



AVD·ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Akademia

BOLETÍN
de la
ACADEMIA VASCA DE DERECHO

ZUZENBIDEAREN EUSKAL
AKADEMIA
ALDIZKARIA

Año IV - N.º 9 - Bilbao - Marzo de 2006
VI. urtea - 9. zk. - Bilbo - 2006ko Martxoa
ISBN: 84 896 8919 9 - D.L./L.G.: BI 1677-03

Sumario / Aurkibidea

Pág./Or.

Artículos / Artikuluak

1 JORNADA SOBRE DERECHO CIVIL

1.1 PRESENTACIÓN

por Adrián Celaya5

**1.2 LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MATERIAL
EN LA UNIÓN EUROPEA,**

por Juan José Álvarez Rubio11

**1.3 LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO POR LA UNIÓN
EUROPEA,**

por José Luis Iriarte 45

1.4. CLAUSURA, por Adrián Celaya	75
2. UN NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES PERSONALES, por Manuel López Pardiñas	77
3. PRESENTACIÓN DEL LIBRO “SEÑORES DE BIZKAIA”, por Adrián Celaya	101
4. DOS CORAZONES PUESTOS EN UNA BALANZA, por Ane Martínez Díez	107
5. LA COLISIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA Y EL IDEARIO DEL CENTRO DOCENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL, por Saioa Ártiach Camacho	111
6. JEAN PIERRE GOYTINO, LOS ANGELESETAKO NOTARIOA por Xipri Arbelbide	117
7. SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI CASOS DEL PRIMER SEMESTRE DE 2005, por Carlos Ballugera - Javier Regúlez Luzardo	127
8. Noticias internas / Akademiaren albisteak, por Javier Oleaga	177

ARTÍCULOS / ARTIKULUAK

tarjeta e-Business BBK



Una herramienta
única para gestionar
los gastos de su
negocio.

La tarjeta e-Business BBK es el instrumento de pago más innovador del mercado. La primera tarjeta que permite gestionar, como usted quiera y a través de internet, los gastos de su negocio. Y la mejor forma de demostrar que en BBK trabajamos para acercarnos al futuro y mejorar el de quienes confían en nosotros.



www.bbkk.es



EURO PAY
EURO PAY
EURO PAY

bbk²

PRESENTACION DE LA JORNADA SOBRE DERECHO CIVIL



Cuarta Jornada Práctica; izda. D. Adrián Celaya Ibarra Presidente de la Academia Vasca de Derecho, dcha. D. Gontzal Aizpurua Ondaro miembro de la Junta del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia.

Queridos amigos, buenas tardes.

La Academia vasca de Derecho que está surgiendo paso a paso en un movimiento que, no lo dudéis, se acelerará, se presenta hoy de nuevo, del brazo del Ilustre Colegio de Abogados

de Bilbao. La alianza tácita de nuestras fuerzas de abogados, notarios, jueces, registradores o procuradores, nos va a llevar, estoy seguro, a muy buenos resultados.

Siempre hay algún duende que nos quiere frenar. ¡Locos! ¿a donde váis? Y nos silban al oído, por ejemplo, como me lo han dicho hace poco, que no es posible que hagamos en Bilbao lo que no se hace en el resto de España. Hay que dejarlo a Madrid o en todo caso a Salamanca

Me subleva esta sugerencia porque estamos decididos a que Bilbao y el País Vasco aporten al mundo jurídico su propia visión del Derecho, una visión que nunca pretenderá negar la que se pueda hacer en cualquier otro territorio pero que será nuestra. Nuestra visión del Derecho está centrada en Bilbao, y en el País Vasco y por esto mismo es una visión liberal, se mantiene en la objetividad, se refuerza en la veracidad y el respeto a la palabra dada y su originalidad le viene del respeto que Bilbao y Bizkaia han tenido siempre por los valores humanos y la plena conciencia de que lo que nos es propio puede ser nuestro primer valor. Sin apartarnos de nuestras viejas costumbres queremos vivir hoy plenamente abiertos a lo universal, y sentirnos seriamente europeos dentro de un mundo que en nada nos es ajeno.

No queremos tratos de favor pero exigimos que nuestra voz se oiga, con nuestro peculiar e inconfundible acento. Pero nunca tendremos un sentimiento de inferioridad. Y voy a ilustrar mi pensamiento con una anécdota que he leído hace poco.

A los cuatro días de la muerte de don Miguel Unamuno, en un periódico de Buenos Aires publicaba don José Ortega y Gasset un artículo en el que se dolía de la desaparición de un hombre por el que nunca había mostrado mucha simpatía. Decía que al dejar de sonar la voz de Unamuno “temo que padezca nuestro país una era de atroz silencio. Pero detenía su discurso para escribir lo que sigue:

Fue un gran escritor, pero... conviene decir que era vasco, y que su castellano era aprendido. Aun siendo espléndido su

castellano, tiene siempre ese carácter de aprendido, y si se quiere entender bien, todo idioma aprendido tiene el carácter de lengua muerta.

No, don José, protesto. El castellano que nació en la frontera del País Vasco y que se habló en Bilbao antes que en Madrid, nuestro castellano, aunque conviva con la lengua vasca, no es una lengua muerta. Es un estilo distinto del castellano de Ortega y Gasset, pero no tiene menos universalidad. Nuestro modo de hablarlo quizá nos distinga, pero no deja de ser un buen castellano con el que buscamos ante todo la claridad, y no enmascaramos el pensamiento entre muchas y floridas palabras.. Es un lenguaje directo, que a nosotros nos gusta.

Preferimos el lenguaje claro y directo de Unamuno, que no por ello era menos expresivo, aunque sí mucho más emotivo que las largas elucubraciones a que a veces se dedica Ortega para llegar al final a una conclusión, que con frecuencia es realmente obvia.

EL DERECHO VASCO

Del mismo modo que nuestro castellano es claro y contundente, nuestro Derecho se hace buscando expresar el pensamiento de la forma más clara. Es verdad que hay un Derecho nuestro, pero no por serlo se ha de creer que es un Derecho muerto.

Junto a la claridad del lenguaje, en una tierra de marinos, mercaderes, industriales o rudos labradores, el Derecho tiene que añadir su pasión por la eficacia. Nuestro Derecho, igual que nuestros usos sociales o mercantiles, buscan siempre lo práctico, no se pierden en filosofías superfluas, van directamente hacia la verdad. Por esta razón nuestro estilo es el de la eficacia.

Amigos abogados: Habéis titulado a esta Jornada como Jornada práctica porque estáis habituados al Derecho vivo, al que produce consecuencias inmediatas, sin perderos nunca en superfluas divagaciones.

Y os quiero decir, como Presidente de la Academia, que hace muchos años que estoy convencido de que ninguna reflexión tiene sentido jurídico si no comporta consecuencias prácticas. El Derecho o es práctico o no es Derecho. Nuestro Derecho es para la vida y para la actividad, esto es, para una organización social que se dirija a la paz y el desarrollo

La propia filosofía del Derecho tiene sentido para nosotros cuando en sus grandes concepciones conduce a resultados prácticos. Una deliberación larga e insulsa no tiene sentido, pero la filosofía sí lo tiene. La filosofía jurídica anglosajona sobre la naturaleza de la ley es sumamente práctica porque los juristas ingleses, utilizando su doctrina, que analiza la ley como un instrumento, llegan a consecuencias muy distintas de los juristas formalistas europeos que ven la ley como algo rígido e invariable.

Os aseguro que nuestra Academia, va a hacer honor a los hombres de este país, y no se perderá en disquisiciones inútiles, iremos directamente al grano, a la búsqueda del Derecho vivo y eficaz.

Es posible que alguien al leer el programa de esta sesión haya entendido que nos vamos a perder en juegos florales, especialmente en la sesión de la mañana; y no obstante, estoy seguro de que lo que nos digan los dos ponentes será un constante diálogo sobre una infinidad de supuestos prácticos.

No es un juego teórico el de tomar conciencia del movimiento europeo hacia la unificación del Derecho civil. Es una auténtica realidad el hecho de que en foros europeos se está estudiando la elaboración de leyes uniformes en materia de Derecho civil sustantivo, y esto nos va a afectar en un futuro cada vez más próximo.

La primera pregunta que cualquier letrado se hace ante un caso práctico es ¿Qué ley aplico? Y si tiende una mirada por su librería elegirá una, la más acomodada a la resolución del problema, desechando las demás. Hasta ahora, las leyes que

ocupan nuestras estanterías son todas españolas, aunque cada día mas, el tráfico jurídico nos obliga a consultar Códigos extranjeros.

Lo que va a ocurrir en Europa, si se unifica su Derecho es que en un futuro, el abogado va a tener que dejar de lado muchas veces la ley española para consultar la normativa europea. No creo que desaparezcan nuestros Códigos, pero pueden resultar inaplicables en aquellas materias, sobre todo en los contratos, que la norma europea se declare aplicable.

Este es el tema que va a abordar don Juan José Álvarez Rubio que, entre otros títulos es catedrático de Derecho Internacional Privado y dirige la UNED de Bergara. Es además uno de los socios fundadores de esta Academia, en la que colabora con entusiasmo.

La segunda conferencia recae sobre un tema aún más apremiante, el de las leyes de conflictos.

Entre nosotros y especialmente cuando se trata de aplicar Derecho civil foral, el abogado o el notario no se puede contentar con buscar la ley aplicable en su estantería. Tiene que interrogar a su cliente y preguntarle donde vive, desde cuántos años, y quizá donde nació porque puede interesar la opción por una vecindad distinta. También tendrá que saber si es casado o soltero, la vecindad del matrimonio, el lugar en que se casaron, etc. Todo ello por la vigencia del Derecho Foral y sobre todo por los conflictos que en Bizkaia presenta cada día la aplicación de la troncalidad.

No nos puede ser indiferente que en un laboratorio de Bruselas se esté preparando una ley uniforme de conflictos. Lo cierto es que el Departamento de justicia de la Unión europea después de publicar un libro verde que propone la unificación de las leyes de conflicto, distribuyó hace unos meses una encuesta formulando preguntas sobre la forma en que debía elaborarse en Europa una ley unificada sobre conflictos de leyes.

La Academia entendió que esta cuestión no le era indiferente y por esta razón envió una respuesta a esta encuesta en un informe que se publicó en el Boletín de la Academia y en cuya redacción intervinieron también nuestros dos internacionalistas que hoy van a presentarnos sus reflexiones.

Si esa nueva normativa europea se aprueba habrá que deshacerse de los miles de páginas que se han escrito sobre los conflictos de leyes en Bizkaia para acomodarnos a las directivas o, quizá las breves leyes, que se fabriquen en Europa.

De esta importantísima cuestión se va a ocupar el segundo ponente de esta mañana don José Luis Iriarte de Angel, catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Pública de Navarra, y que es también un socio fundador de la Academia.

Ez daukat errestazunik itzaldi luzea egiteko, baña euskeraz, nire etxeko euskeraz ere zeozer esango dautzuet.

Urte asko igaro ziran nire gasterian Código Zibilan berba bat bere kendu edo aldatu barik. Baña gaur, gure egunetan Zuzenbideko arazoak ariñeketan aldatzen dabez. Antziñako legeak kendu eta lege barriak ipinten dira egunero. Eta euskal legegizonak beti prest izan bear gara gure legeak aldatzeko.

Euskal Akademi au Europako Zuzenbide barria artu eta zabaldu gura dau, baña ez lenengoan gure iritziak, gure asmo ta gogo sakonak erakutsi barik. Europan ere Euskal legegizonen zuzenbidea argi erakutsi bear dau gure Akademiak.

Atzo ziran gure artean lege zarrak, gero Españako Kodigoak, orain Europako Zuzenbidea dator eta laster munduko zuzenbidea bere.

Zabaldu daigun gure atek Zuzenbide barriari!

Adrián Celaya

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO MATERIAL EN LA UNIÓN EUROPEA¹



Cuarta Jornada Práctica: D. Juan José Álvarez Rubio Catedrático de la Universidad del País Vasco

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de Investigación Código 1/UPV 00123.224-H-15998/2004, titulado “Los conflictos de leyes en el Derecho Civil Vasco y la evolución del Derecho privado Comunitario”.

1. Quisiera comenzar estas reflexiones agradeciendo a la Academia Vasca de Derecho y al Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya su invitación a participar en esta ya Cuarta Jornada Práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, que ve ahora la luz a través de esta publicación. Y considero especialmente sugerente la orientación seguida por ambas instituciones en la selección de los temas abordados, bajo la vertiente troncal de las innovaciones en el Derecho civil y la dimensión de Europa y los Derechos civiles territoriales.

Se menciona con frecuencia la ausencia de conexión o el distanciamiento existente entre las instituciones Comunitarias y los ciudadanos Comunitarios, destinatarios al fin y al cabo de su actividad. Y precisamente el sector material que pretendo abordar en mis reflexiones puede permitir acercar Europa a los ciudadanos y concienciar a éstos de la trascendencia del actuar normativo de sus instituciones.

En efecto, la *comunitarización* del Derecho Internacional Privado operada en su momento a través de las disposiciones contenidas en el Título IV del Tratado de Ámsterdam, y el complemento que representaron las novedades incorporadas por el Tratado de Niza (actualmente en vigor, y que tras el fracaso del proceso ratificador del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa representa el bloque normativo a tener presente) puede acabar proyectando su incidencia sobre el ámbito material troncal del Derecho interregional.

2. Las reflexiones contenidas en el presente estudio persiguen realizar una especie de balance y a su vez servir a modo de prospección jurídica para poder apreciar el escenario futuro que podría materializarse en este sector del Derecho privado, fruto de los desarrollos normativos que desde la UE se realicen, y proyectar esas consideraciones sobre el específico proceso de codificación del Derecho Civil Vasco. Centraré mi análisis en la armonización de las normas materiales o sustantivas, es decir, los resultados y proyectos unificadores en sectores de Derecho privado dentro del ordenamiento Comunitario.

Y cabe subrayar la distinta velocidad a la que avanzan la vertiente de armonización conflictual (mucho más adelantada) que la material, que trae aparejada dificultades adicionales y dónde siempre es más compleja la consecución de un consenso en torno a normas que reemplacen a las existentes en cada uno de los ordenamientos nacionales.

Atendiendo al proceso de unificación/armonización legislativa impulsado desde la UE, es preciso reflexionar sobre los límites a la unificación del Derecho en el interior de un Estado y sobre el concepto, tan manido, de *modernización* del Derecho. Comparto la orientación defendida por la Profra. A.BORRAS², al considerar que la modernización del Derecho no implica necesariamente pasar por la unificación, y que la pluralidad de legislaciones internas que coexisten dentro del ordenamiento jurídico español constituye una riqueza y un patrimonio cultural que debe ser conservado.

En definitiva, ese proceso de modernización no tiene por qué implicar un obligado acercamiento hacia modelos normativos supuestamente más avanzados. Es cierto que en el contexto de la UE se aprecia, sectorialmente, la necesidad de una cierta aproximación entre los ordenamientos jurídicos en general, pero este hecho no implica que la plurilegislatividad tienda a ser abolida. En dicho contexto europeo hay una tendencia hacia una mayor aproximación e identificación entre los conflictos internos y los internacionales, fruto de la progresiva eliminación de las fronteras, pero este hecho no implica necesariamente una tendencia hacia la desaparición de los diferentes ordenamientos que coexisten en el interior de un mismo Estado.

Las reflexiones de la profra. A.BORRAS anticipaban ya en su estudio toda una serie de atinadas respuestas al debate ahora abierto, en los últimos meses, en torno al alcance material de ese proceso de armonización legislativa previsto en el seno de la UE y, en particular, su proyección sobre el Derecho Privado, señalando que las materias objeto de la plurilegislatividad se centran básicamente, y fruto de la evolución histórica del propio

² BORRÁS, A., "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International Privé actuel", *R.des C.*, 1994-V, t.249.

fenómeno, en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones, y en menor medida en cuestiones de Derecho patrimonial.

Su estudio formula así una clara distinción entre materias vinculadas al ámbito del Derecho de la persona, de familia y de sucesiones frente a las materias vinculadas al ámbito del Derecho patrimonial, tales como la regulación en materia de contratos (y cita como ejemplo el caso Reino Unido, con Gran Bretaña y País de Gales con una tradición vinculada al *common law*, y Escocia con una tradición históricamente orientada hacia los sistemas de *civil law*), o en las materias de responsabilidad o de derechos reales, entre otras.

3. El proceso de integración Comunitaria ha superado en la actualidad la mera vertiente económica, y pasa a proyectar toda su operatividad de manera directa sobre la vida social y jurídica de los ciudadanos europeos. La *comunitarización* de todo un *sensible* sector como es el Derecho Privado en general, y el Derecho de familia en particular, representa una auténtica catarsis normativa y altera el tradicional esquema de fuentes de elaboración legislativa en este ámbito, clásicamente vinculado a las respectivas *soberanías legislativas* de cada Estado, que han adecuado sus particulares regulaciones en materia de Derecho de familia, y dentro de éste en el campo del Derecho matrimonial, a sus específicas concepciones culturales y sociales sobre tales instituciones jurídicas.

El tradicional ámbito de intervención del Derecho Comunitario se ha proyectado, *ratione materiae*, fundamentalmente sobre el Derecho patrimonial, pero tras los Tratados de Ámsterdam y de Niza se aprecia un proceso de expansión sustantiva progresiva. En efecto, debe subrayarse la tendencia hacia la ampliación de los ámbitos materiales sobre los que se proyecta la legislación Comunitaria, que irrumpe en sectores como el Derecho de la persona, lo cual determina la posibilidad de que la normativa Comunitaria pueda llegar a plantear incluso problemas de interacción y ajuste con principios fundamentales de determinados ordenamientos jurídicos nacionales.

Y dentro de esta ampliación del ámbito material de actuación prima hasta el momento, como antes ha sido indicado,

el recurso a técnicas de armonización conflictual frente a la potencial utilización de procesos de armonización material de la legislación en el ámbito del Derecho privado.

La especial incidencia de la vertiente del DIPr. institucional, representado en nuestro ordenamiento por el Derecho Comunitario, requiere un tratamiento específico que analice, desde esta estructura o dimensión Comunitaria, la incorporación cuantitativa y la alteración que respecto a aspectos básicos de nuestro sistema de DIPr. supuso la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Ámsterdam, y el 1 de febrero de 2003, del de Niza. Tal y como ha señalado el. J.D.GONZALEZ CAMPOS³, cabe hablar de la existencia de dos DIPrs., antes y después del mencionado Tratado de Ámsterdam.

Toda reflexión teórica sobre este extremo debe tener presente que tras la entrada en vigor de los Tratados de Ámsterdam y de Niza la influencia del subsistema Comunitario se proyecta y adquiere especial relevancia también en una dimensión *ad extra*, al extender su potencial ámbito de actuación material al ámbito troncal o básico de las instituciones forales características de los diversos ordenamientos civiles forales o especiales que coexisten en nuestro sistema de Derecho interregional.

En el marco del proceso de construcción europea cabe cuestionar si realmente la diversidad legislativa constituye un obstáculo para las relaciones transfronterizas⁴: sin duda, es preciso delimitar la frontera entre el conjunto de instituciones que se integran dentro del Derecho patrimonial, del Derecho de obligaciones o de los Derechos reales (tales como los sistemas de transmisión de propiedad o el régimen de garantías reales) frente al ámbito del Derecho civil englobado, entre otros, por el Derecho

³ J.D.GONZALEZ CAMPOS, "El nuevo art.65 del T.C.E. tras el Tratado de Amsterdam y el DIPr. de los Estados miembros de la C.E.", *Seminario celebrado en la U.A.M., 27 de mayo de 1999*.

⁴ En tal sentido, M^aA.PARRA LUCÁN, "Apuntes sobre la unificación del Derecho Privado en Europa: ¿Es posible un Código Civil Europeo?, *Ac.civ.*, nº36, 30-septiembre à 6-octubre 2002, marginal 1165.

de familia y sucesiones, en cuanto áreas consideradas sensibles y especialmente vinculadas a la tradición y a la cultura legal de cada sociedad y de cada ordenamiento.

4. La auténtica *nueva planta* del DIPr. que se está gestando tras las modificaciones introducidas por los Tratados de Ámsterdam y de Niza ha producido ya efectos de importante calado en los respectivos sistemas internos de DIPr. de los diferentes Estados miembros de la UE, al *comunitarizarse* toda la vertiente de la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior.

La reforma aprobada se proyecta directamente sobre el sistema de fuentes normativas del DIPr., y desde su vertiente material el tenor literal del art.65 del Tratado es susceptible de extensión a los aspectos transfronterizos de toda materia civil, ya se trate de Derecho de obligaciones, Derecho de familia o sucesiones u otro dominio civil, siempre que se encuentre vinculada a la libre circulación de personas.

Cabe afirmar que la mención expresa a *materias y técnicas de DIPr.* es en principio correcta, pero no así el impreciso alcance del volumen competencial conferido a las instituciones de la UE mediante el proceso de comunitarización incorporado al Tratado.

Tras examinar la génesis del art.65 del Tratado de Ámsterdam, el Prof. C.KHOLER⁵ subraya el novedoso reparto o distribución competencial en materia de DIPr., para comprobar cómo la citada comunitarización se proyecta sobre una vertiente institucional, que califica como indecisa e incompleta, y sobre un plano material o sustantivo, de alcance indeterminado. A su juicio, el tenor del Tratado de Ámsterdam plantea tres tipos de interrogantes: por un lado, el relativo al propio alcance o ámbito de aplicación *ratione materiae* del art.65 del Tratado. En segundo lugar, las relaciones entre éste y las restantes competencias Comunitarias, en materias que igualmente han de implicar la

⁵ C.KHOLER, "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Ámsterdam", *Rev.Crit.Dr.Int.Priv.*, 1999-I, p.1 y ss.

utilización de normas para resolver conflictos de leyes o de jurisdicción, y por último, la incertidumbre sobre el papel que en el futuro habrá de representar el art.293 del Tratado (anterior art.220 TCE), hasta el momento inédito.

En la primera fase *histórica*, y con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, ese conjunto de reglas o actos aparecían como puntuales y aisladas, con una finalidad siempre complementaria o instrumental respecto a las reglas materiales contenidas en el acto Comunitario en cuestión, y tales intervenciones normativas quedaban configuradas hasta entonces como sectoriales. En realidad tal comunitarización de la cooperación judicial civil ha transformado un ámbito de cooperación de dimensión horizontal en una auténtica competencia sectorial de la UE.

Es cierto, como señaló el prof. J.L.IGLESIAS BUHIGUES⁶, que el Tratado ha abierto las puertas a la existencia de un cuerpo de DIPr. Comunitario cuyo desarrollo progresivo contará con posibilidades hasta ahora inesperadas, y que constituye un paso importante en el camino de la posible armonización de parcelas del Derecho privado, pero debe relativizarse el moderado optimismo que parece desprenderse de ciertas opiniones doctrinales, ya que se plantean importantes dudas sobre la materialización en este ámbito sustantivo de esos mecanismos propios o específicos de integración⁷.

⁶ J.L.IGLESIAS BUHIGUES, "La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam (I)", *R.G.D.*, mayo-1998, nº644, p.5847 y ss.

⁷ Comparto así la visión crítica formulada por el prof.P.A.DE MIGUEL ASENSIO, "El Tratado de Ámsterdam y el Derecho Internacional Privado", *La Ley*, nº 4510, 30 de marzo de 1998, p.1-3, al señalar que las novedades introducidas por el Tratado de Ámsterdam en el ámbito del DIPr. presentan matices que ponen en entredicho su alcance como verdadero progreso para promover la función asignada a la uniformización de las normas de DIPr. en el proceso de integración europea, y que las expectativas de desarrollo de un DIPr. comunitario continúan subordinadas a la actitud futura de los Estados participantes, así como a la sensibilidad de la Comisión y a la percepción de los unos y de la otra acerca del potencial de las normas de DIPr. como instrumento de integración.

Cabe recordar que el Título VI del Tratado de Maastricht recogía las denominadas *Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la Justicia y de los asuntos de Interior*. Conforme a lo previsto en el art. K.3 del citado Título, y a iniciativa de cualquier Estado o de la Comisión, el Consejo podría adoptar posturas comunes y fomentar toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión.

Entre tales posiciones comunes el precepto aludía expresamente a la posibilidad de celebrar Convenios, recomendando su adopción a los Estados miembros. De igual modo, el art. K.5 señalaba que los Estados miembros sostendrían dichas posiciones comunes, adoptadas en aplicación de lo dispuesto en dicho Título, en las Organizaciones Internacionales y en las Conferencias Internacionales en las que participaran.

5. En el Título IV del Tratado de Amsterdam, bajo la rúbrica de *“Visados, asilo e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”*, se dispuso (art.61) que a fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará, entre otras, *medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65*.

Conforme al tenor de este precepto, de enorme importancia en nuestro ámbito de estudio,

“Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el art.67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

a) mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales.

b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción.

c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”.

Las numerosas dudas e interrogantes que suscita esta comunitarización del ámbito de la cooperación judicial en materia civil están siendo debatidas en el seno de la doctrina más autorizada⁸.

Con carácter previo a todo debate o reflexión sobre el alcance de las previsiones del art.65 debe tenerse en cuenta que, al menos en teoría, su utilización por las instancias Comunitarias está sujeta a dos premisas para poder desplegar toda su operatividad: por un lado el ámbito material sobre el que se proyecta es el de la cooperación judicial en *materia civil con repercusión transfronteriza*; en segundo lugar, las medidas que se adopten en relación a tal sector vendrán o quedarán justificadas, conforme al precepto, *en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*. En la práctica, el actuar de la Comisión está distanciándose de ambos presupuestos y va en realidad más lejos, ya que de hecho no se está precisando la acreditación de la concurrencia de ambas premisas para intervenir normativamente.

6. El funcionamiento del artículo 65 viene a su vez caracterizado por ciertas notas que es preciso recordar para

⁸ Vid., entre otros, J.BASEDOW, “Die Harmonisierung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam”, *EuZW*, 1997, vol.8, p.609 y ss.; E.JAYME y C.KHOLER, “Europäisches Kollisionsrecht 1997-Vergemeinschaftung durch Säulenwechsel?”, *IPRax*, 1997, vol.17,p.385 y ss.; I.INGRAVALLO, “La Corte di Giustizia e il Terzo Pilastro dell’Unione Europea”, *La Com.Internaz.*, 2000-III, pp.477-503; A.L.CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional Privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho. Univ.Murcia*,2003, nº21, pp.49-69; J.D.GONZALEZ CAMPOS, “La Constitución Europea y el Derecho internacional Privado Comunitario: ¿Un Espacio Europeo de Justicia en materia civil complementario del Mercado Interior?”, *www.reig.org*

desentrañar su verdadero alcance y funciones: por un lado, debe tenerse en cuenta que durante el período transitorio de cinco años previsto en el propio Tratado (art.67) las materias comprendidas en el ámbito material del título IV del Tratado quedaban sujetas a una suerte de *técnica intergubernamental*, similar o paralela a la rigidez que caracteriza al proceso de aprobación de las normas convencionales, ya que impera la regla de unanimidad, de forma que si cualquiera de los Estados se opusiera a la adopción de una medida normativa concreta quedaría bloqueado todo el proceso.

La segunda nota característica deriva de la *comunitarización* de este ámbito material del art.65, de manera que el tenor del art.234 del Tratado (antes art.177) confiere al TJCE competencia para conocer de cuestiones prejudiciales vinculadas a la interpretación del nuevo Título IV de esta Parte III del TUE (art.65) y a la validez de los actos Comunitarios que se dicten en aplicación de sus previsiones. Cabe destacar, como matiz importante, que tal competencia queda formulada en términos más estrictos que los que operan con carácter general en el art.234, ya que esas cuestiones prejudiciales sólo pueden proceder de órganos judiciales de Estados miembros cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso judicial de Derecho interno.

En efecto, y conforme al tenor del art. 68.1,

“El artículo 234 será de aplicación al presente título en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión para poder emitir su fallo”.

En todo caso, y conforme al tenor del propio art.68.3TUE, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al TJCE que

se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el mismo.

En tercer lugar, es preciso recordar las materias a las que se refiere el art.65. Un primer dato a tener presente es que tanto el art.65 como el art.293 aluden al *reconocimiento y ejecución de resoluciones o decisiones judiciales*. No deja de sorprender esta dualidad, en cuanto reiteración aparentemente innecesaria, redundante y que no contribuye más que a incrementar la ya de por sí compleja delimitación de las esferas potenciales de aplicación de ambas vías de actuación normativa en el contexto de la UE.

Debe tenerse presente que, pese a las manifestaciones normativas, plasmadas hasta el momento en los diferentes Reglamentos y propuestas aprobadas, el tenor del art.65 alude a *fomentar la compatibilidad*, expresión que difiere, en cuanto a su alcance e intensidad, de la de *unificar*: no son conceptos sinónimos y esta consideración debe tenerse presente para tratar de situar en sus exactos términos el potencial alcance del precepto⁹.

Prueba palpable de ello es la antes mencionada diferente velocidad de los procesos de armonización conflictual (mucho más desarrollada) que la material o sustantiva.

Es preciso interpretar globalmente el Tratado de Ámsterdam, a efectos de fijar “líneas rojas” al ejercicio de las competencias por parte de las instancias Comunitarias: en particular, quedarán sujetas al cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y ha de tenerse presente la perspectiva finalista que adopta el art.65 en su redacción, sin olvidar lo antes indicado respecto al alcance del tenor *fomentar la compatibilidad*, en cuanto pretensión de eliminar ciertos desajustes normativos que puedan afectar al funcionamiento del mercado, por lo que parece situarse más próximo al objetivo de armonización normativa

⁹ Sobre el particular, vid. M.GARDEÑES SANTIAGO, “El desarrollo del Derecho internacional Privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 C) y 65 TCE como base jurídica”, *RBCE*, enero-abril-2002, pp.231-249.

Respecto a dichos *límites* materiales del art.65 del Tratado de Ámsterdam, cabe señalar que en principio, y al integrarse en la propia lógica del sistema, podrá al menos teórica o potencialmente incidir en el núcleo fundamental de ordenación de los Derechos civiles forales o especiales, afectando directamente a sectores como el régimen económico matrimonial o el de sucesiones. Otro factor que debe destacarse de antemano es que en la eventual defensa de las particularidades de regulación sustantiva o material contenidas en nuestro sistema de Derecho interregional España queda prácticamente aislada frente a los restantes catorce Estados Comunitarios, ya que el único exponente comparado que presenta cierto paralelismo corresponde al Reino Unido, Estado que en virtud de lo dispuesto en el art.69 del propio Tratado de Ámsterdam y del Protocolo específico sobre la posición del Reino Unido e Irlanda tiene la posibilidad de separarse (*contracting out*) de lo establecido en los preceptos del Título IV del Tratado, si bien se les permite, al mismo tiempo, unirse a las decisiones (*contracting in*) cuando lo estimen conveniente.

7. Debe además tenerse en cuenta el nuevo escenario ya en vigor desde el 1 de febrero de 2003: el Tratado de Niza incorporó un nuevo apartado 5 del art.67 TCE por el cual no se requerirá unanimidad para adoptar las medidas previstas en el art.65, con exclusión del Derecho de familia. Esta disposición conlleva un factor de enorme relevancia, ya que la regla base de codecisión, de *monopolio* de la actividad legislativa por la Comisión y de mayoría cualificada implica una complejidad adicional, y surge un problema adicional, vinculado a la operación de calificación: así, por ejemplo, las relaciones económico patrimoniales: ¿deberán quedar adscritas al sector del Derecho de familia o serán incardinables en el contexto normativo contractual? Dependiendo de la calificación, operará la regla de la unanimidad o la de la mayoría cualificada.

El Tratado de Niza prevé expresamente que en el artículo 67 se añade el apartado siguiente:

“5. Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, el Consejo adoptará de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251:

-las medidas previstas en el punto 1 del artículo 63 y en la letra a) del punto 2 del artículo 63, siempre y cuando el Consejo haya adoptado previamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo una legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias;

-las medidas previstas en el artículo 65, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia”.

El Tratado incorpora a su vez un *Protocolo sobre el artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, y señala que la disposición se incorporará como anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, estableciendo que:

“A partir del 1 de mayo de 2004, el Consejo decidirá por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, para adoptar las medidas mencionadas en el artículo 66 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

A su vez, entre las Declaraciones adoptadas por la Conferencia, cabe citar la *Declaración relativa al artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, al señalar que

Las Altas Partes Contratantes manifiestan su acuerdo en que el Consejo, en la decisión que deberá tomar en virtud del segundo guión del apartado 2 del artículo 67:

-decida, a partir del 1 de mayo de 2004, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251 para adoptar las medidas mencionadas en el punto 3 del artículo 62 y en la letra b) del punto 3 del artículo 63;

-decida, a partir de la fecha en que exista un acuerdo sobre el ámbito de aplicación de las medidas relativas al cruce de personas

por las fronteras exteriores de los Estados miembros, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251 para adoptar las medidas mencionadas en la letra a) del punto 2 del artículo 62.

El Consejo se esforzará, además, en lograr que el procedimiento previsto en el artículo 251 sea aplicable, a partir del 1 de mayo de 2004 o tan pronto como sea posible después de esta fecha, a los demás ámbitos cubiertos por el título IV o a algunos de ellos.

El Tratado de Niza amplía así el ámbito de la toma de decisiones por mayoría cualificada, ya que hay un total de veintisiete disposiciones que, en lo sucesivo, pasan íntegramente o en parte de la unanimidad a la mayoría cualificada. Entre estas materias se encuentra la relativa la cooperación judicial en materia civil, excepto el Derecho de familia.

La revisión del sistema es clave, ya que el voto por mayoría cualificada es más eficaz cuando se trata de desarrollar una política operativa a escala comunitaria, ya que el voto unánime confiere a cada Estado un auténtico derecho de veto, y permite bloquear *de facto* la toma de decisiones.

8. En el ámbito específico del Derecho de familia y sucesiones, estas materias se presentan *demasiado cargadas emocionalmente* (conforme a los términos empleados por la propia Comisión Europea)¹⁰ para proceder de manera global a su modificación. Es cierto, no obstante, que ya se han sentado principios comunes en ambas ramas de Derecho civil: en el ámbito familiar, las reformas sobre el divorcio, y existen incluso pronunciamientos del Parlamento Europeo considerando deseable la unificación de ciertos aspectos del Derecho de familia¹¹.

Respecto al Derecho sucesorio, también se detecta la progresión de una serie de principios concluyentes, en materia de

¹⁰ Cuestión nº862/92, 14 de abril 1992, DOCE nºC 40, p.17.)

¹¹ Resoluciones de 29 de octubre de 1993, DOCE nºC 315, p.652, y 14 de diciembre de 1994, DOCE nº C18, p.96.

sucesión abintestato; se han intensificado los estudios comparatistas para tratar de decantar ciertas reglas comunes, pero continúa el arraigo fundado en la tradición jurídica y se trata de una materia alejada de los objetivos económicos y jurídicos prioritarios de la UE; los pasos acertados deben darse, con cautela, en la línea de profundizar en estudios de Derecho comparado, que revelen los sustratos materiales comunes y las divergencias que cabe apreciar en las diversas regulaciones autónomas o nacionales en este sector¹².

No faltan partidarios de la unificación de todo el Derecho privado Europeo, no solo del Derecho patrimonial sino incluso del Derecho de familia y sucesiones. Como luego se indicará, las Resoluciones del Parlamento Europeo de 1989 y 1994 instaban a la Comisión a iniciar la preparación de un “Código Europeo común de Derecho privado”, con carácter general, sin más precisiones. El TJCE se ha declarado competente para conocer en cuestiones de Derecho de familia y sucesorio cuando estén ligadas a algún derecho garantizado por el Tratado¹³.

