



revista valenciana  
**d'estudis autonòmics**

2010 | n° 54 | Vol. 2

**Redacción y administración:**

Dirección General de Coordinación del Desarrollo Estatutario y Promoción del Autogobierno.  
Conselleria de Governació. C/ Historiador Chabas, 2. 46003 Valencia.  
Tl. 96 398 66 51. Fax 96 398 6810.  
E-mail: rvea@gva.es

**Distribución y suscripción:**

Llibreria de la Generalitat (LliG)  
C. Navellos, 8. 46003 València  
Tl. 96 392 60 80. Fax 96 391 32 73

**Producción:**

La Gráfica ISG

**ISSN:**

Depósito legal:

# El Derecho Foral Civil Valenciano y la pedagogía jurídica en la Europa del siglo XXI



Honorable Sr. D.  
Serafín Castellano Gómez  
CONSELLER DE GOVERNACIÓ

Bien saben quienes tienen el Derecho como su instrumento diario de trabajo, que un ordenamiento jurídico no es un cuerpo inerte sino un organismo vivo, cambiante, sometido a constantes modificaciones con las que sus artífices tratan de resolver los múltiples y variados problemas a los que se enfrenta cualquier sociedad. Es cierto que el Derecho se nutre, en buena medida, de encomiables construcciones teóricas que lo fijan y estructuran, pero también lo es que sin la necesaria permeabilidad puede quedarse en una mera abstracción sólo apta para iniciados.

Si se quiere que los ciudadanos sientan como propio un ordenamiento jurídico, lo conozcan y piensen que puede ser útil para solventar sus conflictos, es primordial que las instituciones públicas lleven a cabo una labor de promoción, difusión y divulgación, es decir, que asuman una cierta tarea de *pedagogía jurídica* para dar a conocer la relevancia y la virtualidad de cada norma. En este sentido, el trabajo que realizan diariamente los profesores universitarios, impartiendo su magisterio a las futuras generaciones de operadores jurídicos, debe verse complementado por la decidida implicación de las Administraciones Públicas a la hora de impulsar, patrocinar u organizar exposiciones, conferencias, congresos, jornadas, seminarios, publicaciones y otras iniciativas similares, encaminadas todas ellas a brindar instrumentos que permitan conocer cada ordenamiento y la historia que lo ha ido conformando progresivamente.

Consciente desde su creación de la importancia de esa tarea divulgativa y promocional, la Conselleria de Governació ha procurado asumirla y cumplirla con particular interés en el ámbito de la recuperación y el desarrollo del Derecho Foral Civil Valenciano. Y no sólo para ejercer la competencia exclusiva que el Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana atribuye a la Generalitat en este ámbito, sino también por tener el pleno convencimiento de su trascendencia para la sociedad

valenciana del siglo XXI. De ahí que, durante 2008, se pusieran en práctica iniciativas como la organización de una importante campaña divulgativa para dar a conocer los contenidos de la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano en toda la Comunitat, o la celebración de unas Jornadas sobre "*Constitución, Derecho Foral y codificación civil*", con asistencia de prestigiosos especialistas procedentes de distintos ámbitos del Derecho –profesores universitarios, notarios, registradores de la propiedad y abogados-. Y por ese mismo motivo, durante 2009 se organizaron, entre otras actividades, la Exposición "*Els Furs. La identitat d'un poble*", integrada por piezas únicas procedentes de varios archivos históricos y bibliotecas, y un Congreso Internacional sobre "*Los Derechos Civiles en España y Europa*".

La mencionada Exposición puso al alcance de todos los valencianos, entre octubre y diciembre del pasado año, la posibilidad de acceder a documentos originales de incalculable valor, directamente vinculados con la historia del antiguo Reino de Valencia y con nuestra época foral. La gran afluencia de público durante los dos meses que duró la Exposición refrendó, sin duda, la iniciativa adoptada, demostrando el gran interés de la ciudadanía por conocer su pasado para entender mejor su presente.

Por su parte, el Congreso Internacional sobre "*Los Derechos Civiles en España y Europa*" congregó en la ciudad de Valencia, entre el 21 y el 23 de octubre de 2009, a algunos de los más reputados especialistas en el ámbito del Derecho Civil, no ya sólo de España sino también de otros países europeos, y alcanzó un notable éxito de asistencia que corroboró el acierto de haber organizado dicha actividad.

Durante el Congreso se abordaron, con una perspectiva comparada nacional e internacional, temas como el presente y el futuro del Derecho Civil Europeo, el Derecho de Familia, el Derecho Interregional de Sucesiones en España, el proceso de codificación en aquellas Comunidades Autónomas que cuentan con un Derecho Civil, Foral o Especial, propio, y los aspectos más relevantes de la recuperación y el desarrollo de nuestro Derecho Foral Civil, partiendo del hito que supuso la ya aludida Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano y continuando con algunos de los proyectos normativos sobre los que la Generalitat está trabajando en la actualidad, en materia de sucesiones, custodia compartida y contratos agrarios.

El alto nivel de las conferencias desarrolladas durante el Congreso y el profundo calado de los debates que tuvieron lugar a lo largo de sus intensas sesiones, hicieron pensar en la indudable conveniencia de publicar las ponencias presentadas como un segundo volumen especial del número 54 de la *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, que era el inmediatamente posterior a la finalización del evento de referencia. En este sentido, el conjunto de los trabajos que ahora me complace en presentar ofrece una amplia, variada y enriquecedora visión sobre la situación actual del Derecho Civil en España y en Europa, tratando con rigor y exhaustividad algunos de los aspectos que mayor interés han concitado entre los especialistas en la materia durante los últimos años.

Con la publicación de estos trabajos, a cuyos autores quiero agradecer muy sinceramente su colaboración durante el Congreso y durante el periodo de preparación de este volumen, la *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms* se erige, nuevamente, en un foro para la exposición de opiniones diversas, para el avance y el progreso de la sociedad valenciana a través del debate. Vuelve a ser, en definitiva, una gozosa oportunidad para efectuar *pedagogía jurídica* en el marco de la apasionante tarea de recuperar, desarrollar y poner en valor el Derecho Foral Civil Valenciano, dentro de una Europa que vive en constante evolución.



## Congreso Internacional: Los Derechos Civiles en España y Europa

Il diritto civile europeo: presente e futuro Prof. Dr. Guido Alpa	8
El derecho civil europeo: presente y futuro Guido Alpa Traducción castellana por Alejandro Valiño	40
El Derecho de familia desde una perspectiva europea Cristina González Beilfuss	74
Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro M <sup>a</sup> Ángeles Egusquiza Balmaseda	92
El Derecho civil de Aragón M <sup>a</sup> Ángeles Parra	108
Las novedades en el Derecho civil de Galicia Domingo Bello Janeiro	128
La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña Joan Egea Fernández	160
Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Miguel Coca Payeras	180
Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco Clara I. Asua González	200
Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades M <sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero	216
Inter-regional conflicts within the United Kingdom relating to Private International Law of Succession - The development of the applicable law rule Paul Beaumont and Philip Bremner	238
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable Paul Beaumont and Philip Bremner Traducción castellana por Alejandro Valiño Arcos	254
Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria José Luis Iglesias Buhigues	272











# Il diritto civile europeo: presente e futuro

Texto de:  
Prof. Dr. GUIDO ALPA

## 1. Il diritto civile come strumento dell' integrazione europea

Il diritto civile, inteso nella sua accezione classica, secondo la tradizione dei sistemi giuridici dell' Europa continentale, cioè come il complesso della elaborazione teorica dei giuristi, delle regole poste dai legislatori con codici civili e leggi speciali, delle pronunce rese dalle corti, delle prassi interpretative instaurate dagli operatori, affidato per quasi due secoli alle dimensioni nazionali, da alcuni decenni ha riconquistato una dimensione europea. Di "riconquista" si tratta e non di semplice conquista, perché nei secoli che hanno preceduto le codificazioni l' Europa ha conosciuto una fervida, intensa, proficua stagione creativa, fondata sul diritto romano, sulla *lex mercatoria*, sul diritto naturale, sui principi illuministici che avevano delineato in embrione i diritti di libertà che oggi campeggiano nelle Costituzioni nazionali, nonché nella Carta europea dei diritti dell' uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea. Era l' "Europa del diritto" di cui ha scritto pagine memorabili un giurista di respiro internazionale, Paolo Grossi, descrivendo l' ascesa e il declino del pluralismo giuridico<sup>1</sup>.

Con l' affermarsi degli Stati nazionali, con l' avvento dell' epoca delle codificazioni, per quasi due secoli il diritto civile si è sviluppato in ambiti più angusti, delimitato com' era dai confini nazionali, pur mantenendo nei diversi ordinamenti un nucleo comune costituito da terminologia, principi, e molte regole dovute alla sua augusta tradizione storica. Certo, nella "respublica jurisconsultorum" (per mutuare l' espressione dal libro immaginifico di Giuseppe De Gennaro pubblicato nel 1731) le operazioni di scambio e di trapianto, la circolazione di idee e di modelli, il dialogo non si sono mai arrestati, come dimostrano la storia delle nostre Università e la ricca bibliografia delle opere non solo dei cultori del diritto comparato ma anche dei cultori del diritto civile, in particolare di quello fiorito nei Paesi del Mediterraneo.

1. *L' Europa del diritto*, Laterza, Bari, 2007; Alpa e Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano, 2005.

E' però innegabile che la nuova svolta è stata impressa dalla fondazione della Comunità economica europea . Da quel momento, dal Trattato di Roma del 1957, in cui si sono posti i pilastri della unificazione europea, è iniziato un processo di integrazione che dapprima ha lambito e poi investito in pieno il diritto civile. E' pur vero che la nuova stagione si è avviata per ragioni economiche, poi si è estesa alla sfera sociale e da ultimo alla sfera politica; ed è vero che dapprima il suo fondamento era costituito dal diritto patrimoniale, in particolare dal diritto della concorrenza e dalle quattro libertà di circolazione di beni, servizi, persone e capitali. Ma con l' affermarsi del diritto dei consumatori, del diritto contrattuale europeo, con l' approvazione della Carta dei diritti fondamentali si è ormai in presenza di un diritto civile europeo vigente, anche se incompiuto. E si è in presenza di una "Europa dei diritti", perché la cittadinanza europea , oltre ad assicurare a ciascun cittadino di uno Stato Membro i diritti propri dell' Unione, si è fatta garante dei diritti fondamentali inscritti nel catalogo della Carta, che è immediatamente applicabile anche in senso orizzontale e non solo in senso verticale.

## 2. L'integrazione europea attuata mediante strumenti normativi

L' integrazione europea si sta dunque realizzando mediante il "tessuto normativo": uso questa espressione un po' vaga, perché si discute se il complesso delle regole adottate dagli Stati membri e riguardanti l' Unione, le regole adottate dagli organi comunitari, con effetti sul diritto applicato nei singoli Stati , le regole introdotte dai legislatori nazionali in attuazione di normative comunitarie, ed ancora le pronunce della Corte di Giustizia nonché i principi generali elaborati dai giuristi ed applicati nella prassi possa essere configurato come un vero e proprio "ordinamento", con le sue fonti e la sua validità, sia un "sistema giuridico", anche se sui generis, se sia un vero e proprio sistema assimilabile a quelli statali . Come tutti i complessi normativi, sotto la spinta dell'autopoiesi, anche questo ha creato problemi di coordinamento, di semplificazione, di contenimento. La relazione della Commissione intitolata "Legiferare meglio"<sup>2</sup>, raffigurata la situazione, indica le misure che si debbono adottare, anche al fine di applicare in modo più intenso il principio di sussidiarietà e il principio di proporzionalità, il primo più diffusamente osservato, il secondo qualche volta violato.

Anche sotto questo punto di vista non si possono fare generalizzazioni. Per convenzione si parla di "mercato unico" al singolare, ma in realtà vi sono mercati diversi a seconda dei diversi macrosettori considerati (lavoro, beni, servizi, capitali), e sub-settori che obbediscono a regole differenziate.

Con riguardo al diritto privato, non solo ragioni di politica comunitaria ma anche ragioni di chiarezza del dettato normativo hanno spinto gli organi comunitari a trasformare le convenzioni in regolamenti – ne sono esempio eclatante i regolamenti sulla legge applicabile in materia di obbligazioni contrattuali (Roma I) e di obbligazioni extracon-

---

2. COM (2007) 286 def.

trattuali (Roma II) – e a perseguire con le direttive il livello di armonizzazione massima. Regolamenti e direttive che limitano quanto più possibile le opzioni dei legislatori nazionali sono il modo più semplice per circoscrivere il pluralismo interpretativo, il pluralismo normativo di settore, il pluralismo dei sistemi: dal punto di vista della certezza del diritto (comunitario) e della uniformità del trattamento delle categorie all'interno delle quali si possono ascrivere i titolari dei diritti tutelati certamente di stratta di misure ragionevoli rivolte ad agevolare l'integrazione europea. Ma non sempre è possibile oppure consigliabile una uniformazione normativa *tout court*. Un conto è la semplificazione legislativa, altro conto la semplificazione amministrativa, come risulta dal programma d'azione per la riduzione degli oneri amministrativi dell'Unione elaborato dalla Commissione europea<sup>3</sup>, un conto sono le misure che riguardano le PMI – assunte con lo Small Business Act del 25.6.2008 – altro conto sono le misure riguardanti le professioni, altra cosa ancora il contemperamento degli interessi economici con gli interessi sociali e con i diritti fondamentali e i diritti configurati dagli status di cittadino, lavoratore, consumatore, etc.

La politica di espansione dell'ordinamento comunitario è stata criticata sotto molti profili: ad es., perché in vari settori gli organi comunitari si sarebbero attribuiti una competenza estranea ai limiti stabiliti dal Trattato di Roma; perché la uniformazione delle regole esporrebbe gli ordinamenti nazionali ad un processo troppo accelerato di avvicinamento; perché la formazione dall'alto soffocherebbe la spontanea emersione di regole non scritte, perché il "sovra nazionalismo interpretativo" implicherebbe un deficit di democrazia. La "governance europea" ha infatti imboccato una nuova strada: dal principio del mutuo rinascimento, che consente a ciascun ordinamento di prevedere le proprie forme giuridiche ponendosi in concorrenza con gli altri è passata, in alcuni settori, alla tecnica della "comitologia", con cui diversi attori sociali si affacciano sulla scena della regolamentazione, portatori di interessi tra loro opposti, ricomposti sulla base di discussioni, confronti, e di norme di soft law, e in altri settori alla uniformazione vera e propria.

Unificare i metodi di normazione credo sia impossibile, ed in ogni caso non ragionevole: un esempio per tutti valga ad argomentare questo assunto. Le direttive che si occupano della libertà di prestazione professionale e della libertà di stabilimento concernono l'attività forense; un'altra direttiva si occupa delle qualifiche professionali; presto sarà attuata la direttiva sui servizi, che si occupa delle materie non disciplinate dalle due direttive precedenti e dell'attività svolta da imprese e professionisti che operano in tutti gli altri settori. Ebbene, un conto è lo svolgimento dell'attività forense, che riflette tradizioni storiche tra loro assai diverse e non riconducibili ad unità, con le sue regole di formazione e di accesso alla professione, con i suoi principi di libertà, autonomia e indipendenza, presidio della tutela dei diritti e quindi pilastro dello Stato di diritto; altro conto il prodotto di quella attività che, nella misura in cui può essere qualificato come "servizio", può obbedire a regole comuni. Accanto a queste due dimensioni – le direttive che assicurano un minimo comun denominatore concernente la libertà di svolgimento dell'attività con il titolo acquisito nel proprio Stato e nell'ambito dell'Unione e la libertà di scelta del luogo nel quale stabilire il proprio centro di attività; e la direttiva che fissa

3. COM (2007) 23 def.

regole uniformi per misurare la qualità del servizio – vi è la dimensione autodisciplinare, affidata a codici deontologici; il codice europeo di deontologia forense, al quale si sono spontaneamente uniformati i codici deontologici vigenti nelle singole esperienze nazionali, esprime appunto l'esigenza di consentire agli appartenenti alla categoria professionale di formulare liberamente e convenzionalmente regole deontologiche con le quali vigilare sui comportamenti degli avvocati. La convivenza di tre diversi modelli di regolazione appare una soluzione ragionevole, ha dato buoni frutti, non è così urgente la sua sostituzione (ove mai fosse tecnicamente possibile) con un modello uniforme.

E tuttavia proprio le esigenze della integrazione del mercato, il mercato professionale, sono alla base di quelle indagini e di quelle comunicazioni che in ambito europeo militano a favore della revisione delle regole inerenti le professioni, considerate come altrettanti ostacoli alla circolazione dei servizi nel mercato interno, come un costo improduttivo per le imprese, come una fonte di protezionismo corporativo. La chiave di volta di tutto il sistema è, ancora una volta, il principio di concorrenza, applicato qui come se l'attività professionale fosse assimilabile a quella dell'impresa, il servizio corrispondente all'esercizio dell'attività intellettuale come se fosse una merce di scambio, il controllo sulla qualificazione effettuato mediante un esame di Stato come se fosse una misura legittimata di restrizione dell'accesso e della libera esplicazione della libertà di agire.

Ma si tratta della applicazione di un principio invocato per ragioni tecniche, di un principio evocato per affermare una politica di pari trattamento e di apertura dei mercati al gioco competitivo, oppure di un velo che nasconde interessi contrapposti al corretto assolvimento di un compito essenziale nella protezione dei diritti? Anche là dove si applicano modelli più aperti alla concorrenza, come la Gran Bretagna e la Scandinavia), non si mai rinunciato ad un controllo di competenza e qualificazione, al controllo deontologico, alla differenziazione dell'attività professionale intellettuale da quella delle imprese. I progetti che vorrebbero plasmare questo settore secondo puri principi di mercato – mi riferisco al più recente, il c.d. Rapporto Darrois per la riforma delle professioni legali in Francia – le critiche e le perplessità sono prevalse, almeno per il momento.

### 3. L' integrazione mediante regolamenti

Il Consiglio e il Parlamento europeo hanno approvato due regolamenti, il cui testo era già applicati dagli Stati Membri firmatari in forma di convenzione, inerenti l'uno alla legge applicabile in tema di obbligazioni contrattuali (Convenzione di Roma, 19 giugno 1980) e l'altro alla legge applicabile in tema di obbligazioni extracontrattuali (Reg. n. 864/07).

Il primo regolamento inverte la gerarchia dei criteri previsti dalla convenzione, la quale si rimetteva innanzitutto alla volontà delle parti, in ossequio al principio di libertà contrattuale. La libertà delle parti assume infatti un rilievo residuale, perché il regolamento stabilisce come criteri prioritari di individuazione della legge applicabile: la residenza abituale del contraente che fornisce la prestazione caratteristica; il luogo individuato

rigidamente per certi tipi contrattuali (ad es., per la vendita, la residenza del venditore, per l'asta, il luogo in cui è avvenuta l'asta, per il franchising, il luogo di residenza dell'affiliato, per la distribuzione, la residenza del distributore, per i servizi finanziari intermediati, il luogo fissato dalla direttiva in materia, per l'assicurazione il luogo di residenza dell'assicurato). Per i contratti conclusi con il consumatore il collegamento è dato dal luogo di residenza del consumatore, sempre che in quel luogo il professionista svolga la sua attività con ogni mezzo, inclusi i mezzi telematici e informatici. Non è sufficiente che il professionista sia accessibile mediante questi mezzi, occorrendo anche che sia prevista nelle condizioni contrattuali l'uso della lingua o della moneta locale.

Il secondo regolamento è il n. 864/2007 (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11.7.2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (<Roma II><sup>4</sup>). Senza riprendere nell'intero contesto il Regolamento, che pure presenta aspetti vantaggiosi rispetto alla situazione pregressa, sia per l'uso dello strumento, sia per i principi generali che introduce, si consideri la sorte delle regole in materia di responsabilità del fabbricante.

L'art. 5 del Regolamento cit. pone essenzialmente tre problemi di interpretazione: due riguardano il sistema del diritto internazionale privato, in particolare (i) la definizione esatta del contenuto della disposizione e (ii) il suo rapporto con la disciplina oggi vigente nel nostro ordinamento (cioè l'art.63 della l.31.5.1995, n.218); il terzo riguarda la disomogenea attuazione della direttiva 85/374 sulla responsabilità del fabbricante per i danni cagionati da prodotti difettosi, che porta ad una discriminazione dei danneggiati, attese le scelte opzionali effettuate dai legislatori nazionali e le discrepanze nell'interpretazione della direttiva (iii).

**(i)** La disposizione in esame ha avuto un percorso accidentato, perché il Parlamento europeo aveva proposto di sopprimerla, ritenendo sufficiente l'applicazione della regola generale in materia di illeciti extracontrattuali<sup>5</sup>. La Commissione ha preferito conservarla per ragioni di certezza del diritto. Il testo approvato modifica le stesure precedenti, aggiungendo ai tre criteri di collegamento già previsti (la legge del paese di *residenza comune* al presunto responsabile e al danneggiato, ex art. 4 c.2, la *residenza* del danneggiato e il luogo di *acquisto* del prodotto difettoso) un quarto criterio di collegamento costituito dal luogo in cui si è verificato il *danno*.

Quest'ultimo criterio (*lex loci damni*) è il criterio generale in materia di illecito e si sostituisce al criterio generale universalmente applicato, che aveva aperto molti problemi interpretativi (*lex loci commissi delicti*): ciò perché in alcuni ordinamenti la responsabilità oggettiva è considerata una responsabilità ex lege, che non richiede la verifica della colpa del danneggiante, e quindi vi erano dubbi sulla stessa applicabilità della convenzione (ora regolamento), e in altri ordinamenti la distinzione tra il danno-evento (lesione del diritto) e danno-conseguenza (effetti pregiudizievole

4. In G.U.C.E., L 199/40 del 31.7.2007

5. v. COM(2006) 0083, def. del 21.2.2006, §3.4.

della lesione) creava dubbi sulla scelta del luogo in cui il danno si era cagionato e quindi sul criterio di collegamento della legge applicabile. La scelta del nuovo criterio generale è certamente felice, perché ormai, anche se il Regolamento non offre una lista di definizioni terminologiche delle parole usate, il *danno* nel diritto comunitario è inteso non tanto come evento lesivo quanto come il fatto che pregiudica la salute, la proprietà o gli interessi della vittima in conseguenza del comportamento illecito del danneggiante.

Al principio generale si fa eccezione in caso di danno cagionato da un prodotto difettoso. In questo caso la Commissione ha ritenuto di privilegiare il luogo in cui il danneggiato risiede, forse per uniformare questa disciplina a quella delle obbligazioni contrattuali contratte dal consumatore.

L'eccezione al principio della *lex loci damni*, data dalla responsabilità da prodotto, è giustificata dall'obiettivo di ripartire equamente i rischi inerenti a una società moderna altamente tecnologica, di tutelare la salute dei consumatori, di incentivare l'innovazione, di agevolare gli scambi commerciali (considerando n. 20). Tutte queste argomentazioni sono apprezzabili, ma non colgono nel segno: riguardano la giustificazione della responsabilità oggettiva del fabbricante, ma non il fatto che si sia scelto come criterio prioritario il luogo di residenza del danneggiato. Meglio sarebbe stato se la scelta di uno tra i criteri di collegamento fosse stata rimessa, per l'appunto, al danneggiato, il quale avrebbe potuto scegliere la legge più favorevole.

**(ii)** Il Regolamento prevale sulla disciplina interna, e quindi modifica l'art. 63 della l. 31.5.1995, n. 218, che, molto più opportunamente, rimetteva al danneggiato la scelta tra la legge dello Stato in cui si trovava il domicilio o l'amministrazione del produttore, oppure quella dello Stato in cui il prodotto era stato acquistato.

**(iii)** Come accennavo, la differenza non è marginale perché sono ancora notevoli le differenze di disciplina del risarcimento del danno da prodotti nei diversi ordinamenti dei Paesi Membri: una relazione della Commissione, ormai non più aggiornata (neppure dopo l'ingresso dei nuovi dieci Paesi Membri), aveva posto in luce come queste differenze riguardino tuttora elementi essenziali della fattispecie, quali il nesso causale, la prova del difetto del prodotto, il rischio dello sviluppo (che è incluso nell'area del risarcimento in Finlandia, Lussemburgo, Spagna, Francia e Germania), la durata della prescrizione, la franchigia e le voci di danno coperte dalla direttiva<sup>6</sup>. Il problema dovrà essere risolto in via prioritaria, come è stato posto in luce dalla stessa Commissione nella seconda relazione sullo stato di avanzamento relativo al quadro comune di riferimento<sup>7</sup>, progetto che si propone di coordinare in modo sistematico l' *acquis communautaire* nonché le regole di attuazione vigenti negli ordinamenti nazionali.

La morale che si ricava dunque dal nuovo Regolamento in materia di legge applicabile al danno da prodotti è che ciascun danneggiato (non solo il "consumatore" in senso

---

6. COM (2000)83 def del 31.1.2001.

---

7. COM (2007) 447 def del 25.7.2007.

proprio, ma anche il bystander) può appellarsi solo alla legge del proprio paese, sperando che sia la migliore; in alternativa dovrà dimostrare la prevalenza di un criterio più stretto, costituito da una relazione preesistente con il produttore, quale un contratto (art.5 c.2), e ciò nel caso il danneggiato ritenga che la legge del produttore sia a lui più favorevole. Qui allora la discriminazione interverrebbe tra danneggiati che hanno concluso un contratto direttamente con il produttore (ma non con l'importatore, il fornitore o il venditore finale) e sono pertanto *acquirenti* del prodotto, e tutti gli altri danneggiati, che non possono avvalersi di questo criterio di collegamento perché non hanno concluso il contratto, ma sono semplici consumatori o semplici bystanders. Per converso i produttori avranno interesse ad esportare in quei Paesi dell'Unione in cui le regole sono a loro più favorevole<sup>8</sup>.

## 4. L'integrazione normativa mediante le direttive e la proposta di direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori

Anche il ricorso alle direttive ha dato luogo a diversi problemi come risulta dagli studi di ambito generale<sup>9</sup> e dagli studi di settore<sup>10</sup>. Dai primi emerge che le omissioni, i ritardi, gli errori dei legislatori nazionali nella attuazione delle direttive sono ancora all'ordine del giorno, costituiscono un ostacolo alla integrazione del mercato europeo e richiedono un intervento attivo degli organi comunitari, anche se la situazione è notevolmente migliorata negli anni più recenti. Il deficit nell'attuazione era stato fissato all' 1,5 %: dei 27 Paesi membri solo 5 appaiono in una posizione di criticità (tra questi si registrano la Polonia e il Lussemburgo), mentre già 17 si sono avvicinati all' 1%. Ma anche qui non si possono fare generalizzazioni: se si guarda alle tabelle e alle situazioni più preoccupanti, il nostro Paese è deficitario nel settore della disciplina dei servizi finanziari, la Repubblica Ceca lo è nel settore dei servizi sociali, la Grecia lo è nel settore dell'energia e dei trasporti, insieme con il Portogallo e l' Austria. La soluzione della legge comunitaria annuale, che ha trovato entusiasti imitatori in altri Paesi, ha ridotto il numero delle direttive non attuate, ma non ha risolto l'altro problema consistente nella

8. Per ulteriori osservazioni v. Palao Moreno, *Book VI of the DCFR (Non-contractual Liability Arising Out of damage Caused to another) and European Private International Law*, in ERPL, 4-2009, p. 703 ss.

9. V. ad es. la ricerca pubblicata nel mese di gennaio 2007 dalla DG Affari economici e finanziari, con il titolo *Steps towards a deeper economic integration: the internal market in the 21st century*, e il Rapporto *Internal Market. Scoreboard*, n. 18, del mese di dicembre 2008.

10. V. ad es., la ricerca predisposta a cura dell' IMCO-Internal Market and Consumer Protection, dal titolo *Transposition, implementation and enforcement of consumer law*, del mese di febbraio 2009 sui diritti dei consumatori.

loro esatta trasposizione: sempre l'Italia è al penultimo posto (l'ultimo è occupato dalla Polonia) nella graduatoria dei Paesi membri per il numero dei casi di inesatta o incompleta attuazione.

Due direttive fondamentali per il diritto dei consumatori e per il diritto civile comune – quella sulla responsabilità del produttore per i danni derivanti dalla circolazione di prodotti difettosi e quella sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori – richiedono qualche considerazione ulteriore.

### **La responsabilità del produttore**

A seguito delle risposte ottenute con il Libro Verde<sup>11</sup> sulle modificazioni della direttiva (85/374/CEE del 25 luglio 1985) la Commissione ha affidato a due enti, lo studio legale Lovells e la Fondazione Rosselli l'analisi di due aspetti riguardanti l'attuazione della direttiva: rispettivamente, la differenza dei modelli nazionali e l'esimente costituita dal rischio dello sviluppo.

La prima analisi ha accertato che circa venti anni di applicazione delle normative in materia non avevano incrementato il contenzioso né esteso la protezione dei consumatori. In ogni caso, molte risposte al Libro Verde non erano favorevoli ad alcuna revisione della direttiva. Si poteva tuttavia coordinarne il testo con altre previsioni correlate, ad es., con la disciplina delle garanzie nelle vendite (Dir. 99/44).

Anche i risultati della seconda analisi non appaiono eclatanti, dal momento che la risposta è stata nel senso di conservare la disciplina attuale, anche se qualche Paese Membro aveva fin dalla approvazione della direttiva incluso il rischio dello sviluppo nell'ambito dell'area della responsabilità del fabbricante.

Poiché la direttiva, all'art. 13, prevede che il regime speciale di responsabilità introdotto, fondato su una sorta di responsabilità oggettiva attenuata (in quanto richiede al danneggiato la prova del difetto del prodotto) possa coesistere con le regole previste dal diritto comune, e quindi che siano azionabili rimedi diversi sulla base di quanto stabilito dal diritto interno, era nato il problema del coordinamento di questa regola con quelle interne. La Corte di Giustizia, decidendo due casi in materia<sup>12</sup> ha stabilito che la direttiva ha la finalità di assicurare l'armonizzazione massima delle regole applicate negli Stati Membri, che pertanto non è possibile conservare una disciplina alternativa in sede nazionale, a meno che tale disciplina non rechi rimedi diversi da quelli offerti dalla direttiva.

Le ricerche hanno inoltre messo in evidenza che le divergenze tra i sistemi nazionali sono dovute al fatto che molte corti ragionano ancora in termini di colpa del produttore (eventualmente presunta), altre invece considerano provato il difetto anche se le cause del danno non sono chiarite.

Vi sono poi differenze dovute alla rilevanza della disciplina amministrativa concernente la sicurezza dei prodotti e sulla responsabilità del venditore finale.

---

11. COM, 2000, 893 final.

12. Gonzales Sanchez v. Medicina Asturiana SA, C-183/00 e Commissione v. Francia, C-52/00.

La situazione in Italia è ora agevolata dalla inclusione di questa normativa nel Codice del consumo (d.lgs. 6.10.2005, n. 206). E' pur vero che il difetto può cagionare danni a tutti, quindi anche a vittime che non siano qualificabili come "consumatori" (e per questo la commissione che ha redatto il codice, da me presieduta, è stata criticata da parte della dottrina), ma è anche vero che la inclusione di queste norme nel codice non preclude la loro applicazione ai non consumatori ed inoltre consente di coordinare questa disciplina con le altre regole in materia.

L'art.115 novellato dispone che è produttore il fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, il produttore della materia prima, nonché l'agricoltore, l'allevatore, il pescatore e il cacciatore.

I casi non sono molti – circa una trentina, se si considerano le decisioni pubblicate sulle riviste- e si può dire che le corti considerano oggettiva la responsabilità prevista dalla direttiva, anche se non mancano voci contrarie in dottrina.

### **Le clausole abusive**

In alcuni ordinamenti – in Germania, Olanda e Portogallo – la disciplina si fonda sul principio che chi predispone testi contrattuali e quindi non negozia le clausole inserite nel contratto si trova in una posizione di vantaggio rispetto alla controparte; e pertanto si assoggettano a limitazioni di validità tali clausole, sia che esse siano sottoposte al consumatore, sia che siano sottoposte ad un professionista. In altri ordinamenti – come in Francia, Belgio e Lussemburgo – le clausole predisposte si considerano vessatorie perché imposte alla parte più debole, e quindi il loro controllo riguarda solo i contratti conclusi con il consumatore, ma include anche le clausole negoziate. Vi sono poi Stati, come quelli scandinavi, che assommano le due caratteristiche per estendere l'applicazione del controllo, e altri, come l'Italia, che applicano il controllo solo ai contratti dei consumatori, escludendolo per le clausole negoziate.

Vi sono poi differenze in ordine alla nozione di consumatore. In alcuni Stati questa nozione include qualsiasi destinatario finale, in altri si considerano consumatori anche gli enti che non hanno finalità di lucro.

Divergenze sussistono anche sul requisito, additivo allo squilibrio significativo, della contrarietà a buona fede: in sette ordinamenti questo requisito non è richiesto (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Slovacchia). Anche l'allegato alla direttiva che elenca le clausole presuntivamente abusive è stato applicato in vario modo. Vi è poi contrasto tra gli ordinamenti nazionali in ordine alla natura della nullità della clausola (se cioè essa sia assoluta o relativa); è prevalente il rimedio della nullità assoluta (mentre in Italia si è preferito quello della nullità relativa). Anche il parametro di chiarezza e comprensibilità delle clausole è interpretato in modo differenziato, e non sono univoci i rimedi per le clausole oscure.

Infine, i metodi di controllo sono diversi: è prevalente il controllo giudiziale, ma sussistono anche modelli di controllo amministrativo, e modelli nei quali si adotta il metodo persuasivo, rivolto a convincere il predisponente della opportunità di modificare il proprio schema contrattuale, espungendo le clausole vessatorie. A questo proposito si

sono rivelati fruttuosi sia gli interventi delle Camere di Commercio, sia quelli operati da associazioni di categorie di professionisti che hanno siglato "protocolli d'intesa" con le associazioni dei consumatori (come l' A.B.I. e l' A.N.I.A.).

Una ricerca assai densa e ricca di spunti è stata condotta sull'attuazione di alcune direttive sui diritti dei consumatori, con particolare riguardo alla nozione di consumatore e di professionista, al diritto di recesso e agli obblighi informativi<sup>13</sup>. Da questa ricerca, nella quale i coordinatori hanno posto in luce, esaminando gli ordinamenti nazionali, quante siano ancora le differenze di disciplina che ledono la posizione giuridica dei singoli consumatori nell'ambito del mercato interno, è nato un orientamento uniforme della Commissione europea.

La Commissione ha infatti elaborato una proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa ai "diritti dei consumatori"<sup>14</sup>. Il testo contempla cinquanta articoli e alcuni allegati costituiti da formulari e tavole di raffronto. L' *exposé des motifs* comprende ben sessantasei considerando e si estende per venti pagine: la direttiva è volta alla revisione dell' *acquis communautaire* in materia di consumo, a semplificare il quadro normativo vigente, a migliorare il funzionamento del mercato interno e a risolvere i problemi posti dalla conclusione di contratti transnazionali. A questo proposito sono state introdotte disposizioni sulla scelta della legge applicabile in materia di obbligazioni contrattuali (c.d. "Regolamento Roma I" n. 593 del 17.6.2008). Tuttavia la Commissione ha preso atto che l'applicazione del Regolamento, che consente al consumatore di invocare le regole nazionali (art.6), non esclude che possano porsi conflitti interpretativi tali da ostacolare la circolazione di merci e servizi. Di qui una scelta molto rilevante, consistente nell' aggirare gli scogli della legge applicabile con la previsione di regole contrattuali uniformi riguardanti i rapporti tra professionisti e consumatori in modo tale che in ogni ordinamento nazionale dei Paesi dell' Unione si possano applicare le medesime regole. Questo risultato è ottenuto – nei voti della Commissione – compiendo due operazioni: la redazione di un testo unitario che coordina le direttive comunitarie sui rapporti tra professionisti e consumatori, e la scelta del livello di armonizzazione, qualificata come "completa" o "totale" e "mirata" ("ciblé").

Questa scelta è molto rilevante perché, fino ad oggi, il diritto comunitario in materia di consumatori era affidato a direttive "minimali", le quali, stabilito per l' appunto un "minimo comun denominatore" costituito da principi non derogabili da attuare in tutti gli ordinamenti nazionali, consentivano ai singoli legislatori di elevare il livello di protezione. Il sistema presentava il vantaggio di non deprimere la tutela dei diritti negli ordinamenti in cui essa era più forte rispetto agli ordinamenti meno garantisti e nello stesso tempo di consentire a questi ultimi di adeguarsi gradualmente ai modelli più forti, nei settori di volta in volta considerati. Si riscontravano tuttavia due aspetti negativi: il trattamento giuridico dei rapporti con i consumatori finiva per essere variegato, e il gra-

---

13. Schulte-Noelke, Twigg-Flesner, Ebers, *EC Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Monaco, 2008.

14. COM (2008) 614/4 del l' 8.10.2008.

do di tutela ad essi assicurato cambiava da Paese a Paese. L'armonizzazione completa, proposta dalla Commissione, è invocata dai professionisti, che si trovano attualmente a dover fronteggiare notevoli costi transattivi dovuti alla varietà delle regole applicabili, e dalle associazioni dei consumatori, che di volta in volta dovrebbero suggerire ai propri iscritti la migliore legge da applicare al contratto, tra le due che vengono in considerazione. Essa implica tuttavia una sorta di "ingessamento" del settore, la cui evoluzione dipenderà - se la proposta sarà approvata - esclusivamente dal legislatore comunitario, che limiterà quindi le scelte interne.

La proposta non riguarda tutte le direttive del settore, ma solo quelle aventi ad oggetto alcune tipologie di modalità di conclusione del contratto (i contratti conclusi fuori dai locali commerciali, i contratti a distanza) e alcuni ambiti inerenti il contenuto (le clausole abusive e le garanzie nella vendita). Il risultato è un "minicode" del consumo, in cui, a seguito delle definizioni e del campo di applicazione (artt.1-4), si regolano l'informazione (artt.5-7), il diritto di recesso (artt.8-20), alcuni aspetti della vendita (artt.21-29), le clausole contrattuali (artt.30-39) e aspetti inerenti l'applicazione della direttiva (artt.40-50).

L'art.43 stabilisce che se il "diritto applicabile" appartiene al sistema di uno Stato membro il consumatore non può rinunciare ai diritti che gli sono attribuiti dalla direttiva. Il che implica che le regole siano inderogabili e che la differenza fondamentale tra una direttiva come questa, tendente alla armonizzazione completa, e un vero e proprio regolamento è esigua, consistendo soprattutto nella tecnica legislativa (attuazione dei principi, per l'una, immediata applicazione, per l'altro), e nei tempi di attuazione.

Altra scelta rilevante concerne le definizioni di "consumatore" e di "professionista", nelle quali si è inserito il settore delle attività "liberali". Per la verità si tratta di un semplice chiarimento, posto che nella nozione di "professionista" si comprendevano già l'imprenditore e il professionista che svolge attività intellettuale, come definiti nel codice civile. Tra le novità si segnalano obblighi imposti agli intermediari che operano per conto dei consumatori, uniformi scadenze temporali per il diritto di recesso, l'imposizione al venditore del rischio di perdita o di danni alle cose nel corso della consegna, la previsione di una lista di clausole qualificate come abusive e una lista di clausole che si presumono abusive fino a prova contraria, offerta dal professionista.

Sono rimaste fuori dall'ambito di applicazione della direttiva le regole pure incluse nell'*acquis communautaire* riguardanti le pratiche commerciali sleali, le etichette, la sicurezza dei prodotti, la responsabilità del fabbricante, i servizi turistici, il credito al consumo, i rimedi. Salvo il credito al consumo, le altre materie sono oggetto del Codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n.206 e succ. modif.), che rimane quindi intatto per le materie escluse e dovrà invece essere corretto per le materie trattate dalla direttiva, entro il termine da essa assegnato, quando sarà approvata.

Nulla si dice sulla direttiva concernente i servizi, che deve essere attuata dagli Stati membri entro il dicembre 2009, nonostante si possa verificare una parziale sovrapposizione di regole, soprattutto per quanto riguarda l'informazione e le clausole contrattuali.

## 5. L' integrazione normativa mediante "Codici"

I lavori della commissione per lo studio di un "codice civile europeo" coordinata dal prof. Christian von Bar sono stati una vera palestra non solo per capire l'importanza e l'incidenza del diritto comparato nella evoluzione delle forme giuridiche dei rapporti economici e sociali, ma anche per affrontare i problemi della armonizzazione dei principi e della uniformazione del diritto. Mi sono fatto paladino dell'iniziativa presso gli avvocati italiani e nell'ambito dell'avvocatura europea. Ora che vedo il risultato di questo lavoro, ne sono soddisfatto; e nei limiti di tempo assegnatimi, vorrei dare conto di queste ragioni di apprezzamento.

Il DCFR (*Draft Common Frame of Reference*)<sup>15</sup> persegue il fine di assicurare principi uniformi nella materia del contratto in generale e delle obbligazioni in generale, dei contratti speciali, della responsabilità civile, dell'arricchimento ingiusto, della *negotiorum gestio*, dei *trusts* e si compone di principi inerenti l'*acquis communautaire* sul diritto dei consumatori e di definizioni terminologiche e nozionali. È il risultato del processo in atto in cui si avvicinano gli ordinamenti nazionali, non solo nell'ambito delle direttive comunitarie approvate, ma anche nel settore delle regole generali che concernono il "common core" del diritto civile. Analoghi tentativi si stanno compiendo anche in materia di diritto di famiglia, di diritto delle assicurazioni, di rimedi processuali. Non è un semplice *restatement* del diritto vigente, ma si propone di introdurre regole innovative tali da soddisfare le esigenze di una società moderna e complessa come quella in cui operiamo. Non sacrifica i modelli nazionali, ma sussume di essi i principi comuni, adoperando una terminologia adattabile ai diversi contesti locali.

Non mi soffermerò sulla struttura del Draft, anche se sarebbe interessante capire la ragione della collocazione delle regole sulle obbligazioni, che sono posposte (Book III), anziché anteposte alle regole sul contratto (Book II) mentre, essendo il contratto una delle fonti delle obbligazioni, ci si aspetterebbe una scelta diversa. Così, appaiono interessanti le regole su <acquisition and loss of ownership of goods> (Book VIII), che nel codice civile italiano sono sparse nel libro sulla proprietà e negli altri libri, con riguardo alla disciplina dei singoli contratti o della tutela dei diritti; allo stesso modo, si capisce l'enfasi posta sui <proprietary security rights in movable assets> (Book IX), che nel codice civile italiano sono appena accennati, dal momento che una delle finalità del Draft consiste nell'allestire regole funzionali alla integrazione del mercato interno, alla circolazione di beni e servizi dando certezza ai rapporti, affidamento agli imprenditori, tutela ai destinatari; del tutto nuove – per il giurista italiano – sono le regole sui <trusts> (Book X), che nel diritto italiano o si surrogano con le regole giurisprudenziali concernenti il negozio fiduciario o si derivano dalla convenzione internazionale in materia, ritenendo che essa contenga anche norme di diritto sostanziale.

Molte sono le novità in materia di contratti. Mi soffermerò solo su alcune di esse, scegliendo quelle che possono apparire più rilevanti agli occhi del giurista italiano.

15. *Draft Common Frame of Reference, outline edition*, a cura di von Bar, Clive, Schulte-Noelke, Monaco, 2009.

Le regole sulla libertà contrattuale, con cui si apre il libro II, è stata oggetto di ampia analisi nel corso del seminario organizzato dal Consiglio nazionale forense (Italian Bar Council) di cui ho fatto cenno, ma anche di un seminario tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell' Università di Roma La Sapienza (i cui atti sono in corso di stampa, ESI, Napoli, 2009)..

Nei due seminari si sono esaminati i limiti alla libertà contrattuale, intesi nel rapporto tra disposizioni inderogabili e disposizioni derogabili (mandatory e non mandatory rules), nel rapporto tra legittimazione del potere contrattuale e abuso del potere contrattuale, nell'applicazione del principio di trasparenza e del principio di buona fede e correttezza (good faith and fairness).

Due sono tuttavia gli aspetti che più colpiscono – direi favorevolmente – il giurista italiano, che trova nel Draft molte regole congeniali perché già previste dal *Codice civile*, come quelle sull'oggetto, sull'interpretazione del contratto, sulla simulazione etc. Mi riferisco ai "pre-contractual duties" e agli "unfair terms".

Come sottolineavo poco fa, il Book II del Draft contiene regole riguardanti il contratto in generale, ma all'interno di ciascun istituto distingue (i) regole rivolte a disciplinare i contratti conclusi da contraenti non qualificati, (ii) regole rivolte a disciplinare contratti conclusi da consumatori, (iii) regole rivolte a disciplinare contratti conclusi da professionisti "deboli", (iv) regole rivolte a disciplinare contratti conclusi da consumatori "deboli". Il primo gruppo di regole però non è neutro, come si potrebbe pensare di primo acchito. Perché pur essendo rivolte a tutti i contraenti, queste regole contengono correttivi ispirati alla trasparenza del contratto, alla buona fede e correttezza del comportamento, al divieto di abuso contrattuale, che soddisfano sia l'esigenza di "moralizzare" il mercato, sia l'esigenza di dare ingresso ad istanze sociali che non sarebbero realizzate compiutamente dal libero gioco delle forze in campo.

Ebbene, il Chapter 3 del Book II riguarda la materia del <Marketing and pre-contractual duties> (II.-3:101 – 3:501). La materia è del tutto nuova rispetto al *Codice civile*, che contiene (primo tra i codici moderni) regole specifiche in materia di trattative e responsabilità precontrattuale (artt. 1337-1338). A fronte dei principi generali riferiti alla applicazione della clausola generale di "buona fede" nella fase precedente la conclusione del contratto e all'obbligo di comunicare all'altra parte le cause di invalidità del contratto, la giurisprudenza italiana ha completato il precetto normativo stabilendo la natura extracontrattuale della responsabilità per violazione di queste disposizioni e l'entità del danno risarcibile contenuto nel c.d. *interesse negativo* (rimborso dei costi sostenuti nel corso della trattativa e liquidazione dei profitti perduti per non aver concluso altri contratti). Gli obblighi nella fase precontrattuale sono dunque limitati e non tipizzati: essi riguardano soprattutto l'interruzione della trattativa senza giustificazioni, ma non l'obbligo di *disclosure* di fatti e circostanze, salve le cause di invalidità del contratto.

