da, esparru horietara ere lan-zuzenbideak eskainitako babesa hedatu behar delako, neurri batean behinik behin. Gainera, hori guztiori bat dator Europar Batasunak bultzatu nahi duen «malgusegurtasunarekin», estatukide bakoitzaren egoera eta ahalbidea aintzat hartuta²⁰; joera horren aitzindari dira Holandako esperientzia (neoliberal) eta Danimarkako esperientzia (sozialdemokrata)²¹. Egitan, «malgusegurtasuna» ulertu beharko litzateke lan-zuzenbidearen xede nagusiari eusteko lanabes gisa. Baina, horretarako, lan-zuzenbideak bere aplikazio-esparrua gainditu behar du. Bestela esanda, lan-zuzenbideak inorentzat eta

dauden esparruetan, bihar-etzi lan-zuzenbidea izango da indarrean: badira jarduera-sektoreak oraindik lan-zuzenbidera biltzeko modukotzat hartzen ez ditugunak, baina litekeena da lan-zuzenbidearen etorkizuna jarduera-sektore horietan oinarritzea» (BAYÓN CHACÓN, G. «El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo». In *RPS*, 1966, 71. zk., 8-9. or.).

¹⁸ Moldatze horren premia dela eta, ikusi DEL VALLE VILLAR, J.M. «Evolución doctrinal sobre el concepto de trabajador en el Derecho del Trabajo español». In *RT*, 1988, 89. zk., 96. or.

¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «La huida del Derecho del Trabajo». In *RL*, 1992, 1. liburukia, 85-88. or. Ildo bertsutik, DURÁN LÓPEZ, F. «El futuro del Derecho del Trabajo». In *REDT*, 1996, 78. zk. 609. or. LUJÁN ALCARAZen arabera, «ekonomia ezkutuaren eta enplegu klandestinoaren adibide gisa gaur egun lan-zuzenbidetik nahiz Gizarte Segurantzaren zuzenbidetik ihes egiteko dauden ohiko bide guztiez gain..., lan-arloko antolamendu juridikotik alde egiteko biderik garrantzitsuen, oraindik ere, lan-kontratuaren gune ilunei lotzen zaie» (LUJÁN ALCARAZ, J., *op. cit.*, 34. or.).

²⁰ Lisboan 2000ko martxoan egin zen aparteko kontseilutik gaur egunera arte, Europar Batasunean «malgusegurtasun» kontzeptuak izan duen bilakaera aztertzeko, ikusi RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. In *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Koord.). Madril: La Ley, Relaciones Laborales bilduma, 2007, 7-20. or. Era berean, oso interesgarria da LAULOM, S. «El enfoque comunitario del concepto de flexiseguridad». In *Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Koord.). Madril: La Ley, Relaciones Laborales bilduma, 2007, 32-46. or.

²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., *op. cit.*, 13-15. or. Autore horri jarraituz, bi esperientzia horiek malgusegurtasuna ulertzeko bi ikusmira desberdin eskaintzen dizkigute: enplegua malgutzea, enplegua kasuan kasuko egoerara moldatu ahal izateko, baina segurtasunari kalterik egin gabe (Holandako joera neoliberal), ala lan malgua normalago egitea segurtasunari dagokionez, baina malgutunari kalterik egin gabe (Danimarkako joera sozialdemokrata).

mendekotasunean egindako lanaren esparrua gainditu behar du; lan-zuzenbidea bestelako ekoizpen-mota batzuetara hedatu behar da, eta ekoizpen-mota horietan kontuan hartu behar ditu lan-zuzenbidearen esparruko lanarekin antzekotasunak dituzten aldeak²².

18. Nolanahi ere, lan-zuzenbidea egoera berrira moldatzeko prozesuari helduz, nahitaezkoa da inorentasunaren eta mendekotasunaren ezaugarriak errealitatearen arabera aintzat hartzea, horietan oinarritzen baita lan-zuzenbidea.

19. Estatu desberdinetako doktrinak eta jurisprudenziak eztabaidatu dute bi ezaugarri horietarik zein den erabakigarria lan-harremanak zehazteko. Agienez, Espainiako antolamendu juridikoan, arazoa konpontzeko «erdibideko irtenbidea bilatu da, aldi berean bi ezaugarriak bete behar direlako»²³. Beraz, lan-legeria aplikatzen zaie «inorentzat eta beste pertsona baten antolaketa- eta zuzendaritza-esparruan ematen diren zerbitzuei».

Mendekotasuna eta inorentasuna elkarri estu lotzen zaie, mendekotasunak lanari eta lan hori egiteko moduari egiten dielako erreferentzia, eta inorentasunak lan horren destinoari edo aprobe-txamenduari²⁴.

20. Inorentasunaren kontzeptuak zentzua izateko nahitaez zehaztu behar da zein esparrutan gauzatzen den. Hortaz, merkatuan izan beharreko inorentasuna hartu behar da kontuan, lan-kontratua egon badagoela zehazteko balio duen zantzu gisa.

Merkatuko inorentasunak esan nahi du, produktu bat ekoizten duen edo zerbitzu bat ematen duen langilearen eta hori

²² Badirudi DEL REY GUANTERrek iragarri egin zuela gaur egun zer ulertu behar den «malgusegurtasunaz»; izan ere, «malgutasuna» definitu zuen «lan-arloko arautegia berrikusteko prozesu baten antzera, arauen edukia, norainokoa eta aplikazioa lan-harremanen sistemaren beharizan berriei egokitzeko xedearekin, baina zalantzan jarri gabe edozein estatu sozialetan lan-zuzenbideak duen babes-eginkizuna, eta lan-zuzenbideak sistema horretako alderdien interesak orekatzeko duen balioa aitortuz». (DEL REY GUANTER, S. «Desregulación, jurificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo». In *RL*, 1989, 10. zk., 295. or.).

²³ OJEDA AVILÉS, A. «Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo». In *RL*, 1988, 1. liburukia, 148. or.

²⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V., *op. cit.*, 184. or.

jasotzen duen bezeroaren artean, hirugarren bat (enpresaburua) tartekatzen dela, modu juridikoan. Bada, hirugarren horrek ondasun edo zerbitzu horren prezioa kobratu ahal izango du, langileari alokairua ordaindu beharko dio eta onura lortzeko aukera izango du. Langilearen eta langile horrek egindako lanaren azken jasotzailearen arteko haustura horrek bereizten ditu lana esangura hertsian (lan-zuzenbideari interesatzen zaion lana, alegia) eta lana esangura zabalean. Langilearen eta merkatuaren artean tartekatzen den enpresaburua da, lehenengo eta behin, ekoizpen-prozesuaren emaitzen (ondasunen eta zerbitzuen) titularra, eta, gero, ondasun-onura lortzen duena, bere titulartasuneko ondasunak eta zerbitzuak saltzeagatik²⁵.

21. Bestalde, mendekotasuna inorentasunaren ondore gisa defini daiteke. Arean ere, enpresaburuak, bere helburuak gauzatu ahal izateko, langileak eman beharreko zerbitzua zuzendu eta kontrola dezake²⁶. LELTBk mendekotasuna identifikatzen du zerbitzuak enpresaburuaren «antolaketa- eta zuzendaritza-esparruan» ematearekin. Modu horretara, sendotu egin da jurisprudentziak mendekotasunaren inguruan eman zuen definizioa. Definizio horren arabera, mendekotasuna dago langileak «enpresaburuaren esparru organiko, zuzentzaile eta diziplinakoan» lan egiten duenean²⁷. Hori dela eta, igarri-igarrian dago mendekotasuna esangura malguan ulertu behar dela, iraganean izan zituen agerpen tradizionalak hautsiz. Halatan, mendekotasuna ezin da ulertu kontratuak eratorritako enkarguak betetzea denik (horrek LELTBk ezarritako mendekotasun-irizpidea orokortu eta ezerezean utziko

²⁵ ALARCÓN CARACUEL, M.R. «La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo». In *REDT*, 1986, 28. zk., 515. or.