Otra prueba de la potencial incidencia sobre este sector del proceso normativo iniciado en el seno de la UE se aprecia en el calendario de actividades legislativas dirigidas a eliminar los obstáculos creados por las disparidades legales y procesales entre los Estados miembros, y que posteriormente será detallado.

En todo caso, no parece justificado apoyar una uniformización a nivel europeo en materia de familia y sucesiones con pretensiones exhaustivas y sistemáticas; sería suficiente, en línea con lo afirmado por J.BASEDOW¹⁴, adoptar medidas conforme a los artículos 61 á 65 del Tratado de Ámsterdam, es decir, orientadas a asegurar una adecuada cooperación judicial y

¹² En tal orientación, vid. CAMARA LAFUENTE,S., “Hacia un Código Civil Europeo: ¿Realidad o quimera?”, *La Ley*, 5 de marzo de 1999, nº4748, p.3.

¹³ Caso *Konstantinidis*, 30 de marzo de 1993, TJCE 1993,38; C-168/1991; Caso *Hubbard*, 1 de julio de 1993 (TJCE 1993, 111) (C-20/1992).

¹⁴ BASEDOW, J., “Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid” *ERPL* ,2001, p.47).

el reconocimiento de decisiones judiciales entre los Estados miembros en materia civil.

La delimitación del alcance material de la unificación del Derecho Privado Europeo exige optar entre alternativas que van desde unificar solo el Derecho de consumo, o unificar el Derecho contractual en su conjunto, y no solo los contratos de consumo, o unificar el régimen jurídico de los contratos y las obligaciones, tanto contractuales como extracontractuales, e incluso cuestiones conexas del Derecho patrimonial (derechos reales, garantías de crédito), o finalmente, unificar el Derecho privado de los Estados miembros en su conjunto y más allá incluso del ámbito meramente patrimonial.

9. El factor de integración política que representa la UE determina, en conclusión, una incidencia que supera el mero nivel económico, y que se proyecta cada vez con más intensidad sobre el actuar del día a día de los ciudadanos Comunitarios.

Dicho factor de integración genera la necesidad de elaboración de normas jurídicas que permitan materializar los retos que supone la misma, y la clave radica en determinar si, junto al ámbito del Derecho contractual y de Obligaciones, tal tarea legislativa ha de proyectarse o no sobre ámbitos del Derecho privado, tales como familia y sucesiones, que incorporan, al menos parcialmente, elementos que carecen de contenido patrimonial o económico, en un ámbito de actuación material legislativa especialmente sensible para los Estados, al tratarse de sectores profundamente enraizados en sus tradiciones jurídicas, y, en última instancia, en su peculiar o propia concepción sociológico-cultural de las diversas instituciones que se engloban en este sector.

Sin duda, la potencialidad de los Tratados de Ámsterdam y Niza permite adscribir dentro de su ámbito de actuación normativa tales materias, pero la prudencia aconseja, a mi juicio, avanzar cautelosamente en la eventual tarea de armonización en cuanto afecte a este peculiar ámbito. No cabe cuestionar la capacidad

normativa y el fundamento competencial de las instituciones de la UE para abordar tal reto normativo, pero no debe perderse de vista el enfoque claramente finalista que tal competencia presenta en el Tratado, y sin perjuicio de avanzar en ámbitos procedimentales y en ciertos aspectos sustantivos, no debe desconocerse la particularidad antes apuntada.

Sólo con un adecuado equilibrio entre ambas alternativas (el desarrollo íntegro del proyecto uniformizador o el avance sectorial, y a diferente velocidad, de las diversas materias) será posible lograr un consenso definitivo entre todos los operadores jurídicos y políticos implicados en el proceso.

Además, debe tenerse presente que la realidad jurídico-privada que ofrecen los nuevos diez Estados incrementa todavía más la heterogeneidad o diversidad normativa en este sector del Derecho Privado y este factor debe traducirse en una mayor cautela por parte de las instituciones Comunitarias a la hora de desarrollar este proceso de armonización legislativa, lo cual ha de permitir en todo caso garantizar la vigencia de nuestro ordenamiento foral, como exponentes de una peculiar concepción jurídica de la propiedad y la familia que han de ser respetadas.

En definitiva, todo operador jurídico debe sensibilizarse ante la nueva realidad normativa que se abre paso en este sector del Derecho de familia, y en particular en el sector del Derecho matrimonial, y las nuevas *herramientas normativas* abren posibilidades y escenarios desconocidos hasta el momento, que en nuestro particular contexto transfronterizo exigen sin duda una tarea de sensibilización y de obligado reciclaje formativo.

10. Para contextualizar correctamente mis observaciones es preciso señalar que las políticas relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, incluida su dimensión exterior, comprenden o abarcan las vertientes de los derechos fundamentales y la ciudadanía, el asilo y la migración, la gestión de las fronteras, la integración, la lucha contra el terrorismo y la

delincuencia organizada, la cooperación judicial y policial y el Derecho civil, a los que en breve se añadirá una estrategia común sobre drogas.

En este contexto, el estudio realizado por la Profra. A.BORRÁS¹⁵ deviene clave para conocer la evolución normativa en los Tratados, la nueva base jurídica del Título IV TCE reformado por el Tratado de Ámsterdam y el ámbito material del mismo.

Durante los últimos años la Unión Europea ha desempeñado un papel cada vez más importante en lo que se refiere a garantizar la cooperación policial, aduanera y judicial y el desarrollo de una política coordinada en materia de asilo, inmigración y controles en las fronteras exteriores.

Dicho desarrollo continuará con la consolidación de una zona común de libertad, seguridad y justicia, y el hipotético freno que sin duda representa la “vía muerta” en que se encuentra el proceso ratificador del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 no ha impedido hasta el momento su avance, ya que los anteriores Tratados de Maastricht, Amsterdam y Niza han creado progresivamente un marco jurídico común en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior.

En efecto, desde el Tratado de Ámsterdam la organización progresiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia se ha convertido en un nuevo objetivo de la Unión Europea. En el Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999 este objetivo pasó a ocupar el primer lugar de la agenda política de la Unión y se estableció un programa muy ambicioso. Dicho programa incluía orientaciones políticas y objetivos concretos, combinados con un detallado calendario de actuaciones.

¹⁵ BORRÁS, A., “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, Bilbao, 2002, pp.285-318.

Cabe afirmar que hasta el momento se han conseguido logros sustanciales en la mayoría de los ámbitos relacionados con la justicia y los asuntos de interior, y que se persigue en definitiva la creación y consolidación de un espacio judicial europeo que respete las tradiciones y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en estrecha asociación con los operadores y los profesionales de la justicia¹⁶.

El pleno desarrollo de este principio del reconocimiento mutuo requiere en primer lugar un marco común de principios compartidos y de normas mínimas, especialmente para reforzar la confianza mutua.

En segundo lugar, es preciso consolidar la efectiva creación de dicho espacio judicial civil y mercantil, facilitando así a los ciudadanos y a los operadores jurídicos la cooperación y el acceso a la justicia.

Por ello, es preciso continuar y profundizar los trabajos previstos en el programa de reconocimiento mutuo. Los esfuerzos deberán concentrarse en los ámbitos en los que todavía no existen normas Comunitarias de reconocimiento mutuo (como, por ejemplo, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas, casadas o no, o sucesiones y testamentos).

Otro ámbito troncal en este sector se adscribe al ámbito de la ejecución de las decisiones judiciales propiamente dicha. Sólo los procedimientos de ejecución rápidos y efectivos pueden permitir tanto al ciudadano como a las empresas el ejercicio real

¹⁶A partir del Consejo Europeo de Tampere, cada semestre se presenta una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo denominada «Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de "libertad, seguridad y justicia" en la Unión Europea». Los documentos de referencia son los siguientes: COM (2000)167 final de 24.3.2000 ; COM(2000) 782 final de 30.11.2000; COM(2001) 278 final de 23.05.2001; COM(2001) 628 final de 30.10.2001; COM(2002) 261 final de 30.05.2002; COM(2002) 738 final de 16.12.2002; COM(2003) 291 final de 22.05.2003; COM(2003) 812 final de 30.12.2003.

de sus derechos. En todo caso, debe tenerse presente que avanzar en el ámbito del reconocimiento mutuo requiere incrementar el grado de confianza recíproca entre los Estados miembros, recurriendo a la adopción de ciertas normas mínimas de procedimiento.

Por último, es preciso articular vías que permitan materializar de forma efectiva la aplicación concreta y eficaz de la legislación comunitaria adoptada, y desarrollar las actividades de la red judicial civil europea.

Finalmente, y en el marco del Derecho sustantivo o material la Comisión ya ha iniciado la elaboración de un *Marco Común de Referencia (MCR)* destinado a dar más coherencia al acervo comunitario y mejorar la calidad en el ámbito del derecho contractual europeo¹⁷.

11. Desde la vertiente de las instituciones europeas, la clave del análisis se sitúa en las conclusiones de la Cumbre de Jefes de Estados y de Gobierno que tuvo lugar en primavera de 1999, y la reunión de ministros de Justicia e Interior en Tampere, en otoño de 1999, celebrada a instancias de la Comisión Europea: la conclusión 39 de la Cumbre aludía a la necesidad de un estudio global sobre la necesidad de aproximar las legislaciones materiales de los Estados miembros en materia civil, para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles¹⁸.

En el seno del Consejo Europeo celebrado en Laeken, el 14 y 15 de diciembre de 2001, se planteó ya si tal necesidad de acercar legislaciones no debería dar lugar a un acuerdo sobre la

¹⁷ A más largo plazo, este Marco Común de Referencia (MCR) podría servir de base a un instrumento facultativo de Derecho contractual que las partes pudiesen elegir libremente en tanto que legislación aplicable a su contrato y, por consiguiente, garantizar mayor seguridad jurídica en las transacciones transfronterizas.

¹⁸ Sobre el particular, vid. FERNANDEZ ROZAS, J.C., "El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea", *La Ley*, nº6097, 30 de septiembre de 2004, pp.1-8.

ampliación de la competencia de la UE para legislar en el ámbito del Derecho Privado, así como el cauce o instrumento normativo más idóneo para alcanzar tal objetivo¹⁹.

En particular, el principio de subsidiariedad opera como guía para determinar cómo deben ejercerse los poderes de la UE y revela la tensión entre la disposición de los Estados miembros a transferir nuevas competencias a la Comunidad y por otro su preocupación ante el hecho de que la Comunidad pueda utilizarlas en detrimento de las preferencias de los Estados individuales. Toda acción normativa Comunitaria debe producir beneficios claros respecto a las acciones legislativas a nivel nacional, y la proporcionalidad exige que las medidas adoptadas por las instituciones Comunitarias no excedan los límites de lo que es apropiado y necesario para alcanzar los objetivos legítimos de la legislación en cuestión, y su actuación se estructura en torno a premisas o parámetros de análisis como el de eficacia comparativa, el de suficiencia y el de su dimensión o alcance.

12. Conforme a las potencialidades que ofrece el vigente Tratado de Niza, es clave atender a las Conclusiones del Consejo Europeo reunido en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, al aprobar el denominado Programa de La Haya (una especie de “Tampere-II), Consejo que debatió en particular sobre:

- La preparación de la revisión intermedia de la Estrategia de Lisboa.
- El espacio de libertad, seguridad y justicia: el Programa de La Haya.
- La necesidad de comunicar *Europa* al ciudadano.

¹⁹ Vid. J.C.FERNANDEZ ROZAS, “El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *La Ley*, nº6097, 30 de septiembre de 2004, pp.1-8, en el que se analiza el largo camino de lo intergubernamental a lo Comunitario, con análisis de los antecedentes de la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior, hasta los problemas de derivados de la última ampliación y por último las líneas generales establecidas en la Constitución Europea.

El ahora denominado *Programa de La Haya* persigue la consolidación definitiva del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, y se reafirma el carácter prioritario que atribuye a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en respuesta a una inquietud fundamental de los Estados que constituyen la Unión.

Desde el Consejo Europeo de Tampere de 1999 la política de la Unión en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior se ha desarrollado dentro del marco de un programa general, cuyo balance se contiene en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de fecha 2 de junio de 2005 (*COM-2004, 401 final*), por el que se formula, en relación al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, dicha evaluación del programa de Tampere y sus futuras orientaciones (*SEC-2004 680 y SEC 2004 693*).

El objetivo del Programa de La Haya es la mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros de garantizar los derechos fundamentales, las salvaguardias procesales mínimas y el acceso a la justicia, proporcionar a quienes la necesiten la protección de acuerdo con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y otros tratados internacionales, regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión, luchar contra la delincuencia organizada transfronteriza y reprimir la amenaza del terrorismo, explotar el potencial de Europol y Eurojust, proseguir con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal y eliminar obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas.

El Programa tiene presente las pautas marcadas por el precedente programa de Tampere, y se aprecia una operatividad específica de los principios generales de subsidiariedad, proporcionalidad, solidaridad y respeto a los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

El Consejo Europeo destaca la necesidad de seguir mejorando el trabajo de creación de una Europa de los ciudadanos y la función esencial que desempeñará a este respecto la creación de un espacio europeo de justicia. Deberá proseguir el esfuerzo por facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo. Es particularmente importante que las fronteras entre los países de Europa dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles.

La cooperación judicial tanto en materia civil podría verse potenciada mediante la consolidación de la confianza mutua y mediante el desarrollo paulatino de una cultura judicial europea basada en la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros y en la unidad del Derecho europeo.

En una Unión Europea ampliada, la confianza mutua se fundará en la certidumbre de que todos los ciudadanos europeos tienen acceso a un sistema judicial que se atiene a normas de calidad elevadas. A fin de facilitar la aplicación plena del principio de reconocimiento mutuo, deberá establecerse un sistema que prevea una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación de las medidas de la UE en el ámbito de la justicia, dentro del pleno respeto de la independencia del poder judicial y en consonancia con todos los mecanismos europeos existentes.

Y la consolidación de esa confianza recíproca requiere de las autoridades judiciales y de los distintos ordenamientos jurídicos un esfuerzo expreso de mejora de la comprensión mutua. Por ello, la Unión deberá respaldar la constitución de redes de organizaciones e instituciones judiciales, como la red de Consejos del Poder Judicial, la red europea de Tribunales Supremos y la Red europea de formación judicial.

13. El Derecho civil, que incluye el Derecho de familia, afecta a los ciudadanos en su vida diaria. Por ello, el Consejo Europeo atribuye gran importancia a la continuación del desarrollo

de la cooperación judicial en materia civil y la culminación total del programa de reconocimiento mutuo adoptado en 2000. El principal objetivo político en este ámbito consiste en que las fronteras entre los países europeos dejen de constituir un obstáculo a la resolución de los asuntos de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles.

Por lo que respecta al Derecho de familia y al Derecho de sucesiones, el Consejo invita a la Comisión a que presente, en particular, las siguientes propuestas:

-Un proyecto de instrumento sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de obligaciones alimenticias, incluidas las medidas cautelares y la aplicación provisional, (ya elaborado, en 2005).

-Un libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de sucesión, incluida la cuestión de la competencia, el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones en este ámbito, un certificado de herencia europeo y un mecanismo que permita el conocimiento preciso de la existencia de las últimas voluntades y testamentos de los residentes de la Unión Europea (“Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos”, elaborado por la Comisión, SEC (2005)270, de fecha 1 de marzo de 2005), donde expresamente se destaca, en cuanto a la técnica normativa a emplear, que “al no ser posible la plena armonización de las normas de Derecho material de los Estados miembros, conviene actuar desde el punto de vista de las normas de conflicto de leyes”.

-Un libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que incluya la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo en 2006.

-Un libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (SEC 2005/331), de fecha 14 de marzo de 2005, COM/2005 82 final), del que cabe inferir las dificultades de afrontar u proceso, descartado, de armonización material o sustantiva de las legislaciones nacionales.

En materia de Derecho contractual²⁰, y como luego señalaré, se elimina a vieja pretensión unificadora, para indicar que deberá mejorarse la calidad del Derecho comunitario actual y futuro mediante medidas de refundición, codificación y racionalización de los instrumentos jurídicos vigentes y mediante la definición de un marco de referencia común, que permita estudiar la posibilidad de desarrollar para toda la UE cláusulas y condiciones tipo de Derecho contractual que puedan ser utilizadas por las empresas y las asociaciones sectoriales de la Unión.

Otros recientes ejemplos que revelan la extraordinaria potencialidad del nuevo escenario que abre la creación y consolidación del espacio judicial europeo y su proyección específica en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil quedan integrados por la Directiva 2004/80/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004 (*DOCE*, 6 de agosto de 2004, L-261), sobre indemnización a las víctimas de delitos, y la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 (*DOCE*, 30 de abril de 2004, L-143), sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, normas que combinan regulaciones en materia de cooperación de autoridades, definiciones sectorializadas sobre la noción de realidad transfronteriza, determinación de ley aplicable mediante técnicas conflictuales materialmente orientadas y delimitación de autoridades competentes, o, para finalizar este ejemplificativo pero revelador elenco, la Decisión Marco 2005/667/JAI, del Consejo, de fecha 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (*DOCE*, L255, de 30 de septiembre de 2005), y la Directiva 2005/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (*DOCE*, L255, de 30 de septiembre de 2005).

²⁰ Sobre el particular, vid. J.C. FERNANDEZ ROZAS, "La Unificación del Derecho Mercantil Internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea", *La Ley*, pp.1-8, conteniendo un análisis de las técnicas de unificación en la Unión Europea.

En conclusión, cinco años después del Consejo Europeo de Tampere en el que se acordó un programa que sentaba las bases para importantes logros en el espacio de libertad, seguridad y justicia, ha llegado el momento de establecer un nuevo programa que permita a la Unión avanzar sobre dichos logros y hacer frente con eficacia a los nuevos retos que le esperan. A tal efecto, el Consejo ha aprobado un nuevo programa plurianual para los próximos cinco años, que se conocerá como Programa de La Haya.

Dicho programa refleja las ambiciones expresadas en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y tiene en cuenta la evaluación previa realizada por la Comisión, que a su vez fue acogida con satisfacción por el Consejo Europeo de junio de 2004, así como la Recomendación sobre la utilización de la votación por mayoría cualificada y el procedimiento de codecisión aprobada por el Parlamento Europeo el 14 de octubre de 2004.

Es preciso, en definitiva, seguir mejorando el trabajo de profundización en una Europa de los ciudadanos y la función esencial que desempeñará a este respecto la consolidación de un espacio europeo de justicia no debe olvidarse. Por ello, debe proseguir el esfuerzo orientado a facilitar el acceso a la justicia y la cooperación judicial, así como la plena utilización del reconocimiento mutuo, y es particularmente importante que las fronteras entre los países de Europa dejen de ser un obstáculo a la resolución de las cuestiones de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles.

Así puede gráficamente apreciarse en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el citado programa de La Haya (Documento COM/205/184 final, de fecha 10 de mayo de 2005), en el que se definen las diez prioridades para los próximos años, bajo lo que se denomina “Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”, y la misma orientación se aprecia en el detallado “Plan de Acción del Consejo y la Comisión

por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” (Documento 2005/C 198/01, DOCE C 198, de fecha 12 de agosto de 2005).

14. Frente a una ciertamente asentada orientación doctrinal que entiende la codificación como el mejor de los caminos para conseguir la integración europea, al estimar que no se puede avanzar en tal proceso solamente a través de Directivas o de Reglamentos, y que la mejor manera de satisfacer las necesidades del mercado único europeo es conseguir que exista un Código único que regule las relaciones que en el mismo se desenvuelven, la realidad normativa y el impulso político institucional en el seno de las instituciones de la UE muestra una realidad y unos proyectos futuros mucho más modestos.

Se sigue cuestionando en foros académicos si es verdaderamente posible alcanzar una unificación del mercado en Europa, como paso previo a la unión política, si las reglas jurídicas a las que deben someterse los operadores no son también las mismas, y si es necesario buscar una solución a la diversidad de legislaciones de los Estados miembros de la Unión, teniendo en cuenta que ni siquiera un sistema unificado de normas de conflicto es suficiente para lograr ese objetivo de unidad del mercado.

El clásico argumento sustentado en el factor de seguridad jurídica reivindica igualmente como deseable la plena unificación jurídica en Europa, al implicar además una reducción de los costes de transacción. Sin duda estas orientaciones pueden defenderse en el terreno del Derecho contractual, y en general en el Derecho de obligaciones, en cuanto ámbitos clave para conseguir el mercado único.

Posteriormente reflexionaremos sobre las alternativas metodológicas para afrontar este reto unificador²¹ (en cuanto a las

²¹ Sobre el particular, vid. FERNANDEZ ROZAS, J.C., “Alternativa Conflictual o material en la búsqueda de un Derecho Contractual Europeo más coherente”, *La Ley*, nº6199, 28 de febrero de 2005.

técnicas normativas aplicables es interesante analizar la Comunicación conjunta del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión, fruto de un Acuerdo institucional, sobre el sugerente deseo de “Legislar mejor” (Doc. 2003/C 321/01, DOCE C 321, de fecha 31 de diciembre de 2003, donde expresamente se propone recurrir a métodos de regulación alternativos) pero cabe avanzar que parece más deseable un desarrollo de mecanismos normativos de *soft law*, es decir, Derecho no imperativo que logre materializar esa uniformización jurídica a través del poder de persuasión derivado de su autoridad científica, en cuanto guía para el operador jurídico, en línea con la orientación seguida a través de los Principios de los contratos comerciales internacionales elaborados por Unidroit (1994), o los Principios de Derecho contractual europeo elaborados por la *Comisión Lando* (Comisión sobre Derecho contractual europeo, presidida por el profesor danés Ole LANDO).

Todo este debate está provocando una sugerente y deseable consecuencia, concretada en la ingente actividad comparativista, a través de múltiples y diferentes estudios de Derecho comparado en ámbitos específicos de Derecho de obligaciones y contratos, como los desarrollados por el grupo de Christian Von Bar, o el grupo de Tilburg, o el Grupo de estudios sobre un Código Civil europeo, como continuador de la Comisión Lando, liderado por el propio O. Lando, Alpa, Drobnig, Goode, Hartkamp y Von Bar; por último, cabe citar, sin afán de exhaustividad, al grupo de Pavía, que también ha publicado un proyecto preliminar de un Código Europeo de contratos.

15. Las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 y de 6 de mayo de 1994 plantearon por primera vez (al aludir a la solicitud de que se diera comienzo a los trabajos indispensables para la elaboración de un Código Europeo común de Derecho privado), desde un punto de vista institucional, la elaboración de un *Código Europeo de Derecho privado*.

Posteriormente, el 15 de noviembre de 2001 el propio Parlamento Europeo aprobó la tercera Resolución relativa al

procedimiento de armonización del Derecho privado de los Estados miembros, y desde la vertiente de las instituciones europeas, la clave se sitúa en las conclusiones de la Cumbre de Jefes de Estados y de Gobierno en primavera de 1999, y la reunión de ministros de Justicia e Interior en Tampere, en otoño de 1999, celebrada a instancias de la Comisión Europea: la conclusión 39 de la Cumbre aludía a la necesidad de un estudio global sobre la necesidad de aproximar las legislaciones materiales de los Estados miembros en materia civil, para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles.

Esta Resolución subrayó en su apartado 9º que la Comunicación de la Comisión se limita al Derecho contractual (a pesar de que el mandato del Consejo en Tampere ofrecía un marco más amplio), y cuestiona que no se aborden cuestiones aspectos vinculados al Derecho de familia. La Resolución del Parlamento omite (a diferencia de la resolución de 26 de mayo de 1989) calificar como “código” el instrumento que deba utilizarse para conseguir la armonización, optando por la viabilidad de Reglamentos²².

En realidad, dicha Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 sobre armonización de Derecho civil y mercantil de los Estados miembros constituyó a su vez una respuesta a la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo, exigiendo la elaboración y adopción de un *corpus* de reglas sobre Derecho de los contratos de la UE, en varias etapas, a partir de 2010, y las cuestiones claves a delimitar pasan por la propia fundamentación jurídica de la competencia de la UE para proceder a una europeización del derecho contractual, el ámbito material de Derecho comparado, la metodología a emplear y la terminología a utilizar para una hipotética uniformización del Derecho de los contratos en Europa.

²² C.VON BAR, “Le Groupe d’ études sur un Code Civil Européen”, *RIDC*, 2001-1, pp.127-141, realiza una acertada recapitulación de lo pasos dados hasta el momento en ese proceso.

El paso siguiente en este *iter* de propuestas hacia una armonización normativa fue la publicación el 13 de septiembre de 2001 de una *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, con la intención de ampliar el debate sobre el Derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión y los consumidores, académicos, empresarios y profesionales de la justicia.

La citada Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo planteó dos grandes cuestiones: en qué medida la disparidad de ordenamientos en el seno de la UE puede plantear problemas en el proceso de creación de un mercado único, y en caso afirmativo, cuáles, y en segundo lugar cuál es la política a seguir en materia de armonización normativa en este sector del Derecho privado.

La Comunicación propuso cuatro grandes opciones, no excluyentes y que admiten combinaciones entre ellas, o su ampliación futura, sin carácter exhaustivo: por un lado, abandonar al mercado la tarea de aproximación de legislaciones, generando una competencia entre ordenamientos jurídicos en la búsqueda de *cuotas* de mercado; en segundo lugar, redactar unos principios comunes a todas las legislaciones, no vinculantes; en tercer lugar, mejorar la calidad de la legislación existente, y por último, promulgar una nueva legislación Comunitaria, que cubra exhaustivamente todos los ámbitos²³.

Otro eslabón de esta cadena de propuestas viene integrado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al consejo, relativa al logro de *Un Derecho contractual Europeo más coherente. Plan de Acción (Doc. 2003/C63/01, DOCE de*

²³ Vid. H.J.SONNENBERGER, “L’harmonisation ou l’uniformisation européenne du droit des contrats sont-elle nécessaires? Quels problèmes suscitent-elles? – Réflexions sur la Communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la Résolution du parlement européen du 15 novembre 2001”, *RCDIPR*, n°91, 2002-3, pp.405-434.

15 de marzo de 2003), mediante la cual la Comisión propuso una serie de medidas, presentó sus conclusiones respecto al proceso de consulta y debate iniciado y sugirió una serie de pautas metodológicas que debían orientar la elaboración de ese marco contractual europeo.

Cabe recordar que en el seno del Consejo Europeo celebrado en Laeken, el 14 y 15 de diciembre de 2001, se planteó ya si tal necesidad de acercar legislaciones no debería dar lugar a un acuerdo sobre la ampliación de la competencia de la UE para legislar en el ámbito del Derecho Privado, así como el cauce o instrumento normativo más idóneo para alcanzar tal objetivo.

En particular, el principio de subsidiariedad opera como guía para determinar cómo deben ejercerse los poderes de la UE y revela la tensión entre la disposición de los Estados miembros a transferir nuevas competencias a la Comunidad y por otro su preocupación ante el hecho de que la Comunidad pueda utilizarlas en detrimento de las preferencias de los Estados individuales. Toda acción normativa Comunitaria debe producir beneficios claros respecto a las acciones legislativas a nivel nacional, y la proporcionalidad exige que las medidas adoptadas por las instituciones Comunitarias no excedan los límites de lo que es apropiado y necesario para alcanzar los objetivos legítimos de la legislación en cuestión, y su actuación se estructura en torno a premisas o parámetros de análisis como el de eficacia comparativa, el de suficiencia y el de su dimensión o alcance.

Posteriormente, la publicación el 11 de julio de 2001 de una *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo*, tuvo como objetivo ampliar el debate sobre el Derecho contractual europeo entre las instituciones políticas de la Unión y los operadores jurídicos. Así, y en el denominado *Libro Verde del Derecho Contractual Europeo (COM-2001 398 final)*, la Comisión plantea las líneas generales de diversas opciones sobre la futura

actuación Comunitaria en el campo del Derecho de los contratos²⁴.

Por su parte, la Comunicación de la Comisión de 15 de marzo de 2003 por la que se establece un Plan de acción de cara al logro de un *Derecho contractual europeo más coherente* incluyó medidas orientadas a aumentar la coherencia del acervo comunitario en este ámbito del Derecho contractual, a promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel Comunitario y a analizar, junto a enfoques o soluciones sectoriales, la posibilidad de elaboración de un instrumento facultativo. La base de todo ese plan de acción radica en la combinación de medidas reglamentarias y no reglamentarias dirigidas a superar los obstáculos y factores disuasorios de las transacciones transfronterizas derivadas de las divergencias de los Derechos contractuales nacionales o de la complejidad jurídica de dichas divergencias.

Y el ciclo se cierra, por el momento, con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de fecha 11 de octubre de 2004, con clara vocación prospectiva, al denominarse “Derecho contractual europeo y revisión del acervo:

²⁴ Sobre el particular, vid. el trabajo de C.VON BAR, O.LANDO, S.SWANN, “Communication on European Contract Law: joint response of the Commission on European Contract law and the study group on a European Civil code”, *Europ.Rev.of Priv.Law*, 2002-2, pp.183-248, que incorpora la respuesta común de ambos grupos de estudio a la Comunicación de la Comisión, y expone las dificultades a que se exponen las empresas y los operadores, y los consumidores en la verificación del derecho privado extranjero y las ramificaciones económicas de la diversidad o pluralidad legislativa para el mercado interno de la UE. El estudio realizado preconiza la elaboración de principios de Derecho patrimonial Europeo, como premisa para una legislación futura, y considera que la mejora de técnica y de calidad del Derecho comunitario es interesante, pero no suficiente para atender a los retos que plantean. La propuesta concluye con un plan por etapas hacia una armonización de los ámbitos troncales del derecho privado, articulado a través de unas medidas orientadas hacia la promoción de un texto no vinculante bajo la forma de *Restatement of European Patrimonial Law*, para posteriormente, tras un estudio de Derecho comparado, dar efecto o materializar el *Restatement* como Derecho dispositivo, a disposición de la autonomía de la voluntad.

perspectivas para el futuro”. Y el escenario queda circunscrito a tres grandes proyectos, que quedan lejos, sin duda, del proyecto originario de elaboración de un Código Europeo de contratos: por un lado, marcar pautas para la elaboración del “Marco común de Referencia (MCR)” para mejorar la coherencia del acervo actual y futuro, junto a planes específicos en materia de política de protección de consumidores.

En segundo lugar, describe las actividades previstas para promover las cláusulas contractuales tipo de ámbito Comunitario, y por último continuar la reflexión sobre la oportunidad de adoptar un instrumento facultativo.

Y la relativa “modestia” de los objetivos propuestos permite apreciar que pare descartada definitivamente la idea o proyecto globalmente unificador del derecho material de Obligaciones y contratos en el seno de la UE. El pretendido *ius commune europeum* queda de esta forma delimitado en cuanto a su extensión, en clave sectorial o fragmentada, como de hecho se ha venido haciendo, en sectores como el bancario, el bursátil, el derecho societario, el de propiedad industrial, protección de consumidores o el Derecho procesal, entre otros.

Este es el camino a seguir: avanzar a través de de desarrollos sectoriales, siendo consciente de las dificultades que plantea marcar unos objetivos de “máximo” en relación a la armonización material, y deberá seguirse con cautela cada paso normativo orientado en esta dirección.

Juan Jose Alvarez Rubio

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO POR LA UNIÓN EUROPEA

I.- INTRODUCCIÓN: EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE ORIGEN COMUNITARIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



Cuarta Jornada Práctica: D. Jose Luís Iriarte Angel Catedrático de la Universidad Pública de Navarra, D. Adrián Celaya (moderador de la sesión) D. Juan José Alvarez Rubio Catedrático de la Universidad del País Vasco.

1.- CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Al abordar el sistema español de Derecho Internacional Privado hay que tener en cuenta tres realidades. La primera es que estamos en un Estado plurilegislativo, en el que conviven varios ordenamientos civiles distintos, lo cual provoca la existencia de conflictos de leyes internos, o interregionales como tradicionalmente se los ha denominado entre nosotros. La segunda realidad es que nuestra incorporación, desde 1986, a la Comunidad Económica Europea, que ahora se articula en la Unión Europea, suscita la existencia de relaciones de tráfico externo puramente intracomunitarias, en las que todos los elementos en presencia se ubican en distintos Estados, todos ellos miembros de la Unión Europea. Finalmente, en un tercer momento podemos apreciar la existencia de relaciones de tráfico externo, que van más lejos de lo comunitario, al estar relacionadas con Estados todos ellos ajenos a la Unión.

Por otro lado, y en relación con lo anterior, hay que tener presente que las normas de Derecho Internacional Privado emanan fundamentalmente de tres sistemas de fuentes. En primer lugar, estarían las emanadas de las fuentes internas de cada ordenamiento, o sea, el Derecho Internacional Privado de origen interno, también llamado autónomo. En un segundo momento, nos encontraríamos ante las normas del Derecho Internacional Privado convencional, es decir las contenidas en tratados internacionales, y que, por tanto, son consecuencia de los acuerdos a los que el Estado llega con otro o más Estados. Por último, existe el denominado Derecho Internacional Privado institucional, que es aquél articulado mediante las normas creadas en virtud de actos de Organizaciones Internacionales en el seno de un proceso de integración económica y política. En el caso de España, este proceso es el que se da dentro de la Unión Europea y que se materializa en el Derecho Internacional Privado de origen comunitario.

La existencia de las tres realidades a las que nos referíamos más arriba en conjunción con los tres ámbitos de producción normativa que ahora se han descrito contribuyen a conformar, como

ha señalado González Campos¹, las distintas estructuras, dimensiones o niveles en los que se articula el sistema español de Derecho Internacional Privado. En efecto, nuestro sistema de Derecho Internacional Privado actúa respecto de conflictos que se presentan en tres contextos diferentes. El primero es el de los conflictos internos o interregionales entre los ordenamientos civiles que conviven dentro de España. En un plano más amplio, se presenta el segundo, que es el de los conflictos intracomunitarios, entendidos por tales los que surgen entre ordenamientos o jurisdicciones de Estados, todos ellos, parte de la Unión Europea. Finalmente, se presenta el tercer contexto o nivel, que es el más extenso geográficamente, y es el de los conflictos de ámbito universal o extracomunitario, que va más allá de los comunitarios, por implicar a ordenamientos de Estados que no son parte de la Unión Europea.

La existencia de estos tres contextos tiene la consecuencia de que el sistema español de Derecho Internacional Privado alcanza un alto grado de complejidad, puesto que no es un sistema único y homogéneo, sino que se presenta dividido en tres subsistemas para hacer frente a las particularidades de cada uno de los citados contextos o niveles.

Cada subsistema se particulariza porque actúa sobre un ámbito distinto, tanto en el marco jurídico, como en el ámbito material o en el alcance espacial. Además, cada uno opera con distintas normas, o por lo menos, parcialmente diferentes. Otro dato característico de los mismos, es que en cada subsistema existe una norma fuerte o fundamental, preponderante respecto de las demás. De esta manera, cada subsistema tiene sus propias particularidades, sus propios condicionantes y un distinto grado de desarrollo.

¹ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de Droit international privé dans le système étatique", en: A. BORRÁS, A. BUCHER, T. STRUYCKEN, M. VERWILGHEN (eds.), *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague, 1996, p. 106.

En el mismo sentido: J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Capítulo IV. Normas de Derecho Internacional Privado", en: M. ALBALADEJO, S. DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1995, T. I, vol. 2, 2ª ed., pp. 12-13.