L'adempimento di precisi obblighi precontrattuali di informazione riguardanti l'elenco dei dati e la trasmissione di note e documenti esplicativi è previsto solo da leggi speciali concernenti i contratti con i consumatori e i contratti conclusi dalle banche, dalle società di assicurazione e dalle società di intermediazione finanziaria nei confronti dei clienti.

Per contro il Draft eleva a regola di tenore generale ( da osservarsi cioè nei confronti di chiunque, come si dice nel testo "another person") nel caso di vendita di goods, assets, services obblighi di informazione a carico dell'imprenditore ("business"): non identifica in dettaglio le informazioni che debbono essere date, ma impiega una clausola generale, fondata sulla ragionevole aspettativa ("...reasonably expect...") della controparte, e tiene conto dello standard di qualità e della prestazione, qualificate come "normali" attese le "circostanze" (II.-3:101).

Nel caso la controparte sia anch'essa un imprenditore ("business") la violazione del dovere corrisponde al difetto di fornire l'informazione che sarebbe attesa tenendo conto delle buone prassi commerciali ("good commercial practice"). Certamente questa è una assoluta novità per la nostra esperienza , ove la trattativa tra professionisti è normalmente affidata al libero mercato, salve per l'appunto le regole speciali.

Il Draft disciplina poi gli obblighi precontrattuali di informazione nei confronti del consumatore che potremmo definire "medio"(II. -3:102) e del consumatore particolarmente svantaggiato (II.-3:103); prevede regole sulle informazioni trasmesse in tempo reale e mediante mezzi elettronici (II.-3:104, 3:105). Prevede inoltre che siano resi noti il prezzo, l'identità e il recapito dell ' imprenditore (II.-3:107,3:108).

In generale, prevede che le informazioni siano chiare e precise, ed espresse in un linguaggio semplice e intelligibile (II.-3:106).Anche questa è una grande novità: nel nostro ordinamento non è stato codificato un principio di tal fatta ; regole simili si applicano solo ai contratti del consumatore in virtù della direttiva comunitaria in materia di clausole abusive.

Analogo principio è previsto dal Draft a proposito delle clausole predisposte da una parte e sottoposte all'altra (II.-9:402). Anche in questo caso, con disposizione non derogabile dalle parti (II.-9:401) le clausole debbono essere redatte e comunicate in modo chiaro, semplice, intelligibile.Se così non è, la clausola è considerata "unfair" e quindi non vincolante.

Nel caso di violazione degli obblighi precontrattuali la sanzione è il diritto al risarcimento del danno ("loss")(II.-3:501) , che va al di là del semplice *interesse negativo*. Quando sarà pubblicato il commento occorrerà verificare se i redattori ascrivano la fattispecie all' area della responsabilità extracontrattuale, piuttosto che non a quella della responsabilità contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano in materia di onere della prova e di prescrizione dell'azione risarcitoria. E' evidente però la scelta effettuata dai redattori : il contratto concluso in violazione degli obblighi precontrattuali di per sé è valido, e non risolubile; per contro, in caso di clausole "unfair" la clausola non è vincolante (II.-9:408).

La recente giurisprudenza della Corte di cassazione italiana prevede invece la risoluzione del contratto, se l'obbligo di informazione è previsto per legge, con conseguente risarcimento del danno contrattuale; ma vi sono decisioni che applicano il rimedio della nullità , con le conseguenti restituzioni.

Il Draft prevede poi regole speciali quando il contratto è concluso con il consumatore (II.-3:102).

Un altro esempio di elevazione del diritto dei consumatori al livello di normativa generale è dato dalla applicazione del principio di invalidità delle clausole predisposte da una parte e sottoposte alla controparte.

Nel *Codice civile italiano* – per la prima volta nei codici moderni – si sono previste regole sulle condizioni contrattuali predisposte da una parte e sottoposte all'altra, senza fare distinzioni di status; tuttavia se sono accettate mediante specifica sottoscrizione le clausole non sono invalide (art. 1341 c.2) .

Qui invece le clausole si sottopongono al vaglio della "unfairness", cioè ai "significantly disadvantages" imposti alla parte contraente con un comportamento contrario a buona fede e a fair dealing (II.-9:404) , non fa differenza se la controparte è un consumatore o un non-consumatore.

Ma se la controparte è un imprenditore ("business") il Draft estende la tutela anche a questo e va al di là dello stesso diritto comunitario che riserva questa tutela solo al consumatore. Il Draft quindi non riflette, almeno a questo proposito, l'orientamento degli ordinamenti nazionali e neppure l'orientamento del diritto comunitario; non opera qui né come *restatement* e neppure come specchio del diritto comunitario, ma accoglie le istanze di certa dottrina e di certi organismi (come la Law Commission inglese) che avevano auspicato la moralizzazione del mercato nella redazione delle clausole e nella loro imposizione mediante il controllo dell' abuso del potere contrattuale. Nel caso di contratti tra imprenditori non si farà riferimento al disadvantages ma piuttosto alla grave violazione delle buone pratiche commerciali , alla buona fede e alla correttezza ("...grossly deviates from good commercial practice , contrary to good faith and fair dealing": II.-9:405). Non è proprio un controllo sull'abuso, dal momento che si legittima la pratica commerciale, ancorché "buona", ma l'uso della buona fede e della correttezza nella redazione del contratto, nell'apprezzamento delle singole clausole, nel loro confronto con le clausole applicate nella prassi è tuttavia un grande passo in avanti.

## 6. L'integrazione normativa e i diritti fondamentali

Veniamo dunque ad uno degli aspetti cruciali del diritto privato, riflesso anche dal Draft, il problema della applicazione dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati. Per la verità, il Draft non è rivolto solo agli Stati Membri dell' Unione europea, ma è naturale considerarlo alla luce del diritto comunitario, anche per l'interesse che ha suscitato da parte degli organi comunitari.

Tra gli obiettivi dell' Unione la Carta europea dei diritti fondamentali pone quale valore di base la *dignità* umana (art.1-2) e precisa che lo sviluppo sostenibile dell' Europa è basato su di una "crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su una economia *sociale* di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al *progresso sociale*" (art.1-3). La Carta riconosce e garantisce i diritti della persona

alla integrità fisica e psichica (art.II-63), ribaditi sotto forma di protezione della salute (art.II-95), il rispetto della vita familiare (art.II-67) e dei dati a carattere personale (art. II-68) e prevede specificamente per i consumatori la garanzia di "un *elevato livello* di protezione" (art.II-98).

Occorre allora distinguere tra le pretese dei cittadini che attengono ai diritti fondamentali, riconosciuti nelle costituzioni dei Paesi Membri e ribaditi, in forma persino più estesa, nella Carta europea, e i c.d. "diritti economici", che sono collocati sullo stesso piano dei diritti che fanno capo al "professionista". Già la Risoluzione sui diritti e gli interessi dei consumatori del 1975 trattava di entrambe le categorie di diritti, ma oggi la prospettiva è cambiata: anche nel diritto comunitario (che pure costituisce un ordinamento a se stante, non assimilabile agli ordinamenti nazionali) si possono oramai utilizzare le categorie formali che distinguono le fonti del diritto e le ordinano secondo una priorità, come accade per gli ordinamenti nazionali.

E poiché non è concepibile che le politiche dell'Unione possano porsi in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta europea, i diritti fondamentali diventano un *limite* all'azione comunitaria nel settore. Pertanto l'art. 153 (ex 129) del Trattato CE – che impone alla Comunità il compito di "contribuire" a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori e di tener conto delle loro esigenze, deve essere riletto alla luce delle disposizioni della Costituzione europea. Al pari delle costituzioni nazionali per le quali si è costruito il processo interpretativo di "applicazione diretta ai rapporti tra privati" anche la Carta europea dei diritti fondamentali implica la applicabilità diretta delle disposizioni in essa contenute ai rapporti tra privati.

Quali rimedi per la violazione di diritti fondamentali in una operazione economica che ha una veste giuridica contrattuale?

Normalmente la disciplina dei rimedi è affidata dal diritto comunitario agli ordinamenti nazionali e la loro applicazione ai giudici nazionali. Nel caso però di violazione del principio di non discriminazione (che non esaurisce, ovviamente, il novero dei diritti fondamentali) i principi in cui è stato condensato *l'acquis* in materia diritto dei consumatori (Acquis Principles) prevedono il risarcimento del danno, patrimoniale e morale (art. 3:201 (2)); per contro il DCFR prevede l'applicazione dei rimedi per "non performance"(art. III. 2:104); se l'inadempimento non è scusabile si può chiedere anche la "specific performance"(III.3.101), ovvero il risarcimento del danno, anche il danno morale (non economic loss: III.3.701).

Il DCFR è quindi più avanzato, nella prospettiva della tutela della persona, di quanto non lo siano gli Acquis Principles. Ma si tratta pur sempre di un settore che può solo in parte coincidere con quello della tutela del consumatore in generale, perché in ambito contrattuale non si potrebbe tener conto (a mio avviso) del comportamento anteriore, tenuto nella fase precontrattuale, o in caso di semplice contatto sociale poi non tradottosi in un rapporto contrattuale. In altri termini, se la violazione è avvenuta prima della conclusione del contratto, vi è spazio solo per il risarcimento del danno, ma non per la "specific performance" che consisterebbe nella conclusione coattiva del contratto.

## 7. Integrazione normativa e rimedi

L'applicazione del principio di effettività combinato con il principio di sussidiarietà e con il principio della prioritaria competenza del legislatore nazionale e del preventivo ricorso ai rimedi previsti dal sistema processuale nazionale rispetto alla competenza del legislatore comunitario e alla operatività dei rimedi previsti in ambito comunitario per la violazione di normative comunitarie modella la disciplina dei rimedi previsti dall'ordinamento interno: si tratta sia di rimedi concernenti la violazione di normativa comunitaria, sui quali si è raccolta vasta letteratura, sia di rimedi concernenti i rapporti di diritto privato disciplinati dall'ordinamento comunitario nelle materie di propria competenza. In queste pagine mi occuperò di questo secondo aspetto.

Comunque, in ciascuno dei due settori la disciplina dei rimedi e la loro applicazione da parte del giudice è affidata al diritto interno, sempre che esso provveda a tutelare gli interessi protetti in modo adeguato; altrimenti sovviene l'ordinamento comunitario. In questo senso il ricorso ai rimedi comunitari è solo residuale.

Questo ordine gerarchico è consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee: di recente è stato riaffermato con la sentenza del 20 settembre 2001, causa C-453/99 *Courage*, con la sentenza del 13 luglio 2006, causa C-295/04 *Manfredi*; ed ancora con la sentenza del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd, Unibert International Ltd/Justitiekanslern*.

In particolare con quest'ultima pronuncia la Corte ha stabilito che <il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario deve essere interpretato nel senso che esso non richiede, nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, l'esistenza di un ricorso autonomo diretto - in via principale - ad esaminare la conformità di disposizioni nazionali con l'art. 49 del Trattato CE, qualora altri mezzi di gravame effettivi, non meno favorevoli di quelli che disciplinano azioni nazionali simili, consentano di valutare in via incidentale, tale conformità, ciò che spetta al giudice nazionale di verificare>.

Con sentenza del 26 ottobre 2006, causa C-168/05; *Mostaza Claro / Centro Movil Millennium SL*, la Corte ha avuto modo di sottolineare come "secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato Membro stabilire le modalità procedurali per garantire la salvaguardia dei diritti di cui i soggetti godono ai sensi dell'ordinamento comunitario in forza del principio dell'autonomia processuale degli stati membri a condizione tuttavia che tali modalità ... non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)". Alcuni risalenti precedenti avevano già espresso questo principio: ne sono significativo esempio la sentenza resa nella causa C-45/76, *Comet v. Produktschap* e la sentenza resa nella causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz v. Landwirtschaftskammer*.

Di qui la prospettazione di tre diverse ipotesi:

(i) la previsione di strumenti comunitari rivolti a disciplinare specificamente rimedi

inerenti la tutela dei diritti e degli interessi dei privati, sia che essi siano tutelati individualmente sia che siano tutelati in forma collettiva;

**(ii)** la previsione di strumenti comunitari diretti a porre norme di diritto sostanziale inerenti i rapporti con i privati, inclusive di regole rimediali ;

**(iii)** la previsione di strumenti comunitari diretti a porre norme di diritto sostanziale inerenti i rapporti con i privati a cui non si accompagni la previsione diretta di regole rimediali e quindi si dia luogo o all'automatico rinvio ai rimedi previsti dall'ordinamento interno con specifico riferimento alla fattispecie considerata o ad essa estensibili, o alla violazione delle regole del diritto comunitario con conseguente responsabilità dello Stato per omissione della previsione del rimedio .

Nel primo caso le regole comunitarie debbono essere adattate al sistema processuale ma possono introdurre nuovi rimedi o nuove concezioni dei rimedi esistenti in ambito nazionale. L'esempio più eclatante è dato dalla direttiva 98/27/CE del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a la tutela degli interessi dei consumatori, con la quale <sup>16</sup> si sono previsti, all'art. 2, provvedimenti inibitori (La disposizione recita: < 1. Gli Stati membri designano gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti a deliberare su ricorsi o azioni proposti dagli enti legittimati a norma dell'articolo 3 ai seguenti fini: a) ordinare con la debita sollecitudine e, se del caso, con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione; b) se del caso, prevedere misure quali la pubblicazione, integrale o parziale, della decisione, in una forma ritenuta adeguata e/o la pubblicazione di una dichiarazione rettificativa al fine di eliminare gli effetti perduranti della violazione; c) nella misura in cui l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato lo permetta, condannare la parte soccombente a versare al Tesoro pubblico o ad altro beneficiario designato nell'ambito o a norma della legislazione nazionale, in caso di non esecuzione della decisione entro il termine fissato dall'organo giurisdizionale o dalle autorità amministrative, un importo determinato per ciascun giorno di ritardo o qualsiasi altro importo previsto dalla legislazione nazionale al fine di garantire l'esecuzione delle decisioni >). La direttiva è stata attuata con l. 1 marzo 2002, n. (che ha aggiunto il c.5 bis all'art.3 della l. n.281 del 1998) ed ora le previsioni sono contenute nel Codice del

16. < (2) considerando che i meccanismi esistenti attualmente sia sul piano nazionale che su quello comunitario per assicurare il rispetto di tali direttive non sempre consentono di porre termine tempestivamente alle violazioni che ledono gli interessi collettivi dei consumatori; che per interessi collettivi si intendono gli interessi che non ricomprendono la somma degli interessi di individui lesi da una violazione; che ciò non pregiudica i ricorsi e le azioni individuali proposti da privati lesi da una violazione; (3) considerando che, al fine di far cessare pratiche illecite in base alle disposizioni nazionali applicabili, l'efficacia delle misure nazionali che recepiscono le direttive summenzionate incluse le misure di tutela che vanno oltre il livello prescritto dalle direttive stesse, purché siano compatibili con il trattato e autorizzate da tali direttive, può essere ostacolata allorché tali pratiche producono effetti in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno origine; (4) considerando che tali difficoltà nuociono al corretto funzionamento del mercato interno, in quanto basta trasferire il punto di partenza di una pratica illecita per essere al riparo da qualsiasi forma di applicazione della legge e che ciò costituisce una distorsione della concorrenza, 6) considerando che le pratiche menzionate travalicano spesso le frontiere tra gli Stati membri; che è quindi necessario e urgente ravvicinare in una certa misura le disposizioni nazionali che consentono di far cessare dette pratiche illecite a prescindere dal paese in cui la pratica illecita ha prodotto effetti; che, per quanto riguarda la giurisdizione, ciò non deve ostare all'applicazione delle regole del diritto internazionale privato e delle convenzioni in vigore tra gli Stati membri, tenendo conto tuttavia degli obblighi generali imposti agli Stati membri dal trattato, in particolare quelli connessi al corretto funzionamento del mercato interno >.

consumo (d.lgs.6 settembre 2005,n. 206 e succ. modif.) agli artt. 139-140. Le previsioni introducono rimedi che si affiancano all'azione inibitoria generale e ai provvedimenti d'urgenza di cui agli artt. 669 e 700c.p.c.

Nel secondo caso,l' esempio eclatante è dato dalla direttiva n. 13/93 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, la quale prevede, all'art.6 che

**1.** Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

E all'art. art. 7

**1.** Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori.

**2.** I mezzi di cui al paragrafo 1 comprendono disposizioni che permettano a persone o organizzazioni, che a norma del diritto nazionale abbiano un interesse legittimo a tutelare i consumatori, di adire, a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole.

L'attuazione della direttiva, avvenuta dapprima con l. 1996 n. 52 e poi con la redazione del codice del consumo e con la inclusione in questo testo delle disposizioni previste nel codice civile (artt.1469 bis- sexies) , agli artt. 33-38 , ha posto due questioni di rilevanza straordinaria: (i) l' adattamento all'ordinamento interno del rimedio rivolto a privare di effetti le clausole contrattuali qualificate come vessatorie , dapprima individuato nella *inefficacia relativa e parziale* e poi nella *nullità relativa e parziale* (art.36); (ii) l' introduzione di una azione inibitoria di contenuto speciale, che legittima le associazioni de consumatori, dei professionisti e le camere di commercio ad agire in giudizio per inibire l'uso delle condizioni generali di contratto qualificate come "abusive".

L'attuazione della direttiva ha portato ad un florilegio di rimedi, diversi tra loro, negli ordinamenti nazionali. Vi sono ordinamenti nei quali il precetto di "non vincolatività" delle clausole abusive è stata intesa come implicante un rimedio di *nullità assoluta* e la sua rilevanza ex officio; altri nei quali la nullità è relativa; altri nei quali la nullità è relativa e parziale.Vi sono ordinamenti in cui i rimedi non sono ben definiti; vi sono altri ordinamenti che consentono al giudice- o all'autorità amministrativa competente o all' Ombudsman - di modificare, rettificare, adattare il contenuto della clausola vessatoria secondo i criteri di buona fede e di bilanciamento dei vantaggi tra le parti del contratto. La Corte di Giustizia ha stabilito che spetta al giudice nazionale stabilire le modalità con

cui la clausola può essere considerata invalida ( sentenza del 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, Océano Grupo Editorial SA e Murciano Quintero; che i giudici nazionali possono applicare il rimedio della nullità in ogni caso e non solo nel caso di clausola riguardante la giurisdizione (sentenza del 21 novembre 2002, C-473/2000, Cofidis v. Fredout). Inoltre in ognuna di queste decisioni (compreso il caso Mostaza Claro, cit.) la Corte ha stabilito che i giudici nazionali possono acquisire d' ufficio le prove concernenti la vessatorietà delle clausole.

In Italia l'introduzione di regole dirette ad inibire l'uso di clausole vessatorie è stato effettuato in modo inesatto. Stante il richiamo effettuato dall'art. 37 all'art. 137 riguardante il registro nazionale delle associazioni dei consumatori è sorto il problema di coordinamento tra la disciplina dell'azione inibitoria in questo specifico settore e l'azione inibitoria generale per la tutela dei diritti dei consumatori prevista dagli artt. 139-140 del Codice del consumo. La dottrina prevalentemente ritiene che non vi sia rapporto di generalità a specialità, e che il disposto dell'art. 37 debba intendersi come una riproposizione dell'art. 139.

Nella tormentata giurisprudenza di recente si è stabilito che <sebbene l'art. 37 del codice del consumo faccia riferimento sia alle azioni promosse dalle associazioni dei consumatori sia a quelle promosse dalle associazioni dei professionisti e dalle camere di commercio, esso si applica soltanto alle azioni promosse da questi secondi soggetti, posto che i primi ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 140. Con la conseguenza, sul piano applicativo, che le azioni così promosse da tali soggetti saranno diverse sia per l'ambito soggettivo sia per quello oggettivo. Le associazioni dei consumatori (quali l'Adiconsum) sono legittimate ad agire a tutela dei diritti e degli interessi collettivi, solo in quanto iscritte nell'elenco di cui all'art 137 e secondo le modalità di cui all'art. 140 il quale, a differenza dell'art. 37, oltre all'azione inibitoria ed accanto alla pubblicazione del provvedimento, prevede l'adozione di misure correttive idonee ad eliminare e correggere gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Pertanto, le c.d. azioni di interesse collettivo a contenuto inibitorio, di cui alle richiamate disposizioni, mirano, da un lato, a fare cessare le condotte illecite già in essere e dall'altro ad imporre all' autore della condotta lesiva degli interessi dei consumatori un obbligo di astensione per l'avvenire da comportamenti dei quali sia stata accertata l'antigiuridicità. (Nella specie, il tribunale ha ordinato alla banca convenuta di astenersi dal respingere le istanze avanzate da titolari di rapporto di conto corrente (consumatori) finalizzate al ricalcolo della esposizione debitoria previa depurazione della capitalizzazione trimestrale ovvero quelle dirette alla ripetizione di somme corrisposte in eccedenza in virtù della applicata capitalizzazione trimestrale a debito)><sup>17</sup>.

Nel terzo caso non si prevedono rimedi, affidandosi quindi al legislatore nazionale la scelta dei rimedi più appropriati , e al giudice nazionale la loro applicazione. Di qui un ventaglio di ipotesi. L'esempio più eclatante è dato della violazione degli obblighi precontrattuali di informazione, in cui, ad eccezione della direttiva sulle vendite effettuate al di fuori dei locali commerciali, in cui si prevede direttamente quale rimedio una proroga del

17. Trib.Palermo, 20 febbraio 2008, n. 873.

termine per l'esercizio del recesso da parte del consumatore, ogni ordinamento ha scelto il proprio rimedio. In dottrina e in giurisprudenza il dibattito è ancora aperto, dandosi luogo di volta in volta alla nullità, all'annullamento o all'inadempimento contrattuale con risarcimento del danno subito. Quest'ultima soluzione è stata adottata dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione con sentenza del 19 dicembre 2007, n. 26724.

Analoga situazione si riscontra in materia di pratiche commerciali sleali, per le quali la direttiva 2005/29/CE e il d.lgs. di attuazione 2 agosto 2007, n. 146, ora recepito nel Codice del consumo (all'art.20 ss.) prevede sanzioni di natura amministrativa (nel nostro ordinamento affidate all'Autorità garante della concorrenza e del mercato) ma nulla dice in ordine ai rimedi ordinari; per parte sua l'art.27 c.15 del Codice del consumo rinvia alla giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale; ma qualche voce in dottrina si interroga sulla applicabilità dell'art. 2043 cod.civ., anche se dare prova dei requisiti dell'illecito civile non è certo agevole per il consumatore, oppure sulla applicazione dei rimedi inerenti ai vizi del volere, che tuttavia non hanno mai incontrato il favor della giurisprudenza in questa materia.

## 8. L'attuazione del diritto comunitario mediante private enforcement

L'incidenza del diritto comunitario sul diritto interno si può apprezzare anche sotto un altro punto di vista, consistente nella soddisfazione di interessi pubblici mediante l'impiego di rimedi di diritto privato; in questo senso, il rimedio persegue due funzioni: la protezione dell'interesse di cui il privato è titolare e, nel contempo, la protezione dell'interesse generale. Esempio tipico di questo modo di operare del diritto comunitario è il c.d. *private enforcement* in materia di antitrust. Qui si incrociano gli effetti di atti assunti dagli organi comunitari – regolamenti<sup>18</sup>, alcune risoluzioni del Parlamento europeo<sup>19</sup>, il libro verde<sup>20</sup> e il libro bianco<sup>21</sup> della Commissione europea – nonché di decisioni rese dai giudici comunitari<sup>22</sup> e dai giudici nazionali, di legittimità<sup>23</sup> e di merito.

---

18. N.773/2004, del 7 aprile 2004 e n. 139/2004 del 20 gennaio 2004.

---

19. Del 26 marzo 2009, A-6-0123/2009 e del 25 aprile 2007, A-6-0152/2007.

---

20. COM (2005) 672 def. del 19 dicembre 2005.

---

21. COM (2008) 165 def. del 2 aprile 2008.

---

22. Corte di Giustizia europea, sentenza del 13 luglio 2006, cause C-295/04, 296/04, 297/04, 298/04, Manfredi c. Lloyd Adriatico.

---

23. Cass. SS.UU. 4 febbraio 2005, n. 2207.

Si annoverano anche molti studi di diritto comparato ; sul tema si è ormai raccolta una letteratura sconfinata.

Questo indirizzo fondato sul ricorso a rimedi di diritto privato promossi dai soggetti incisi dalla violazione della normativa sulla concorrenza è stato inaugurato dalla Corte di Giustizia , la quale ha stabilito che, per garantire la piena efficacia dell'art.81 del Trattato , soggetti e imprese possano intentare azioni legali per ottenere il risarcimento del danno subito; iniziative processuali che possono essere assunte a livello individuale oppure a livello collettivo, mediante l'utilizzazione –là dove prevista– di class actions oppure di meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie. Ovviamente si tratta di vie complementari a quelle segnate dalle competenze e dall'intervento delle Autorità amministrative di vigilanza del mercato.

Quanto alle azioni fondate sulla responsabilità extracontrattuale il Parlamento europeo, nella Risoluzione più recente, ha raccomandato che sia sempre rispettato il principio della colpa, salvo che la normativa nazionale preveda la presunzione di colpa assoluta o relativa, che sia definita a livello comunitario la nozione di danno, inclusivo del danno emergente e del lucro cessante, che siano previsti uniformi termini di prescrizione, anche in caso di iterazione dell' illecito, che comunque il termine di prescrizione non sia inferiore a cinque anni, rimettendo comunque la disciplina dell'azione individuale agli ordinamenti nazionali.

Nel Libro bianco la Commissione ha auspicato la diffusione del principio, affermato dalla Corte di Giustizia nel caso Manfredi, in base al quale chiunque abbia subito un danno dalla violazione della normativa sulla concorrenza possa ottenere un risarcimento, e per raggiungere questo risultato, ha prefigurato azioni di natura collettiva a fianco delle azioni individuali : azioni collettive secondo il modello opt-in, cioè di adesione a domanda dell'interessato, con obblighi informativi volti a superare la asimmetria della posizione delle parti, con libertà dei giudici di acquisizione delle prove. Quanto al principio della colpa, poiché la violazione di una norma dà luogo – diremmo noi, applicando le nostre categorie dogmatiche – ad una forma di "colpa oggettiva", la Commissione ha proposto di invertire l'onere della prova, che rimane a carico del professionista che ha violato le regole di concorrenza, il quale si può liberare dalla responsabilità solo se prova che il suo comportamento è stato cagionato da errore scusabile. Ai fini del risarcimento del danno la Commissione ha auspicato, tra l'altro, che i danneggiati possano "invocare a propria difesa l'avvenuto trasferimento del sovrapprezzo", e che possano beneficiare della tutela anche gli "acquirenti indiretti".

Questi principi erano stati già accolti dalla Corte di Cassazione, nel caso concernente le intese tra alcune compagnie assicurative sulle tariffe da praticare nei contratti di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile per la circolazione di veicoli, ammettendosi che fossero legittimati ad esperire dinanzi alla Corte d' appello competente per territorio l'azione di nullità del contratto individuale "a valle" (concluso cioè a seguito dell'intesa tra le compagnie) e di risarcimento del danno ex art. 33 della l. n. 287 del 1990.

Orientamento condiviso dalla Corte di Giustizia, nel caso Manfredi, poiché l'intesa volta allo scambio di informazioni tra compagnie assicurative e a concertare pratiche di trattamento degli assicurati ha un effetto diretto o indiretto, attuale o potenziale, sulla sottoscrizione delle polizze da parte dei clienti; tale intesa è da considerarsi nulla e tale da legittimare l'azione risarcitoria, spettando all'ordinamento nazionale stabilire la competenza dei giudici (nazionali) e le regole di prescrizione, nonché la possibilità o meno di irrogare danni punitivi e l'entità del risarcimento, sempre nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività. Sulla base dei medesimi principi la Corte ha stabilito che chiunque è legittimato a chiedere il risarcimento del danno, comprensivo di danno emergente, lucro cessante ed interessi.

## 9. Rimedi individuali e rimedi collettivi: class action e conciliazione

Per promuovere le *Alternative Dispute Resolutions* sono state essenziali le iniziative comunitarie assunte alcuni fa: le due raccomandazioni della Commissione<sup>24</sup> e il Libro Verde della Commissione del 19.04.2002<sup>25</sup>.

Da quegli anni si è avviata una serie di progetti promossa da enti e da associazioni di consumatori. Si tratta di regole riguardanti la conciliazione individuale predisposte dalle Camere di Commercio, dagli Ordini professionali (in particolare dagli Avvocati) e dalle stesse Associazioni dei consumatori. Una delle questioni che dovrebbero essere affrontate con urgenza è data dalla redazione e approvazione delle clausole di conciliazione, che, se contenute nei contratti per adesione potrebbero essere qualificate come vessatorie.

Con la direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale gli organi comunitari hanno sottolineato –come si legge nei "considerando"– che (2) il principio dell'accesso alla giustizia è fondamentale e, al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia, il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative. Ciò in quanto, precisano i "considerando", (6) la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile

24. Commission Recommendation of 30 March 1998 n. 257 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes; Commission Recommendation of 4 April 2001 n. 1016 on the principles for out-of-court bodies involved in the consensual resolution of consumer disputes.

25. COM 2002, 196.

tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera<sup>26</sup>.

Al fine di agevolare l'attuazione di programmi di risoluzione stragiudiziale delle controversie il legislatore italiano è intervenuto in alcuni settori specifici.

Le «disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari» recate dalla l. 28.12.2005, n. 262 costituiscono l'esito di un processo di creazione normativa che – promosso inizialmente per coordinare il t.u. sulla intermediazione finanziaria, il t.u. bancario e la riforma della disciplina societaria – ha assunto via via maggiori compiti e suscitato sempre più estese aspettative da parte dei risparmiatori a causa degli scandali finanziari che si sono susseguiti nel nostro Paese nell'ultimo quinquennio. Il legislatore ha in parte soddisfatto, in parte lasciato invariati gli adempimenti che emergono dal progetto, ampio ed articolato, predisposto a suo tempo, e non si è curato di coordinare la nuova disciplina con altre norme entrate in vigore qualche mese prima della sua approvazione: in particolare due «codici di settore» quali il Codice del consumo (d.lgs. 6.9.2005, n. 206) e il Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7.9.2005, n. 209), peraltro anche questi codici non coordinati tra loro. Certamente, i principi generali della nuova legge e i suoi obiettivi sono condivisibili, ed è anche vero che la legge «segna una decisiva svolta non solo nelle modalità di regolazione del settore finanziario italiano, ma anche nella stessa cultura giuridico-finanziaria del nostro Paese», ma i commenti che si sono via via raccolti sul testo ne hanno messo in evidenza aporie, lacune, oscurità interpretative, che implicherebbero un intervento legislativo correttivo, al fine di non lasciare irrisolte alcune questioni di fondamentale interesse per la tutela dei risparmiatori.

Comunque, i controlli nel governo societario, la trasparenza dei rapporti societari, i rapporti tra banca e impresa, i conflitti d'interesse delle banche nella prestazione dei servizi

---

26. (12) La direttiva si applica ai casi in cui un organo giurisdizionale deferisce le parti a una mediazione o in cui il diritto nazionale prescrive la mediazione. (13) La mediazione è intesa come un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento. (18) Nell'ambito della protezione dei consumatori, la Commissione ha adottato una raccomandazione che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti. Qualunque mediatore o organizzazione che rientri nell'ambito di applicazione di tale raccomandazione dovrebbe essere incoraggiato a rispettare i principi in essa contenuti. Allo scopo di agevolare la diffusione delle informazioni relative a tali organi, la Commissione dovrebbe predisporre una banca dati di modelli extragiudiziali di composizione delle controversie che secondo gli Stati membri rispettano i principi di tale raccomandazione. (19) La mediazione non dovrebbe essere ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti. Gli Stati membri dovrebbero pertanto garantire che le parti di un accordo scritto risultante dalla mediazione possano chiedere che il contenuto dell'accordo sia reso esecutivo. Dovrebbe essere consentito a uno Stato membro di rifiutare di rendere esecutivo un accordo soltanto se il contenuto è in contrasto con il diritto del suddetto Stato membro, compreso il diritto internazionale privato, o se tale diritto non prevede la possibilità di rendere esecutivo il contenuto dell'accordo in questione. Ciò potrebbe verificarsi qualora l'obbligo contemplato nell'accordo non possa per sua natura essere reso esecutivo. (20) Il contenuto di un accordo risultante dalla mediazione reso esecutivo in uno Stato membro dovrebbe essere riconosciuto e dichiarato esecutivo negli altri Stati membri in conformità della normativa comunitaria o nazionale applicabile, ad esempio in base al regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [4], o al regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

di investimento, la circolazione dei prodotti finanziari, le regole di comportamento, la risoluzione stragiudiziale delle controversie e la istituzione del fondo di garanzia costituiscono un complesso di solide misure che dovrebbero già migliorare notevolmente la situazione degli investitori.

Venendo alle aspettative insoddisfatte, si possono distinguere le materie affrontate dalla nuova disciplina (quali, a titolo meramente esemplificativo, i conflitti d'interesse, le regole di comportamento, la risoluzione stragiudiziale delle controversie) da quelle che la nuova disciplina ha ignorato, quali appunto i rimedi in caso di violazione degli obblighi legislativi imposti all'intermediario nella conclusione di contratti con i risparmiatori.

Sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie il discorso dovrebbe essere più diffuso: l'art. 128 *bis* aggiunto al t.u. bancario fa obbligo a banche e intermediari finanziari di «aderire» a sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con i consumatori.

Il testo non dà la definizione di *consumatore*.

È certamente apprezzabile il fatto che, al di là del credito al consumo, per la prima volta compare questo termine nell'ambito di una disciplina come quella bancaria e finanziaria, in cui la controparte dell'operatore professionale è sempre stato denominato come *cliente*. Tuttavia, la definizione di consumatore è assai controversa, non solo per le molteplici formulazioni legislative contenute, oltre che nel Codice del consumo, nelle norme che non sono state incluse nel Codice, ma anche per la sua definizione emergente in un'ampia e variegata giurisprudenza, che va al di là delle posizioni assunte dalla Corte di Giustizia e dalla Corte costituzionale.

Si deve poi osservare che le procedure sono affidate ad una deliberazione del CICR, su proposta della Banca d'Italia. Si impone l'imparzialità dell'organo decidente, la cui composizione è affidata allo stesso CICR, e la rappresentatività dei soggetti interessati. Gli scopi perseguiti sono la rapidità, l'economicità della soluzione, l'effettività della tutela. Ma anche a non sottovalutare l'opportunità di rimettere ad una deliberazione amministrativa la istituzione di tali organismi, che incidono su interessi (sia pur disponibili da parte dei contraenti) che assurgono alla natura di diritti soggettivi, nulla si dice in ordine: alle modalità processuali, al principio del contraddittorio, alla natura della decisione (che dovrebbe essere presa in via di equità, piuttosto che non in via di diritto), alla inclusione delle modalità di risoluzione in clausole contrattuali sottoscritte dal cliente, alla competenza dell'organo decidente, e soprattutto alla natura dell'ADR, che potrebbe essere meramente conciliativa, oppure mediatoria oppure arbitrale.

In attesa di conoscere il testo definitivo della normativa concernente l'introduzione di azioni collettive – o di una class action secondo il modello italiano – ci si è posti la questione se sia opportuno ricorrere a procedure conciliative anche per questo tipo di procedure, come si è suggerito dalla Commissione europea nel corso di un seminario organizzato a Lisbona nel mese di novembre del 2007. Il testo di riforma dell'art. 140 bis del codice del consumo già prevedeva l'introduzione di un procedimento conciliativo anteposto alla fase della deliberazione dei presupposti dell'azione (collettiva). Gli effetti della normativa sono stati sospesi, e il testo sarà modificato secondo un progetto, approvato da un ramo del Parlamento, che non prevede più il ricorso alla conciliazione.

Il progetto prevede invece un modello di azione di "classe" con la definizione dei requisiti per poter appartenere alla "classe", la delibazione dei requisiti di ammissibilità dell'azione, il risarcimento del danno nei settori in cui l'azione può essere promossa (contratti assoggettati alla disciplina degli artt. 1341-1342, responsabilità del fabbricante, pratiche commerciali sleali, violazione delle regole sulla concorrenza).

## 10. Conclusioni

La dottrina favorevole alla armonizzazione delle regole del diritto privato di conio comunitario, con riguardo particolare all' *acquis communautaire* in materia di tutela del consumatore, e in generale alle regole del diritto contrattuale europeo, è favorevole anche alla armonizzazione delle regole concernenti i rimedi. Le ragioni sono evidenti: la disciplina dei rimedi integra il diritto sostanziale, e, per quanto riguarda i riti e i poteri del giudice, sconfinava nel diritto processuale; è pur vero che in ciascun ordinamento le sanzioni per la violazione del diritto comunitario possono essere irrogate e la tutela dei diritti e degli interessi può essere assicurata da organi aventi natura non giurisdizionale in senso proprio, come le Autorità amministrative indipendenti o gli Ombudsman, ma è anche vero che la tipologia dei rimedi, i requisiti per la loro applicazione, gli effetti che essi producono comportano una situazione così frastagliata e disomogenea da far dubitare che alle categorie protette –come i consumatori, gli utenti, i risparmiatori– sia assicurata una effettiva parità di tutela. In altri termini, non è sufficiente, per fornire adeguata tutela, prevedere solo regole omogenee istitutive di diritti, occorrendo anche prevedere regole omogenee inerenti la loro giustiziabilità.

Sul piano del diritto comunitario, entrano perciò in conflitto il principio di effettività con il principio di sussidiarietà.

Ciò per quanto riguarda le regole "alla fonte". Ancora più complessa la problematica che riguarda l'attuazione delle direttive comunitarie e i rimedi previsti dai sistemi statuali. Qui soccorrono il consumatore le previsioni dei Regolamenti (Roma I, Roma II) concernenti la scelta della legge applicabile, che è sempre la più favorevole al consumatore, e della disciplina del foro, che è il più conveniente per il consumatore; ma ciò presuppone un consumatore informato e legalmente ben assistito.

Per i rimedi offerti dai sistemi nazionali, l'applicazione di due clausole generali espone i soggetti lesi e legittimati ad agire a notevoli incertezze: da un lato, la valutazione della "adeguatezza" del rimedio offerto, che spetta al giudice nazionale; dall'altra la sua comparazione con il rimedio della responsabilità dello Stato per violazione della normativa comunitaria; in quest'ultimo caso ottenere il risarcimento è via assai impervia, sì che sarebbe auspicabile la previsione di rimedi uniformi già previsti a livello comunitario per garantire a tutti una adeguata tutela. Entra quindi in gioco anche il principio di effettività.

La valutazione della "equivalenza" dei rimedi comunitari e dei rimedi nazionali<sup>27</sup> incide sull' apprezzamento di rimedi collettivi e di rimedi individuali, e non è detto che la previsione di rimedi collettivi (ad es., l'esperimento dell'azione inibitoria) sia di per sé

27. Stabilita con la sentenza della Corte di Giustizia causa C-14/83, Von Colson and Kamann / Land Nordrhein-Westfalen.

satisfattiva delle legittime attese del soggetto leso e perciò possa sostituire tout court il rimedio individuale. In questo senso si è espressa la Corte di Giustizia, in un caso afferente il diritto all'informazione dei prestatori di lavoro<sup>28</sup>.

Se l'introduzione di direttive che tendono ad un alto livello di armonizzazione sia poi la risposta più appropriata è una ulteriore questione, alla quale gli organi comunitari non sembrano, in questa fase, particolarmente sensibili.

Ed allora è necessario, opportuno, superfluo, o persino nocivo pensare ad un progetto di codice civile europeo, sotto forma di strumento normativo, di codice - modello, di quadro comune di principi, di *restatement*? E chi sarebbe legittimato a redigerlo? e a quale livello di uniformazione si dovrebbe collocare? quali fonti dovrebbe includere? quali scelte politiche dovrebbe riflettere? quali discrepanze tra Nord e Sud, Est ed Ovest dovrebbe superare? Sono alcune delle domande cruciali che a distanza di vent'anni dai primi tentativi di redazione di regole uniformi in materia di diritto privato (dal contratto alle altre fonti di obbligazioni, e poi all'intero diritto patrimoniale comprensivo del diritto dei consumatori) si sono posti giuristi di ogni Paese d'Europa convenuti all' Istituto Universitario Europeo di Fiesole per iniziativa del direttore Hans Micklitz. I centri sparsi per l'Europa sono ancora in azione, essendo in corso anche ricerche per uniformare il diritto di famiglia e delle successioni, il diritto delle assicurazioni e dei trasporti, e così via. Era indispensabile fare il punto della situazione, ma anche riflettere sul futuro.

Le domande ripercorrono temi che si dibattono da anni, e non solo in ambito accademico: l'Unione europea - segnatamente il Consiglio, il Parlamento, la Commissione - è intervenuta con comunicazioni, risoluzioni, e nuovi progetti di direttiva; i rappresentanti degli stakeholders (imprese, professionisti, consumatori) hanno esaminato le proposte normative; anche i Governi si sono espressi al riguardo, ed alcuni legislatori nazionali addirittura hanno tenuto conto dei singoli libri del "codice civile europeo" nel redigere i nuovi codici o nell'ammodernare quelli vigenti: è accaduto per i codici dei Paesi ex-socialisti entrati a far parte dell' Unione, per la revisione del B.G.B. in Germania (2000) per l' *avant-projet* Catala in Francia; ma il dibattito è aperto e vivo in ogni esperienza, anche in quei Paesi che, ancora fuori dell' Unione, si tengono al passo con l'evoluzione del diritto comunitario e quindi del diritto privato europeo, come avviene in Norvegia e in Svizzera.

Il progetto è quasi ultimato: accanto al testo (*Draft Common Frame of Reference*) pubblicato l'anno scorso, sono in corso di stampa i volumi che recano il commento dettagliato delle regole, anche in prospettiva di comparazione; il primo ad apparire è stato il commento curato da Christian von Bar al libro sulla responsabilità civile<sup>29</sup>.

A differenza di quanto si potesse immaginare, sono le imprese, piuttosto che non i consumatori, a vedere di buon grado questa iniziativa: regole uniformi in ogni Paese riducono i costi transattivi, semplificano i rapporti contrattuali, agevolano la circolazione di beni e servizi; tendendo a livellare le soluzioni che risolvono i conflitti, è però possibile

28. Causa C-271/91, M.H. Marshall/ Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching) No. 2.

29. *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Monaco, 2009.

che si riducano le forme di tutela degli interessi deboli là dove i consumatori sono più tutelati; perciò la codificazione, così come la redazione di direttive più comprensive e sistematiche (qualora punti alla armonizzazione completa) appare a molti pericolosa. Se l'Unione europea sciogliesse i dubbi che ancora si addensano su questo progetto, si potrebbe cominciare a discutere il testo nei suoi contenuti, che sono comunque rilevanti, perché il Draft non è una semplice raffigurazione dello stato del diritto civile e commerciale (come modificati dal diritto comunitario) in quanto propone molte novità ritenute opportune per appianare le differenze tra i sistemi nazionali. Nella scorsa legislatura il Parlamento europeo si era espresso con largo favore, e non si dubita che anche in questa confermi questo orientamento; più difficile è comprendere le intenzioni della Commissione, che per un verso – alla DG Consumatori – continua il suo percorso di uniformazione delle direttive, portando quindi ulteriori novità nel campo del diritto civile e commerciale – e per altro verso – la DG Giustizia e Affari interni – vede con interesse la redazione di un codice modello. Manca però un progetto politico di base, perché, come è ovvio, un codice (soprattutto *questo* codice) non è solo un esercizio di redazione tecnica né una palestra di discussione accademica, ma è molto, molto di più; ed anche se non si dovesse considerare un "codice" in senso classico, si tratterebbe pur sempre di un corpus di regole destinate a disciplinare tutti i rapporti tra privati – cittadini, imprenditori, consumatori e utenti – cioè del "cuore" della dimensione economico-sociale dell' Europa unita. Il diritto civile europeo ha una dimensione embrionale, ma la sua sistemazione deve essere completata: è per l'appunto questa la sfida che – noi europeisti convinti – abbiamo raccolto.



derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El der  
uropeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil euro  
nte y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente  
derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El der  
uropeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil euro  
nte y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente  
derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El der

# El derecho



# El derecho civil europeo: presente y futuro

civil europeo: presente y futuro El dere  
vil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo:  
uropeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: pres  
civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente  
europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y fu  
peo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro  
presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El de  
sente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derec  
y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civ  
futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil  
ro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil europeo: presente y futuro El derecho civil eur

# El derecho civil europeo: presente y futuro

Texto de:

Guido Alpa

Traducción castellana por Alejandro Valiño<sup>1</sup>

## 1. El derecho civil como instrumento de la integración europea

El derecho civil, entendido en su acepción clásica, según la tradición de los sistemas jurídicos de la Europa continental, esto es, como el conjunto de la elaboración teórica de los juristas, de las normas promulgadas por los legisladores en forma de códigos civiles y leyes especiales, de las sentencias dictadas por los tribunales, de la práctica interpretativa instaurada por los operadores, circunscrito todo ello durante casi dos siglos al ámbito nacional, ha reconquistado desde hace algunas décadas una dimensión europea. De 'reconquista' se trata y no de una simple conquista, porque en los siglos que precedieron a la codificación, Europa conoció una ferviente, intensa y prolífica etapa creadora apoyada en el Derecho romano, en la *lex mercatoria*, en el derecho natural, en los principios del Iluminismo, que habían trazado embrionariamente los principios liberales que hoy campean en las Constituciones nacionales así como en la Carta europea de los Derechos del Hombre y en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Era la 'Europa del Derecho' sobre la cual ha escrito páginas memorables un jurista de dimensión internacional como es Paolo Grossi, describiendo el ascenso y declive del pluralismo jurídico<sup>2</sup>.

Con la llegada de los Estados nacionales, con el advenimiento de la época de las codificaciones, durante casi dos siglos el derecho civil ha evolucionado en un ámbito más restringido, delimitado por las fronteras de lo nacional, aunque ha conservado en los

---

1. Catedrático de Derecho romano, Universitat de València.

2. *La Europa del Derecho*, Editorial Laterza, Bari, 2007; Alpa y Andenas, *Fundamentos del Derecho privado europeo*, Editorial Giuffrè, Milán, 2005.

distintos ordenamientos un núcleo común constituido por la terminología, principios y numerosas reglas que conforman su legendaria tradición histórica. En efecto, en la *respublica iurisconsultorum* (tomando así prestada la expresión del magnífico libro de Giuseppe de Gennaro publicado en 1731), las operaciones de intercambio y de transposición, la circulación de ideas y de modelos, el diálogo, no se han detenido nunca, como demuestran la historia de nuestras Universidades y la rica bibliografía de obras, no sólo de estudiosos del derecho comparado, sino también de los del derecho civil, particularmente del que ha florecido en los países del Mediterráneo.