²⁶ MONTOYA MELGAR, A. «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo». In *REDT*, 1998, 91. zk., 713-714. or. Bestalde, RUIZ CASTILLO «lan-arloko antolamendu juridikoa aplikatzeko unean mendekotasunaren esangura juridikoak dituen gabezia garrantzitsuez» hitz egiten du (RUIZ CASTILLO, M.M. «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo». In *RL*, 1991, 15-16. zk., 136. or.). Oraintsu, PALOMINO SAURINAK adierazi du mendekotasuna lan-harremanak zehazteko osagaia izan arren, «gaur egun hori ezin dela esangura hertsian ulertu..., langileak egindako lana enpresaburuak ez duelako beti zuzenean jagoten» (PALOMINO SAURINA, P. «El concepto de dependencia como criterio determinante de la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios». In *AS*, 2007, 7 eta 8. zk., 37-38. or.).

²⁷ Mendekotasunaren kontzeptua «espiritualizatu» zuten lehenengo epaien artean ikusi 1966ko maiatzaren 10eko AGE, Ar. 2293.

lukeelako), ezta langilea erabat enpresaburuaren mende egotea denik ere, hark agindutakoa zehatz-mehatz betetzen, (horrek LEITBk ezarritako mendekotasun-irizpidea gehiegi murriztuko lukeelako)²⁸.

22. Azken batean, lan-zuzenbideak beste dimentsio bat hartu du, inorentasunaren eta mendekotasunaren ezaugarriak modu horretara eguneratu ondoren. Horren ondorioz, lan-zuzenbideak «gune ilunetan» jardun ahal izango du, argitasunari bidea irekiz.

Hain zuzen, «gune ilunen» artean, badago azterketa berezia merezi duen erakunde bat: enpresaburu anizkunaren erakundea. Egia esan, gaur egun, ia-ia Merkataritzako Marinako esparruan bakarrik aurki daiteke hori, baina bere garrantzia ez da nolana hikoia. Enpresaburuaren beste kontzeptu baten atarian jartzen gaitu, lan-harreman juridikoei dagokienez. Bada, erakunde horren kasuan, osterantzeko «gune ilunetan» gertatzen ez den bezala, enpresaburuaren kontzeptua aztertu behar da, eta ez langilearena.

2. ENPRESABURUAREN BESTE KONTZEPTU BATEN ATARIAN, LAN-HARREMAN JURIDIKOEI DAGOKIENEZ

23. Lan-harreman juridikoetan, enpresaburuaren beste kontzeptu bat ezartzearen arrazoia estu lotzen zaio ekoizpena deszentralizatzeari eta, batez ere, lan-zuzenbidetik ihes egiteari.

24. Ekonomiaren ikuspuntutik sortu berri diren lehia- eta globalizazio-baldintzetan, enpresak dinamikoak izan behar dira merkatuko inguruabarrei aurre egiteko. Horretarako, nahitaezkoa da enpresek euren egitura guztiak arindu eta malgutzea. Enpresak dinamikoak izateko, deszentralizazioa bide aproposa denez, egiturak benetako espezialisten esku uzten dira.

Modu horretara, merkataritzako enpresaburuaren arteko harreman ugari sortzen da. Enpresaburu horiek langile berberak

²⁸ RUIZ CASTILLO, M.M., *op. cit.*, 180. or.

erabili arren, lan-arloko enpresaburu izaerari uko egiten ahalegintzen dira; orduan, «piloteoa» hasten da²⁹, enpresaburu horien artean. Piloteo horretan, pilota inorentasunaren eta mendekotasunaren ezau-ga-riek osatzen dute. Airean, hurrengo galderak geratzen dira: langileak norentzat lan egiten du benetan?; nori dagokio langileak zerbitzuak emateko antolaketa- eta zuzendaritza-esparrua?; laburbilduz, nor da langilearen benetako enpresaburua?

Hori guztia dela eta, «lan-zuzenbidearen ikuspuntutik, enpresaburua itxurarik gabeko aurpegi baten antzera agertzen zaigu»³⁰. Enpresaburua nor den zehazteko zailtasunak berarekin dakar ezegonkortasuna. Langileei zalantzak sortzen zaizkie, euren uziak asetzeko ez dakitelako auzitegietan nor salatu.

25. Horren haritik, ondokoa da arazo hori hobeto islatzen duen adibidea: ontzi-administratzaileek langile espainiarrak kontratatzen dituzte Espainian, atzerriko ontzi-ustiatzaileen ontzietan zerbitzuak emateko, eta, batez ere, komenentziazko bandera duten ontzietan. Ontzi-administratzaile horiek Espainian izaten dute egoitza, izaera orokorreko izen desberdinekin («itsas agentziak», «ontziratze-agentziak» edo «itsasontzien kontsignatarioak»).

26. Horrela, historian zehar, ontzi-ustiatzailea marinelaren enpresaburu bakarra izan bada ere, ontzi-enpresen trafiko-jardue-ran arazoak gehitu ahala, ontzi-ustiatzaileek laguntzaileengana jo dute, horiek izan ohi duten espezializazioarengatik. Elkarlan horren ondorioz, lan-zuzenbidearen ikuspuntutik, enpresaburuen eginkizu-

²⁹ PEDRAJAS MORENO, A. «Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa». In *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral: estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz* (RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M^º. eta SALA FRANCO, T. Koord.). Valentzia: Tirant lo Blanch, 1999, 228. or.

³⁰ CRUZ VILLALÓN, J. «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales». In ZENBAIT AUTORE. *El empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales* (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. Koord.). Madril: Tecnos, 1999, 33. or. Ideia horretan sakontzeko, ikusi DESDENTADO BONETE, A. «¿Qué hacer con el Derecho del Trabajo? Una reflexión sobre el futuro desde la práctica judicial». In *Derecho laboral del siglo XXI*. Madril: Botere Judizialaren Kontseilu Nagusia, 2007, 35-37. or.

nak banatu dira. Egoera horrek berarekin ekarri du marinelangilearen benetako enpresaburua nor den zehazteko arazoa³¹.

Gainera, egoera horrek atzeritartasun-osagaiak izaten ditu (komententziatzko bandera; ontzi-ustiatzailea atzeritarra izaten da, eta enpresa-sareak eratzen ditu estatu desberdinetan, gehienetan estatu azpigaratuetan), eta, hala denean, horrek arazoak sortzen ditu, nazioarteko eskumen judiziala eta aplikatu beharreko zuzenbidea zehazteko.

27. Ondorenez, egoera horri aurre egiteko, enpresaburuaren eta langilearen edo, gure kasuan, ontzi-ustiatzailearen eta marinela biko harremanek ez dute balio. LELTBren 1.2 artikulua eratorren ditu biko harreman horiek, lan-arloko enpresaburua definitzen du-enean, zeharka edo igorpen bidez³². Zehatzago, manu horren arabera, biko harremanak sortzen dira, ordaindutako zerbitzuak modu borondatetsuan inorentzat eta mendekotasunean ematen dituen langilearen eta zerbitzuok jasotzeagatik enpresaburu den subjektuaren artean. Halaber, enpresaburuak erantzukizunak izango ditu, «lan-baldintzak eta Gizarte Segurantzaren baldintzak jaso dituen sistema juridikoaren arabera edo lan-kontratuan bertan jasotakoaren arabera»³³.