Esto no obsta para que entre los tres subsistemas existan evidentes interrelaciones. Entre otras cosas porque comparten normas. Pero además, no se puede olvidar que frecuentemente en la práctica pueden darse supuestos en los que los tres planos de actuación se relacionan entre sí. Por otro lado los tres subsistemas son parte de un mismo sistema: el sistema español de Derecho Internacional Privado, por lo que las similitudes e influencias mutuas se hacen evidentes.

2.- PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE ORIGEN COMUNITARIO

Las principales características que definen al Derecho Internacional Privado de origen comunitario son las siguientes. La primera es que la norma fuerte que condiciona y determina todo el subsistema es el Derecho Comunitario entendido en su más amplio sentido, es decir, incluyendo el Derecho originario, el Derecho derivado (Reglamentos y Directivas) y también lo que se ha denominado Derecho complementario², que si bien, como posteriormente veremos, está en retroceso, sin embargo, ha jugado un papel muy relevante al abarcar a textos como el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³, o el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁴. En este subsistema, el Derecho Comunitario condiciona y determina, dentro de su ámbito material, la resolución de los conflictos que atañen a los ordenamientos de los Estados miembros y tiene una proyección mucho más intensa en las relaciones intracomunitarias que en las extracomunitarias. Es decir, estaríamos ante una manifestación del principio de primacía del Derecho Comunitario, tal como lo concibe el Tribunal Constitucional en su Declaración Nº 1/2004,

² G. ISAAC, *Droit communautaire général*, 3ª ed., Paris, 1992, pp. 136-137.

³ DO, Nº 27, de 26 de enero de 1998.

⁴ DO, Nº 27, de 26 de enero de 1998.

de 13 de diciembre⁵, y que también se proyecta al Derecho Internacional Privado, en el sentido de que las normas comunitarias, dentro de su ámbito, priman sobre las de origen interno y las convencionales⁶.

Una segunda característica es que el Derecho Internacional Privado de origen comunitario está conociendo una notable expansión en cuanto a su ámbito material y al número de los instrumentos jurídicos a través de los que se realiza. En efecto, en origen, se centraba en el Derecho patrimonial (*vid.*: el art. 1 del

⁵ Aranzadi RTC, Nº 256. Se afirma en dicha Declaración:

“El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen ...

Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.

... acota la primacía del Derecho de la Unión al ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones europeas. Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una «exigencia existencial» de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados. Las coordenadas que así se establecen para la definición del ámbito de vigencia de este principio son ... determinantes para su entendimiento a la luz de las categorías constitucionales que nos son propias.

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de formación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones ...”.

⁶ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., Granada, 2005, vol. I, p. 32.

Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y el art. 1 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980), si bien es cierto, que desde el principio tuvo vocación de acometer los principales sectores que componen el Derecho Internacional Privado, es decir, competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y ley aplicable. Pero desde finales de los años noventa del pasado Siglo conoce un fenómeno, al que no es ajeno la llamada “comunitarización del Derecho Internacional Privado” a la que posteriormente nos referiremos, consistente en un aumento sensible del número de los textos legales comunitarios que abordan esta materia y también en que se expande su ámbito material a nuevas cuestiones (procedimientos de insolvencia, notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales entre los Estados miembros, obtención de pruebas en el extranjero, etc.), yendo más allá del Derecho patrimonial y entrando en el Derecho de familia, como hizo en su momento mediante el, hoy ya superado, Reglamento (CE) 1347/2000, de 29 de mayo, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en material matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁷. Y todo apunta a que este proceso de expansión va a continuar en el futuro, abarcando a nuevos sectores como situaciones familiares surgidas de relaciones distintas del matrimonio, regímenes matrimoniales y consecuencias patrimoniales de la separación de una pareja no casada, testamentos y sucesiones, etc.⁸.

Por último, una característica importante es que las normas que componen la dimensión comunitaria del sistema tienen su razón de ser y su finalidad en la necesidad de coadyuvar al buen funcionamiento del mercado interior comunitario (*vid.* art. 14 TCE). En efecto, las libertades (libre circulación de mercancías, libre circulación de trabajadores, libertad de establecimiento, libre prestación de servicios y libre circulación de capitales) sobre las que se articula dicho mercado favorecen la multiplicación de las relaciones y los litigios de tráfico externo. Esta realidad obliga a crear los

⁷ DO, L 160, de 30 de junio de 2000, p. 19.

⁸ *Vid.*: la Comunicación del Consejo sobre “Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, DO, C 12, de 15 de enero de 2001, p. 1.

instrumentos jurídicos para hacer frente a la misma, tales instrumentos consisten fundamentalmente en una adecuada normativa en lo que se refiere a los conflictos de leyes, los conflictos de jurisdicciones, la cooperación judicial internacional y otras particularidades que plantean los litigios transfronterizos. Pero además es menester que las normas de Derecho Internacional Privado no sean obstáculo a la materialización de las citadas libertades comunitarias. Por otro lado, la puesta en marcha del mercado interior ha hecho necesario que se hayan dictado ciertos Reglamentos y Directivas para la unificación y armonización de los ordenamientos, y, en ocasiones, se ha precisado incluir en las citadas disposiciones normas delimitando su ámbito de aplicación. En consecuencia es fundamental interpretar y aplicar las normas que componen este subsistema de acuerdo con los objetivos del mercado interior y en clave concordante con las libertades sobre las que se articula el mismo⁹.

3.- REFERENCIA A LA CUESTIÓN DE LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA

Llegados a este punto es inevitable hacer una breve referencia a la relación entre la armonización del Derecho material y la armonización del Derecho Internacional Privado en el seno de la Unión Europea¹⁰. La primera ya ha sido objeto de una ponencia dentro de estas Jornadas, y por lo tanto no me voy a extender en cuanto a su contenido y alcance, pero es indiscutible que ha alcanzado unos importantes logros y todo apunta a que en el futuro, previsiblemente, se va a ampliar el radio de sus realizaciones. Ante esta situación surge

⁹ L. G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation", *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1993, pp. 401-424. ID, "Libre circulation dans la CE et règles de conflit", en: P. LAGARDE, B. VON HOFFMANN (eds.), *L'eupéanisation du droit international privé. Vol. 8 Série de Publications de l'Académie de Droit Européen de Trèves*, Köln, 1996, pp. 87 y ss.

¹⁰ La relación entre Derecho material uniforme y Derecho Internacional Privado es una cuestión clásica, que trasciende al ámbito comunitario; *vid.* por todos: F. MALINTOPPI, "Les rapports entre Droit uniforme et Droit international privé", *R. des C.*, 1965-III, pp. 9 y ss.

la duda de si la armonización del Derecho Internacional Privado en el ámbito comunitario no se va a ver perjudicada o restringida por la armonización del Derecho material. En este sentido pudiera pensarse que si se avanza mucho en esta última no es necesario profundizar excesivamente en la primera, puesto que en un régimen de integración, como el que ahora nos ocupa, armonización material y armonización conflictual pueden parecer términos antagónicos y el desarrollo de uno parece significar el retroceso del otro¹¹.

Sin embargo, es menester ponderar la cuestión en sus justos términos. La realidad demuestra que la armonización del Derecho Privado tiene sus límites y dificultades y que es ilusorio pretender una armonización total del mismo¹². La propia historia

¹¹ Sobre los términos actuales de este debate, *vid.* por todos: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Diritto Privato Uniforme e Diritto Internazionale Privato”, en: P. PICONE, *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Padova, 2004, pp. 33 y ss., especialmente pp. 56 y ss.

¹² Sobre tales límites y dificultades véase entre otros: V. ZENO-ZENCOVICH, “Il modo di formazione della legislazione europea di Diritto privato: un laboratorio comparatistico”, en: R. PARDOLESI (ed.), *Saggi di Diritto privato europeo: persona proprietà contratto responsabilità civile private*, Napoli, 1995, pp. 9 y ss. G. BELLANTUONO, “Diritto comunitario e Diritto dei contratti: armonizzazione o diversificazione?”, *Id.*, pp. 81 y ss. K. D. KERAMEUS, “Procedural Harmonization in Europe”, *A.J.C.L.*, 1995, pp. 401-416. G. BROGGINI, “Conflitto di leggi, armonizzazione e unificazione nel Diritto europeo delle obbligazioni e delle imprese”, *R.D.I.P.P.*, 1995, pp. 241-264. S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho privado europeo*, Granada, 2002, pp. 202 y ss. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho Civil”, en: S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, pp. 129 y ss. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Derecho Internacional Privado y Derecho Privado Europeo”, *Ibidem*, pp. 157 y ss. N. SCANNICCHIO, “Criterios y dificultades para la unificación del Derecho Privado Europeo: impacto del Derecho Comunitario en los ordenamientos internos”, en: S. SÁNCHEZ LORENZO, M. MOYA ESCUDERO, (eds.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho Privado en Europa*, Madrid, 2003, pp. 207 y ss. M. L. PALAZÓN GARRIDO, “Importancia de la tensión *Civil Law – Common Law* en la elaboración de los principios de Derecho contractual europeo”, *Ibidem*, pp. 293 y ss. G. BENACCHIO, *Diritto Privato della Comunità Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 1998. J. L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, “La propuesta de un Código europeo de contratos del *Convengo di Pavia* vista desde España”, en: J. M. DÍAZ

de muchos Estados, y España es un buen ejemplo de esto, demuestra que el Derecho Privado está muy arraigado en la vida social y tiende a pervivir con gran persistencia. De hecho, en el seno de la Unión Europea se ha desistido de llevar el proceso armonizador hasta sus últimas consecuencias. Se puede decir que la idea imperante es que la armonización material debe llegar hasta donde sea necesario para eliminar las disparidades nacionales que inciden en el buen funcionamiento del mercado interior, sin olvidar los objetivos propuestos en el art. 95.3 TCE (antiguo art. 100.A.3) de garantizar unos altos niveles de protección de la salud, la seguridad, el medio ambiente y los consumidores¹³. Cubiertos estos objetivos, se puede prescindir de la armonización material del Derecho privado, puesto que por lo demás, el mercado interior puede funcionar sin que ésta sea absoluta. En este sentido, hay que acudir al principio de subsidiariedad, según el cual las decisiones y las normas deben ser adoptadas y dictadas al nivel más adecuado para elaborarlas. Por otro lado, algunos autores han puesto énfasis en la circunstancia de que la existencia de diversos ordenamientos distintos dentro de la Unión Europea puede tener efectos positivos al dar paso a la competencia entre ordenamientos¹⁴. De manera que los diferentes sistemas legales se convierten en un elemento más de competencia dentro del mercado, teniendo los sujetos que operan en el mercado la posibilidad de actuar bajo el ordenamiento que les parece más idóneo y les reporta más ventajas.

Ciertamente, se pudiera decir en contra que de esta manera se propicia la competencia en detrimento de la seguridad jurídica, pero esto no es verdad, ya que las personas intervinientes, recurriendo a la autonomía de la voluntad, al designar el ordenamiento aplicable, introducen previsibilidad y seguridad en

FRAILE (coord.), *Estudios de Derecho europeo privado*, Madrid, 1994, pp. 187 y ss. U. DROBNIG, "Private Law in the European Union", *Forum internationale*, Nº 22, September 1996, pp. 15 y ss. N. SCANNICCHIO, "Il Diritto Privato europeo nel sistema delle fonti", en: N. LIPARI, *Diritto Privato Europeo*, 2ª ed, Padova, 2003, vol. I, pp. 29 y ss.

¹³ A. MATTERA, *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Madrid, 1991, p. 191.

¹⁴ Por todos: N. REICH, "Competition between Legal Orders: a new Paradigm of EC Law", *Comm. M. L. Rev.*, 1992, pp. 861-896.

las soluciones. En este mismo orden de cosas es necesario poner coto al mito de que un mercado muy integrado jurídicamente es muy eficaz. El ejemplo de los Estados Unidos de América pone de manifiesto que un mercado que se asienta sobre una pléyade de particularidades jurídicas es tremendamente eficaz. Tampoco se puede decir que siempre la disparidad de ordenamientos entre Estados miembros falsea la competencia y es un obstáculo a la libre circulación de mercancías, pues como sostuvo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 24 de enero de 1991 (asunto C-339/89. Alsthom Atlantique S A contra Compagnie de construction mécanique Sulzer S A)¹⁵, las partes de un contrato de compraventa internacional son libres de determinar la ley aplicable al contrato evitando así los perjuicios que se pueden derivar de un concreto ordenamiento.

Por todo lo expuesto tenemos que coincidir con el Prof. González Campos cuando afirma que no hay una contradicción entre Derecho Privado uniforme y Derecho Internacional Privado, si no que todo apunta a que debe existir una relación de complementariedad. Y más cuando previsiblemente en el ámbito contractual las normas uniformes van a ser de carácter facultativo, pudiendo las partes acudir a ellas si lo estiman oportuno. Realmente este tipo de disposiciones no son una auténtica alternativa al Derecho Internacional Privado¹⁶.

II.- LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA EVOLUCIÓN DE LA TÉCNICA NORMATIVA

Como afirma la Profesora A. Borrás, la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam, que modificó el TCE en su versión entonces vigente, "... en el ámbito del Derecho internacional privado, supone el cambio más importante que se ha producido en todo este siglo, pues implica el inicio de lo que puede denominarse la plena «comunitarización» de esta materia en el ámbito europeo, pasando de ser una competencia estatal, ejercida

¹⁵ *Rec.*, 1991-1, pp. 107 y ss.

¹⁶ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto Privato ...", pp. 59 y ss.

a través de normas internas o normas convencionales, a una competencia comunitaria, actuando mediante actos de Derecho derivado, a lo que podría denominarse el nuevo Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”¹⁷.

Pero esta realidad es la culminación, por el momento, de un largo proceso que se inicia con el propio nacimiento de la CEE. Ya el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad, en su art. 220 (actual art. 293 TCE), propiciaba que los Estados miembros entablasen negociaciones encaminadas a la elaboración de Convenios internacionales reguladores de problemas típicos del Derecho Internacional Privado. Frutos reales de las previsiones del art. 220 fueron, junto con otros trabajos que hoy podemos considerar fracasados¹⁸, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y al margen de lo expresamente previsto en el citado precepto el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980.

Posteriormente, tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, se continuó en la línea de elaborar Convenios de Derecho Internacional Privado sustentados en la base jurídica del art. 220 o en la del entonces nuevo art. K.3¹⁹. Así, se realizaron

¹⁷ A. BORRÁS, “Derecho Internacional Privado y Tratado de Amsterdam”, *REDI*, 1999, p. 383. Sobre este fenómeno *vid.* también: PH. E. PARTSCH, *Le droit international privé européen de Rome à Nice*, Bruxelles, 2003. J. BASEDOW, “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, en: P. BORCHERS, J. ZEKOLL (eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, 2001, pp. 175 y ss. K. SIEHR, “European Private International Law and Non-European Countries”, *Ibidem*, pp. 289 y ss. H. GAUDEMET- TALLON, “Quel Droit International Privé pour l’Union Européenne?”, *Ibidem*, pp. 319 y ss. K. BOELE-WOELKI, “Unification and Harmonization of Private International Law in Europe”, en: J. BASEDOW, I. MEIER, A. K. SCHNYDER, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, pp. 61 y ss. F. POCAR, “La comunitarizzazione del Diritto Internazionale Privato: una «European Conflict of Laws Revolution?»”, *RDIPP*, 2000, pp. 873 y ss. CH. KOHLER, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam”, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1999, pp. 1 y ss.

¹⁸ PH. E. PARTSCH, *Le droit ...*, pp. 58-62.

¹⁹ A. BORRÁS, “Derecho Internacional ...”, pp. 388 y ss. Ph. E. PARTSCH, *Op. cit.*, pp. 67 y ss.

textos convencionales sobre notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes o sobre procedimientos de insolvencia. Ninguno de estos documentos llegó a entrar en vigor. Lo cual puso de relieve una vez más las dificultades específicas de la técnica convencional²⁰. La preparación y entrada en vigor de un Convenio de Derecho Internacional Privado se encuentra con una serie de problemas que también se han hecho patentes en el ámbito comunitario. Así, someramente podemos enumerar en primer lugar, las dificultades referentes a la concreta elaboración de los instrumentos internacionales (delimitación de las cuestiones a tratar, forma de trabajo, etc.) y a la propia participación e influencia de cada Estado en la tarea codificadora. En un segundo momento surgen los inconvenientes directamente relacionados con la asunción del Convenio por cada Estado. En este sentido, hay que tener presente que la ratificación de un Tratado es una decisión política en la que se ponderan muy diversos intereses generales y particulares. Finalmente, a la hora de aplicar los Convenios por parte de las autoridades estatales reviste especial interés el problema de la posible falta de interpretación uniforme de los textos convencionales, con lo que se anula, por lo menos parcialmente, el efecto unificador que con los mismos se pretende. Para evitar este inconveniente, en el seno de la CEE, hubo que hacer un esfuerzo adicional consistente en la elaboración respecto del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, del Protocolo de Luxemburgo, de 3 de junio de 1971, relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades del citado Convenio²¹; y respecto del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 se prepararon dos Protocolos, hechos en Bruselas el 19 de

²⁰ A. VON OVERBECK, "L'application par le juge interne des conventions de droit international privé", *R des C*, 1971-I, pp. 1-106. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. T. IV. Derecho Civil y Derecho Público*, Madrid, 1996, pp. 5277 y ss. A. L. CALVO CARAVACA, "Las fuentes del Derecho Internacional Privado", *R.G.D.*, 1986, pp. 5077 y ss.

²¹ Vid. nota 3.

diciembre de 1988, el Primero relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de Roma, y el Segundo por el que se atribuyen al Tribunal de Justicia determinadas competencias en materia de interpretación del Convenio de Roma²². De esta manera, mediante el mecanismo de la cuestión prejudicial, se procuraba una interpretación uniforme de los Convenios de Bruselas y Roma.

El cambio de esta situación previa se va a propiciar con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Este introduce en el TCE un nuevo Título IV (arts. 61 a 69), titulado “*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*”. El art. 61 establece que:

“A fin de establecer progresivamente un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, el Consejo adoptará:

...

c) medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, de conformidad con el artículo 65.

...”

Por su parte, el art. 65 dice:

“Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

a) mejorar y simplificar:

-el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;

-la cooperación en la obtención de pruebas;

-el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;

b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;

²² BOE de 8 de octubre de 2004.

c) *eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros*".

El nuevo Título IV, y especialmente sus arts. 61 y 65, tiene importantes consecuencias desde la perspectiva de la técnica normativa. Siguiendo a A. Borrás²³, podemos destacar las siguientes. La primera consiste en que se mantiene "la dualidad de bases jurídicas" a la hora de elaborar las normas de Derecho Internacional Privado comunitario, en el sentido de que por un lado permanece la posibilidad de acudir a redactar convenios en base al art. 293 (antiguo 220) TCE, y por otro lado, cabe recurrir a actos de Derecho derivado amparados en los nuevos arts. 61, 65 y 67 TCE²⁴. Sin embargo, en la práctica se ha optado, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, por esta última técnica.

²³ A. BORRÁS, "Derecho Internacional ...", pp. 393 y ss.

²⁴ Llegados a este punto es menester hacer dos puntualizaciones importantes. En primer lugar que los arts. 94 (antiguo art. 100), 95 (antiguo art. 100A) y 308 (antiguo art. 235) TCE pueden ser la base jurídica para dictar normas de Derecho derivado encaminadas al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, y en ocasiones dichas normas contienen disposiciones de Derecho Internacional Privado (PH. E. PARTSCH, *Le droit ...*, pp. 238 y ss.). En este sentido hay que tener presente en segundo lugar, que ya desde hace años en el ámbito comunitario se ha dado una armonización puntual de algunos aspectos del Derecho Internacional Privado mediante el Derecho derivado. Jayme y Kohler clasificaron estas disposiciones en tres grandes grupos. El primero sería el de las normas destinadas a facilitar la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento (*ad ex.*: las Directivas en materia de seguros). En segundo lugar nos encontraríamos con las normas encaminadas al establecimiento y funcionamiento del mercado interior que se fundamentan en el actual art. 95 TCE (antiguo 100 A), como son por ejemplo, entre otras, la Directiva 93/7 de 15 de marzo de 1993 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (*DO*, L 74 de 27 de marzo de 1993) o la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (*DO*, L 95 de 21 de abril de 1993). Finalmente, el tercer grupo sería el de los actos necesarios para lograr un objetivo de la Comunidad sin que el TCE haya previsto los poderes de acción, y que se fundamentan en el art. 308 TCE (antiguo art. 235), como por ejemplo el Reglamento 40/94 de 20 de diciembre de 1993 sobre la marca comunitaria (*DO*, L 11 de 14 de enero de 1994). E. JAYME, CH. KOHLER, "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne

Adoptada la decisión de recurrir a los actos de Derecho derivado, surge en un segundo momento el problema de determinar si se va a actuar mediante reglamentos o directivas. Hasta el momento ha habido una clara opción por los reglamentos. Así, nos encontramos con el Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁵; el Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, que regula los procedimientos de insolvencia²⁶; el Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, referente a competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que deroga al Reglamento (CE) 1347/2000²⁷; el Reglamento (CE) 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil²⁸; el Reglamento (CE) 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, referente a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil²⁹ y el Reglamento (CE) 805/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados³⁰.

La opción por los reglamentos queda claramente justificada si tenemos en cuenta las ventajas que encierra; como son³¹: que así se garantiza la unificación absoluta de las

et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1995, pp. 5 y ss. Es menester tener presente que las normas citadas han sido objeto posteriormente de diversas reformas, pero continúan sirviendo perfectamente para ejemplificar los grupos de normas a los que nos referíamos.

²⁵ DO, L 12 de 16 de enero de 2001; rect. DO, L 307 de 24 de noviembre de 2001 y DO, L 176 de 5 de julio de 2002.

²⁶ DO, L 160 de 30 de junio de 2000; rect. DO, L 176 de 5 de julio de 2002.

²⁷ DO, L 338 de 23 de diciembre de 2003.

²⁸ DO, L 160 de 30 de junio de 2000.

²⁹ DO, L 174 de 27 de junio de 2001.

³⁰ DO, L 143 de 30 de abril de 2004.

³¹ A. BORRÁS, “Derecho Internacional ...”, p. 395.

disposiciones, lo cual redundaría en la seguridad jurídica, también se favorece la entrada en vigor simultánea en todos los Estados miembros³², y se facilita la interpretación uniforme con carácter prejudicial en base a los arts. 68 y 234 TCE. Además, los reglamentos actúan con más rapidez y eficiencia que las directivas, con lo que es más fácil abordar su reforma y actualización. En este sentido son un buen ejemplo las modificaciones introducidas como consecuencia de la ampliación de la Comunidad, o la derogación del Reglamento (CE) 1347/2000 por el Reglamento (CE) 2201/2003, que a su vez ha sido rápidamente modificado puntualmente por el Reglamento (CE) 2116/2004, de 2 de diciembre³³, o la modificación de los Anexos A, B y C del Reglamento (CE) 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, por el Reglamento (CE) 603/2005, de 12 de abril³⁴.

No obstante, pese a las indudables ventajas de los reglamentos, ocasionalmente se ha recurrido a las directivas, como es el caso de la Directiva 2003/8/CE, de 27 de enero, del Consejo, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la

³² Si bien hay que recordar que el Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda que figura en el anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Protocolo sobre la posición de Dinamarca que figura en el anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea permiten a dichos Estados adoptar una posición particular, que en distintas ocasiones ha sido empleada por Dinamarca para mantenerse al margen de la aprobación de diversos Reglamentos. No obstante, parece que la actitud de este último país empieza a cambiar como lo ponen de relieve dos recientes Decisiones del Consejo. Me refiero a la Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DO*, L 299 de 16 de noviembre de 2005) y a la Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*DO*, L 300 de 17 de noviembre de 2005).

³³ *DO*, L 367 de 14 de diciembre de 2004.

³⁴ *DO*, L 100 de 20 de abril de 2005.

justicia gratuita para dichos litigios³⁵, que ha sido incorporada en nuestro ordenamiento mediante la Ley 16/2005, de 18 de julio³⁶, adicionando un nuevo Capítulo VIII a la Ley 1/1996, de 10 de enero, reguladora de la asistencia jurídica gratuita³⁷.

Por lo que se refiere a su ámbito material el art. 65 TCE atribuye una amplia competencia al Consejo, ya que le permite actuar en tres importantísimos sectores³⁸. El primero es el referente a mejorar y simplificar el sistema de notificación y traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, cooperación en la obtención de pruebas en el extranjero y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales. Como ya hemos visto, este es el sector que tiene más tradición y en el que se han alcanzado logros mayores y más efectivos. Un segundo campo material en el que se debe actuar es el que se refiere a fomentar la compatibilidad de las normas sobre conflicto de leyes y de jurisdicción de los Estados miembros. Esta es una novedad que aparece por vez primera en el TCE, aunque ya con anterioridad la Comunidad había trabajado sobre competencia judicial y sobre conflicto de leyes. Ámbito este último que encierra una gran potencialidad de futuro. Finalmente, el tercer sector es el atinente a la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, en tanto sea necesario, la compatibilidad de las normas de procedimientos civiles aplicables en los Estados miembros.

III.- LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE ORIGEN INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

Como dato de partida hay que tener en cuenta que la armonización comunitaria del Derecho Internacional Privado es limitada y que, por lo tanto, cada Estado miembro establece en

³⁵ DO, L 26 de 31 de enero de 2003; rect. DO, L 32 de 7 de febrero de 2003.

³⁶ BOE de 19 de julio de 2005.

³⁷ BOE de 12 de enero de 1996.

³⁸ A. BORRÁS, "Derecho Internacional ...", pp. 399 y ss. PH. E. PARTSCH, *Le droit ...*, pp. 293 y ss.

gran medida su propio sistema normativo para regular el tráfico externo, sin embargo no podemos olvidar que el Derecho de la Unión Europea incide sobre todo el sistema de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros. Esta incidencia se manifiesta en distintos niveles de importancia y con diferentes grados de intensidad, que van desde la pura necesidad de conformidad al Derecho Comunitario al mero influjo o influencia³⁹.

En primer lugar, todo el Derecho Internacional Privado de un Estado miembro debe estar, al igual que el resto del ordenamiento, de conformidad con el Derecho Comunitario, es decir, no debe oponerse a las obligaciones que de éste se derivan. En concreto, debe respetar dos principios fundamentales que son: el no interponer obstáculos al buen funcionamiento del mercado interior y la no discriminación a los nacionales de los otros Estados miembros en lo que se refiere a las obligaciones derivadas del Derecho Comunitario y, especialmente, en cuanto al disfrute de las libertades comunitarias⁴⁰. En este sentido se pueden aducir varios ejemplos. Pero puede bastar con dos extraídos de la

³⁹ *Inter alios*: J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario", *RIE*, 1990, pp. 785 y ss. M. DESANTES REAL, "La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho Comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho Internacional Privado", *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz*, 1993, pp. 53 y ss. F. RIGAUD, "Droit International Privé et Droit Communautaire", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 341 y ss. W. H. ROTH, "Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht", *RebelsZ*, 1991, pp. 623 y ss. A. V. M. STRUYCKEN, "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *R des C*, 1992-I, pp. 261 y ss. S. BARIATTI, "Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul Diritto Internazionale Privato Comunitario", *RDIPP*, 2003, pp. 671 y ss. M. FALLON, "Les Conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté Européenne", *R. des C.*, 1995, vol. 253. D. LEFRANC, "La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé)", *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2005, pp. 413 y ss.

⁴⁰ *Vid.* entre otras las siguientes sentencias del TJCE: 2 de diciembre de 1997 (asunto C-336/94. *Rec.*, 1997-I, pp. 6761), 30 de marzo de 1993 (asunto C-

realidad. El primero hace referencia a las discriminaciones respecto de los extranjeros que frecuentemente aparecen, y sobre todo aparecían, en el Derecho Procesal Comparado. Sobre este punto la jurisprudencia comunitaria ha dicho que la exigencia de la caución de arraigo en juicio a un demandante establecido en otro Estado miembro es contraria a la libre prestación de servicios y al principio de no discriminación consagrado en el art. 12 (antiguo art. 6) TCE⁴¹. Igualmente, la jurisprudencia comunitaria ha sostenido que la imposición de embargos preventivos no es admisible cuando es contraria al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad recogido en el citado precepto⁴². Un segundo ejemplo lo podemos encontrar en el problema de la definición de la nacionalidad de los buques; a este respecto, el Tribunal de justicia ha dicho, que si bien es una materia reservada a los Estados la de definir cuando un buque puede ostentar su bandera y, por lo tanto, tener su nacionalidad, sin embargo, esto lo debe hacer de una manera que no sea contraria a las libertades comunitarias, de tal manera que no puede someter el abanderamiento de buques en su territorio a condiciones o requisitos que impidan la libertad de establecimiento tal como la concibe el Derecho europeo⁴³.

168/91. *Rec.*, 1993-I, pp. 1191 y ss.), 5 de noviembre de 2002 (asunto C-208/00. *Rec.*, 2002-I, pp. 9919 y ss.), 9 de marzo de 1999 (asunto C-212/97. *Rec.*, 1999-I, pp. 1459), 2 de octubre de 2003 (asunto C-148/02. *Rec.*, 2003-I, pp. 11613 y ss.), 30 de septiembre de 2003 (asunto C-167/01. *Rec.*, 2003-I, pp. 10155 y ss.), 9 de septiembre de 2004 (asunto C-70/03. *Rec.*, 2004-I, pp. 7999 y ss.).

⁴¹ Sentencia de 1 de julio de 1993. Asunto Hubbard c. Hamburger (*Rec.*, 1993-I, pp. 3777 y ss.). M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "La *cautio iudicatum solvi* a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 1993 en el caso Hubbard/Hamburger", *B.I.M.J.*, 1993, pp. 5310 y ss.

⁴² Sentencia de 10 de febrero de 1994. Asunto Mund & Fester (*Rec.*, 1994-I, pp. 467 y ss.). J. VAN DOORN, "La progresiva comunitarización del Convenio de Bruselas (Comentario a la sentencia del TJCE de 10 de febrero de 1994, as. C-398/92, Firma Mund & Fester c. Firma Hatrex International Transport)", *R.I.E.*, 1994, pp. 967 y ss. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, I. HEREDIA CERVANTES, "El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentencia TJCE de 10 de febrero de 1994", *G.J.C.E.E.*, abril 1995, pp. 41 y ss.

⁴³ Asunto Factortame II, sentencia de 25 de julio de 1991. J. L. IRIARTE ÁNGEL, "Empresas pesqueras conjuntas y Derecho Comunitario: comentario al Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de

Alcanzada la conformidad del Derecho Internacional Privado de origen interno con el Derecho Comunitario, en un segundo momento o en un nivel posterior, es preciso adaptar la aplicación del Derecho material reclamado por las normas de conflicto de un Estado miembro a los principios emanados del ordenamiento comunitario. En este sentido, hay que ser conscientes de que instituciones como el fraude a la ley o el orden público deben ser aplicadas en clave comunitaria. De este modo si, por ejemplo, hablamos del orden público, junto con el orden público interno y el internacional tenemos que ponderar la existencia del orden público comunitario, que opera en defensa de los principios básicos del Derecho Comunitario⁴⁴.

En un tercer nivel, se encuentran aquellos casos en los que, si bien no es imperativo el acomodar el Derecho Internacional Privado de origen interno al Derecho Comunitario, sin embargo es útil y aconsejable dictar disposiciones nacionales para complementar en el Derecho estatal las normas de origen comunitario, de manera que así sea más operativa su aplicación. Un claro ejemplo de este supuesto lo encontramos en la incorporación de España al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968; este Convenio introdujo en nuestro Derecho importantes novedades, sobre todo en lo que se refiere al reconocimiento y la ejecución de las decisiones extranjeras (atribución de competencias a los Juzgados de Primera Instancia, el que la decisión de estos sea recurrible en Apelación ante la Audiencia Provincial, el posterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo, etc.); el instrumentar estas novedades en nuestro Derecho fue difícil, puesto que nuestras leyes procesales respondían a otras concepciones. En relación con esto hubiese sido deseable y bueno, aunque no era obligatorio, que el legislador español hubiese dictado las normas precisas para adaptar nuestro Derecho Procesal entonces vigente a las novedades introducidas por el Convenio de Bruselas, así hubiese hecho más

octubre de 1989”, *Actualidad Civil*, 1990, pp. 511 y ss. Id. “Empresas pesqueras conjuntas y Derecho comunitario. Comentario a la STJCE de 25 de julio de 1991” *La Ley C. E.*, 27 de marzo de 1992, pp. 3 y ss.

⁴⁴ I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *RIE*, 1993, pp. 901 y ss.

fácil su aplicación y mayor su operatividad⁴⁵. Incluso posteriormente hay que entender en esta línea la reforma operada en los arts. 56.4 y 85 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, y la consecuente reforma del art. 955 del RD de 3 de febrero de 1881, que aprobaba nuestra anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, por la L. 62/2003, en cuanto a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras.

Finalmente, en un cuarto estadio, hay que considerar la influencia que el Derecho Internacional Privado de origen comunitario ejerce sobre el legislador o la jurisprudencia nacionales. En general, hasta la fecha, las normas comunitarias de Derecho Internacional Privado han merecido una crítica bastante positiva por su alto grado de corrección técnica y por su elevada adaptación a las necesidades reales del tráfico externo. Por esto no debe parecer raro que el legislador o el juzgador, a la hora de abordar los problemas de tráfico externo, se inspiren en las soluciones comunitarias, aunque sea puramente en el plano del Derecho Comparado. De hecho en España, el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se inspiró en el Convenio de Bruselas cuando aún no éramos miembros de la Comunidad. Pero, cuando se trata de un país miembro de la Unión Europea la influencia del Derecho Internacional Privado de origen comunitario debe ser especialmente patente, aunque sólo sea por un principio de coherencia legislativa. No es razonable, y ni tan siquiera bueno que, al margen de sus obligaciones comunitarias, el Legislador establezca unas soluciones radicalmente distintas para su Derecho Internacional Privado de origen interno. Lo lógico y lo deseable es que la influencia de las soluciones comunitarias se manifieste en

⁴⁵ Una solución propuesta por la doctrina fue que el legislador español, siguiendo el ejemplo de la Ley alemana de 30 de mayo de 1988, dictase una Ley especial que regulase todas las cuestiones procesales que planteaba la aplicación del Convenio de Bruselas. F. GARAU SOBRINO, "Artículo 32", en: A. L. CALVO CARAVACA (ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, p. 544.

todo el sistema⁴⁶. En el ordenamiento español ya existen claros ejemplos en este sentido, así, por citar uno relativamente reciente, podemos recordar que los arts. 200 y siguientes de la Ley Concursal, de 9 de julio de 2003⁴⁷, se inspiran directamente, a veces literalmente, en el articulado del Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, que regula los procedimientos de insolvencia⁴⁸.

IV.- DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO Y CONFLICTOS DE LEYES INTERNOS

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de los Estados plurilegislativos se presenta de formas muy variadas en Europa⁴⁹. En efecto, el alcance y contenido material de los distintos ordenamientos que conviven dentro de un mismo Estado, las diferencias de los condicionantes

⁴⁶ La doctrina ha puesto de manifiesto la existencia de una cierta tendencia en la jurisprudencia comparada a recurrir a las llamadas normas narrativas; entre ellas estaría por ejemplo, el recurso a convenios internacionales no vigentes o a otras normas supranacionales no directamente aplicables cuyas soluciones pueden orientar la labor del juzgador actuando como *ratio scripta* (S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado", *REDI*, 1994, pp. 582-584). Lógicamente, el papel de las normas narrativas como *ratio scripta* es especialmente relevante cuando se articulan dentro de una de las que hemos considerado como normas fuertes. Este es el caso del Derecho Comunitario para los Estados miembros de la Unión Europea.