Es, sin embargo, innegable que un nuevo impulso ha sido dado por la constitución de la Comunidad Económica Europea. Desde aquel momento, desde el Tratado de Roma de 1957 en el que se sentaron las bases de la unificación europea, comenzó un proceso de integración que, inicialmente, apenas incidió sobre el derecho civil, pero que, posteriormente, lo ha afectado de pleno. Es también cierto que esta nueva etapa se ha visto impulsada por razones económicas, luego se ha extendido a la esfera social y, finalmente, a la esfera política; y es verdad que inicialmente su fundamento estaba constituido por el derecho patrimonial, en especial por el derecho de la competencia y el de las cuatro libertades: de circulación de bienes, servicios, personas y capitales. Pero con la llegada del derecho de los consumidores, del derecho contractual europeo, con la aprobación de la Carta de los Derechos fundamentales, se está ahora ya en presencia de un derecho civil europeo vigente, aunque incompleto. Y se está en presencia de una 'Europa de los Derechos', porque la ciudadanía europea, además de asegurar a cada ciudadano de un Estado miembro los derechos propios de la Unión, se ha erigido en garante de los derechos fundamentales que conforman el articulado de la Carta, que es de aplicación inmediata también en sentido horizontal y no solamente en el vertical.

## 2. La integración europea llevada a cabo mediante instrumentos normativos

La integración europea se está por tanto realizando mediante el 'tejido normativo': **L**uso esta expresión un tanto vaga, porque se discute si el conjunto de las normas adoptadas por los Estados miembros relativas a la Unión, las normas adoptadas por los organismos comunitarios, con efectos sobre el derecho aplicado en los distintos Estados, las normas introducidas por los legisladores nacionales como forma de transponer la normativa comunitaria, e incluso los pronunciamientos del Tribunal de Justicia así como los principios generales elaborados por los juristas y aplicados en la práctica, puede ser configurado como un auténtico 'ordenamiento jurídico', con sus fuentes y su validez, sea un sistema jurídico, aunque *sui generis*, sea un auténtico sistema asimilable a los estatales. Como todos los conjuntos normativos, bajo el impulso de la autopoiesis, también éste ha desencadenado problemas de coordinación, de simplificación, de con-

tención. El informe de la Comisión titulado 'Legislar mejor'<sup>3</sup>, conformada la situación, indica las medidas que se deben adoptar, también con el fin de aplicar de modo más intenso el principio de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad, el primero más difusamente observado, el segundo alguna que otra vez contravenido.

Tampoco bajo este punto de vista se pueden hacer generalizaciones. Convencionalmente se habla de 'mercado único' en singular, pero en realidad hay mercados distintos según los diversos macrosectores (trabajo, bienes, servicios, capitales) y subsectores considerados, que obedecen a normas diferenciadas.

Con referencia al derecho privado, no sólo razones de política comunitaria, sino también razones de claridad del dictado normativo han empujado a los organismos comunitarios a transformar los convenios en reglamentos –son ejemplo llamativo de ello los reglamentos sobre la ley aplicable en materia de obligaciones contractuales (Roma I) y de obligaciones extracontractuales (Roma II)– y a perseguir con las directivas el nivel de armonización máxima. Reglamentos y directivas que limitan lo más posible las opciones de los legisladores nacionales son el modo más simple de circunscribir el pluralismo interpretativo, el pluralismo normativo sectorial, el pluralismo de los sistemas: desde el punto de vista de la certidumbre del derecho (comunitario) y de la uniformidad en el tratamiento de las categorías dentro de las cuales se pueden contar los titulares de los derechos tutelados, ciertamente constituyen medidas razonables dirigidas a facilitar la integración europea. Pero no siempre es posible o aconsejable una uniformidad normativa *tout court*. Una cosa es la simplificación legislativa, otra la simplificación administrativa; como resulta del Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea elaborado por la Comisión europea<sup>4</sup>, una cosa son las medidas que se refieren al PMI – asumidas con el Small Business Act de 25.6.2008–, otra las medidas referidas a las profesiones, otra la conciliación de los intereses económicos con los intereses sociales y con los derechos fundamentales y los derechos configurados por el status de ciudadano, trabajador, consumidor, etc.

La política de expansión del ordenamiento comunitario ha sido criticada desde muchos aspectos: por ejemplo, porque en varios sectores los organismos comunitarios se habrían atribuido una competencia extraña a los límites fijados por el Tratado de Roma; porque la uniformidad de las normas expondría a los ordenamientos nacionales a un proceso demasiado acelerado de acercamiento; porque la formación desde arriba sofocaría la espontánea emersión de normas no escritas; porque el 'supranacionalismo interpretativo' conllevaría un déficit de democracia.

La 'governance europea' ha entrado efectivamente en una nueva senda: del principio del recíproco renacimiento, que permite a cada ordenamiento establecer sus propias formas jurídicas, situándose en competencia con los otros, se ha pasado en algunos sectores a la técnica de la 'comitología', con la cual diversos operadores sociales se asoman a la escena de la reglamentación, siendo portadores de intereses opuestos entre sí,

---

3. COM (2007) 286 final.

4. COM (2007) 23 final.

recompuestos a base de discusiones, confrontaciones y de normas de soft law; en otros sectores se ha pasado a una verdadera y propia uniformidad.

Creo que es imposible y, en todo caso, no razonable unificar los métodos de creación de normas: un ejemplo entre todos sirve para argumentar sobre la cuestión. Las directivas que se ocupan de la libertad de prestación de servicios y de la libertad de establecimiento conciernen a la actividad forense; otra directiva se ocupa de las categorías profesionales. Pronto se transpondrá la directiva sobre los servicios, que se ocupa de las materias no reguladas por las dos directivas precedentes, y de la actividad desplegada por empresas y profesionales que operan en todos los demás sectores. Pues bien, una cosa es el desarrollo de la actividad forense, que refleja tradiciones históricas bastante diversas entre sí y no reconducibles a la unidad, con sus propias normas de formación y de acceso a la profesión, con sus propios principios de libertad, autonomía e independencia, guardián de la protección de los derechos y, por consiguiente, pilar del Estado de derecho; otra cosa el producto de aquella actividad que, en la medida en que puede ser calificado como 'servicio', puede obedecer a normas comunes. Junto a estas dos dimensiones – las directivas que aseguran un mínimo común denominador concerniente a la libertad de desenvolvimiento de la actividad con el título adquirido en el propio Estado y en el ámbito de la Unión, y la libertad de elección del lugar en el que poder establecer el propio centro de la actividad; y la directiva que fija normas uniformes para medir la calidad del servicio – está también la dimensión autodisciplinaria, encomendada a los códigos deontológicos: el código europeo de deontología forense, al que se han espontáneamente aproximado los códigos deontológicos vigentes en las distintas tradiciones nacionales, contempla precisamente la exigencia de permitir a los que pertenecen a una categoría profesional el formular libre y convencionalmente normas deontológicas con las cuales controlar el comportamiento de los abogados. La convivencia de tres modelos distintos de regulación parece una solución razonable, ha dado buenos frutos por lo que no es urgente su sustitución (en el caso de que fuese técnicamente posible) por un modelo uniforme.

Y, sin embargo, son realmente las exigencias de la integración del mercado, el mercado profesional, las que están en la base de aquellas pesquisas y de aquellas comunicaciones que en el ámbito europeo apuestan por la revisión de las normas inherentes a las profesiones, consideradas como otros tantos obstáculos para la circulación de servicios en el mercado interior, como un coste improductivo para las empresas, como una fuente de proteccionismo corporativo. La piedra angular de todo el sistema es, una vez más, el principio de competencia, aplicado aquí como si la actividad profesional fuese paragonable con la empresarial, esto es, el servicio equivalente al ejercicio de la actividad intelectual como si fuese objeto de intercambio, el control sobre la cualificación efectuado mediante un examen de Estado como si fuese una medida legítima de restricción de acceso y de la libre expresión de la libertad de actuación.

Pero, ¿se trata de la aplicación de un principio invocado por razones técnicas, de un principio evocado para establecer una política de igualdad de trato y de apertura de los mercados al juego de la libre competencia o bien de un velo que esconde intereses

opuestos a la correcta ejecución de una tarea esencial en la protección de los derechos? También allá donde se aplican modelos más abiertos a la competencia, como en Gran Bretaña y en los países escandinavos, no se ha renunciado nunca a un control de competencia y cualificación, al control deontológico, a la diferenciación entre la actividad profesional intelectual y la empresarial. Ante proyectos que pretendían regular este sector según las más puras reglas del mercado – me refiero al más reciente, el llamado *Rapporto Darrois* para la reforma de las profesiones jurídicas en Francia –, han prevalecido las críticas y la perplejidad, al menos de momento.

### 3. La integración mediante reglamentos

El Consejo y el Parlamento Europeo han aprobado dos reglamentos, cuyo texto era ya aplicado por los estados miembros firmantes en forma de convenio, relativo uno de ellos a la ley aplicable en tema de obligaciones contractuales (Convenio de Roma, 19 de junio de 1980) y el otro a la ley aplicable en materia de obligaciones extracontractuales (Reglamento nº 864/07).

El primer reglamento invierte la jerarquía de los criterios previstos por el Convenio, el cual se remitía ante todo a la voluntad de las partes en aras del principio de libertad contractual. Efectivamente, la libertad de las partes asume un papel residual, porque el reglamento establece, como criterios prioritarios de determinación de la ley aplicable, la residencia habitual del contratante que suministra la prestación principal; el lugar determinado rígidamente para ciertos tipos contractuales (por ejemplo, en la venta, el lugar de residencia del vendedor; en el contrato de venta de bienes mediante subasta, el lugar en el que ésta se lleve a cabo; en la franquicia, el lugar de residencia del franquiciado; en el contrato de distribución, el lugar de residencia del distribuidor; en los servicios de intermediación financiera, el lugar fijado por la directiva sobre la materia; en el contrato de seguro, el lugar de residencia del asegurado). En los contratos celebrados con los consumidores, el punto de contacto viene dado por el lugar de residencia del consumidor, siempre que en tal lugar el profesional despliegue su actividad con toda clase de medios, incluidos los telemáticos e informáticos. No basta con que el profesional se encuentre accesible mediante estos medios, sino que también es necesario que el uso de la lengua o de la moneda local esté prevista en las condiciones.

El segundo reglamento es el nº 864/2007 (CE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)<sup>5</sup>. Sin retomar en todo su contexto el Reglamento, que también presenta aspectos ventajosos respecto a la situación anterior, sea por el uso del instrumento como por los principios generales que introduce, hay que considerar el tipo de normas en materia de responsabilidad del fabricante.

5. En DOUE, L 199/40 de 31 de julio de 2007.

El art. 5 del Reglamento citado plantea esencialmente tres problemas interpretativos: dos se refieren al sistema de derecho internacional privado, en particular (i) a la definición precisa del contenido de la disposición y (ii) su relación con la disciplina hoy vigente en nuestro ordenamiento (esto es, el art. 63 de la Ley nº 298, de 31 de mayo de 1995); el tercero se refiere a la heterogénea transposición de la directiva 85/374 en materia de responsabilidad del fabricante por los daños causados por productos defectuosos, que lleva a una discriminación de los perjudicados a la vista de la distinta elección por la que han optado los legisladores nacionales y las discrepancias en la interpretación de la directiva (iii).

(i) La disposición objeto de examen ha tenido un recorrido accidentado, pues el Parlamento europeo había propuesto suprimirla, estimando que era suficiente la aplicación de la regla general en materia de ilícitos extracontractuales<sup>6</sup>. La Comisión ha preferido mantenerla por razones de certidumbre del derecho. El texto aprobado modifica las redacciones anteriores, añadiendo a los tres criterios de determinación ya previstos (la ley del país de residencia común al presunto responsable del daño y al perjudicado, ex art. 4 c.2, la residencia del perjudicado y el lugar de adquisición del producto defectuoso), un cuarto criterio de determinación constituido por el lugar en el que se ha verificado el daño.

Este último criterio (*lex loci damni*) es el criterio general en materia de ilícitos y sustituye al criterio general universalmente aplicado, que había suscitado muchos problemas interpretativos (*lex loci commissi delicti*), porque en algunos ordenamientos la responsabilidad objetiva es considerada una responsabilidad *ex lege*, que no requiere la prueba de la culpa del causante del perjuicio y, por tanto, había dudas sobre la misma aplicación del convenio (ahora reglamento). En otros ordenamientos la distinción entre el daño-evento (lesión del derecho) y el daño-consecuencia (efectos perjudiciales de la lesión) generaba dudas sobre la elección del lugar en el cual el daño había sido causado y, por consiguiente, sobre el criterio de determinación de la ley aplicable. La elección del nuevo criterio general es ciertamente afortunada, porque ahora ya, aunque el Reglamento no ofrece un elenco de definiciones terminológicas de los términos utilizados, el daño en el derecho comunitario se entiende no tanto como un evento lesivo sino como el hecho que perjudica la salud, la propiedad o los intereses de la víctima como consecuencia del comportamiento ilícito del causante del daño.

El principio general tiene como excepción el caso del daño causado por un producto defectuoso. En este caso la Comisión ha considerado que debe darse preferencia al lugar en el que reside el perjudicado, quizá para armonizar esta disciplina con la de las obligaciones contractuales asumidas por el consumidor.

La excepción al principio de la *lex loci damni*, dada por la responsabilidad por razón del producto, se justifica ante el objetivo de distribuir equitativamente los riesgos inherentes a una sociedad moderna altamente tecnológica, de incentivar la innovación, de facilitar los intercambios comerciales (considerando n. 20). Todos estos ar-

6. v. COM (2006) 83, final, de 21 de febrero de 2006, §3.4.

gumentos son meritorios, pero no captan el sentido: se refieren a la justificación de la responsabilidad objetiva del fabricante, pero no al hecho de que se haya escogido como criterio prioritario el lugar de residencia del perjudicado. Mejor hubiera sido si la elección de uno entre los distintos criterios de determinación se hubiera atribuido precisamente al perjudicado, que así habría podido elegir la ley más favorable.

**(ii)** El Reglamento prevalece sobre la regulación interna y, por tanto, modifica el art. 63 de la Ley nº 218, de 31 de mayo de 1995, que, mucho más oportunamente, atribuía al perjudicado, bien la elección de la ley del Estado en el cual se encontraba su domicilio o la sede social del productor, bien la del Estado en el que el producto había sido adquirido.

**(iii)** Como apuntaba, la diferencia no es baladí, porque son todavía notables las diferencias de regulación en cuanto al resarcimiento del daño causado por productos en los distintos ordenamientos de los Estados miembros: un informe de la Comisión, que no ha sido puesto al día (ni siquiera tras el ingreso de los nuevos diez Estados miembros), había puesto de manifiesto cómo estas diferencias se referían siempre a elementos esenciales del supuesto de hecho, como el nexo causal, la prueba del defecto del producto, los riesgos del desarrollo<sup>7</sup> (que está incluido en el ámbito del resarcimiento en Finlandia, Luxemburgo, España, Francia y Alemania), el plazo de prescripción, la franquicia y las modalidades del daño cubiertas por la directiva<sup>8</sup>. El problema deberá resolverse de forma prioritaria, como ha puesto de manifiesto la propia Comisión en el segundo informe de situación sobre el marco común de referencia<sup>9</sup>, proyecto que se propone coordinar de forma sistemática l'*acquis communautaire* así como las normas de aplicación vigentes en los ordenamientos nacionales.

Por tanto, la filosofía que se extrae del nuevo Reglamento en materia de ley aplicable al daño derivado de productos es que todo perjudicado (no sólo el 'consumidor' en sentido propio, sino también el *bystander*) puede ampararse únicamente en la ley de su propio país, con la esperanza de que sea la mejor; como alternativa deberá demostrar la prevalencia de un criterio más restringido, constituido por una relación preexistente con el productor, como un contrato (art. 5 c.2) y esto en el caso en que el perjudicado estime que la ley del productor sea para él la más favorable. En este caso la discriminación se daría entre los perjudicados que han celebrado un contrato directamente con el productor (pero no con el importador, el suministrador o el vendedor final) y son, por tanto, adquirentes del producto; y todos los demás perjudicados, que no pueden valerse de este criterio de determinación porque no han celebrado el contrato, sino que son simples consumidores o simples *bystanders*. Por el contrario, los productores

---

7. Nota del traductor: se refiere al riesgo que comporta para el fabricante el desarrollo tecnológico de los mecanismos para el control de la calidad y seguridad de los productos que incorpora al mercado en cuanto que permite con mayor precisión certificar su falta de idoneidad.

---

8. COM (2000) 83 final de 31 de enero de 2001.

---

9. COM (2007) 447 final de 25 de julio de 2007.

tendrán interés en exportar a aquellos Estados de la Unión cuyas normas les sean más favorables<sup>10</sup>.

## 4. La integración normativa mediante directivas y la propuesta de directiva comunitaria sobre contratos de los consumidores

También el recurso a las directivas ha dado lugar a diversos problemas como resulta de algunos estudios de carácter general<sup>11</sup> y también de estudios sectoriales<sup>12</sup>. De los primeros se desprende que las omisiones, los retrasos, los errores de los legisladores nacionales en la transposición de las directivas están todavía al orden del día, constituyen un obstáculo para la integración del mercado europeo y exigen una activa intervención de los organismos comunitarios, aunque la situación ha mejorado notablemente en los últimos años. El deficit de tal transposición había sido cifrado en el 1,5%: de los 27 Estados miembros sólo cinco se hallan en una situación límite (entre éstos se encuentran Polonia y Luxemburgo), mientras que ya 17 se han aproximado al 1%. Pero tampoco aquí se pueden hacer generalizaciones: si se atiende a las tablas y a las situaciones más preocupantes, nuestro país es deficitario en el campo de la regulación de los servicios financieros; la República Checa lo es en el ámbito de los servicios sociales; Grecia lo es en el sector de la energía y de los transportes, del mismo modo que Portugal y Austria. La solución consistente en una ley comunitaria anual, que ha encontrado entusiastas imitadores en otros países, ha reducido el número de directivas no transpuestas, pero no ha resuelto el otro problema, que consiste en su precisa transposición: Italia está siempre en el penúltimo lugar (el último lo ocupa Polonia) en el escalafón de Estados miembros en cuanto al número de casos de transposición inexacta o incompleta. Dos directivas fundamentales para el derecho de los consumidores y para el derecho civil común – la relativa a la responsabilidad del productor por daños derivados de la circulación de productos defectuosos y la relativa a las cláusulas abusivas en los contratos de los consumidores – exigen alguna consideración adicional.

---

10. Para ulteriores observaciones, vid. Palao Moreno, Book VI of the DCFR (Non-contractual Liability Arising Out of damage Caused to another) and European Private International Law, en ERPL, 4-2009, págs. 703 ss.

11. Vid. como ejemplo la investigación publicada en el mes de enero de 2007 por la Dirección General de Asuntos económicos y financieros, con el título *Steps towards a deeper economic integration: the internal market in the 21st. century*, y el *Boletín Internal Market*, nº 18 del mes de diciembre de 2008.

12. Vid. por ejemplo la investigación elaborada bajo la dirección del IMCO-Internal Market and Consumer Protection, con el título *Transposition, implementation and enforcement of consumer law*, del mes de febrero de 2009 sobre derechos de los consumidores.

## La responsabilidad del productor

A resultas de las respuestas obtenidas con el Libro Verde<sup>13</sup> sobre modificaciones de la directiva (85/374/CEE de 25 de julio de 1985), la Comisión ha encomendado a dos entidades, el estudio jurídico Lovells y la Fundación Rosselli, el análisis de dos aspectos relativos a la transposición de la directiva: respectivamente, las diferencias entre los modelos nacionales y la exigente constituida por el riesgo de desarrollo.

El primer análisis ha evidenciado que tras casi veinte años de aplicación de la normativa sobre la materia no se ha incrementado la litigiosidad ni se ha extendido la protección de los consumidores. En todo caso, muchas de las respuestas dadas al Libro Verde no eran favorables a que la directiva fuese revisada. Se podía, no obstante, coordinar el texto con otras disposiciones correlacionadas, por ejemplo, con la normativa de las garantías en la venta (Directiva 99/44).

Tampoco los resultados del segundo análisis resultan llamativos desde el momento en que la respuesta ha sido la de mantener el régimen jurídico actual, aunque algún Estado miembro había incorporado ya desde la aprobación de la directiva el riesgo de desarrollo. Puesto que la directiva en el art. 13 prevé que el régimen especial de responsabilidad introducido, fundado en una especie de responsabilidad objetiva atenuada (en cuanto exige al perjudicado la prueba del defecto del producto), pueda coexistir con las normas previstas por el derecho común y, por tanto, que sean ejercitables remedios distintos sobre la base de lo dispuesto en el derecho interno, había surgido el problema de coordinación de esta norma con las internas. El Tribunal de Justicia, al resolver dos casos sobre la materia<sup>14</sup>, ha señalado que la directiva tiene la finalidad de asegurar la armonización máxima de las normas aplicadas en los Estados miembros; que, por tanto, no resulta posible mantener una regulación alternativa de ámbito nacional, a no ser que de tal regulación no resulten remedios distintos de aquellos contemplados en la directiva.

Las investigaciones han puesto además en evidencia que las divergencias entre los sistemas nacionales se deben al hecho de que muchos tribunales resuelven en términos de culpa del productor (eventualmente presunta), mientras que otros, en cambio, consideran probado el defecto, aunque las causas del daño no sean claras.

Hay, pues, diferencias debidas a la importancia de la regulación administrativa relativa a la seguridad de los productos y en relación con la responsabilidad del vendedor final.

La situación en Italia se ha visto ahora facilitada por la inclusión de esta normativa en el Código del Consumo (Decreto Legislativo nº 206 de 6 de octubre de 2005). Es bien cierto que el defecto puede ocasionar daños a todos; por tanto, también a víctimas que no sean calificables como 'consumidores' (y, por esto, la comisión que ha redactado el código, presidida por mi, ha sido criticada por parte de la doctrina), pero también lo es que la inclusión de estas normas en el código no precluye su aplicación a los no consumidores y, además, permite coordinar esta normativa con otras disposiciones sobre la materia.

---

13. COM (2000) 893 final.

14. Gonzales Sanchez v. Medicina Asturiana S.A., C-183/00 y Comisión v. Francia, C-52/00.

El nuevo artículo 115 dispone que es productor el fabricante del producto terminado o de uno de sus componentes, el productor de la materia prima así como el agricultor, el ganadero, el pescador y el cazador.

Los casos no son muchos – en torno a una treintena, si se consideran las decisiones publicadas en las revistas – y se puede decir que los tribunales consideran objetiva la responsabilidad prevista en la directiva, aunque no faltan voces contrarias en el seno de la doctrina.

### **Las cláusulas abusivas**

En algunos ordenamientos – en Alemania, Holanda y Portugal – la normativa se funda en el principio de que quien redacta el clausulado del contrato y, por tanto, no negocia las cláusulas incorporadas a él se encuentra en una posición ventajosa frente a la contraparte; y, por tanto, tales cláusulas se sujetan a limitaciones de validez, tanto cuando hayan sido impuestas al consumidor, como si lo han sido a un profesional. En otros ordenamientos – como en Francia, Bélgica y Luxemburgo – las cláusulas unilateralmente redactadas se consideran abusivas en cuanto impuestas a la parte más débil y, por tanto, su control afecta sólo a los contratos celebrados con el consumidor, pero incluyendo también las cláusulas negociadas. Hay otros Estados, como los escandinavos, que reúnen las dos características para extender la aplicación del control; y otros, como Italia, que aplican el control únicamente a los contratos de los consumidores, excluyéndolo sobre las cláusulas negociadas.

Se dan también diferencias en relación a la noción de consumidor. En algunos Estados esta noción incluye todo destinatario final; en otros se entiende por consumidores también aquellas entidades que no tienen ánimo de lucro.

También subsisten diferencias en cuanto al requisito de la contravención de la buena fe, constatándose un significativo desequilibrio: en siete ordenamientos este requisito no se exige (Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo y Eslovaquia). También el anexo a la directiva, que enumera las cláusulas presuntamente abusivas, ha sido aplicado de distinto modo.

Hay también contrastes entre los ordenamientos nacionales en cuanto a la naturaleza de la nulidad de la cláusula (esto es, si tal nulidad es absoluta o relativa); prevalece el expediente de la nulidad absoluta (mientras que en Italia se ha preferido el de la nulidad relativa). También el parámetro de la claridad y comprensión de las cláusulas es interpretado de forma distinta y no son unívocos los remedios para las cláusulas oscuras.

Finalmente los métodos de control son distintos: prevalece el control judicial, pero subsisten también formas de control administrativo y modelos en los cuales se adopta el método persuasivo, dirigido a convencer al que unilateralmente redacta sobre la conveniencia de modificar su propio esquema contractual, dejando fuera las cláusulas abusivas. Para este fin han resultado de provecho tanto la intervención de las Cámaras de Comercio como la llevada a cabo por asociaciones de colectivos profesionales que han firmado 'protocolos de consenso' con las asociaciones de consumidores (como el A.B.I. y el A.N.I.A.).

Una investigación bastante densa y plena de matices se ha llevado a cabo en torno a la transposición de algunas directivas sobre los derechos de los consumidores, con particular referencia a la noción de consumidor y de profesional, al derecho de desistimiento y a las obligaciones de información<sup>15</sup>. De esta investigación, en la que los coordinadores han puesto de manifiesto, examinando los ordenamientos nacionales, cuántas son todavía las diferencias de regulación que lesionan la posición jurídica de los consumidores individuales en el ámbito del mercado interior, ha surgido una orientación uniformadora de la Comisión europea.

Efectivamente, la Comisión ha elaborado una propuesta de directiva del Parlamento y del Consejo relativa a los 'derechos de los consumidores'<sup>16</sup>. El texto consta de cincuenta artículos y de algunos anexos constituidos por formularios y tablas comparativas. La exposición de motivos comprende al menos sesenta y seis considerandos y se extiende a veinte páginas. La directiva se dirige a la revisión del *acquis communautaire* en materia de consumo, a simplificar el cuadro normativo vigente, a mejorar el funcionamiento del mercado interior y a resolver los problemas planteados por la celebración de contratos transnacionales. A este propósito se han introducido disposiciones sobre la elección de la norma aplicable en materia de obligaciones contractuales (el llamado 'Reglamento Roma I' nº 593, de 17 de junio de 2008). Sin embargo, la Comisión ha reconocido que la aplicación del Reglamento, que permite al consumidor invocar las normas nacionales (art. 6) no excluye que puedan plantearse conflictos interpretativos tales como para obstaculizar la circulación de bienes y servicios. De aquí resulta una elección muy significativa, que consiste en sortear los escollos de la ley aplicable mediante la fijación de normas contractuales uniformes relativas a las relaciones entre profesionales y consumidores en modo tal que en todos los ordenamientos nacionales de los Estados de la Unión se puedan aplicar las mismas normas. Este resultado se obtiene – en los votos de la Comisión – llevando a cabo dos operaciones: la redacción de un texto unitario que coordina las directivas comunitarias sobre las relaciones entre profesionales y consumidores; y la elección del nivel de armonización, calificada como 'completa' o 'total' y 'pretendida' ('ciblé').

Esta elección es muy significativa porque hasta hoy el derecho comunitario en materia de consumidores estaba encomendado a directivas 'de mínimos', las cuales, fijado precisamente un 'mínimo común denominador' constituido por principios inderogables transponibles en todos los ordenamientos nacionales, permitían a cada uno de los legisladores elevar el nivel de protección. El sistema presentaba la ventaja de no atenuar la protección de los derechos en los ordenamientos en los cuales ésta era más fuerte respecto a otros menos garantistas y, al mismo tiempo, de permitir a estos últimos adecuarse paulatinamente a los modelos más fuertes en aquellos sectores de vez en cuando considerados. Sin embargo, emergen dos aspectos negativos: el régimen jurídico de las

15. Schulte-Noelke, Twigg-Flesner, Ebers, *EC Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich, 2008.

16. COM (2008) 614/4, de 8 de octubre de 2008.

relaciones con los consumidores terminaba por ser heterogéneo y el nivel de protección a ellos otorgado cambiaba de país en país. La armonización total, propuesta por la Comisión, es invocada por los profesionales, que se encuentran en este momento con el deber de afrontar notables costes transaccionales debidos a la variedad de las normas aplicables; y por las asociaciones de consumidores, que de vez en cuando han de sugerir a sus afiliados cuál es la mejor ley aplicable al contrato entre las dos que entran en consideración. Esta armonización implica, sin embargo, una especie de 'escayolamiento' del sector, cuya evolución dependerá – si la propuesta fuera aprobada – exclusivamente del legislador comunitario, quien limitará por tanto las elecciones internas.

La propuesta no se refiere a todas las directivas del sector, sino sólo a aquellas que tienen por objeto algunos tipos de modalidad de celebración del contrato (los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, los contratos a distancia) y algunos ámbitos inherentes al contenido (las cláusulas abusivas y las garantías en la venta). El resultado es un 'minicódigo' de consumo, en el cual, después de las definiciones y del campo de aplicación (arts. 1-4), se regula la información (arts. 5-7), el derecho de desistimiento (arts. 8-20), algunos aspectos de la venta (arts. 21-29), las cláusulas contractuales (arts. 30-39) y aspectos inherentes a la aplicación de la directiva (arts. 40-50).

El art. 43 señala que si el 'derecho aplicable' pertenece al sistema de un Estado miembro el consumidor no puede renunciar a los derechos que le son atribuidos por la directiva. Lo que implica que sus normas son inderogables y que la diferencia fundamental entre una directiva como ésta, que tiende a la armonización completa, y un auténtico reglamento es exigua, radicando sobre todo en la técnica legislativa (transposición de los principios en aquélla, inmediata aplicación en éste) y en los plazos de transposición.

Otra apuesta relevante se refiere a las definiciones de 'consumidor' y de 'profesional', en las cuales se ha introducido el sector de las actividades 'liberales'. En realidad se trata de una simple clarificación, puesto que en la noción de 'profesional' están comprendidos el empresario y el profesional que despliega una actividad intelectual, tal como son definidos en el código civil.

Entre las novedades destacan las obligaciones impuestas a los intermediarios que actúan por cuenta de los consumidores, plazos uniformes de caducidad para el derecho de desistimiento, la imposición al vendedor del riesgo de pérdida o de daños a las cosas durante la entrega, la fijación de una lista de cláusulas calificadas como abusivas y una lista de cláusulas que se presumen abusivas salvo prueba en contrario por parte del profesional.

Han quedado fuera del ámbito de aplicación de la directiva las normas asimismo incluidas en l'*acquis communautaire* relativas a las prácticas comerciales desleales, a las etiquetas, a la seguridad de los productos, a la responsabilidad del fabricante, a los servicios turísticos, al crédito al consumo, a los remedios. Salvo el crédito al consumo, las otras materias son objeto del Código de Consumo (Decreto Legislativo nº 206 y sigs. modif., de 6 de septiembre), que permanece, por consiguiente, intacto para las materias excluidas y deberá, en cambio, corregirse en las materias de las que trata la directiva dentro del plazo señalado por ella una vez sea aprobada.

Nada se dice sobre la directiva relativa a los servicios, que debe ser transpuesta a los Estados miembros antes del final de diciembre de 2009, pese a que se puede verificar una superposición parcial de normas, sobre todo por lo que respecta a la información y a las cláusulas contractuales.

## 5. La integración normativa mediante ‘códigos’

Los trabajos de la comisión para el estudio de un ‘código civil europeo’ coordinada por el Prof. Christian von Bar han sido una verdadera palestra, no sólo para entender la importancia y la incidencia del derecho comparado en la evolución de las formas jurídicas de las relaciones económico-sociales, sino también para afrontar los problemas de la armonización de los principios y de la uniformidad del derecho. De esta iniciativa, me he erigido en paladín ante los abogados italianos y en el ámbito de la abogacía europea. Ahora que veo el resultado de este trabajo, estoy satisfecho de él; y dentro de los límites de tiempo que se me han asignado, querría dar cuenta de cuáles son las razones para ello.

El DCFR (*Proyecto de Marco Común de Referencia*)<sup>17</sup> persigue el fin de asegurar principios uniformes en materia de contrato en general y de las obligaciones en general, de los contratos especiales, de la responsabilidad civil, del enriquecimiento injusto, de la *negotiorum gestio*, de los *trusts* y se compone de principios inherentes al *acquis communautaire* sobre el derecho de los consumidores y de definiciones terminológicas y nocionales. Es el resultado de un proceso en acción en el que se aproximan los ordenamientos nacionales, no sólo en el ámbito de las directivas comunitarias aprobadas, sino también en el sector de las normas generales que conciernen al ‘common core’ del derecho civil. Intentos semejantes se están llevando a cabo también en materia de derecho de familia, de derecho de los seguros, de remedios procesales. No es un simple *restatement* del derecho vigente, sino que se propone introducir normas innovadoras tales como para satisfacer las exigencias de una sociedad moderna y compleja como ésta en la que operamos. No sacrifica los modelos nacionales, sino que extrae de ellos los principios comunes, adoptando una terminología acomodada a los distintos contextos locales.

No me detendré en la estructura del Proyecto, aunque sería interesante comprender las razones para la ubicación de las normas sobre las obligaciones, que han quedado pospuestas (Libro III) en lugar de antepuestas a las normas del contrato (Libro II), cuando, siendo el contrato una de las fuentes de las obligaciones, hubiese sido de esperar una elección distinta. Así, parecen interesantes las normas sobre <acquisition and loss of ownership of goods<sup>18</sup>> (Libro VIII), que en el código civil italiano están diseminadas

17. *Draft Common Frame of Reference, outline edition*, diritido por von Bar, Clive, Schulte-Noelke, Munich, 2009.

18. Nota del traductor: adquisición y pérdida de la propiedad sobre los bienes.

por el libro sobre la propiedad y en los demás libros, con relación a la regulación de los contratos en particular o de la protección de los derechos; del mismo modo se entiende el énfasis puesto sobre los <proprietary security rights in movable assets<sup>19</sup>> (Libro IX), que en el código civil italiano apenas están mencionados, desde el momento en que una de las finalidades del Draft consiste en preparar normas funcionales para la integración del mercado interior, para la circulación de bienes y servicios dando certidumbre a las relaciones, confianza a los empresarios, protección a los destinatarios; totalmente nuevas – para el jurista italiano – son las normas sobre los <trusts<sup>20</sup>> (Libro X), que en el derecho italiano o se sustituyen por la doctrina jurisprudencial relativa al negocio fiduciario o derivan del convenio internacional sobre la materia, considerando que éste también contiene normas de derecho sustantivo.

Muchas son las novedades en materia de contratos. Me detendré únicamente sobre algunas de ellas, escogiendo aquellas que pueden parecer más relevantes a los ojos del jurista italiano.

Las normas sobre libertad contractual, con las que se abre el Libro II, han sido objeto de un amplio análisis durante el seminario organizado por el Consejo Nacional forense (Italian Bar Council) al que he aludido, pero también durante un seminario habido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma 'la Sapienza' (cuyas actas se hallan en proceso de edición, ESI, Nápoles, 2009).

En los dos seminarios se han examinado los límites a la libertad contractual, entendidos como relación entre disposiciones inderogables y derogables ('mandatory y non mandatory rules'), como relación entre legitimación del poder contractual y abuso del poder contractual, como aplicación del principio de transparencia y del principio de buena fe y equidad (good faith and fairness).

Dos son, sin embargo, los aspectos que más llaman la atención – diría favorablemente –, al jurista italiano, que encuentra en el Proyecto muchas normas congeniales en cuanto ya previstas en el Código civil, como las normas sobre el objeto, sobre la interpretación del contrato, sobre la simulación, etc. Me refiero a los 'pre-contractual duties<sup>21</sup>' y a los 'unfair terms<sup>22</sup>'.

Como subrayaba poco antes, el Libro II del Proyecto contiene normas relativas al contrato en general, pero dentro de toda institución distingue (i) normas dirigidas a regular los contratos celebrados por contratantes no cualificados, (ii) normas dirigidas a regular contratos celebrados por consumidores, (iii) normas dirigidas a regular contratos celebrados por profesionales 'débiles', (iv) normas dirigidas a regular contratos celebrados por consumidores 'débiles'. El primer grupo de normas no es, sin embargo, neutro, como

---

19. Nota del traductor: derechos de garantía del propietario sobre bienes muebles.

---

20. Nota del traductor: fideicomisos.

---

21. Nota del traductor: obligaciones precontractuales.

---

22. Nota del traductor: cláusulas abusivas.

se podría pensar a primera vista. Porque aunque se dirijan a todos los contratantes, estas normas contienen mecanismos de corrección inspirados en la transparencia del contrato, en la buena fe y la adecuación del comportamiento, en la prohibición del abuso contractual, que satisfacen tanto la exigencia de 'moralizar' el mercado como la exigencia de dar entrada a demandas sociales que no se habrían realizado plenamente por el libre juego de las fuerzas en pugna.

Y bien, el Capítulo 3 del Libro II se refiere a la materia del <Marketing and pre-contractual duties<sup>23</sup>> (II.-3:101 – 3:501). La materia es completamente nueva en relación con el Código civil, que recoge (el primero entre los códigos modernos) normas específicas en materia de negociación y responsabilidad precontractual (arts. 1337-1338). Frente a los principios generales relativos a la aplicación de la cláusula general de la 'buena fe' en la fase previa a la celebración de contrato y a la obligación de comunicar a la contraparte las causas de invalidez del contrato, la jurisprudencia italiana ha completado el precepto normativo, fijando la naturaleza extracontractual de la responsabilidad por infracción de estas disposiciones y la importancia del daño resarcible contenido en el llamado *interés negativo* (reembolso de los gastos habidos durante la negociación y liquidación de los beneficios perdidos por no haber celebrado otros contratos). Las obligaciones en la fase precontractual son, por tanto, limitadas y no están tipificadas: ellas se refieren sobre todo a la interrupción de la negociación sin justificación, pero no a la obligación de *disclosure* de hechos y circunstancias, salvo las causas de invalidez del contrato.

El cumplimiento de precisas obligaciones precontractuales de información relativas al listado de datos y la transmisión de notas y documentos explicativos está sólo previsto por leyes especiales que se refieren a los contratos con los consumidores y a los contratos celebrados con sus clientes por los bancos, las compañías de seguros y las sociedades de intermediación financiera.

Por el contrario el Proyecto eleva al rango de norma de carácter general (esto es, de obligada observancia frente a cualquiera, pues se dice en el propio texto 'another person') en el caso de venta de 'goods, assets, services' la obligación de información a cargo del empresario ('business'). No precisa con detalle las informaciones que se deben dar, pero emplea una cláusula general fundada en lo que razonablemente espera ('... reasonably expect ...') la contraparte y tiene en cuenta el estándar de calidad y de la prestación, calificados como 'normales' a la vista de las 'circunstancias' (II.-3:101).

En el caso de que la contraparte sea también un empresario ('business') la quiebra del deber es equivalente a la falta de suministro de la información que habría sido de esperar atendiendo a los buenos usos del comercio ('good commercial practice'). Ciertamente ésta es una gran novedad en nuestra experiencia jurídica, donde la negociación entre profesionales se confía normalmente al libre mercado, a salvo precisamente las normas especiales.

El Proyecto regula también las obligaciones precontractuales de información hacia el consumidor que podríamos definir como 'medio' (II.-3:102) y hacia el consumidor especialmente en situación de desventaja (II.-3:103); prevé normas sobre las informaciones

---

23. Nota del traductor: Marketing y obligaciones precontractuales.

transmitidas en tiempo real y mediante medios electrónicos (II.-3:104, 3:105). Prevé además que se dé publicidad al precio, la identidad y el domicilio social del empresario (II.-3:107, 3:108).

En general prevé que las informaciones sean claras y precisas, y expresadas en un lenguaje simple e inteligible (II.-3:106). Esto es también una gran novedad: en nuestro ordenamiento no ha sido codificado un principio de tal índole; normas similares se aplican únicamente a los contratos del consumidor en virtud de la directiva comunitaria en materia de cláusulas abusivas.

Un principio análogo se prevé en el Proyecto a propósito de las cláusulas confeccionadas por una parte e impuestas a la otra (II.-9:402). También en este caso, con disposiciones inderogables por las partes (II.-9:401) las cláusulas deben ser redactadas y comunicadas de forma clara, simple, inteligible. Si no es así, la cláusula es considerada 'unfair' y, en consecuencia, no vinculante.

En el caso de infracción de las obligaciones precontractuales la sanción es el derecho a la reparación del daño ('loss') (II.-3:501), que va más allá del simple *interesse negativo*. Cuando sea publicado el comentario habrá que verificar si los redactores adscriben el supuesto de hecho al campo de la responsabilidad extracontractual antes que al de la contractual, con todas las consecuencias que de ello derivan en materia de carga de la prueba y de prescripción de la acción resarcitoria. Es evidente, sin embargo, cuál es la elección efectuada por los redactores: el contrato celebrado habiéndose infringido las obligaciones precontractuales es de por sí válido y no resoluble; por contra, en caso de cláusulas 'unfair', la cláusula no es vinculante (II.-9:408).

La reciente jurisprudencia de la Corte di cassazione italiana<sup>24</sup> prevé, en cambio, la resolución del contrato, si la obligación de información está prevista por ley, con el consecuente resarcimiento del daño contractual; pero hay sentencias que aplican el expediente de la nulidad, con las consiguientes restituciones.

El Proyecto prevé también normas especiales cuando el contrato se celebra con el consumidor (II.-3:102).

Otro ejemplo de elevación del derecho de los consumidores al rango de normativa general viene dado por la aplicación del principio de invalidez de las cláusulas redactadas unilateralmente por una parte e impuestas a la contraparte.

En el Código civil italiano – como primer exponente entre los códigos modernos – se han previsto normas sobre las condiciones contractuales confeccionadas por una parte e impuestas a la otra sin hacer distinción de status; sin embargo, si son aceptadas mediante expreso acogimiento, las cláusulas no son inválidas (art. 1341 c.2).

Aquí, en cambio, las cláusulas se someten al control de la 'unfairness'<sup>25</sup>, esto es, ai 'significantly disadvantages'<sup>26</sup> impuestas a la parte contratante por un comportamiento

---

24. Nota del traductor: Tribunal Supremo.

---

25. Nota del traductor: injusticia.

---

26. Nota del traductor: perjuicios esenciales.

contrario a la buena fe y al 'fair dealing'<sup>27</sup> (II.-9:404) no distingue si la contraparte es un consumidor o un no consumidor.

Pero si la contraparte es un empresario ('business') el Proyecto extiende la protección también a él, yendo más allá del mismo derecho comunitario, que reserva la protección únicamente al consumidor. El Proyecto, por tanto, no refleja, al menos a este propósito, la orientación de los ordenamientos nacionales, ni siquiera la orientación del derecho comunitario; no actúa aquí ni como *restatement* ni como espejo del derecho comunitario, sino que acoge las demandas de cierta doctrina y de ciertos organismos (como la Law Commission inglesa), que habían propugnado la moralización del mercado en la redacción de las cláusulas y en su imposición mediante el control del abuso del poder contractual. En el caso de contratos entre empresarios no se hará referencia a las 'disadvantages', sino más bien a la grave infracción de los buenos usos del comercio, a la buena fe y al buen hacer ('.. grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing': II.-9:405). No es realmente un control del abuso desde el momento en que se legitima la praxis comercial, aunque sea buena, pero el empleo de la buena fe y de la equidad en la redacción del contrato, en la consideración de las cláusulas individuales, en su relación con las cláusulas aplicadas en la praxis es, sin embargo, un gran paso adelante.

## 6. La integración normativa y los derechos fundamentales

Vayamos, por tanto, a uno de los aspectos cruciales del derecho privado, reflejado también en el Proyecto: el problema de la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares. A decir verdad, el Proyecto no se dirige sólo a los Estados miembros de la Unión Europea, sino que es natural tenerlo en cuenta a la luz del derecho comunitario, también por el interés que ha suscitado por parte de los organismos comunitarios.

Entre los objetivos de la Unión la Carta europea de los derechos fundamentales establece como valor de base la *dignidad humana* (art. I-2) y precisa que el desarrollo sostenible de Europa se basa en un 'crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado fuertemente competitiva que persigue el pleno empleo y el progreso social' (art. I-3). La Carta reconoce y garantiza los derechos de la persona a la integridad física y psíquica (art. II-63), formulados bajo la forma de protección de la salud (art. II-95), el respeto a la vida familiar (art. II-67) y a los datos de carácter personal (art. II-68) y prevé específicamente para los consumidores la garantía de 'un elevado nivel de protección' (art. II-98).

Es necesario distinguir entonces entre las pretensiones de los ciudadanos que afectan a los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones de los Estados miembros y formulados de forma incluso más amplia en la Carta europea; y los llamados 'derechos

---

27. Nota del traductor: recto proceder.

económicos', que se sitúan en el mismo plano que los derechos que apuntan al 'profesional'. Ya la Resolución sobre los derechos e intereses de los consumidores de 1975 se ocupaba de ambas categorías de derechos, pero hoy la perspectiva ha cambiado: también en el derecho comunitario (que también constituye un ordenamiento por sí mismo, no asimilable a los ordenamientos nacionales) se pueden utilizar ahora ya las categorías formales que distinguen las fuentes del derecho y las ordenan jerárquicamente, como sucede en los ordenamientos nacionales.

Y puesto que no es concebible que las políticas de la Unión puedan oponerse a los derechos fundamentales reconocidos por la Carta europea, los derechos fundamentales vienen a ser un límite a la actuación comunitaria en este campo. Por tanto, el art. 153 (ex 129) del Tratado CE – que impone a la comunidad la tarea de 'contribuir' a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y de tener en cuenta sus exigencias, debe ser interpretado a la luz de las disposiciones de la Constitución europea. Al igual que las constituciones nacionales para las cuales se ha construido un proceso interpretativo de 'aplicación dirigida a las relaciones entre particulares', también la Carta europea de derechos fundamentales implica la aplicación directa de las disposiciones contenidas en ella a las relaciones entre particulares.

¿Cuáles son los remedios en caso de infracción de derechos fundamentales en una operación económica que tiene una apariencia jurídico-contractual?