Zinez, biko harreman horiek arazoak sortzen dituzte ontzi-ustiatzailearen eta marinela biko harremanen artean, enpresaburuaren erakun-

³¹ Horrela, «enplegatzaileari dagozkion ezaugarri eta erantzukizunak banatzeko joera hedatuz joan da... kasuan kasuko kontratuarekin zerikusia duten subjektu desberdinen artean» (GOLDIN, A.O. «Las fronteras de la dependencia». In *RL*, 2001, II. liburukia, 315. or.).

³² LELTB lan-arloko enpresaburua definitzen ahalegintzen da 1.2 artikuluan, hurrengo dionean: «lege honen ondoretarako enpresaburu izango dira aurreko idatz-zatian aipatu pertsonen zerbitzuak jasotzen dituzten pertsona guztiak, fisikoak zein juridikoak, edo ondasun-erkidego guztiak, bai eta legearen arabera eraturako aldi baterako laneko enpresek enpresa erabiltzailei lagatzekotan kontratatu pertsonen zerbitzuak jasotzen dituztenak ere». Egia esan, hitz-hitzekotasunak ondorioztatutakoaren arabera, definizio hori osagabea da. Bestela esanda, berez, definizio horrek ez du zentzurik, oinarri hartu baitu igorpen bidez definitu dituen subjektu batzuen zerbitzuak jaso izana. Hortaz, nahitaez bateratu behar dira lehenengo artikulua lehenengo eta bigarren idatz-zatiak, honako hau ulertzeko: enpresaburu izateko ez da nahikoa edozein subjektu emandako zerbitzuak jasotzea; subjektu horiek langileak izan behar dira, hau da, modu borondatetsuan ordaindutako zerbitzuak eman behar dituzte, inorentzat eta mendekotasunean.

³³ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. eta ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*. Madril: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2004, 12. argitaraldia, 510. or.

dera ontzi-ustiatzaile ez diren beste subjektu batzuk ere biltzen direlako. Hori dela eta, banatuta geratzen dira ontzi-ustiatzaileari enpresaburuaren izaera eratzikitzen dioten zerbitzuen ezaugarriak (ordaindutako izaera, inorentasuna eta mendekotasuna). Horrek «ontzi-administratzailearen» erakundera garamatza, eta horrek ahalbidetzen digu enpresaburu anizkunaz hitz egitea³⁴, hain zuzen, ontzi-ustiatzaileak eta «ontzi-administratzaileek» eratutako enpresaburu anizkunaz.

28. Hori posible da ontzi-administratzaileek ontzi-ustiatzailearen enpresaz kanpoko laguntzaile gisa dituzten eginkizunek «aisa gainditzen dutelako ordezkari baten egitekoa»³⁵.

29. «Ontzi-administratzailea» oraintsu sortu den erakundea da, ez-ohikoa Espainiako antolamendu juridikoan, baina oso erabilia nazioarte mailan, formularioen zuzenbidean arautu zenetik³⁶.

Ontzi-administratzaileak, gehienetan, merkataritzako sozietate gisa eratzen dira, nahiz eta horretarako izen desberdinak erabili. Orobat, halakoek sozietatearen xedera itsas jarduera oso desberdinak biltzen dituzte —«itsas merkataritza, ontzia hornitzea eta kontsignatzea, itsas eta industria agentzia eta ordezkari...» edo «ontziak kontsignatzea eta despatxatzea, nazionalak nahiz atzerrikoak, nabigazioa eta merkatu-gaiak gorabehera; ontzi-hornitzaileen, ontzi-enpresen, eta horien gaintik dauden enpresa edo sozietateen ordezkari...»—. Ontzi-administratzaileek zer-nola jarduten duten aztertu ondoren, argi dago profesional independen-

³⁴ Enpresaburu anizkunari buruz kontsultatu, esate baterako, MOLERO MANGLANO, C. «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos». In *AL*, 1996, II. liburukia, 38. zk., 518. or. CRUZ VILLALÓN, J. «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales». In *op. cit.*, 55-56. or. MOLERO MARAÑÓN, M.L. «Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral». In *RL*, 2001, 7. zk., 54-57. or.

³⁵ RUIZ SOROA, J.M.^a. eta DÍAZ SÁNCHEZ, J. «Reflexiones sobre las banderas de conveniencia y el Derecho marítimo y laboral español». In *ADM*, 1986, IV. liburukia, 120. or.

³⁶ Ez-ohikotasun horren inguruan ikusi RUIZ SOROA, J.M.^a. eta DÍAZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, 122. or. eta ARROYO MARTÍNEZ, I. *Curso de Derecho Marítimo*. Bartzelona: J.M.^a. Bosch editor, 2001, 298. or.

teak direla. Ontzi-ustiatzailearekin dituzten harremanak etengabeak eta egonkorrak dira. Hain justu ere, ezaugarri horiek direla eta, doktrinak ahaleginak egin ditu, erakunde hori Espainiako antolamendu juridikoko beste erakunderen batera biltzeko edo beste erakunde batzuetatik bereizteko³⁷.

30. Ontzi-administratzaileak enpresako arriskuak euren gain hartzen dituzten enpresaburu independenteak dira. Horregatik, ontzi-administratzaileak ezin dira nahastu ontzi-ustiatzailearekin, nahiz eta horrekin elkarlanean aritu, edo ontzien sozietateen ordezkari organikoekin —administratzaile bakarrekin, administrazio-kontseiluko kideekin—. Halaber, ontzi-administratzaileak ezin dira nahastu ontzi-ustiatzailearen mendeko laguntzaileekin; azken horien artean ontzi-kudeatzailea nabarmendu behar da, itsas enpresaren zuzendari nagusi gisa.

31. Bestalde, ontzi-administratzaileak Merkataritza Kodean jasotako ontzi-ustiatzaile eta kudeatzailearen erakundearekin ere parekatu izan dira, azken hori laguntzaile independente eta iraunkorra dela ulerturik. Horrela, ontzi-ustiatzailearen eta ontzi-administratzailearen arteko harremanak agentzia-kontratura bilduko lirateke, bai eta komisio-kontratuaren arauketara ere, agentzia-kontratuan jaso gabeko aldeei dagokienez.

Aitzitik, ontzi-administratzailea eta Merkataritza Kodeko ontzi-ustiatzaile eta kudeatzailearen erakundea parekatzen dituen interpretazio horri nabardurak egin behar zaizkio.

Ontzi-ustiatzaile eta kudeatzailea enpresaburu independentetzat jotzen duen interpretazioa Merkataritza Kodeko 594. artikuluek eta hurrengoek ondorioztatzen dute. Bada, artikuluek horiek ontzi-ustiatzailetzat jotzen dute ontzi-ustiatzaile eta kudeatzailea, ontziaren jabekidetzaz ari direnean. Edonola ere, interpretazio horrek hurrengo ahazten du: ontzi-ustiatzaile eta kudeatzailearen kalifikazioa eta erakunde hori enpresaburu independentetzat jotzea seguru asko legegileak izandako lapsus baten ondorio dira; izan ere,

³⁷ GABALDÓN GARCÍA, J.L. eta RUIZ SOROA, J.M^a. *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*. Madril: Marcial Pons, 2006, 3. argitaraldia, 427-428.

erakunde hori noiz arautu zen kontuan hartuta, nonbait, legegileari ahaztu egin zitzaion erakunde hori ontzi-ustiatzailearen kudeatzaile laguntzailearengandik gertuago dagoela.

Hori berori egiaztatzen dute, gainera, Merkataritza Kodeko beste artikulua batzuek (597. artikulua eta hurrengoek)³⁸.