⁴⁷ Ley 22/2003. BOE de 10 de julio de 2003. Dice en su Exposición de Motivos: "La Ley Concursal contiene unas normas de derecho internacional privado sobre esta materia, que siguen, con las convenientes adaptaciones, el modelo del Reglamento (CE) nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Así, se facilita la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que están fuera de este ámbito".

⁴⁸ Para un tratamiento más pormenorizado de este influjo y sus límites y excepciones: E. TORRALBA MENDIOLA, M. A. AMORES CONRADI, "Comentario al Título IX", en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, 2004, vol. II, pp. 2022 y ss.

⁴⁹ A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International Privé actuel", *R. des C.*, 1994-V, pp. 161 y ss.

constitucionales⁵⁰ y las realidades sociológicas y jurídicas de cada país hacen que no podamos hablar de una manera unívoca de la cuestión de los Estados plurilegislativos en Europa. Por consiguiente, vamos a abordar este problema desde la perspectiva del sistema español.

Es indudable que la enorme potencialidad del art. 65 TCE puede afectar en el futuro seriamente a este sector. Sobre todo, si Europa avanza decididamente en lo que se refiere a “*fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes ...*” (art. 65.b) TCE). Como afirma la doctrina, “... el camino iniciado tras el Tratado de Amsterdam conduce a nuevas consideraciones. El cambio de las estructuras puede conducir a una modificación en lo que se refiere a la autonomía legislativa respecto a la plurilegislación. Desaparecidas las fronteras entre los Estados, no existiría razón alguna para que un conflicto de leyes entre sus ordenamientos jurídicos sea diferente de un conflicto puramente interno, de tal forma que podríamos encontrarnos frente un nuevo Derecho internacional privado, más próximo al Derecho interlocal o al Derecho interregional, cuya experiencia podría incluso ser utilizada como fuente de inspiración para su desarrollo”⁵¹. Actualmente esta afirmación es más una prospección de futuro que la constatación de una realidad presente, sin embargo, es indudable que ya no se puede omitir la perspectiva comunitaria en el tratamiento de los conflictos internos.

2.- LA DIMENSIÓN ECONÓMICA DE LA PLURILEGISLACIÓN

Un primer problema que se plantea es el referente a la “dimensión económica de la plurilegislación en el contexto europeo”⁵². En ocasiones, los entes políticos subestatales tienen

⁵⁰ J. L. IRIARTE ÁNGEL, “Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil”, *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil vasco*, Bilbao, 1999, pp. 39 y ss.

⁵¹ A. BORRÁS, “Derecho internacional ...”, p. 402.

⁵² A. BORRÁS, *Ibidem*, pp. 402 y ss.

competencia para dictar normas de intervención para dirigir y ordenar la economía⁵³. A este respecto hay que tener en cuenta que, desde la entrada en vigor del Acta Única Europea, la unidad del mercado no sólo opera en el plano nacional, sino también en el plano de la Unión Europea, produciéndose aquí un entrecruzamiento de la dimensión interna del sistema con la dimensión comunitaria. En efecto, el art. 14.2 TCE (antiguo art. 7A) dice que *“El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”*. Sin necesidad de un estudio más pormenorizado, hay que retener que las obligaciones que se derivan de la construcción del mercado único europeo atañen también a las Comunidades Autónomas. Sobre este último punto hay que destacar dos aspectos: en primer lugar que las Comunidades Autónomas no son ajenas al proceso de armonización del ordenamiento, previsto en los arts. 14 y ss. y 94 y ss. TCE, preciso para articular el mercado único, de tal

⁵³ Hay que tener presente que la realidad de que las Comunidades Autónomas, dentro de su marco competencial, pueden legislar en una serie de materias de Derecho Público puede dar lugar, en principio, a que se susciten conflictos de leyes internos al margen del Derecho Civil, y en concreto en el ámbito del Derecho Público económico. El tratamiento de esta problemática desborda los límites de este trabajo, pero de una manera sintética podemos decir, siguiendo a González Campos, que las disposiciones autonómicas pueden ser sometidas a un doble control constitucional: en cuanto a su ámbito espacial de aplicación y en lo que se refiere a sus efectos en el espacio. Este control contribuye a prevenir o eliminar los posibles conflictos de leyes que hipotéticamente pudieran surgir. En todo caso, se trata de un control puramente competencial aplicando los parámetros constitucionales, por lo que no cabe recurrir en dicho control a las normas de conflicto contenidas en el Código Civil, las cuales, como expresamente afirma el texto legal, están destinadas a solventar los conflictos que se plantean entre las distintas legislaciones civiles españolas, y no entre leyes de otra naturaleza. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El marco constitucional de los conflictos internos en España”, en: HOMMELHOFF/JAYME/MANGOLD (dirs.), *Europäischer Binnenmarkt IPR und Rechtsangleichung*, Heidelberg, 1995, pp. 7-34. También sobre este problema: L. GARAU JUANEDA, “Comunidades Autónomas y Derecho Interregional”, *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho Internacional*, Santiago de Compostela, 1982, pp. 111 y ss. A. ARCE JANARIZ, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, 1987.

manera que deben legislar dentro de sus competencias en orden a ese proceso armonizador⁵⁴.

En segundo lugar, las Comunidades Autónomas no pueden dictar normas ni desarrollar prácticas administrativas contrarias a las libertades comunitarias, pudiendo únicamente limitar tales libertades en los supuestos y en las formas previstas por el Derecho comunitario. De este modo, si nos referimos, por ejemplo, al sector de la libre circulación de mercancías, tenemos que admitir que una disposición autonómica restrictiva de esa libertad, al margen de las excepciones previstas por el propio ordenamiento comunitario⁵⁵, debe ser reputada como una medida

⁵⁴ Sobre este problema en general: I. LASAGABASTER HERRARTE, *El ordenamiento jurídico comunitario, el estatal y el autonómico*, Oñati, 1986, especialmente pp. 81 y ss. A. MANGAS MARTÍN, *Derecho Comunitario europeo y Derecho español*, 2ª ed., Madrid, 1987, pp. 218 y ss.

⁵⁵ Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su sentencia de 25 de julio de 1991 (asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90. Aragonesa de Publicidad Exterior S A, y Publivia S A, contra Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña. *Rec.*, 1991-I, pp. 4151 y ss.) sentenció que: “Considerados conjuntamente, los artículos 30 y 36 del Tratado CEE no se oponen a una normativa como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe, en una parte del territorio de un Estado miembro, la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 23 grados, en medios de comunicación, en calles y carreteras, salvo las señales indicativas de los centros de producción y venta, en cines y en transportes públicos, normativa que, aun cuando constituya una medida de efecto equivalente en el sentido del artículo 30 del Tratado CEE, puede estar justificada, conforme al artículo 36 del mismo Tratado, por razones de protección de la salud pública, y que, habida cuenta de sus características y de las circunstancias indicadas en los autos, no resulta ser un medio, ni siquiera indirecto, de proteger determinadas producciones locales”.

En este mismo orden de cosas, el Tribunal Constitucional en su sentencia 66/1991, de 22 de marzo (BOE de 24 de abril de 1991) desestimó un recurso del Estado, por el que se había impugnado una Orden de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de la Junta de Castilla y León, en la que se prohibía la venta de cangrejos vivos de río en todo el territorio de la Comunidad Autónoma para hacer frente a una micosis, que estaba exterminando a esos crustáceos. Posiblemente, desde el punto de vista del Derecho comunitario, la referida Orden también tendría justificación en base al entonces art. 36 TCE (actualmente art. 30 TCE), el cual admite las prohibiciones o restricciones a la libre circulación de mercancías justificadas, entre otras causas, por razones de protección de la salud de las personas, animales y plantas. A. MATTERA, *El Mercado Único ...*, pp. 607 y ss.

de efecto equivalente, en el sentido del art. 28 TCE (antiguo art. 30), ya que emana de una autoridad pública⁵⁶. Lo cual obliga al legislador autonómico a realizar su función con gran precisión, puesto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha tendido a interpretar el concepto de medida de efecto equivalente de una manera muy expansiva.

3.- LA POSIBLE APLICACIÓN DE LAS NORMAS COMUNITARIAS SOBRE CONFLICTOS DE LEYES A LOS CONFLICTOS INTERNOS

En otro orden de cosas, se plantea un problema diferente que es el de la posible aplicación por las autoridades españolas de las normas comunitarias sobre conflictos de leyes a los conflictos internos que se puedan suscitar entre los distintos ordenamientos civiles que conviven dentro del Estado español. En el presente, tales normas son escasas y por consiguiente el problema no se plantea con gran intensidad, pero, previsiblemente en el futuro, en base al art. 65.b) TCE, van a existir numerosas disposiciones comunitarias sobre conflictos de leyes. De esta manera, nos podemos terminar encontrando con una dualidad de sistemas normativos, sobre todo si las autoridades comunitarias se inclinan por dictar normas de alcance *erga omnes*, por un lado las normas comunitarias para regular los supuestos internacionales, y por otro, las normas de origen interno para regir los conflictos de leyes internos⁵⁷.

⁵⁶ Para que exista una medida de efecto equivalente, la restricción a la libre circulación de mercancías debe ser consecuencia de una acción u omisión imputable al Estado, debiéndose interpretar este concepto de una manera amplia que incluya a los entes territoriales. A. MATTERA, *Ibidem*, p. 266.

⁵⁷ Salvando las distancias, es un problema relativamente paralelo al que se suscita con la eventual aplicación de los Convenios internacionales de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos. Ciertamente, a falta de una manifestación expresa del Estado, se trata de una cuestión abierta respecto de la cual la doctrina ha sostenido posturas distintas, pero en general restrictivas y, doctrinalmente, no se ha admitido que los citados Convenios se puedan aplicar de una manera general a los conflictos internos, como mucho se ha defendido que bajo ciertas condiciones muy determinadas, sólo cumplidas por unos pocos Convenios, éstos pueden ser aplicados a la dimensión interna. Además, el tenor literal del art. 16.1 del Código Civil hace que tal extensión del Derecho

El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, resuelve esta cuestión en su art. 19, que dice:

Sistemas no unificados.

1. Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales y cada una de ellas tenga sus propias normas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país para la determinación de la ley aplicable según el presente Convenio.

2. Un Estado cuyas diferentes unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Convenio a los conflictos de leyes que interesen únicamente a esas unidades territoriales.

Es decir, en principio, el Convenio no se aplica a los conflictos de leyes puramente internos. Lo cual implica una postura prudente por parte de las autoridades comunitarias, ya que de otro modo tendrían que estar muy atentas a las diferentes particularidades propias de los diversos Estados. Ahora bien, el art. 19.2 no se opone a que un Estado voluntariamente extienda el texto convencional a los conflictos internos. Así lo ha hecho el Reino Unido mediante la sección 2(3) de *The Contracts (Applicable Law) Act 1990*⁵⁸. Esta extensión tiene las ventajas de

convencional sea muy difícil si nos atenemos al texto de la norma. Como exponentes de las distintas posiciones doctrinales: O. CASANOVAS Y LA ROSA, "El Derecho Interregional desde una nueva perspectiva", *REDI*, 1987, pp. 477-486. S. SÁNCHEZ LORENZO, "La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española", *REDI*, 1993, pp. 131-148.

⁵⁸ Vid. el texto de la norma en: R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 2ª ed., London, 2001, pp. 251 y ss. Dice la sección 2(3):

"Notwithstanding Article 19(2) of the Rome Convention, the Convention shall apply in the case of conflicts between the laws of different parts of the United Kingdom".

que contribuye a simplificar el sistema conflictual y además facilita la realización de un espacio conflictual único en Europa⁵⁹.

En España no se ha seguido este ejemplo británico, y en consecuencia, recurriendo al art. 16.1 del Código Civil, parece lo más seguro entender que el Convenio de Roma no se aplica a los conflictos de leyes internos en materia contractual y hay que continuar acudiendo a lo dispuesto en el art. 10.5 del Código Civil. Sin embargo, un sector de la doctrina ha sostenido una tesis contraria afirmando que "... es posible hacer una interpretación dinámica del artículo 16, en el sentido de que la remisión se hace a las normas que realmente se aplican a los conflictos internacionales y, en consecuencia, a las contenidas en el Convenio de Roma, desde el momento que el Convenio produce efectos *erga omnes* y constituye así el verdadero Derecho internacional privado de los contratos aplicable en España en el ámbito de los conflictos de leyes de carácter internacional"⁶⁰. Esta tesis parece muy osada y difícilmente defendible si ponemos en relación el art. 19.2 del Convenio de Roma con el art. 16.1 del Código Civil. Además, es rechazada por la escasa jurisprudencia existente en la materia, como lo ponen de relieve, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala Civil y Penal) de 6 de septiembre de 2002⁶¹ y la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 16 de noviembre de 2001⁶². Así, en la primera de las decisiones citadas se afirma: *"Teniéndose en cuenta que la demandada recurrente ostenta la condición jurídica de navarra, dado su domicilio, según lo establecido en la ley 15 de la Compilación, y, que, según se afirma y no es negado de contrario, que la actora no reúne la condición de navarra, el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional y el eventual conflicto de leyes aplicables ha de resolverse, de conformidad*

⁵⁹ Sobre el significado y alcance de la extensión en el sistema británico: R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European ...*, pp. 43 y 56-57.

⁶⁰ A. BORRÁS

a lo prevenido por el artículo 16 del Código Civil, por las normas contenidas en el capítulo IV de dicho texto, y, ejercitada la acción de responsabilidad contractual, la cuestión encuentra su acomodo en el apartado 5 del artículo 10 del Código Civil, en el que, ante la inexistencia de los demás puntos de conexión en él establecidos, lo será según la ley del lugar de la celebración del contrato ...”.

José Luis Iriarte Ángel



Cuarta Jornada Práctica; Mesa redonda Ponentes de la sesión de tarde de izda. a dcha.; D. Jaime Tapia Parreño, D. Rafael Armesto Campillo, D. Adrián Celaya Ibarra, D. José María Arriola Arana (moderador de la sesión), D. Germán Barbier Gaminde y D. Vicente Arenal Otero.



CLAUSURA

Aquí termina esta Jornada de la Academia Vasca de Derecho. Quiero recordaros que estamos dando nuestros primeros pasos, con la firme esperanza de que esta Academia llegue a ser lo que todos deseamos, una entidad que nos haga conocer mejor nuestro Derecho y si es posible, nos permita hacerlo avanzar hacia metas futuras.

A todos los que nos habéis ayudado, los conferenciantes, el moderador o los miembros de la mesa, los que habéis participado en los coloquios, los que habéis asistido con una atención que os agradezco os quiero animar porque estamos iniciando un camino que muy pronto se hará más frondoso. No voy a daros las gracias sino que quiero haceros ver que estamos participando en sentimientos y aspiraciones comunes porque todos amamos nuestro País y amamos el Derecho, y creemos que no puede haber mejor instrumento para alcanzar la paz en una sociedad solidaria y humana. Esto nos convierte en una comunidad de personas que no se guían por ningún interés, que se abrazan y no se dan las gracias sino que se saludan como amigos: ¡Bienvenidos a esta gran tarea!

Los juristas creemos que la paz del mundo sería el imperio universal de un Derecho humanitario, pero el mundo es demasiado grande para que podamos abarcarlo. En cambio, podemos trabajar en nuestro ambiente para depurar nuestro

propio Derecho. Un Derecho vasco más perfecto seguramente contribuye a que haya un Derecho mejor en toda España y que Europa entera se aproxime al imperio de la paz por la justicia. Es nuestro grano de arena en un esfuerzo que ha de ser universal

Sé que aún no somos demasiados, pero aumentan las adhesiones y os animo a todos los letrados que aún no os habéis percatado de nuestros ambiciosos propósitos a que os integréis en la Academia sin reparos, porque el esfuerzo de todos aclarará y acercará el cumplimiento de nuestros fines.

Con esta esperanza declaro clausurada esta Jornada sobre las nuevas formas que va adquiriendo el Derecho en Europa y en nuestra Euskadi.

Adrián Celaya.

UN NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS RELACIONES PERSONALES



Acto Inaugural del curso 2005-2006: D. Javier Oleaga Secretario de la Academia Vasca de Derecho, D. José Manuel López Pardiñas Decano del Ilustre Colegio Notarial.

UNA ANTINOMIA LEGISLATIVA

“La unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni hay un derecho constitucional en relación con su establecimiento, bien al contrario del matrimonio entre hombre y mujer, que, como se ha señalado, constituye un derecho constitucional”.

Siete años más tarde:

“Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva”.

La antinomia entre uno y otro texto es más que evidente. Y sin embargo, entre uno y otra, apenas han transcurrido siete años: el primero corresponde a la Exposición de Motivos de la Ley 10/1.998 de 15 de Julio de la Generalidad de Cataluña, por la que se regulan las “uniones estables de pareja”; la segunda corresponde también a una Exposición de Motivos: la de la Ley 13/2.005 de 1 de Julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Y ninguno de ambos, creo, son sospechosos de responder a, digamos, una concepción conservadora de la institución matrimonial.

Sin embargo el salto conceptual entre uno y otro texto, y entre la concepción del matrimonio que ambos traslucen, es de esencia: para el primero el matrimonio es una relación constitucionalmente reservada a la relación heterosexual, hombre-mujer, para el segundo, no se concibe la reserva constitucional en tales términos: lo reservado por la Constitución al Estado central es el derecho a establecer el régimen jurídico del matrimonio, pero no que éste haya de ser una relación heterosexual.

Bien, ¿qué es lo que ha cambiado?, o si se prefiere ¿qué cree el legislador que ha cambiado?

Parece evidente que el concepto del matrimonio ¿pero sólo eso?

Como en una novela de misterio, hemos visto un punto de partida, y uno de llegada. Vamos ahora a intentar exponer el camino de uno a otro.

EL MATRIMONIO

El matrimonio, se conciba de una manera u otra, es cuando menos dos cosas: una relación personal, humana, social, y una relación jurídica.

Y además, para muchos, un sacramento.

No, no trato, de desnaturalizar el planteamiento de la cuestión introduciendo una nota confesional, religiosa, que la adultere –verbo especialmente adecuado al tema–.

Se trata simplemente de no ser ciegos a una realidad social, como no se debe ser ciego a la realidad social opuesta.

Bien, en nuestro campo, el estrictamente jurídico: ¿ qué es el matrimonio?, ¿en qué categoría jurídica hemos de encajarlo?.

Desde luego el matrimonio, para un jurista es un contrato. Un acuerdo de voluntades.

Y no sólo para el Derecho Civil; de Pedro Lombardía, mi maestro de Derecho Canónico, aprendí la frase esencial: “Matrimonium facit consensus”; “El matrimonio lo hace el consentimiento”.

Pero ocurre que tal relación jurídica, tal contrato, ve determinado su contenido, su régimen, por el “prius” que es la relación personal, social, que regula.

Y en ello no es diferente de otras, no me atrevo decir todas, figuras jurídicas: la compraventa, el arrendamiento, la sucesión... todas han cambiado al cambiar la realidad sobre la que recaían.

Ahora bien: una institución, una relación, ¿es lo que es, o lo que la Ley dice que es?

Dicho de otra manera: ¿la voluntad del legislador no conoce límites a la hora de regular la relación?, o sí los tiene, y caso de que los tenga ¿quién los determina y cuáles son?

Trato de plantear la cuestión a ras de suelo, es decir, no pretendo ahora llevar la cuestión al terreno del enfrentamiento “iusnaturalismo” versus “positivismo”.

Y no lo pretendo por que pienso que sería estéril, y esta conferencia concluiría mucho antes de lo que mis compañeros de Academia esperan.

Bastaría con decir, para el “ius naturalista” que el matrimonio es una institución de Derecho Natural, que el legislador humano debe limitarse a reconocer, y para el positivista que el matrimonio será lo que en cada momento diga el legislador.

No, no es eso.

Lo que pretendo plantear es qué ha cambiado y si lo que ha cambiado justifica el salto entre el texto de 1.998 y el del 2.005.

Por cierto, ¿a qué venía la referencia al Sacramento?; ya lo veremos luego, como en una novela de misterio, un poco de paciencia, que la pista tendrá luego su sentido.

EL MATRIMONIO; LA FAMILIA; LA FILIACIÓN

Para la concepción canónica del matrimonio: evidentemente imperante en la sociedad, al menos la española, hasta fecha bien reciente, sea por convicción sea por coacción, el

matrimonio persigue en esencia dos fines: uno egoísta, personal, propio de los cónyuges: el remedio de la concupiscencia –no se me hagan los jóvenes, que a todos, o casi todos, les suena–, y otro, altruista: el hijo educado (con lo que me costó acertar esto en la clase de Derecho Natural, obviamente no lo tengo para olvidar). Y esto último hasta tal punto de que, en Derecho Canónico, la exclusión del “bonum prolis”, de la intención de tener hijos, es causa de nulidad, que es decir, de inexistencia, del matrimonio.

Es más que evidente que el primero de los fines puede conseguirse al margen del matrimonio.

Pero no tengo tan claro que ocurra lo mismo con el segundo. Bueno, es obvio que también se pueden tener hijos fuera del matrimonio –y no es de ahora–, y se les puede educar, y bien educados –recuerden lo eficaz que fue D. Juan de Austria–.

Pero es que no es eso.

No es que no quepa hacerlo de otra manera: cabe. La cosa es si puede hacerse igual.

Y probablemente convendremos en que no.

No es lo mismo tener y educar hijos en el seno de una familia que al margen de ella.

Nadie, o no al menos yo, va a negar que puedan obtenerse mejores resultados en un internado suizo o inglés; pero tampoco parece razonable negar que aunque pueda ser mejor, es distinto, es ...otra cosa.

Parece que me he perdido ¿verdad?... pues no; quiero creer que no.

Desde este planteamiento probablemente pensarán sino todos, la mayoría de Vds. que mi razonamiento va ser rigurosamente escolástico: Sólo es matrimonio la unión de uno con una, para tener hijos y educarlos, y por tanto para siempre.

Pues no, miren Vds. por donde. No va por ahí la cosa. Y otra vez pierdo la oportunidad de dejar de aburrirles a Vds., dando por concluida la conferencia, si así, cosa dudosa, puede llamarse.

El cambio del régimen jurídico del matrimonio tiene detrás suyo, creo, no tanto o no sólo un cambio en la realidad social de la relación en pareja, como el cambio de la realidad social de la familia; más aún de la filiación.

¿Ven? En unos párrafos he pasado de campeón ius-naturalista a hereje confeso.

Si hay una realidad, una necesidad no ya social, sino animal, irrenunciable, es la perpetuación y mejora de la especie.

Y si algo explicó en su momento –desde la concepción evangélica de Adán y Eva– el matrimonio, fue el establecimiento del marco familiar, como mejor procedimiento de garantizar la continuidad de la especie.

Todo esto, lo sé, suena duro, rudimentario; lejano del preciosismo jurídico que quizás se hubiera podido esperar de mí.

Pero creo sinceramente que es así.

Y que la demanda no ya social, sino natural, no lo es sólo de una redefinición del matrimonio, sino más allá, de la filiación y de la familia... definitivamente “anathema sit”...

Y ahí residen, creo, no ya el límite, sino la finalidad primordial del régimen jurídico del matrimonio: proporcionar un marco legal estable que permita no ya las relaciones entre los cónyuges, sino un ámbito familiar que ampare el desarrollo de los hijos –y digo hijos y no prole–.

HISTORIA DE UNA EVOLUCIÓN SOCIAL

Desde que un Alcalde declarara la Guerra de la Independencia contra los franceses, hasta que unas elecciones

municipales depararan un cambio de régimen, la vida municipal ha tenido, en este país, una fuerza precursora más que notable.

Y eso ha sucedido también en la materia que hoy nos ocupa.

Todo empezó en los Ayuntamientos: no sé decirles en cuál.

Pero fue la Administración Municipal la primera en atreverse a abordar la figura de las relaciones de pareja al margen del matrimonio: surgieron los primeros “Registros Municipales de Parejas de Hecho”.

Aún hoy su amparo legal me parece más que dudosa. Pero hoy, precisamente, constituyen un ejemplo de cómo una pequeña brecha pueda terminar en inundación.

Y como era razonable esperar, comenzaron con humildad y prudencia, con un ámbito reducido: facilitar a los empadronados en el municipio que no querían casarse, un marco legal alternativo, que permitiera a los que se acogían a él disfrutar de ciertos beneficios y ayudas más o menos sociales.

Marco por cierto no exento de contradicción en los términos: un “matrimonio” capitis disminuido para los que no querían casarse.

El siguiente paso lo van a dar las Autonomías: ya en 1.998 Cataluña; en el año 2000 “la católica” Navarra; en 2001 sucesivamente Valencia, y curiosamente el mismo día las Baleares y Madrid –Gallardón otra vez-; en 2002 Asturias; en 2.003 Andalucía, Canarias, Extremadura, y Euskadi, y en 2.005, Cantabria.

Once Comunidades, salvo error de cuenta.

La Exposición de Motivos de la primera de éstas normas, la catalana, que citaba en los primeros párrafos de estos folios, constituye, creo, un buen guión a seguir.

En efecto la exposición de motivos deja clara la reserva a favor del Estado central de la regulación del matrimonio; deja claro que no pretende regular el matrimonio, sino “otras formas de unión en convivencia de carácter estable, unas formadas por parejas heterosexuales... y aquellas otras integradas por personas del mismo sexo”. Y más adelante recuerda “La pareja heterosexual que vive maritalmente, sino se casa, es por voluntad propia. La pareja homosexual no se puede –no se podía– casar aunque lo deseara. La primera es capaz de engendrar descendencia biológica, la segunda no. Y aún dentro de las parejas heterosexuales que conviven “more uxorio”, es posible distinguir aquellas que rehúsan toda clase formalismos y las que, por razones de seguridad jurídica, son objeto de una mayor exigencia a la hora de hacer valer derechos”.

“En coherencia con las premisas expuestas –continúa-, la presente Ley se articula en dos capítulos: el primero dedicado a las uniones estables heterosexuales, y el segundo, a las uniones estables homosexuales”.

El catálogo quedaba bien marcado: matrimonio de un lado, parejas estables de otro, aquél necesariamente heterosexual, ésta válida para parejas hetero y homo sexuales.

Como es obvio ahora existen los dos grados en ambos casos: tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales pueden ser parejas estables de hecho, o matrimonio. Dos formas reguladas por la Ley catalana, y otras dos, por el Código Civil.

Y eso me lleva a plantear dos reivindicaciones: una en cada extremo del arco.

Me explico.

Al analizar este nuevo marco jurídico siempre se piensa en el agravio para la concepción tradicional del matrimonio y la familia.

Y evidentemente tal agravio existe; del matrimonio como unión para siempre entre uno con una para tener y educar hijos, hemos pasado a la unión de uno o una, con otro u otra, indistintamente, y puede que para educar hijos, pero desde luego, en uno de los supuestos, no para tenerlos.

Y permitan un rasgo si quieren cómico, pero bien intencionado; al hablar de esto me acuerdo siempre de un personaje de la película “La Vida de Brian” –no confundir con “La Hija de Ryan”–, que reivindicaba desde su condición homosexual, del derecho como hombre a parir (por cierto, si vuelven a ver la película fíjense en que como precursoramente el “líder” del partido en cuestión se refiere a “compañeros y compañeras”). Fin del recreo.

Decía que el agravio existe para la concepción clásica. El agravio comenzó, tiempo á, con el divorcio, llega a ahora como el matrimonio homosexual, y se anuncia ya, no sabemos si como “estacio termini” algo más allá que la adopción, por las parejas y matrimonios homosexuales.

Y en este extremo cabría reivindicar el derecho a mantener la propia concepción del matrimonio.

Me refiero a que si el legislador, loablemente, quiere respetar las realidades sociales, por que no respetar la realidad de quienes consideran al matrimonio como un sacramento –¿ven?: llegó la pista–, y por tanto indisoluble. ¿Un exceso?. Si el matrimonio, decíamos, es en Derecho un contrato, en que contrato puede una parte desligarse sin más ni más de la otra. Al fin y a la postre, puestos a configurar un abanico de regímenes, a gusto del consumidor, por que no ofrecer uno que sea, para entendernos el de toda la vida.

Estoy hablando, en definitiva, de que una de las opciones legislativas, en materia de matrimonio, sea lo que en tiempos fue la norma: el matrimonio religioso, religioso que no canónico. Y en ello enlazamos con otro derecho constitucional esencial: el de

libertad religiosa. Por qué no reconocer al ciudadano a contraer matrimonio con arreglo a lo que prescribe su religión.

La pregunta en efecto, es si el movimiento pendular legislativo no ha llevado precisamente a excluir del abanico de opciones éste: la del matrimonio religioso –insisto, no sólo el católico– Por que resultará contrario a la concepción católica el matrimonio homosexual, pero por lo que sé, no menos a la judaica o la mahometana, y no digamos ciertas confesiones cristianas.

Pero es que en el otro extremo también cabe agravio.

¿Dónde ha quedado la reivindicación del amor libre? ¿la concepción totalitaria de que la educación de los niños compete e interesa al Estado más que a los padres?

Me refiero es que al paso que vamos, un hombre o una mujer no va a poder estar seguro de mantener una relación –sea hetero u homosexual– que no lo comporte consecuencias jurídicas.

No es ya, en un extremo, que uno no pueda casarse en la seguridad de que se matrimonio no sea disoluble unilateralmente- sino que ese uno o una, no pueda mantener una relación, más allá de una noche, a lo mejor, ni de una noche, sin el “temor” a quedar ligado sino por el matrimonio, por algo cada vez más parecido.

NOTAS COMUNES PARA UNA FIGURA JURÍDICA

Hemos visto como la Ley catalana traza un cuadro, un esquema de relaciones: de una lado el matrimonio, de otro la pareja estable. Aquella antes reservada para las parejas heterosexuales, y hoy predicable también para las homosexuales, y la segunda, regulada para unos y otros.

Tras la reforma del Código Civil, el esquema se completa, y tenemos dos instituciones, matrimonio y pareja estable, admisibles ambas para parejas tanto hetero como hosexuales.

Lo cual no obliga a plantearnos razonablemente qué diferencias hay entre una y otra: antes estaba claro, el matrimonio sólo estaba reservado a la unión heterosexual, pero hoy ya no es así.

Bien.

Ya no puede definirse el matrimonio en el Código Civil como la unión de uno con una para tener hijos, y para siempre; obvio que no; primero se cayó lo de para siempre; luego, la realidad sociológica hizo que se cayera lo de tener hijos, y finalmente, a medias la realidad sociológica y el legislador han suprimido lo de uno con una.

Imaginemos ahora que un cliente nos pregunta qué diferencias hay entre casarse o formalizar una pareja estable o de hecho.

Una primera cosa llama la atención, la menos a mí; la dicotomía competencial: las uniones estables o de hecho las regulan las Comunidades Autónomas, y el matrimonio la Administración Central, vía Código Civil.

Pero el cauce nomogenético, de producción de la norma, no parece bastante para definir una institución.

Lo razonable, parece, no es atender a quién dicta la norma, sino a los rasgos de la institución que regula.

Comencemos por las parejas estables o de hecho.

No es fácil lógicamente realizar un estudio pormenorizado de todas y cada una de las normas autonómicas, bien es cierto que el legislador no parece haber mostrado el menor pudor a plagiar al vecino: como ejemplo pueden Vds. Comparar las normas de la Comunidad Valenciana y la de Madrid; el “cortar y pegar” ha demostrado ser un ámbito crecientemente generalizado, hasta tal punto que un día de éstos habría que pensar en crear algo así como

una Ley Orgánica de Condiciones Generales de la Legislación.

Bien, a grandes rasgos podemos encontrar dos modelos legislativos en la normativa autonómica:

De una lado las Leyes que hablan de pareja estable, y de otro las que hablan de pareja de hecho.

Y, desde otro punto de vista, las Leyes que confieren carácter constitutivo a la inscripción administrativa, y las que por el contrario, lo otorgan una mera eficacia de publicidad.

a). Leyes que siguen el modelo de “pareja estable”.

La Ley catalana constituye la primera y es claro ejemplo del modelo. Dividida en dos capítulos ambos llevan por rúbrica la de “Unión estable” el primero la heterosexual, la segunda la homosexual.

Las notas que definen la unión estable son en esencia:

La convivencia “more uxorio”

La estabilidad: por período mínimo de dos años.

El requisito de estabilidad puede suplirse bien:

- Por la declaración de voluntad en escritura pública –no simplemente documento público-.

- Por la existencia de descendencia común.

La misma línea sigue la Ley Navarra, si bien por una parte se limita a exigir documento, no escritura, pública, e introduce ya la nota de “relación de afectividad” que curiosamente no cita la norma catalana. El plazo se reduce de dos a un año.

En tercer lugar, la norma de Baleares: desaparece ya el plazo, y se acentúa la protección de la relación de afectividad “análoga a la conyugal”.

b). Leyes que siguen el modelo de pareja de hecho.

Tras las tres citadas encontramos, cronológicamente la norma de la Comunidad Valenciana.

La Exposición de Motivos de la Ley alude a que “la convivencia, estable y duradera, debe considerarse una realidad a la que los poderes públicos con capacidad normativa deben dar una respuesta convincente” (... no sé por cierto si el ser convincente es la mayor virtud que deban tener estas normas...), y en esta línea el artículo 1º señala como requisito la existencia de una relación afectiva, y “more uxorio”, por período de un año.

Hasta ahí sigue la línea de las normas autonómicas anteriores. La novedad reside en el reforzamiento del intervencionismo administrativo: se introduce el carácter constitutivo de la inscripción.

En mi opinión es un fuerte contrasentido: la pareja estable de hecho, sólo existe cuando existe una sanción administrativa.

Las ventajas de seguridad jurídica son innegables; los inconvenientes prácticos, creo, también, y por cierto, esa seguridad jurídica fue invocada por los Padres Tridentinos para solemnizar la forma del matrimonio canónico. Tampoco entiendo muy bien, probablemente por desconocimiento práctico procesal administrativo cuál es el sentido de que la inscripción se practique mediante “expediente contradictorio”... ¿Quiénes se suponen que entran en contradicción?. ¿y la exigencia de testigos?... ¿no basta, permítanme la frase, con que se quieran...?

En cuanto a Madrid, se limita como anticipamos a copiar la norma de Valencia.

c) La vuelta a un modelo menos intervencionista: Más liberal es la norma del Principado de Asturias.

En efecto, su artículo 3 al definir la pareja estable, repite la nota de relación afectiva y convivencia “more uxorio”, pero permite que nazca tanto por el hecho de la convivencia por un año, como por la existencia de descendencia común, por declaración en documento público, o por inscripción en el registro administrativo.

Y pasamos así a la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ya en el año 2.002.

Varias cosas merecen destacarse: además de mantener el criterio de la relación afectiva “more uxorio” aquí lo esencial pasa a ser la voluntad de los interesados: “La declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho”, declaración que puede efectuarse en el Registro, en escritura, incluso acreditarse por cualquier otro medio de prueba, y finalmente, sobre todo, la novedad consiste en reclamar el posible carácter público –salvo que los afectados quieran darle carácter reservado- y la posibilidad de celebrar la ceremonia ante el Alcalde o un Concejal.

La norma de Canarias sigue la línea de las anteriores, y mantiene el registro administrativo, si bien, a mi juicio con mejor criterio, le da a su inscripción un carácter meramente declarativo.

Esa línea “aperturista” la rompe paradójicamente hasta cierto punto Extremadura, que vuelve al carácter constitutivo de la inscripción.

Canarias ya en el 2.005 opta por un registro meramente voluntario.

Y he dejado para el final el caso de Euskadi.

Por una razón.

La norma de esta Comunidad establece también el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro Administrativo.

Pero explica el requisito con un alcance y significado que lo dota de sentido quizás diferente al intervencionista.