Normalmente la regulación de los remedios es confiada por el derecho comunitario a los ordenamientos nacionales y su aplicación a los jueces nacionales. Sin embargo, en caso de infracción del principio de no discriminación (que no agota, obviamente, el número de los derechos fundamentales), los principios en los que se ha condensado *l'acquis* en materia de derecho de los consumidores (Acquis Principles) prevén el resarcimiento del daño, patrimonial y moral (art. 3:201 (2)); por contra, el DCFR prevé la aplicación de los remedios en caso de 'non performance'<sup>28</sup> (art. III.2:104); si el incumplimiento es inexcusable se puede también solicitar, bien el 'specific performance'<sup>29</sup> (III.3.101), bien el resarcimiento del daño, incluido el daño moral (non economic loss: III.3.701).

El DCFR es, por tanto, más avanzado que los Acquis Principles desde la perspectiva de la protección de la persona. Pero también se trata de un sector que puede coincidir sólo parcialmente con el de la protección del consumidor en general, porque en el ámbito contractual no se puede tener en cuenta (en mi opinión) el comportamiento anterior habido en la fase precontractual, ni tampoco en el supuesto de un simple contrato social finalmente no concretado en una relación contractual. En otras palabras, si la infracción ha tenido lugar antes de la celebración del contrato, sólo cabe el resarcimiento del daño, pero no el 'specific performance' que supondría el cumplimiento forzoso del contrato.

---

28. Nota del traductor: incumplimiento.

---

29. Nota del traductor: cumplimiento en forma específica.

## 7. Integración normativa y remedios

La aplicación del principio de efectividad combinado con el de subsidiariedad y con el principio de la competencia preferente del legislador nacional y del recurso preventivo a los remedios previstos por el sistema procesal nacional respecto a la competencia del legislador comunitario y a la operatividad de los remedios previstos en el ámbito comunitario por infracción de normativas comunitarias, modela la regulación de los remedios previstos por el ordenamiento interno: se trata tanto de remedios relativos a la infracción de normativa comunitaria, sobre las cuales se ha gestado vasta literatura, como de remedios relativos a relaciones de derecho privado reguladas por el ordenamiento comunitario en materias de su competencia. En estas páginas me ocuparé de este segundo aspecto.

De todos modos, en cada uno de los dos sectores la regulación de los remedios y su aplicación por parte del juez es encomendada al derecho interno, siempre que éste se dirija a tutelar de forma adecuada los intereses protegidos. En este aspecto, el recurso a los remedios comunitarios es únicamente residual.

Este orden jerárquico se ha consolidado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas. Recientemente se ha reafirmado con la sentencia de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 *Courage*; con la sentencia de 13 de julio de 2006, asunto C-295/04 *Manfredi*; y además con la sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-432/05, *Unibet (London) Ltd, Unibert International LTd/Justitiekanslern*.

En especial, con este último pronunciamiento, el Tribunal ha señalado que <el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los particulares por el derecho comunitario debe ser interpretado en el sentido de que él no exige, en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, la existencia de un recurso autónomo dirigido – principalmente – a examinar la conformidad de las disposiciones nacionales con el art. 49 del Tratado de la CE cuando otros medios de peso específico, no menos favorables que aquellos que regulan acciones nacionales semejantes, permitan valorar de forma incidental tal conformidad, lo que ha de ser verificado por el juez nacional>.

En sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05, *Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL*, el Tribunal ha tenido la oportunidad de subrayar cómo 'según una reiterada jurisprudencia, a falta de una específica regulación comunitaria, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro fijar las modalidades procedimentales para garantizar la salvaguardia de los derechos de los que gozan los sujetos a efectos del ordenamiento comunitario en virtud del principio de autonomía procesal de los estados miembros, si bien a condición de que tales modalidades ... no hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)'. Algunos antiguos precedentes habían ya formulado este principio: de ello es ejemplo significativo la sentencia recaída en el asunto C-45/76, *Comet v. Produktschap* y la recaída en el asunto C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz v. Landwirtschaftskammer*.

De aquí el planteamiento de tres hipótesis distintas:

**(i)** la previsión de instrumentos comunitarios dirigidos a regular específicamente remedios inherentes a la protección de los derechos e intereses de los particulares tanto si son protegidos individualmente como de forma colectiva

**(ii)** la previsión de instrumentos comunitarios dirigidos a establecer normas de derecho sustantivo inherentes a las relaciones con los particulares, incluyendo normas de protección.

**(iii)** la previsión de instrumentos comunitarios dirigidos a establecer normas de derecho sustantivo inherentes a las relaciones con los particulares a las que no se acompañe la implantación directa de normas de protección y, por tanto, haya lugar bien al automático reenvío a los remedios previstos en el ordenamiento interno, con referencia específica al supuesto considerado o al supuesto a él extensible, bien a la infracción de las normas de derecho comunitario con la consiguiente responsabilidad del Estado por omisión de la implantación del remedio.

En el primer caso, las normas comunitarias deben adaptarse al sistema procesal, pero pueden introducir nuevos remedios o nuevas concepciones en los remedios existentes en el ámbito nacional. El ejemplo más llamativo viene dado por la directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación de la protección de los intereses de los consumidores, con la que<sup>30</sup> se han previsto en el art. 2 las acciones de cesación. El precepto dice: <1. Los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas con arreglo al artículo 3 a fin de obtener que: a) se ordene con toda la debida diligencia, en su caso mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción; b) se adopten, en su caso, medidas como la publicación, total o parcial, y en la forma que se estime conveniente, de la resolución, o que se publique una declaración rectificativa con vistas a suprimir los efectos duraderos derivados de la infracción; c) en la medida en que el ordenamiento jurídico del Estado miembro interesado lo permita, se condene a la

---

30. < (2) Considerando que los mecanismos que existen actualmente, tanto en el plano nacional como en el comunitario, para garantizar el cumplimiento de dichas Directivas no siempre permiten poner fin a su debido tiempo a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores; que por intereses colectivos se entiende los intereses que no son una acumulación de intereses de particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción; que esto no obsta a las acciones particulares ejercitadas por particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción; (3) considerando que la eficacia de las medidas nacionales de transposición de dichas directivas a los efectos de obtener la cesación de prácticas que sean ilícitas con arreglo a la legislación nacional aplicable, incluidas aquellas medidas de protección que van más allá del nivel exigido por las propias directivas, siempre y cuando sean compatibles con el tratado y permitidas por dichas directivas, puede verse contrarrestada cuando tales prácticas surten su efecto en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hayan originado; (4) considerando que estas dificultades pueden perjudicar al buen funcionamiento del mercado interior al tener por consecuencia que baste trasladar el punto de partida de una práctica ilícita a otro país para sustraerse a cualquier tipo de aplicación; que ello constituye una distorsión de la competencia, (6) considerando que dichas prácticas sobrepasan a menudo las fronteras entre los Estados miembros; que es, por tanto, necesario y urgente aproximar en cierta medida las disposiciones nacionales que permiten hacer cesar las prácticas ilícitas antes mencionadas, con independencia de cuál sea el país en el que la práctica ilícita produce sus efectos; que, por lo que se refiere a la jurisdicción, esto no obsta a que se apliquen las normas del derecho internacional privado y de los convenios en vigor entre los Estados miembros, y respeta las obligaciones generales de los Estados miembros que se derivan del tratado, en particular las relacionadas con el adecuado funcionamiento del mercado interior>.

parte demandada perdedora a abonar al Tesoro público o al beneficiario designado por la legislación nacional, o en virtud de la misma, en caso de inejecución de la resolución en el plazo establecido por las autoridades judiciales o administrativas, una cantidad fija por cada día de retraso o cualquier otra cantidad prevista en la legislación nacional al objeto de garantizar el cumplimiento de las resoluciones>). La directiva ha sido transpuesta mediante ley de 1 de marzo de 2002, n. (que ha añadido el c.5 bis al art. 3 de la ley nº 281 de 1998) y ahora las previsiones se hallan en el Código de Consumo (Decreto Legislativo nº 206, de 6 de septiembre de 2005, con sucesivas modificaciones) en los arts. 139-140. Las disposiciones introducen remedios que se alinean junto a la acción general de cesación y junto a las providencias de urgencia a las que se refieren los arts. 669 y 700 del Codice di Procedura Civile<sup>31</sup>.

En el segundo caso, el ejemplo llamativo viene dado por la directiva n. 13/93 CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos de los consumidores, la cual dispone en su art. 6 que:

**1.** Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

Y en el art. 7 que:

**1.** Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

**2.** Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

La transposición de la directiva llevada a cabo primero con la ley nº 52/1996 y posteriormente con la elaboración del Código de Consumo y con la inclusión en este texto, en los arts. 33-38, de las disposiciones contenidas en el Código civil (arts. 1469 bis – sexies), ha planteado dos cuestiones de extraordinaria importancia: (i) la adaptación al ordenamiento jurídico interno del remedio dirigido a dejar sin efecto las cláusulas contractuales calificadas como abusivas, concretado en primer lugar en la *ineficacia relativa y parcial*, posteriormente en la *nulidad relativa y parcial* (art. 36); (ii) la introducción de una acción de cesación de contenido especial, que legitima a las asociaciones de con-

31. Nota del traductor: Ley de Enjuiciamiento Civil.

sumidores, de profesionales y a las cámaras de comercio a actuar en juicio para hacer cesar el uso de las condiciones generales del contrato calificadas como 'abusivas'.

La transposición de la directiva ha dado lugar a una antología de remedios, distintos entre sí en los ordenamientos nacionales. Hay ordenamientos en los que el principio del carácter 'no vinculante' de las cláusulas abusivas ha sido entendido como equivalente a un expediente de *nulidad absoluta* y declarable ex officio; hay otros en los cuales la nulidad es relativa; otros en los que la nulidad es relativa y parcial. Hay otros ordenamientos en los que los remedios no están bien definidos; los hay que permiten al juez - o a la autoridad administrativa competente o al Ombudsman<sup>32</sup> - modificar, rectificar, adaptar el contenido de la cláusula abusiva según los criterios de buena fe y de equilibrio de prestaciones entre las partes del contrato.

El Tribunal de Justicia ha señalado que corresponde al juez nacional fijar las modalidades con las que la cláusula puede ser declarada inválida (sentencia de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 y C-244/98, Océano Grupo Editorial S.A. y Murciano Quintero); que los jueces nacionales pueden aplicar la declaración de nulidad en todo caso y no sólo en el de cláusula relativa a la jurisdicción (sentencia de 21 de noviembre de 2002, C-473/2000, Cofidis v. Fredout). Además, en cada una de estas resoluciones (incluido el mencionado caso Mostaza Claro), el Tribunal he señalado que los jueces nacionales pueden requerir de oficio las pruebas que se refieran al carácter abusivo de las cláusulas.

En Italia, la introducción de normas dirigidas a hacer cesar el uso de las cláusulas abusivas ha sido efectuada de forma imprecisa. A causa de la invocación efectuada por el art. 37 al art. 137, relativo al registro nacional de asociaciones de consumidores, ha surgido un problema de coordinación entre la regulación de la acción de cesación en este campo tan específico y la acción general de cesación para la protección de los derechos de los consumidores prevista por los arts. 139-140 del Código de Consumo. Mayoritariamente la doctrina estima que no hay relación de género a especie y que lo dispuesto en el art. 37 debe entenderse como una reproducción del art. 139.

En la tormentosa jurisprudencia se ha recientemente señalado que <aunque el art. 37 del Código de Consumo haga referencia a las acciones entabladas tanto por las asociaciones de consumidores como por las asociaciones de profesionales y cámaras de comercio, sólo se aplica a las acciones planteadas por los segundos en cuanto que los primeros caen en el ámbito de aplicación del art. 140. Con la consecuencia práctica que las acciones así entabladas por tales sujetos serán distintas tanto en el plano subjetivo como objetivo. Las asociaciones de consumidores (como Adiconsum) están legitimadas para actuar en defensa de los derechos e intereses colectivos sólo en la medida en que estén inscritas en el listado del art. 137 y conforme a las modalidades del art. 140, el cual, a diferencia del art. 37, además de la acción de cesación y junto a la publicación de la resolución, prevé la adopción de medidas correctoras idóneas para eliminar y subsanar los efectos perjudiciales de las infracciones acreditadas. Por consiguiente, las llamadas acciones de cesación de interés colectivo a las que se refieren los mencionados preceptos se dirigen, por un lado, a hacer cesar las conductas ilícitas ya acometidas y, por otro, a imponer al

---

32. Nota del traductor: mediador (en materia de consumo).

autor de la conducta lesiva de los intereses de los consumidores un deber de abstenerse para el futuro de comportamientos cuya antijuridicidad ha quedado evidenciada. (En el supuesto considerado, el tribunal dio orden al banco demandado de abstenerse de rechazar las reclamaciones presentadas por los titulares de cuentas corriente (consumidores) dirigidas a recalcular el montante de la deuda, previa deducción de la capitalización trimestral, o bien las dirigidas a la repetición de cantidades adeudadas en exceso por efecto de la capitalización trimestral aplicada a la deuda<sup>33</sup>).

En el tercer caso no se prevén remedios, encomendando, por tanto, al legislador nacional la elección de los más adecuados y al juez nacional su aplicación. A partir de aquí surge un abánico de hipótesis. El ejemplo más llamativo viene dado por la infracción de las obligaciones precontractuales de información, en la que, a excepción de la directiva sobre las ventas efectuadas fuera de los establecimientos comerciales, en la que se prevé directamente como remedio una prórroga del plazo para el ejercicio del desistimiento por parte del consumidor, cada ordenamiento ha escogido su propio remedio. En la doctrina y en la jurisprudencia el debate sigue todavía abierto, inclinándose alternativamente por la nulidad, la anulabilidad o el incumplimiento contractual con resarcimiento del daño causado. Esta última solución ha sido adoptada por el pleno del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de diciembre de 2007, n. 26724.

Una situación análoga se da en materia de prácticas comerciales desleales para las cuales la directiva 2005/29/CE y el Decreto Legislativo de transposición nº 146, de 2 de agosto de 2007, ahora recogido en el Código de Consumo (en los arts. 20 y sigs.) prevé sanciones de carácter administrativo (en nuestro ordenamiento jurídico dependientes de la autoridad protectora de la competencia y del mercado), pero nada dice en relación con los remedios ordinarios; por su parte, el art. 27 c. 15 del Código de Consumo remite a la jurisdicción del juez ordinario en materia de actos de competencia desleal; pero cierta doctrina se pregunta bien sobre la aplicabilidad del art. 2043 del Código civil, aunque no es ciertamente sencillo para el consumidor probar los requisitos del ilícito civil, bien sobre la aplicabilidad de los remedios inherentes a los vicios de la voluntad, doctrina ésta que, sin embargo, no ha encontrado nunca el favor de la jurisprudencia en este campo.

## 8. La transposición del derecho comunitario mediante private enforcement

La incidencia del derecho comunitario sobre el derecho interno se puede apreciar también bajo otro punto de vista, consistente en la satisfacción de los intereses públicos mediante el empleo de remedios de derecho privado; en este sentido, el remedio persigue dos funciones: la protección del interés del cual es titular el individuo y, al pro-

33. Trib.Palermo, 20 de febrero de 2008, n. 873.

pio tiempo, la protección del interés general. Ejemplo típico de este modo de proceder del derecho comunitario es el llamado *private enforcement*<sup>34</sup> en materia de antitrust. Aquí se entremezclan los efectos de pronunciamientos emitidos por los órganos comunitarios – reglamentos<sup>35</sup>, algunas resoluciones del Parlamento europeo<sup>36</sup>, el Libro Verde<sup>37</sup> y el Libro Blanco<sup>38</sup> de la Comisión europea – así como los de resoluciones dictadas por los tribunales comunitarios<sup>39</sup> y por los jueces nacionales sobre legitimación<sup>40</sup> y sobre el fondo del asunto. Se pueden también enumerar muchos estudios de derecho comparado. Sobre la cuestión se ha ya vertido una extensa literatura.

Esta dirección fundada en el recurso a remedios de derecho privado entablados por los sujetos afectados por la infracción de la normativa sobre competencia ha sido inaugurada por el Tribunal de Justicia, que ha señalado que, para garantizar la plena eficacia del art. 81 del Tratado, sujetos y empresas puedan plantear acciones legales para obtener resarcimiento por el daño sufrido; iniciativas procesales que pueden ser ejercitadas tanto a nivel individual como colectivo mediante el empleo – allá donde se encuentren previstas – bien de 'class actions'<sup>41</sup>, bien de mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Obviamente, se trata de vías complementarias a las señaladas en materia de competencia y por la intervención de las autoridades administrativas de vigilancia del mercado.

En cuanto a las acciones fundadas en la responsabilidad extracontractual, el Parlamento europeo, en su resolución más reciente, ha recomendado que se respete siempre el principio de la culpa, salvo que la normativa nacional prevea la presunción de culpa absoluta o relativa; que se defina a nivel comunitario la noción de daño, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante; que se contemplen plazos uniformes de prescripción, también en el caso de reincidencia en el ilícito; que, en todo caso, el plazo de prescripción no sea inferior a cinco años, remitiendo por lo demás la regulación de la acción individual a los ordenamientos nacionales.

En el Libro Blanco la Comisión ha perseguido la difusión del principio, enunciado por el Tribunal de Justicia en el caso Manfredi, conforme al cual quien haya experimentado

---

34. Nota del traductor: aplicación voluntaria.

---

35. Nº 773/2004 de 7 de abril de 2004 y nº 139/2004 de 20 de enero de 2004.

---

36. De 26 de marzo de 2009, A-6-0123/2009 y de 25 de abril de 2007, A-6-0152/2007.

---

37. COM (2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005.

---

38. COM (2008) 165 final, de 2 de abril de 2008.

---

39. Tribunal de Justicia, sentencia de 13 de julio de 2006, asuntos C-295/04, 296/04, 297/04, 298/04, Manfredi c. Lloyd Adriatico.

---

40. Cass. SS.UU. de 4 de febrero de 2005, n. 2207.

---

41. Nota del traductor: acciones colectivas o conjuntas.

un daño por infracción de la normativa sobre competencia puede obtener un resarcimiento y, para lograr este resultado, ha previsto acciones de naturaleza colectiva junto a las acciones individuales: acciones colectivas según el modelo 'opt-in', esto es, de adhesión a solicitud del interesado, con obligaciones de información dirigidas a superar la desigual posición de las partes y con libertad de los jueces para procurarse las pruebas. En cuanto al principio de la culpa, puesto que la infracción de una norma da lugar – diríamos nosotros, aplicando nuestras categorías dogmáticas – a una forma de 'culpa objetiva', la Comisión ha propuesto invertir la carga de la prueba, que pesa sobre el profesional que ha contravenido las normas sobre competencia, pudiendo liberarse de su responsabilidad únicamente si prueba que su proceder ha sido ocasionado por un error excusable. A los efectos de la reparación del daño, la Comisión ha propiciado, entre otras cosas, que los perjudicados puedan 'invocar en su propia defensa la verificada transferencia del sobreprecio' y que puedan beneficiarse de la protección también los 'adquiritos indirectos'.

Estos principios habían sido ya acogidos por el Tribunal Supremo italiano en un caso relativo a los conciertos entre algunas compañías de seguros sobre las tarifas a imponer en los contratos de seguro obligatorio de la responsabilidad civil por la circulación de vehículos, admitiéndose que estaban legitimados para entablar ante el Tribunal de Apelación competente por razón del territorio la acción de nulidad del contrato individual 'a valle' (esto es, celebrado como consecuencia del acuerdo alcanzado entre las compañías) y la de resarcimiento del daño ex. art. 33 de la ley nº 287 de 1990.

Planteamiento compartido por el Tribunal de Justicia en el caso Manfredi, puesto que el acuerdo dirigido al intercambio de información entre compañías de seguro y a concertar formas de trato a los asegurados tiene un efecto directo o indirecto, actual o potencial en la suscripción de las pólizas por parte de los clientes; tal acuerdo ha de ser estimado como nulo y legítima para el ejercicio de la acción resarcitoria, correspondiendo al ordenamiento nacional fijar la competencia de los jueces (nacionales) y las normas de prescripción así como la posibilidad o no de exigir perjuicios punitivos y la entidad del resarcimiento, siempre respetando los principios de equivalencia y efectividad. Sobre la base de estos mismos principios, el Tribunal ha dispuesto que cualquiera está legitimado para pedir el resarcimiento del daño, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante y los intereses.

## 9. Remedios individuales y remedios colectivos: 'class action' y conciliación

Para promover las *Alternative Dispute Resolutions*<sup>42</sup> han sido esenciales las iniciativas comunitarias efectuadas hace algunos años: las dos recomendaciones de la

42. Nota del traductor: ADR o resolución alternativa de conflictos o litigios.

Comisión<sup>43</sup> y el Libro Verde de la Comisión de 19 de abril de 2002<sup>44</sup>. Desde entonces se han puesto en marcha una serie de proyectos promovidos por entidades y asociaciones de consumidores. Se trata de normas relativas a la conciliación individual confeccionadas por las Cámaras de Comercio, los Colegios profesionales (en particular el de los Abogados) y las propias Asociaciones de consumidores. Una de las cuestiones que habría que afrontar urgentemente viene dada por la redacción y aprobación de las cláusulas de conciliación, que, en caso de recogerse en los contratos de adhesión, podrían ser tenidas por abusivas.

Con la directiva 2008/52/CE relativa a determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles los organismos comunitarios han subrayado – como se lee en el 'considerando' – que (2) 'el principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial'. Esto en la medida que, como precisan los 'considerando' (6) 'la mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos<sup>45</sup>'.

---

43. Recomendación de la Comisión nº 257, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y la Recomendación de la Comisión nº 1016, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo.

---

44. COM (2002) 196.

---

45. (12) La presente directiva debe ser aplicable a los casos en los que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. (13) La mediación debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. (18) En el ámbito de la protección del consumidor, la Comisión adoptó una recomendación que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios. Se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios. Para facilitar la difusión de la información relativa a tales órganos, la Comisión debe crear una base de datos de los sistemas extrajudiciales que, a juicio de los Estados miembros, respetan los principios de la Recomendación. (19) La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando ésta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole. (20) El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) nº44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Con el fin de facilitar la ejecución de programas de resolución extrajudicial de las controversias, el legislador italiano ha intervenido en algunos ámbitos específicos.

Las 'disposiciones para la protección del ahorro y la regulación de los mercados financieros' contenidas en la Ley nº 262 de 28 de diciembre de 2005, constituyen el resultado de un proceso de elaboración normativa que – promovido inicialmente para coordinar el Texto Refundido en materia de intermediación financiera, el Texto Refundido en materia bancaria y la reforma del derecho de sociedades – paulatinamente ha venido asumiendo mayores funciones y ha suscitado unas siempre crecientes expectativas entre los ahorradores a causa de los escándalos financieros que han venido sucediendo en nuestro país en el último lustro. El legislador ha en parte satisfecho, en parte dejado pendientes las expectativas que derivaban del proyecto, amplio y articulado, redactado en su momento, y no se ha preocupado de coordinar la nueva regulación con otras normas que habían entrado en vigor algunos meses antes de su aprobación: en particular, dos 'códigos sectoriales' como el Código de Consumo (Decreto Legislativo nº 206 de 6 de septiembre de 2005) y el Código de los seguros privados (Decreto Legislativo nº 209 de 7 de septiembre de 2005), por lo demás no coordinados entre sí. Ciertamente, los principios generales de la nueva ley y sus objetivos se pueden compartir y es también cierto que la ley 'marca un punto de inflexión, no sólo en las modalidades de regulación del sector financiero italiano, sino también en la misma cultura jurídico-financiera de nuestro país', pero las aportaciones que se han recogido paulatinamente en el texto han puesto en evidencia ciertas aporías, lagunas, oscuridades interpretativas, que harían necesaria una intervención legislativa correctora con el fin de no dejar sin resolver algunas cuestiones de interés esencial para la protección de los ahorradores.

De todas formas, los controles en el gobierno de las sociedades, la transparencia en las relaciones societarias, las relaciones entre banca y empresa, los conflictos de intereses de los bancos en la prestación de servicios de inversión, la circulación de productos financieros, las normas de comportamiento, la resolución extrajudicial de las controversias y la creación del fondo de garantía constituyen un conjunto de sólidas medidas que deberían mejorar notablemente la situación de los inversores.

En cuanto a las expectativas no satisfechas, se pueden distinguir las materias contempladas por la nueva regulación (como, a modo de ejemplo, los conflictos de intereses, las normas de comportamiento, las resolución extrajudicial de las controversias) de aquellas otras que la nueva normativa ha ignorado, como precisamente los remedios en caso de infracción de las obligaciones legales impuestas al intermediario en la celebración de contratos con los ahorradores.

Sobre la resolución extrajudicial de las controversias la cuestión debería ser más difusa: el art. 128 bis incorporado al Texto Refundido en materia bancaria obliga a los bancos e intermediarios financieros a 'adherirse' a sistemas de resolución extrajudicial de las controversias con los consumidores.

El texto no da la definición de *consumidor*. Es ciertamente digno de relieve que, fuera del caso del crédito al consumo, este término aparece por primera vez en el ámbito de una normativa como la bancaria y financiera, en la que quien hace de contraparte del

operador profesional ha sido siempre denominado *cliente*. Sin embargo, la definición de consumidor es bastante controvertida, no sólo por las múltiples formulaciones legislativas contenidas, además de en el Código de Consumo, en las normas que no han sido incluidas en tal Código, sino también por la formulación que resulta de una amplia y vacilante jurisprudencia, que va más allá de las posiciones sostenidas por el Tribunal de Justicia y por el Tribunal Constitucional.

Hay que observar que los procedimientos han sido confiados a la decisión del CICR<sup>46</sup> a propuesta del Banco de Italia. Se debe imponer la imparcialidad del órgano decisorio, cuya composición es encomendada al propio CICR, y la representatividad de los sujetos interesados. Los objetivos perseguidos son la rapidez, el bajo coste de la solución, la efectividad de la protección. Pero en cuanto que no hay que detenerse en la conveniencia de remitir la formación de tales organismos a intervención administrativa, que incidiría sobre los intereses (en cuanto disponibles por los contratantes) que se elevan a la categoría de derechos subjetivos, nada se dice en lo relativo a las modalidades procesales, al principio de contradicción, a la naturaleza de la resolución (que debería ser adoptada en términos de equidad antes que en términos de derecho estricto), a la inclusión de modalidades de resolución en cláusulas contractuales suscritas por el cliente, a la competencia del órgano que resuelve y, sobre todo, a la naturaleza del ADR, que podría ser meramente conciliadora, mediadora o arbitral.

A la espera de conocer el texto definitivo de la normativa relativa a la introducción de acciones colectivas – o de una 'class action' conforme al modelo italiano – se nos plantea la cuestión de si es oportuno recurrir a procedimientos de conciliación también para este tipo de controversias, como ha sugerido la Comisión europea durante un seminario organizado en Lisboa en noviembre de 2007. El texto de reforma del art. 140 bis del Código de Consumo ya preveía la introducción de un procedimiento de conciliación con anterioridad a la fase de examen de los presupuestos de la acción (colectiva). Los efectos de la normativa han quedado en suspenso y el texto se modificará según un proyecto, aprobado por una de las Cámaras del Parlamento, que ya no prevé el recurso a la conciliación. Por contra, el proyecto prevé un modelo de acción de 'classe', formulando los requisitos para poder formar parte de la 'classe', el examen de los requisitos para la admisibilidad de la acción, el resarcimiento del daño en los sectores en los que la acción puede ser planteada (contratos sometidos a la regulación de los arts. 1341-1342, responsabilidad del fabricante, prácticas comerciales desleales, infracción de las normas de competencia).

## 10. Conclusiones

La doctrina favorable a la armonización de las normas de derecho privado de cuño comunitario, con especial referencia al *acquis communautaire* en materia de protección del consumidor y, en general, a las normas de derecho contractual europeo, es también favorable a la armonización de las normas relativas a los remedios. Las razones

---

46. Nota del traductor: Comité Interministerial para el Crédito y el Ahorro.

son evidentes: la regulación de los remedios forma parte del derecho sustantivo y por lo que respecta a los usos y poderes del juez, desemboca en el derecho procesal; también es cierto que en cada ordenamiento pueden imponerse sanciones por infracción del derecho comunitario y que la protección de los derechos e intereses se puede asegurar mediante órganos de naturaleza no jurisdiccional en sentido propio, como autoridades administrativas independientes o el Ombudsman, pero también es cierto que la tipología de remedios, los requisitos de su aplicación, los efectos que producen vienen a conformar una situación tan farragosa y heterogénea que pone en duda que a los colectivos protegidos – como los consumidores, los usuarios, los ahorradores – se les dispense una efectiva igualdad en la protección. En otras palabras, no basta para proporcionar una protección adecuada prever únicamente normas creadoras de derechos, sino que es también necesario contemplar normas homogéneas ordenadas a su defensa en juicio. Por ello, en el ámbito comunitario entra en conflicto el principio de efectividad con el de subsidiariedad.

Esto por lo que respecta a las normas 'de base'. Todavía más compleja es la problemática que se refiere a la transposición de las directivas comunitarias y a los remedios previstos por los sistemas estatales. Aquí vienen en auxilio del consumidor las disposiciones de los Reglamentos (Roma I, Roma II) relativas a la determinación de la ley aplicable, que es siempre la más favorable para el consumidor; y a la regulación del foro, que es también el más conveniente para el consumidor; pero todo esto presupone un consumidor bien informado y jurídicamente bien asesorado.

A la vista de los remedios que ofrecen los sistemas nacionales, la aplicación de las dos cláusulas generales expone a los sujetos lesionados y legitimados para reclamar a notables incertidumbres. Por un lado, la valoración del 'carácter adecuado' del remedio ofrecido, que corresponde al juez nacional; por otro, la comparación del mismo con el remedio de la responsabilidad del Estado por infracción de la normativa comunitaria. En este último caso, obtener un resarcimiento es una senda bastante inviable, con lo que sería deseable la fijación de remedios uniformes ya previstos a nivel comunitario para garantizar a todos una protección adecuada. Por tanto, entra también aquí el principio de efectividad.

La valoración de la 'equivalencia' de los remedios comunitarios y de los nacionales<sup>47</sup> incide en el reconocimiento de remedios colectivos e individuales y no puede afirmarse que la creación de remedios colectivos (por ejemplo, el ejercicio de la acción de cesación) sea de por sí satisfactoria de las legítimas aspiraciones del sujeto lesionado y, por ello, que pueda sustituirse 'tout court' al remedio individual. En esta línea se ha manifestado el Tribunal de Justicia en un caso relacionado con el derecho de información de los trabajadores<sup>48</sup>.

Si la introducción de directivas que persiguen un alto nivel de armonización es también la respuesta más apropiada es una cuestión ulterior a la que los organismos comunitarios no parecen en esta fase especialmente sensibles.

---

47. Fijada en sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-14/83, von Colson y Kamann / Land Nordrhein-Westfalen.

48. Asunto C-271/91, M.H. Marshall / Southampton y South West Hampshire Area Health Authority (Teaching) nº 2.

Y, entonces, ¿es necesario, oportuno, superfluo o incluso nocivo pensar en un proyecto de código civil europeo, en forma de instrumento normativo, de código-modelo, de marco común de principios, de *restatement*? ¿Y quién estaría legitimado para elaborarlo? Y, ¿a qué nivel de uniformidad se debería llegar? ¿Qué fuentes habría que incluir? ¿Qué opciones políticas debería reflejar? ¿Qué discrepancias entre Norte-Sur, Este-Oeste debería superar? Éstas son algunas de las preguntas cruciales que con la distancia de veinte años ya transcurridos desde los primeros intentos de redacción de normas uniformes en materia de derecho privado (desde el contrato a las otras fuentes de obligaciones y, posteriormente, a todo el derecho patrimonial, incluyendo el derecho de los consumidores) se han planteado juristas de todos los países europeos reunidos en el Instituto Universitario de Fiesole por iniciativa de su Director Hans Micklitz. Grupos de estudio dispersos por Europa están todavía trabajando, llevándose a cabo investigaciones para uniformar el derecho de familia y el derecho de sucesiones, el derecho de los seguros y de los transportes, etc. Era indispensable hacer el diagnóstico de la situación, pero también reflexionar sobre el futuro.

Las preguntas reproducen temas que se debaten desde hace años y no sólo en el ámbito académico: la Unión Europea – concretamente el Consejo, el Parlamento, la Comisión – ha intervenido con comunicaciones, resoluciones y nuevos proyectos de directiva; los representantes de los 'stakeholders' (empresas, profesionales, consumidores) han examinado las propuestas normativas; también los Gobiernos se han manifestado al respecto e, incluso, algunos legisladores nacionales han tenido en cuenta los distintos libros del 'código civil europeo' para elaborar sus nuevos códigos o para modernizar los vigentes: ello ha tenido lugar con los códigos de los Países ex-socialistas que han pasado a formar parte de la Unión, con la reforma del B.G.B. en Alemania (2000), con el Anteproyecto Catala en Francia; pero el debate sigue abierto y vivo en otras experiencias jurídicas, también en aquellos Países que, si bien todavía fuera de la Unión, siguen con atención la evolución del derecho comunitario y, por tanto, del derecho privado europeo, como es el caso de Noruega y Suiza.

El proyecto está prácticamente ultimado: junto al texto (*Draft Common Frame of Reference*) publicado el pasado año, están en fase de edición los volúmenes que traen el comentario detallado de las normas, también desde una perspectiva comparativa; el primero en aparecer ha sido el comentario dirigido por Christian von Bar al libro dedicado a la responsabilidad civil<sup>49</sup>.

A diferencia de lo que a primera vista pueda pensarse, son más las empresas que los consumidores las que ven con buenos ojos esta iniciativa: normas uniformes en cada País reducirán los costes de transacción, simplificarán las relaciones contractuales, facilitarán la circulación de bienes y servicios; tratando de nivelar las soluciones que resuelven las situaciones de conflicto, es, sin embargo, posible que se reduzcan las formas de protección de los intereses más débiles, precisamente donde los consumidores están más protegidos; por esta razón, la codificación así como la elaboración de directivas más comprensivas y sistemáticas (si acaso dirigidas a la armonización total) resulta para muchos peligrosa.

---

49. *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Munich, 2009.

Si la Unión europea disipase las dudas que aún se agolpan sobre este proyecto, se podría comenzar a discutir el contenido del texto, que es ciertamente relevante, porque el Proyecto no es una simple representación de la situación del derecho civil y mercantil (en cuanto modificados por el derecho comunitario), puesto que propone muchas novedades consideradas oportunas para allanar las diferencias entre los sistemas nacionales. En la pasada legislatura, el Parlamento europeo se había manifestado notoriamente a favor y no hay ninguna duda que también en ésta seguirá esta misma línea; más difícil es entender las intenciones de la Comisión, que, por un lado – en la Dirección General de Consumidores – sigue su camino de uniformidad de directivas, incorporando ulteriores innovaciones al campo del derecho civil y mercantil, mientras que por el otro – en la Dirección General de Justicia y Asuntos internos – ve con interés la redacción de un código modelo. Falta, sin embargo, un proyecto político de base, porque, como es obvio, un código (sobre todo este código) no es solamente un ensayo de redacción técnica ni un foro de discusión académica, sino que es mucho más que eso; y aunque no se pensase en un 'código' en sentido clásico, se trataría más bien de un corpus de normas destinadas a regular todas las relaciones entre particulares – ciudadanos, empresarios, consumidores y usuarios – es decir, del 'corazón' de la dimensión económico-social de la Europa unificada. El derecho civil europeo tiene una dimensión embrionaria, pero su sistematización ha de ser completada: éste es precisamente el reto que – nosotros europeístas convencidos – nos hemos impuesto.



pectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia  
nilia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea l  
ea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una p  
una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho  
echo de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspecti  
ectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia  
nilia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea l

# Derecho de familia

# El Derecho de familia desde una

o de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea l  
a europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una p  
de una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de f  
pea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiv  
perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una p  
familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de f  
pea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europ  
perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una p  
familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de f  
pea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europ  
perspectiva europea El Derecho de familia desde una perspectiva europea El Derecho de familia desde una p

# El Derecho de familia desde una perspectiva europea

Texto de:  
Cristina González Beilfuss

## I. Introducción

1. El Derecho de familia se ha considerado tradicionalmente uno de los ámbitos del Derecho privado menos proclives a la armonización. Esencialmente se ha argumentado su estrecha relación con la cultura y la idiosincrasia de los pueblos para negar la posibilidad y el interés de la armonización de este sector del Derecho Privado<sup>1</sup>. Sin embargo, existe en el ámbito europeo una organización científica, la *Commission on European Family law* [en adelante CEFL]<sup>2</sup> que trabaja, desde su fundación en el año 2001, con el objetivo de elaborar Principios europeos de Derecho de familia que puedan servir a los legisladores europeos para armonizar y modernizar su Derecho de familia. Como resultado de esta labor CEFL ha publicado *Principios europeos relativos al divorcio y a los alimentos entre cónyuges divorciados*<sup>3</sup> (2004) así como *Principios europeos sobre la responsabilidad parental*<sup>4</sup> (2007). En estos momentos la organización trabaja en el ámbito del régimen económico matrimonial. Se prevé que

---

1. De entre los contrarios a la armonización del Derecho de familia en Europa puede citarse a Otto KAHN-FREUND quien la consideraba innecesaria e irreal. Vide KAHN-FREUND, O.: 'Common Law and Civil law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation' en CAPPELETTI, M. (ed) : *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden, 1978, pp. 138 ss, p.141. Más recientemente ha expresado su oposición Marie Therese Meulders- Klein en MEULDERS-KLEIN, M.T. : 'Towards a Uniform European Family Law? A Political Approach' en ANTOKOLSKAIA, M.: *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Amberes, 2007, pp. 271 y ss , p. 272

---

2. Sobre CEFL vide especialmente la información disponible en la página web de la Organización (([www.ceflonline.net](http://www.ceflonline.net)))

---

3. BOELE-WOELKI, K., FERRAND,F., GONZALEZ BEILFUSS, C, JÄNTERÄ-JAREBORG, M LOWE, N, MARTINY, D y PINTENS, W.: *Principles on European Family law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Amberes: Intersentia, 2004.

---

4. BOELE-WOELKI, K., FERRAND,F., GONZALEZ BEILFUSS, C, JÄNTERÄ-JAREBORG, M LOWE, N, MARTINY, D y PINTENS, W.: *Principles on European Family law regarding parental responsibilities*; Amberes: Intersentia, 2007.

los Principios relativos a este sector, cuya complejidad es innegable, se finalizarán durante el año 2011<sup>5</sup>.

A lo largo de su existencia CEFL ha pretendido demostrar que la armonización del Derecho de familia europeo es, pese a todas las resistencias expresadas por reputados autores, no solo posible sino también deseable<sup>6</sup>. No se trata, además, de un objetivo incompatible con la unificación del Derecho internacional privado de la familia que se promueve tanto en el seno de la Unión Europea como en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Tampoco existe contradicción entre la armonización del Derecho de familia que promueve CEFL y el fenómeno de diversificación normativa que se observa en algunos sistemas europeos. Este último aspecto es especialmente relevante en el caso español pues la revitalización de los Derechos forales ha significado una progresiva diferenciación de los ordenamientos jurídicos españoles que algunos podrían considerar antitética con la tendencia hacia la armonización y convergencia del Derecho de familia a escala europea.

2. Este trabajo pretende analizar la labor de CEFL y situarla en el contexto europeo y español. Con posterioridad se pondrá en relación la labor de CEFL tanto con la unificación del Derecho internacional privado como con el proceso de diversificación del Derecho sustantivo de la familia. Finalmente se concluirá con algunas observaciones relativas al proceso de armonización del Derecho de familia en Europa.

## II. La Commission on European Family law

3. En esta primera parte del trabajo se presentará la organización y la labor que realiza, poniendo especial énfasis en su estructura, su método de trabajo así como en la finalidad que persigue y las razones que condujeron a su constitución. A continuación se analizarán, de manera sumaria, sus principales logros, los mentados *Principios en materia de divorcio y alimentos entre cónyuges divorciados* así como los *Principios en materia de responsabilidad parental*, y se hará mención de su repercusión tanto en el plano científico como en legislación y jurisprudencia.

### 1. La constitución de CEFL

4. La *Commission on European Family law* está formada por un grupo independiente de investigadores europeos. Es una asociación científica que se constituyó en

---

5. MARTINY, D.: "Europäisches Güterrecht?, Die Arbeit der CEFL" en: *Die Zugewinnngemeinschaft, Ein europäisches Modell?* 7. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2008 (2009) pp.39-55.

6. MARTINY, D.: 'Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?', en HARTKAMP, A. (eds), *Towards a European Civil Code*, La Haya, 2004, pp. 307-333.

septiembre de 2001 como fundación de Derecho holandés con sede en el Instituto *Molengraaf* de Derecho privado de la Universidad de Utrecht (Países Bajos). Su principal objetivo es la formulación de Principios europeos de Derecho de familia como vehículo para la promoción de la armonización del Derecho de familia en Europa.

**5.** La constitución de CEFL se relaciona directamente con la creciente dimensión internacional del Derecho de familia que, pese a ser una rama del Derecho estatal, está cada vez más expuesto a influencias foráneas y, como consecuencia, ya no puede concebirse estrictamente en clave nacional. Es notorio el impacto de los Convenios en materia de Derechos Humanos, tanto de carácter general como sería el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>7</sup>, como de carácter especial, siendo el ejemplo más relevante el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño<sup>8</sup>. Son de especial relevancia las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han influido sobremanera en la evolución del Derecho de familia europeo implicando importantes reformas de los Derechos nacionales<sup>9</sup>. Paralelamente los supuestos de tráfico externo, como las sustracciones internacionales de menores o las adopciones internacionales, cuya regulación es muchas veces de origen internacional, son cada vez menos minoritarios. A ello se añade la atribución de competencia al legislador comunitario en materia de cooperación civil y la relación del Derecho de familia con la libre circulación de personas.

Todos estos factores confluyen en la necesidad de reformar el Derecho de familia a fin de adaptarlo a los estándares internacionales y adecuarlo a las características de la sociedad europea actual. CEFL pretende con su labor servir de inspiración en este proceso.

## 2. La estructura de CEFL

**6.** CEFL se estructura a partir de dos grupos, el "Organising Committee" (OC) y del "Expert Group" (EG). El OC elige los ámbitos de estudio, nombra a los expertos nacionales que integran el EG, elabora el cuestionario respecto a cada uno de los ámbitos de estudio que constituye la base para la posterior elaboración de los informes nacionales, redacta una primera versión de los Principios de Derecho europeo a partir de los Informes nacionales elaborados por los miembros del EG y, tras debatirla en el seno del EG, adopta la versión final de los Principios y se encarga de su difusión. Adicionalmente el OC es el Consejo Editorial de la *European Family law series*, una colección dedicada al Derecho europeo de familia de la Editorial belga *Intersentia*

---

7. Sobre el impacto del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre el Derecho de la Infancia vide KILKELLY, U.: *The child and the European Convention on Human Rights*; Dartmouth, 1999 y GRATALOUP, S.: *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*; Paris, 1998

8. FREEMAN, M.: *The best interests of the child*, Leiden, 2007.

9. Vide DOUGLAS, G.: "The Family and the State under the European Convention on Human Rights" (1988) *Int J Law and Fam*, pp. 76 ss; PINTENS, W. 'Europeanisation of Family Law', en BOELE- WOELKI, K.: *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Amberes, 2003, pp. 3-33.

en colaboración con la Editorial suiza *Staempfli*<sup>10</sup>. El OC organiza asimismo con regularidad Conferencias europeas en materia de Derecho de familia<sup>11</sup>. Los miembros del *Organising Committee* son Katharina Boele-Woelki de la Universidad de Utrecht, que es la presidenta, Frédérique Ferrand, de la Universidad Lyon III, Cristina González Beilfuss de la Universidad de Barcelona, Maarit Jänthera-Jaareborg de la Universidad de Uppsala, Nigel Lowe, de la Universidad de Cardiff, Dieter Martiny de la Universidad de Frankfurt/Oder y Walter Pintens de la Universidad de Leuven.

El EG es un grupo más amplio integrado por 28 personas que representan a 22 sistemas nacionales. Los expertos se encargan de redactar, a partir del cuestionario elaborado por el OC, los informes nacionales que sirven como base para la elaboración de los Principios. La primera versión de los principios se debate y discute entre los miembros del EG y del OC. Son actualmente miembros del EG, además de los miembros del OC anteriormente citados, M. Antokolskaia (Rusia), A. Barlow (Inglaterra), N. Dethloff (Alemania), R. Farrugia (Malta), H. Hausheer (Suiza), M. Hatapka (Eslovaquia), M. Hrusaková (República checa), A. Koutsouradis (Grecia), K. Kurki Suonio (Finlandia), I. Lund-Andersen (Dinamarca), A. Maczynski (Polonia), J. Mair (Escocia), M. Martín Casals (España), V. Mikelelas (Lituania), G. de Oliveira (Portugal), S. Patti (Italia), M. Roth (Austria), I. Schwenzer (Suiza), G. Shannon (Irlanda), T. Sverdrup (Noruega), V. Todorova (Bulgaria) y E. Weiss (Hungría).

### 3. El método de trabajo

7. La formulación de los Principios de Derecho de familia por parte de CEFL sigue un *iter* en el que se pueden diferenciar seis etapas<sup>12</sup>. El primer paso es la elección del ámbito de trabajo. Como ya se ha adelantado, CEFL ha trabajado hasta la fecha en cuatro sectores- causas de divorcio, alimentos entre cónyuges divorciados, responsabilidad parental y relaciones de propiedad entre cónyuges. Su elección no es en absoluto casual sino que guarda relación con los ámbitos de trabajo del Derecho internacional privado de la familia comunitario<sup>13</sup>, lo que indica que existe una relación entre la armonización del Derecho de familia que preconiza CEFL y el espacio de justicia, libertad y seguridad al que sirve la cooperación en materia civil. Dicha relación será analizada más adelante.

---

10. Vide al respecto <http://www.intersentia.be/serie.aspx?serieCode=EFL&language=en>.

11. Las dos primeras Conferencias se celebraron en 2002 y 2004 en la Universidad de Utrecht. La tercera Conferencia tuvo lugar en Oslo en 2007. La cuarta Conferencia se celebrará en abril de 2010 en la Universidad de Cambridge.

12. BOELE-WOELKI, K.: 'The Working Method of the Commission on European Family Law', en BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Common Core and better law in European Family Law*, Antwerpen, 2005, pp. 14-38.