32. Baina, egungo joeren arabera, ontzi-administratzailea, enpresaburu independente eta iraunkor den ginoan, ontzi-ustiatzaile eta kudeatzaile gisa har badaiteke ere, horrek ez du esan nahi kasu horretan agentzia- eta komisio-kontratuen arauketa zuzen-zuzenean aplikatu daitekeenik. Hurrean ere, ontzi-ustiatzailearen eta ontzi-administratzailearen arteko barne-harremanei begira, arauketa hori esku-emailea da; areago, ontzi-administratzaileari buruzko arauketa formularioen zuzenbidearen bidez egin da.

Horrenbestez, ontzi-administratzaileak dituen eginkizunak eta erakunde horren izaera juridikoa ulertzeko nahitaezkoa da formularioen zuzenbidera jotzea. Orobat, horren arabera zehaztu ahal izango da ontzi-administratzailea lan-arloko enpresaburu izan daitekeen ala ez marinelei dagokienez.

33. Gaur egun, *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO) erakundeko *Standard Ship Management (Shipman)* eta *Standard Crew Management Agreement (Crewman)* eredu-akordioek arautu dituzte ontzi-administratzaileek dituzten eginkizunak.

Eredu-akordio horiek XX. mendearen amaieran ontzi-enpresek jasandako krisialdiaren ondorio dira³⁹. Garai hartan, ontzi-ustiatzaile ugari ez zen gai izan hipoteka-maileguei aurre egiteko. Hori zela eta, ontzien gaineko betearazpen judizial ugari gauzatu ziren, eta ontzi-ustiatzaile bihurtu ziren ontzia ustiatzeko inolako ezaguerarik edo antolaketa gabeko enpresak, banku hartzekodunak alegia.

³⁸ ARROYO MARTÍNEZ, I., *op. cit.*, 296-297. or.

³⁹ Eredu-akordio horien jatorriari buruz ikusi GORRIZ LÓPEZ, C. «Análisis comparativo entre los acuerdos-tipo Shipman, para la gestión de buques, Crewman, para la gestión de la tripulación». In *ADM*, 1998, xv. liburukia, 422. or. GABALDÓN GARCÍA, J.L. eta RUIZ SOROA, J.M.^a, *op. cit.*, 428. or.

Hortaz, hasieran, testuinguru horretan sortu zen ontzi-administratzailea, profesional espezializatu moduan. Erakunde horrek ontzi-ustiatzaile berrien beharrezanean erantzun zien, prezio lehiakorren truke. Baina, geroago, ontzi-administratzailea ontzi-entresa orotara hedatu zen, horren egitekoa ezinbestekotzat jo zelako, ontzi-entresaren esparru aldakorrean aritzeko. Egia esan, esparru horretan enpresa-politika dinamikoak behar dira, ekonomia-zikloi aurre egiteko gai direnak⁴⁰.

Hitz gutxitan esanda, ontzi-administratzailearen erakundeak aldaketa garrantzitsuak eragin ditu itsas esparruan. Bada, ontzi-administratzailea ontzi-ustiatzailearekin lehorrean elkarlanean aritzen den subjektu berria da. Horrez gain, subjektu horrek historian zehar ontzi-ustiatzaileari eratziki zaizkion ahalmen batzuk ere baditu, ontzia administratzeaz arduratzeagatik.

Ontzi-ustiatzailearen eta elkarlanean aritzen den subjektu berri eta berezi horren arteko harremanek arauketa arina eta modernoa behar zuten, alderdi interesdunek nazioarteko formularioen zuzenbidera jo zuten, barne-legeriaren prozesu geldi eta heretsien zain egon beharrean.

34. Formularioen zuzenbideari erreparatu, eta, batez ere, *Shipman* eta *Crewman* eredu-akordioei, lehendabizi ontzi-administratzailearen eginkizunak aztertu behar dira. Oro har, esan bide da eginkizunok ontziaren administrazioan edo kudeaketan oinarritzen direla.

35. Eredu-akordioetarik lehenengoa, hots, *Shipman* delakoa, 1988an onetsi zen, sektoreko alderdi interesdunek hala eskatuta. Gaur egun indarrean dagoen bertsioa 1998koa da. Eredu-akordio horretan merkataritzako mandatu-kontratu bat arautu da, eta, kontratu horren ondorioz, ontzi-administratzaileak —*shipmanager* delakoak— bere gain hartzen du, prezio jakin baten truke, ontzia modu egokian ustiatzeko behar diren jarduera material nahiz juridiko guztiak gauzatzeko konpromisoa, ontzi-ustiatza-

⁴⁰ GONZÁLEZ-LEBRERO, R.A. *Curso de Derecho de la Navegación*. Vitoria-Gasteiz: Eusko Jaurlaritzako Argitalpen Zerbitzu Nagusia, 1998, 250. or.

ilearen izenean eta ontzi-ustiatzaile horren kontura, Shipman-akordioan ezarritakoaren arabera.

Esangura horretan, Shipman-akordioak klausula orokor bat du abiapuntu. Klausula horren bidez, administratzaileak ontzia behar bezala administratzeko egoki ikusten dituen jarduera guztiak gauza ditzake. Behin klausula hori ezarrita, modu zabalean definitu eta zehazten ditu ontzia administratzeko eginkizun orokorrera bildutako jarduerak: tripulazioaren administrazioa (*crew management*), administrazio teknikoa (*technical management*) eta merkataritzako administrazioa (*comercial management*).

Tripulazioaren administrazioari (*crew management*) dagokionez, *shipmanager* delakoaren eginkizunak hurrengoak dira: a) behar besteko kopuruan eta kalitatearekin, tripulazioa hautatu eta kontratatzea; b) kasuan kasuko bidaia, ontziratze, lehorreratze eta aberriratzek kudeatzea; c) Gizarte Segurantzaren, aseguruen, mediku-ziurtagirien, eta ontziak zein estatuko bandera izan eta estatu horretako arautegiarekin bat datozen gainerako ziurtagirien agiriak prestatzea; d) marinelen prestakuntza eta lanbide-jardueren ikuskapena antolatu eta gauzatzea; eta e) sindikatuekin (ITFrekin) negoziatzea.

36. Eredu-akordioetarik bigarrena, *Crewman* delakoa, 1994an sortu zen, gehienbat, tripulazioaren administrazioak sektorean izandako bilakaera azkarrarengatik. Bilakaera horrek agerian utzi zituen Shipman-akordioaren gabeziak, akordio hori orokorregi bihurtu zelako tripulazioa administratzeko beharriaz erantzuteko. Horregatik, *Crewman*-formularioa askoz ere zehatzagoa da, eta tripulazioaren administrazioaz bakarrik arduratzen da. Egin-eginean ere, ontzi-ustiatzaileek formulario hori bakarrik erabiltzen dute edo *Crewman*-formularioa Shipman-formularioaren osagarri legez erabiltzen dute (azken horretan tripulazioaren administrazioari buruzko zatia bazterrean utziz)⁴¹.

37. Nolanahi ere, Shipman- eta *Crewman*-akordioen arteko bereizketa ez da hor amaitzen. *Crewman*-akordioaren izaera

⁴¹ GABALDÓN GARCÍA, J.L. eta RUIZ SOROA, J.M., *op. cit.*, 429. or.

zehatzaigoaz gain badira desberdintasun gehiago ere. Horien artean nagusiena shipmanagerrek eta crewmanagerrek marinel-langileekin dituzten harremanetan datza. Shipmanagerrak ontzi-ustiatzailearentzat eta, gehienetan, haren izenean dihardu; crewmanagerrak, ordea, ontzi-ustiatzailearentzat dihardu, baina sekula ez haren izenean. Hortaz, crewmanagerrak bere izenean dihardu beti.