Reclamaba yo antes el mantenimiento de un “status libertatis”; un ámbito de libertad, en el cual pueda haber una pareja, hetero u homosexual, que quieran convivir “fuera de la Ley”, sin efectos legales. Y ese es el alcance que se pretende dar al requisito de la inscripción, como explica el artículo 3 1º “in fine” “La inscripción de la pareja... tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente Ley”.

Resumiendo.

Como notas prácticamente comunes pueden extraerse el que los textos legislativos pretenden dar cobertura a una realidad social constituida por la existencia de parejas, no casadas, pero que conviven de una forma estable y “more uxorio”.

Si esto fuera así sin más, tendríamos una nota fácil de identificación frente al matrimonio: el de la convivencia, pero como hemos visto ese requisito puede suplirse de forma generalizada, mediante una manifestación de voluntad, formalizada o solemnizada de una u otra manera.

No obstante sí creo que puede apuntarse una cierta diferencia: en algunos casos, no en todos, la relación de pareja de hecho o estable puede nacer por la convivencia durante cierto tiempo, puede por así decirlo, usucapirse, mientras que eso en el matrimonio no cabe. Aunque ello no es así en todos los casos: no lo es cuando la inscripción en el Registro Administrativo es constitutiva.

REQUISITOS SUBJETIVOS

Con carácter previo a la “formalización del negocio” hubiéramos debido aludir a los requisitos subjetivos de capacidad.

Hasta la introducción del matrimonio civil, quedaba claro,

como decía la Exposición de Motivos de la Ley catalana, que las Leyes de Parejas de Hecho ofrecía cobertura a las parejas homosexuales.

Pero ahora ya no existe esa línea diferencial.

No es ya la diferencia de sexo de los sujetos lo que diferencia matrimonio de pareja estable o de hecho.

Curiosamente, en cambio, en relación a las parejas estables o de hecho, parece requisito esencial la existencia de una relación afectiva, cuando no estrictamente sexual.

Y ninguna norma dice lo propio en el matrimonio.

El artículo 67 del Código Civil dice que los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familiar; pero no dice que tengan que quererse, ni menos, que hayan de mantener una relación sexualmente activa.

Qué quieren que les diga. Me llama la atención los resultados a que puede llevar la evolución legislativa.

A lo mejor, cuando unos amigos, o amigas que no tienen una relación afectiva ni menos sexual, quieran obtener ciertos beneficios legales, los propios de la unión marital, tengamos que aconsejarles que se casen.

Y digo amigos o amigas, por que unos hermanos tendrían impedimento de vínculo.

Curioso, también me llama la atención.

Tradicionalmente se vetó el matrimonio entre familiares próximos por un trasfondo genético, de peligro para la prole de ser engendrada con defectos; pero si el tener hijos ha dejado de ser nota diferenciadora del matrimonio, y de las parejas estables, ¿sigue teniendo sentido esta exclusión?.

Lo digo por que la nueva legislación muestra una preocupación primordial por tutelar la afectividad y la sexualidad.

Quizás ocurre que las barreras no caen todas a la vez, sino una tras otra. Y no descartemos una manifestación de “hermanos/primos arrejuntados” reclamando su derecho.

CONTENIDO:

Bueno, en eso quizás lleve ventaja el sistema de pareja estable o de hecho.

Prácticamente todas las normas reconocen a esta parejas un grado de autonomía de voluntad mayor que al matrimonio.

Me refiero cuando menos a dos cosas: la casi ausencia expresa a la inviabilidad de pactos depresivos de la igualdad, quizás por que se sobreentiende; pero respecto del matrimonio se dice expresamente.

Y a un tema de especial interés para los juristas prácticos: el del régimen económico.

En el matrimonio la cuestión es relativamente sencilla, por que todos los Derechos Civiles, el Código y las Compilaciones prevén un régimen supletorio.

En al ámbito de las Parejas Estables o de Hechos, se les reconoce un amplio margen de pacto, en el cual se incluye, no tengo dudas, la remisión en blanco a un régimen económico matrimonial determinado.

La cuestión es qué ocurre sino hay pacto.

Una solución tentadora es acudir a la aplicación, por analogía de las normas de régimen económico matrimonial supletorio: en cada Comunidad el que fuera de aplicación al matrimonio en defecto de pacto.

Esta solución ha sido, empero, rechazada por los Tribunales hasta ahora: y lo ha sido sobre la base de un razonamiento jurídico formalmente correcto:

Si la pareja es heterosexual, podía haberse casado, y al no hacerlo, excluyó voluntariamente el régimen del matrimonio.

Si la pareja era homosexual, respecto de ella, no cabía legalmente matrimonio, ni por tanto, podía acogerse a su régimen.

Evidentemente la modificación del régimen del matrimonio en el Código Civil, puede llevar a replantear esos criterios. Pero a lo mejor para reforzarlos; pues el razonamiento, repito, desde el punto de vista formal, sigue siendo correcto en el primer caso: si Vd. que puede casarse, no se casa, no pretenda que se le aplique la normativa que Vd. mismo rechaza, e incluso ahora podría esgrimirse el mismo argumento frente a la pareja homosexual, que antes podía alegar que no se casaba no por que no quería, sino por que no podía.

Llama la atención el sistema establecido en Euskadi, donde se ha venido en la práctica a permitir la remisión genérica bien al régimen de gananciales, bien al de separación de bienes.

Pero en lo que aquí nos ocupa, si parece haber una diferencia entre matrimonio y pareja: la falta en éstas de una completa previsión supletoria.

En al ámbito sucesorio ha venido existiendo una clara línea divisoria: aquellas Comunidades que tenían un Derecho Civil propio han recurrido a conferir o simplemente remitir a los derechos sucesorios matrimoniales.

Por el contrario, las Comunidades en que la sucesión se regía por el Código Civil, adolecen de una notable carencia normativa.

En efecto, las Comunidades Autónomas no podían modificar el Código Civil.

Pero tampoco se remitieron a él.
Ello es especialmente importante en la sucesión intestada.

La Ley 13/2.005 al modificar el Código Civil, no ha tenido necesidad, prácticamente, de tocar las normas de Derecho Sucesorio, que ya aludían genéricamente al “cónyuge” –salvo, claro está, por razones obvias, en las medidas cautelares cuando la viuda quedare en cinta–.

Es posible que legislador autonómico no se atreviera a remitir al régimen sucesorio del Código Civil en materia de derechos sucesorios del cónyuge, por que la diferencia matrimonio/unión estable; en especial cuando la unión estable era homosexual. Pero esas razones se han reducido, sino desaparecido. Y por otra parte los legisladores forales no vieron ningún obstáculo en hacer la remisión. ¿pensaron quizás que la remisión implicaba intromisión en materias reservadas al Estado?.

En fin comentarios aparte, parece claro, que hoy, en muchas comunidades, los derechos sucesorios siguen marcando una diferencia entre casarse o constituir una pareja.

EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN

Por premura, no voy ahora a hacer un análisis pormenorizado de unos y otros supuestos de extinción.

Pero sí me voy a detener en uno.

Todas las Leyes de Parejas Estables y de Hecho enumeran como un supuesto de extinción la voluntad unilateral de cualquiera de los miembros de la pareja, notificada, con más o menos rigor, al otro.

Esa resolución unilateral no cabe, hoy por hoy, sin más, en el matrimonio.

Si a ello unimos la falta de un régimen económico supletorio, tendremos que preguntarnos sino se está dejando en una situación desasistida a estas parejas.

Es decir, sino se está dando carta de naturaleza al “ahí te quedas...”.

Las distintas Leyes contiene previsiones para evitar esa situación: compensaciones económicas y pensiones, bien es cierto, que con carácter general, para los casos de cese de convivencia.

De todas maneras, no está demás que la propia pareja establezca previsiones al respecto.

Es curioso, pero en este tipo de pareja, pretendidamente alejada del Derecho, es donde más patente puede resultar la necesidad de la intervención del Abogado o el Notario, en definitivo, del asesoramiento legal, hasta tal punto de que por ejemplo, consciente de ello, la normativa de Euskadi recoge la posibilidad de solicitar ese asesoramiento de la propia Administración.

POR VÍA DE CONCLUSIÓN: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO, Y EL CAMINO HACIA UN NUEVO ESTADO CIVIL

Y así burla burlando, hemos llegado a alguna conclusión.

Que no es una mera “cuestio nominis”: hay claras diferencias entre ser pareja de hecho y ser matrimonio: cuando menos, hemos visto, en régimen de Código Civil, en materia económica matrimonial y en materia sucesoria.

Tenemos así una diferente “denominación de origen” y un diferente contenido, más o menos acusado según nos movamos en el ámbito del Código Civil o de los Derechos Forales.

Y ahora, al final de esta conferencia –no sé si el Secretario de la Academia, Javier Oleaga habrá a estas alturas recalificado ese contenido de interesante a otro adjetivo menos caluroso– llegamos al comienzo de su título: un nuevo derecho de esta civil.

De todo lo dicho podemos extraer conclusiones, unas de diferencia y otras de proximidad entre ambas figuras: el matrimonio y la pareja estable o de hecho.

Así, vemos como el bien jurídico protegido pasa de ser la familiar, entendida como núcleo orientado a la procreación y educación de los hijos, a una “familia” entendida como pareja vinculada por una relación sexual y afectiva.

Más que tutelarse la procreación y educación se tutela la sexualidad, y en eso, tras la reforma, concuerdan ambas figuras. Y al tiempo, es cierto, ambas pueden servir también, pero también, no en origen, para amparar un núcleo familiar que va más allá de la pareja, sea por la procreación o por la adopción.

El núcleo de derechos y obligaciones, constante la relación son próximos en el matrimonio y en la pareja.

No lo son en cambio en la forma de extinción, por que en las parejas cabe el mutuo disenso, sin más que la “notificación” parece que no recepticia, mientras que por mucho que se halla aligerado el trámite del divorcio, hasta llamarlo “divorcio express”, parece que no cabe el hasta aquí hemos llegado... y ahora que te vaya bonito.

Y tampoco concuerdan los efectos de la extinción, especialmente, y hasta cierto punto me resulta curioso, cuando la pareja se ha mantenido hasta el final, y se extingue por el fallecimiento.

Anotado todo esto, la pregunta final, la menos para mí, y explico la rúbrica de la charla, es si estamos en presencia de un nuevo estado civil, el de pareja de hecho.

Ello respondo obviamente en buena medida a la deformación profesional de Notario: cuando tengo que hacer una escritura en la que una de las partes está constituida como pareja de hecho ¿qué digo en cuanto a su estado civil?... casados, parece claro, no son; ¿siguen siendo solteros?, o estamos ante un nuevo estado civil, el de pareja de hecho.

Recurro a un ejemplo: en su momento, hace bien poco, se discutió si el separado era casado/separado, es decir, una modalización del estado civil casado, pues el vínculo matrimonial subsistía, o bien, el separado era un estado civil distinto.

Lo vivimos los Notarios y Registradores a la hora de exigir o no la acreditación de la separación matrimonial: si era asimilable a un nuevo estado civil no era preciso acreditarlo, como a nadie se le exige que acredite –...y quizás sea un error de planteamiento– que es soltero, viudo, o divorciado; si por el contrario era una modalización del estado civil casado, como lo es el casado bajo un régimen económico que no sea el legal supletorio, procedía acreditar esa situación legal.

Y ahora empieza a ocurrir otro tanto, y sólo un dato a tener en consideración: el soltero, obviamente está en disposición de vincularse como pareja de hecho o matrimonio; el ligado como pareja de hecho, en principio no puede ligarse con otra pareja de hecho, pero sí, con arreglo a muchas de las normas autonómicas casarse: así en Navarra, Baleares, Valencia, Asturias, Andalucía, Canarias, Extremadura, Euskadi.

El legislador parece tener claro que la relación de pareja de hecho claudica frente al matrimonio, no ya, por supuesto de la pareja entre sí, sino de cualquiera de ellos con un tercero.

Es decir, en su momento, para trazar la línea entre el divorcio como estado civil diferenciado, y la separación, como modo del estado civil casado, se recurría precisamente a la subsistencia del vínculo; aquí el vínculo de pareja de hecho es relevante frente a otra relación de pareja de hecho, pero no frente al matrimonio.

Sociológicamente, creo, las personas que optan por la fórmula de pareja de hecho, tienen claro que no están casadas; bien hasta ahora, en las parejas homosexuales, por que no podía, bien, por que no querían.

Pero no estoy cierto de si se consideran solteros, o algo más y distinto de solteros.

Y si esperan que les resuelva la cuestión esperan de mí más de lo que soy capaz de dar.

Como en las películas de misterio, les he contestado, creo a una interrogante: matrimonio y pareja de hecho no son una misma cosa con dos nombres; pero les abro otra, si la relación de pareja de hecho constituye, debe constituir, o va a pasar a constituir, un nuevo estado civil.

Muchas gracias.

Manuel López Pardiñas

DE DIEGO LÓPEZ DE HARO A ISABEL LA CATÓLICA



Sesión Inaugural del curso 2005-2006, Presentación del libro Señores de Bizkaia, D. Andrés Urrutia, D. Adrián Celaya, Presidente y Vicepresidente de la Academia Vasca de Derecho.

Este libro no es un best seller ni una proeza literaria. Tampoco es una buena aportación a la historia porque no soy un historiador y aunque soy jurista ésta no es una obra jurídica. Es la historia contada a mi modo y me contentaré con que a ustedes les acerque a la historia de Bizkaia.

Para que me entiendan mejor les contaré cómo ha nacido. Con sólo mirarme a la cara se darán cuenta de que llevo muchos años jubilado, unos años en los que aún he completado algunos trabajos jurídicos; pero al final, cuando ya era aburrido contar conmigo, me encontré sentado ante mi ordenador, un fiel amigo que siempre espera mis órdenes, y sin saber qué hacer o mejor qué escribir.

En un primer momento redacté algunos pasatiempos e incluso algún cuento fantástico; pero de pronto me vino la buena idea, pude gritar “eureka” como Arquímedes, porque se presentó ante mí Bizkaia, esa Bizkaia que en su versión jurídica ha ocupado buena parte de mi vida, y que parecía decirme que tome ahora su historia como un tema de mis reflexiones. Por supuesto que no podía trabajar como un historiador pues ni siquiera conozco sus métodos pero intenté sacar de lo que otros han escrito un relato hilvanado de los Señores de Bizkaia.

Me ha divertido mucho porque el trabajo permitía, ante todo, que yo mismo me enterase de cosas que solamente creía saber. Y también me animaba poder transmitir a mis amigos de una forma clara y ordenada la historia que estaba descubriendo entre brumas y en medio de algunos comentarios llenos de pasión, de los que me he querido apartar.

¿Y acaso no soy yo mismo un apasionado? No hubiera podido escribir este texto sin amar apasionadamente a Bizkaia; pero lo que quiero afirmar ahora es que he buscado la verdad también con pasión y creo que no encontrarán en este libro verdades tergiversadas.

He querido hacer relatos coherentes y en algún caso he pretendido adivinar lo que no dicen los libros. He aplaudido o

censurado el carácter o la conducta de algunos personajes, pero siempre se podrá distinguir el hecho relatado de mi juicio personal. Sin algunos comentarios resultaría aburrido

Espero que no me pregunten porqué he elegido Bizkaia para mis ocios. Bizkaia la tengo metida en el alma como las viejas melodías que nunca se van. Hace ya muchos años oí a la Orquesta dirigida por Rafael de Frúbeck interpretar “La gruta de Fingall, de Mendelshon” y sus dos primeros compases, que se repetían una y otra vez se me quedaron clavados en el alma y aún me suenan a ratos y me emocionan.

Bizkaia es como esa melodía incrustada en el alma. Se me metió de niño, cuando mis padres, me hablaban de ella; pero de un modo especial me hizo amar a Bizkaia una maestra de las escuelas de los Astilleros del Nervión de Sestao en las que aprendí las que llaman primeras letras que son las más importantes de la vida.

Doña Matilde siempre tenía a Bizkaia en sus labios. Si hablaba de ríos, allí estaban el Nervión y el Galindo, si de montes o cordilleras, veíamos desde la escuela los montes de Triano y a lo lejos el Ereza y el Ganekogorta.

Y sobre todo nos hacía cantar una canción que era como un himno a Bizkaia (*En Bizkaia son los montes hierro puro*) Aquellos niños, sus alumnos, con raíces en lugares muy diferentes y padres con ideologías distintas, nos sentíamos hermanados como hijos de Bizkaia.

Muchos años más tarde visitaba yo a uno de aquellos compañeros que vivía en una ciudad del Mediterráneo, un amigo socialista que había sido muy perseguido durante la guerra e incluso cometieron la iniquidad de quitarle la beca de estudios. Se entristecía por no haber podido formar en aquella ciudad un grupo de amigos que compartieran sus ideales. Y me decía: *Desengáñate Adrián, no tenemos pueblo. Fíjate que yo, un Sánchez, aquí me siento separatista. Pero yo le dije –Lo único*

que ocurre es que tú y yo somos de Sestao. Y él me replicó: -Sí, yo soy de Bizkaia. Era una gran confesión de hermandad.

No puedo ocultar que me ha preocupado mucho seguir la huella de nuestros Fueros, lo que permite que el libro sea tan jurídico como histórico. No creo haber aclarado todo el misterio foral, pero sí algo fundamental. Ahora estoy convencido de que nuestros Fueros no nacieron de la noche de los tiempos, que no existió nunca un paraíso en el que nuestros antepasados vivían felices. El régimen foral fue una conquista de nuestros padres, que llegó día a día con muchos esfuerzos y también con cierta condescendencia de los reyes castellanos. A mi juicio este hecho les da mucho más valor porque los Fueros no son un regalo de los dioses, sino algo ganado con mucho trabajo.

También he buscado con mucho interés el camino de la paz. Y seguramente después de leerme pensaréis que lo que describo no es sino una sucesión de luchas y de guerras, que hay demasiados banderizos y demasiada crueldad en la vida de aquellos tiempos, todo menos paz. Y os sorprenderéis si os digo que también hay en esa historia un camino que conduce a la paz, el camino del esfuerzo y del trabajo de los hombres oscuros que trabajan en común para construir muelles y poner en la ría sus buques, cargarlos con mercancías, llevarlos a lejanos puertos e incluso hacerlos servir cuando hay que defenderse de un enemigo. Esos hombres ante los que se podía cantar “Ésta es Bizkaia, buen conde de Haro”

Soy un hombre de la orilla izquierda de la ría y creo que esta ría cosmopolita que une a vizcainos y no vizcainos en un esfuerzo común, que transformó las marismas en un río lleno de astilleros, talleres, dársenas y diques, que salvó la barra de Portugalete y construyó sobre ella un arco de triunfo y que hoy mismo se esfuerza por mejorar y crecer, tiene hoy, como en el siglo XV una necesidad apremiante de paz.

La paz absoluta es imposible, lo que pido es la paz suficiente para entendernos, para abrazar a los que no piensan como nosotros, y tender la mano a los que son distintos para unirnos en la gran tarea.

Os aseguro que el día que tengamos esa paz, Bizkaia será imparable.

No quiero ponerme ante el árbol de Guernica en postura de adoración, como proponía Iparraguirre, “*adoratzen zaitugu*, porque el árbol para mí no representa el Paraíso perdido. Prefiero mirar al árbol joven porque en él está el futuro, la esperanza. Y espero sus frutos, esos frutos que también le pedía Iparraguirre. *eman da zabalzazu munduan frutua*”. Los frutos de la paz, la solidaridad, la justicia, la libertad, los frutos que nos llevarán a un desarrollo y un progreso que nos envidiarán.

Lo mejor que quiero esperar de este libro es que contribuya al entendimiento entre los vascos y, por tanto, a la paz.

Adrián Celaya

DOS CORAZONES PUESTOS EN UNA BALANZA

El pasado mes de julio entró en vigor la Ley 15/2005 de modificación del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la por todos conocida ley del “divorcio exprés”; una reforma legislativa que se hacía necesaria para agilizar los procesos civiles de separación matrimonial y acomodar el Derecho a la realidad social en cuestiones de relaciones de pareja.

En la Exposición de Motivos se nos dice que el fin último perseguido por la reforma legislativa es preservar la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico: la libertad de contraer matrimonio y también la de decidir la disolución del mismo; bastando para ello la sola voluntad de alguno de los cónyuges. Ya no será necesario invocar y probar una serie de causas de disolución matrimonial, sino que la mera decisión de los dos conjuntamente o de uno de ellos bastará por sí misma para producir las consecuencias jurídicas de una separación o de un divorcio, según el caso.

Se facilita el cauce legal para la consecución del divorcio; para el cual ya no se precisa de una previa separación de hecho o judicial. La ley alude a razones de ahorro económico –evitar los costes de un doble procedimiento– y de ahorro de desgaste personal.

A fin de abreviar trámites, se prevé que se puede solicitar el divorcio transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. Se sitúa, por tanto, en tres meses el plazo que, se nos advierte, prudentemente debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud del divorcio.

Por ello, y al amparo de la nueva ley, es posible que un matrimonio contraído en fecha 10 de julio de 2005 (fecha de entrada en vigor de la ley) haya “prudentemente” solicitado su disolución en fecha 10 de octubre del mismo año, y a día de hoy encontrarse divorciado.

A algunos nos sorprendería que un matrimonio optara y fuera divorciado en tres meses, pero, quizás siendo el legislador más prudente que algunos otros juristas, tal resulta perfectamente legal.

En cuanto a ahorro económico por evitación de un doble procedimiento, el legislador parece entender que existen dos únicos y definitivos instrumentos jurídicos de resolución de crisis matrimoniales: la separación y el divorcio. Sin embargo, parece desconocer que en muchos casos se dan situaciones de inevitables dobles, triples, e innumerables procedimientos; puesto que los pactos o medidas adoptadas no siempre se cumplen satisfactoriamente y se inician interminables procedimientos de ejecución forzosa. En otras ocasiones, los acuerdos o las medidas tomadas en un momento determinado no sirven a futuro, porque cambian las circunstancias personales o económicas de los cónyuges. En estos casos, es preciso adecuar las nuevas situaciones; para lo que se inician múltiples procedimientos de modificación de medidas.

Por ello, pretender solucionar definitivamente todos los posibles problemas derivados de una situación de crisis matrimonial, que son económicos y personales, agravados en el caso de que existan hijos menores, no siempre será posible.

Tras la entrada en vigor de la ley, sí se ha observado un aumento de las peticiones de divorcio directo; pero en muchos

casos, la pareja en crisis, informada de que es posible optar por el divorcio sin necesidad de previa separación, prefiere la separación judicial; sobre todo en el caso de que existan hijos menores, y ello como vía para establecer unas consecuencias legales a su voluntad de separarse; siendo tales medidas revisables en el caso de que en un futuro decidan divorciarse; pues debieran presentar un nuevo convenio con su petición, incluyendo los acuerdos que consideren que están funcionando bien, o modificando sus acuerdos porque las circunstancias han ido cambiando y nos son las mismas, con la doble vía de separación y divorcio. Así se establece un doble procedimiento, pero acomodado a la realidad y voluntad de la pareja en cada momento.

Con la nueva ley se mantiene la figura jurídica independiente de la separación. Como señalaba anteriormente, opino que hay razones de fondo para ello; sin embargo, el legislador apunta sólo al motivo de que la separación judicial y el divorcio son figuras independientes constitucionalmente reconocidas en el artículo 32. Puede parecer que siendo más sencillo reformar la LEC y el CV –como hace la Ley 15/2005– que reformar la Constitución, sea ésta la única razón por la que se mantiene la separación judicial.

Estando de acuerdo en que debe regir la libertad de las partes, considero que hay muchos casos en que la pareja no quiere divorciarse en un momento determinado: quiere separarse de hecho y de derecho, es decir, dotar de consecuencias legales a la separación. Por ello, entiendo que puede resultar forzado instar un divorcio sobre pretendidas cuestiones de ahorro económico.

Después de hechas las anteriores consideraciones críticas sobre la quizás demasiada brevedad en cuanto a posibilidad de solicitud judicial de divorcio, y pretender no distinguir entre separación judicial y divorcio, por supuestas razones de ahorro económico en litigios; sí estoy de acuerdo en que es necesaria una mayor agilidad procesal para ahorrar desgaste personal, para evitar sufrimientos innecesarios una vez que ha cesado el vínculo afectivo que unía a dos personas.

La decisión de poner fin a un matrimonio, debidamente sopesada debe ser respetada, y siento que, como profesionales del Derecho, requiere de nuestra mayor sensibilidad profesional y personal; puesto que, a menudo, nos encontramos con personas que pugnan por intereses muy contrapuestos, respondiendo a motivaciones, a veces racionales, a veces pasionales. Y, efectivamente, siendo una de las finalidades del Derecho buscar la paz social, deberemos poder conseguirlo en aquellas muchas ocasiones en que se reproduce la canción: “dos corazones puestos en una balanza, el uno pide justicia, el otro pide venganza”.

Ane Martínez Díez

LA COLISIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE CÁTEDRA Y EL IDEARIO DEL CENTRO DOCENTE EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La libertad de cátedra se encuentra reconocida en el artículo 20.1.c) de la Constitución, de modo que el reconocimiento de esta libertad se realiza no en el seno del artículo destinado a regular la enseñanza -el 27-, sino en el reservado para garantizar la libertad de expresión y difusión de ideas, por lo que se podría afirmar que la libertad de cátedra es un modo de denominar una concreta libertad de expresión, la que se manifiesta en el derecho de todos los profesores a impartir docencia conforme a su pensamiento. A este respecto, como manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 179/1996 de 12 de noviembre de 1996, la libertad de cátedra otorga a los docentes un espacio intelectual propio y resistente a presiones ideológicas, que les posibilita realizar explicaciones de acuerdo con su criterio

¹ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre, nº 179/1996, Ref. *La Ley Juris* 119/1997.

científico y personal¹. Asimismo, como expresó en su Auto de 12 Febrero de 1992,

“La libertad de cátedra es una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones de los docentes en el ejercicio de su función, que consiste en la posibilidad de expresar las ideas o convicciones que cada profesor asume como propias en relación con la materia objeto de su enseñanza”².

También debemos referirnos al Auto 360/1989, de 29 de junio de 1989, en el que dejó patente que el derecho a la libertad de cátedra constituye una libertad individual del docente que le permite gozar de un espacio intelectual resistente a injerencias externas en el que pueda desarrollar, transmitir y criticar la ciencia, la técnica y la cultura³. Además, este derecho implica que la Universidad debe ser concebida como una institución al servicio de la ciencia y no del Estado; esto es, debe gozar de autonomía frente al Estado, lo cual sólo es posible si éste la subvenciona⁴.

La libertad de cátedra es un derecho cuya titularidad corresponde a todos los profesores, si bien el Tribunal Constitucional ha hecho depender su amplitud de dos factores: el nivel educativo a que corresponda el puesto del profesor y el carácter público o privado del centro, de manera que el contenido más amplio se dará en las Universidades públicas y el menor en los centros docentes no universitarios de carácter privado⁵.

² Auto del Tribunal Constitucional de 12 de febrero de 1992, Ref. *La Ley Juris* 823418/1992.

³ Vid. Auto del Tribunal Constitucional de 29 de junio, nº 360/1989, Ref. *La Ley Juris* 822766/1989.

⁴Vid. GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M. “Libertad de cátedra y libertad de enseñanza en la legislación española”. *Persona y Derecho*, 1981, núm. 8, p. 318.

⁵Vid. SOUTO PAZ, J.A. “Libertad ideológica en la jurisprudencia constitucional”. En HERA, Alberto de la et. Al. *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro*

Por su parte, el artículo 27.6 de la Norma Suprema reconoce el derecho a la creación de centros docentes, que implica, además, el derecho del titular del centro a dirigirlo y a establecer un ideario, esto es, a dotar al centro de un carácter propio⁶.

De este modo, el derecho de libertad de cátedra entra en colisión, en numerosas ocasiones, con el ideario del centro en el que el profesor titular de aquél imparte su docencia, sobre todo en el caso de que el centro sea privado. Para delimitar el modo en que deben resolverse estos conflictos, debe atenderse a si la colisión se produce en el desarrollo de actividades docentes o si, por el contrario, se suscita en el ejercicio de actividades extraacadémicas del profesor.

Previo al análisis de estas dos situaciones, comenzaremos afirmando que, partiendo de que el art. 16.2 de la Constitución sostiene que nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias, es ilícito que, para ser contratado, el profesor tenga que firmar una declaración de adhesión al ideario. Pero, una vez ha comenzado a prestar sus servicios en un centro docente, y centrándonos ya en el tema objeto de estudio, entendemos que la simple disconformidad de un profesor respecto del ideario del centro no puede ser causa de despido si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro. Para que el despido sea lícito, consideramos que será necesario demostrar que hubo no sólo disconformidad, sino fricciones entre los criterios del centro, consistentes en actos concretos del profesor en una actividad contraria al ideario desarrollada en el ámbito de su función docente.

⁶Vid. MORENO BOTELLA, G. "La libertad de enseñanza". En MARTÍN SÁNCHEZ, I. (Coord.) *et. al. Curso de Derecho eclesiástico del Estado*. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1997, pp. 337 y 339. También puede consultarse MORENO GARCÍA, J.M. "Ideario y proyecto educativo en los centros de enseñanza". *Razón y fe*. 1976, núm. 944-945, en cuya p.167 define este ideario como "un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y dirigir un proyecto de

1.- DISCONFORMIDAD CON EL IDEARIO EN LAS ACTIVIDADES DOCENTES

Tras un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hemos llegado a la conclusión de que los docentes tienen el deber de respetar el ideario del centro en el que realizan su enseñanza, pero este deber no debe entenderse incumplido por el hecho de que el profesor manifieste sus discrepancias con algunos aspectos de tal ideario, siempre que las realice de un modo que se adecúe a la edad y capacidad de entendimiento de sus alumnos. Tampoco supone una vulneración de este deber la objeción o rechazo de los docentes a tomar parte en actividades cuyo contenido religioso o ideológico no comparten.

En este punto, debemos remitirnos a la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, del Tribunal Constitucional, que señala que el profesor no tiene la obligación de convertirse en apologista del ideario del centro en el que imparte docencia, ni, obviamente, debe convertir su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento. Pero también sostiene que, dado que la libertad del profesor ha de ser compatible con la libertad del centro del que forma parte el ideario, aquélla le faculta para desarrollar su actividad del modo que considere más adecuado, siempre que no resulte contraria al ideario, por lo que en ningún caso le posibilita para dirigir ataques contra él⁷. De este modo, como expresa el Auto 360/1989, de 29 de junio, la libertad de cátedra en absoluto implica el derecho de su titular a regular por sí mismo la función docente en todos sus aspectos, de modo que ignore y no tenga en cuenta los criterios organizativos de la dirección del centro⁸.

En este mismo sentido se manifestó el Tribunal en su Sentencia 106/1996, de 12 de junio⁹, y en la Sentencia

⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero, nº 5/1981, Ref. *La Ley Juris* 819737/1981.

⁸ Vid. Auto del Tribunal Constitucional de 29 de junio, nº 360/1989, Ref. *La Ley Juris* 822766/1989.

⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio, nº 106/1996, Ref. *La Ley Juris* 7137/1996.

47/1985, de 27 de marzo, en la que realizó las siguientes afirmaciones:

“Es incuestionable que en los Centros docentes privados donde estén establecidos los profesores están obligados a respetar el ideario educativo propio del Centro y, en consecuencia, la libertad del profesor no le faculta, por tanto, para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario. Pero, por otro lado, no es menos cierto que el derecho a establecer un ideario educativo no es ilimitado (...). Podemos concluir que una actividad docente hostil o contraria al ideario de un Centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute tal conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de ataque abierto o solapado al ideario del Centro resulten probados por quien alega como causa de despido, esto es, por el empresario”¹⁰.

2.- DISCONFORMIDAD CON EL IDEARIO EN LAS ACTIVIDADES EXTRAACADÉMICAS

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha seguido una línea uniforme a la hora de dar una respuesta a la cuestión de si la conducta desarrollada por un profesor al margen de su función docente que no sea conforme con el ideario del centro puede ser considerada como una violación de su deber de respecto al citado ideario y, por lo tanto, como causa de despido.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 dispone que sí puede serlo y que deben ser los Tribunales quienes decidan en cada caso concreto. Para que lo fuera, sería necesario que los hechos contrarios al ideario fueran notorios y que existiera intencionalidad en su realización, debiendo tener en cuenta, además, la naturaleza de la conducta en relación con la actividad docente que se realiza.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de marzo, nº 47/1985, Ref. *La Ley Juris 9862-JF/0000*.

Sin embargo, en sus Sentencias 47/1985 y 106/1996, el Tribunal Constitucional entiende que sólo tienen relevancia, como posibles causas de despido, las actitudes reveladoras de disconformidad y contradictoriedad si se trata de comportamientos habidos en alguna de las actividades educativas del centro, de modo que las actividades de los profesores realizadas fuera de los centros y en uso de su legítima libertad, aunque sean contrarias al ideario del centro, son irrelevantes y no podrían, por tanto, ser causa de despido. La primera de estas resoluciones dice así:

“El respeto, entre otros, a los derechos constitucionalizados en el art. 16 [de la Constitución] implica, asimismo, que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del Centro no puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades educativas del Centro”.

3.- CONCLUSIONES

Como síntesis de lo apuntado anteriormente, no nos queda más que decir que los profesores, como titulares del derecho de libertad de cátedra en la medida derivada del nivel de enseñanza correspondiente a su puesto y del carácter público o privado del centro educativo, tienen la facultad de desarrollar su labor docente del modo que entiendan sea más acorde con su libre pensamiento, sin que ello implique la posibilidad de realizar ataques contra el ideario de dicho centro. Consideramos que, para entrar a debatir si ha existido disconformidad con el ideario del centro, únicamente deben tenerse en cuenta las actividades académicas y nunca las desarrolladas fuera de este ámbito, si bien es cierto que a este respecto el Tribunal Constitucional se ha manifestado en sentidos contrapuestos.

Saioa Artiach Camacho

JEAN PIERRE GOYTINO, LOS ANGELESETAKO NOTARIOA



Jean Pierre Goytino

Jean-Pierre Goytino Ainhoan sortu zelarik 1860an, ez zitzaion iñori gogoan pasatu, urrunera ere, egun batez notario izan zitekeenik. Haren aita, Arnaud, mugazaina zen eta semea Ainhoarra dugu, hala beharrez, sortu zen urtean aita Ainhoan baitzegoen. Hau, alargundu ondoan, Gaxuxa Etxeberri Kanboarrarekin ezkondu zen. Julie Lapêtre, lehen emaztea aldiz, Biarnesa zuen, Urdozera igorria izan zelarik, han ezagutua. Gure idazlearen aita, Arnaud, Larrañen sortua zen, ez jatorriz Xiberotarra zelakotz bainan bere aita mugazaina izanez, garai hartan Larrañen zegoelakotz.

Artetik errateko, aitona, kontrabandistek erail zuten Baigorriko mendietan, 1833an. Osaba bat ere mugazain lanetan hil zen, ez dakigu soberakinik xuxen nola. Behin, Arnaud (aita) kontrabandistek, zanpatu zuten, Jean-Pierre haurrarekin ilbaldi bat egiten ari zelarik, Kanbo eta Ezpeleta artean.

Horrelako oroitzapenekin, ez da beraz harritzekorik gure Jean-Pierre ez bada bera mugazainetan sartu. Hortik eta notario izatera, bada bide halere.