13. Los tres primeros ámbitos de trabajo se relacionan con los Reglamentos 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Se han iniciado ya los trabajos respecto al sector del régimen económico matrimonial mediante la publicación del Libro verde en el año 2006 (COM(2006) 400 final).

La segunda etapa del trabajo es la elaboración del cuestionario que ha de servir de base para la posterior elaboración de los informes nacionales, En la misma se sigue un método funcional. Como es habitual en Derecho comparado el aparato conceptual de los ordenamientos jurídicos nacionales puede presentar importantes divergencias. Resulta mucho más fructífero centrarse en la resolución de los problemas que no en los conceptos. El actual ámbito de trabajo de CEFL ejemplifica de manera especialmente evidente este enfoque. La noción de régimen económico matrimonial es desconocida en el *Common law*. Si se adopta la perspectiva de analizar las relaciones patrimoniales entre cónyuges puede, sin embargo, llegarse a la conclusión de que durante el matrimonio las relaciones entre los cónyuges equivalen a las que son propias de un régimen de separación de bienes. Por consiguiente, es decisivo cómo se formule la pregunta. Si se partiera del concepto la respuesta sería que en el *Common law* los cónyuges carecen de régimen económico. Si, en cambio, se pregunta acerca de la titularidad de los bienes que se adquieren durante el matrimonio la respuesta es que cada uno de los cónyuges es titular de los bienes que adquiere individualmente, lo cual no diverge de lo que ocurre en un régimen de separación de bienes continental y permite avanzar en la investigación. El tercer paso es la elaboración de los informes nacionales en respuesta al cuestionario. Corresponde a los miembros del EG directamente, a menudo en colaboración con otros especialistas del respectivo sistema nacional. Hay que resaltar que los informes nacionales contienen información no solo respecto al Derecho formalmente en vigor en un determinado sistema jurídico (*law in the books*) sino también a la aplicación del mismo en la práctica (*law in action*), pues no es infrecuente que se produzcan divergencias que en muchos casos acaban condicionando la evolución del Derecho. Si en un sistema se establecen formalmente causas de divorcio pero luego en la práctica no se investiga su concurrencia y los divorcios solicitados por ambos cónyuges se disuelven de manera rutinaria transcurrido cierto lapso de tiempo desde la separación parece plausible que el sistema evolucione hacia un divorcio no causal, basado en el consentimiento mutuo. Por consiguiente resulta esencial disponer de información acerca no solo del contenido formal de los ordenamientos jurídicos estudiados sino también acerca de su aplicación. En cuarto lugar se procede a recopilar y tratar el material que va a servir de base para los trabajos de formulación de los Principios. Este material está formado por los Informes nacionales, a partir de los cuales se elabora una versión integrada, en la que a cada pregunta le sigue la respuesta en cada uno de los sistemas jurídicos, así como por las fuentes legislativas traducidas al inglés, francés o alemán. La versión integrada de los informes nacionales se publica en la Colección *European Family law* de la Editorial Intersentia<sup>14</sup>, los informes nacionales y las fuentes legislativas están disponibles en la página de Internet de CEFL y son, por consiguiente, fácilmente accesibles. Posteriormente y en quinto lugar se redacta una primera versión de los Principios. Cada Principio consiste en un texto articulado, la denominada *Black letter rule* así como de

14. BOELE-WOELKI, K. et al.: *European Family Law in Action*, Volume I: *Grounds for Divorce*, Amberes, 2003, Volume II: *Maintenance between Former Spouses*, Amberes, 2003. Volume III: *Parental Responsibilities*, Amberes, 2005 Volume IV - *Property Relations between Spouses*, Amberes, 2009.

un análisis de Derecho Comparado de la concreta cuestión a la que se refiere el principio (*Comparative Overview*) y de un Comentario del mismo (*Comment*). En el caso de los Principios sobre la responsabilidad parental, al tratarse de una materia en la que existe abundante normativa internacional se decidió añadir un apartado respecto a estos instrumentos internacionales. Los Principios se elaboran en inglés, francés y alemán, mientras que el *Comparative overview* y los *Comments* se formulan únicamente en inglés. Existen asimismo traducciones al español, sueco y holandés de los Principios elaboradas por miembros del OC.

Esta primera versión de los Principios se debate en el seno del EG en una o dos reuniones plenarias, según se estime necesario y permitan los recursos disponibles. Los comentarios y sugerencias del EG se incorporan en el texto definitivo de los Principios. El proceso concluye con la publicación de los Principios que constituye el sexto y definitivo paso.

#### 4. Common core y better law

8. Una vez descrito el proceso de formulación de los Principios cabe preguntarse acerca del método utilizado para la elaboración de los mismos. ¿Cómo se elaboran los Principios? La cuestión metodológica fue ampliamente debatida en el momento inicial de existencia de la organización. Finalmente se decidió combinar dos métodos, el *common core approach* que fundamenta el Principio en el Derecho existente y el *better law approach* que preconiza soluciones que desde el punto de vista de CEFL resultan a medio y largo plazo más adecuadas<sup>15</sup>.

Se procede, en primer lugar, a investigar si existe respecto a una determinada cuestión un *common core*, esto es, si pese a las diferencias que inevitablemente caracterizan a los distintos sistemas nacionales, un número significativo de los mismos presenta soluciones convergentes. Así ocurre en un número elevado de casos. A la hora de formular los Principios el *common core* no es, sin embargo, el único método utilizado. Como ocurre en todo ejercicio de Derecho Comparado un aspecto fundamental es la evaluación de las soluciones. Puede, por consiguiente, ocurrir que una determinada solución, pese a constituir un *common core*, sea considerada inadecuada y no sostenible a medio y largo plazo, en cuyo caso los miembros de CEFL pueden optar por una propuesta basada en el *better law*. Ello implica inevitablemente una toma de posición caracterizada por cierta dosis de subjetividad y conlleva la carga de argumentación, pues resulta necesario argumentar porqué se abandona el *common core* y se opta por otra solución que se considera mejor. No se trata, en efecto, meramente de formular Principios que respondan a una foto fija del Derecho vigente sino de conseguir que los Principios sean útiles a medio y largo plazo y puedan servir de inspiración a los legisladores interesados en modernizar su sistema jurídico. Esta aproximación no es

15. SCHWENZER, I.: 'Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law', en BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Perspectives...*, pp. 143-158 y. ANTOKOLSKAIA, M.: 'The 'Better Law' Approach and the Harmonisation of Family Law', en BOELE-WOELKI, K. (ed.): *Perspectives...*, pp. 159-182.

sustancialmente distinta de la que ha sido empleada por otros Grupos de trabajo que han trabajado en la formulación de Principios como por ejemplo *Unidroit* con relación a los Principios relativos a la contratación internacional. En este punto es menester subrayar que CEFL es una organización científica independiente y hace uso de su libertad científica para formular las soluciones que le parecen mejores.

Un ejemplo puede servir para ilustrar la metodología empleada. Al analizar las causas del divorcio en las distintas legislaciones europeas se constató que en la mayoría de los sistemas la disolución se basaba en la pérdida de la *affectio maritalis*<sup>16</sup>. Se decidió, sin embargo, rechazar dicha causa de divorcio pese a tratarse de un claro *common core* y se apostó por un divorcio no causal basado en el mutuo consenso. Se constató, en efecto, que esa era la solución más adecuada que se iba a acabar imponiendo en un futuro más o menos próximo pues contribuye a desdramatizar el divorcio y evita una investigación acerca del estado del matrimonio por parte de la autoridad competente, facilitando como consecuencia su labor. Un análisis de la *law in action* reveló que en muchos sistemas las autoridades operaban con presunciones, esto es, que no se investigaba realmente la pérdida de *affectio maritalis* sino que ésta se sobreentendía tras un plazo de separación fáctica. Todas estas razones condujeron a preconizar un sistema de divorcio no causal, basado en el consentimiento mutuo<sup>17</sup>.

**9.** *Common core* y *better law* son métodos que no son antagónicos sino que se complementan<sup>18</sup>. En realidad son cinco las situaciones que pueden producirse.

Puede, en primer lugar, ocurrir que respecto a una determinada cuestión se constate la existencia de un *common core* y que se formule un Principio recogiendo ese *common core*. En el ámbito de la responsabilidad parental el derecho del niño a ser informado y a expresar su opinión, que se recoge en el Principio 3:6, refleja el *common core* tanto de las legislaciones nacionales como de los instrumentos internacionales.

Como se acaba de ilustrar, puede, sin embargo, también ocurrir que el *common core* se considere claramente inadecuado, optándose en dicho caso por preconizar una solución nueva a partir del denominado *better law approach*, tal y como veíamos ocurrió por lo que respecta a las causas de divorcio.

El método del *better law* puede también utilizarse cuando se constata que no existe un *common core*, pero se defiende una determinada solución por considerarla la más adecuada. Así ocurrió, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad parental respecto a las controversias sobre los cambios de residencia, las denominadas "*relocation disputes*", a las que se refiere el Principio 3:21. Se trata de un tipo de

---

16. Se trata del *Zerrüttungsprinzip* o del *irretrievable breakdown of the marriage*.

17. Cfr. ROTH, M.: 'Future Divorce Law – Two Types of Divorce' en BOELE-WOELKI, K. (ed.), *Common Core* ..., pp. 41-57.

18. BOELE-WOELKI, K. y MARTINY, D.: "Die Prinzipien zum Europäischen Familienrecht betreffend Ehescheidung und nachehelicher Unterhalt" ZEuP 2006, pp. 6-20.

disputa que se produce en el ámbito de la responsabilidad parental, cuando uno de los titulares de la responsabilidad parental desea trasladar el lugar de residencia del niño, oponiéndose el otro titular de la misma. La mayoría de los sistemas jurídicos europeos carecen de soluciones explícitas respecto a este tipo de disputas, cuya frecuencia puede aumentar considerablemente en el futuro pues no en vano se trata de uno de los ámbitos de mayor litigiosidad en Estados Unidos<sup>19</sup>. Se optó, por precizar que cualquiera de los progenitores pueda acudir a la autoridad competente y que sea ésta quien autorice o no el traslado, teniendo en cuenta una lista de factores entre los cuales se incluye (a) la edad y opinión del niño, (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores, (c) la capacidad y voluntad de cooperación de los titulares de la responsabilidad parental, (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental, (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso y (f) la libre circulación de personas. Se trata de una solución novedosa inspirada en los *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*<sup>20</sup> del *American Law Institute*, que CEFL propuso en un caso en el que no existe ningún *Common core*.

Finalmente puede también ocurrir que se decida que sea el legislador nacional quien regule una determinada cuestión. Ello resulta aconsejable tanto si existe un *common core*, como si se constata la inexistencia del mismo, en especial cuando se trata de un ámbito muy relacionado con cuestiones respecto a las que los Principios no se pronuncian como ocurre, en general, en aquellos sectores influidos por el Derecho Público o con un fuerte componente procesal. Ha de tenerse adicionalmente en cuenta que CEFL no pretende elaborar regulaciones detalladas como las que podríamos encontrar en Códigos y leyes internas, pues el objetivo no es la unificación del Derecho sino su armonización y ello conlleva que el legislador estatal disponga de importantes márgenes de maniobra. Tampoco puede desconocerse que las sociedades europeas presentan importantes divergencias que aconsejan propuestas flexibles.

## 5. Los Principios europeos en materia de Derecho de familia

**10.** Hasta la fecha se han publicado tanto los *Principios en materia de divorcio y respecto a los alimentos entre cónyuges divorciados* como los *Principios en materia de responsabilidad parental*. Los Principios sobre el divorcio se contienen en tres Capítulos. El primero se refiere a principios de carácter general: la autorización del divorcio (Principio 1:1) y el procedimiento legal del divorcio con intervención de una autoridad competente (Principio 1:2) así como las clases de divorcio (Principio 1:3). El segundo Capítulo contiene Principios relativos al divorcio por consentimiento mutuo (Principio 1:4), el periodo de reflexión (Principio 1:5) y el contenido y forma

19. GLENNON, T.: " Mobility and the post-divorce family: resolution of relocation disputes in the U.S." en BOELE-WOELKI, K.( ed): *Common Core...*, p. 193.

20. *Principles of the law of family dissolution : analysis and recommendations ; as adopted and promulgated by the American Law Institute*, Newark, NJ, 2002.

del acuerdo (Principio 1:6) así como la determinación de las consecuencias del divorcio (Principio 1:7). El tercer Capítulo se refiere al divorcio no consensual y consta de tres Principios: la separación fáctica (Principio 1:8), los supuestos de excesiva onerosidad para el demandante (Principio 1:9) y la determinación de las consecuencias (Principio 1:10).

**11.** Son 10 los Principios relativos a los alimentos entre cónyuges divorciados y se dividen en tres Capítulos. El primer Capítulo establece dos Principios de carácter general, la relación entre los alimentos y el divorcio (Principio 2:1) y el principio de autosuficiencia (Principio 2:2). En el segundo Capítulo se regulan las condiciones de atribución de la pensión de alimentos (Principio (2:3) y la determinación de la misma (Principio 2:4) así como las modalidades de ejecución de la obligación (Principio 2:5) y la excesiva onerosidad para el esposo deudor (Principio 2:6). El tercer Capítulo se refiere a cuestiones específicas como la multiplicidad de reclamaciones alimenticias (Principio 2:7), las limitaciones temporales (Principio 2:8), la terminación de la obligación de alimentos (Principio 2:9) y los acuerdos en materia de alimentos (Principio 2:10).

**12.** Los Principios en materia de responsabilidad parental se presentan divididos en ocho Capítulos que contienen 39 preceptos. El primer Capítulo establece las definiciones de la noción de responsabilidad parental (Principio 3:1) y de los titulares de la responsabilidad parental (Principio 3:2). A continuación, en el segundo Capítulo, se recogen los derechos del niño, el concepto de interés superior del niño (Principio 3:3), el respeto a su autonomía (Principio 3:4), el principio de no-discriminación (Principio 3:5), el derecho del niño a ser oído (Principio 3:6) y la regulación de los conflictos de intereses (Principio 3:7). El tercer Capítulo se refiere a la responsabilidad parental de padres y terceros. En primer lugar, se hace referencia a la responsabilidad parental de los padres (Principio 3:8) y a continuación se regula la responsabilidad parental de terceras personas (Principio 3:9), así como la incidencia de la separación y el divorcio sobre la responsabilidad parental (Principio 3:10).

En el cuarto Capítulo se aborda el ejercicio de la responsabilidad parental en dos secciones distintas. La Sección A se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental de los padres. El Principio 3:11 trata del ejercicio conjunto de la misma y el 3.12 se refiere a las cuestiones de la vida cotidiana y a las decisiones importantes y urgentes. Los Principios 3:13 y 3:14 regulan respectivamente los acuerdos y desacuerdos en materia de responsabilidad parental y en los Principios 3:15 y 3:16 se hace referencia al ejercicio unilateral de la responsabilidad parental distinguiendo entre aquellos supuestos en que el mismo es consecuencia de un acuerdo o decisión y aquellos casos en que sólo un padre detenta la responsabilidad parental. La Sección B contiene Principios sobre el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de terceras personas. Se establece un Principio sobre el ejercicio adicional o en sustitución de los padres (Principio 3:17) y otro Principio sobre las decisiones relativas a la vida cotidiana (Principio 3: 18).

El quinto Capítulo regula el contenido de la responsabilidad parental y consta nuevamente de varias secciones. La primera se dedica a los bienes y la persona del niño y

comprende su cuidado, protección y educación (Principio 3:19), la determinación de su lugar de residencia (Principio 3:20), el cambio del lugar de residencia (Principio 3:21), la administración de los bienes del niño (Principio 3:22), las limitaciones de la misma (Principio 3:23) y la representación legal (Principio 3:24). La Sección B se dedica al mantenimiento de relaciones personales. Establece el derecho del hijo al mantenimiento de relaciones personales con padres y otras personas (Principio 3:25) y el contenido de dichas relaciones personales (Principio 3:26) así como las posibilidades de acuerdo en la materia (Principio 3:27) y las restricciones (Principio 3:28). También se incluye el derecho de información de los padres (Principio 3:29).

El Capítulo VI se dedica a la terminación de la responsabilidad parental. Establece las causas de terminación (Principio 3:30) y se refiere con mayor especificidad al supuesto de fallecimiento de los padres (Principio 3:31). En el Capítulo VII se hace mención de la privación de la responsabilidad parental y de su restitución. Se prevé la privación de la misma en caso de grave riesgo para el niño (Principio 3:32), determinándose los peticionarios (Principio 3:33). Se establece asimismo la restitución de la responsabilidad parental (Principio 3:34).

El siguiente Capítulo, el Capítulo VIII, se dedica a cuestiones de procedimiento. Hace referencia a la autoridad competente (Principio 3:35) y a la resolución alternativa de controversias (Principio 3:36) así como a la audiencia del niño (Principio 3: 37), a la designación de un representante *ad hoc* del mismo (Principio 3:38) y a la ejecución de acuerdos y decisiones (Principio 3:39).

## 6. La repercusión de la labor de CEFL

**13.** CEFL es un organización científica cuyo primer objetivo es el avance del conocimiento. Uno de los primeros beneficios de la labor de CEFL es que como consecuencia de la misma existe mucha información acerca de los sistemas jurídicos europeos estudiados. Esto es especialmente relevante por lo que respecta a los sistemas minoritarios, como podrían ser el lituano o el maltés.

**14.** La labor de CEFL demuestra además que la armonización del Derecho de familia es posible. Otra cosa es evidentemente que los concretos Principios que se han adoptado convengan a los legisladores nacionales y a los operadores jurídicos. Pese a que la publicación de los resultados de la investigación de CEFL es relativamente reciente se puede ya constatar una creciente influencia de la misma y una recepción generalmente favorable. El legislador portugués se inspiró de manera evidente en los mismos cuando reformó la regulación del divorcio en 2008<sup>21</sup>. La propuesta de CEFL para resolver las denominadas *relocation disputes* fue tenida en cuenta por el Tribunal Supremo holandés en una decisión dictada el 25 de abril de 2008. Los trabajos de CEFL han sido asimismo muy tenidos en cuenta en un informe sobre los derechos y el estatus legal de los niños presentado al Comité de expertos en Derecho de familia del Consejo de Europa a finales del 2009<sup>22</sup>.

21. DE OLIVEIRA, G.: "Changes Going in in Portuguese Family Law", *FamRZ* 2008, pp. 1712-1714.

22. [cj-fa/cj-fa plenary meetings/38th plenary meeting/working documents/cj-fa(2008) 5e]

### III. La unificación del Derecho internacional privado de la familia y la armonización del Derecho sustantivo

15. Como es sabido son varias las Organizaciones internacionales que trabajan para la unificación del Derecho internacional privado de la familia. Destacan en el ámbito europeo, por un lado, la *Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado* que ha elaborado importantes Convenios en el ámbito de la sustracción internacional de menores, la adopción, la responsabilidad parental y los alimentos<sup>23</sup> así como la Unión Europea, que, desde la creación de la política comunitaria de la cooperación civil a raíz del Tratado de Amsterdam, ha promulgado el Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y respecto a la responsabilidad parental y el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos. La Unión ha iniciado asimismo trabajos con el objetivo de unificar la ley aplicable en el ámbito del divorcio así como en materia de régimen económico matrimonial.

Ninguna de estas organizaciones se plantea la armonización del Derecho material. En el caso de la Conferencia de La Haya se trata de una Organización especializada en materia de Derecho internacional privado, que, en virtud de su propio Estatuto, no se dedica al Derecho material. Por lo que respecta a la Unión Europea se ha entendido comunmente que su competencia, al limitarse a la materia civil con repercusión transfronteriza, no permite la armonización del Derecho material, esto es, que no existe en el Tratado una base jurídica de carácter general que permita la promulgación de un Derecho Privado europeo por parte del legislador comunitario.

16. ¿Cuál es la relación entre la armonización del Derecho de familia que se promueve desde CEFL y la unificación de las normas de Derecho internacional privado en materia de Derecho de familia que promueven la Conferencia de La Haya y la Unión Europea? La opinión mayoritaria sostiene que se trata de actividades que se producen en planos paralelos entre los que no existe ninguna relación e incluso que la unificación de las normas de Derecho internacional privado es una alternativa a la falta de competencia de la Unión para armonizar el Derecho sustantivo.

Sin embargo, me parece bastante plausible que la creación de un espacio judicial común acabe requiriendo una armonización mínima del Derecho material, si se pretende, tal y como preconiza la Unión Europea, hacer más fácil la vida a los ciudadanos. No es este el lugar para explorar esta cuestión, que ya ha sido abordada en otros trabajos<sup>24</sup>, en profundidad. Me limitaré a poner de manifiesto que la armonización

23. Una lista completa de los Convenios elaborados por la Conferencia de La Haya puede hallarse en [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

24. Cfr. DETHLOFF, N.; 'Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe', en BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives...*, pp. 37-64; GONZALEZ BEILFUSS, C.: -"Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común", *Anuario español de Derecho Internacional privado*, tomo IV, 2004, (pp.117-186).

del Derecho material es la salida natural frente a las dificultades que plantea para el Derecho comunitario de la familia tanto el método de la norma de conflicto bilateral como el principio del reconocimiento mutuo.

**17.** Los trabajos de la Unión Europea para la unificación de la normas de conflicto en materia de divorcio se enfrentan en estos momentos a la oposición de algunos Estados miembros. Por un lado, están aquellos Estados cuyos sistemas de Derecho internacional privado parten de la aplicación de la *lex fori*, que se oponen a la promulgación de normas de conflicto bilaterales porque entienden que la aplicación de Derecho extranjero conlleva una complejidad y unos costes que consideran inasumibles.

Si se tienen en cuenta los altos porcentajes de divorcio y el número cada vez mayor de parejas mixtas o extranjeras que solicitan la disolución del vínculo, estas objeciones no son en absoluto irrazonables. Según la Oficina estadística federal alemana en el 2004 213.691 parejas solicitaron el divorcio en Alemania. El 12,9 % de las mismas eran parejas mixtas, en las que uno de los cónyuges era de nacionalidad alemana. En el 4,3 % de las parejas eran de nacionalidad extranjera ambos cónyuges<sup>25</sup>. Cuando los supuestos de tráfico jurídico externo dejan de ser minoritarios y en realidad incluso los supuestos internos son potencialmente internacionales al ser el derecho de libre circulación uno de los principales atributos de la ciudadanía comunitaria, cabe preguntarse acerca de la adecuación de un método de resolución de controversias como el conflictual, que al implicar la posibilidad de que se aplique Derecho extranjero implica dificultades no bien resueltas en la práctica y grandes costes.

Las dificultades a las que se enfrenta el método conflictual en el ámbito comunitario van, sin embargo, más allá de estas consideraciones de tipo utilitario. Tienen que ver con la propia función de la norma de conflicto bilateral. Resulta, en efecto, sorprendente que en la Unión Europea se pretenda la promulgación de normas de conflicto neutras, con una función meramente localizadora en sectores tan sensibles como el del divorcio, cuando llevamos ya décadas, desde los años 30 del siglo pasado, expresando grandes reticencias frente a un método pobre en valores sociales<sup>26</sup>. No es actualmente admisible la indiferencia frente al resultado de la aplicación de las normas de Derecho material que caracteriza al método conflictual, tal y como pretende emplearlo el legislador comunitario, máxime en sectores estrechamente relacionados con los derechos fundamentales y las libertades individuales, como es el del divorcio. Para Estados como los escandinavos, que reconocen en la práctica un derecho al divorcio como corolario de la libertad individual no es, en efecto, tolerable que la aplicación de Derecho extranjero impida o dificulte la disolución del vínculo, tal y como ocurriría si la norma de conflicto condujera a la aplicación de un Derecho

25. Los datos se han obtenido en <http://www.verband-binationaler.de/index.php?id=30> (página visitada el 31.12. 2009)

26. Cfr. DE BOER, TM : "The Second Revision of the Brussels II Regulation: Jurisdiction and Applicable Law" en BOELE-WOELKI, K. y SVERDRUP, T. (ed): *European Challenges in Contemporary Family Law*, Amberes, 2008, pp. 321 ss.

sustantivo que no conoce la institución como es el caso del Derecho de Malta o, que aún conociéndola, tiene una regulación muy restrictiva como ocurre si en el Derecho de Irlanda o Polonia.

Cabría evidentemente reducir de manera significativa los supuestos de aplicación de Derecho extranjero mediante una elección adecuada de los puntos de conexión y sobre todo reduciendo de manera significativa los foros de competencia judicial internacional que actualmente establece el Reglamento Bruselas II bis. Pero habida cuenta que el derecho de acceso a los tribunales implica la necesidad de abrir foros de competencia para permitir la disolución de matrimonios ajenos al foro cuando tras la ruptura uno de los miembros de la pareja se ha trasladado al mismo resulta difícil eliminar completamente la aplicación de Derecho extranjero. Ello pone de manifiesto la necesidad de consensuar algunos aspectos básicos en cada sector material.

**18.** La armonización puede asimismo venir exigida por la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *García Avello*<sup>27</sup> y sobre todo *Grunkin Paul*<sup>28</sup> parecen exigir que los Estados de la Unión reconozcan un estado civil o una posición jurídica válidamente adquirida en otro Estado miembro cuando la misma se relacione con el ejercicio del derecho de libre circulación de un ciudadano europeo y la falta de continuidad en el espacio de dicha posición pueda constituir un obstáculo a la libre circulación. En el ámbito del derecho al nombre el Tribunal de Justicia ha establecido que la falta de reconocimiento de un apellido otorgado a un ciudadano comunitario por un Estado miembro constituye un obstáculo injustificado a dicha libre circulación. Todo indica que lo mismo ocurriría si no se reconociera un matrimonio, un derecho de custodia o una determinada regulación de la relaciones patrimoniales entre los miembros de una parejas. La solución pasa por reconocer las relaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado miembro en los demás Estados miembros. Para que el reconocimiento mutuo pueda operar es, sin embargo, necesario un mínimo contenido equivalente entre los Derechos materiales.

**19.** Quizás el reconocimiento de que la creación de un espacio judicial común resulta inviable sin un mínimo de armonización del Derecho material pueda incluso apoyarse en el nuevo Tratado de Lisboa. Si bien se sigue manteniendo la exigencia de que la materia civil tenga repercusión transfronteriza, se ha añadido una nueva frase al antiguo art. 65 TCE que señala que la cooperación puede implicar la adopción de medidas para la aproximación de legislaciones (art. 81.1 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea).

---

27. STJCE de 2 de octubre de 2003, as. C-148/02, *García Avello*.

28. STJCE de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06, *Grunkin y Paul*

## IV. La armonización del Derecho de familia europeo y los procesos de diversificación del Derecho material estatal

20. Paradójicamente la tendencia hacia la armonización del Derecho de familia europeo que caracteriza a la labor de CEFL y que parece deducirse de la construcción de un espacio judicial común coincide en el tiempo con un fenómeno de diversificación del Derecho que es especialmente apreciable en un Estado plurilegislativo como el español. Mientras que a escala europea se promueve la convergencia entre los Derechos de familia de los distintos Estados europeos en España asistimos a un fenómeno de progresiva diferenciación debido a la revitalización de los Derechos forales y a la decidida actuación de los Parlamentos autonómicos que han abordado la reforma de su Derecho de familia a fin de adecuarlo a las necesidades sociales.

21. La contradicción se resuelve, sin embargo, si se tiene en cuenta que lo que se pretende a escala europea no es unificar el Derecho sino armonizarlo. No se trata, en efecto, de promulgar normas comunes para Europa sino de mantener la diversidad dentro de unos límites y coordenadas comunes. Desde ese punto de vista no existe contradicción entre, por un lado, defender la diversificación del Derecho de familia en España y, por otro, apoyar la europeización de ese ámbito jurídico. Lo decisivo es que los ordenamientos europeos, incluidos los Derechos forales, se mantengan dentro de esas coordenadas comunes europeas.

## V. Observaciones finales

21. En este trabajo se ha pretendido básicamente explicar la labor de la *Commission on European Family law* y ponerla en relación con la unificación del Derecho internacional privado de la familia y el fenómeno de la diversificación del Derecho material característico de la materia en España. La labor de CEFL demuestra que la armonización del Derecho de Familia es posible y que no se trata de una materia "especial" que no pueda ser armonizada por estar especialmente vinculada a la tradición y la idiosincrasia de los pueblos. Dicha armonización del Derecho material acabará siendo necesaria si lo que se pretende es crear un espacio judicial común. Puesto que lo que se pretende es armonizar el Derecho los legisladores nacionales pueden apoyar la armonización manteniendo importantes márgenes de maniobra. En definitiva de lo que se trata es de seguir el lema europeísta de estar "unidos en la diversidad". Ello permitiría también el desarrollo de los Derechos forales españoles, siempre que los legisladores tengan presentes, como de hecho ya ocurre, cuáles son las tendencias imperantes en Europa.







# Derecho de familia en Navarra

e familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro  
Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de  
u presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia e  
presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: s  
su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente  
Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futur  
familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho c  
Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia e  
presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: s  
su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente  
Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro Derecho de familia en Navarra: su presente y su futur

# Derecho de familia en Navarra: su presente y su futuro

Texto de:  
M<sup>a</sup> Ángeles Egusquiza Balmaseda

## 1. Algunas cuestiones generales sobre la regulación del Derecho de familia en Navarra

Para comprender en toda su dimensión la situación que vive Navarra en materia de Derecho de familia y su potencial desarrollo de futuro resulta ineludible abundar en la regulación que acogió su texto básico, el Fuero Nuevo de Navarra, y el alcance de la competencia legislativa que ostenta la Comunidad Foral sobre su Derecho civil propio. Como se recordará, la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra, aprobada por Ley 1/1973, de 1 de marzo, de Jefatura del Estado, fue la última de las Compilaciones de Derecho civil foral o especial que llevó a cabo la recopilación de su Derecho civil propio. Su exposición de motivos presentó esta obra como "un fiel reflejo del derecho civil realmente vigente en Navarra, y no como un simple registro de unas pocas particularidades jurídicas", pero ciertamente sus redactores incluyeron disciplinas innovadoras e introdujeron instituciones novedosas que carecían de precedente en la tradición jurídica navarra.

En materia de familia se dispuso una regulación amplia y ajustada a los principios imperantes en su tiempo de familia legítima, matrimonio indisoluble y protección a los hijos de anterior matrimonio. Se abundó en la disciplina de la persona jurídica y de la persona física, la regulación de la capacidad general de las personas individuales y de los cónyuges, la patria potestad, la filiación -con referencia a la adopción y el prohijamiento-, los diversos regímenes económicos matrimoniales y de bienes de la familia, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones "propter nuptias", la dote y las arras.

También se incluyeron otras instituciones de cariz tradicional que gozaban de cierto reconocimiento y pervivencia. Éste fue el caso de la figura de los parientes mayores, llamada a resolver los conflictos surgidos dentro de la familia y que tenía un cometido

próximo al que desempeña el mediador familiar (leyes 137-147 FN). Igual suerte siguieron otras instituciones, como el acogimiento a la casa (ley 131 FN) o las dotaciones (leyes 133), que se incorporaron al texto compilado por su vigencia en el ámbito rural. Estas figuras atemperaron el rigor de la libertad dispositiva y los efectos que conlleva la transmisión indivisa del patrimonio agrario, compensados a los familiares y allegados no instituidos con el derecho a vivir y ser alimentado en la "Casa" –acogimiento–, o la atribución de determinados bienes o derechos –dotaciones– (por ejemplo, abono de los estudios, entrega de un capital, etc.)

Debe recordarse que en Navarra, como acontece en el ordenamiento civil aragonés, una buena parte de las regulaciones de su Derecho de familia se encuentran indisolublemente unidas al Derecho sucesorio. Así se explica que el principio de libertad de dispositivo, pilar básico del sistema sucesorio navarro (Ley 149 FN), tenga unos límites férreos y estrechamente ligados al ámbito familiar. Estos son: a) el derecho al usufructo legal de fidelidad del supérstite (leyes 253 y ss. FN), usufructo universal que persigue mantener la comunidad de bienes creada por el matrimonio más allá de la muerte del cónyuge; b) el derecho de igualación, que se reconoce al hijo de anterior matrimonio cuando son favorecidos los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio (ley 272 del FN); y c) la reserva del bínubo (ley 274 y ss. FN).

Como aconteció en el ordenamiento jurídico general, la Constitución Española de 1978 obligó a revisar la normativa del Fuero Nuevo. La consagración constitucional del principio de igualdad ante la ley de los hijos y de los cónyuges (art. 14 CE), el reconocimiento del derecho a la libre investigación de la paternidad (art. 39 CE), la tutela otorgada a la familia (art. 39 CE) y la afirmación del derecho a contraer matrimonio y a su disolución (art. 32 CE) exigían un cambio profundo en la normativa foral. Por diversas circunstancias, ésta se hizo esperar. No llegó hasta pasados casi seis años de la reforma del régimen de la filiación y del matrimonio experimentada en España por obra de la Ley 11/1981, de 13 de mayo y de la Ley 30/1981, 7 de julio de 1981.

Cabe destacar que Navarra, en ese escenario abierto por la Constitución Española, no optó por interiorizar su legislación civil básica, a diferencia de lo que aconteció en el resto de las Comunidades Autónomas que gozaban de competencias en materia legislativa civil (art. 149.1.8 CE). Nuestra norma civil fundamental es una ley estatal preconstitucional que se ha modificado en aspectos concretos por la acción legislativa del Parlamento de Navarra.

EL régimen jurídico navarro ofrece, además, otra singularidad que no concurre en ninguna otra Comunidad Autónoma, ni en el Estado. Las leyes civiles forales que se dictan en Navarra deben ser aprobadas por mayoría cualificada (art. 48.2<sup>1</sup> LORAFNA, en relación con el art. 20-2<sup>2</sup> LORAFNA), quedando sometidas a un régimen blindado de

---

1. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral.

2. Requerirán mayoría absoluta para su aprobación, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, las leyes forales expresamente citadas en la presente Ley Orgánica y aquellas otras que sobre organización administrativa y territorial determine el Reglamento de la Cámara.

acuerdo parlamentario. Ello se explica en atención a la integración del Derecho Privativo de Navarra en el llamado "régimen foral" (art. 2 de la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841) que impedía la modificación unilateral de las normas y obligaba a que cualquier cambio debiera efectuarse mediante el sistema pacticio-bilateral<sup>3</sup>. Hoy por hoy tal previsión parece innecesaria, dado que la competencia para la modificación de las leyes propias la ostenta el Parlamento de Navarra y ese régimen dificulta el desarrollo legislativo. De ahí que no resulte casual que se niegue el carácter civil de algunas figuras con el fin de evitar la aplicación de aquellas reglas, como así ha acontecido en materia de fundaciones respecto a la regulación que se contiene en Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del Régimen Tributario de las Fundaciones y de las Actividades de Patrocinio.

## 2. Desarrollo legislativo postconstitucional

No han sido muchas las leyes que la Comunidad Foral ha dictado en desarrollo de su Derecho civil propio en estas tres últimas décadas.

Sin duda, la norma foral de mayor entidad es la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho civil foral o Fuero Nuevo de Navarra. El objetivo de esta ley fue el ajuste del Fuero Nuevo a los dictados constitucionales<sup>4</sup>, y la revisión que se hizo fue muy escrupulosa con la legalidad. No se modificó el diseño originario de la compilación a pesar de que algunas regulaciones resultaban ya entonces discutibles por su escasa acogida social, caso de la dote o las arras en el matrimonio –leyes 119 y ss. FN–, o por la valoración general que merecían, supuesto de la protección de los hijos de anterior matrimonio (tema candente en Navarra sobre el que conviene reflexionar ya que la familia recompuesta se augura como el modelo preeminente en nuestra moderna sociedad).

La Comunidad Foral también ha dictado leyes especiales de contenido civil orillando el Fuero Nuevo. Ha regulado el régimen de las parejas estables (Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables), los derechos del paciente (Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los Derechos del Paciente a las Voluntades Anticipadas,

3. Cf. EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> Ángeles, "Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro", *Derecho privado y Constitución*, 2007, n<sup>o</sup> 27, pp. 246 y ss.

4. En este sentido la exposición de motivos de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, dirá que "(...) una buena parte de los preceptos de la Compilación – de manera particular los que componen el Derecho de familia– no sólo se avienen mal con la realidad social sobre la que operan, sino que, en ocasiones, contradicen principios contenidos en el Título I de la Constitución e infringen, por consiguiente, el art. 6 de la Ley Orgánica 13/1992, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, a cuyo tenor "los navarros tendrán los mismos derechos, deberes y libertades fundamentales que los demás españoles". Se hace preciso, por tanto, modificar la vigente Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, a fin de acomodarla, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo, a los citados principios constitucionales y, en definitiva, a la actual realidad social de Navarra".

a la Información y a la Documentación Clínica), el acogimiento de mayores (Ley Foral 34/2002, de 10 diciembre, de Acogimiento Familiar de Personas Mayores), y el régimen de protección a la infancia (Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia). Esta actividad normativa, aunque modesta, ha generado problemas de importancia, puesto que ha vaciado de contenido algunas instituciones de la Compilación y ha suscitado conflictos por su antagonismo con ella (por ejemplo, en materia de filiación adoptiva, Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, Promoción, Atención y Protección a la Infancia y a la Adolescencia frente a las leyes 73 y 74 del Fuero Nuevo).

En ese sentido la norma que ha merecido mayores críticas por su falta de rigor técnico ha sido la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables. La regulación que contiene ha propiciado una situación de perplejidad jurídica y problemática que trasciende a la propia ley, pues pone en cuestión los límites a la libertad dispositiva "mortis causa" que rigen en Navarra.

La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, parte de la consideración de que "en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico navarro, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual" (art. 1). Postula un principio de no discriminación cuyo alcance no resultan del todo claro, puesto que se contiene en una ley especial y se enfrenta al principio general que acoge el Fuero Nuevo de Navarra en distintos momentos sobre la protección de los hijos de anterior matrimonio<sup>5</sup>.

También ofrece otros dilemas e incertidumbres, compartidos por algunas leyes autonómicas sobre parejas estables; la tendencia al mimetismo normativo que vive la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas es un signo de nuestro tiempo.

Así, la constitución de una pareja estable se encuentra sujeta a los mismos requisitos que demanda el Código civil para quienes desean contraer matrimonio (art. 2-1 Ley Foral 6/2000)<sup>6</sup>. En defensa del legislador foral hay que reseñar que la aprobación de esta ley se produjo en un momento en el que no se atisbaba el cambio introducido por la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo que las parejas del mismo sexo pudieran acceder a esa institución. Precisamente el reconocimiento de un estatus jurídico para estas parejas justificaba esa regulación, pues otorga al conviviente el conjunto de derechos que se ligan al matrimonio. No extraña, en consecuencia, que se diga que las legislaciones autonómicas sobre parejas estables esconden una nueva clase de matrimonio sobre el

5. Cf. EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>o</sup> Ángeles, "Libertad de testar y derechos de hijos de anterior matrimonio: ¿un sistema necesitado de revisión en Navarra?", *Revista Jurídica de Navarra*, 2006, núm. 41, pp. 24 y ss.

6. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

que las Comunidades Autónomas no pueden legislar, ya que la competencia para regular las formas del matrimonio corresponde al Estado en exclusiva<sup>7</sup>.

Sin embargo, el aspecto más problemático de la regulación foral es la forma en la que se puede acceder a ese estatus de "pareja legal", ya que no se impone a los convivientes una manifestación expresa de voluntad de querer constituir una unión de ese tipo. El artículo 2-2 Ley Foral 6/2000<sup>8</sup>, además de permitir que las partes puedan acordar la constitución de una pareja estable en documento público –aunque no haya habido convivencia–, impone ese régimen a quienes convivan maritalmente durante un "período ininterrumpido de un año" o por tiempo inferior si "tuvieran descendencia común". La calificación jurídica que se postula en la norma sobre esa situación de hecho convivencial genera un automatismo del que resulta difícil escapar, aunque uno de los miembros de la pareja no quisiera conformar una relación de ese tipo. No se puede desconocer que, en la mayor parte de las ocasiones que se invoca esta norma, existe una situación de conflicto en la que se reflexiona sobre la calificación que corresponde a la realidad vivida. El hecho de que la mera convivencia determine la adquisición de un estatus jurídico, sin ulterior indagación de lo querido por los convivientes, abre un peligroso portillo a la imposición unilateral en un régimen semejante al matrimonio<sup>9</sup>; y el derecho a contraer matrimonio supone también un reconocimiento de su anverso a "no contraerlo". Se plantea también el valor que pueda tener la declaración de voluntad de los convivientes de "no querer constituir pareja legal", pero parece que ésta resulta de difícil efectividad puesto que la constitución de ese estatus legal se produce por una situación fáctica y ello sólo se puede enervar por la ruptura de la convivencia.

Los recelos sobre la adecuación de esta ley foral a los dictados constitucionales se han planteado desde los albores de su vigencia, quedando recogidos en el recurso de inconstitucionalidad nº 5297/2000 que presentó el Grupo Parlamentario Popular contra el conjunto de la Ley. A este recurso se unió la cuestión de inconstitucionalidad, instada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por la posible injerencia del legislador foral en la competencia exclusiva del Estado sobre "conflicto de leyes",

7. RUBIO TORRANO, Enrique, "Parejas estables y matrimonio", *Aranzadi civil*, núm. 9, 2000, pp. 11 y ss.; BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, Rodrigo, "La competencia para legislar sobre parejas de hecho", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 84.

8. 2. 2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

9. La ley Foral 6/200, de 3 julio, además de reconocer la posibilidad de que los convivientes puedan regular relaciones personales y patrimoniales, establece una serie de derechos mínimos que son "irrenunciables hasta el momento en que son exigibles" (art. 5-1): pensión periódica en caso de cese de la convivencia (art. 5-4), compensación económica por enriquecimiento injusto (art. 5-5). Asimismo se les atribuye una responsabilidad solidaria frente a terceros (art. 7), se reconoce el derecho de adopción y acogimiento (art. 9), y se les extienden los derechos reconocidos a los cónyuges en la sucesión "mortis causa" –usufructo legal de fidelidad y llamamiento intestado– (art. 11), en la normativa fiscal (art. 12) y la función pública de la Administración foral de Navarra.

en atención a lo que dispone el art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 ("las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra")<sup>10</sup>. Ambos asuntos están aún pendientes de resolver y lo que decida el Tribunal Constitucional resultará del máximo interés, pues buena parte de los preceptos impugnados se han incluido en otras leyes autonómicas; no en vano el precepto objeto de la cuestión de inconstitucionalidad halló su inspiración en el artículo 1-1 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja<sup>11</sup>.

La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, ha generado en la práctica también otros conflictos importantes con la extensión a la pareja estable de los derechos sucesorios reconocidos a los cónyuges.

En Navarra el cónyuge supérstite, que es fiel a la memoria del causante, goza "ex lege" de un usufructo universal sobre el patrimonio del cónyuge difunto (usufructo legal de fidelidad –leyes 253 y ss. FN–), es llamado a heredar en cuarto lugar (después de hijos, hermanos y ascendientes) (Ley 304 FN), y se le puede nombrar heredero universal, puesto que la legítima foral –que se limita a los hijos y descendientes– carece de contenido material (leyes 267 y ss. FN). No obstante, cuando se contraen segundas o ulteriores nupcias y se constituye una nueva familia esos derechos se restringen, en aras de la protección de los hijos de anterior matrimonio, a través de

10. El asunto se planteó a raíz del recurso de casación foral presentado contra la SAP de Navarra 12 de junio de 2002 (JUR 2002/201896). En esta sentencia se había reconocido "que existe más que una duda acerca de la constitucionalidad del artículo 2.3 de la Ley 6/2000 porque a) es evidente que estamos ante una norma que trata de resolver un "conflicto de leyes en el espacio", esto es, de determinar la aplicación de un concreto ordenamiento entre varios que entran en conflicto (en este caso, el Derecho navarro y el Derecho civil común, que son los que respectivamente corresponde, en razón de su vecindad civil, a cada uno de los miembros de la "pareja estable", b) el dictado de normas que se ocupen de "resolver conflictos de leyes en el espacio" lo reserva la Constitución exclusivamente al Estado (art. 149.1.8° CE) al Estado corresponde "en todo caso" la competencia para dictar las "normas para resolver los conflictos de leyes", lo cual es una excepción a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas que tenían un Derecho civil foral preexistente puedan legislar sobre su "conservación, modificación y desarrollo". Esa competencia exclusiva del Estado afecta tanto al llamado "Derecho internacional privado" cuanto al denominado "Derecho interregional". c) En el caso de Navarra, la competencia exclusiva del Estado a que nos acabamos de referir, es un claro límite a la unidad constitucional en que la LORAFNA establece el límite del régimen foral, también en el aspecto de las competencias de Navarra (art. 2.2 LORAFNA). Así resulta con claridad del art. 43 LORAFNA, que demuestra que en este punto no tiene Navarra un "plus" de competencia respecto de las restantes Comunidades Autónomas". A pesar de ello, la Sala elude formular la cuestión de inconstitucionalidad, e interpretando el art. 2.3 como una norma material de Derecho navarro, acude a las normas de conflicto del Código Civil y aplica su art. 9.2. Se considera así como ley de la unión estable la de la "residencia habitual común", que fue Agreda (Soria), afirmándose que dicha relación debe regirse por el Derecho civil común o general y no por el Derecho navarro.

11. "Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña".

los mecanismos del derecho de igualación (ley 272 FN<sup>12</sup>) y reserva del binubo (ley 274 FN<sup>13</sup>).

La Ley Foral 6/2000, 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables extendió al conviviente el derecho al usufructo legal de fidelidad –ley 253 FN– y le llamó a la sucesión legal –ley 304 FN–, también le negó la posibilidad de que pudiera actuar como contador partidor –ley 341 FN–<sup>14</sup>. Nada dispuso de la aplicación a aquél de los límites dispositivos previstos para el cónyuge en las citadas leyes 272 y 274 del FN, lo que dio lugar a dos lecturas. La primera que entiende que las leyes 272 y 274 del FN no ofrecen lagunas normativas y, por tanto, su aplicación debe realizarse en sus propios términos. La segunda que considera que debe efectuarse una corrección de la literalidad de la norma, puesto que las parejas estables gozan de los aspectos favorables de la disciplina sucesoria prevista para los cónyuges pero no de sus restricciones; y los derechos reconocidos a los hijos de anterior matrimonio deben beneficiar a todo descendiente. El tema se ha planteado en varias ocasiones ante los Tribunales, aunque las soluciones que se han ofrecido no parecen que zanjen una cuestión que sólo se resolverá con una reforma legislativa meditada.