Horrek guztiorrek, printzipioz, ordezkartzaren esparrura garamatza. Esparru hori aintzat hartuta, badirudi Shipman-akordioan lan-enpresaburua zuzen-zuzenean ontzi-ustiatzailea dela, horrek bere gain hartu behar dituelako shipmanagerrak gauzatutako jardueren ondore guztiak. Haatik, Crewman-akordioan, hori gerta dadin, nahitaezkoa da Kode Zibilaren 1717.2 eta Merkataritza Kodearen 287. artikuluetan araututako egoera izatea. Artikulu horien ildotik, frogatu beharko litzateke crewmanagerrak marinelei begira *cum contemplatio domini ex facti circumstantiis* diharduela, hots, ontzi-ustiatzailearen beraren gauzak kudeatzen.

38. Aitzitik, lan-zuzenbidearen ikuspuntutik, ezin onar daiteke ordezkartzaren erakundea izatea irizpide erabakigarri bakarra, ontzi-administratzailea enpresaburu den ala ez erabakitzeke orduan, ontzi-administratzaileak shipmanager edo crewmanager gisa jardutea gorabehera. Kasu horretan, duda-mudarik gabe, harantzago joan behar da.

Egitan, ontzi-administratzailearen eta marinelen harremanak ez dira une bakar batean gauzatzen, kontratua egiteko unean kasu. Harreman horiek kontratu-iraupenaren araberakoak dira, eta kontratuaren alde guztiak ukitzen dituzte, hala nola, ordainsariak, kaleratzeak eta Gizarte Segurantzarekiko betebeharrak.

Halaber, aztergai den kasuan konponbidea ez da itxurazko enpresaburuaren teoriara jotzea, nolabaiteko iruzur-asmoa dagoela egiaztatzeke. Hain zuzen, itxurazko enpresaburuaren teorian oinarrituta, iruzur-asmoa izango litzateke benetako enpresaburuaren izaera ezkatutzea, enpresaburu horrek langileekin izan ditzakeen erantzukizunak saihesteko. Horretarako, benetako enpresaburuaren eta langileen artean hirugarren bat tartekatu beharko litzateke, eta hirugarren horrek benetako enpresaburu gisa jardun beharko

luke⁴². Aztergai den kasuan, aldiz, itxurazko enpresaburuaren teoria bazter utzi eta enpresaburu anizkuna dagoela justifikatu nahi da, ontzi-ustiatzailearen eta ontzi-administratzailearen arteko merkataritza-izaerako harremanek sortzen duten «distortsioarekin» bukatzeko⁴³, marinelen enpresaburua nor den zehaztu behar denean.

Distortsio horren oinarri ez da iruzurra, itxurazko enpresaburua tartekatzen denean gertatu ohi den bezala, ezpada ontzi-enpresaren antolaketa deszentralizatzeko premia, guztiz bidezkoa eta arrazoizkoa dena, merkatuaren inguruabarretara egokitzeko. Dena den, distortsio horrek «lan-zuzenbidetik ihes egitea» ahalbide dezake, batetik, marinelen enpresaburua nor den zehazteko zailtasunengatik, eta, bestetik, langile berberetz baliatzen diren merkataritza-enpresaburuaren ahaleginengatik, lan izaerako erantzukizunak saihesteko; izan ere, azken kasu horretan, batak besteari lan-enpresaburuaren izaera eratzikitzen diote.

Aztergai den kasuan, ontzi-ustiatzaileak eta ontzi-administratzaileak enpresaburu anizkuna osatzen dutela ulertuz gero, deszentralizazioa ahalbidetzeaz gain, «lan-zuzenbidetik ihes egitea» ere saihesten da. Horrenbestez, enpresaburu anizkunaren erakundeak ontzi-ustiatzaileen nahiz marinelen interesak babesten ditu. Orobat, erakunde hori onartuz gero, subjektu desberdinek lan-erantzukizunak har ditzakete⁴⁴, eta, beraz, «ezin zaie eutsi lan-kontratuaren biko egiturari bakarrik oinarritzen diren eskema zaharkituei»⁴⁵.

39. Bada, enpresaburu anizkuna izan dadin, gutxienez bi enpresaburuaren artean banatu behar dira langileengandik jasotzen diren zerbitzuen inorentasunaren eta mendekotasunaren ezaugarri-

⁴² Itxurazko enpresaburuaren teoriaren inguruan eta itxurazko enpresaburuaren agerpen desberdinei buruz ikusi MARTÍNEZ GIRÓN, J. *El empresario aparente*. Madril: Civitas, 1992.

⁴³ Enpresaburuaren irudi distorsionatuari buruz ikusi BORNAECHEA FERNÁNDEZ, J.I. «Contrato de embarco entre trabajador español y armador extranjero, interviniendo consignataria española». In *RL*, 1985, II. liburukia, 815. or.

⁴⁴ CRUZ VILLALÓN, J., *op. cit.*, 56. or.

⁴⁵ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., *op. cit.*, 56. or.

ak. Banaketa hori ontzi-ustiatzailearen eta ontzi-administratzailearen artean ere badago.

40. Inorentasunari dagokionez, ontzi-ustiatzaileak nabigazioa gauza dezake, eta horren ondoriozko ondasun-onura lortu, marinela ontzian ematen dituen zerbitzuei esker. Alabaina, ontzi-administratzaileak ere onura lortzen du, marinela ontzian ematen dituen zerbitzuengatik; hurrean ere, ontzi-administratzaileak tripulazioaren lan-izaerako alde guztiak administratzeagatik eta, ondorenez, enpresaburuari dagozkion eginkizunak gauzatzeagatik, ontzi-ustiatzailearengandik ordainsari-plusa jasotzen du. Bada, ordainsari-plus horrek inoren izenean jardutearen ondoriozko komisio oro gaitzen du⁴⁶.

Mendekotasunari helduz, ontzi-administratzaileak du tripulazioa administratzeko zuzendaritza-ahalmena, lan-zuzenbidearekin zerikusia duten alde guztietan. Egia esan, ontzi-administratzaileak ontzi-ustiatzailearengandik jasotzen ditu oinarriko jarraibideak, baina, tripulazioa administratzeko zuzendaritza-ahalmena gauzatzean, edozein ordezkariaren ahalmenak gaitzen ditu⁴⁷. Nabigazioari dagokionez, berriz, ontzi-ustiatzaileak gauzatzen du zuzendaritza-ahalmena, kapitainaren bidez.

Laburbilduz, ontzi-ustiatzailearen eta ontzi-administratzailearen arteko harremanetan enpresaburu anizkunaz hitz egin daiteke marinel-langileari begira. Arean ere, ontzi-ustiatzailea eta ontzi-administratzailea beharrezkoak dira ontzi-enpresak jardun ahal izateko, eta, ondorenez, bi-biek banatzen dituzte lan-enpresaburuaren eginkizunak. Hori dela eta, ontzi-ustiatzailea eta ontzi-administratzailea erantzule solidario dira marinelei begira, bi-biek tandem banaezina osatzen baitute.

Marinelaren lan-enpresaburua nor den zehazteko zailtasunaren aurrean, enpresaburu anizkunaren erakundea bloke baten antzekoa da marinelarentzat. Ontzi-ustiatzaileak eta ontzi-administratzaileak lan-enpresaburuaren eginkizunak banatzen dituztenez,

⁴⁶ RUIZ SOROA, J.M^a. eta DÍAZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, 129. or.