Lassalleko fraile

Hamalau urtetan, Lassalleko fraileetan sartu zen eta sotana jauntzi. Hazparneko kolejoan egin zuen azken egonaldia Mixel Elizanburu (Inocentius) eta Arnaud Aguirre (Juvenal) fraileekin, Janpierre Arbelbide, Martin Ducq, Agustin Bastres eta Martin Lapeyre misionesten etxe berean. Murru beretan bizi ez baziren ere, Pierre Broussain, Jean Hiriart Urruty, Gratien Adema “Zaldubi” Hazpandarrak ziren. Eta ez nituzke bertsolariak ahantzi nahi : Bordaxuri, Jose Mendiague, Aña Debrua, Katxo, Xetre, Larralde Bordxuri, denen artean “Hazparneko eskola” deituak izatea merezi baitute. Giro horretan duke gure Goytinok bildu euskaltzale mikrobioa.

Ez zela fraile izateko egina idurituri, frailegoa uzteko nortasuna ukan zuen: ez zitekeen urrats arrunta garai haietan. Eskola publikoan sartu zen Zuraiden, xuri-gorri, errepublikar-erregetiar, antiklerikal eta elizatiarren arteko borroka gogortzen ari zenean. Ez zen aski errepublikar agertu eta, beraz, eskolatik kanpo eman zuten.

Los Angeles hirian

Orduan zen Ameriketara joan. Heldu eta, lehen lana, Leonis, bere ahaide zahar aberats puxantaren izenean izenpetu zuen mila zortzi ehun eta berrogeita hamar dolarreko “billet à ordre” izeneko ageria, zazpi ehun ardiren erostekoa! Bankotik dirua eskuratu zuen baina, Leonisek afera auzitan eman eta, auzia

bururatu aintzin karrosa ixtripu baten ondorioz hil baitzen... Goytino diruaren jabe gelditu zen.

Le Progrès frantses astekarian ari baitzen, dirutza horri esker zitekeen kasetaren jabe egin, horri datxikola sortzen zuela euskarazko astekari bat: *Kaliforniako Eskual Herria*, gure historioan doi bat iraun duen euskara hutsezko lehena. Euskara hutsezkoa diogularik, zinez hala zen, iragarkiak berak euskaraz baitziren, bakar batzu ez bada, frantsesezko kasetatik hartuak.

Berak dioenez, berrehun alerekin hasi eta bi mila aletara heldu zen. Menturaz egia dario. Bainan, noiz behinka ikusten dugu ohar hau: "*Paper hau errezebitu nahi ez duten herritarrek aski dute Postan errefusatzea eta Postak berak abisatuko gaitu*". Pentsatzen eskutan zituen helbide guzietara igortzen zuela dugu bere astekaria, harpidedun izan ala ez.

1893ko uztailetik, nonbait han 1899ko otsaileraino iraun zuen. Kasetaren desagertzeaz *Los Angeles Times* egunkarian irakurtu dugu: *Most of these people (euskaldunak) are sheepmen and not given much to reading of papers, and so Goytino stepped down and out from the editorial chair*. Lerro hauek garbiki erraten dute, irakurle eskasez zela gelditu. Hasieran lagundu zuen "Syndicat de capitalistes basques" taldeak utzi ote zuen, beherago aipatzen dugun auziaren ondorioz? Bost urte eta erdi iraun zuen halere.

Legegizon

Oso ezaguna izanki eta, Euskaldun analfabetoak heldu zitzaizkion laguntza eske. Ikusten dugu auzitegietan itzultzale lanetan aritu zela, hala nola Eñaut Karrikaburu eta Mixel Erreka auziperatuak izan zirelarik, beren ardiak gobernuko oihanetan ibilirik, bai eta Toledo izeneko batek Gezanburu euskalduna erail zuelarik, Goyhenetxe bat lekoku deitua izan zelarik.

Behin zango bat mundu horretan sartu eta, lan serioagorik ere eman zioten. Robert de Kersauson de Pennendref bai eta

Charles Cassagne gazteen 'guardian ad litem' edo aita ordeko izendatua izan zen.

Leonis-en ondoregoari doakionaz, honen hiru ilobek eta beste batek Goytinoren eskutan eman zituzten beren interesak. Leonis-en alargunak Etxepareri egin auzian, Etxeparek Leonis-en ontasunak ibili zituen moldearen jukatzea Goytinoren gain izan zen.

Batere ez zuelarik legeetaz formakuntzarik, auzitegietan ibiliz ikasi poxiaz kanpo, notario onartua izan zen. Egia da garai haietan, Ameriketan, notario batek ez zuela hemengo notarioen lana egiten. Analfabeto mundu hartan ez zitekeen hautagaiik trumilka. Idazkari publiko baten eite handia zuen notarioak. Bainan zeregin seriosagorik ere bazuen: testamentu, kontratu, salpen, ipoteka, legezko paper... Lan horren seriosotasunaren frogatzeko erran dezakegu, kargutan sartzeko, HH Mark, Kaliforniako gobernadorearen aintzinean zin egin zuela, 1893ko apirilaren 14an, kargu hori bi urterentzat ardietsirik Sacramento, Kaliforniako hiri nagusian.

Ez dugu Goytinoren aktarik irakurtu ahal izan, nahiz baten mikrofilma ukan dugun eskutan, bainan ezin irakurtua. Frantzian, notario baten akta guziak elgarrekin emanak dira, kronologikoki sailkaturik. Kalifornian aldiz, egun berean, notario guziek egin aktak oro, elgarrekin daude eta baten aktak aurkitzea lan hurria da, jakinez gainera mikrofilmak ez direla kalitate onekoak. Norbaitek egin behrako luke lann hori egun batez, behar den denbora hartuz.

Eskual Herria bere kasetan behin idatzi duenaz, 1894ko martxoan Los Angeles kondadoan gauzatu 1.243 agerietarik 237 berak eginak zituen. Aitortzen dut ez dudala sinesgarritasun handiegirik Goytinok ematen dituen zenbakietan, izan dadin azken pondu honetan, ala kasetaren saltze kopuruan. Ala notario izateko eman omen zuen 10.000 dolarreko bermean...zinezko fortuna !

Bere publizitatean dioenaz, izendatua izan den lehen notario frantsesa zen. Hala bada ere, ez zen bakarra izan ezen gutienez beste baten publizitatea ikusten dugu, laster, *Le Progrès* kasetan:

Le Mesnager deituarena. Gainera, azken honen eskutan zeuden Pierre Larronde euskaldun kapitalistaren interesak. Egia da Dalgarrarondo euskaldunarekin ezkondua zela. Bainan harrigarriago zaigu Jose Mascarel, Goytinoren aitagarrebak azken hau hautatu izana eta ez bere suhia. Leonis-i egin zion jokoaren gatik ote zioten, ez gehagoko konfidantzarik egiten?

Bestalde, ez dugu ongi ulertzen nolaz notario onartu zuten auzi horren ondotik : egia da ez zela kondenatua izan eta beraz afera horren aztarnarik ez zela gelditu auzitegiatiko agerietan.

Peko errekarat

Leonis-ekin egin bekatu berean erori zen kargu berrian. Jean Bizkai eta Fernando Dorre bi artzainek beren gostuz ikasiko zuten. Bi artzain gaizo horiek Goytinorengana joan ziren, ez akta bat idazteko bainan dirua bankoan sartu behar eta, euskaldun adiskide baten laguntzarekin segurrago izanen zirelaketz. Sartu zuten beraz, 'The farmer's and merchants bank', Goytinoren bankoan.

Bainan urte baten buruan, Bizkai itzuli zelarik, orai berak ere ezagutzen zuen bankora, diru kopurua erdira apaldua zitzaiola mendian zegoelarik bere ardien erdian, ohartu zen. Auzitegira joan zen. Jujek Goytino gelditzeko manua eman artean, hau bere baitarik joan zen jujearengana, baizik eta diru hori Bizkai jaunaren baimenarekin ateraita zuela Dorre-ren kondura pasatzeko: honi ere 400 dolar kenduak zizkion.

Kaliforniako Eskual Herrian abokat ona hartzea behin baino gehiagotan gomendatua zuen. Berak hala egin zukeen... eta bi artzainek aldiz, beren deretxoaz segur, bigarren mailako bat. Dena den, gure notarioak auzia irabazi zuen ... bainan euskaldunen konfidantza galdu, auzitegiak bere erabakia hartu aintzin: «*Quelle que soit l'issue de l'affaire, l'opinion publique, parmi les Basques surtout, est déjà faite*» irakurto dugu kaseta frantses batetan.

Astekaria gelditu berria irakurle eskasez, bezeroen konfidantza galdua, gure Goytinok handik harat deus onik ez zuen egin. Iduriz, bere ontasunak janez bizi izan zen zenbait urtez. Eta bazituen! Azken urteetan, ostatu zerbait bazuen eta, hor ere, edaria kontrabandan egiten zuen. Salatua izan zen eta auziperatua 1921an bainan auzitegiak erabakia hartu aintzin hil, pilik utzi gabe. Zenbait urte hartan utzia zuen emazteak pagatu zituen ehorzketa gastuak, bainan hil hobian ez zion kurutzerik ere eman!

Martin Bizkailuz

Goytinorekin batean beste euskaldun bat ere aipatu behar dugu laburzki: Martin Bizkailuz. Jean Hazpandarraren semea, 1840an Ameriketara joan ziren lehenetarik bat. Umexurtx gelditu zen, baina eskolatu. Lehenik hor berean eta gero, bi urtez, Parisen. Abokat jarri zen Los Angeles hirian, 1883 irian, naturalki euskaldunen abokata bilakatzeko zela. Bainan bazuen besterik ere: aste batez izan ziren 16 dibortzioetarik lauen abokata izan zen. Luxu handiengan bizi zen: sehi, piano eta kitaren erdian.



Martin Biscailuz

Honek ere astekari bat sortu zuen euskara hutsez: *Escualdun gaseta*. «*Escualdunak besteak besenbat bagirela erakusteco*». Hirugarren alea argitaratzean gelditu zen, ez zituelakotz inprenta pagatzeko behar zituen 75 harpidedunak bildu!

Oxarart izeneko baten ondoregoaz izan zen auziaren pagatzeko 30.000 \$ hartu zizkion bere bezeroari, Estatu Batuetan ordu arte ikusi zen abokat saririk handiena. Bi urteko oporrak iragan zituen European eta, itzuli zelarik, edanari eman. Behin baino gehiagotan preso egonik, honek ere artzain gaizo zenbait izorratu nahi izan zituen. Emaztearengatik berexirik, burua galdurik, bai eta bezeroak ere, absintak errea hil zen, 1899an, 46 urtetan.

Honen berri badakigu, publizitatea Goytinoren kasetan egiten baitzuen.

Orel Goldaracena

Beste abokat euskaldun baten publizitatea ere ikusi dugu. Orel Goldaracena, 1832 irian Urdazubin sortua zen Doña Poloniaren semea, San Franciscon sortu zen, iduriz. Ezkondua eta alaba bat bazuen. Euskara, espainola, frantsesa, italiarra eta portugesa mintzo zituen. Abokat bulegoa 1896an ideki zuen San Franciscon, nahiz bazuen jadanik 12 urte diploma bazeukala. Hernan deitu batekin partzuer ari zen. Honek ere publizitatea *Kaliforniako Eskual Herria* kasetan egiten zuen.

Nolako munduan bizi ziren batzu ala besteak jakiteko hona zenbaki zenbait Los Angeles hiriko jendetzaz.

1880: 11.000
1890: 50.000
1900: 100.000
1923: 2.000.000

Bizkailuzek zioenaz, 2.000ko bat euskaldun baziren Los Angeles eta inguruetan, 1890 irian.

Xipri Arbelbide

RED STAR LINE

(Isar Goytia.)

New York-etik Anvers-erak yuhan
diran buparrak.

Atharitzen New York-etikasteazken
guzier.

Agente nautia: Los Angeles-etan.

J. P. GOYTINO,
209 Aliso karrika.



COMPAGNIE * GENERALE TRANSATLANTIQUE

New York-etik Havre-erak yuhan
diran buparrak.

Atharitzen diran New York-etik eta
Havre-etik latuzate guziet.

Agente Nautia: Los Angeles-etan.

J. P. GOYTINO,
209 Aliso karrika.

Compagnie Bordelaise

New York-etik Bordalerak yuhan
diran buparrak.

Agente nautia Californian:

J. P. GOYTINO,
209 Aliso karrika,
Los Angeles, Cal.

J. P. GOYTINO,

Notari Publikoa.

Kontratuk,
Salpenak,
Testamentak,
Legoko paperak,
Ipotekak.

209 Aliso karrika Los Angeles.

Bidez Yoniteko

bat Luzo

Southern California Ry.

(SANTA FE ROUTE)

Yuhan da California-erako loki eder-
renetara.

Pullman Sleeping Cars igortzen
ditu Chicago-erak egun guziet.

24 oronez bidea lahurrago
hemenetik New York-erak.

Hotel d'Europe

No. 450 BORTZARRA N HA KIKA

1 eta J. eretan

San Diego, Cal.

Direkzione Berria

Kaibara ederrak eta garbiak.
Yateko hoberean

Pascal ETCHEVERRY, Nautia

HERNAN & GOLDARACENA.

Abokatak

San Francisco.

Kambara 28 eta 27

No. 26—Montgomery karrika.

M. V. BISCAILUZ.
ABOCAT ESKUALDUNA.

KAMBARA 72 TEMPLE BLOCK,
Los Angeles.

D. SAMSON, **F. L. GARRETT,**
Telefona No. 75

Garrett & Samson

Ehortsailoak
Baleumatsailoak

Franklin Zozietate Ehortsailoak

234 N. MAIN KARRIKA.
LOS ANGELES.

Tu harkatu behar duzu zure
eta idonarekin,

Nahi baduzu tabakurik ez duzu gaitu
hor gaitu oraindik. Harkatu "No Ta Be"
minuarekin baita mirakulua. Harkatu
harkatu gaitu oraindik eta, 50 **¢**
eta puztu bat. Sendatzen gaitu eta
etola: **Hearling Kennedy Co. Chicago eta**
New York. **250**

Max Wassman **J. R. Garvie**

Max Wassman,

Hortz-ahortzailoak
eta
Hortz-entoltsailoak
Kambara 12, Downey Block,
Tel. 145 **Los Angeles**

THE QUEEN

Shoe Store

JOS. MCGRAW, Yehua,

100-102 N. Hollywood, Los Angeles

Zapeta hoberenak
Zapeta edorrenak
Zapeta merkeanek

Guo hiru lortu zaharatu eta
eragotzen.

Eskualdunen Botiga

234 Franklin eta Hollywood, Los Angeles

SEMINARIO DE DERECHO REGISTRAL DE EUSKADI CASOS DEL PRIMER TRIMESTRE DE 2005

I.- ENERO

1. CERTIFICACION CATASTRAL. En el Registro de la propiedad consta inscrito un pabellón industrial dentro de un solar con el que linda por todos sus lados y que consta de dos plantas, una planta baja con 1.068 m² y una entreplanta con 500 m². Se pretende, mediante un acta de manifestaciones acompañada de certificación catastral, la inscripción de un exceso de cabida en la entreplanta o planta primera que de los 500 m² iniciales pasa a tener 1.045 m².

El acta de manifestaciones otorgada por el representante legal de la titular registral es del siguiente tenor: “El señor compareciente manifiesta que la verdadera extensión de la entreplanta de la finca es de mil cuarenta y cinco metros cuadrados, y me acredita que el exceso respecto de la extensión registral resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta su perfecta identificación y que la finca está catastrada en términos totalmente coincidentes con la descripción anterior. Me requiere el señor compareciente para que recoja en

el acta sus anteriores manifestaciones y la solicitud al Registro de la propiedad de la rectificación registral de extensión, de acuerdo con los datos anteriores, conforme al art. 298.3, párrafo 2 del Reglamento Hipotecario.”

Al acta se le acompaña una certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta que la planta primera o entreplanta tiene 1.045 m² y que el año de la construcción es 1975. Se plantea si el acto no encubre en realidad una ampliación de obra y si el acta es documento suficiente para la registración del exceso de cabida.

En primer lugar, en cuanto si el acta de manifestaciones es apta para dar acceso al registro a una modificación de obra nueva, podemos señalar, en una defensa estricta de la documentación pública como mejor medio de asentar el principio de especialidad y de propiciar la mayor claridad de los asientos registrales, que la escritura pública es el único medio de hacer constar esa modificación. En ello abundarían una interpretación favorable a la misma del art. 144 del Reglamento Notarial que la hace apta para reflejar las declaraciones de voluntad, y también los arts. 3 y 208 LH.

Ahora bien, como quiera que el art. 208 LH admite que la obra nueva pueda inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, caben otras interpretaciones. Así podemos entender que entre tales títulos públicos se comprende el acta, con apoyo igualmente en el art. 144 RN.

Además, si se admite por el legislador la identificación catastral como operación específica sobre la base de la certificación catastral, no sólo cabría considerar admisible el acta, sino también una mera instancia ya que es posible considerar que dicha certificación es, no se olvide que se trata de un documento público, el título referente al inmueble, sobre cuya base se inscribirá la obra nueva o su modificación.

Por su parte, CURIEL, considera que en los supuestos de excesos de cabida con certificación catastral no es necesario un

título transmisivo de dominio, si bien, será necesaria que se acompañe a la certificación un documento de los expresados en el art. 3 LH, sin que baste, una instancia dirigida al Registrador ni otro documento privado, por lo que se requerirá un documento notarial, administrativo o judicial¹.

En segundo lugar, la identificación catastral como una operación específica se admite por el art. 48.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 marzo 2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y por el art. 53.5 de la Ley 13/1996, de 30 diciembre 1996 sobre Medidas fiscales, administrativas y del orden social, de modo que cuando la certificación contenga un exceso de cabida o una ampliación de obra habrá que sujetarse a los procedimientos previstos para la inmatriculación de fincas.

El art. 53.8 de la Ley citada en último lugar permite la rectificación de la cabida inscrita por medio de una certificación catastral descriptiva y gráfica siempre que entre la descripción del Registro de la propiedad y la de la certificación pueda deducirse la identidad de la finca.

Además, la resolución de la DGRN de 13 de septiembre de 2003 reiterando lo señalado por la de 9 de octubre de 2000 señala que “las exigencias que la legislación urbanística impone para el acceso al Registro de una nueva construcción deben aplicarse también cuando se pretende directamente la inmatriculación de una finca edificada, e igualmente, cuando tal edificación se pretende so pretexto de la inscripción de un exceso de cabida [...]” Esto último, cuando menos, obliga a determinar la antigüedad de la edificación, que, como hemos visto, consta en la certificación catastral.

En cuanto a la constatación de la obra nueva, dada la falta de presentación de la licencia, cabría entender que es precisa la

¹ CURIEL LORENTE, F., “Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida”, Centro de Estudios Registrales, 2001.

notificación al Ayuntamiento de la inscripción practicada dada, además, la imprecisión de la remisión que dicho precepto realiza respecto del segundo inciso del art. 52, a) Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario. Sin embargo, GARCÍA GARCÍA entiende que en el caso de que la antigüedad de la obra conste por certificación del Catastro, el Ayuntamiento ya conoce esa circunstancia, por lo que sobra la notificación².

2. DIVISIÓN DE DOS LOCALES COMERCIALES. Dos elementos independientes de una propiedad horizontal, uno de los cuales es una planta baja y el otro un llamado entrepiso, se hallan comunicados físicamente entre sí por una escalera que pertenece a la planta baja y que permite el acceso del entrepiso a la planta baja y al exterior. Ahora se pretende segregar la escalera de la planta baja para su agregación al entrepiso, a fin de darle otro acceso independiente y enajenarlo. A la luz de los Estatutos de la propiedad horizontal se plantea la cuestión de si es necesaria autorización de la Junta de propietarios.

Los estatutos, dicen al respecto, lo siguiente: “[...] b) Los propietarios de los locales comerciales o industriales de las plantas bajas de las descritas casas, no contribuirán a los gastos de uso, conservación y entretenimiento del portal, escalera, ascensores ni portero. c) Los propietarios de los locales comerciales o industriales, de las plantas bajas y entresijos de las descritas casas, podrán suprimir las paredes medianeras que las separan de las fincas colindantes para unir sus propiedades, sin que para ello precisen el permiso del resto de los propietarios. d) Los propietarios de los locales comerciales o industriales de los entresijos de las descritas casas, o el propietario si no hubiere más que uno, podrán sacar las puertas que estimen o estime necesarias o simplemente convenientes, a cada una de las cajas de escaleras. Asimismo, el propietario o propietarios de dichos locales podrán dividirlo y subdividirlos, dando a cada uno, el

² GARCÍA GARCÍA, J. M., “Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil (cuarta edición)”, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1449-1450, nota 205.

porcentaje en los elementos comunes que estime por conveniente rebajándolo del total que tiene asignado. Sin que para todo ello precisen el permiso del resto de los copropietarios.”

Se trata de interpretar los estatutos, cabiendo al respecto diversas variantes. Así, una estricta que centrándose en un punto de vista restrictivo admitiría la división pero sólo de los entresijos y, junto a ella, una interpretación más amplia que la admitiría, sin necesidad de autorización de la junta de propietarios, no sólo respecto de los entresijos, sino también respecto de la planta baja.

En pro de esa segunda interpretación podemos aducir el que los estatutos más que impedir la división en abstracto, trata de que no surjan nuevos elementos independientes, lo que coincide con la operación que se plantea, en la que no aparecen nuevos de los indicados elementos.

Además, los locales forman una unidad, como un solo local que, por su unidad material participa tanto de la naturaleza de planta baja como de entresijo, por lo que cabría entender que el propietario del mismo, incluso según una interpretación restrictiva de los estatutos, podría beneficiarse de las facultades de división que los mismos atribuyen a los titulares de los entresijos. Ahora bien, según una interpretación literal es posible, también referir la autorización de división no sólo a los dueños de los entresijos sino también a los de la planta baja.

Por otra parte, atendiendo a las circunstancias del caso, conforme al tenor de los estatutos, el propietario único de los dos locales independientes unidos materialmente podría plasmar esa situación en el Registro por medio de una agrupación y, posteriormente, podría volver a segregar el local, sin que nada le obligue a que esa segregación deba discurrir por la anterior separación, sino que podría incluso discurrir por una nueva coincidente con la separación que ahora se pretende realizar y beneficiarse de la autorización estatutaria.

Por tanto, llegando a la conclusión de que los estatutos admiten la posible división de los locales comerciales sin autorización de la Junta de propietarios, ello se entiende, siempre que las obras recaigan exclusivamente sobre elementos privativos y sin que las mismas afecten a la estructura del edificio, a los elementos comunes ni a la seguridad del inmueble, como resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1998, la cual, pese al intenso debate jurisprudencial sobre este punto, no cuestiona la doctrina de la DGRN que admite las cláusulas estatutarias que autorizan a los propietarios la división o agrupación de los distintos locales y el derecho a levantar nuevas plantas, sin que las obras precisen autorización de la Junta de propietarios.

Dada la polémica existente sobre este punto y la jurisprudencia contradictoria, parece conveniente aclarar en la escritura en la que se plasman las obras divisorias la circunstancia de que las mismas no afectan a elementos comunes ni menoscaban la seguridad del edificio.

3. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DERECHO HEREDITARIO. Se presenta en el Registro mandamiento solicitando anotación preventiva de embargo sobre los derechos que pudieran corresponder a la demandada sobre una determinada finca, inscrita a nombre del padre de la misma. El mandamiento no hace referencia a la fecha de fallecimiento del causante diciéndose únicamente que se acompaña testamento según el cual la demandada resulta heredera del titular registral.

Conforme al art. 166.1^a.II RH, en el mandamiento se han de hacer constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Ultima Voluntad y de defunción del causante, sin que sea necesario acompañarlos. En cuanto a la fotocopia del testamento la mera referencia a la misma no parece que la revista de autenticidad, por lo que, la misma, al menos, debería estar sellada por el Juzgado a fin de dar certeza a la remisión que a ella se hace en el mandamiento.

4. CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA Y SEGREGACIÓN.

Se plantea si solicitada la calificación sustitutoria por el notario, puede este subsanar la falta de poder del interesado por la vía del art. 71 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre 1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La nota de la registradora sustituida se basa en que en la venta de un pertenecido no colindante con el caserío del que es accesorio no contiene una previa segregación de dicho pertenecido ni un acuerdo de desafectación del mismo a la unidad orgánica formada con el caserío.

La posibilidad de la subsanación señalada se asienta sobre el presupuesto de que el Notario actúe como representante del interesado, único legitimado para reclamar tal calificación conforme al párrafo cuarto del art. 91 bis LH, ahora bien, si el Notario actuara por sí lo procedente será denegar esa calificación sustitutoria.

En cuanto a la exigencia de segregación previa del pertenecido cabe señalar la práctica de algunos registros, tal vez amparada en especialidades forales, de admitir titularidades distintas para las distintas partes que integran la explotación del caserío.

Pese a su proliferación, sin embargo, parece que esa práctica es perturbadora desde el punto de vista registral, al agrupar en un solo folio historiales diversos de varios titulares sobre partes distintas de la explotación global. Ante la posibilidad de que esa práctica se reproduzca, el registrador, en atención, también, a evitar confusiones en el folio registral, de modo semejante a lo que se autoriza en el art. 68 RH, podrá abrir folio independiente para el pertenecido sobre la base de que se trata de una segregación formal, es decir, que el pertenecido no colinda con otras partes de la explotación.

Sin embargo, la calificación que se pretende sustituir parte de premisas contrarias, las cuales equiparan la transmisión del

pertenecido a la de una finca ordinaria, exigiendo la segregación expresa con nueva descripción del pertenecido y solicitud del interesado de apertura de folio independiente, sin que se admita la posibilidad de intervención del registrador en el sentido indicado.

5. CANCELACIÓN DE HIPOTECA. El compareciente tiene facultades para cancelación hipotecas en garantía de obligaciones existentes a favor de la sociedad representada y cancela una hipoteca en garantía de las obligaciones del vendedor dimanantes de un contrato de suministro de bienes a la sociedad sin expresar la causa de la cancelación. Se plantea si el poder es suficiente para la cancelación.

La cuestión sobre la suficiencia del poder se halla ligada a la de la expresión de la causa de la cancelación. La no expresión de la misma plantea la duda de si el poder es suficiente para el caso de que la cancelación se produzca a título gratuito, ya sea con conservación de la obligación, mediante la expresión de que se cancela la garantía sin perjuicio de la obligación garantizada, o extinguiendo también ésta por pago u otra causa.

La expresión de la causa de la cancelación es necesaria. Así lo señala claramente la resolución de la DGRN de 20 de febrero de 2003 al declarar que “en aplicación del principio de determinación registral se exige, entre las circunstancias del asiento de cancelación, la expresión de la «causa o razón de la cancelación» (cfr. 193.2 del Reglamento Hipotecario [RCL 1947\476, 642]). La expresión de la causa de la cancelación es presupuesto obligado para la calificación registral, pues obviamente no son los mismos requisitos que se exigen, por ejemplo, para la extinción de un derecho real limitado por redención, para la extinción por pago, si del crédito hipotecario se trata, o para la extinción por condonación; no son las mismas la capacidad o las autorizaciones exigidas para un acto de extinción que implique una enajenación a título gratuito o para una renuncia (cfr. artículos 99 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946\886] y 1781 de su Reglamento), que para el que implique una enajenación a

título oneroso (cfr. por ejemplo los artículos 166 y 261 del Código Civil [LEG 1889\27]). Y también de la causa o razón de la cancelación dependerá que sean unos u otros los asientos procedentes (cfr. por ejemplo artículo 240 del Reglamento Hipotecario).”

II.- FEBRERO

1. RETRACTO DE COLINDANTES SOBRE UNA MITAD INDIVISA. Se plantea si cabe el retracto de colindantes respecto de una mitad indivisa de una finca rústica de menos de una hectárea, que es vendida por su titular registral a un tercero una vez que el otro comunero ha desistido de ejercitar su derecho.

Como es sabido, conforme al párrafo segundo del art. 1524 CC, el retracto de comuneros excluye al de colindantes, pues de otro modo subsistiría la indivisión de la cosa, a la que el CC, de tradición romanista en ese punto, no se muestra propicio.

Pero del tenor del mismo precepto se desprende que si los comuneros no ejercitan su derecho puedan hacerlo los colindantes, ya que, en caso contrario, se podría defraudar el derecho de los últimos por el simple expediente de vender la finca por partes indivisas.

2. TERRAZA DE UN EDIFICIO EN PROPIEDAD HORIZONTAL. Se trata del mismo caso que el visto en el Seminario de 21 de diciembre pasado, según el cual en el Registro de la propiedad constaba la descripción de un edificio, formado por varios elementos independientes, y por una terraza de mil doscientos metros cuadrados. El constructor no enajenó expresamente la terraza, pero tampoco se reservó con carácter explícito ninguna parte de la misma. Tampoco aparecía configurada como elemento independiente ni su uso reservado en exclusiva para alguno de los configurados como tales. Se planteaba entonces si la falta de asignación expresa de un dos por ciento de la cuota de participación a los titulares de los elementos

privativos era obstáculo para la extinción de la propiedad horizontal por ruina del edificio.

Ahora, en contra de que la falta de atribución expresa del dos por ciento de cuota de participación implique que la misma ha de atribuirse a una terraza que no se califica como elemento independiente en el Registro, se añade la resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2000, que señala “que la misma constitución del régimen de propiedad horizontal implica que serán elementos comunes aquellos que no sean caracterizados como privativos [...]”.

De ese modo, podemos decir que sólo son privativos aquellos, que desde el punto de vista registral son objeto de segregación del edificio en su conjunto, mediante la apertura del correspondiente folio independiente, mientras que lo demás será común, criterio acertado por la dificultad de determinar todos los elementos comunes. Pese a esa dificultad, el art. 394 CC se arriesga a una enumeración, que, consecuentemente, no tiene carácter exhaustivo.

Así resulta, por otra parte de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992, según la cual “[...] las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas «terrazas a nivel») tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el art. 396 del Código Civil (al mencionar entre ellos a las «cubiertas») y si bien la descripción, no de «*numerus clausus*», sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de «*ius cogens*», sino de «*ius dispositivum*» [Sentencias de esta Sala de 23-5-1984 (RJ 1984\2544), 17-6-1988 (RJ 1988\5115), entre otras], lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.^a del art. 16 de la Ley de 21-7-1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que, no siéndolo por naturaleza o esenciales,

como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. [Sentencias 31 enero y 15 marzo 1985 (RJ 1985\1211 y RJ 1985\1168), 27-2-1987 (RJ 1987\1001), 5 junio y 18 julio 1989 (RJ 1989\4297 y RJ 1989\5720), entre otras], mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada [...]"

3. PARTICIÓN POR CONTADOR PARTIDOR, ADJUDICACIÓN DE LOS INMUEBLES A LA VIUDA Y EL METÁLICO A MENORES DE EDAD. En una liquidación de gananciales y partición de una herencia que contiene inmuebles y metálico, y en la que están interesados la viuda y sus tres hijos menores de edad, comparecen la viuda y el contador partidor designado por el causante. Se plantea si es posible adjudicar los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores sin necesidad de intervención de defensor judicial y sin necesidad de aprobación judicial.

En primer lugar, dado que la partición se realiza por el contador partidor designado por el causante en su testamento, e incluso si entendiésemos que las operaciones que se llevan a cabo por dicho contador partidor se restringen a lo meramente particional (cuestión más que discutible como luego veremos), sería aplicable el art. 1057 CC en su párrafo tercero, y por tanto el contador partidor deberá inventariar los bienes con citación de los representantes legales de los menores.

Y en este caso no podemos entender que la viuda represente legalmente a los menores, pues ella también está interesada en la herencia, produciéndose así un evidente "conflicto de intereses" (si bien sería discutible la existencia de conflicto de intereses en el caso de que la partición se hiciera por cuotas indivisas, parece fuera de toda duda que hay conflicto de intereses en casos como el que nos ocupa donde ni si quiera se

guarda dicha proporcionalidad, sino que los inmuebles se atribuyen a la viuda y el metálico a los menores).

En definitiva, al amparo del art. 163 CC esos menores deben estar asistidos a la hora de inventariar esos bienes por un defensor judicial (ver resolución de 26 de enero de 1998).

Por otra parte –y es aquí donde se plantea la verdadera esencia de éste caso– las operaciones que lleva a cabo el contador partidor dudosamente se podría entender que se restringen a lo meramente particional, es decir a “contar y partir”, dado que no se están adjudicando todos los bienes por cuotas indivisas entre los herederos, sino que se adjudican los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores. Se produce una desigualdad cualitativa de los lotes con la consiguiente infracción del art. 1061 CC.

Es doctrina de la DGRN –así resoluciones de 26 de enero de 1998 y 10 de diciembre de 2004– que presupuesto básico de la partición hereditaria debe ser el que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa sino también cualitativamente (arts. 1061, 1062, 1056, 841 y ss. CC), más aún cuando por la composición del patrimonio hereditario en cuestión, sea perfectamente posible la adjudicación a los distintos interesados de bienes de la misma especie.

En conclusión la adjudicación tal y como ha sido realizada por el contador partidor debe considerarse como un acto de esencia dispositiva que excede de su cometido estrictamente particional, sentido en que parecen manifestarse las resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 1903, 2 de diciembre de 1964 y 27 de noviembre de 1986.

Esto nos lleva exigir la comparecencia de los interesados en la herencia para confirmar dicha partición, y dado que hay menores que por el conflicto de intereses no pueden comparecer representados por la madre, debe comparecer un defensor judicial para que los intereses de los menores queden debidamente garantizados, ello en aplicación de los arts. 163 y 1060 CC.

Dice el art. 1060 CC: “Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

“El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en la partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”

En definitiva, caben tres posturas:

1º.- MUY FLEXIBLE: Que el Registrador, bajo su responsabilidad, entienda que las operaciones llevadas a cabo por el contador partidor están dentro de lo meramente particional entendiendo que hay igualdad en las adjudicaciones y no hay conflicto de intereses entre la viuda y los menores.

2º.- FLEXIBLE: A primera vista de lo expuesto una postura bastante lógica sería admitir la inscripción de esta partición si comparece un defensor judicial, y ello incluso sin necesidad de aprobación judicial si así lo dispone el juez a la hora de hacer el nombramiento. Ver en este sentido la resolución de 10 de diciembre de 2004.

3º.- RIGUROSA: Una postura más rigurosa, a la luz de este caso concreto en el que como hemos visto se pretende adjudicar los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores, llevaría a exigir en cualquier caso no sólo la intervención del defensor judicial, sino también la aprobación judicial de la partición realizada (incluso si el juez ha dicho que no es necesaria al hacer el nombramiento). La razón la encontramos en que el juez designa al defensor judicial para llevar a cabo una partición, pero como ya hemos expuesto el adjudicar los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores es un verdadero acto de esencia dispositiva que excede de lo meramente particional, con lo que entraría en juego el art. 166 CC y por tanto el juez no sólo debería haber designado al defensor judicial para hacer una partición, sino que expresamente debería haberle autorizado a

hacerla en el sentido indicado de adjudicar los inmuebles a la viuda y el metálico a los menores.

4. NOTAS SIMPLES INFORMATIVAS POR FOTOCOPIA. Se presenta en diversos registros, solicitando notas informativas a través de fotocopia, una Perito Judicial de Bienes Inmuebles designada por la Audiencia Nacional para efectuar informes periciales correspondientes a un determinado procedimiento.

Dicha perito se acredita a través de un documento identificativo del Ministerio de Justicia (del que resulta que ostenta la categoría de “Titulado Medio Admón. Audiencia Nacional, Madrid”) y un oficio de la Audiencia Nacional (Juzgado de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional) del que resulta que dicha señora ha sido designada para efectuar los informes periciales del procedimiento de referencia.