---

**12.** "Los hijos de anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de los hijos o cónyuge de ulterior matrimonio. Si los hijos de cualquier matrimonio premurieran se dará en todo caso el derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes.

Si recibieren menos, el defecto se corregirá igualando a los perjudicados con cargo a los beneficiarios, sin alterar las participaciones de los demás. Sólo podrán ejercitar la acción de inoficiosidad los hijos o descendientes perjudicados o sus causahabientes y habrán de interponerla dentro de los cuatro años siguientes a contar del fallecimiento del disponente. Cuando el causante, en acto inter vivos o mortis causa, hubiera atribuido al nuevo cónyuge o a los descendientes de ulterior matrimonio bienes determinados cuyo valor resulte excesivo, podrán aquéllos compensar a los descendientes de anterior matrimonio con bienes de la herencia o con dinero.

Este derecho de los hijos de anterior matrimonio no se dará respecto a las disposiciones en favor de cualesquiera de otras personas.

Lo establecido en esta ley no se aplicará a los hijos de anterior matrimonio que en testamento o pacto sucesorio hubieren sido desheredados por cualquiera de las causas de los artículos 852 y 853 del Código civil".

---

**13.** "El padre o madre que reiterase nupcias está obligado a reservar y dejar a los hijos del matrimonio anterior, o a los descendientes de los mismos, la propiedad de todos los bienes que por cualquier título lucrativo, a excepción de las arras, hubiera recibido de su anterior cónyuge, de los hijos que de él hubiera tenido o de los descendientes de éstos.

Esta obligación subsistirá mientras existan descendientes reservatarios, aunque el padre o madre binubo enviudare y muriese en tal estado.

Será nula la dispensa de la obligación de reservar hecha por un cónyuge en favor del otro para el caso de que éste contrajera nuevas nupcias.

Será también nula toda disposición del padre o madre binubo que contravenga de cualquier otro modo lo establecido en esta ley.

El padre o madre binubo puede disponer de los bienes reservables con entera libertad entre los hijos o descendientes reservatarios. Si no dispusiere de los bienes, los heredarán los reservatarios conforme a lo establecidos para la sucesión legal".

---

**14.** Artículo 11. Régimen sucesorio.

Se introducen las siguientes modificaciones en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo:

1. Se añade un segundo párrafo a la Ley 253 con la siguiente redacción: "Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley".

2. Se modifica el apartado 5 de la Ley 304 que queda redactado como sigue: "5. El cónyuge o pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad conforme a la Ley 254".

3. Se modifica la Ley 341 que queda redactada como sigue: "No pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alicuota, el cónyuge viudo o el miembro sobreviviente de pareja estable por Ley".

En primer lugar, cabe citar la SAP de 15 de febrero de 2006 (AC 2007/327), que resuelve una situación que puede considerarse prototípica. El causante viudo instituye heredera de confianza en todo su patrimonio a la persona con la convivía y los hijos de anterior matrimonio impugnan el testamento por considerar que no se han observado las previsiones de la ley 272 del FN. Inicialmente la demandada negó que su relación con el fallecido pudiera calificarse de "pareja estable", pero posteriormente se aquietó en este punto en atención a que se había acreditado una convivencia "more uxorio" por tiempo superior a un año<sup>15</sup>.

En primera instancia, sentencia de 7 de enero de 2008, la pretensión de los hijos del difunto fue desestimada con argumentos, a mi juicio, acertados: 1º) La existencia de una clara voluntad del legislador foral de no incluir a las parejas estables en el supuesto de aplicación de la ley 272 del FN. 2º) El carácter no discriminatorio de dicha norma, ya que "la protección de los derechos de hijos de anterior matrimonio no es ilimitada", ni se produce en todo caso. 3º) La imposibilidad de extender esa ley a casos distintos a los allí contemplados, puesto que no cabe la analogía respecto a las "normas limitativas o restrictivas".

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia con argumentos que resultan cuestionables<sup>16</sup>. Sobre la base del principio de no discriminación por razón del nacimiento del art. 14 CE, afirmó que el trato que ofrece la ley 272 FN a los hijos matrimoniales, si concurren con un conviviente supérstite, resulta discriminatorio frente al que se les dispensa en el caso de que se trate de un cónyuge supérstite no progenitor. La sentencia asevera que no se puede conceder a la pareja estable un estatus más favorable que el que se dispensa al matrimonio; afirmación que resulta discutible dado que el legislador estatal y autonómico así lo han decidido en algunas ocasiones.

El Tribunal desconoció la doctrina constante del Constitucional en la que se declara que el matrimonio y la pareja estable constituyen realidades diferentes a las que se les pueden atribuir efectos y consecuencias también disímiles. En algunos casos éstas resultarán más favorables para el matrimonio (por ejemplo, en materia de prestaciones de viudedad), pero en otros pueden ser más favorables para la pareja estable (caso, por ejemplo, de la legislación concursal, inseminación artificial o la reserva viudal del Código civil).

Nos puede parecer "injusto" que el legislador navarro haya regulado un régimen de "pareja legal" al que se le concede los beneficios del matrimonio, aunque no sus límites y cargas. Pero si nos creemos la competencia del legislador foral sobre la materia, que deriva de que la pareja estable no es un matrimonio, no se puede ir más allá de lo que quiso el Parlamento Foral. Otra cosa supondría aceptar que tal figura constituye un

---

15. Debe llamarse la atención que la ley 272 del FN no impide que se pueda disponer de todo el patrimonio a favor de familiares o extraños, solo limita la atribución que favorezca a los hijos o cónyuge de ulteriores nupcias. De hecho, si la pareja del causante no hubiera llegado al tiempo mínimo de convivencia previsto en la Ley Foral 6/2000 (un año) difícilmente se hubiera podido traer a colación esa ley 272 FN.

---

16. El acuerdo de la partes ha llevado a que este asunto no haya accedido a casación, lo cual ha supuesto que el Tribunal Superior de Justicia de Navarra no haya podido conocerlo y emitir su parecer sobre la cuestión.

matrimonio a formal y, en tal caso, la regulación debe considerarse inconstitucional por invadir la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre las "formas del matrimonio" (art. 149.1.8 CE).

Una segunda resolución especialmente interesante, en cuanto a la proyección del derecho de igualación que se recoge en ley 272 FN, es la STSJ de Navarra de 24 de noviembre de 2008 (RJ 2009/1452). En ella se resuelve la otra cara del problema que plantea la ley: que se limite a los hijos de anterior matrimonio ese derecho de igualación. En realidad, el asunto tiene un mayor calado pues ahonda en la legitimidad del trato diferenciado que el causante puede otorgar a sus hijos en Navarra.

La importancia de ese pronunciamiento resulta evidente desde una perspectiva general, pues amplios colectivos abogan por la mayor libertad dispositiva "mortis causa", y desde la particular de Navarra, puesto que se halla en juego el propio régimen de la libertad sucesoria "mortis causa". Debe tenerse en cuenta que la ley 272 del FN sólo limita al causante cuando a los hijos del primer matrimonio se les deja menos que al más favorecido de los hijos de ulterior matrimonio, fuera de ese marco cabe disponer libremente<sup>17</sup>. La interpretación extensiva de la norma posterga aquel principio de libertad<sup>18</sup>, pues la familia recompuesta constituye el modelo al que camina nuestra sociedad con hijos procedentes de distintas relaciones.

Hay que reseñar que la citada SAP de Navarra de 15 de febrero de 2006 había sugerido "obiter dicta" que la ley 272 del Fuero Nuevo contraviene el principio de igualdad del artículo 14 CE, por el trato diferenciado que dispensa a los hijos matrimoniales de anteriores nupcias frente al resto.

Ciertamente la primera impresión que suscita la lectura apresurada de la ley 272 FN, con la mente puesta en el principio de igualdad del art. 14 CE, es que todos los hijos tienen que recibir por igual. Pero esta idea no resulta del todo exacta pues la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia, concediendo al causante un margen de libertad dispositiva. El propio Código civil permite que el testador pueda desigualar a unos hijos respecto a otros a través de la mejora. Y cuando media una razón que justifica el trato diferenciado se permite éste, según corroboran las previsiones que permiten gravar la legítima de los descendientes para favorecer a los hijos incapacitados por sentencia (art. 808 del Cc).

En el caso de la ley 272 del FN hay una atribución de derechos en virtud de la pertenencia a un grupo familiar concreto, pues la igualación se plantea no sólo respecto a los hijos de anterior matrimonio, sino también en cuanto al segundo cónyuge; y el Tribunal Constitucional ha reconocido la legitimidad del legislador para tratar de forma desigual

<sup>17</sup>. La ley 272 del FN permite que el causante pueda instituir como heredero universal a los hijos extramatrimoniales de una relación anterior o posterior a la celebración de la matrimonio, y si el disponente no hubiera contraído nupcias podrá disponer libremente de sus bienes a favor del descendiente habido en cualquiera de las relaciones.

<sup>18</sup>. Si se admite la extensión analógica de la norma resultará muy difícil acotar los límites de la misma y, por tanto, cabrá la posibilidad de igualación de los hijos extramatrimoniales anteriores respecto a los matrimoniales posteriores, de los hijos matrimoniales anteriores respecto a los extramatrimoniales posteriores, de los hijos extramatrimoniales anteriores respecto a extramatrimoniales posteriores o, incluso, de los hijos de anterior relación –matrimoniales o extramatrimoniales- respecto a los de una posterior, a pesar de que la ley 272 FN permite tal desigualdad.

a las distintas realidades familiares. Por tanto, los términos de la ley 272 del FN no parece que vulneren incuestionablemente los dictados del artículo 14 CE, según ya valoró el legislador foral en la reforma que llevó a cabo del Fuero Nuevo por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril<sup>19</sup>.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha tenido presente estas ideas en su sentencia de 24 de noviembre de 2008 (RJ 2009/1452), discrepando de la decisión adoptada por la SAP de Navarra de 29 de enero de 2008. En ésta la Audiencia Provincial había considerado discriminatoria la previsión de la Ley 272 FN, porque la norma no reconocía el derecho de igualación del hijo de una relación extramatrimonial anterior frente al cónyuge supérstite, y declaró inoficioso el testamento en el que el causante instituía a todos sus hijos –el extramatrimonial demandante y el matrimonial posterior– en la legítima foral y dejaba como heredera universal a su única esposa. Se daba la circunstancia de que la madre del reclamante y el causante no habían convivido, siendo ese descendiente fruto de una breve relación amorosa<sup>20</sup>.

El Alto Tribunal de la Comunidad Foral sostiene, para negar que pueda estimarse inoficioso el testamento impugnado, que la ley 272 del FN no puede considerarse discriminatoria, puesto que la distinción que realiza ese precepto se efectúa en función del grupo familiar al que se pertenece. Reconoce la vigencia del principio constitucional de igualdad de los hijos ante la ley, pero advierte que ese principio puede quedar desplazado si existe una justificación objetiva y razonable, como es la tutela de la propiedad privada y la herencia (art. 33 CE), y afirma que cabe disponer desigualdades sucesorias legales entre los hijos en función de un matrimonio o relación familiar anterior (art. 33 y 39 CE). Como ejemplos de la aceptación normativa del régimen diferenciado, se citan la disímil regulación de las acciones de paternidad –matrimonial y extramatrimonial– y el régimen de las pensiones de la seguridad social. También se abunda en el particular régimen de Navarra en esta materia de filiación que ha llevado a que la STC 236/2000 de 16 de octubre declarase la constitucionalidad de la ley 71 FN, señalando que "no toda desigualdad normativa en el régimen de la filiación es arbitraria, y que ciertas diferencias con el régimen común que se contemplan en la legislación foral Navarra constituyen realidades históricas y legislativas plurales, que justifican la posibilidad de que exista también en esta materia un tratamiento específico".

Se apunta, igualmente, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no conmina a ordenar igualitariamente la sucesión legal de los hijos, pues el artículo 14 de la Convención debe integrarse con otros principios; y la desigualdad sólo puede calificarse de discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable o resulta desproporcionada. El art. 8 de la Convención se advierte que permite justificar

---

19. EGUSQUIZA BALMASEDA, M<sup>a</sup> Ángeles, ob. cit, pp. 15 y ss.

20. La doctrina es unánime en considerar que con la previsión de la ley 272 del FN se pretende conjurar los males de la captación de voluntad del disponente y olvido de la anterior prole por el advenimiento de una nueva familia. Ello ha llevado a que se postule que no cabría la extensión de este derecho a los hijos nacidos de una relación esporádica (Cf. POU AMPUERO, Felipe, "Interpretación de la ley 272 del Fuero Nuevo", *El patrimonio económico-cónyugal y las relaciones paterno-filiales en los casos de crisis matrimonial*, Parlamento de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 180 y ss.)

una desigualdad en el llamamiento legal sucesorio de los hijos en atención al respeto a la vida privada.

Junto a estos argumentos se recuerdan los límites de la función jugadora, reconociendo que el juzgador no puede transformarse en legislador en nombre la constitucionalidad y ofrecer una conformación radicalmente distinta de la norma aplicada. El Tribunal Superior de Justicia reconoce que "si el derecho a la igualación sucesoria entre los hijos proviene del solo vínculo de filiación produciría una ampliación de tal magnitud que resultaría una restricción absoluta a la libertad de testar, que podría estar en contradicción radical con el fundamento mismo del derecho sucesorio navarro". Igualmente señala que ha de ser el legislador navarro quien deba modificar la norma, si la ley 272 del FN no se ajusta a la sensibilidad actual; y si el juzgador la estima inconstitucional debe plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, "no establecer una norma ex novo y promulgarla para resolver el caso concreto".

Por último, el Tribunal admite que la ley 272 del FN es un precepto prohibitivo, restrictivo de la libertad de testar, que no puede interpretarse ampliamente. Hay un reconocimiento general de que la Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de las parejas estables, no ha modificado la ley 272 FN. Se indica que el diferente tratamiento del derecho de igualación de los hijos en la ley 272 FN no se funda en la filiación o nacimiento, sino en la historicidad de una institución que constituye una suerte de recurso tradicional de la riqueza familiar propia del Derecho foral de Navarra. Y se recuerda que históricamente el hijo extramatrimonial que hubiera nacido antes, durante y después del matrimonio podía ser instituido como heredero, resultado legalmente favorecido frente al matrimonial en la ley 272 del FN.

Las conclusiones que caben extraer de los argumentos expuestos son varias, aunque no se sabe el valor general que puedan tener por la diversidad de situaciones en las que resultaría posible la aplicación de la ley 272 del FN. Sintéticamente podrían condensarse en las siguientes ideas:

- 1º)** No es discriminatorio el trato desigual que la ley 272 del FN dispensa a los hijos, puesto que existen cuando menos dos justificaciones: a) el derecho a la propiedad privada y herencia –art. 33 CE–, que implica un reconocimiento de la libertad dispositiva del causante; b) la posibilidad que se otorga al legislador de tutelar de manera desigual a la institución familiar y a la matrimonial (art. 39 y 32 CE). No hay que olvidar que la relación matrimonial es la institución que nuestra Constitución ha querido reconocer y proteger como vehículo a través del cual se desarrolle la opción personal de la convivencia en pareja.
- 2º)** La atribución de los "derechos de igualación" de la ley 272 FN se efectúa en atención a la pertenencia a un grupo familiar y no en virtud de la relación de filiación.
- 3º)** El juzgador no puede erigirse en legislador, tiene el deber de aplicar las normas; y cuando no cabe su extensión analógica no puede interpretarlas más allá de su tenor literal.

4º) Una extensión imponderada del derecho de igualación puede minar el principio angular del Derecho sucesorio navarro: la libertad civil o dispositiva.

Con lo expuesto no se agotan las dudas de constitucionalidad y controversias que las leyes del Fuero Nuevo han suscitado en el ámbito del Derecho de Familia.

En materia de filiación cabe destacar el recurso de amparo instado frente a la STSJ de Navarra de 22 diciembre 1994, en la que se negaba la legitimación de un progenitor para reclamar la determinación de filiación no matrimonial en virtud de lo dispuesto en la ley 71 FN<sup>21</sup>. La respuesta que ofreció el Tribunal Constitucional en su sentencia 236/2000, de 16 de octubre, es sumamente interesante pues abunda en el meollo del tema de la existencia de los Derechos civiles forales o especiales. Se reconoce que los Derechos civiles forales son "realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución", lo cual "justifica la posibilidad de que exista ... un tratamiento específico, aunque sea como aquí más restrictivo, por medio de la legislación autonómica de desarrollo, y que la pluralidad de ordenamientos en que se manifiesta, para ser tal, implique, en fin, que cada uno se mueva en un ámbito propio, puesto que, sin excluir, naturalmente, la existencia de relaciones interordinamentales, están fundados, pues, en la separación respecto de los demás". Sobre esta base considera que la ley 71 del FN no vulnera los principios constitucionales, ya que "el legislador, en este caso el foral de Navarra, ha ejercido su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida a la hora de proceder a la elección de quien está legitimado y de la designación de las personas que, en el ámbito específico de aplicación del Derecho Especial de Navarra, ostentan poder para la interposición de la demanda para el reconocimiento de la filiación no matrimonial".

No sabemos si, en el momento presente, la solución dada a ese tema por el Tribunal Constitucional hubiera sido la misma a la vista de las SSTC 273/2005, de 27 de octubre, y 25/2006, de 16 de febrero, en las que se estima inconstitucional el párrafo primer del artículo 133 del Código civil, en cuanto impiden al progenitor la reclamación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado. No obstante, parece incuestionable que el reconocimiento de la capacidad normativa civil permite que puedan efectuarse desarrollos normativos originales y divergentes con el Derecho común.

### 3. Las exigencias de reforma futura

Como se puede apreciar de lo expuesto, los cambios experimentados en la sociedad y la obsolescencia de algunas de las regulaciones contenidas en la Compilación de Derecho civil de Navarra han generado un sentir de inexcusable modificación de ciertas instituciones y "amejoramiento" de la normativa foral en materia de familia.

21. El demandante recurrió en amparo alegando vulneración del art. 14 CE, ya que se había desestimado por los tribunales navarros su legitimación para reclamar la determinación de una filiación no matrimonial. Consideraba que existía una quiebra del derecho a la igualdad y a la no discriminación del recurrente, ya que si se aplicaran a su pretensión de declaración de la paternidad los preceptos del Código Civil, que regulan las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial, aquél habría estado legitimado para tal reclamación, mientras que no lo está en virtud de la legislación civil foral de Navarra.

El Consejo Asesor de Derecho civil foral de Navarra, constituido en el año 2007 como órgano consultivo para el estudio y modificación del Derecho civil propio, ha acometido esa labor de análisis encaminada a valorar las instituciones y normas que precisan una reforma inmediata o a largo plazo. En estos casi tres años de funcionamiento, se ha trabajado por comisiones en las distintas materias que integran el Fuero Nuevo.

Por lo que se refiere al Derecho de familia, se ha concluido la necesidad perentoria de reformar las siguientes cuestiones: a) en materia de filiación, el régimen de impugnación de la paternidad del marido de la madre (Ley 70 b FN), y el contenido y efectos de la paternidad (ley 72 FN); b) la disciplina de la revocación de las donaciones en el caso de crisis matrimonial (ley 76, FN); c) el régimen de bienes del matrimonio (leyes 82-104 FN); d) el régimen de bienes de segundas o posteriores nupcias (leyes 105-111 FN); e) toda la regulación de los derechos de los hijos de anterior matrimonio (leyes 157, 164, 256, 264, 272, 273 y 274 FN); y f) la disciplina del usufructo legal de fidelidad en su adecuación al régimen de disolución del matrimonio (ley 254 FN).

Sin embargo, las necesidades de reforma no se acaban aquí. Los trabajos que se han llevado a cabo son una primera aproximación a la detección de las exigencias de actualización de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. Hay otras muchas cuestiones que precisan una revisión profunda, caso por ejemplo de la regulación de la filiación adoptiva, que en el Fuero Nuevo sigue manteniendo la vieja distinción de plena y menos plena, o todo el régimen del acogimiento de los mayores.

En esa etapa reformadora, el gran reto al que se tendrá que enfrentar el legislador foral será dar una respuesta legislativa eficiente que se ajuste a las necesidades de la sociedad navarra, pues no se puede olvidar que la razón última de las normas consiste en el servicio que prestan al buen orden de los intereses sociales y la solución de los conflictos.

Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Dere  
ragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El  
Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón  
vil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de A  
cho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civ  
Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Dere  
ragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El

# El Dere

cho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho c  
Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derech  
n El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El De  
ragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón l  
vil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de A  
cho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho c  
Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derecho civil de Aragón El Derech

# cho civil de Aragón



# El Derecho civil de Aragón<sup>1</sup>

Texto de:  
M<sup>a</sup> Ángeles Parra

Buenas tardes. Es una satisfacción para mí asistir a este *Congreso Internacional sobre Los Derechos civiles en España y Europa*. Agradezco a la Consellería de Governació de la Generalitat Valenciana y a la Universidad de Valencia la ocasión de poder dirigirles la palabra en un Congreso que mira hacia el desarrollo de los Derechos civiles en España, al desarrollo de los Derechos civiles por las Comunidades Autónomas que tienen competencia para ello y, al mismo tiempo, hacia los impulsos de armonización del Derecho civil en Europa. El acierto de poner en conexión la situación española con las tendencias en Europa queda patente si se admite que la diversidad no es en absoluto incompatible con la idea de armonización.

Me corresponde exponer las líneas de desarrollo del Derecho civil aragonés, y es lo que voy a hacer a continuación.

El Derecho civil aragonés se ha aplicado históricamente en Aragón o, mejor, a los aragoneses, y hoy es además *Derecho aragonés* porque es un Derecho autonómico, elaborado por las Cortes de Aragón. Como explica el profesor Delgado, el Derecho civil aragonés es *Derecho autonómico* --es decir, forma parte del actual Ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Aragón-- pero también es, por su origen y significado histórico, *Derecho foral*.

De una parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución, el artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 10 de agosto de 1982, incluyó entre las materias sobre las que corresponde competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma de Aragón "la conservación, modificación y desarrollo del *Derecho civil aragonés*". En la actualidad, el artículo 70 de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, con otra terminología, pero igual senti-

---

1. Versión escrita de la participación en el Congreso Internacional "Los Derechos civiles en España y Europa", Palacio de Congresos, Valencia, miércoles 21 de octubre de 2009. Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto "Validez y eficacia de normas y actos", Entidad financiadora: MCYT DER2008-01169 (2008-2011). Investigador responsable: Jesús Delgado Echeverría.

do, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva para la "conservación, modificación y desarrollo del *Derecho foral aragonés*, con respeto a su sistema de fuentes" (2ª), así como en materia de "Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sustantivo aragonés" (3ª).

El Derecho civil aragonés, Derecho foral, aparece en el Estatuto de Autonomía desde su primer artículo, al declarar el artículo 1.3 que: "La Comunidad Autónoma de Aragón, dentro del sistema constitucional español, *ostenta por su historia una identidad propia en virtud de sus instituciones tradicionales, el Derecho foral y su cultura*".

En la misma Ley Orgánica, el artículo 9, al referirse a la eficacia de las normas, establece que "*el Derecho foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial*". Otras disposiciones del Estatuto de Autonomía se ocupan del Derecho civil foral: así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en Aragón, conocerá, en todo caso, de los recursos de casación fundados en la infracción del Derecho propio de Aragón; al Justicia de Aragón corresponde "la tutela del ordenamiento jurídico aragonés" (artículo 59.1.b), del que forma parte el Derecho civil foral; el artículo 75 atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia compartida en materia de "régimen de los *recursos fundados en el Derecho foral aragonés* contra la calificación negativa de documentos, o cláusulas concretas de los mismos, que deban tener acceso a un Registro público de Aragón" (10ª); el artículo 78.1 dispone que "los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles serán nombrados por la Comunidad Autónoma, de conformidad con las leyes del Estado, siendo mérito preferente el conocimiento del Derecho propio de Aragón y específicamente su Derecho foral"; conforme al artículo 78.3, "corresponde a los órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de documentos o cláusulas concretas de los mismos, que deban tener acceso a un Registro público de Aragón y estén *fundados en el Derecho foral aragonés*".

## Derecho foral

El Derecho civil aragonés, Derecho autonómico, es además Derecho foral. En Valencia los *furs* quedaron definitivamente abolidos, mientras que los Decretos de Felipe IV que abolen los Fueros de Aragón, luego establecen su subsistencia únicamente para lo que sea "entre particular y particular". Como manifestación del poder absoluto del Rey, la abolición de los Fueros de Aragón y la sujeción del Reino a las leyes de Castilla se fundamenta en 1707 en la rebelión de los aragoneses y en el dominio absoluto que le corresponde al Rey por herencia y por derecho de conquista:

"...he juzgado por conveniente (assi por esto, como por mi deseo de reducir todos mis Reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres i Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables,

i plausibles en todo el universo) abolir, i derogar enteramente, como desde luego doi por abolidos i derogados todos los referidos fueros, privilegios, practica, i costumbre hasta aquí observadas en los referidos Reinos de Aragón, i Valencia, siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las Leyes de Castilla..."

El Decreto de 3 de abril de 1711 introduce una rectificación, al establecer una nueva estructura de gobierno en Aragón y nombrar algunos cargos, entre ellos el de Comandante General, "a cuyo cuidado esté el Gobierno Militar, Político, Económico y Governativo", que presidirá la Audiencia, compuesta por dos Salas, una para lo Civil, y otra para lo Criminal: "...en la Sala del Crimen se han de juzgar y determinar los pleitos de esta calidad según la costumbre y Leyes de Castilla... [mientras que] la Sala Civil ha de juzgar los Pleytos civiles, que ocurrieren, según las Leyes Municipales de este Reyno de Aragón, *pues para todo lo que sea entre particular y particular, es mi voluntad se mantengan, guarden y observen las referidas Leyes Municipales*, limitándolas sólo en lo tocante a los contratos, dependencias y casos, en que Yo interviniere con cualquiera de mis vasallos, en cuyos referidos casos y dependencias, ha de juzgar la expresada Sala de lo civil, según las leyes de Castilla..."

Explica el profesor Delgado cómo ciertas normas, las de Derecho privado (incluido el procesal), siguen vigentes, pero han desaparecido las fuentes propias de producción jurídica. Abolidas las Cortes de Aragón, sólo el Monarca que legisla para Castilla y, ya en el siglo XIX, las Cortes españolas podían hacer evolucionar eficazmente un Derecho que, conforme pasa el tiempo, queda más alejado de las necesidades y valoraciones de una sociedad en cambio. A partir de 1711 puede decirse con este autor que el problema del Derecho (civil) aragonés es, básicamente, un problema de fuentes. Esta situación continuará hasta la Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía, en que las Cortes de Aragón asumen la competencia legislativa sobre Derecho civil.

## El Código civil, el Apéndice de 1925 y la Compilación de 1967

El artículo 1976 del Código civil derogó "todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común", pero esta derogación se limitaba al "Derecho civil llamado de Castilla" y no comprendía ni las leyes especiales declaradas subsistentes por el propio Código ni los llamados Derechos forales (base 27). La Ley de Bases del Código civil, de 11 de mayo de 1888, había renunciado a un Código civil único y exclusivo para toda España. De acuerdo con su artículo 5, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral "*lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito o consuetudinario por la publicación del Código, que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales*". Este artículo pasaría a ser el artículo 12 del Código civil.

El artículo 13 del Código civil (artículo 7 de la Ley de Bases) dispuso que, en Aragón, el Código civil comenzaría a regir "al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes". Es decir, el Código civil tenía valor de Derecho supletorio de primer grado en Aragón.

El artículo 6 de la Ley de Bases estableció que "el Gobierno, oyendo a la Comisión de códigos", presentaría a las Cortes unos "Apéndices al Código civil en que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen". Sólo llegó a convertirse en ley, en 1926, el Apéndice del Derecho civil de Aragón, aprobado por Decreto de 7 de diciembre de 1925 (que entró en vigor el 2 de enero de 1926).

El Apéndice constaba de 78 artículos, que se presentaban bajo rúbricas no numeradas, siguiendo el orden de materias del Código civil, como si fueran simples excepciones al mismo. El artículo 1 del Apéndice apuntaba en esta dirección, al establecer que "según está preceptuado por los artículos 12 y 13 del Código Civil, las disposiciones forales del presente Apéndice regirán en Aragón, no obstante lo estatuido por aquella ley común acerca de los respectivos casos y asuntos". El Apéndice se ocupaba de las relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes, la ausencia, la tutela y la mayor edad (artículos 2–13, en lo que correspondería al libro I del Código); las servidumbres (artículos 14–16, que correspondería al libro II), los testamentos y sus formas, la herencia, la institución de herederos, la legítima, la sustitución y la desheredación, la sucesión intestada y disposiciones comunes a las herencias con testamento o sin (artículos 15–47, que correspondería al libro III) y los contratos sobre bienes concernientes al matrimonio, la sociedad conyugal tácita, la sociedad conyugal paccionada, la viudedad, el contrato de compra y venta y los contratos especiales sobre ganadería (artículos 48–77, que correspondería al libro IV). El artículo 78 contenía una disposición final derogatoria, conforme a la cual: "Desde que entre en vigor el presente Apéndice, quedará totalmente derogado el Cuerpo legal denominado *"Fueros y Observancias del Reino de Aragón"*. Es decir, que hasta el año 1926 estuvieron en vigor los fueros y Observancias.

En el contexto del proceso compilador de los Derechos forales, se aprobó como Ley 15/1967, de 8 de abril, la Compilación del Derecho civil de Aragón. La Compilación tuvo como base los trabajos de un Seminario dirigido por el profesor Lacruz Berdejo e integrado por profesores y profesionales. Este Seminario redactó el borrador de un texto articulado, junto a unos informes que explican el contenido de gran parte de la Compilación. La Comisión aragonesa nombrada por el Ministerio de Justicia revisó el borrador, manteniéndolo en muchos de sus puntos: un primer proyecto de 1962 fue sometido a información pública, y el segundo proyecto de 1963, fue enviado a la Comisión general de codificación, y después aprobado como ley estatal por las Cortes.

La Compilación del Derecho civil de Aragón estaba formada por ciento cincuenta y tres artículos, divididos en un título preliminar ("Las normas en el Derecho civil de Aragón") y cuatro libros. El Libro I, Derecho de la persona y de la familia (artículos 4–88, de los que los artículos 23 a 88 han sido derogados y sustituidos por la Ley de régimen económico

matrimonial y viudedad de 2003); el Libro II, Derecho de sucesiones (artículos 89—142: derogado y sustituido por la Ley de Sucesiones por causa de muerte, de 1999); el Libro III, Derecho de bienes (artículos 143—148) y el Libro IV, Derecho de obligaciones (artículos 149—153). Contení, además, una disposición derogatoria del Apéndice, otra final y doce transitorias. La propia Compilación determinaba el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés, reconociendo como tales, junto a la ley, a la costumbre y a los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés.

## Evolución del Derecho aragonés en el marco autonómico

Esta es la situación del Derecho aragonés cuando en el año 1978 se promulga la Constitución española. La opción constitucional por un estado plurilegislativo y el abandono del designio unificador son los datos de mayor impacto de la Constitución sobre los Derechos forales. De acuerdo con la Constitución y con el Estatuto de Autonomía de Aragón, la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés es ahora exclusiva de las Cortes de Aragón.

Después de la Constitución, la primera reforma de la Compilación tuvo lugar por la Ley de las Cortes de Aragón de 25 de mayo de 1985, con la finalidad de adaptar un texto de 1967 a los principios constitucionales, al igual que se hizo en esos años con el Código civil (reforma de 1981) y con otras Compilaciones forales. La Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, en el ejercicio de la competencia legislativa constitucional y estatutariamente atribuida a Aragón para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil foral o especial, a la vez que introducía en su articulado algunas modificaciones dirigidas, principalmente, a su adecuación a los principios de la Constitución de 1978, adoptó e integró en el Ordenamiento jurídico aragonés el texto normativo de la Compilación dejando fuera, lo que en el caso aragonés carece de sentido, el Preámbulo.

La Ley Ley 3/1988 de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, por la que se estableció expresamente que los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza, fue impugnada por el presidente del Gobierno de la Nación ante el Tribunal Constitucional. La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1993 resolvió el recurso de inconstitucionalidad a favor de la competencia aragonesa y, además, lo hizo razonando acerca de lo que significa la garantía autonómica de la foralidad civil y el alcance de la competencia autonómica sobre la legislación civil foral:

“El concepto constitucional (artículo 149.1.8ª) y estatutario (artículo 35.1.4 Estatuto de autonomía de Aragón) de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la *ratio* de la *garantía autonómica de la foralidad civil* que establece aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes

puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (artículo 137 de la Constitución) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde existan» a que se refiere el artículo 149.1.8ª de la Constitución, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª de la Constitución, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar.

El criterio expuesto permite ya una valoración de conjunto —esto es, sin perjuicio del posterior examen de cada precepto impugnado— de la Ley 3/1988, de las Cortes de Aragón. Esta Ley —hemos de reiterar— no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón.

Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status fami-*

*liae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto «de las relaciones entre ascendientes y descendientes» (Título II del Libro Primero), como «de las relaciones parentales y tutelares» (Título III del mismo libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina del «Derecho de sucesión por causa de muerte» (Libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa o tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los «hijos y descendientes», normativa ésta, por lo tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente".

Otra modificación puntual es la llevada a cabo por la Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre la modificación de la Compilación del Derecho civil de Aragón y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de sucesión intestada, que modificó algunos artículos para disponer que cuando fallece sin testamento ni pacto sucesorio un aragonés que no deja parientes ni cónyuge le herede la Comunidad Autónoma, en lugar de heredar el Estado.

En 1996, por Decreto de 20 de enero, se renueva la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. La Comisión está configurada como un órgano consultivo adscrito orgánicamente al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, que tiene por objeto asesorar al Gobierno de Aragón en el ejercicio de sus competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés. Con el impulso de su presidente, el profesor Delgado, la Comisión elaboró en 1996 una ponencia sobre "Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón".

La Ponencia toma como punto de partida la Compilación, entendiendo que en ella se recoge lo más importante del Derecho civil aragonés, pero pone de relieve sus límites y deficiencias y, en especial, la necesidad de renovar su contenido en razón del cambio de las circunstancias sociales y políticas. La Comisión entiende que el camino adecuado para superar los defectos parciales y las insuficiencias de la Compilación no es el de la modificación de su texto en puntos concretos, sino la reformulación del Derecho civil aragonés en un nuevo Cuerpo legal:

"El objetivo global de la tarea legislativa, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, sería la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un nuevo Cuerpo legal de Derecho civil aragonés enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses de hoy y del próximo siglo.

*Un Cuerpo legal de Derecho civil aragonés*

Excluimos, por tanto, la conveniencia de leyes de reforma parcial de la Compilación vigente. No advertimos la urgencia de intervenciones legislativas dirigidas a sustituir la regulación actual de alguna institución por ser claramente inadecu-

cuada, ni una reforma parcial de alguna entidad encontraría fácil acomodo en la estructura y articulado de la Compilación. Cabría, obviamente, la promulgación de leyes especiales de Derecho civil aragonés sobre materias específicas, pero no nos parece que, hoy por hoy, haya alguna materia o institución para la que deba recomendarse esta técnica.

El nuevo Cuerpo legal, que vendría a sustituir a la Compilación derogándola formalmente, podría conservar el nombre de «Compilación», pero también podría recibir el de «Código de Derecho civil aragonés». Ambas denominaciones tienen raigambre entre nosotros. Compilación se llamó el primer cuerpo de nuestros Fueros (Huesca, 1247) y, siglos más tarde, es nombre que los foralistas aragoneses propusieron en los años cuarenta de nuestro siglo para evitar el de «Apéndice» al Código civil que la Ley de Bases de éste había impuesto. Por otra parte, un «Código» es lo que el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880–81 quiso propiciar, y «Código» preferían que se llamara a su obra quienes prepararon el Anteproyecto que se publicó en 1899. Hasta cierto punto, ambas denominaciones son intercambiables, si bien no es de olvidar que tienen también connotaciones distintas que pueden resultar preferibles a unos o a otros. En realidad, el Cuerpo legal que se propone, como ya la actual «Compilación», no puede atenerse a un concepto estricto de ésta, como colección de normas preexistentes que reciben un orden nuevo y acaso otra redacción, pero sin innovar en su contenido; sin duda ha de ser mucho más, pero tampoco puede ni quiere ser un Código civil completo y exhaustivo con vocación de hacer tabla rasa con el pasado. Por ello la cuestión de la denominación, que no deja sin embargo de tener importancia, puede quedar por ahora abierta.

El nuevo Cuerpo legal, se ha dicho, habrá de derogar la Compilación. Ello no impide que la mayor parte de las normas de ésta, en su redacción actual o con los necesarios retoques, pasen al articulado del mismo. Junto a estas normas recibidas, en el nuevo Cuerpo legal se añadirían otras, quizás en mayor número, dirigidas acaso a la regulación de instituciones hoy no contempladas, pero, sobre todo, a desarrollar con todo el detalle preciso para su más cómoda aplicación la regulación de las instituciones que hoy conocemos.

Han creído percibir los miembros de la Comisión que una de las razones por las que las normas de la Compilación vigente no son invocadas y aplicadas en todos los casos que están llamadas a regular puede ser la forma a primera vista poco expresiva en que se presentan. Una lectura somera de ellas no permite siempre apreciar su enjundia y alcance, dejando ocultas muchas implicaciones y consecuencias que el legislador de 1967 previó, pero que no se manifiestan con la facilidad hoy deseable para la ordinaria aplicación de la ley. Acaso la redacción conceptual y quintaesenciada que la Compilación recibió en 1967 fue, no tanto una opción de técnica legislativa como una necesidad, a fin de dar cabida, concentradamente, al mayor número de determinaciones normativas en un texto al que, por razones externas, no había de permitirse gran extensión. Pero, como

quiera que sea, en razón también de que no han proliferado los comentarios y estudios a la Compilación en la medida que esta merece, es claro que sus normas no han dado todos los frutos que, en semilla, portaba su texto.

Pues bien, uno de los rasgos del futuro Cuerpo legal ha de ser el de desarrollar y aclarar las normas preexistentes, facilitando su comprensión y detallando sus consecuencias, complementándolas con cuantos preceptos sean necesarios para la acabada regulación de cada institución, de modo que no sea preciso acudir habitualmente a la ponderación de los principios inspiradores del Ordenamiento aragonés para recurrir luego a los preceptos del Código civil español que puedan resultar supletorios. Esto supone plantear de modo diferente al pensado en 1967 las relaciones entre el Derecho civil aragonés y el Código civil español, en la forma que, por su importancia, veremos en el siguiente epígrafe.

También, con la misma finalidad de llevar a sus consecuencias prácticas y dar cauce a la más hacedera aplicación de sus normas, el Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón habrá de atender muy especialmente a los medios procesales que han de servir de vehículo para la realización del Derecho sustantivo. La Compilación vigente prevé en numerosos y muy variados supuestos la intervención del Juez (en el futuro, habría que atender también a la intervención del Ministerio Fiscal), y aun da alguna indicación de procedimiento. Pero la práctica ha demostrado que tales reglas o indicaciones son claramente insuficientes, por ejemplo, para la aprobación de cuentas de administración de bienes de menores, enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles de aquellos, divergencias entre los padres en la educación de sus hijos, constitución de la Junta de Parientes o resolución de discrepancias surgidas entre cónyuges en la administración de la comunidad. Es igualmente patente la necesidad de regular un adecuado cauce procesal para la liquidación y división judiciales de la comunidad conyugal, así como para actuar adecuadamente en el supuesto de embargo por deudas privativas hoy considerado en el artículo 46 de la Compilación.

El nuevo Cuerpo Legal habrá de contener las reglas procesales que permitan la eficaz aplicación de sus normas sustantivas. Es una necesidad desde hace tiempo sentida, a la que debe legítimamente atenderse en el ejercicio de la competencia que sobre el «Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo» corresponde a Aragón en virtud del artículo 35.1.4 de su Estatuto, conforme con el artículo 149.1.6 de la Constitución española.

Los preceptos citados permiten que las normas procesales derivadas de las peculiaridades del Derecho civil aragonés constituyan una Ley procesal civil aragonesa, independiente del Cuerpo de Derecho civil. La Comisión no descarta esta opción para el futuro, pero, en todo caso, cree conveniente la inclusión en el Cuerpo de Derecho civil proyectado de, al menos, aquellas normas procesales más íntimamente relacionadas con los preceptos sustantivos.

Otras normas procesales podrían ser objeto de una Ley especial, necesaria igualmente para el caso de que se quisiera —como autorizadas voces proponen— re-

gular algunos aspectos de la casación civil de Derecho aragonés, con objeto de que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón tuviera ocasión de pronunciarse en mayor número de casos y dar respuesta a las expectativas que su creación suscitó.

En otro orden de cosas, pero siempre con la finalidad de dar respuesta a los problemas de la aplicación práctica de la norma civil, el nuevo Cuerpo Legal habrá de cuidar las consecuencias que sus preceptos puedan tener en el Registro civil y el de la propiedad, contribuyendo con ello a la seguridad jurídica".

Por lo que se refiere a la forma de proceder, la Comisión consideró "preferible, en abstracto, la redacción unitaria y la aprobación del Cuerpo legal en su conjunto, por las conocidas razones de coherencia sistemática y necesaria trabazón interna entre todas las normas del Derecho civil aragonés, y también para hacer menos complicada la transición entre las normas hoy contenidas en la Compilación y las nuevas, pues de otro modo habrían de coexistir durante tiempos distintos normas de la Compilación y normas de nueva promulgación. Pero reconoce que razones de oportunidad pueden hacer deseable la aprobación anticipada de leyes que contengan una parte del Derecho civil. Ello parece factible, sin grave peligro de incoherencias, contradicciones o lagunas, siempre que la materia de la ley corresponda a una parte suficientemente completa en sí misma del Derecho civil. Esta autosuficiencia será siempre relativa, pues es bien sabido, por ejemplo, que el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones mantienen íntima relación, especialmente estrecha en un Derecho como el aragonés".

Finalmente, la opción en favor de la aprobación por partes del nuevo Cuerpo legal que vendría a sustituir a la Compilación, se ha impuesto en la práctica, abordando separadamente la materia de cada uno de los libros de la Compilación. Los resultados, por orden cronológico han sido los siguientes:

- La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de 221 artículos, que entró en vigor el siguiente 23 de abril; deroga el Libro II de la Compilación. La Ley de sucesiones está integrada por siete títulos, más una disposición adicional, diez transitorias, la derogatoria (del Libro II de la Compilación) y dos finales. Los Títulos (divididos en Capítulos, y algunos de ellos en Secciones) son los siguientes: I, De las sucesiones en general (artículos 1–61); II, De la sucesión paccionada (artículos 62–88); III, De la sucesión testamentaria (artículos 89–122); IV, De la fiducia sucesoria (artículos 123–147); V, Normas comunes a las sucesiones voluntarias (artículos 148–169); VI, De la legítima (artículos 170–199), y VII, De la sucesión legal (artículos 200–220).

La ley de sucesiones amplía el ámbito de aplicación de algunas figuras tradicionales del Derecho aragonés: así, se admiten los pactos sucesorios que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública (no sólo en capítulos o con las limitaciones del Derecho anterior); se admite el testamento mancomunado como cauce de la ordenación de la sucesión de cualesquiera dos personas (y no sólo a quienes estén

casados entre sí, como sucedía en la Compilación); se permite el otorgamiento de fiducia sucesoria a cualquier persona, no sólo a quien esté casado y a favor de su cónyuge, como sucedía en la Compilación. La legítima, finalmente, se reduce a la mitad del patrimonio, en lugar de sobre los dos tercios. El Preámbulo de la Ley da cuenta de que: "La innovación más visible consiste en la reducción de la porción legitimaria a la mitad del caudal, en lugar de los dos tercios en que consistía con anterioridad. Se atiende así a las voces, procedentes sobre todo de los ambientes urbanos, que demandan mayores posibilidades para favorecer al cónyuge con los bienes que se adquirieron durante el matrimonio, especialmente cuando no son importantes los que a su vez se heredaron y, por otra parte, se costeó en su momento la formación de los hijos y se ayudó sustancialmente a su bienestar económico cuando se independizaron; ahora bien, no se restringe la mayor libertad a este fin específico, sino que queda abierta a las variadas circunstancias y motivaciones de cada causante". Como explica el Preámbulo de la ley de sucesiones, la misma no agota todo el Derecho de sucesiones, pero sí completa las normas legales anteriores contenidas en la Compilación con las necesarias o convenientes para la mayor claridad y facilidad de su aplicación, abordando materias —señaladamente en los títulos I y V— que, hasta ahora, sólo estaban formuladas en el Derecho supletorio.

La disposición adicional primera de la Ley de sucesiones, además, formula el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés en la forma adecuada a los cambios constitucionales y estatutarios, al dar nueva redacción a los artículos 1, 2 y 3 de la Compilación, y reescribiendo, por tanto, nuevamente todo el Título preliminar de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

- En el año 1999 se aprobó también la Ley relativa a parejas estables no casadas (Ley 6/1999, de 26 de marzo), fruto de una proposición de Ley presentada en las Cortes de Aragón. Consta de un Preámbulo, 18 artículos, dos disposiciones adicionales y una disposición final (requisitos de existencia y capacidad, régimen de convivencia, extinción, efectos patrimoniales de la extinción en vida, derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, representación del ausente, delación dativa, derecho de alimentos...). Esta ley fue modificada por Ley 2/2004, de 3 de mayo, para permitir la adopción por parejas homosexuales. En efecto, en su redacción originaria, el art. 10 de la Ley establecía que "las parejas estables no casadas *heterosexuales* podrán adoptar conjuntamente". La reforma del año 2004 suprimió la exigencia de que las parejas fueran heterosexuales para poder adoptar.

- La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, que entró en vigor el siguiente 23 de abril. Consta de 120 artículos, y derogó los artículos 7 y 22 a 88 del Libro I de la Compilación. El legislador de 2003 proclama que "la regulación que del régimen matrimonial legal hizo la Compilación de 1967 era, en aquella fecha, tanto por su sustancia como por su factura técnica, la más acabada de las vigentes en España. Siguió siéndolo tras la reforma del Código civil en 1981, que en algún punto se inspiró en las normas aragonesas" (apartado V del Preámbulo). Por ello, lo que pretende la ley es "completar y perfeccionar aquella regulación,

atender a algunos problemas surgidos al aplicarla, prever supuestos nuevos que ha traído el paso del tiempo y, en general, desarrollar conforme a sus propios principios consecuencias más explícitas, lo que lleva, especialmente en materia de disolución, liquidación y división, a una exposición más pormenorizada".