⁴⁷ BORNAECHEA FERNÁNDEZ, J.I., *op. cit.*, 814. or.

euren arteko barne-lotura dago, eta, azken buruan, enpresaburu orori dagokion betebeharraren batasuna marinelarekiko. Horrek guztiorrek justifikatzen du enpresaburu anizkunaren erakundera biltzen diren bi subjektu horien arteko erantzukizun solidarioa. Gainera, hori oso mesedegarri da marinelarentzat, bere uziak ase nahi dituen aukera izango baitu demanda subjektu bakar baten aurka jartzeko.

Orobat, aintzat hartu behar da zuzenbide zibilaren eta merkataritza-zuzenbidearen esparruan Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak aldatu egin duela solidaritatearen aurkako presuntzioari nagusitasuna ematen zion printzipioa. Horrenbestez, gaur egun, mankomunitatearen aldeko presuntzioa gainditu eta solidaritatearen alde alegatzen dira errealitatearen arabera irizpideak eta irizpide funtzionalak, hala nola, kontratuko alderdien nahia, kontratuaren izaera, gizarte-interes jakin baten babesak, subjektu erantzuleen xedea, Kode Zibilaren 1137. artikulua gaineko interpretazio zuzentzailea eta epaileen babes eragingarriari lotutako arrazoiak⁴⁸. Horren ondorioz, eta lan-zuzenbideak langileari begira duen izaera babeslea kontuan hartuta, arrazoi gehiagorekin justifikatzen da zuzenbidearen esparru honetan betebeharraren alde pasiboa osatzen duten subjektuen erantzukizun solidarioa —gure kasuan, ontzi-ustiatzailearen eta ontzi-administratzailearen artekoa—.

Itxura denez, ildo horretatik doa urtarrilaren 26ko 84/1996 Errege-dekretua ere, Gizarte Segurantzaren Enpresak Inskribatzeari, eta Langileen Afiliazioari, Altei, Bajei eta Datu-aldaketei buruzko Erregelamendu Orokorra onetsi duena. Hain zuzen, erregelamendu horren 10.4 artikulua idazketa berriak honakoa dio:

«[Itsasoko Langileen Gizarte Segurantzaren Araubide Berezira] biltzeko, enpresaburu dira itsasontzien kontsignatarioak, itsasoko ontziratze-agentziak, edo Espainian egoitza duten pertsona fisiko edo juridiko guztiak, baldin eta Espainian bizi diren langileak kontratatu eta ordaintzen badituzte, atzerriko bandera duten itsasontzietan zerbitzuak emateko; enpresaburu izango dira, bere-

⁴⁸ Pertsona askoren arteko betebeharrak dagoenean mankomunitatearen alde egiten duen erregelaren aurka, eta solidaritateari lehenetsia aitortzearen inguruan ikusi

bat, beste herrialde batzuekin batera eratutako arrantzako sozietate mistoetan parte hartzen duten Espainiako enpresak. Horrek guztiorrek ez dio kalterik egingo Espainiak izenpetuta dituen nazioarteko hitzarmen edo akordioek ondoriozta dezaketinari»⁴⁹.

Hala eta guztiz ere, manu horrek interpretazio sakona merezi du, hiruko lan-harremanak sortzen baititu. Halatan, hurrengo interpretazioak egin daitezke⁵⁰:

a) Langileak legearen aurka lagatzen direla uler daiteke, LELTBren 43. artikulua eta ekainaren 1eko 14/1994 Legea, aldi baterako laneko enpresei buruzkoa⁵¹, hausteagatik.

b) Interpretazio zuhurrago baten arabera, baliteke ontziratze-kontratuak lan-harreman berezizat jotzea, langileak lagatzea posible izan dadin. Baina, gaur egun ez da horrela. Ontziratze-kontratuak ez dituzte lan-harreman bereziak sortzen, baizik eta lan-harreman arruntak, nahiz eta lan-harremanok berezitasun batzuk izan.

c) Azkenik, hirugarren interpretazio bat ere egin daiteke. Kasu horretan, bazterrean utzi behar da LELTBren 43. artikulua langileak lagatzearen inguruan egin duen arauketa, eta enpresaburu anizkuna aitortu behar da. Erakunde horrek batez ere komentziatzko banderen kasuan argiro erakusten du subjektu desberdinek lan-izaerako erantzukizunak hartzen dituztela marinel berberei begira.

Jabier Arrieta Idiakez

⁴⁹ Irailaren 5eko 1.041/2005 Errege Dekretuak emandako idazkera (2005eko irailaren 16ko EAO, 222. zk.).

⁵⁰ ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «Ratio Decidendi de la consideración de empresarios de las consignaciones de buques y de las agencias de embarque marítimo». In *ADM*, 2006, xxxiii. liburukia, 159-165. or.

⁵¹ 1994ko ekainaren 2ko EAO, 131. zk.

NOTICIAS INTERNAS

En el cuarto trimestre del año 2007 la Academia ha seguido realizando las actividades pertinentes, de las cuales destacamos las siguientes:

1. El pleno de la JUNTA DIRECTIVA se ha reunido en la sede social el día 14 de noviembre. El acta de esta reunión, así como las de las anteriores están, como es lógico, a disposición de los asociados. Como es habitual, también se han producido reuniones informales entre los directivos para ir avanzando en el quehacer cotidiano.

2. La Sección de Derecho civil celebró, el miércoles 21 de noviembre de 2007, en el salón de actos del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, graciosamente cedido para el acontecimiento, en colaboración con el Grupo de Estudio del Derecho Civil Foral del País Vasco del citado Colegio, la SEXTA JORNADA PRÁCTICA SOBRE EL DERECHO CIVIL FORAL DEL PAÍS VASCO que llevó por título *El proyecto de Ley civil vasca: cuestiones prácticas*.

Después de la salutación del Excmo. Sr. Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, nuestro Presidente, don Adrián Celaya, abrió el acto y presentó la Jornada.

En la sesión de mañana actuaron, primeramente, como ponentes, D. Adrián Celaya Ulibarri (Secretario General de MCC)

con el tema *Las sociedades civiles: bases conceptuales para una regulación* y D. Carlos Celestino Lalanda (Registrador Mercantil de Bizkaia) con el tema *Las sociedades civiles en el proyecto de Ley Civil Vasca*.

Después de la pausa, nuestro Presidente, D. Adrián Celaya Ibarra, pronunció una conferencia que versó acerca de *Cuatro años de la Academia Vasca de Derecho: balance y realizaciones*.

A continuación se dio paso a varias comunicaciones sobre *Algunas cuestiones problemáticas en la aplicación práctica del Derecho Foral Vasco (situación actual y posibles soluciones en el proyecto de Ley Civil Vasca)*, de D.^a Tatiana González, D. José-Miguel Gorostiza, D. Ignacio Arzanegui, D. Javier de Oleaga, D. Gontzal Aizpurua y D. Andrés Urrutia y D. Juan Carlos Martínez Llamazadres.

En la sesión de tarde y actuando como moderador el Tesorero de la Academia, el abogado don Javier Muguruza Arrese, participaron en la mesa redonda, que tuvo por contenido *El proyecto de Ley Civil Vasca y sus consecuencias fiscales*, D.^a Lourdes Zubero Olaechea (Jefe de la Sección de Sucesiones y Donaciones de la Hacienda Foral de Bizkaia), D. Alberto Atxabal Rada (Profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Deusto) y D. Javier García Ross (Abogado-Asesor fiscal).

El debate que se suscitó como remate fue sumamente interesante, dado el contenido y abundante participación por parte de los asistentes al acto.