En el presente caso deberemos tener en cuenta el art. 222.5 LH, según el cual “La nota simple tiene un valor puramente informativo y consiste en un extracto sucinto del contenido de los asientos relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma, y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo, se harán constar las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares inscritos”.

A su vez el art. 332.5 RH dice: “La nota simple informativa consistirá tan sólo en un extracto sucinto del contenido de los asientos vigentes relativos a la finca objeto de manifestación, donde conste la identificación de la misma, la identidad del titular o titulares de derechos inscritos sobre la misma y la extensión, naturaleza y limitaciones de éstos. Asimismo, se harán constar las prohibiciones o restricciones que afecten a los titulares o a los derechos inscritos.”

“La nota simple, deberá reflejar fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse más allá de

lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante y podrá referirse a determinados extremos solicitados por el interesado, si a juicio del Registrador, con independencia de quien sea éste, se justifica suficientemente el interés legítimo, según la finalidad de la información requerida. Dicho interés se presumirá en el supuesto de que la información se solicite a efectos tributarios, de valoraciones inmobiliarias o con finalidad de otorgamiento de préstamos o créditos con garantía hipotecaria, con inserción literal si lo requiere el solicitante.”

“Dicha nota tiene valor puramente informativo y no da fe del contenido de los asientos”.

A la vista de tales preceptos pueden sostenerse algunos ARGUMENTOS A FAVOR de expedir nota informativa a través de fotocopia, por ejemplo:

(1) No hay una prohibición legal en cuanto a su empleo. La Instrucción de la DGRN de 12 de junio de 1985, refrendada por la resolución de 27 de agosto de 1986 permitían la “fotocopia de los asientos a que se refiere la manifestación”. Posteriormente la de 5 de febrero de 1987, si bien restringe la fotocopia a supuestos excepcionales, permite con carácter general que las fotocopias complementen las notas simples expedidas en relación por los Registros.

(2) Dar nota informativa a través de los programas informáticos puede plantear determinados problemas, que pueden ir desde reflejar adecuadamente las cuotas en caso de complejos urbanísticos cuando el elemento tiene dos o más cuotas, hasta el reflejo de la titularidad cuando se trata de denominaciones excesivamente amplias, o en el caso de nombres compuestos separados por guiones.

(3) Si bien es cierto que hay que proteger determinados datos sensibles que se contienen en los asientos registrales, se pueden proteger perfectamente suprimiéndolos de la fotocopia.

(4) Con la fotocopia se cumpliría de manera más adecuada con los principios de exactitud e integridad del Registro a la hora de expedir la publicidad formal.

(5) No hay razón para negarla al interesado si la solicita expresamente. Además, si el Registro es público, por qué ha de quedar a criterio del Registrador qué información suministrar a quien se interesa por el contenido de ese Registro público.

Por su parte, como ARGUMENTOS EN CONTRA de la nota simple informativa a través de fotocopia podemos señalar los siguientes:

(1) El art. 222.5 LH así como el 332.5 RH son claros al decir que la nota simple informativa consiste en un extracto sucinto del contenido de los asientos del Registro.

(2) La tendencia reflejada en instrucciones y circulares de la DGRN ha sido la de restringir el uso de fotocopia. La Instrucción de 5 de febrero de 1987 calificó su empleo de excepcional, en concreto se dice que debe limitarse a los casos en que “la claridad gráfica y de conceptos de folio u hoja, la comprensión del asiento o asientos no planteen dificultad” (haciendo constar que su valor es meramente informativo, numerando las hojas y señalando la fecha de expedición y con el sello del Registro). En este mismo sentido la Circular nº 30 de 19 de septiembre de 1995 del Colegio en la que se acuerda: (I) Propiciar las oportunas reformas normativas para que se prohíba el uso de la “mera fotocopia” –sin extracto o resumen- como nota simple informativa, incluso en los casos excepcionales admitidos. (II) Exigir entre tanto a los Registradores el estricto cumplimiento de la Instrucción de 5 de febrero de 1987 y, por lo tanto, que el uso de la mera fotocopia se limite a casos excepcionales y se atenga a los requisitos formales previstos por la citada Instrucción de 1987.

(3) El registrador debe proteger determinados datos sensibles que puedan afectar a la intimidad de las personas (en este sentido las Instrucciones de 29 de octubre de 1996 y de 17

de febrero de 1998. Recordar aquí el Protocolo que el Colegio de registradores firmó el 3 de noviembre de 1994 con la Agencia de Protección de Datos).

(4) Cada vez es mayor el número de solicitudes de notas informativas, y la expedición de notas informativas a través de fotocopias es con toda seguridad más lenta y dificultosa que expedirla a través de los programas informáticos, más aún cuando hay que quitar determinados datos sensibles. Por tanto razones de organización y agilidad a la hora de cumplir nuestra función de dar a conocer el contenido del Registro nos llevan a rechazar como regla general el uso de la fotocopia.

(5) La utilización de la fotocopia podría perjudicar al particular por la dificultad de interpretación de los asientos registrales, lo que puede dar lugar a la necesidad de tener que acudir a profesionales del derecho, o incluso a solicitar aclaraciones al Registrador, todo ello se evita a través de la nota informativa obtenida a través de medios informáticos, que ofrecen al particular una información clara, sencilla y ordenada del contenido del Registro.

(6) El Registrador debe velar por la conservación del archivo, y tratar de evitar en la medida de lo posible el deterioro de los libros, fotocopiar folios de los tomos, sobre todo si son antiguos, implica un deterioro extra de los tomos que se evita expidiendo notas informativas mediante los programas informáticos.

(7) El Registro de la Propiedad es una institución moderna al servicio de la ciudadanía y de las administraciones, y esa es la imagen que debe dar; no parece muy acorde con esa imagen moderna el expedir notas informativas a través de simples fotocopias, muchas veces con espacios en blanco o tachados por los datos sensibles.

(8) La Comisión Nacional de Informática del Colegio de Registradores alegó como argumentos en contra del uso de la

fotocopia lo siguiente: (I) Es la negación evidente del tratamiento profesional, por parte del Registrador, de la publicidad formal, pues, a menudo, requiere de un intérprete ajeno al Registro para su comprensión; en tal sentido puede afirmarse que es la no publicidad. (II) No justifica el precio de la información. (III) Puede atentar al derecho a la intimidad de las personas. (IV) La propia Dirección General, instauradora de esa forma de publicidad, dio marcha atrás en la Instrucción de febrero de 1987. (V) La Conclusión 6ª de la Comisión 3ª II Asamblea General de Barcelona de 1988 estableció que “la mera fotocopia no debe aceptarse como nota simple”. (VI) Según Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 1994 (ver Lunes 4,30) la expedición de nota simple por fotocopia no es un derecho del solicitante. (VII) La simple fotocopia no parece muy acorde con un tratamiento arancelario como Nota informativa.

Se podría concluir, por tanto, que si bien no hay una prohibición legal en cuanto al uso de la fotocopia, la regla general debe ser el rechazo a la misma, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones especiales, siempre bajo el estricto control del Registrador, pueda plantearse su utilización. En definitiva, la publicidad por fotocopia, es una modalidad excepcional.

Por otro lado, en la información que se da por fotocopia y conforme a la regulación de protección de datos han de excluirse las firmas de los registradores que se han de sombrear. También se menciona a título de ejemplo, que respecto de una inscripción de herencia no se recogerá la desheredación de un legitimario, el reconocimiento de un hijo.

Finalmente, se señala que el Documento Nacional de Identidad y su comunicación mediante la publicidad registral plantea problemas especiales. En efecto, se relata el caso de una queja al Ararteko o Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Euskadi, con ocasión de la emisión de una nota simple manifestando la titularidad de una persona con apellidos

muy comunes pero sin hacer reflejar el DNI, que no constaba en el Registro. Sobre la base de dicha nota la Seguridad Social embarga al titular registral por deudas de una persona del mismo nombre pero que era un individuo distinto al titular embargado, que, en realidad no es deudor.

En ese caso el DNI aparece como un elemento individualizador clave de la persona. Por ello se plantea y se propugna la necesidad de darlo en todo caso como una circunstancia esencialmente individualizadora del titular registral, que de algún modo vendría a formar parte del nombre. Además, en el uso común dicho documento se aporta constantemente en instancias, impresos de hoteles, etc.

Ello no obstante, cuando la solicitud de publicidad se realiza por medios telemáticos, los servidores del Colegio de registradores -FLEI y FLOTI- no facilitan el DNI, si el mismo no se aporta por el solicitante de la publicidad, precisamente porque ese poder individualizador del tal número lo caracteriza como personal e intransferible. Se constata también la práctica de los peticionarios de publicidad que con frecuencia solicitan información de la finca con el propósito principal de obtener el DNI del titular registral.

5. PROPIEDAD HORIZONTAL: INTERCAMBIO DE TRASTEROS. Se plantea una consulta al registrador sobre un caso en el que los propietarios de dos pisos pretenden intercambiarse sus trasteros que son caracterizados en la propiedad horizontal como anejos. Uno de los departamentos está hipotecado, y el apoderado del banco da “su más expreso consentimiento al contenido de la escritura”.

El problema surge porque en aplicación de los arts. 123 LH y 46 RH es necesario un consentimiento del acreedor para cancelar y no arrastrar la hipoteca en el trastero anejo A, y además consentimiento del deudor para que la hipoteca se extienda al nuevo trastero anejo B. Por lo tanto, para que el consentimiento del apoderado del banco tenga sentido es preciso que la escritura recoja con la mayor determinación y claridad,

ambos aspectos, de un lado, que el trastero que hemos llamado A se trasmita o permuta como libre, para lo que la entidad de crédito ha de consentir la cancelación. Por otro lado, será preciso extender por el deudor la hipoteca al trastero que hemos llamado B a lo que alcanzará el consentimiento del Banco en el sentido de aceptar la extensión dicha.

Dicho eso, es indudable que la operación se puede hacer si hay autorización estatutaria o de la Junta de propietarios, sin que sea necesario para la segregación y agregación el consentimiento del acreedor hipotecario. Dicho consentimiento sólo es necesario, como se ha visto, en orden a determinar la situación de cargas de las porciones permutadas, ya que la falta del mismo dará lugar, respecto del que hemos llamado trastero A, la solidaridad del art. 123 LH que es lo que se quiere evitar.

6. CLÁUSULA OBLIGANDO AL HIPOTECANTE-DEUDOR A ASEGURAR LA FINCA HIPOTECADA. Se trae a discusión una cláusula, no por frecuente, menos compleja, en la que la entidad de crédito a cuyo favor se constituye una hipoteca impone al hipotecante una condición general por la que éste se obliga a asegurar contra daños la finca hipotecada, cede la indemnización por un eventual siniestro al acreedor y dispone el vencimiento anticipado de la obligación por el impago de las primas de seguro suplidas por la entidad de crédito. En el hipotecante deudor concurre la condición de consumidor.

Veamos un ejemplo de la cláusula que se somete a discusión: “QUINTA: GASTOS: Serán de cuenta exclusiva de la parte deudora [...] y las primas devengadas por la póliza del seguro contra incendios cuyos conceptos podrá satisfacer el BANCO por cuenta de la parte prestataria si ésta no lo hiciere, garantizándose tales sumas con la cantidad consignada en la estipulación NOVENA para prestaciones accesorias.

“SEXTA BIS.- RESOLUCIÓN ANTICIPADA: No obstante el plazo convenido para la duración del presente contrato, el BANCO podrá declarar vencida la obligación y proceder contra la

finca hipotecada y simultáneamente contra la parte prestataria si se incumplieran por la misma cualquiera de las obligaciones contraídas en este documento, y especialmente en los siguientes casos:

b) Impago [...] seguros que sean preferentes a la hipoteca constituida.

e) Cuando el prestatario incumpliere cualquier otra de las obligaciones contraídas con el BANCO en virtud del presente contrato en relación con el seguro de la finca hipotecada.

“NOVENA.- (CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA). Sin perjuicio de la responsabilidad personal, ilimitada (y solidaria) de la parte prestataria, ésta constituye hipoteca unilateral, en la forma dispuesta en el art. 217 del Reglamento Hipotecario, sobre la finca que a continuación se describe, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo de la devolución del capital del préstamo, en los casos, forma y plazos convenidos, y además:

c) [...] y del pago de los gastos por [...] y primas de seguro correspondientes a la finca hipotecada que fuesen anticipados por el BANCO, limitándose hipotecariamente esta responsabilidad a una cantidad máxima igual al dos por ciento de dicho capital. (En consecuencia, el importe total máximo de responsabilidad por cada uno de estos dos conceptos es de 12.000 euros respectivamente).

[...]

“UNDECIMA.- (Conservación de la garantía). Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada a: [...]

4) A concertar un CONTRATO DE SEGURO contra incendio y daños sobre el inmueble hipotecado en las siguientes condiciones:

4-1) El beneficiario del seguro será el BANCO acreedor, hasta la cantidad igual al principal que quede por amortizar en la fecha del siniestro, y de las cantidades adeudadas en dicha fecha.

4-2) La suma asegurada coincidirá con el valor del seguro que figura en el certificado de tasación.

4-3) El tomador del seguro notificará al asegurador la existencia del crédito que grava el bien asegurado, y la cesión de las indemnizaciones a que pudiera tener derecho como consecuencia de la cobertura del seguro.

4-4) En el contrato de seguro se hará constar que en caso de falta de pago de la prima por el tomador, el asegurador lo notificará al acreedor antes de que haya expirado el plazo de gracia del pago de la prima, estipulándose la concesión al BANCO, por el asegurador un plazo de gracia igual al del asegurado, y que comenzará a correr a partir del momento en que tenga lugar la notificación prevista en este párrafo.

4-5) En el contrato de seguro se pactará que en caso de siniestro el asegurador dará traslado al BANCO de la notificación de siniestro que efectúe el tomador.

4-6) La parte PRESTATARIA autoriza al BANCO a notificar a la Cía. DE Seguros correspondiente la existencia del presente contrato y constitución de la hipoteca sobre la finca descrita en el expositivo I de esta escritura y asimismo le autorizan para que cargue en cualquier cuenta de la parte prestataria en el BANCO el importe de la prima del seguro correspondiente al primer año, y sucesivos si no fueran atendidas por la parte prestataria. El BANCO podrá contratar el seguro de incendio y de daños, por cuenta del adquirente, si éste no lo hiciere.[—]

6) A acreditar, a solicitud del BANCO y por medio de los oportunos recibos, hallarse al corriente en el pago de toda clase de tributos, y gastos de comunidad que corresponda satisfacer por la

finca hipotecada y de cualquier deuda por créditos que puedan resultar preferentes a esta hipoteca, quedando facultado el BANCO para satisfacer esos débitos a los acreedores correspondientes y para cargarlos en cuenta o reclamarlos a la parte prestataria como se establece en la cláusula QUINTA”.

Se rechaza dicha compleja cláusula por los siguientes fundamentos de derecho:

(I) OBLIGACIÓN DE ASEGURAR. El banco puede asegurar su propio interés en la conservación de la garantía, lo que es un coste que debe satisfacer, pero no puede repercutir éste al prestatario sin justificación obligándole a constituir un seguro en beneficio del acreedor al margen de la competencia. El banco se resarce de tales costes con el interés y no puede repercutirlos de nuevo al cliente al margen de la competencia y el mercado, la cual, por otra parte, exige la negociación, ausente por concepto en las meras condiciones generales.

Esa práctica, basada en la explotación programada de la utilidad para el acreedor hipotecario del seguro de la finca contratado por su propietario, es muy perjudicial al sector asegurador ya que, dada la independencia del interés del acreedor hipotecario del interés del propietario de la finca hipotecada, el no aseguramiento del interés del primero, impuesto al mismo, sin embargo, por la normativa del mercado hipotecario, priva al sector mencionado de un volumen de negocio igual a las cantidades de crédito hipotecario concedidas por las entidades de crédito, ya que es previsible que los propietarios sigan asegurando su propio interés en las fincas hipotecadas, si quieren salvaguardar la continuidad de su disfrute del inmueble hipotecado en caso de siniestro, mediante la correspondiente reconstrucción, cuando ello sea posible. Por ello esa obligación es contraria a los arts. 8 de la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y 30 del Real Decreto 685/1982, de 17 marzo que desarrolla determinados aspectos de Ley 25-3-1981, reguladora del mercado hipotecario.

La condición de consumidora de la prestataria enfrenta, además, a la obligación de asegurar impuesta con la disposición adicional 1ª, apartados 18º y 24º LGDCU, a la que es contraria por implicar sobre-garantía e imponer prestaciones adicionales no solicitadas y no susceptibles de renuncia por separado.

(II) CESIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR SEGURO. Esa cesión no puede concebirse sin que la obligación esté vencida, pero aun hallándose vencida, sin que el deudor se halle en mora o, al menos, haya incumplido. En consecuencia, es contraria a los artículos 1859 CC en relación con los arts. 621 y 634 LEC, 1176, 1877 CC, 205 CCO, 40.2 de la Ley de Contrato de Seguro y 109 y 110.2º de la Ley Hipotecaria. La restricción de las facultades de consignación del adherente-consumidor es contraria al nº 11 “in fine” de la disposición adicional 1ª LGDCU.

(III) GARANTÍA DE LAS PRIMAS ANTICIPADAS. La garantía específica de las primas suplidas por el acreedor hipotecario con una cantidad para gastos adicionales implica sobregarantía contra la disposición adicional 1ª, 18ª LGDCU por razón de la mayor preferencia de las mismas conforme al art. 1923.2º en relación con el art. 1210 CC.

Para centrar la discusión se recuerda la doctrina de la DGRN en resolución DGRN de 22 de marzo de 2001 (RJ 2001\2188), donde se señala que: “CUARTO.- En segundo lugar, debe admitirse también la inscripción de la estipulación por la que se conviene que la falta de pago de la prima de seguro opere como causa de vencimiento anticipado de la obligación de devolver el préstamo. Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 y 22 de julio de 1996), cabe inscribir como causas de vencimiento anticipado el impago de aquellas obligaciones que sigan a la cosa y que, como las primas de seguro, en cuanto crédito privilegiado (cfr. artículo 1923.2.º del Código Civil) suponen un riesgo de detrimento potencial del bien hipotecado (cfr. artículo 1129.3.º del mismo Código). Asimismo, respecto de la estipulación que impone la obligación de asegurar la finca hipotecada por

determinada suma, con la facultad del acreedor de atender al pago de las primas del seguro, cabe recordar la doctrina (cfr., por todas, la Resolución de 22 de julio de 1996) según la cual los contratantes pueden extender la garantía hipotecaria a aquellos gastos extrajudiciales que, como las primas del seguro del bien hipotecado, están en íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía cuando, como en este caso ha ocurrido, se respeten las exigencias que en aras del principio de especialidad impusieran las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, en el sentido de que han de precisarse los concretos gastos extrajudiciales que se garantizan [...]”.

Se afirma, en primer lugar, que el registrador no puede entrar a valorar tales cláusulas por carecer de facultades de calificación de las mismas, que por otro lado, tienen carácter obligacional. Esta postura se enmarca junto a un amplio sector doctrinal que niega a los registradores la posibilidad de enjuiciar las cláusulas abusivas y se acompaña por la jurisprudencia de la DGRN previa a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación que se manifiesta más contraria que favorable a ese enjuiciamiento.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la distinción entre el contenido contractual con carácter obligacional y con contenido real se refiere a una doctrina que posibilita, pese a la indivisibilidad del contrato por negociación, la posibilidad de la inscripción parcial.

En ese sentido, los registradores, históricamente, y a través de esa doctrina, han sido precursores en realizar una revisión del contenido de los documentos inscribibles a la luz del ordenamiento jurídico en su integridad a fin de evitar que los libros del Registro de la propiedad recojan cláusulas de dudosa legalidad y ello, pese a que las partes intervinientes en el contrato no presten su consentimiento a la inscripción parcial, toda vez que lo único que se requiere, en el contrato por negociación, es que preste su consentimiento a la misma el presentante o el interesado, pero no todos los que hubieren intervenido en el mismo.

Por tanto, se halla asentada, sin discusión, la facultad del registrador para revisar el contenido de los documentos que se le someten a inscripción a la luz del ordenamiento jurídico en su integridad. Entonces, lo único que cabría objetar es que los preceptos que se señalan en la nota o acuerdo de calificación no forman parte del ordenamiento jurídico, no se hallan vigentes o carecen de fuerza imperativa.

De lo que no cabe duda es que la facultad, pero también el deber de los registradores de revisar el contenido de los documentos que pretenden la inscripción, revisión a la luz de la Ley, no se olvide, se halla reconocida en el art. 18 de la Ley Hipotecaria de modo expreso y directo.

Si ello es así para el contrato por negociación, reguladas en Derecho español las condiciones generales a partir de la Ley de Contrato de Seguro de 1980, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 y culminada ésta con la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998, se viene a admitir la divisibilidad del contrato al menos en el caso de la nulidad parcial del mismo cuando las condiciones generales que integran su contenido sean abusivas, de suerte que por la misma las cláusulas abusivas son expulsadas del mismo, el cual, sin embargo subsiste en cuanto al resto.

Por lo tanto, a la luz de esa normativa parece que, respecto del contrato por adhesión, existen argumentos adicionales respecto de los ya existentes para el contrato por negociación, que no sólo autorizan, sino que obligan al registrador a calificar el contenido del contrato a la luz de la Ley a fin de distinguir entre sus cláusulas aquellas que son conformes a la Ley frente a las que no lo son y que no pueden pretender, en consecuencia, la salvaguardia judicial, lo que en todo caso sería impedido por el art. 33 LH.

Por ello, una cuestión previa a la discusión de la cláusula es el esclarecimiento en los términos indicados del problema que se ha señalado. Abundando en ello, se señalan como argumentos

adicionales, la necesidad de que los registradores mantengamos una posición activa de protección y promoción de la igualdad en la contratación no por un prurito paternalista dejado al prudente arbitrio de éste o aquél, sino por virtud del mandato que a los poderes públicos dirige el art. 9.2 CE y en relación a la contratación con consumidores el art. 51 de la misma, a cuya luz ha de interpretarse el conjunto del ordenamiento privado.

Dado el planteamiento de esa cuestión previa y su resolución en el sentido indicado, nos limitamos ahora a dejar planteado el problema de la cláusula que contiene la obligación de asegurar. A saber, si cabe, sin negociación ni justificación expresa, en condiciones generales imponer al hipotecante deudor la obligación de asegurar la finca hipotecada, si cabe el vencimiento anticipado de la obligación por el impago de las primas de ese seguro, su aseguramiento accesorio en la hipoteca y si en el pacto citado cabe la cesión de las indemnizaciones al acreedor hipotecario para la amortización de la obligación al margen de que el deudor se halle o no en mora.

7. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: VIVIENDA ADQUIRIDA EN ESTADO DE SOLTEROS QUE SE LIQUIDA COMO GANANCIAL. Se presenta en el Registro una escritura de liquidación de sociedad conyugal y disolución de condominio en la que comparecen los cónyuges, diciendo: (1) que compraron la vivienda en estado civil de solteros financiando el pago de parte del precio de la compraventa con hipoteca, y (2) que una vez que contrajeron matrimonio el préstamo fue satisfecho con dinero de carácter ganancial, de manera que la proporción del 50% de la finca tiene carácter privativo y el 50% tiene carácter ganancial.

La vivienda se adjudica íntegramente a la mujer, indemnizando ésta al marido en una cierta cantidad, de la que el 50% corresponde a la liquidación de la sociedad de gananciales y el otro 50% se entrega en concepto de disolución de condominio.

En el Registro la vivienda aparece inscrita como privativa por mitad y pro indiviso a favor de ambos cónyuges que en el

momento de la adquisición la adquirieron en el estado en el que entonces se encontraban, es decir, en estado de solteros.

Conforme al art. 1357.I CC los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrá siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial, por ello, la totalidad del bien tendrá, por mitades indivisas, carácter privativo de cada uno de los cónyuges respecto de su respectiva mitad indivisa.

Ahora bien, conforme a su apartado segundo se aplicará respecto de la vivienda familiar el art. 1354 CC, por lo que el bien tendrá carácter privativo en la proporción satisfecha con carácter privativo y ganancial el resto. Sin embargo, para que pueda aplicarse dicho precepto es necesario que consideremos que la compra descrita entra dentro de lo que el art. 1357 CC considera como compras a plazos.

Contra ello se alza el hecho de que los compradores pagaron el precio al vendedor al contado, si bien, con cargo al préstamo que al efecto obtuvieron, pero al contado al fin y al cabo. Sólo mediante una aplicación extensiva del art. 1357 podríamos entender que la compra realizada es a plazos. En ello abundaría la afirmación expresa y de mutuo acuerdo de los cónyuges de que parte del precio fue satisfecho con dinero ganancial.

Por tanto, si nos inclináramos por considerar tal adquisición como a plazos, como de modo semejante se realiza en la STS de 23 de marzo de 1992, la constancia en el Registro de la propiedad de la cuota de la finca que se reputa ganancial deberá hacerse por medio de nota marginal en virtud de documento en el que conste el consentimiento de ambos cónyuges a esa constancia, como pudiera ser el que ahora se califica, tal como resulta del art. 91.3 RH.

8. HIPOTECA UNILATERAL. Por un particular, se constituye hipoteca a favor de la sucursal en España de una entidad extranjera que no comparece a aceptar, en garantía de un

préstamo que se declara recibido. Se plantea si deben constar las circunstancias personales de la acreedora, en particular el número de identificación fiscal, su inscripción en el Registro Mercantil y nacionalidad.

Determinadas entidades de crédito, para ahorrar costes, y en el marco de una contratación que en parte se desarrolla a distancia, por la escasez de oficinas bancarias locales que esa mengua de costes acarrea, vienen obteniendo en garantía de los préstamos que conceden, hipoteca que se constituye unilateralmente con el carácter de tal por el prestatario.

En el presente caso se ha omitido por el mismo la expresión de tres circunstancias que conforme al art. 51. 9ª.b RH deben contenerse en la inscripción para identificar a la persona a cuyo favor se practique la inscripción. Si bien es cierto que hasta su aceptación la acreedora no adquirirá su derecho de hipoteca la inscripción se practica a su favor y las circunstancias personales son si cabe, en el presente caso, más relevantes, ya que deberán coincidir con las circunstancias de la entidad aceptante.

9. PRECIO DE TASACIÓN PARA SUBASTA. Se trata de un préstamo para la rehabilitación de una vivienda en el que las partes tasan la finca que se da en garantía de dicho préstamo y que será objeto de la rehabilitación, para que sirva de tipo de la subasta en un millón doscientos mil euros a coste de reposición y en un millón setecientos mil una vez terminadas las obras.

La tasación para subasta de la finca hipotecada es un requisito para que el acreedor hipotecario pueda acudir al procedimiento de ejecución directa con omisión del trámite de avalúo de los bienes, a fin de acelerar el procedimiento de ejecución en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Dicha tasación servirá de valor inicial de la subasta, sobre cuya determinación nada podrá hacer el deudor ejecutado. Resulta entonces del mayor interés el que dicho valor sea fijado con la mayor claridad a fin de evitar disputas sobre el mismo.

La determinación condicional del valor de tasación parece contraria a ese propósito de claridad, ya que para optar por uno u otro de los valores citados habrá que juzgar si la obra se ha terminado o no, lo cual puede dar lugar a divergencias, no ya entre las partes que constituyen la hipoteca, sino incluso con terceros adquirentes que las realizan con posterioridad a su adquisición. Dichas disputas no podrán ser resueltas en el procedimiento de ejecución directa, por lo que será necesario acudir al correspondiente procedimiento declarativo.

De ahí, que una fijación ambivalente del valor de tasación para subasta sea insuficiente para entender cumplido el requisito que establece el art. 682.2.1º LEC de que los interesados determinen en la constitución de hipoteca el precio en el que tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta.

III.- MARZO

1. DESESTIMACIÓN DE RECURSO GUBERNATIVO POR SILENCIO. Se viene discutiendo sobre la posibilidad de subsanar un documento pendiente de recurso gubernativo que ha sido desestimado por silencio administrativo y los efectos de tal subsanación. Se ha dicho que por encima del derecho del notario al recurso está el del particular a la inscripción, pudiendo éste subsanar pese a la vigencia del plazo de prórroga de un año y un día del asiento de presentación del art. 327 LH, ya que una vez subsanado el defecto y practicado el asiento correspondiente, el asiento de presentación se extingue.

Choca, a primera vista, que en el recurso gubernativo, hallándose pendiente de resolución una cuestión frente al órgano competente, la DGRN, pueda otro órgano inferior, el registrador, tomar una decisión que necesariamente afectará a la resolución del órgano superior.

Cuando este problema se planteó por vez primera, la DGRN en resolución de 16 de setiembre de 1997 resolvió en

contra de que se pudiera subsanar el título mientras su calificación estuviera bajo discusión en el recurso gubernativo, ya que la interposición del recurso es incompatible con la subsanación de los defectos que dieron ocasión al mismo, dado que ambas pretensiones son contradictorias, quedando pendiente la función calificadora del registrador de la decisión que adopte el órgano competente en cuanto al título complementado³.

El fundamento de esa solución se situaba en lugar que la resolución de la DGRN no fuera contradictoria con una eventual inscripción posterior –parcial o total- del título cuya calificación ha sido recurrida. Este punto de vista de la jurisprudencia registral fue acogido por la reforma del RH de 1998 en el párrafo segundo del art. 131 RH, reproduciendo la Exposición de Motivos del Real Decreto de reforma el indicado fundamento, es decir, la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios entre los asientos registrales y las resoluciones dictadas en los recursos gubernativos.

Posteriormente, la STS (sala 3ª) de 22 de mayo de 2000 declaró nulo el citado párrafo del art. 131 RH, declaración que, sin embargo, dejaba en pie la jurisprudencia de la DGRN en ese punto. A su vez, la resolución de DGRN de 15 de noviembre de 2001 venía a reiterar la anterior doctrina, reafirmando la incompatibilidad de la subsanación con la pendencia del recurso a menos que éste quedase reducido a efectos meramente doctrinales ya que “según lo establecido en los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 112, último párrafo, del Reglamento Hipotecario, la interposición del recurso gubernativo es incompatible con la subsanación de los defectos que lo motivaron, excepción hecha del recurso a efectos doctrinales que puede interponer el Notario autorizante.”

Sin embargo, la reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley 24/2001 ha dado un completo giro a la situación, al presuponer el último párrafo del art. 327 LH la subsanación del defecto pese a la pendencia del recurso, cuya tramitación continúa si no se

³ Sobre la citada resolución vid. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, “Anuario”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pp. 1086 y ss.

desiste expresamente de ella, es decir, el legislador, contra la anterior doctrina de la DGRN viene a partir de un presupuesto opuesto, ya que parece considerar que no existe incompatibilidad entre subsanación y continuación del recurso.

De existir incompatibilidad, la misma, conforme a dicho último párrafo del art. 327 LH, se pondrá de manifiesto al tiempo de practicar el asiento, quedando entonces supeditada la inscripción conforme a lo resuelto por la DGRN a la voluntad del titular del derecho inscrito, de suerte que los interesados en la inscripción bajo esa forma deberán afrontar la carga, en caso de voluntad contraria del titular citado, de litigar contra él en defensa del criterio del órgano superior, que de ese modo queda postergado frente a la decisión del registrador plasmada en la inscripción contradictoria.

Es decir, contra la naturaleza del recurso, la resolución de la DGRN lejos de zanjar un problema aparece como el punto de partida de una nueva disputa. Añádase, además, que entretanto, haya podido aparecer un tercero protegido y se tendrá una situación oscura que paradójicamente tiene su origen de un precepto legal cuya misión debería ser no la de crear confusión sino la de evitarla.

2. OBRA NUEVA DE EDIFICIO DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: HONORARIOS. Se trata de determinar los honorarios registrales cuando se practica la nota marginal de finalización de obra en viviendas de protección oficial en el folio de la finca matriz y en los de los elementos independientes, cuando en la escritura de finalización de obra no se da un valor de la misma, ni se dice si coincide o no con el valor que se declaró como de obra nueva en construcción.

La resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España de 16 de febrero de 2005 se plantea un problema parecido, como es “el determinar si son minutables por el nº 3.2 del Arancel las notas marginales extendidas en los folios de los elementos privativos

de una propiedad horizontal para hacer constar la terminación de obra, una vez hecha constar la misma al margen de la inscripción de obra nueva en construcción en el folio de la finca matriz.”

La resolución recuerda “que la constancia registral del fin de obra es una nota marginal de modificación jurídica, minutable conforme al nº 3.1 del Arancel [...] Por dicha nota marginal se hace constar que el derecho inscrito, la obra nueva en construcción, se ha modificado en cuanto que la construcción ha concluido conforme a la licencia que se concedió, implicando el cumplimiento de los deberes urbanísticos inherentes.”

En cuanto a “la forma de minutación por la práctica de la nota marginal en los elementos privativos en los supuestos de propiedad horizontal, ha sido resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 20 de julio de 2003, conforme a la cual “en cada elemento independiente, debe minutarse como nota marginal conforme al 3.2 del Arancel por cada una extendida” [...]”

Por su parte, en cuanto a la base de minutación, la resolución de la DGRN de 23 de junio de 1993 concluye “que la nota marginal acreditativa de la terminación de la construcción de un edificio o, en su caso, conjunto inmobiliario dividido en propiedad horizontal es única, y debe minutarse conforme al nº 3.1 del Arancel, sobre la base de la diferencia de valor existente entre el valor de la obra nueva en construcción y el valor final de dicha obra nueva como tal , no de la suma de los elementos independientes que la integran.”

Añade la mencionada resolución que “como actualmente, en la mayor parte de los casos, las escrituras de declaración de obra nueva hacen referencia al valor de la obra conforme al proyecto presentado y no al valor parcial de la obra en construcción, resultaría que aquella nota marginal sería gratuita al ser su baso cero. Por ello, cuando la inscripción de la construcción se minutó por todo su valor, la nota marginal que constata su terminación se minutará conforme al nº 3.2 del Arancel.”

En cuanto a la concurrencia de reducciones la resolución de la DGRN de 13 de marzo de 2003 señala que “las reducciones previstas en materia de viviendas de protección oficial excluyen las reducciones generales arancelarias, siendo aquéllas más beneficiosas para el interesado, obligado al pago”, por lo que cabrá aplicar una única reducción del cincuenta por ciento a la minutación por el nº 3.1 del Arancel, conforme al art. 8.1 de la Ley 41/1980, de 15 de julio.

Por otra parte, parece que la reducción no es aplicable para la nota marginal de finalización de la obra por el nº 3.2, ya que conforme a la resolución de 19 de octubre de 1998 “los beneficios arancelarios están siempre referidos a la escala básica del arancel y no a otros conceptos o cantidades fijas relativas a operaciones distintas, como es el asiento de presentación y las afecciones fiscales (cfr número 2 punto 5 del Real Decreto 1427/1989 que al mantener en vigor las bonificaciones en materia de VPO lo establece únicamente dentro del concepto de “inscripciones” o número 2, sin afectar al número 1 “presentación”, ni al 3 Notas Marginales).” También la Resolución-Acuerdo de 3 de mayo de 2000.

3. CANCELACIÓN DE RETRACTO A FAVOR DEL AYUNTAMIENTO. Se trata cancelar un derecho de retracto a favor del Ayuntamiento que grava una finca, un aparcamiento, y que hoy en día ha caducado, pues se constituyó en abril de 1999 con un plazo de duración de cinco años. Se presentó un contrato de compraventa en la que los otorgantes manifiestan que el derecho de retracto está caducado y solicitan su cancelación. La escritura fue inscrita en cuanto a la compraventa, pero suspendida en cuanto a la cancelación en base al art. 82 LH.