La Ley consta de los siguientes Títulos: I: Disposiciones generales; II. De los capítulos matrimoniales; III. Del régimen de separación de bienes; IV. Del consorcio conyugal, y V. De la viudedad. La ley no sólo regula las relaciones patrimoniales entre personas casadas, sino también los deberes entre cónyuges, el domicilio familiar, la dirección de la vida familiar y el derecho de viudedad. La viudedad es la institución aragonesa más conocida: nace con el matrimonio y se manifiesta durante el mismo como derecho expectante; al fallecimiento de uno de los cónyuges atribuye al otro el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto.

- La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, desarrolla las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y sobre las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces hasta ahora contenidas en la Compilación. La Ley, en vigor desde el 23 de abril de 2007 (disp. final 3ª), deroga el Libro Primero, «Derecho de la persona y de la familia», de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (disp. derogatoria). Como explica el Preámbulo de la Ley, a diferencia de la Compilación, las normas no se presentan como peculiaridades o excepciones, sino que expresan suficientemente el sistema y sus principios generales, a la vez que atienden a concreciones y pormenores hasta ahora no reflejados en las leyes y que se consideran convenientes para precisar el alcance práctico de los preceptos.

La Ley se estructura en cuatro Títulos: el I se ocupa de la capacidad y estado de las personas; el II, de las relaciones entre ascendientes y descendientes; el III, de las relaciones tutelares, y el IV, de la Junta de Parientes. Tiene ciento sesenta y ocho artículos, una disposición adicional, cinco transitorias, una derogatoria y tres disposiciones finales.

La Ley se ocupa de la situación de las personas según su edad y su capacidad de autogobierno. En función de la edad, se distingue entre mayor de edad, menor de edad (según sea mayor o menor de catorce) y menor emancipado. También se ocupa la Ley de las instituciones que tienen como función la protección del menor (autoridad familiar e instituciones tutelares). Para las personas que no están en condiciones de decidir por sí la Ley tiene en cuenta para ordenar su protección según que estén o no incapacitadas, y para este último caso, el tipo de guarda al que quedan sometidas. Dentro de la capacidad y estado de las personas la Ley regula la ausencia, atendiendo a los problemas que se plantean como consecuencia de la incertidumbre sobre el paradero o sobre la existencia de una persona.

Las leyes aragonesas de Derecho civil preparadas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y aprobadas por las Cortes de Aragón en desarrollo del Derecho civil de Aragón se presentan como una renovación del Derecho anterior. Se advierte, y así se insiste repetidamente en los Preámbulos de las leyes aragonesas, en la vinculación de los nuevos textos legales con el Derecho de la Compilación y con el Derecho histórico.

Los Preámbulos manifiestan asimismo la razón de la mayor amplitud y extensión de la nueva normativa como un reflejo de la mejor técnica que, en las actuales circunstancias, es posible formular, y dan razón también de las relaciones del Derecho aragonés con el Código civil, que sigue siendo supletorio en las materias reguladas.

El legislador, en el Preámbulo de la Ley de sucesiones, explica cómo,

"La renovación del Cuerpo legal del Derecho Civil de Aragón es un objetivo necesario de la política legislativa de la Comunidad. La Compilación vigente, originada hace ya más de treinta años en circunstancias muy distintas de las actuales, a pesar de su notable altura técnica y de su acierto en la conservación de las instituciones del Derecho Civil aragonés para las generaciones futuras, resulta hoy insuficiente y parcialmente inadecuada para las necesidades y expectativas de los aragoneses.

En el ámbito del Derecho Civil, que ha configurado en moldes de tradición secular realidades tan íntimas y, a la vez, tan decisivas en la vida social como las relaciones familiares o el destino de los bienes de las personas cuando llega su muerte, las intervenciones del legislador no tienden a una ruptura con el pasado, sino más bien a dar satisfacción a nuevas necesidades sentidas por el cuerpo social enlazando armónicamente valores e instituciones que han determinado históricamente el modo de ser aragonés con las valoraciones y aspiraciones del presente. Se entiende así que el nuevo Cuerpo legal de Derecho Civil tienda a incorporar cuanto de bueno y útil hay en la Compilación, que es casi todo, para actualizarlo, desarrollarlo y completarlo con las normas que parezcan más conformes con los ideales cívicos y las circunstancias vitales de los aragoneses y aragonesas de hoy y de mañana.

La tarea legislativa de desarrollar sistemáticamente el Derecho aragonés corresponde a las Cortes de Aragón, de acuerdo con el artículo 149.1.8.ª de la Constitución, en la amplia interpretación avalada por el Tribunal Constitucional, señaladamente en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo. Esta tarea de largo aliento es la que la presente Ley inicia, sin prejuzgar ahora la configuración final del futuro Cuerpo legal.

La superior extensión es consecuencia de la finalidad propuesta de aclarar, desarrollar y profundizar nuestro Derecho de sucesiones, de modo que sea más constante y segura su aplicación en la práctica. Con todo, la Ley no pretende agotar o llegar al límite de la competencia autonómica en esta materia, sino regular lo que entiende necesario, oportuno y acorde a las circunstancias. Fundamentalmente, como se ha dicho, para aclarar, desarrollar y profundizar el Derecho vigente, partiendo de las instituciones reguladas en la compilación, completadas sus normas con otras que perfilan su alcance, hacen más segura su aplicación o atienden a aspectos necesitados de nuevas previsiones. También, dotando al conjunto de un marco de normas generales en el que las concretas instituciones encuentren su acomodo natural y armónico, contribuyendo así a

que el Derecho Civil de Aragón aparezca a los ojos de todos como el Derecho Civil común y general en Aragón”.

El Preámbulo de la Ley de régimen económico, pone de relieve también el sentido del nuevo texto legal en la labor de desarrollo del Derecho civil de Aragón:

“Esta Ley de Derecho civil, que desarrolla y pone al día la regulación de las relaciones patrimoniales en la familia, incluida la institución de la viudedad, constituye un segundo paso, de gran importancia por su extensión y contenido, para la renovación del cuerpo legal del Derecho civil de Aragón... En adelante, los títulos IV, V y VI del Libro Primero de la Compilación del Derecho civil de Aragón quedarán derogados y sustituidos por las normas que ahora se aprueban. No se produce con ello una ruptura sustancial con el pasado, que sería impensable tratándose de las normas que configuran el consorcio conyugal, la libertad para pactar sobre el régimen económico del matrimonio o el derecho de viudedad. La mayor parte de las normas compiladas, basadas en la experiencia histórica de siglos, quedan incorporadas a la presente Ley, que proporciona a las mismas un marco general que sirve de contexto sistemático y hace más fácil su interpretación, evitando las dudas sobre la pertinencia de acudir al Código civil para darles respuesta.

...

La Ley no es una reforma de la Compilación, sino una nueva formulación legal de las normas que han de regir las relaciones patrimoniales familiares. Su contenido, como se ha dicho, coincide en gran medida con el de las normas derogadas, en ocasiones aprovechando su mismo texto, pero ha sido pensado de nuevo en su totalidad, contrastándolo con los principios constitucionales, las aspiraciones reconocibles de los aragoneses y aragonesas, las enseñanzas de su aplicación por los jueces, la experiencia de los profesionales del Derecho y las sugerencias de la doctrina especializada. En consecuencia, las adiciones, modificaciones y aun supresiones son numerosas”.

De forma parecida, en la Ley de Derecho de la persona, señala el legislador en su Preámbulo:

“En el Derecho aragonés histórico tuvo especial importancia la regulación de la capacidad de las personas en razón de la edad, como consecuencia de que en Aragón no tuvo entrada la patria potestad romana. De «consuetudine Regni non habemus patriam potestatem» es aforismo recogido en las Observancias que no solo expresa unas relaciones entre padres e hijos menores dirigidas al bienestar de los hijos, sino que, caso raro en Europa hasta la edad contemporánea, no conoce otras limitaciones a la capacidad de los sujetos que las necesarias para su protección por su minoría de edad o las graves dificultades para gobernarse por sí mismos.

Al no haber patria potestad, todos los aragoneses y aragonesas alcanzaban la plena capacidad de obrar al cumplir determinada edad, fijada en los Fueros más antiguos en los catorce años, y que se mantuvo así con el complemento de una

protección a su inexperiencia hasta cumplir los veinte: edad que seguía contrastando con la de los veinticinco, que, procedente del Derecho romano, era la más habitual en la Península Ibérica y en Europa.

También, por no reconocerse la patria potestad, pudo admitirse que la madre mantuviera unas relaciones jurídicas con sus hijos idénticas a las del padre; así como que la madre, en los mismos casos que el padre, pudiera ser tutora de sus hijos al quedar viuda.

El sistema histórico, en definitiva, se adelantó en siglos a lo que hoy puede leerse en los Códigos de nuestro entorno. El legislador actual se encuentra con aquella realidad histórica y su plasmación en la Compilación de 1967, a la vez que declaraciones internacionales y españolas establecen parámetros muy exigentes en el tratamiento de los derechos de las personas menores de edad o incapaces de obrar. No hay contradicción entre nuestro Derecho histórico y las concepciones del siglo XXI, sino que el desarrollo del Derecho aragonés enlaza con toda naturalidad con las más altas exigencias e ideales de la regulación del Derecho de la persona.

La presente Ley, por tanto, tiene como objeto el desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces hasta ahora contenidas en la Compilación, y, como criterio, los principios más exigentes en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de la personalidad, sin olvidar el Derecho histórico en lo mucho que tiene de actual y enriquecedor".

## Relaciones del Derecho aragonés con el Código civil

La Ponencia general elaborada en el año 1996 por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil da cuenta de la postura aragonesa por lo que se refiere a las relaciones del Derecho civil de Aragón con el Código civil:

"El Código civil ya no es expresión de un Derecho común de cuyo sistema el aragonés (como los demás civiles autonómicos) forme parte. El Código civil contiene normas de procedencia estatal que, salvo en las materias (como matrimonio y divorcio, por poner un ejemplo relevante) que son competencia exclusiva del Estado, tienen la función de Derecho supletorio respecto de las emanadas del legislador aragonés. Es, por tanto, la norma aragonesa autonómica la que determina directa o indirectamente, ampliando, restringiendo o condicionando, la aplicación de los preceptos del Código en las materias regidas por el Derecho civil aragonés. De hecho, esto lo hace ya así la Compilación vigente, que, además, desde 1985, ha incorporado al Ordenamiento jurídico aragonés buen número de enunciados normativos del Código civil, por el procedimiento de declarar estáticas las remisiones que al mismo se hacen desde la Compilación (Disposición final de la Ley 3/1985, de 21 de mayo).

Pues bien, el futuro Cuerpo legal ha de contener todos los preceptos que, encontrándose hoy su texto en el Código civil, son ya Derecho aragonés en virtud de las remisiones hechas por la ley aragonesa, además de todos aquellos que, coincidan o no con los que el Código dicta para su ámbito de aplicación, sean necesarios o convenientes para la completa regulación de las instituciones civiles comprendidas en la Ley aragonesa. En realidad, una legislación autonómica basada en las remisiones a normas de otro legislador o apoyada sustancialmente en la función supletoria del Derecho estatal —como es el caso de la Compilación vigente— sólo es comprensible (superado el contexto unitario y unificador del Derecho civil en que las Compilaciones nacieron como excepciones transitorias) durante un corto periodo de tiempo, mientras el legislador autonómico prepara leyes propias que comprendan todas las normas que éste quiera tener en vigor en el ámbito de sus competencias.

En las materias en que un legislador es competente, debe tender a regularlas en su integridad, sin remisiones a ordenamientos extraños, de tal manera que el destinatario de la norma pueda leerla en una sola publicación oficial. Cabe exigir del legislador que conciba por sí mismo y calcule por propio conocimiento y bajo su exclusiva responsabilidad el contenido y alcance de las normas que dicta para los ciudadanos a que representa. De otro modo padece el principio de publicidad de las normas y el de seguridad jurídica.

Tendencialmente completo, en el sentido apuntado, ha de ser el futuro Cuerpo legal, con la consecuencia de que, para aplicar el Derecho civil aragonés, habrá de bastar en la mayor parte de los casos con la consulta y alegación de las normas en él contenidas. La facilidad que ello supone creemos que habrá de ser bien acogida por los profesionales del Derecho, a la vez que contribuirá sustancialmente a una mayor seguridad jurídica, al resultar indudable qué norma ha de aplicarse y con qué tenor. Naturalmente, el Código civil seguirá siendo aplicable en Aragón en todas aquellas materias que corresponden a la competencia exclusiva del Estado y también, en concepto de supletorio, en aquellas relativas a instituciones que, no estando hoy representadas en la Compilación, tampoco parezca oportuno por el momento regular mediante ley aragonesa.

No se trata, por tanto, de sustituir el Código civil español por otro aragonés —lo que, constitucionalmente, sólo sería posible de manera limitada—, ni de apartarnos del contenido del mismo por un prurito de diferenciación. El Código no ha sido nunca considerado en Aragón como un cuerpo extraño, impuesto o contrario a nuestras concepciones jurídicas. La finalidad no es arrumbarlo o expulsarlo de la vida jurídica aragonesa, sino conseguir, en la forma dicha, que las normas legales de Derecho civil aragonés se encuentren exclusivamente en la Ley aragonesa”.

De manera fiel a este planteamiento, explica el Preámbulo de la Ley de sucesiones que: “El Código Civil seguirá siendo supletorio en materia de sucesiones por causa de muerte, pues la Ley no trata de excluir su aplicación entre nosotros. En realidad, los juristas aragoneses se sintieron en el siglo XIX coautores del Código Civil y ni entonces ni ahora

mostraron rechazo al mismo o suscitó éste su repulsa. Por ello, es grande el espacio que esta Ley deja a las normas del Código Civil, en concepto de Derecho supletorio de acuerdo con el artículo 1. de la Compilación. Ahora bien, la Ley procura evitar, mediante la inclusión de normas específicas, la injerencia de aquellos preceptos del Código que no armonizan con los principios del Derecho aragonés o dificultan la aplicación o desarrollo de sus instituciones propias". En sentido parecido, la ley de régimen económico y viudedad, advierte que: "El Código civil, como Derecho general del Estado, sigue siendo supletorio del Derecho civil de Aragón, pero la Ley tiene buen cuidado de incluir normas propias en todos los casos en que el hipotético recurso al Código era más claramente perturbador, así como de construir un sistema cuyos principios sean siempre preferentes a los enunciados del Código, de acuerdo con el artículo 1 de la Compilación".

## Casación foral

Además de las leyes de Derecho civil, las Cortes de Aragón han querido regular expresamente la casación foral. Siguiendo el camino de la Ley 11/1993, de 15 de julio, del Parlamento de Galicia, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia, la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, establece en su artículo 2 que: *"Serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales: 1. Cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo. 2. En los demás casos, cuando la resolución del recurso presente interés casacional. El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía"*.

De esta forma, se pretende ampliar los supuestos en que cabe el recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, disminuyendo la exigencia de cuantía y aumentando las posibilidades de casación por interés casacional.

La Ley gallega fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, que falló en Sentencia de 29 de marzo de 2004, del Pleno, parcialmente estimatoria del recurso, pero que mantuvo la competencia del Parlamento de Galicia para promulgar una ley de acceso a la casación en materia de su Derecho civil propio.

Con todo, los datos estadísticos muestran un escaso número de recursos de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. En el Informe Anual del Justicia de Aragón del año 2008 se da cuenta, como en los años anteriores, del estado de observancia, aplicación e interpretación del Derecho civil aragonés. En el año 2007 el Tribunal Superior dictó diez sentencias de Derecho civil aragonés; la Audiencia Provincial de Huesca, veinticinco, la de Zaragoza quince, y la de Teruel, ocho.

## Final

La promulgación de las Leyes de sucesiones, régimen económico y Derecho de la persona ha derogado la mayor parte del articulado de la Compilación del Derecho civil de Aragón, de la que sólo quedan en vigor en la actualidad el Título Preliminar ("Las

normas en el Derecho civil de Aragón", redactado en 1999) y los Libros III (*Derecho de bienes*: artículos 143 a 148) y IV (*Derecho de obligaciones*: artículos 149 a 153).

Se trata de unos libros muy breves en los que se aborda la regulación de las relaciones de vecindad, las servidumbres, el derecho de abolorio o de la saca y los contratos de ganadería.

La Comisión Aragonesa de Derecho civil está trabajando en la elaboración de un anteproyecto de *Ley de Derecho patrimonial*, con el objetivo de actualizar el Derecho civil aragonés en las materias de los Derechos de bienes y obligaciones. De esta forma, concluirá la tarea legislativa diseñada en el año 1996 en la Ponencia general elaborada por la Comisión. Es previsible que, una vez promulgada la Ley de Derecho patrimonial, todas las leyes aragonesas se refundan un solo Cuerpo legal. Este *Código del Derecho civil de Aragón* derogaría formalmente la Compilación y recogería todo el Derecho civil foral de Aragón.









# Las novedades en el Derecho civil de Galicia

Texto de:  
Domingo Bello Janeiro

El 6 de Junio de 2006 se aprobó en el Parlamento de Galicia la vigente Ley de Derecho Civil de Galicia, publicada en el DOG el 29 de junio y en vigor desde el 19 de julio del mismo año 2006, que supone una gran reforma de la anterior regulación del derecho civil gallego recogida en la Ley 4/1995, que tenía 170 artículos, siendo la actual una más amplia Ley con 308 artículos, 4 disposiciones adicionales (alguna de gran relevancia como la que equipara al matrimonio las relaciones maritales, que ya ha sido modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio y está pendiente de que se apruebe una Ley de parejas de hecho en Galicia), 3 transitorias, 1 derogatoria y otra Disposición final.

Sus novedades más importantes son, por lo que a nosotros nos interesa ahora, la protección de los menores en situaciones de desamparo y de la regulación de la adopción, cuya inconstitucionalidad ha instado el Gobierno Central, la regulación de la autotutela en previsión de una situación de incapacidad futura, pero llegando ya tarde, después de la regulación estatal, y también cuestionada ante el Tribunal Constitucional, por carecer de antecedentes en el derecho civil gallego y no guardar conexión alguna con instituciones propias de tal legislación civil, incidiendo, además, en el ámbito de la legislación procesal sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado<sup>1</sup>. Y el reconocimiento de los mismos derechos de los cónyuges a las parejas de hecho y los matrimonios entre personas del mismo sexo, vulnerando la Constitución.

Una apresurada lectura de la Ley vigente revela su origen de síntesis de dos concepciones muy diversas y la constante tensión entre la necesidad de desarrollar un Derecho Civil nítidamente autonomista y de futuro, con la inclusión del conjunto de las nuevas figuras e instituciones que demanda la realidad social y jurídica actual de Galicia (con la regulación de los arrendamientos rústicos, servidumbres, vitalicio, autotutela y régimen específico sucesorio, con la reducción de la legítima) o, por el contrario, conservar figuras jurídicas del derecho histórico gallego de carácter consuetudinario y mitológico (con instituciones como *a veciña*, *muiños de herdeiros*, *agros o vilares*, *cómARO* o la propia compañía familiar gallega), que eran las instituciones tradicionales contenidas en la vieja Compilación de 1963, que era una norma estatal, desfasada y apendicular.

Se compilan en tal año figuras con gran tradición en Galicia, como la Compañía familiar o el Petruciazgo, que tenían como finalidad principal mantener la unidad de la casa. Tan sólo estas dos figuras, la compañía familiar gallega, que se constituye entre "labradores ligados con vínculo de parentesco" para vivir juntos y explotar en común tierras o "lugar acasado", pertenecientes a todos o algunos de los reunidos y el derecho de labrar y poseer, que era su necesario complemento en cuya virtud el ascendiente que quisiera conservar indivisos un lugar o explotación agrícola, podía adjudicárselo íntegro a uno de los herederos ("el petrucio") para que continuase en la jefatura familiar, parecían constituir la esencia de las especialidades civiles de Galicia.

En concreto, el entonces legislador estatal de 1963, compiló una serie de instituciones que, desde luego, eran propias de nuestra comunidad pero que no suponían ninguna quiebra en los principios consagrados en el Código Civil y que, en cualquier caso, ya en el momento mismo de su aprobación, eran escasamente utilizadas en la práctica diaria, lo que, todavía, resulta más notorio y acusado en el momento actual.

Quedaban, no obstante, fuera instituciones de uso constante en la práctica jurídica gallega, como el usufructo vidual universal, el testamento mancomunado, el abono en metálico de las legítimas, el apartamiento o el contrato de vitalicio, todo lo cual conllevó como corolario el acusado carácter consuetudinario del Derecho gallego y el escaso recurso al texto Compilado que no se correspondía con la realidad vivida que, por lo demás, no encajaba con el sistema general consagrado en el Código Civil.

Efectivamente, Galicia ha asumido estatutariamente competencias en la determinación de su propio sistema de fuentes del Derecho, lo cual permite la constitución de un Derecho Civil gallego común de vigencia preferente como ordenamiento jurídico cerrado y completo, con la consiguiente posibilidad de autointegración que impide la aplicación supletoria del Derecho Estatal contenido en el Código Civil a tenor de lo dispuesto en el artículo 149/3 de la Constitución, siendo este extremo, en concreto, el valor y orden jerárquico de la costumbre como fuente normativa uno de los puntos centrales de mayor discrepancia en Galicia que ahora se ha zanjado con esta Ley.

La característica mas importante de esta nueva Ley del 2006 es sin duda el consenso. Fue presentada mediante una ponencia conjunta de los tres partidos políticos con mayor representación en la Comunidad Autónoma (Grupo Popular de Galicia, Socialistas de Galicia y el Bloque Nacionalista Galego). Se prevé su entrada en vigor a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de Galicia, plazo que parece excesivamente corto en relación con la *vacatio legis* de la Ley 4/1995 que había aplazado su entrada en vigor en 3 meses, estando en vigor desde el 19 de julio al haberse publicado en el DOG de 29 de junio.

Al margen de la cuestión de las fuentes, que yo no voy a desarrollar ahora, tanto en la Ley de 1995 como en ésta de 2006 se conservan esas instituciones de 1963, salvo la del foro, ya derogada en 1987, complementándose con diversas novedades surgidas de la costumbre o del nuevo marco de la vida social y jurídica gallega, todo ello pretendiendo sustentarse en la conexión con las instituciones tradicionales admitida en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Se evidencia con ambos aspectos la tensión existente en nuestra Comunidad Autónoma entre la necesidad de conservar figuras jurídicas del derecho histórico gallego de carácter mitológico y legendario y la inclusión, no menos necesaria, desde luego, del conjunto de las nuevas figuras que demanda la realidad social y jurídica actual de Galicia, que si bien parten de una primera raigambre consuetudinaria, tienen, empero, su valor fundamental en la práctica notarial.

En efecto, en la presente Ley todavía existen numerosas instituciones que tienen un indudable carácter antropológico pero que el legislador gallego ha querido conservar en esta nueva Ley en un afán de contemplar e incluir todas las posibilidades que se puedan producir en la realidad gallega, aun cuando no sean muy frecuentes.

Así, se regula la aparcería, de escasa utilización ante la mayor preponderancia de los arrendamientos rústicos, en que prácticamente queda subsumida aquélla. Se hace alusión también al *agro, agra* o *vilar*, en referencia a los prácticamente inexistentes, ante el nuevo fenómeno de la concentración parcelaria, muros, cercados o cierres que se declara de pertenencia en comunidad de los propietarios de las parcelas sitas en el mismo y a los típicos *muiños de herdeiros* que eran los molinos de propiedad común indivisible dedicados a moler granos en que se fijan los aprovechamientos por grupos de horas, de los cuales apenas subsiste alguno en el momento actual, y que se pretendió antecedente de la moderna multipropiedad.

Igualmente, por lo que atañe a la regulación de la ya mencionada compañía familiar gallega (sobre la que el notario Luis Moure Mariño había dicho que en todas sus salidas profesionales, incluso en "noites medoñentas", nunca se encontró ni con la Compañía Familiar Gallega ni con la Santa Compañía), la "Casa" y la "veciña", que no parece que se corresponda con una institución realmente vigente en el ámbito jurídico y social de la Galicia actual pues, "a veciña" no es la de la puerta de al lado, sino que se trata de la reunión de petrucios (herederos) de una parroquia para administrar los bienes en mano común, salvo los Montes Vecinales en Mano Común, que tienen una regulación propia. Justamente, es precisa una modernización y simplificación normativa en la Ley de Montes vecinales en mano común de 1989, que permita insertar esta auténtica singularidad del Derecho Civil Gallego, en el tráfico jurídico y económico actual.

Los montes vecinales en mano común, son tierras situadas en la comunidad autónoma de Galicia que pertenezcan a las agrupaciones vecinales, que actúan en calidad de grupos sociales, y que se vengán aprovechando consuetudinariamente en régimen de comunidad sin asignación de cuotas entre sus miembros, como vecinos con casa abierta y con humo. Es posible una comunidad de aquellas aguas que nazcan en los montes vecinales en mano común, sen necesidad de concesión administrativa previa.

Con la nueva regulación de estos montes se pretende que sean más viables económicamente y simplificar la normativa existente hasta este momento. En las disposiciones adicionales se recoge la previsión de realizar por la Consellería competente un deslindamiento de aquellos montes en los que, estando clasificados como montes vecinales en manos común, exista un conflicto para determinar su concreto perímetro y superficie. Actualmente se encuentran regulados en la Ley 13/1989 de 10 de octubre y, precisamente, entre las medidas

de futuro, es necesario dotar a los montes vecinales en mano común (MVMC), regulados en Galicia en 1989, de un ajustado régimen legal que permita su viabilidad económica, lo que requiere de una modernización y simplificación normativa sobre la materia.

Con el fin de lograr una mayor rentabilidad, el legislador gallego habrá de articular, cuanto antes, un régimen normativo perfectamente adaptado a la funcionalidad de estos montes, tan diezmados ahora, respetando su indivisibilidad y alcanzando la consiguiente dinamización de la institución, para lo cual es imprescindible la debida coordinación de la política autonómica con las previsiones de la Unión Europea en el sector forestal, a fin de obtener ayudas presupuestarias que incentiven económicamente a los vecinos para la explotación de tales montes.

Los MVMC constituyen una auténtica singularidad del Derecho civil gallego, al caracterizarse por su titularidad colectiva y su aprovechamiento consuetudinario (requisitos ambos necesarios para su cualificación como tales por el Jurado de MVMC), y lo cierto es que esta institución jurídica, típicamente gallega, se encuentra en una encrucijada, puesto que, aún reconociéndose su naturaleza jurídica como una de las escasas manifestaciones de comunidad germánica que queda en nuestra tierra con los caracteres de inalienabilidad, indivisibilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sin embargo tal caracterización frena, en parte, su utilización.

Se hace necesaria una nueva regulación que tenga presente su distinta tipología, que permita su viabilidad económica, en la que se delimite el concepto de titular (vecino comunero), se profesionalice su gestión, y que, en resumen, permita la funcionalidad de esta institución en el tráfico jurídico y en la realidad económica actual, todo ello sin desnaturalizar su contenido primigenio.

Los MVMC, muy menoscabados en los incendios del mes de agosto de 2006, son una institución que puede ser, en estos momentos, foco y polo de desarrollo económico en nuestra Comunidad Autónoma, e, incluso, servir de elemento vertebrador de la articulación territorial de Galicia al propiciar la repoblación de zonas cuya demografía –también– ha descendido alarmantemente, para todo lo cual se deben aunar y coordinar esfuerzos, dentro del nuevo marco legal.

Ahora bien, frente a este arraigo en el pasado histórico, no cabe duda de que el mismo legislador también se propuso superar las carencias legislativas que nuestro Derecho propio ha venido sufriendo en instituciones que ciertamente han afectado de manera directa a la realidad social de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Así, en casos de ausencia, frente al rigor del Código Civil, que requiere el nombramiento por el juez de un defensor, se permite la representación del ausente, hasta su declaración judicial, y para los actos y negocios de administración que no admitan demora, a cargo del cónyuge no separado legalmente o de hecho, los descendientes y ascendientes.

Con el retracto de graciosa, se permite que cualquier profesional de la agricultura pueda recuperar, en un plazo de 30 días, y por el mismo precio de adjudicación y gastos de último abono, la explotación agraria que le fuera embargada y sometida a subasta pública, lo que trata de evitar la realidad diaria de embargos y adjudicación de fincas por una cantidad muy inferior a su valor real.

Se contiene también la regulación de la servidumbre de paso, que pone fin a la enorme litigiosidad suscitada por la falta de títulos de constitución, posibilitando la adquisición por la usucapión de 20 años.

Por lo que se refiere a los arrendamientos rústicos, la legislación es flexible y adaptada a las peculiaridades de Galicia y a la estructura minifundista de las tierras pues se parte del más pleno respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la renta, y también respecto de la duración, en que no se contempla la posibilidad de la existencia de prórrogas legales.

Se introduce también en 1995, como novedad, que ahora se mantiene con mayor desarrollo, el vitalicio, mediante el cual una persona se obliga con otra a prestarle alimentos, cuidados y atención teniendo como contraprestación la cesión de todos o parte de los bienes del alimentista, lo que trata de solucionar los problemas derivados de la proliferación de situaciones de desamparo y soledad derivadas del progresivo envejecimiento de la población.

Asimismo, en Galicia se regula ahora la autotutela, que permite que una persona, en previsión de una futura incapacitación, pueda designar un tutor, lo cual resulta esencial en los casos de enfermedades degenerativas, como el Alzheimer, que ya tiene normativa estatal, y ello aunque el Tribunal Constitucional ha dicho que reiterar preceptos del ordenamiento jurídico del Estado no es buena técnica legislativa, y por eso declaró inconstitucional diversos preceptos del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario.

## De la Situación de Ausencia no declarada

Se encuentra en situación de ausencia declarada la persona cuyo paradero se ignora o aquella que no se puede localizar de modo transitorio. Esta situación se regula en el Título IV de la Ley de Derecho Civil de Galicia. En los supuestos en que la situación de ausencia efectiva del domicilio habitual sea notoria, es posible acreditar dicha situación mediante acta de notoriedad tramitada por notario hábil, en la que se hará constar la persona a la que corresponde la representación y la defensa de los intereses del ausente. La representación, excepto previsión expresa del ausente, le corresponde primero al cónyuge no separado legalmente o de hecho, en segundo lugar a los descendientes mayores de edad y con preferencia al mayor de ellos, y por último a los ascendientes y con preferencia el de menor edad. A esta representación se le aplican las normas de mandato, y el representante tendrá derecho a percibir una retribución mínima del 25% de los frutos netos que generen los bienes que administre.

En concreto la regulación vigente comienza con la declaración contenida en el Artículo 46, que dice que se encuentra en situación de ausencia no declarada la persona cuyo paradero se ignora o aquella que no puede localizarse de modo transitorio, señalándose en el artículo 47, como hemos adelantado, que la situación de ausencia efectiva del domicilio habitual podrá acreditarse mediante acta de notoriedad tramitada por notario

hàbil, en la cual se hará constar la persona a la que corresponde la representación y defensa de los intereses del ausente.

Por su parte, el artículo 48, dice que en la situación de ausencia no declarada, salvo previsión expresa del ausente, corresponde al cónyuge no separado legalmente o de hecho, a los descendientes mayores de edad y a los ascendientes, por este orden, la representación del ausente de hecho en todos los actos y negocios jurídicos de administración ordinaria que no puedan demorarse, la obligación de velar por los intereses de este, así como instar el acta a que se refiere el artículo anterior. De entre los descendientes, la preferencia corresponde al de mayor edad. Entre los ascendientes al más joven, concluyendo que, en cualquier caso, quedarán a salvo las facultades de representación que fueran conferidas por el ausente de hecho.

Por último el Artículo 49 dispone que el representante obligará al ausente de hecho en todos los actos y negocios realizados con arreglo al artículo anterior, siéndoles de aplicación, en cuanto a derechos y obligaciones, las reglas del mandato, sin otras excepciones que las contempladas en estos preceptos, para concluir la regulación con el artículo 50, en cuya virtud el representante del ausente percibirá, en concepto de retribución mínima, un veinticinco por ciento de los frutos netos que generen los bienes que administre.

## La autotutela

### 1. Introducción.

El envejecimiento de la población y la incidencia de determinadas enfermedades degenerativas en la situación personal de las personas es una realidad que se debe tener en cuenta, y así, en previsión y con carácter innovador se regula en el Título III la figura de la Autotutela. Enfermedades como el Alzheimer son frecuentes en personas mayores, que en un estado avanzado las imposibilita para tomar las decisiones más cotidianas.

En previsión de una eventual incapacidad, cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública a la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor. También podrá nombrar subsustitutos e incluso elaborar una "lista negra" con las personas o parientes que quiera excluir del cargo. Esta facultad es susceptible de delegación en el cónyuge, o en otra persona previamente identificada.

Se puede fijar la retribución del futuro tutor, las reglas y contenido de la tutela, proponer medidas de vigilancia o control, o determinar las reglas para la administración de sus bienes. Lo acordado en la escritura pública que regule la autotutela vinculará al Juez en la constitución de la tutela, excepto que el beneficiario del incapacitado exija otra cosa mediante una decisión motivada.

En todo caso, en la actualidad estamos asistiendo a una transformación del modelo familiar tradicional, con la consiguiente disminución de su función de servir de apoyo y de sustento de sus miembros mayores y de los discapacitados. Tradicionalmente, en el área mediterránea, la familia se constituía en una unidad de miembros que se auto-

protegían de diferentes modos. Los hombres se encargaban de procurar el sustento o la riqueza necesarias para el desarrollo material de esta unidad y la mujer poseía más bien un papel de protección anímica y física de los miembros de la familia.

En especial, y en lo que nos incumbe en nuestro caso, un papel de protección al anciano<sup>2</sup> en el seno familiar. En la actualidad, la evolución de la sociedad ha transformado estos papeles. Cada vez más la mujer posee una actividad social y profesional similar a la del hombre. Al mismo tiempo, con la evolución de las comunicaciones y la globalización, cada vez es más frecuente el hecho de que los hijos vivan en ciudades o países diferentes a las de los padres, con lo que están lejos de ellos cuando se hacen mayores. En consecuencia, la familia carece del tiempo necesario para dedicarlo a la atención de las personas mayores que forman parte de ella.

El progresivo deterioro físico y psíquico puede llevar a situaciones de abandono e interrupción de la participación social con el transcurso de los años a situaciones de dependencia difíciles de atender en las circunstancias de las sociedades actuales. Esta situación se complica más en los casos de demencia o Alzheimer<sup>3</sup> en los que se hace necesario un mayor nivel de protección jurídica e institucional. Todo ello exige que el ordenamiento jurídico preste una especial atención a los mayores.

En definitiva, el anciano, hoy y en nuestro ámbito, se halla más desprotegido que nunca, ya que el papel de la familia está cambiando y no se están creando instituciones que procuren su protección al ritmo que sería deseable dada la creciente longevidad de la población.

Asimismo se han hecho necesarias políticas de las Instituciones Públicas asistenciales de las personas mayores ante el fenómeno de la longevidad. El número de personas de más de sesenta y cinco años de edad ha aumentado considerablemente en los países desarrollados. Este progresivo envejecimiento de la población plantea retos y dificultades.

Todo ello es producto del cambio social que se ha operado en nuestra sociedad desarrollada (envejecimiento de la población, crisis de la familia patriarcal ampliada, etc...). Nos encontramos así con más personas mayores que atender y a su vez, con menos familias para atenderles. De ahí la necesidad de la actuación subsidiaria de las políticas públicas asistenciales.

Lo mismo podríamos decir de los discapacitados, en el mundo de la minusvalía psíquica hay una circunstancia que determina buena parte de las soluciones de los problemas que de él derivan: la angustia que padecen padres y parientes de las personas afectadas cuando piensan en el futuro de éstos cuando ellos falten.

También es preciso contemplar aquellos supuestos de personas con retraso mental que carecen de familia o cuando ésta rechaza su protección, pues hay que arbitrar medios legales eficaces para su cuidado y atención más allá de una posible tutela ejercida por organismos públicos imposibilitados de hacer un seguimiento personalizado y familiar de la tutela.

Muchas personas discapacitadas necesitarán siempre de alguien que se responsabilice y defienda sus derechos, les ayude a superar las dificultades que se irán encontrando en la vida y evite que sean engañados o perjudicados procurando en la medida de lo posible, su integración en la sociedad.

Así, desde planteamientos objetivos y no demagógicos o ideológicos, se desarrollan medidas de política familiar de toda índole, encaminadas a esta finalidad asistencial de las personas mayores y a los discapacitados. De nuevo llegamos a entender, desde esta óptica, la tremenda función social que ha cumplido y cumple la familia, como sujeto social básica apta y activa para establecer entre las personas un esquema humanizado de solidaridad, afecto, apoyo y estabilidad, cumpliendo de este modo con su cometido de articular las funciones de socialización y cohesión intergeneracional.

Dentro de esta dinámica en la que se sitúa la vigente Ley gallega había surgido la Ley 41/2003, de 18 de noviembre; Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la Normativa Tributaria con esta finalidad y más concretamente la figura de la Autotutela que aparece por primera vez en nuestro derecho patrio, razón por la cual la normativa gallega se encuentra en estos momentos recurrida ante el Tribunal Constitucional.

En Galicia, en concreto, en su Artículo 42 se señala que en previsión de una eventual incapacidad, cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor. Del mismo modo, podrá nombrar substitutos de los designados para ejercer la tutela y excluir a determinadas personas para el cargo, añadiéndose en el artículo 43 que la persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en escritura pública.

Por su parte, en el artículo 44 se añade que asimismo el interesado podrá fijar la retribución del futuro tutor y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona, así como proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, así como reglas para la administración de sus bienes, concluyendo la regulación con la contenida en el artículo 45, en cuya virtud las disposiciones a que se refieren los artículos anteriores vincularán al juez al constituir la tutela, salvo que el beneficiario del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

## Protección de Menores

**E**n el Título I se regula como novedad la protección de los menores, que hasta ahora solo en encontraba en el Código Civil. La Xunta de Galicia ejercerá la protección de los menores que residan o se encuentren en Galicia, para garantizar sus derechos y protegerlos de las situaciones de desamparo o de riesgo que puedan sufrir, enumerando los principios que han de regir tal actividad protectora. Se define el desamparo como aquella situación que se produce por el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores cuando estos estén privados de la necesaria asistencia. Un desamparo muy semejante al que recoge el artículo 172 del Código Civil, que atribuye a las entidades públicas la protección de los menores que se encuentren en esta situación. Esta situación de desamparo se debe determinar

mediante un procedimiento administrativo que se regula en su articulado y que terminara mediante resolución motivada que implicara la asunción de la tutela por la Xunta y la suspensión de la patria potestad o tutela de quienes la viniesen ejerciendo. Es posible su oposición ante los tribunales civiles que se tramitara conforme lo dispuesto en los artículos 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo necesario la reclamación administrativa previa. La guarda administrativa se decretará en tres situaciones:

- Cuando se declare el desamparo, como una función inherente a la tutela administrativa asumida por la entidad pública.
- Cuando así lo soliciten los titulares de los deberes de protección para que lo asuma de manera provisional la entidad pública.
- Cuando lo acuerde el Juez en los casos que legalmente proceda.

La protección de los menores se realizará mediante el acogimiento, que puede ser familiar o residencial, en cualquiera de los dos casos es necesario el consentimiento de la entidad pública competente y que conste por escrito, remitiéndoselo al Ministerio Fiscal. El acogimiento familiar, que produce la plena participación del menor en la vida de la familia, puede ser simple, permanente o preadoptivo. El acogimiento residencial es subsidiario respecto del familiar y de las demás medidas de protección del menor. También se protege a los menores que se encuentren en situaciones de riesgo mediante la actuación de los poderes públicos previniendo o reparando estas situaciones en el caso de que ya se hayan producido.

En la regulación actual, se comienza por el título I de la protección de menores, cuyo capítulo I. contiene una disposición general, comenzando por el artículo 5, en cuya virtud se señala que, a fin de garantizar los derechos de las personas menores y de subsanar las situaciones de desamparo o riesgo en que pudieran encontrarse, la Xunta de Galicia ejercerá a través del organismo competente la protección de las personas menores que residan o se encuentren en Galicia.

A continuación, en el artículo 6, se dice que serán principios rectores, a efectos de decidir la medida de protección adecuada para los menores de acuerdo con el principio de proporcionalidad de la intervención pública protectora, los siguientes:

1. El principio de supremacía del interés del menor.
2. El principio de mantenimiento del menor en el núcleo o medio familiar o entorno de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.
3. El principio de integración familiar del menor en una nueva familia por medio de la adopción.
4. El principio de integración social del menor en un ambiente familiar por medio del acogimiento.
5. El principio de la más pronta definición de la situación del menor.

Después, el CAPÍTULO II. DEL DESAMPARO Y LA TUTELA ADMINISTRATIVA, comienza con una SECCIÓN I. DISPOSICIÓN GENERAL, conteniendo el artículo 7, que dice que correspon-

de a la entidad pública competente la tutela de las personas menores que se encuentren en situación de desamparo. Se considera desamparo la situación que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia.

En la SECCIÓN II. DE LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO, el artículo 8, tiene los siguientes cuatro apartados:

- 1.** La situación de desamparo habrá de apreciarse en un procedimiento administrativo en el cual se dará audiencia a los titulares de los deberes de protección referidos en el artículo anterior y habrá de declararse mediante una resolución motivada que implicará la consiguiente asunción de la tutela.
- 2.** Dicha resolución administrativa habrá de ponerse en conocimiento del ministerio fiscal y habrá de ser notificada a los titulares de deberes de protección escuchados en el procedimiento de apreciación y declaración del desamparo en un plazo de cuarenta y ocho horas.
- 3.** Dichos titulares de deberes de protección serán informados en el momento de la notificación de las causas que dieron lugar a la intervención de la administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada. La información habrá de hacerse de forma presencial, de manera clara y comprensible.
- 4.** Para formular oposición ante los tribunales civiles a las resoluciones en materia de protección de menores no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa. La oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores se regirá por lo dispuesto en el artículo 780 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil.

En el siguiente Artículo 9, se dispone que:

- 1.** La declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela por la entidad pública conllevan la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria a que estuviera sometida la persona menor.
- 2.** No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación de la persona menor y sean beneficiosos para ella.

Por su parte la SECCIÓN III. DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN, comienza con el artículo 10, con los dos siguientes apartados:

- 1.** La actuación de la entidad pública respecto a la persona menor declarada en desamparo consistirá en promover alguna de las medidas siguientes:
  - 1.** La reinserción del menor en el propio núcleo familiar en que se hubiera producido el desamparo, cuando ello sea posible y el interés del menor lo aconseje.
  - 2.** La constitución de la tutela ordinaria, en los casos en que sea conveniente para el interés del menor.
  - 3.** La adopción, cuando no sea conveniente la reinserción del menor en su familia de origen.

4. La declaración de incapacidad del menor, en caso de que concurra alguna de las causas de incapacitación.
2. Cuando no sea posible la reinserción de la persona menor en su propia familia o se constituya la tutela ordinaria o la adopción, corresponde a la entidad pública la guarda de la persona menor, la cual se ejercitará por medio del acogimiento.

El siguiente CAPÍTULO III. Se refiere a LA GUARDA ADMINISTRATIVA, comenzando por la SECCIÓN I. DISPOSICIÓN GENERAL, cuyo primer artículo 11 dice que corresponde a la administración la guarda de las personas menores:

1. Como función inherente a la tutela administrativa asumida por la entidad pública en los casos en que se declare el desamparo.
2. Cuando a solicitud de los titulares de los deberes de protección la entidad pública acceda a asumirla provisionalmente.
3. Si así lo acuerda el juez en los casos en que legalmente proceda.

Seguidamente, la SECCIÓN II. DE LA GUARDA ADMINISTRATIVA ASUMIDA POR SOLICITUD A LA ENTIDAD PÚBLICA, comienza con el artículo 12:

1. En caso de mediar circunstancias graves que les impidan ejercitar sus funciones, los titulares de los deberes de protección podrán solicitar de la entidad pública competente que asuma la guarda del menor durante el tiempo que sea preciso.
2. Si se aceptara la solicitud, la cesión de la guarda a la entidad pública habrá de hacerse por escrito, haciendo constar que los padres, tutores o guardadores fueron informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto al menor, así como de la manera en que la administración ejercerá dicha guarda.
3. En los supuestos de guarda de hecho, la entidad pública procurará además la formalización de la situación de la persona menor promoviendo la medida de protección que corresponda.
4. Cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen, la administración podrá modificar la forma de ejercicio de la guarda. En este caso habrá de comunicarse a los padres, tutores o guardadores, así como al ministerio fiscal, la razón de la modificación y la nueva forma de guarda adoptada.

El siguiente artículo 13 dice lo siguiente:

1. La guarda administrativa asumida por solicitud a la entidad pública cesará por:
  1. Demanda de los titulares de los deberes de protección.
  2. Decisión de la propia entidad pública cuando, en atención al interés del menor, considere que no se justifica la persistencia de la situación de guarda administrativa.
2. En ambos casos, sin perjuicio de que la entidad pública competente pueda promover la medida de protección que estime procedente.

Seguidamente, la SECCIÓN III. DEL EJERCICIO DE LA GUARDA ADMINISTRATIVA: EL ACOGIMIENTO. DISPOSICIONES GENERALES, comienza con el artículo 14, donde se dice que

el cuidado y protección del menor será ejercido por la entidad pública correspondiente mediante el acogimiento del menor, añadiéndose que el acogimiento puede ser familiar o residencial, de suerte que en el primero, el cuidado y protección del menor será ejercitado por la persona o personas del grupo familiar determinadas por la entidad pública, mientras que en el acogimiento residencial la guarda será ejercitada por el director del centro o institución en que sea acogido el menor, para finalizar concluyendo que, tenga o no la administración la tutela o guarda del menor, la constitución del acogimiento requiere siempre el consentimiento de la entidad pública competente.

A continuación, en el artículo 15 se declara que tendrá que evitarse que el ejercicio del cuidado y protección del menor conlleve la separación de los hermanos, procurando que sean acogidos por una misma persona o personas y, en su caso, en un único centro o institución, y que si surgieran problemas graves de convivencia, el propio menor o cualquier persona que tenga conocimiento de la situación podrá solicitar el cese o remoción de la guarda, para concluir diciendo que todas las actuaciones de formalización y cese del acogimiento se practicarán con la obligada reserva.