Clausuró el acto nuestro presidente D. Adrián Celaya Ibarra. Se entregó a los asistentes un ejemplar del Boletín extraordinario número IV, de fecha junio de 2007, que lleva por título *Hacia la primera Civil Vasca-Euskal Lege Zibil berria*, y en el que se recogen las conferencias y comunicaciones de la Jornada que sobre dicho tema se celebró el 20 de junio.

3. EL ACTO OFICIAL DE INAUGURACIÓN DEL CURSO 2007-2008, se ha celebrado, con éxito total, el día 27 de noviem-

bre de 2007, con la colaboración desinteresada del Ilustre Colegio Notarial de Bilbao, en su salón de actos.

Cordialmente recibidos por el Ilmo. Decano del Colegio Notarial, don Manuel López Pardiñas, bajo la presidencia de don Adrián Celaya, don Santiago Larrazabal Basáñez pronunció una jugosa y sustanciosa conferencia sobre *La aventura europea del Concierto Económico*, que mantuvo en todo momento el interés de la selecta y numerosa concurrencia

Se aprovechó el acto para la PRESENTACIÓN DE DOS LIBROS de la colección Clásicos de Derecho Vasco-Euskal Zuzenbidearen Klasikoak, que hacen sus números 7 y 8: *El Derecho civil de Vizcaya antes del Código civil*, selección de artículos de varios autores recopilados por D. Adrián Celaya Ibarra y la reedición del *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones según examen histórico* por D. Fernando de la Quadra-Salcedo, con presentación de D. Adrián Celaya Ibarra.

Finalizado el acto cultural, el Colegio Notarial ofreció un lunch a los asistentes, quienes fueron obsequiados con los dos libros presentados.

4. La EXCMA. DIPUTACIÓN DE BIZKAIA ha aprobado un acuerdo (del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Bizkaia) con esta Academia, que concreta la prestación de nuestros servicios y la subvención por su parte, durante cada uno de los años 2008 a 2011.

5. La ASAMBLEA GENERAL se reunirá en el primer trimestre del año 2008, que con arreglo a las normas estatutarias entenderá de los asuntos que le conciernen, y la cual será convocada oportunamente.

Javier Oleaga Echeverría

PREMIO MANUEL DE IRUJO A NUESTRO PRESIDENTE



El pasado día diez de mayo de 2007 se le distinguió a nuestro Presidente, D. Adrián Celaya Ibarra, con el Premio Manuel de Irujo.

Dicho premio, que responde a la memoria del ilustre jurista vasco-navarro D. Manuel de Irujo, ministro de Justicia en la II República española, tiene por finalidad reconocer públicamente y



premiar a aquellas personas que con su trayectoria personal o profesional dan testimonio de su compromiso con la justicia y los valores que la alientan y contribuyen al desarrollo y fomento del Derecho en cualesquiera de sus disciplinas o especialidades.

No es de extrañar para quienes le conocemos lo adecuado del otorgamiento de tal premio a nuestro presidente, quien en sus actuaciones y realizaciones culturales y profesionales ha desplegado con tanto acierto y preocupación social sus conocimientos, especialmente en el campo jurídico, sea como magistrado, profesor, fundador de esta Academia, conferenciante (tanto en tribunas destacadas como en coloquios para aprendices), escritor, etc.

Con esta nota queremos sumarnos a la enhorabuena que le han tributado tantos otros.

La distinción mencionada culmina la de otras diferentes de las que ha sido sujeto por parte de entidades culturales y de buena vecindad municipal.

La entrega del galardón se la hizo, al igual que a la otra persona premiada, D.^a Pilar Manjón, el Lehendakari D. Juan José Ibarretxe, en la sede de Lehendakaritza, en Vitoria-Gasteiz.

Javier Oleaga Echeverria

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

BOLETÍN

- Boletín nº 0, junio de 2003, 47 págs. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín nº 1, noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín nº 2, junio de 2004, 88 págs.
- Boletín nº 3, septiembre de 2004, 100 págs.
- Boletín nº 4, diciembre de 2004, 110 págs.
- Boletín nº 5, marzo de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 6, junio de 2005, 120 págs.
- Boletín nº 7, septiembre de 2005, 152 págs.
- Boletín nº 8, diciembre de 2005, 176 págs.
- Boletín nº 9, marzo de 2006, 184 págs.
- Boletín nº 10, noviembre de 2006, 188 págs.
- Boletín nº 11, diciembre de 2006, 198 págs.
- Boletín nº 12, marzo de 2007, 224 págs.
- Boletín nº 13, septiembre de 2007, 232 págs.
- Boletín extraordinario nº 1, diciembre de 2004. Jornada sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil, 222 págs.
- Boletín extraordinario nº 2, junio de 2006. Jornada sobre la implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea, 112 págs.
- Boletín extraordinario nº 3, diciembre de 2006. Jornada sobre la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres, 192 págs.
- Boletín extraordinario nº 4, junio de 2007. Jornada “Hacia la primera Ley Civil Vasca”, 254 págs.

**COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO
(REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL)**

1. *Derecho Civil de Vizcaya*, por Rodrigo Jado y Ventades, reproducción de la segunda edición publicada en 1923, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, 675 págs.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900)*, con una introducción de Andrés Urrutia Badiola, 280 págs.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898)*, por Luis Chalbaud con una introducción de Javier Chalbaud, 160 págs.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918)*, por José Solano y Polanco, con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, 382 págs.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya (1899)*, por Carlos de la Plaza y Salazar, dos tomos en un volumen, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, 580 págs.
6. *Derecho Privado de Vizcaya (1903)*, por Diego Angulo Laguna, con una introducción de José M^a Arriola Arana, 304 págs.
7. *El Derecho Civil de Bizkaia antes del Código Civil*, presentado por Adrián Celaya Ibarra, 232 págs.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones (1916)*, por Fernando de la Quadra Salcedo, con una introducción de Adrián Celaya Ibarra, 297 págs.

OTRAS PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

- *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Por Adrián Celaya Ibarra. 500 págs.
- *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Por Adrián Celaya Ibarra. 344 págs.

OTRAS OBRAS EN LAS QUE HA COLABORADO LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

- *Dufau bi anaiak*, por Henri Duhau, con una introducción de Andrés Urrutia, publicado por Elkar, 356 págs.

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN ARGITALPENAK

ALDIZKARIA

- 0. zk., 2003ko ekaina, 48 or. Akademiaren barne-araudia dakar.
- 1. zk., 2003ko azaroa, 72 or.
- 2. zk., 2004ko ekaina, 88 or.
- 3. zk., 2004ko iraila, 100 or.
- 4. zk., 2004ko abendua, 110 or.
- 5. zk., 2005eko martxoa, 112 or.
- 6. zk., 2005eko ekaina, 120 or.
- 7. zk., 2005eko iraila, 152 or., euskaraz oso-osorik.
- 8. zk., 2005eko abendua, 176 or.
- 9. zk., 2006ko martxoa, 184 or.
- 10. zk., 2006ko azaroa, 188 or., euskaraz oso-osorik.
- 11. zk., 2006ko abendua, 198 or.
- 12. zk., 2007ko martxoa, 224 or.
- 13. zk., 2007ko iraila, 232 or., euskaraz oso-osorik.
- 1. zenbaki berezia, 2004ko abendua, 222 or. gaia: Jornadas sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.
- 2. zenbaki berezia, 2006ko ekaina, 112 or.; gaia: Jornadas sobre la implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.
- 3. zenbaki berezia, 2006ko abendua, 192 or.; gaia: Jornadas sobre la Ley vasca para la igualdad de mujeres y hombres.
- 4. zenbaki berezia, 2007ko ekaina, 254 or.; gaia: Euskal Lege Zibil Berria jardunaldia.