Posteriormente se presenta -para lograr la cancelación- una certificación expedida por la Secretaria del Ayuntamiento con el visto bueno del Alcalde expresiva de resolución de éste, en la que, tras el correspondiente relato de antecedentes, finaliza indicando lo siguiente: *“resultando del título por el que se constituyó este derecho su caducidad a los cinco años desde la*

fecha del otorgamiento de la escritura, se entiende procedente su cancelación registral en virtud de lo dispuesto en el artículo 82, párrafo 2º, de la Ley Hipotecaria. No obstante, lo anterior, se ha requerido manifestación expresa del consentimiento municipal para la cancelación de tal derecho Por lo anterior, HE RESUELTO: Declarar el consentimiento municipal para la cancelación registral del derecho de adquisición preferente establecido sobre la plaza de garaje número ... del sótano 3º del parking de ... (finca registral...), transmitida en su día por este Ayuntamiento a Dª ... para su sociedad de gananciales y posteriormente adquirida por D. ... y Dª ... La presente resolución pone fin a la vía administrativa...”

Se plantea, teniendo en cuenta las dificultades que implicaría tratar de lograr el consentimiento municipal manifestado en una escritura pública, si es posible despachar la cancelación en base a esta certificación administrativa, y cómo justificar la práctica de la cancelación, pues el artículo 82.II LH no parece aplicable ya que la extinción del derecho no resulta del título constitutivo, sino en todo caso de su caducidad por falta de ejercicio acreditada mediante certificación municipal. Se plantea también si puede resultar de aplicación extensiva el art. 206 LH.

Caben al respecto dos opiniones. Para una primera, se descarta que el fundamento de la cancelación haya de buscarse en el párrafo segundo del art. 82 LH, y se apunta más bien hacia el párrafo primero según el que “las inscripciones hechas en virtud de escritura pública no se cancelarán sino por... documento auténtico”. En el presente caso, nos encontramos con una certificación administrativa en la que el titular registral, reconoce que el derecho ha caducado por no haber sido ejercitado en plazo y presta su consentimiento para la cancelación registral.

Esa certificación administrativa no hay duda de que es, al amparo de los artículos 3 LH y 34 RH, “documento auténtico”, pues se puede afirmar la regularidad tanto de su origen, dado que la certificación ha sido expedida por quien se halla facultado para ello, como de su forma dado que se ha expedido con las formas y

solemnidades prescritas por las leyes (arts. 53 y 55 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas), haciendo fe –además– de su contenido.

En pro de esa opinión, también se aduce la doctrina de la DGRN en resoluciones de 26 de noviembre de 2002, de 5, 6, 7, 8 y 10 de marzo de 2003, que recogen la posibilidad de cancelar hipotecas constituidas a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social en base a documento administrativo.

Según una segunda opinión, otorgada la escritura de compraventa con posterioridad al plazo de cinco años puede entenderse que nos hallamos ante un caso de caducidad automática del art. 82.II LH, ya que la extinción del derecho resulta por el simple paso del tiempo y no hay constancia de la existencia de una compraventa anterior que hubiera podido dar lugar al ejercicio del derecho por el Ayuntamiento.

En cuanto a la cuestión de si puede resultar de aplicación extensiva el artículo 206 LH, si nos atenemos a esa segunda opinión, no parece necesario, si bien es cierto que el “documento administrativo” cobra cada día mayor fuerza en el ámbito registral, como ha quedado demostrado con la introducción del párrafo 2 del art. 206 LH por el art. 144 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y, por tanto, si la certificación administrativa es título inscribible a los efectos de inmatriculaciones, obras nuevas, mejoras, divisiones horizontales, agrupaciones, divisiones, agregaciones y segregaciones de fincas, parece que no hay razón para negar su admisibilidad a la hora de cancelar una carga ya caducada a favor de la Administración.

Desde otro punto de vista, se considera que la cancelación podría practicarse con una simple instancia del Ayuntamiento en la que quien pudo ejercitar el retracto, el Ayuntamiento, por medio de su secretario, pone de manifiesto el hecho de no haberlo hecho en plazo.

4. SEGURO DECENAL, CONCEPTO DE REHABILITACIÓN.

Se trata de la rehabilitación de un edificio en el casco histórico, habiéndose impuesto al promotor el respeto “en todo lo posible” a la estructura del inmueble. Las vigas del edificio son de madera, y por su antigüedad y mal estado han de ser sustituidas. El arquitecto se niega a certificar que se ha mantenido totalmente la estructura, porque no es verdad. Las empresas de seguros tampoco aceptan asegurar el riesgo de defecto en la estructura que exige la Ley de Ordenación de la Edificación.

El casco histórico esta en su totalidad calificado de monumental, lo que implica que sólo puede ser objeto de obras de rehabilitación. El promotor alega que no es necesario el seguro puesto que se trata de obras de rehabilitación, excluidas en la Disposición Adicional 2ª LOE. El arquitecto, sin embargo, está dispuesto a certificar que se trata de obras de rehabilitación conforme a la definición y clasificación de dicha operación por la normativa autonómica vasca. Sin embargo el Registrador se cuestiona si la definición de la normativa urbanística autonómica es aplicable a los efectos de la LOE, que no precisa con detalle qué se entiende por obras de rehabilitación.

Una variante del caso sería el del supuesto de que el promotor tenga intención de levantar uno o más pisos en la casa, lo que se halla permitido por el plan. En ese caso habría una evidente modificación de la estructura que, sin embargo, sigue encajando en el concepto autonómico de “rehabilitación”.

Se mantuvieron dos criterios, (1) el de quienes entienden que cuando la disposición adicional 2ª LOE dice “para cuyos proyectos de nueva construcción se solicitaron las correspondientes licencias de edificación con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley”, se refiere a obras de edificios cuya licencia de nueva construcción, no de rehabilitación, se solicitó con anterioridad a entrada en vigor de la LOE, y (2) el de quienes entienden que dicha disposición adicional 2ª se refiere a exclusivamente a rehabilitaciones cuya licencia se haya solicitado con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, en cuyo caso,

sería necesario el seguro decenal para todos los supuestos en que la licencia de rehabilitación se hubiera solicitado con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE.

Ateniéndonos a lo que se señaló en el Dictamen de la Comisión de Criterios de Calificación de 24 de febrero de 2003 (Ponente Carmen de Grado Sanz), “Es evidente que el proyecto a que alude es el de construcción de nueva planta del edificio en que se ha realizado ahora la obra de rehabilitación, distinción entre nueva construcción y rehabilitación claramente recogida en el art. 2º.2 de la LOE, y no a la licencia para el proyecto de rehabilitación del edificio, porque, como ya vimos, la no sujeción de cualquier obra en edificio ya existente cuando la licencia se ha solicitado con anterioridad al 6 de Mayo de 2002 ya se declaraba en la Disposición Transitoria Primera de la LOE.”

En cuanto a que debemos entender por obras de rehabilitación, señala la citada comisión, que el registrador, al tratarse de una cuestión urbanística y técnica, habrá de atenerse a la calificación de la obra que se establezca en la licencia de edificación. Sólo en caso de duda, el registrador deberá reclamar certificación del arquitecto en la que conste que el proyecto se refiere a supuestos que la LOE establece como de rehabilitación. Ello se debe a que el registrador carece de conocimientos, tanto técnicos como de hecho, respecto de las obras.

Sin perjuicio, de ello, para fijar un criterio de distinción, es preciso acudir a la confrontación legal entre las obras de rehabilitación y aquellas otras de reforma, modificación o ampliación de edificios ya existentes. De ese modo según el criterio de la mencionada comisión, se consideran obras de rehabilitación aquellas “dirigidas a cumplir los requisitos básicos que a toda edificación obliga el artículo 3º.1 de la LOE, relativos a funcionalidad, seguridad y habitabilidad del edificio, más la posibilidad expresamente incluida en el artículo 31 del Real Decreto sobre financiación del Plan 2002-2005 de la ampliación del espacio habitable.”

Por el contrario, las obras de reforma, ampliación o modificación del edificio serían aquellas, que por no venir exigidas por el deterioro del edificio, pueden considerarse de mejora, es decir “las que no tengan su causa en el deber de conservación impuesto a los propietarios de los edificios (art. 16 .1 LOE).”

De ese modo quedarían excluidas de la obligación de asegurar las obras de rehabilitación, pero no las de reforma, ampliación o modificación, con lo que respondemos a la cuestión que plantea la construcción de nuevas plantas, en el sentido de exigir, para, su inscripción el correspondiente seguro.

5. EXPROPIACIÓN: ACTAS DE OCUPACIÓN Y PAGO. El Ayuntamiento consulta en el Registro cómo inscribir varias actas de ocupación y pago relativas a la expropiación de algunas fincas por el Ayuntamiento para la construcción de una carretera. En su día no se pidió certificación del Registro de la Propiedad, y por ende no se hizo constar por nota al margen de las fincas la existencia de una expropiación en trámites. Las fincas no existen físicamente dado que la construcción de la carretera ya se ha llevado a cabo, las actas de pago y ocupación se firmaron hace cinco años, la descripción de las fincas que consta en las actas de ocupación y pago en muchas ocasiones difiere de la que se refleja en los Libros del Registro. Hay varios problemas.

(1) Problemas de descripciones de las porciones de finca que son objeto de expropiación parcial: en algunas de esas actas simplemente se dice que lo que se expropia es parte de una finca identificada por su número registral, pero sin señalar cuántos metros se expropian de dicha finca, ni la descripción de la parcela resultante de la expropiación.

(2) Problemas de identificación de los titulares de las fincas expropiadas: se señala en algunas actas que los titulares registrales comparecen representados por una determinada persona, haciendo constar detalladamente los datos del representante y de la escritura de poder, pero sin especificar en el acta quienes son

esos titulares representados, si bien se pueden deducir de las escrituras de poder, de las que acompañan simples fotocopias.

(3) Problemas de falta de coincidencia de la superficie que se expropia con lo que resulta del Registro: se expropia una determinada finca pero cuando se describe su superficie en el acta de pago y ocupación, dicha superficie es muy inferior a la que resulta de los Libros del Registro. (4) Problemas de falta de títulos: el acta de ocupación y pago se firma con los herederos del titular registral, pero a pesar de que se detallan los datos personales de tales personas, no se hace referencia a los títulos sucesorios, ni se acompañan al acta de ocupación y pago.

El Ayuntamiento propone, a los efectos de evitar los obstáculos que puedan surgir en el Registro de la propiedad, presentar actas complementarias, firmadas por la entidad expropiante, pero sin la comparecencia de los titulares de las fincas, y se justifican alegando que “han pasado ya muchos años y que dado que los titulares afectados recibieron las indemnizaciones, ya no quieren saber nada de esa expropiación y va a ser imposible que comparezcan para firmar esas actas complementarias.”

La solución propuesta por el Ayuntamiento es inadmisibles. El Ayuntamiento debió de haber solicitado en su día la certificación correspondiente y haber tenido en cuenta los datos y situación jurídica de las fincas según el Registro, que en base al art. 1 LH cuenta con la salvaguarda de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no sea declarada su inexactitud.

El art. 3 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 exige que el expediente de expropiación se entienda con el propietario de cosa objeto de expropiación. Prescindir de su consentimiento mediante rectificaciones de las actas de pago y ocupación hechas unilateralmente por el Ayuntamiento, supondría un incumplimiento flagrante de ese art. 3 LEF, y dejaría a esos titulares en la más absoluta indefensión, especialmente, cuando, como ocurre en varios casos, las

rectificaciones consisten en expropiar más metros de los que inicialmente se señalaron en las actas de pago y ocupación, teniendo en cuenta que el justiprecio viene determinado, entre otras cosas por la superficie de la parcela expropiada. Parece claro, por tanto, que es necesario el consentimiento de los titulares registrales, o en su caso de sus causahabientes. Pero se plantea el problema de la negativa o el silencio de dichos titulares ante la solicitud de su comparecencia para la firma de las actas de rectificación.

En general, se está de acuerdo en la necesidad de contar para las modificaciones que se han especificado con el consentimiento de los titulares afectados, o en su caso de sus herederos o representantes legítimos, y de no ser así será necesaria la correspondiente resolución judicial.

Sin embargo, conforme a la resolución de 17 de diciembre de 1999, no pueden descartarse otras posibilidades como (1) comunicar dicha rectificación con acuse de recibo al Ministerio Fiscal (dado que lograr la comparecencia del Ministerio fiscal parece también bastante difícil); es la solución que pretende el Ayuntamiento al amparo de los arts. 5 LEF y 51 del Reglamento. (2) Citar a los interesados para la firma de dichas actas complementarias, y en caso de no comparecencia solicitar del Ministerio fiscal un informe o certificado de no oposición a la firma de dichas actas; que si bien no implica la comparecencia del Ministerio Fiscal a la firma, al menos asegura que se ha tenido conocimiento del supuesto y que no hay oposición al acta por entenderse que no se lesionan los derechos de los titulares; a lo que se podría añadir el argumento de que los titulares han sido notificados y no han comparecido para oponerse, ni han entablado acciones legales en defensa de sus derechos.

Además, tratándose de rectificación de simples descripciones que no puedan afectar a los derechos de los titulares registrales, quizás se debiera mantener un criterio más flexible y admitir la rectificación unilateral por parte del Ayuntamiento.

6. OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA FINCA HIPOTECADA. Se vuelve a examinar la extensa cláusula sobre el seguro de la finca hipotecada que se estudió en la sesión anterior. De un lado, la estipulación por la que el hipotecante deudor se obliga a asegurar la finca hipotecada, con cesión de la indemnización a favor del acreedor, la que establece el vencimiento anticipado de la obligación por el impago de las primas de seguro y la que asegura con garantía específica las primas suplidas por la entidad de crédito que hubieran sido insatisfechas por el deudor.

En principio, se señala que la obligación de asegurar contra daños la finca hipotecada no tiene carácter real por lo que el registrador no entrará, por lo general a valorarla, dado, además, que la declaración de abusividad de la misma corresponde a los jueces. Lo mismo puede decirse de la cláusula que establece la cesión de las indemnizaciones, a menos, que el acreedor haya garantizado las cantidades pagadas por el deudor con cargo a una garantía específica. En concreto, dicha cláusula se considera justificada porque añade seguridad en la posición del acreedor, ya que de otro modo, en caso de siniestro perdería la garantía, sin que la sobregarantía se considere excesivamente perjudicial para el deudor.

Frente a ese punto de vista, sin embargo, se adujo que no puede darse el argumento general de la falta de carácter obligacional de la cláusula, ya que pese a la competencia exclusiva de los jueces para declarar la abusividad de las cláusulas de los contratos por adhesión, la calificación del registrador se limita a lo relativo a la inscripción del título y sus efectos.

Dichos efectos, si bien son limitados y se refieren, fundamentalmente a la ejecución directa de la hipoteca, son de la mayor relevancia, dado que la misma se realiza sobre la base de lo inscrito en el Registro de la propiedad, conforme al art. 130 LH. Al privar al acreedor hipotecario de la inscripción de la cláusula leonina no se le priva de garantías sino que se le induce a justificar adecuadamente la validez de la misma si quiere gozar de la

protección ejecutiva del registro. Ello es más aceptable que dejar el problema en la penumbra bajo la rúbrica de la falta de eficacia real de la cláusula o que inscribir lo que aparece como beneficioso únicamente para el predisponente. Obsérvese que lo que se rechaza es una cláusula que beneficia exclusivamente a la parte que, previamente, se había arrogado la formulación del contenido contractual, no una cláusula beneficiosa para el deudor, ni siquiera una cláusula neutra.

Por otra parte, el vencimiento anticipado de la obligación por la falta de pago de las primas del seguro depende de lo que se resuelva sobre el punto anterior. Precisamente, la falta de consideración de la cláusula por medio del argumento de la naturaleza obligacional de la misma –lo que nos lleva a una cierta indeterminación, ya que, a primera vista, toda cláusula del contrato, conforme al art. 1257 CC, es obligacional- facilita el vencimiento anticipado de la obligación, al considerar que la violación por el deudor de su obligación de pagar de las primas del seguro, a lo que se halla sujeto frente al acreedor hipotecario, por medio de la citada estipulación, sirve de pretexto para entender que, conforme al art. 1129.3º CC, el deudor disminuye las garantías a las que se halla comprometido si impaga las primas del seguro de la finca hipotecada.

Sin embargo, no puede entenderse que el deudor hipotecario se ha comprometido a otorgar al acreedor hipotecario la garantía del seguro por medio de la condición general que se estudia ahora, y que deja de prestar la garantía si impaga alguna prima del seguro.

En general, debemos de tener en cuenta que el deudor sólo está obligado a soportar los riesgos fortuitos de la relación contractual –*perpetuatio obligationis*-, cuando se ha constituido en mora, lo que es inconcebible sin un previo incumplimiento.

Por su parte, el acreedor hipotecario no puede anticipar la *perpetuatio obligationis* por medio de una condición general en la que se estipula una obligación accesoria cualquiera, como la de

asegurar la finca hipotecada por el deudor en beneficio del acreedor sin una justificación suficiente, que debe resultar de la cláusula misma, lo que, en el caso estudiado, que es paradigmático, no sucede.

El efecto vejatorio de dicha cláusula se revela con claridad por el hecho de que sujeta al deudor de buena fe, cumplidor puntual, a los mismos efectos, *que sin dicha cláusula*, sólo se impondrían –mediante moderación judicial– al deudor constituido en mora –es decir, se equipara al deudor honrado con su “alter ego” más torpe–, por lo que de ese modo el acreedor trata a su deudor y cliente ordinario como moroso, lo que resulta, a todas luces, inadmisibile.

Por otro lado, la cesión de las indemnizaciones al acreedor hipotecario se aparta, en perjuicio del deudor asegurado, de preceptos que, como establece el art. 2 de la Ley de Contrato de Seguro son imperativos, como son los arts. 40 a 42 de la misma. Además, como ya se indica en la nota de despacho referida en la anterior sesión la garantía específica de las primas suplidas por el acreedor hipotecario implica sobregarantía, lo cual, por otro lado, no produce beneficio alguno adicional al mismo.

7. ESCAPARATE COMO ELEMENTO PRIVATIVO. Se pretende inscribir una propiedad horizontal en la que en la fachada del edificio se crea un escaparate o expositor a los efectos de colocar anuncios publicitarios. Se plantea en primer lugar si ese pequeño espacio destinado a escaparate puede configurarse como un elemento privativo con su propia cuota. Y en segundo lugar si se puede inscribir teniendo en cuenta que en la licencia de obra nueva no se hace referencia alguna a la posibilidad de instalación de escaparates en la fachada.

Se mantuvieron dos posturas. Una contraria a admitir que cualquier espacio, con independencia de su tamaño, pueda ser considerado como elemento privativo en una propiedad horizontal; ello en base fundamentalmente a entender que sólo deberían considerarse como elementos privativos en la propiedad

horizontal aquellos que pueda configurarse como elementos susceptibles de ser utilizado independientemente como vivienda o como local.

Otra mayoritaria según la que debería admitirse considerar como elemento privativo todo aquello que pueda ser utilizado independientemente con salida o acceso desde la vía pública o desde los elementos comunes, y con asignación de cuota de participación en dichos elementos comunes, sin que parezca necesario que la licencia de construcción especifique que la misma se extiende al escaparate, lo cual, por otro lado, es un problema que se plantearía a la hora de inscribir la declaración de obra nueva pero no la de la propiedad horizontal.

Por lo demás, en pro de la constitución del escaparate como elemento independiente se aduce una practica consolidada que admite la venta e hipoteca de tales elementos, que obviamente, para ello, han de preexistir como elementos independientes.

8. INFRASEGURO DE EDIFICACIÓN A LOS EFECTOS DE INSCRIPCIÓN DE SU OBRA NUEVA. Se trata de una obra nueva inscrita en construcción para la que se ha declarado un determinado valor. Ahora se presenta acta de terminación de obra y en el seguro decenal preceptivo consta un capital asegurado inferior al que se declaró inicialmente. El problema consiste en que no se puede despachar la terminación de obra toda vez que el valor declarado de la obra es superior al capital asegurado.

Para solucionar el problema se presentó una escritura de rectificación del valor declarado de la obra nueva en construcción, compareciendo la titular registral, esto es la entidad mercantil constructora, con lo que se dejó vía libre para, tras el despacho del documento de rectificación, despachar el acta de terminación de obra.

En general, la Ley de Contrato de Seguro admite el infraseguro, con la consecuencia establecida en la llamada regla

proporcional del art. 30 LCS, según la cual, “Si en el momento de la producción del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del interés, el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción en la que aquélla cubre el interés asegurado.” Ahora bien, como la LOE establece el seguro decenal con carácter obligatorio y en beneficio de los adquirentes de vivienda, se ha considerado oportuno no admitir un seguro por debajo del valor del interés asegurado.

En efecto, según la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 11 de septiembre de 2000, la acreditación ante Notarios y Registradores de la Propiedad al autorizar e inscribir, respectivamente, las escrituras de declaración de obras nuevas terminadas y actas de finalización de obras, de la constitución y la vigencia de las garantías a que se refiere el art. 19 y 20.1 de la Ley 38/1999 de 5 de Noviembre de Ordenación de la Edificación, se realizará mediante la presentación de la propia póliza del contrato, completada con el documento que acredite su entrada en vigor; mediante un certificado expedido por la entidad aseguradora acreditativo de la constitución y vigencia del contrato, o mediante suplemento de la entrada en vigor del seguro, en el que se particularicen las condiciones del contrato. Y entre las circunstancias relativas al seguro que se tienen que hacer constar en la póliza, se incluye la del capital asegurado, que como mínimo debe ser igual al coste final de ejecución.

9. PAREJAS DE HECHO. Se plantea como ha de inscribirse la adquisición que realizan quienes manifiestan hallarse conviviendo como pareja de hecho y adquirir para su sociedad de gananciales, a cuyo efecto presentan certificación del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que consta hallarse vigente entre ellos dicho régimen.

La postura favorable a la inscripción de la adquisición pasa por ignorar la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi para regular la materia en su integridad, en particular respecto del territorio de Guipúzcoa y de parte de Álava y Vizcaya; pasa también, por no tener en cuenta que la

constitución del régimen económico de convivencia se hace por medio de documento privado a diferencia de lo que ocurre para el matrimonio, donde se exige capitulaciones matrimoniales.

Fuera de ello, la manifestación de los adquirentes de que lo hacen para su régimen económico de convivencia según las reglas del Código civil para el régimen de la sociedad de gananciales, acompañado de la certificación del Registro autonómico de parejas de hecho, en la que conste que la pareja se rige por las reglas de los gananciales, parece suficiente para la inscripción de la misma.

Ahora bien, como quiera que la inscripción no convalida la falta de efectos de los actos, conforme al art. 33 LH, pese a que se coloca a la adquisición en la forma declarada bajo la salvaguardia de los Tribunales, no ciega, por las razones dichas, las fuentes que alimentan la inseguridad jurídica, la cual únicamente puede ser eliminada mediante la correspondiente regulación del legislador estatal.

10. HIPOTECABILIDAD DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO. Se plantea si es posible dar en hipoteca el aprovechamiento urbanístico inscrito.

El art. 307.5 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992 considera que serán inscribibles en el Registro de la propiedad los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, a su vez, el art. 3.1 del Anexo Urbanístico al Reglamento Hipotecario considera inscribibles en el Registro de la propiedad los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico, incluso como cuando den lugar a un derecho separado del suelo, mediante la apertura de folio independiente. Además, la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de suelo y urbanismo de Euskadi regula en su disposición adicional 2ª las transferencias de aprovechamientos en actuaciones asistemáticas en suelo urbano. Por todo ello, parece indudable la posibilidad de hipotecar dicho derecho

11. DESAFECTACIÓN DE UNA PORCIÓN DE LOS ELEMENTOS COMUNES. Se presenta en el Registro una escritura en la que comparece el presidente de una Comunidad de Propietarios que cuenta con más de ochenta elementos independientes, junto con un miembro de la comunidad, que adquiere y agrega a su vivienda una porción de los elementos comunes que, segregada previamente, se le transmite por el presidente. Se testimonia el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios por la que se autoriza la desafectación de la indicada porción y su segregación y venta para su agregación a la vivienda del copropietario compareciente, sin que haya alteración de cuotas de comunidad. Se plantea el régimen del arrastre de cargas.

A primera vista, las cargas que gravitan sobre todos y cada uno de los elementos privativos alcanzan a sus elementos comunes, por lo que, en apariencia, según un criterio lógico, la desafectación y segregación de una porción de ellos arrastrará, de modo automático, todas las cargas de todos y cada uno de los elementos independientes, sobre esa porción tal como viene a declarar la resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2000.

Y ello, pese a que en el caso resuelto, la porción objeto de desafectación no era estrictamente necesaria para el adecuado uso y disfrute de los elementos privativos y, por lo tanto, su detracción de los elementos comunes no tuvo porque disminuir el valor de los elementos privativos sino que pudo incluso, al crearse un nuevo elemento independiente, suponer una disminución de las cargas comunes.

Una cuestión idéntica se discutió en la sesión de 18 de mayo de 2004. Abundando en lo que entonces se dijo, cabe plantearse ahora, cómo puede llevar la lógica, a una situación de complejidad semejante, la cual no resulta de inmediato, sino que exige el escrutinio metódico de cada folio independiente de la propiedad horizontal, tenga ésta pocos o muchos elementos.

Es decir, la situación de cargas de la porción desafectada no resulta de inmediato de la desafectación, sino que debe

construirse tras una investigación cuidadosa de las cargas de todos y cada uno de los elementos independientes de la propiedad horizontal, lo que dará lugar a un prolijo arrastre de cargas en pugna con la brevedad que predica del mismo el art. 51.7^a RH.

Por ello, parece que existen fuertes razones para admitir a la desafectación como libre de cargas de una porción de los elementos comunes. Finalmente, si alguno de los acreedores hipotecarios se considerase perjudicado o menoscabada su garantía conservará la vía de los arts. 117 LH y 1129 CC para defender su derecho.

Carlos Ballugera Gómez
Javier Regúlez Luzardo

NOTICIAS INTERNAS AKADEMIAREN ALBISTEAK

En el primer trimestre del año 2006 la actividad de la Academia ha sido fructífera, pues se han realizado diversas actuaciones de hondo contenido jurídico, amén del proseguir ordinario.

Merece la pena destacar en esta relación de “Noticias internas – Akademiaren albisteak,” las siguientes:



Asistentes a la Inauguración del curso 2005-2006, en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Bilbao.

1.- El pleno de la Junta Directora se ha reunido en la sede social, los días 24 de enero y está citada para el martes 28 de marzo. El

acta de esas reuniones así como las de las anteriores están, como es lógico, a disposición de los asociados.

2.- Las SECCIONES DE DERECHO PÚBLICO y de DERECHO FINANCIERO – FISCAL han celebrado, con abundante concurrencia, en el salón de actos del Colegio de Abogados, sendas JORNADAS.

2.1 -La de DERECHO PÚBLICO versó sobre la “*Ley Vasca para la Igualdad de mujeres y hombres*” y se celebró el día el jueves 19 de enero de 2006.

Abrieron la Jornada nuestro Presidente don Adrián Celaya, el Decano del Colegio de Abogados y doña Arantza Madariaga, Secretaria General de “Emakunde”; disertando en la 1ª Ponencia (*‘Presentación general de la Ley’*) don Ander Bergara Sautua, responsable de programas de “Emakunde” y Coordinador de la Ley objeto de la Jornada. la 2ª Ponencia (*‘La Ley de Igualdad, desde el punto de vista del Ararteko’*) fue desarrollada por el Ararteko don Iñigo Lamarca Iturbe; la 3ª Ponencia (*‘Ley de Igualdad y Administración Pública’*) por quien hasta poco antes era Secretario General del Régimen Jurídico de la Vicepresidencia del Gobierno Vasco, don Enrique Lucas Murillo; la 4ª Ponencia (*‘Una visión desde la abogacía’*) por la Vicedecana del Colegio de abogados doña Juana Balmaseda; la 5ª Ponencia (*‘Una visión desde los Servicios Sociales’*) a cargo de los Servicios sociales de Mujer y Familia; la 6ª Ponencia (*‘El punto de vista de las mujeres empresarias’*) por la miembro de la Asociación de empresarias Directivas de Bizkaia, doña Ana Armesto; la 7ª Ponencia (*‘El punto de vista sindical’*) por doña Felisa Piedra, de la Secretaría de la Mujer de Comisiones Obreras; la 8ª Ponencia (*‘El punto de vista de los Tribunales’*) por doña Lucía Ruano Rodríguez, Titular del Juzgado de los Social nº 2 de San Sebastián; la 9ª Ponencia (*‘El punto de vista de la Inspección laboral’*) por el Jefe de Inspección de Trabajo de Bizkaia don Manuel Velázquez; En la Conferencia de clausura participaron doña Teresa Freixes, Catedrática de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona.

El acertado contenido y desarrollo de la Jornada dio lugar a un interesante debate.



Sesion Inaugural del curso 2005-2006, D. Javier Oleaga, D. Manuel López Pardiñas, D. Andrés Urrutia y D. Adrián Celaya.

2.2.- La SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO – FISCAL en las tardes de los días 8 y 15 de febrero llevó a efecto una doble Jornada sobre *“Los Nuevos Reglamentos Tributarios de Recaudación y de Revisión en vía administrativa”*

La del primer día, concretada al *“NUEVO REGLAMENTO DE RECAUDACIÓN DEL TERRITORIO HISTÓRICO DE BIZKAIA”*, fue moderada por el Delegado en el País Vasco de la AEDAF don Eduardo Cornas Valle, exponiendo sendas Ponencias doña Nieves Pereda Chavarri, Subdirectora de Recaudación de la Hacienda Foral de Bizkaia y don Iñigo Ormaetxea Garay, Jefe del Servicio de Recaudación de la Hacienda Foral de Bizkaia.

La del segundo día, referida a la *“REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS DE NATURALEZA TRIBUTARIA: EL REGLAMENTO DE 27 DE DICIEMBRE DE 2005”* fue moderada por don Alberto Atxabal Rada, miembro de la AVD –ZEA y se compuso de dos Ponencias. Una, a cargo del don Emilio del Villar Marzo y de doña Esther Ortiz Arrese

(Subdirector de Gestión Tributaria de la Hacienda Foral de Bizkaia, y Técnica de la misma Subdirección, respectivamente), titulada “*El recurso de reposición. La devolución de ingresos indebidos. Otros procedimientos de revisión*”. Y otra titulada “*La revisión en vía económica-administrativa*”, expuesta por don Ignacio Andía Ortiz, Secretario del TEAF de Bizkaia

Finalizó la jornada atendiéndose las diversas preguntas de los asistentes.

2.3.- La SECCIÓN DE DERECHO CIVIL - MERCANTIL organizó otra JORNADA, en colaboración con la Cámara de Comercio de Bilbao, que se celebró en un salón de dicha Cámara, el pasado día 3 de marzo. El tema tratado fue “*La implantación del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea*” .

Las conferencias fueron pronunciadas por doña Rosalía Alfonso, de la Universidad de Murcia, la titulada ‘*El Desarrollo normativo de la sociedad Cooperativa europea*’, por Mr. Apóstolos Ioakimidis, de la Dirección General de Empresa e Industria de la Comisión Europea, la titulada ‘*Problemática de la implantación de la sociedad cooperativa europea en los Estados miembros*’ y por don José Luís Bouso Huerta, de la Diputación de Bizkaia, la titulada ‘*Régimen fiscal de la Sociedad Cooperativa Europea*’. Hubo así mismo una “Mesa Redonda” moderada y participada por don Adrián Zelaya Ulibarri, de la Mondragón Corporación Cooperativa, quien además leyó la información redactada por doña Zorione Arregui (responsable de la Asesoría Jurídica de M.C.C. y directiva de AVD – ZEA) sobre ‘*Utilidad práctica y perspectivas de la Sociedad Cooperativa europea*’, e interviniendo sobre el contenido sustancial de la Jornada los señores don Alejandro Barahona Riber (Subdirector General de Fomento y Desarrollo Empresarial y Registro de Entidades), y la ya citada doña Rosalía Alfonso.

Culminó la Jornada con un animado debate.

3.- La ASAMBLEA GENERAL se reunió, en la sede social, el día

veinticuatro de enero, y el borrador del Acta correspondiente se ha remitido a todos los miembros para su conocimiento y aprobación en su caso en la próxima asamblea.

4.- El día 9 de marzo se ha reunido la Comisión de Seguimiento del convenio con la Excm. Diputación de Bizkaia – Bizkaiko Foru Aldundia.

5.- Por parte de la Sección de Derecho Privado se está preparando una Jornada sobre la regulación legal de “LA SACA FORAL”, a realizarse el jueves 4 de mayo en el Salón de Actos del Colegio de Registradores.

6.- Se ha recibido una subvención por parte del Colegio de Registradores, y se está a la espera de otras, lo que nos permitirá, y al mismo tiempo obligará, a hacer más activa y fructífera esta AVD – ZEA.

Javier Oleaga Echeverría

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA VASCA DE DERECHO

- Boletín 0, Junio de 2003. Contiene los Estatutos de la Academia.
- Boletín 1, Noviembre de 2003, 72 págs.
- Boletín 2, Junio de 2004, 88 págs
- Boletín 3, Septiembre de 2004, 100 págs.
- Boletín 4, Diciembre de 2004, 110 págs.
- Boletín 5, Marzo de 2005, 112 págs.
- Boletín 6, Junio de 2005, 120 págs.
- Boletín 7, Septiembre de 2005, 152 págs.
- Boletín 8, Diciembre de 2005, 176 págs.
- Boletín extraordinario 1, Diciembre de 2004, Jornadas sobre el poder testatorio y el artículo 831 del Código Civil.

COLECCIÓN CLÁSICOS DE DERECHO VASCO

REPRODUCCIÓN EN FACSIMIL

1. Derecho Civil de Vizcaya de Rodrigo de 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), con una introducción de Javier Chalbaud, 160 págs.
4. Estudios Jurídicos del Fuero de Vizcaya (1918), con una introducción de José Miguel Gorostiza Vicente, 382 págs.

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 cumplimiento 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 inscripción 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

IZENA EMATEKO ORRIA

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIARI

Ni,

jaun/andrea, zuzenbidearen jardunean ari naiz,

gisa; edo, hala denean, zuzenbideko lizentziaduna edo doktorea naiz,
jardunean ez dagoena.

(ea)n bizi naiz (..... posta-kodea),

(kaleko) zenbakiaren

..... (solairuan)

Jakin badakit zein diren ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIAK dituen iza-
era eta helburuak. Ondorenez, elkarte horren bazkide aktibo legez izena eman
nahi dut, eta neure gain hartzen dut betebeharra, bazkide-eginbeharrak betetzeko
eta urtero-urtero 50 euroko kuota ordaintzeko.

Sinadura

Zuzenbide publikoa

Zuzenbide pribatua

Finantza- eta zerga-zuzenbidea

.....beste edozein atal interesgarri aipa daiteke.

.....izeneko bankuari/aurrezki kutxari

Jaun-andre horiek: ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIako bazkide egin
naizenez gero, arren eskatzen dizuet izen-emate horren ondoriozko urteko kuotaren
ordainagiriak ordaintzea, nire kontu honen pentzudan (mesedez, 20 digituak bete):

Kontu-korrontea _ _ _ _ _

Sinadura

Orri hau helbide honetara bidali:

ZUZENBIDEAREN EUSKAL AKADEMIA,

Errekalde zumardia 8, lehenengoa, eskuina.

Telefonoa: 94 425 57 15 – Faxa: 94 424 64 99

Helbide elektronikoa: secretaria@avd-zea.com

www.avd-zea.com

48009 BILBO