EUSKAL ZUZENBIDEAREN KLASIKOAK BILDUMA
(FAKSIMIL ITXURAN ARGITARATUAK)

1. *Derecho Civil de Vizcaya*; egilea: Rodrigo Jado y Ventades; 1923an agertutako bigarren edizioaren berrargitalpena; sarrera: Adrián Celaya Ibarra; 678 or.
2. *Actas de las sesiones celebradas por la Comisión Especial de Codificación de Vizcaya (1899-1900)*; sarrera: Andres Urrutia Badiola, 278 or.
3. *La Troncalidad en el Fuero de Vizcaya (1898)*; egilea: Luis Chalbaud; sarrera: Javier Chalbaud, 138 or.
4. *Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918)*; egilea: José Solano y Polanco; sarrera: José Miguel Gorostiza Vicente, 378 or.
5. *Territorios sometidos al Fuero de Vizcaya (1899)*; egilea: Carlos de la Plaza y Salazar; liburuki bi ale bakar batean; sarrera: Adrián Celaya Ibarra, 572 or.
6. *Derecho Privado de Vizcaya (1903)*; egilea: Diego Angulo Laguna; sarrera: José M^a Arriola Arana, 276 or.
7. *El Derecho Civil de Vizcaya antes del Código Civil*; aurkezpena: Adrián Celaya Ibarra, 220 or.
8. *Fuero de las M.N. y L. Encartaciones (1916)*; egilea: Fernando de la Quadra Salcedo; aurkezpena: Adrián Celaya Ibarra, 297 or.

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAREN BESTE ARGITALPENAK

- *Señores de Bizkaia. De Don Diego López de Haro V a Isabel la Católica.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 500 or.
- *Así nació Bizkaia. De Arrigorriaga al Fundador de Bilbao.* Egilea: Adrián Celaya Ibarra, 342 or.

AVD-ZEA-REN LAGUNTZAZ ARGITARATUTAKO LANAK

- *Dufau bi anaiak*; egilea: Henri Duhau; sarrera: Andres Urrutia; argitaletxea: Elkar, 356 or.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE COLABORACIONES EN EL BOLETÍN DE LA AVD-ZEA

1) El Boletín de la AVD-ZEA está abierto a las colaboraciones que tengan por objeto el estudio y la divulgación del Derecho vasco, así como cualquier otro tema relacionado estrechamente con el mismo.

2) Los trabajos recibidos serán seleccionados, en función de su calidad científica, por la Junta Directiva de la AVD-ZEA o persona/s en quien ésta delegue. En cualquier caso, la AVD-ZEA no se hace responsable ni se identifica necesariamente con el contenido de los mismos.

3) Los trabajos deberán entregarse en soporte informático, guardando las siguientes recomendaciones de estilo: se utilizará letra tipo Times en todo el texto; se evitarán las negritas (salvo en los títulos o subtítulos) y los subrayados; se hará un uso pertinente de las cursivas, las comillas y los guiones largos o rayas; si se realizan citas o se aporta bibliografía, se deberá hacer de forma coherente y uniforme.

4) La AVD-ZEA cuidará la presentación final de los artículos. Asimismo, la AVD-ZEA se reserva el derecho a corregir los errores evidentes que aparezcan en los textos.

5) Los trabajos deberán remitirse a la dirección de la AVD-ZEA:

Academia Vasca de Derecho
Alameda Recalde, 8, 1º dcha.
48009 Bilbao

secretaria@avd-zea.com

AVD-ZEA-KO ALDIZKARIAN ARTIKULUAK AURKEZTEKO ARAUAK

1) AVD-ZEAko Aldizkaria euskal zuzenbidea aztertu eta zabaltzea xede duten lankidetzak guztientzat irekita dago, baita horrekin zerikusi estua duten beste gai guztientzat ere.

2) Jasotako lanak AVD-ZEAko Aldizkariko Zuzendaritza Batzordeak edo horrek eskuordetutako pertsonak/ek hautatuko ditu/dituzte, horien maila zientifikoa kontuan hartuta. Edonola ere, AVD-ZEAk ez du artikulua horien gaineko erantzukizunik eta nahitaez ez da bat etorriko horien edukiekin.

3) Lanak euskarri informatikoan eman behar dira, jarraibide hauek zainduz: Times motako letra erabiliko da testu osoan; testu lodiak eta letra beltzak (tituluetan eta azpitituluetan izan ezik) eta azpimarrak saihestuko dira; letra etzanak, komatxoak eta gidoi luzeak edo marrak behar den moduan erabiliko dira; aipamenak egiten bada edo bibliografia gehitzen bada, modu koherente eta bateratuan egin beharko da.

4) AVD-ZEAk artikuluen itxura zainduko du. Era berean, testuetako akats nabarmenak eta begibistakoak zuzenduko ditu.

5) Lanak AVD-ZEAren helbidera igorri behar dira:

Zuzenbidearen Euskal Akademia
Errekalde zumarkalea, 8, 1. esk.
48009 Bilbo

secretaria@avd-zea.com

BOLETIN DE INSCRIPCION
A LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

Don/Doña
Que ejerce la carrera de Derecho como
O, en su caso, es Licenciado o Doctor, no ejerciente,
domiciliado en (población).....(código postal).....
(calle).....nº.....(piso).....

Informado de la naturaleza y fines de la ACADEMIA VASCA DE DERECHO,
desea inscribirse como socio activo de dicha Asociación, obligándose al cumpli-
miento de los deberes sociales y al abono de la cuota anual de 50 Euros.

Firma

Derecho Público
Derecho Privado
Derecho Financiero y Tributario

..... indicar otra Sección que se considere de interés.

Al Banco / Caja de Ahorros

Muy Srs. Míos, les ruego atiendan al pago de los recibos por cuota anual de ins-
cripción en la ACADEMIA VASCA DE DERECHO, con cargo a mi cuenta (por
favor, cumplimentar los 20 dígitos):

CCC _ _ _ _ _

Firma

Remitir este Boletín a:

ACADEMIA VASCA DE DERECHO,
Alameda Recalde, 8 - 1º dcha.
Teléfono 94 425 57 15 - Fax. 94 424 64 99
e-mail: secretaria@avd-zea.com
www.avd-zea.com
48009 BILBAO

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAN
IZENA EMATEKO ORRIA

Ni,
jaun/andrea, zuzenbidearen arloan ari naiz,
gisa; edo, zuzenbideko lizentziaduna edo doktorea naiz.
.....(e)n bizi naiz (..... posta-kodea),
..... (kaleko) (zenbakian eta solairuan)

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAK dituen izaera eta helburuak ezagutzen ditut. Ondorioz, elkarte horren bazkide izan nahi dut, eta betebeharrak hartzen ditut: bazkide-eginbeharrak betetzea eta urtero-urtero 50 euroko kuota ordaintzea.

Sinadura

Zuzenbide publikoa
Zuzenbide pribatua
Finantza- eta zerga-zuzenbidea

..... beste edozein atal interesgarri aipa daiteke.

.....izeneko bankuari/aurrezki kutzari

Jaun-andre horiek: ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIako bazkide egin naizenez gero, arren eskatzen dizuet izen-emate horren ondoriozko urteko kuotaren ordainagiriak ordaintzea (mesedez, 20 digituak bete):

Kontu-korrontea _ _ _ _ _

Sinadura

Orri hau helbide honetara bidali:
ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA,
Errekalde zumardia, 8 - 1. eskuina.
Telefona: 94 425 57 15 - Faxa: 94 424 64 99
Helbide elektronikoa: secretaria@avd-zea.com
www.avd-zea.com
48009 BILBO