En cuanto a la SECCIÓN IV se refiere aL ACOGIMIENTO FAMILIAR, comenzando por el artículo 16, en que se dice que el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Seguidamente el mismo artículo puntualiza que salvo que el interés de la persona menor lo desaconseje, se procurará el acogimiento familiar de una persona o de las personas que formen parte de la familia o entorno de origen del menor, evitando su erradicación del propio ámbito familiar y social, declarándose en el artículo 17 que el acogimiento familiar puede asumir las modalidades de acogimiento simple, permanente o preadoptivo. Por su parte, el artículo 18, señala que el acogimiento familiar simple, como modo de ejercicio del cuidado y protección de los menores bajo la guarda administrativa, tiene carácter transitorio, procediéndose a su constitución en los casos en que se contemple como posible la reinserción del menor en su propia familia y como medida provisional hasta que pueda procurarse al menor otra forma de protección más estable.

A su vez, en el artículo 19 se dispone que el acogimiento familiar permanente sólo procederá respecto a menores declarados en desamparo cuando el interés del menor así lo aconseje, añadiéndose que en estos casos, la entidad pública podrá solicitar del juez que se atribuya a quien acoge al menor las facultades que faciliten el desempeño de sus funciones.

En el siguiente artículo 20 se alude al acogimiento familiar preadoptivo, que será formalizado por la entidad pública cuando eleve ante la autoridad judicial la propuesta de adopción de un menor, para lo cual es necesario que el menor se encuentre declarado en situación de desamparo y que los acogedores sean seleccionados, reúnan los requisitos precisos para adoptar y presten ante la entidad pública su consentimiento a la adopción. Por su parte, según se dispone en el segundo apartado de dicho precepto, la entidad pública también podrá formalizar un acogimiento familiar preadoptivo cuando, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, aprecie la necesidad de fijar

un periodo de adaptación del menor declarado en situación de desamparo a la familia de los posibles adoptantes. Este periodo será lo más breve posible, procurándose que no exceda del plazo de un año.

La siguiente SECCIÓN V, se refiere aL ACOGIMIENTO RESIDENCIAL, comenzando por definirlo el artículo 21, que dice que el acogimiento residencial tiene carácter subsidiario respecto al familiar y demás medidas de protección del menor. Sólo podrá recurrirse al acogimiento residencial si no fueran posibles aquellos o, en atención al interés del menor, si se consideraran inadecuados el mantenimiento del menor en su familia, el acogimiento familiar, la constitución de la tutela ordinaria o la adopción.

En la siguiente SECCIÓN VI. DE LA CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO, se dice en el artículo 22, que para la constitución del acogimiento tendrán que prestar su consentimiento la entidad pública; la persona o personas que reciban al menor en acogimiento; el propio menor si tiene cumplidos doce años y los titulares de la patria potestad o tutela, cuando no hayan prestado su consentimiento.

Seguidamente, se añade que si los titulares de la patria potestad o tutela no consienten o se oponen, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el juez conforme a los trámites de la Ley de enjuiciamiento civil. No obstante, la entidad pública podrá acordar, en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, el cual subsistirá hasta que recaiga resolución judicial, para concluir que, en todo caso, el menor de doce años que tenga madurez suficiente deberá ser oído.

En el siguiente artículo 23 se exige que el acogimiento se formalizará por escrito, añadiendo que una vez concluido el expediente, la entidad pública tendrá que remitir al ministerio fiscal el documento de formalización del acogimiento.

Para finalizar este apartado el artículo 24 dice que en los casos en que el acogimiento haya de ser acordado por el juez, la entidad pública, realizadas las diligencias oportunas y concluido el expediente, presentará la propuesta de acogimiento a la autoridad judicial de forma inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días.

La siguiente SECCIÓN VII contempla la regulación dEL CESE DEL ACOGIMIENTO declarando el artículo 25 que el acogimiento cesará por:

1. Decisión judicial.
2. Voluntad de las personas que han acogido al menor, previa comunicación a la entidad pública.
3. Petición de los titulares de los deberes de protección, cuando soliciten tener al menor en su compañía.
4. Decisión de la entidad pública que tiene la tutela o guarda del menor, cuando, oídos los acogedores, lo estime necesario para salvaguardar el interés del menor.

En los dos últimos apartados de este precepto se puntualiza que será precisa resolución judicial de cese de los acogimientos que sean acordados por el juez y que en todos los casos, sin perjuicio de que la entidad pública competente pueda promover la medida de protección que estime procedente.

El CAPÍTULO final, el IV, se refiere a LA SITUACIÓN DE RIESGO Y LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN y consta de un solo artículo 26, con dos apartados, señalándose en el primero que existe situación de riesgo cuando concurren circunstancias que permiten presumir un inminente o próximo desamparo del menor, o cuando resulte conculcado su desarrollo personal o social, tras lo que se añade en el segundo que en tales casos, la actuación de los poderes públicos se orientará a la prevención del desamparo y subsanación de la situación de riesgo que pudiera afectar al menor.

## La Adopción

El Título II se lo dedica a la adopción, con la regulación de la adopción conjunta de los cónyuges, en cuyo caso solo es necesario que uno de ellos tenga los 25 años requeridos para poder ser adoptante. La adopción se constituye por resolución judicial, teniendo siempre en cuenta el interés preferente del adoptando y la idoneidad de los adoptantes. En determinados supuestos es posible constituir una adopción aún tras el fallecimiento del adoptante, siempre que con anterioridad hubiese prestado su consentimiento ante el Juez, con efectos retroactivos al momento en que se presta ese consentimiento. Estos supuestos son cuatro de los cinco en los que no es necesario la propuesta previa de la entidad pública, que son: ser el adoptando huérfano o pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo o hija del consorte de adoptante, llevar más de un año en acogimiento familiar preadoptivo por el adoptante y llevar más de un año bajo la tutela del adoptante.

La regulación concreta comienza con el artículo 27 que dice que adopción requiere que la persona adoptante sea mayor de veinticinco años y que en la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, al menos, catorce años más que el adoptado.

A continuación, en el siguiente precepto se puntualiza que únicamente podrán ser adoptadas las personas menores no emancipadas y que, como excepción, podrá ser adoptado un mayor de edad o un menor emancipado si, inmediatamente antes de la emancipación, existiera entre las personas adoptante y adoptanda una situación de acogimiento familiar o convivencia, iniciada antes de que el adoptando cumpla los catorce años.

A su vez, el artículo 29 considera que no podrán ser adoptados ni los descendientes ni los parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

Finalizando la regulación con el artículo 30 que declara que excepto los casos de adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona, y con el último de los preceptos de este capítulo 1, el artículo 31, en cuya virtud podrá constituirse una nueva adopción en caso de muerte del adoptante o cuando el juez acuerde la exclusión del adoptante de las funciones tuitivas por incurrir en causa de privación de la patria potestad.

El CAPÍTULO II. DE LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN comienza con el artículo 32 en el cual se dispone que la adopción se constituye por resolución judicial y que a estos efectos se tendrá en cuenta siempre el interés preferente del adoptando, así como la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

A continuación en el siguiente precepto se dice que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que los declarara idóneos para el ejercicio de la patria potestad, así como que la declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta de adopción.

En el siguiente artículo, que es el número 34, se señala que no se requiere la propuesta previa de la entidad pública cuando en un adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.
2. Ser hijo o hija del consorte del adoptante.
3. Llevar más de un año acogido legalmente por el adoptante en la modalidad de acogimiento familiar preadoptivo.
4. Llevar más de un año bajo la tutela del adoptante.
5. Ser mayor de edad o menor emancipado.

Pues bien, después de todo ello se concluye que en los cuatro primeros supuestos del apartado anterior podrá constituirse la adopción aunque el adoptante haya fallecido, para lo cual es necesario que el adoptante ya hubiera prestado ante el juez su consentimiento para la adopción. Constituida en tales casos la adopción, los efectos de la resolución judicial se retrotraerán a la fecha en que el adoptante hubiera prestado el consentimiento.

Por su parte, en el artículo 35 se dice que tendrán que consentir la adopción el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años, concluyendo que el consentimiento habrá de prestarse en presencia del juez, tras lo que se añade, en el artículo 36, que habrán de asentir la adopción en la forma establecida en la Ley de enjuiciamiento civil:

1. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o exista separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.
2. Los padres del adoptando que no se encuentre emancipado, salvo que estén privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación.

En cambio, no será necesario el asentimiento cuando los que hayan de prestarlo se encuentren imposibilitados para ello. Dicha imposibilidad tendrá que ser apreciada motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción, tras lo que se añade, en el mismo artículo 36, que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

Después, el artículo 37, dispone que habrán de ser oídos por el juez:

1. Los padres que no fueran privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

En la citación a los padres para el trámite de audiencia se precisará la circunstancia por la cual hayan de ser simplemente oídos. En los casos en que los padres pretendan que se reconozca la necesidad de su asentimiento para la adopción se seguirá el procedimiento contemplado en el artículo 781 de la Ley de enjuiciamiento civil.

2. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.
3. El adoptando menor de doce años, si tuviera juicio suficiente.
4. La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquel.

Seguidamente, en el CAPÍTULO III, se regula LA EFICACIA DE LA ADOPCIÓN, señalándose en el artículo 38, que la filiación adoptiva produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza, tras lo que se puntualiza en el siguiente artículo 39, que, si bien la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, sin embargo, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, según el caso, en los supuestos siguientes:

1. Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge de la persona adoptante, aunque el consorte hubiera fallecido.
2. Cuando sólo uno de los progenitores esté legalmente determinado y el adoptante sea persona de distinto sexo al de dicho progenitor, siempre que el adoptante solicite tal efecto, el adoptado sea mayor de doce años y el padre o la madre tengan un vínculo que deba persistir.
3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales.

Por último, en el artículo 40, se concluye que la adopción es irrevocable y que el juez podrá acordar la extinción de la adopción a petición del padre o la madre que, por causa que no les fuera imputable, no hubieran intervenido en el expediente de adopción según lo prescrito en los preceptos que lo regulan, diciéndose que a estos efectos será necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor, concluyéndose la determinación de la filiación que por naturaleza corresponda al adoptado no afecta a la adopción.

Por último, el artículo 41 concluye que el juez, a petición del ministerio fiscal, el adoptado o su representante legal, acordará que la persona adoptante que incurriera en causa de privación de la patria potestad quede excluida de las funciones tuitivas y de los derechos que por ley le correspondan respecto a la persona adoptada o sus descendientes, o en sus herencias, tras lo cual se añade que después de haber conseguido la plena capacidad, la exclusión sólo podrá pedirla el adoptado, dentro de los dos años siguientes, cerrando el precepto con la conclusión que dejarán de producir efecto las restricciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo 41 por determinación del propio hijo o hija, después de haber alcanzado la plena capacidad.

El Título II, según se ha dicho, se lo dedica la vigente Ley de 2006 a la adopción, siendo en este punto el aspecto más destacado que, al poco de la aprobación de la Ley, se anunció que el Gobierno central estudiaba presentar un recurso ante el Tribunal Constitucional contra los artículos de la Ley de Derecho Civil de Galicia relativos a la adopción de menores, al igual que sucedió, en su día, en Aragón, lo que, efectivamente se llevó a cabo, siendo admitido a trámite por el Tribunal Constitucional también frente a los artículos relativos a la autotutela.<sup>4</sup> Y se podría plantear respecto de la equiparación del matrimonio y las parejas de hecho.

En la Constitución, la legislación civil, como hemos visto, es competencia exclusiva del Estado y sólo la preexistencia de un Derecho civil foral en determinadas Comunidades Autónomas, no en todas, permite la conservación, modificación y desarrollo de su derecho propio que, "en todo caso", nunca podrá alcanzar a las materias reservadas al Estado, entre las que figuran las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio y la ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Sin embargo, la realidad ha seguido distinto camino en beneficio de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, siendo propiciada, en buena medida, la desahogada actividad legislativa autonómica –aunque no sea razón justificativa suficiente– por la pasividad estatal en materias del Derecho Civil demandadas por la sociedad, en el ámbito sucesorio, de viudedad o de las parejas de hecho.

Todas las Comunidades Autónomas, y no sólo las forales, han asumido competencias en materia de Derecho Civil y no se han limitado a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho, sino a legislar, bajo principios propios, y distintos a los del Código Civil, sobre las instituciones que les ha parecido más oportuno, tuvieran o no antecedentes en su legislación, que pudieran desarrollar, e incluso forzando las materias atribuidas "en todo caso" al Estado.

Todas han ido ampliando su Derecho Civil más allá de la permisión del texto Constitucional, hasta el punto de que algunas de ellas, sobre todo Cataluña, han regulado la mayor parte del Derecho Civil, de suerte que, por la mecánica del recurso de inconstitucionalidad, a consecuencia de la pasividad –generalmente por motivos políticos– de los legitimados activamente para interponerlo, leyes autonómicas que vulneran, claramente, el contenido de la Constitución conservan, empero, su constitucionalidad<sup>5</sup>.

Sería bueno que se pronunciase ahora el TC sobre la atribución competencial en materia de derechos civiles forales de la Constitución, acaso con motivo de la Ley de Derecho Civil de Galicia, aprobada por unanimidad. Ahora bien, hay que ser coherentes, porque, como se ha dicho, se ha hurtado a su conocimiento la acomodación a nuestra Constitución de la posibilidad de dictar un amplio Código Civil en Cataluña merced a la retirada por parte del Gobierno de la Nación del recurso interpuesto, por el anterior ejecutivo, contra el Libro I de dicho texto legal autonómico. Todo hay que decirlo.

## La regulación de las parejas de hecho y su reforma

La Ley dedica escasos artículos en el Título IX al régimen económico familiar, con el establecimiento como régimen legal supletorio del de gananciales, apareciendo la novedad en la Disposición Adicional Tercera, donde para los efectos de aplicación de esta ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, extendiéndose a los miembros de la pareja de hecho los derechos y deberes que se les reconozcan por esta ley a los cónyuges<sup>6</sup>.

Se define como parejas de hecho o relaciones maritales análogas al matrimonio, aquellas relaciones formadas por dos persona que lleven conviviendo por lo menos un año, pudiendo acreditarse esta convivencia mediante inscripción en el registro, por manifestación expresa mediante acta de notoriedad o por cualquier otro medio admitido en derecho. En el supuesto de que la pareja tenga hijos en común, se les considerará como pareja de hecho con la simple acreditación de la convivencia, sin que sea necesario el transcurso de un año. Se prevé que en un futuro se dicte una ley que regule sus derechos y deberes y las relaciones patrimoniales tras su separación, al igual que ya lo hicieron muchas de las comunidades autónomas.

Para ajustarse a las modificaciones realizadas en el Código Civil por la Ley 13/2005 que introduce en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, se matiza que las referencias hechas en la ley al hombre o a la mujer o a uno solo de los géneros se deberán entender referidas a ambos sexos, sin que pueda existir discriminación alguna por razón de sexo.

Precisamente, al entrar en vigor la Ley de Derecho Civil de Galicia el 19 de julio de 2006 ya he dicho que se extienden, "a los efectos de (su) aplicación" los derechos y obligaciones de los cónyuges a los miembros de parejas de hecho con descendientes o que acrediten un año de convivencia por medio de la inscripción en el Registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho.

El matrimonio, en forma religiosa o civil, tiene su esencia, histórica y actualmente, en el libre consentimiento de los esposos que, ahora, es suplido por el legislador gallego, como novedad, sin parangón en el mundo, para las llamadas parejas de hecho, con consecuencias no sólo para los convivientes sino también para terceros y no ya mediante la atribución de derechos sino, incluso, con la imposición de obligaciones de modo que se pueden producir efectos negativos o no deseados para uno de los integrantes de la pareja por las actividades del otro en los mismos términos de las deudas gananciales.

No se contemplaban expresamente en nuestra Ley los derechos de las personas que, viviendo juntos, en uso de su libertad, deseen excluir las consecuencias jurídicas del matrimonio y que no surjan siempre todos esos derechos y obligaciones que conlleva, obligando, al parecer, a los convivientes, para impedir dichos efectos matrimoniales, a otorgar capitulaciones, mediante escritura notarial.

De lo contrario, de no mediar manifestación previa, expresa, solemne y formal, en contra, cualquier conviviente a que alude la Ley, si le interesa, habitualmente cuando se

produce la ruptura, parecía que podía reclamar la participación en los bienes comunes (que son los obtenidos por el trabajo de cualquiera de ellos o las rentas de todos los bienes, privativos o gananciales) o en la herencia del fallecido pero también podía verse desagradablemente sorprendido ante la exigencia de responsabilidad con su patrimonio por las deudas contraídas por su compañero/a en el ejercicio ordinario de su profesión o en la explotación regular de su negocio.

Así lo había querido el legislador gallego, por unanimidad, con los dichos efectos para los convivientes, no siempre positivos, y ello sin tomar en cuenta otros elementos sobre el particular desde el punto de vista práctico, con consecuencias no queridas o desconocidas por terceros, o de carácter ético o moral, o, incluso, competencial, pues todavía la Constitución reserva la competencia exclusiva al Estado sobre las formas del matrimonio o la ordenación de los Registros.

En todo caso, si las instituciones se caracterizan, en gran parte, por sus efectos, la conclusión es que en Galicia había surgido una nueva forma de matrimonio en que, como novedad, no es necesario el elemento esencial del mismo, el libre consentimiento expreso matrimonial en forma solemne, que es suplido por la existencia de descendencia o la convivencia de un año para que, inmediatamente, se desencadenen todas las consecuencias previstas en el Código Civil para el régimen económico de gananciales y ello sin la necesidad de cumplir con las exigencias del mismo respecto de la edad o el parentesco para el matrimonio o las obligaciones de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

Así, una vez que el 19 de julio de 2007 se cumpliera un año en vigor la Ley de Derecho Civil de Galicia se extenderían «a los efectos de [su] aplicación» los derechos y obligaciones de los cónyuges a los miembros de parejas de hecho que hayan acreditado este último año de convivencia por medio de la inscripción en el Registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho, siendo que tal equiparación ya había podido materializarse en los casos de pareja con descendientes comunes.

Se trataba nada menos que de la expropiación de la voluntad propia. Era un consentimiento presunto, sin parangón en el mundo, para las llamadas parejas de hecho, con consecuencias para los convivientes y terceros mediante la atribución de derechos pero, también, con la imposición de obligaciones para uno de los integrantes de la pareja por las actividades del otro en los mismos términos de las deudas gananciales.

Así, durante el año en que prácticamente rigió esa disposición, en las parejas de hecho, de no mediar manifestación previa, expresa, solemne y formal en contra, cualquier conviviente a que aludía la Ley podía reclamar la participación en los bienes comunes (obtenidos por el trabajo de cualquiera de ellos o las rentas de todos los bienes, privativos o gananciales) o en la herencia del fallecido, pero también podía tener que responder con su propio patrimonio por las deudas contraídas por su compañero en el ejercicio ordinario de su profesión o en la explotación regular de su negocio.

Y todo sin contar con el libre consentimiento, que nuestro legislador había sustituido por la descendencia o por la convivencia del año pasado, y sin cumplir con los requisitos

del Código Civil sobre edad o parentesco para el matrimonio o las obligaciones de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Y sin tener en cuenta que todavía la Constitución reserva la competencia exclusiva al Estado sobre las formas del matrimonio o la ordenación de los Registros. Esto es lo que hay y resultaba perentorio, en todo caso antes del próximo 19 de julio de 2007, darle adecuada solución

Para intentar arreglar los problemas que pudieran surgir, al menos para los casos de un año de convivencia, se ha pretendido eliminar la consecuencia que aparejaba la Ley aprobando la Ponencia por unanimidad el 18 de mayo de 2007 la modificación de la misma, cuya reforma, a su vez, fue aprobada por unanimidad en el Pleno del Parlamento gallego de 29 de mayo de 2007 partiendo de que buscaba eliminar, en el ámbito de la Ley, la discriminación existente entre los matrimonios y las uniones análogas a la conyugal, precisando que no fue intención del legislador establecer la equiparación "*ope legis*" de quien no desease ser equiparado.

Por eso, en la Exposición de Motivos de la Ley de 2007 se añade que se quería preceptuar con claridad en el texto la concurrencia necesaria y acumulativa de dos requisitos para que se pueda producir la citada equiparación, por una parte, que los miembros de la unión expresasen su voluntad de equiparación al matrimonio y, por otra, que acreditasen un tiempo mínimo de convivencia estable.

Como quiera que se reconoce que la redacción de la Disposición Adicional Tercera aprobada por el Parlamento de Galicia pudiera no reflejar la auténtica voluntad del legislador, en la intención de garantizar sin dudas la seguridad jurídica y de reafirmar inequívocamente el principio de autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta las opiniones y sugerencias recibidas, se formula la correspondiente Proposición de Ley de modificación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Derecho Civil de Galicia, como ya digo antes de que se cumpla un año de su vigencia, quedando la regulación finalmente vigente en los términos siguientes que, a continuación, expongo a tenor de la vigente Ley 10/2007, de 28 de junio, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, de modificación de dicha Disposición, comenzando por recordar que el Pleno del Parlamento de Galicia del día 6 de junio de 2006 aprobó por unanimidad el dictamen de la Comisión 1.ª, Institucional, de Administración General, Justicia e Interior, relativo a la Proposición de ley de derecho civil de Galicia.

Así, antes del transcurso de dicho año, en el «Diario Oficial de Galicia» número 127, de 2 de julio de 2007, se publicó La Ley de 28 de junio de 2007, que comienza señalando que dicha proposición, nacida del trabajo conjunto y unitario de todos los grupos parlamentarios, que tuvieron en cuenta las aportaciones de destacadas instituciones representantes de la cultura y de nuestro derecho gallego, recogió las principales instituciones del derecho civil de Galicia, actualizándolas al tiempo y realidad de nuestra sociedad civil.

Con arreglo a este criterio, y como resultado de las diferentes enmiendas presentadas por los tres grupos parlamentarios de la Cámara, se introdujo en el texto la disposición adicional tercera, en aras de eliminar en el ámbito de la ley la discriminación existente entre los matrimonios y las uniones análogas a la conyugal; sin embargo, no fue in-

tención del legislador establecer la equiparación *ope legis* de quienes no desearan ser equiparados.

Por todo lo expuesto el Parlamento de Galicia aprobó y el Presidente de la Xunta, de conformidad con el artículo 13.2.º del Estatuto de Galicia y con el artículo 24 de la Ley 1/1983, de 23 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidencia, promulga en nombre del Rey, la Ley de reforma de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que tiene un artículo único.

Se da una nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, con el siguiente nuevo texto que se articula en tres puntos. En el primer apartado de la Ley de 2007 se señala que a efectos de la aplicación de la ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la ley reconoce a los cónyuges.

En el segundo apartado de la nueva disposición se precisa que tendrán la consideración de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Pareja de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

En concreto, se precisa que no pueden constituir pareja de hecho los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado y los que están ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.

En el tercer punto de esta nueva Disposición se concluye que los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cesamiento, siempre que no sean contrarios a las Leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de ellos, añadiéndose que serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición.

Como Disposición Final figura que en el plazo de un mes a contar desde la publicación de esta Ley en el Diario Oficial de Galicia, la Xunta de Galicia aprobará un Decreto mediante el cual se creará y regulará la organización de la gestión del Registro de Parejas de Hecho de Galicia que tendrá carácter constitutivo, en el que se inscribirán necesariamente las declaraciones formales de constitución de parejas de hecho, las modificaciones y las extinciones, cualquiera que sea la causa.

A continuación se declara que esta Ley 10/2007, de 28 de junio, entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de Galicia, que tuvo lugar el día 2 de julio de 2007, todo ello, como suele suceder en estos casos, sin que se haya aprobado dicho Decreto en el período previsto de un mes, habiendo transcurrido con creces dicho plazo de un mes sin que se hubiese todavía aprobado el citado Decreto, lo que, al tener carácter constitutivo, desde luego, pone en gran duda esa pretendida entrada en vigor al día siguiente de la publicación.

En efecto, ampliamente rebasado dicho plazo de un mes, hubo que esperar al 28 de enero de 2008 para poder presentar dichas solicitudes en el Registro Autonómico de parejas de hecho para equipararlas en derechos y obligaciones a los matrimonios. El legislador gallego, por unanimidad, en la Ley de derecho civil de Galicia en 2006, a los efectos de su aplicación, como dijimos, equiparó el matrimonio a las parejas de hecho que convivan un año, o con hijos en común.

Al llevar a cabo dicha equiparación, en términos tan elementales, no se tenía en cuenta la voluntad de las partes y no se incluían, a diferencia de las demás Comunidades Autónomas, las restricciones del Código Civil para el matrimonio, pudiendo admitirse relaciones incestuosas, o *bigamias* o uniones de adolescentes menores de edad<sup>7</sup>.

Se modificó, en menos de un año, por la citada Ley de 28 de junio de 2007, en que, junto con los impedimentos de edad y parentesco, se requiere la inscripción de las parejas de hecho en un Registro *ad hoc*, ante cuyos encargados expresen su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio, dejando fuera del amparo legal a quienes desean conformar una relación familiar distinta de la matrimonial pero no se inscriben.

Nada se dice sobre los problemas de derecho transitorio en una norma que entró en vigor al día siguiente de su publicación, el 2 de julio de 2007, de modo que habrá parejas, con hijos en común, que hasta dicha fecha tenían los derechos y deberes de los cónyuges, y a partir del día 3 no tienen ninguno y deben ahora de inscribirse para la equiparación con el matrimonio.

Si los *contrayentes* están dispuestos a manifestar ante un órgano público su voluntad de convivir como los casados para beneficiarse de los efectos correspondientes, y para que así conste en dependencia pública, ¿qué diferencia existe con acudir ante el Juez (del Registro Civil), el Alcalde, o sus delegados y contraer matrimonio? La forma de disolución que, en el matrimonio, requiere declaración judicial, ahora sin alegación de causa alguna.

Se prohíbe en Galicia que constituyan parejas de hecho, con los efectos del matrimonio, a quienes previamente "formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona", sin que se especifique cómo se *divorcia* uno de la pareja de hecho anterior para *contraer* un nuevo emparejamiento de hecho o si puede simultanearse una pareja de hecho "debidamente formalizada" con otra, con persona distinta, que no lo esté, o una pareja en Galicia y otra en Asturias, de lo que no habla el legislador gallego, entre otras razones, por carecer de competencia para ello, aunque tampoco la tiene, según la Constitución, "para las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio" o para la "ordenación de los registros e instrumentos públicos".

## Pactos sucesorios

**E**s en materia sucesoria donde se contiene la mayor aportación del derecho civil de Galicia con el más completo contenido, sobre la base de nuestra tradición jurídica y con introducción de verdaderas novedades realmente vividas en la práctica notarial actual, frente al Derecho contenido en el Código Civil que devino incompatible con buena parte de la realidad gallega.

Así, en la ley gallega se encuentran regulados con mucha amplitud los pactos sucesorios como instrumento adecuado para dotar de irrevocabilidad al usufructo voluntario vidual, universal o en parte, el pacto de mejora, según la tradicional de labrar y poseer u otra, así como la figura del apartamiento o apartación, que consiste en la entrega anticipada por el causante al heredero forzoso, en vida, de su cuota hereditaria, quedando totalmente excluido o apartado de tal condición de legitimario con carácter definitivo, cualquiera que sea el valor de la herencia en el momento de deferirse.

Igualmente, frente a la prohibición general del testamento mancomunado del Código Civil, se admite, ya desde 1995, a los cónyuges gallegos otorgar testamento en un mismo instrumento.

Asimismo, y frente al carácter personalísimo del testamento que le confiere el Código Civil, en el Derecho Civil de Galicia se admite ahora, al igual que en 1995, el testamento por Comisario, que uno de los cónyuges otorga en ejercicio de la facultad testamentaria concedida por el otro.

Cada vez se hace más necesario conferir mayor libertad dispositiva al testador, mediante el impulso de los pactos sucesorios, que hay que potenciar con oportunos beneficios fiscales, como mecanismo jurídico adecuado para impedir la división del patrimonio familiar, sobre todo empresarial, y reducir las restricciones que impone la amplia legítima del Código Civil, que carece de sentido en la actualidad.

La muerte del causante muchas veces es motivo de conflictos familiares por problemas en el reparto de las propiedades. La anterior ley provocó la que las propiedades de los causantes se dividiesen excesivamente para poder cumplir con lo dispuesto en las *partillas*. Era necesario una regulación que impulsase los pactos sucesorios para evitar la división del patrimonio familiar. Como pactos sucesorios se mencionan el de mejora y el de apartamiento, que deberán ser otorgados en escritura pública, aunque se admite la posible validez de un poder especial. Los pactos de mejora son aquellos en los que se dispone a favor de los descendientes la sucesión sobre bienes concretos, pero no es necesario que consistan en la entrega de bienes, y en caso de que así sea solo se puede disponer de ellos si se ha reservado de modo expreso esa facultad por el testador. Si un tercero no designado expresamente por el adjudicante o causante dispone de los bienes objeto de pacto, no producirá efectos esa disposición y al fallecer el causante el mejorado podrá ejercitar las acciones correspondientes para obtener su posesión. Es posible que quede sin efecto el pacto por causa de desheredamiento o indignidad. Para mantener indiviso un lugar acasado o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril, los ascendientes pueden pactar con sus descendientes la adjudicación íntegra a uno solo de ellos con carácter indivisible, entendiéndose que esta adjudicación supone la institución de heredero con mejora, salvo pacto en contrario. El adjudicatario podrá compensar en metálico a los demás interesados en la partición dentro de los cinco años siguientes a la apertura de sucesión. Este pacto quedara sin efecto si durante dos años consecutivos el mejorado abandona sin justa causa la explotación mientras viva el adjudicante. Mediante el pacto de apartamiento se excluye a un legitimario de su condición de heredero forzoso en la sucesión de un modo irrevocable a cambio de la adjudicación de unos bienes con-

cretos, siendo también posible pactar su exclusión de la sucesión intestada. Deberá traer a colación los bienes cuando concurra en la sucesión con otros legitimarios.

En concreto, La vigente Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia contiene una regulación detallada, en el Título X, De la Sucesión por causa de muerte, en su CAPÍTULO III, De los pactos sucesorios, en los términos aproximados en las páginas precedentes, comenzando por la SECCIÓN 1.ª DISPOSICIONES GENERALES, en la cual, en su Artículo 209, se reconoce que, sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho, de acuerdo con la presente ley son pactos sucesorios los de mejora y los de aportación, dedicando un capítulo aparte, el IV, al usufructo del cónyuge viudo, con una sistemática más acertada que la de la Ley de 1995 tal y como hemos adelantado.

Comienza el artículo 210 por reconocer que sólo pueden otorgar pactos sucesorios las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar, añadiendo a continuación el Artículo 211 que los pactos sucesorios habrán de ser otorgados en escritura pública pues en otro caso el pacto no producirá efecto alguno, admitiéndose, en el artículo 212, el otorgamiento de los pactos sucesorios por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio.

En el siguiente precepto, en el artículo 213, se contiene una declaración genérica en cuya virtud las estipulaciones contenidas en los pactos de mejora que hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, como la casa, el casamiento para casa, la mejora de labrar y poseer, la compañía familiar o cualquier otra, habrán de ser interpretadas conforme a los usos y costumbres locales.

Después de esas disposiciones generales, la SECCIÓN 2.ª se refiere específicamente a LOS PACTOS DE MEJORA, comenzando por su definición en el Artículo 214, que declara que son pactos de mejora aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos, señalando a continuación el siguiente artículo 215 que los pactos sucesorios podrán suponer la entrega o no de presente de los bienes a quienes les afecten, determinando en el primer caso la adquisición de la propiedad por parte del mejorado, para especificar a continuación, en el artículo 216, que en el pacto sucesorio podrán contemplarse los supuestos en que quedará sin efecto y determinarse el ámbito residual de las facultades dispositivas de los adjudicantes, por actos Ínter vivos, a título oneroso o gratuito.

En defecto de regulación expresa, el pacto de mejora se ajustará a las reglas señaladas en el artículo 217 en los términos siguientes:

**1.ª** Si no se realizara con entrega de bienes, el adjudicante conserva plena libertad dispositiva por actos Ínter vivos a título oneroso. Si se realizara con entrega de bienes, el adjudicante sólo podrá disponer de los mismos en caso de haberse reservado de modo expreso dicha facultad.

**2.ª** La disposición realizada en ejercicio de la facultad anterior supondrá la ineficacia del pacto en cuanto a los bienes objeto de la disposición y a la prestación del mejorado, en caso de haberse estipulado. Si la prestación ya se realizó, total o parcialmente, el mejorado podrá pedir su restitución, y, si esta no fuera posible, su equivalente en metálico.

**3.ª** Los actos de disposición que no tuvieran su origen en la voluntad del mejorante no revocan el pacto, subrogándose las contraprestaciones en lugar del bien inicialmente previsto.

**4.ª** Salvo reserva expresa del adjudicante, cualquier disposición de los bienes objeto del pacto en favor de tercero por acto *inter vivos* a título gratuito o por acto mortis causa no producirá efecto alguno y, fallecido el causante, el mejorado podrá ejercitar las acciones correspondientes a fin de obtener la posesión de los bienes.

En el último artículo, 218, de la Sección, se señala que, además de por las causas que se convinieran, los pactos de mejora quedarán sin efecto:

**1.º** Si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas.

**2.º** Por premoriencia del mejorado, salvo pacto expreso de sustitución o que la mejora se realizara con entrega de bienes.

**3.º** Por incurrir el mejorado en causa de desheredamiento o indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria y, si hubiera entrega de bienes, por ingratitud.

De seguido, la SECCIÓN 3.ª, se refiere específicamente a LA MEJORA DE LABRAR Y POSEER, comenzando por declarar el artículo 219, que el ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasurado, aunque las suertes de tierras estén separadas, o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra, tras lo que se añade que si en el pacto no se dispusiera otra cosa, la adjudicación supondrá la institución de heredero en favor del así mejorado, especificándose en el artículo 220, que en esos casos, la casa patrucial y su era, corrales y huertos, tratándose de lugar acasurado, y la explotación agrícola, comercial o fabril se reputarán indivisibles a efectos de la partición.

Se contempla en el Artículo 221 tanto que el adjudicatario podrá compensar en metálico a los demás interesados en la partición, cuanto que el pago en metálico podrá hacerse por plazos, dentro de los cinco años siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que el adjudicatario garantice el cumplimiento, produciendo a cantidad aplazada el interés legal del dinero.

En el Artículo 222 se señala, que, además de por las causas comunes a los pactos de mejora, el derecho de labrar y poseer quedará sin efecto si durante dos años consecutivos el mejorado abandonara en vida del adjudicante, totalmente y sin justa causa, la explotación de los bienes que la componen, tras lo que el artículo 223 especifica que cuando la mejora no se realice con entrega de bienes, en caso de premoriencia del mejorado, si los descendientes de este son varios y el favorecido no designa sucesor en la mejora, el mejorante podrá elegir a uno de ellos como mejorado en escritura pública o testamento.

La última SECCIÓN, la 4, referida a los pactos sucesorios lleva por rúbrica DE LA APARTACIÓN y comienza con el artículo 224, donde se especifica que por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abiera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición

de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados.

En el Artículo 225 se declara que el apartante podrá adjudicar al apartado cualquier bien o derechos en pago de la apartación, independientemente del valor de la misma, añadiéndose en el artículo 226 que podrá válidamente pactarse que el legitimario que de excluido no sólo de la condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento intestado.

En el último de los preceptos dedicados a esta institución, el Artículo 227, se matiza que, salvo dispensa expresa del apartante, lo dado en apartación habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurren en la sucesión con otros legitimarios.

Aparte, de acuerdo con mejor sistemática que en la Ley anterior, se contiene un CAPÍTULO, IV, referido específicamente al usufructo del cónyuge viudo, que comienza con el artículo 228, en el cual se dice que los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia, añadiéndose en el artículo 229 que el usufructo voluntario del cónyuge viudo es inalienable y que el usufructuario sólo podrá disponer de su derecho sobre bienes concretos con el consentimiento de los propietarios sin usufructo, así como que, por otra parte, este usufructo es renunciable en todo o en parte y sólo redimible o conmutable por acuerdo del usufructuario y de los propietarios sin usufructo.

En el artículo 230, se señala que el usufructo del cónyuge viudo quedará sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder o por ser el cónyuge justamente desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y separación judicial o de hecho de los cónyuges, así como también que el usufructo pactado quedará sin efecto por mutuo acuerdo y el testamentario por su revocación.

Después, en el artículo 231, se especifica que, salvo que el título constitutivo disponga otra cosa, el cónyuge viudo no estará obligado a formar inventario de los bienes usufructuados ni a prestar fianza, añadiéndose que, no obstante, cualquier legitimario podrá exigir la prestación de fianza para salvaguardar su legítima.

Cuando la persona viuda estuviera obligada a formar inventario y no se indique plazo, este, según el artículo 232, será de seis meses, a contar desde la apertura de la sucesión, puntualizándose, a continuación, que el retraso en la formación del inventario facultará a los herederos o, en su caso, a los propietarios sin usufructo a hacerlo, por sí mismos o por medio de la persona que designen, por cuenta del usufructuario. Una vez finalizado el inventario, este habrá de ser notificado fehacientemente en el plazo de diez días.

Además de las facultades que incumben a todo usufructuario, el artículo 233 se señala que el cónyuge que lo fuera por la totalidad de la herencia está facultado para:

- 1.º Pagar los gastos de última enfermedad, enterramiento, funerales y sufragios del cónyuge premuerto, con cargo a la herencia.
- 2.º Pagar las deudas exigibles del causante con metálico de la herencia. Si no hubiera dinero o este no fuera suficiente, el usufructuario podrá enajenar semovientes, arbolado o mobiliario ordinario en la cuantía precisa. Para la enajenación de cualquier otro bien con la finalidad de pagar las deudas del causante será necesario el consen-

timiento de los propietarios sin usufructo o, en otro caso, la autorización judicial.

- 3.º Cobrar créditos de la herencia, aun cuando no se prestara fianza.
- 4.º Enajenar el mobiliario y los semovientes que considere necesarios, de acuerdo con una buena administración, debiendo reponerlos en cuanto sea posible conforme al mismo criterio.
- 5.º Realizar las talas de árboles maderables, incluso por el pie, y hacer suyo el producto de las mismas, siempre que sean adecuadas a una normal explotación forestal.
- 6.º Realizar mejoras no suntuarias con cargo a la herencia.
- 7.º Explotar las minas según su reglamento jurídico.

En el artículo 234 se añade que la persona referida en los artículos anteriores habrá de:

- 1.º Cumplir las obligaciones que expresamente le impusiera el causante.
- 2.º Administrar los bienes objeto del usufructo con la diligencia propia de un buen padre o madre de familia.
- 3.º Prestar alimento, con cargo al usufructo, a los hijos y descendientes que lo precisen.
- 4.º Defender, a su costa, la posesión de los bienes.

Si los propietarios sin usufructo fueran descendientes de la persona viuda, entonces en el artículo 235 se especifica que las reparaciones, tanto las ordinarias como las extraordinarias, serán a cargo y por cuenta de quien fuera usufructuario, a no ser que por su entidad y atendida la rentabilidad del patrimonio usufructuado no pudiera costearlas aquella persona. En este último caso, las reparaciones se realizarán en conformidad con los propietarios sin usufructo o, si no hubiera acuerdo, por determinación judicial.

Además de por las causas generales de extinción del usufructo, el del cónyuge viudo se extingue, de acuerdo con lo señalado explícitamente en el artículo 236, por renuncia en escritura pública, así como por contraer la persona usufructuaria nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona, salvo pacto o disposición en contrario del cónyuge premuerto.

Por último, en el artículo 237, se añade que a instancia de los propietarios sin usufructo, también se extinguirá el usufructo de viudedad por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley o el causante, al igual que por grave y reiterado incumplimiento de los deberes familiares.

Se podrá pactar en escritura pública o en testamento un usufructo a favor del cónyuge viudo, de modo unilateral o recíproco, sobre una parte o la totalidad de la herencia, quedando sin efectos en los supuestos de indignidad, desheredación injusta del cónyuge, nulidad del matrimonio y separación de los cónyuges, o revocación. Este usufructo es la única carga o condición que se permite en la legítima.

En resumen, en la Ley de Derecho Civil de Galicia, aprobada por unanimidad por el Pleno del Parlamento gallego el 6 de junio, se ha tomado en cuenta la mayor longevidad, debida a los avances médicos, así como las enfermedades derivadas, en gran medida, de la misma, como el Alzheimer y otras patologías degenerativas progresivas ligadas a la edad, con la regulación de la autotutela, para que la persona, en previsión de una futura

incapacidad, pueda decidir sobre su futuro, y con la reducción de la amplia legítima conferida legalmente a los hijos, con la finalidad de que los ancianos esposos puedan decidir con mayor libertad el destino de los bienes para la hipótesis de la muerte de uno de ellos a favor del otro o de quien quieran.

Cada vez resultaba más necesario conferir esa capacidad dispositiva al testador, mediante el impulso de los pactos sucesorios, que hay que potenciar con oportunos beneficios fiscales, como mecanismo jurídico adecuado para impedir la división del patrimonio familiar, sobre todo empresarial, y, desde luego, con la superación de las restricciones que impone la legítima del Código Civil, que carecía de sentido en la actualidad.

Ahora bien, ello será un simple avance teórico sin mayores consecuencias –o con resultados no deseados– si no se completa con la reducción del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, que, al dolor del fallecimiento, añade una carga económica injustificable sobre las clases medias, vulnerando, por lo demás, la igualdad, al tratar peor a las personas físicas que a las jurídicas, que no están gravadas.

La cantidad a pagar por este impuesto, que, en ocasiones, excede del 30 por ciento, deriva de un concepto indeterminado, "el valor real de los bienes y derechos", que queda a la libre apreciación de la Administración tributaria, con mecanismos arbitrarios de valoración, como los incrementos injustificados de valores catastrales, sin que ello sea compatible con la más elemental seguridad jurídica.

Galicia, además, tiene una tributación simbólica para descendientes menores de 21 años, lo que es un factor de discriminación añadido puesto que el dato de ser menor de tal edad no resulta tan relevante a efectos de capacidad contributiva siendo inaceptable que, ante una herencia parecida, un gallego de 20 años no tribute y otro de 22 pague.

Al margen de que en otras Comunidades, como en Madrid, no existe tal impuesto, con la consiguiente pérdida de competitividad fiscal y hasta "huida" de rentas y patrimonios, resulta injusto volver a hacer pagar, aun con deducciones, al que hereda la vivienda familiar en la que vivía con el fallecido/a o por la cuenta corriente a la que los herederos accedían por la vía de la titularidad indistinta.

No se produce ningún incremento de riqueza disponible en el supuesto habitual del cónyuge con hijos menores que, tras la muerte de su consorte, recibe una pequeña herencia y pierde a cambio su trabajo y con ello el origen de la mayor parte de los ingresos de los que vivía la familia. Recae siempre sobre patrimonios modestos puesto que el ordenamiento ofrece multitud de posibilidades de planificación fiscal para los importantes.

Si se piensa, además, que en el tipo impositivo tiene un importante papel el grado de parentesco, entonces es imposible ejercer la amplia libertad testamentaria que, pretendidamente, se concede ahora fuera del círculo familiar puesto que cualquier herencia se convierte en un regalo envenenado, gravado con un impuesto inasumible.

---

1. También se considera que los artículos 42, 43 y 46 de la Ley 2/2006 vulneran la Constitución al regular la posibilidad de realizar la designación de tutor en escritura pública, argumentándose en el recurso que el posible contenido de esta escritura vulnera la reserva competencial establecida en el artículo 149.1.8ª de la Constitución a favor del Estado en cuanto a las reglas relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos.

- 
2. Cuando nos referimos a la vejez, como han puesto de manifiesto JIMÉNEZ-AYBAR y CAPARRÓS CIVERA, estamos haciendo referencia a una etapa de la vida que se corresponde normalmente con la jubilación, caracterizada generalmente por un declive en la capacidad física y mental, por la aparición de enfermedades crónicas y por el progresivo aislamiento social. No obstante lo cual, por la mejora de las condiciones de vida se presenta hoy con una nueva perspectiva. Hay quien considera personas mayores a las que superan los 60 años, personas de la "tercera edad" a las que llegan a la edad de jubilación, es decir, a los 65 y personas longevas a las que alcanzan los 80 años; o también "mayores jóvenes" a los de 60 a 75 años y "mayores mayores" a los que tienen 75 o más. Se habla incluso de una "cuarta edad" para referirse a las personas mayores que se encuentran incapacitadas a causa de múltiples enfermedades y son totalmente dependientes del resto de la sociedad.
- 
3. A los efectos del artículo 200 del Código civil, la enfermedad de Alzheimer ha sido calificada de "persistente" y de carácter evolutivo y progresivo por la S.T.S. de 19 de mayo de 1988.
- 
4. En el Diario Oficial de Galicia número 115 de 15 de junio de 2007 se constata que el Tribunal Constitucional, por providencia de 22 de mayo de 2007, ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 2845/2007, frente a los artículos referidos a la adopción (título II, capítulos I y II, artículos 27 a 41) y la autotutela (Título III, artículos 42 a 45), de la Ley de Galicia 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.
- 
5. Puede verse al respecto con más detalle El desarrollo del derecho civil gallego en el marco constitucional, discurso de ingreso en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación de DOMINGO BELLO JANEIRO, y contestación de MANUEL FRAGA IRIBARNE, Coruña, 2006, ahora en Difusión Jurídica, Madrid, 2010.
- 
6. Vid. sobre todo ello con amplitud Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio, 2 volúmenes, Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, 2007.
- 
7. Sobre la cuestión se pronuncia RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi Civil núm. 12/2007 Parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007



esiones en Cataluña La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña La codificaci  
a codificación del derecho de sucesiones en Cataluña La codificación del derecho de suce  
cho de sucesiones en Cataluña La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña La c  
Cataluña La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña La codificación del derec  
ón del derecho de sucesiones en Cataluña La codificación del derecho de sucesiones en Cat  
esiones en Cataluña La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña La codificaci  
a codificación del derecho de sucesiones en Cataluña La codificación del derecho de suce

# ficación de sucesiones



# La codificación del derecho de sucesiones en Cataluña

Texto de:  
Joan Egea Fernández

## I. El proceso de codificación del Derecho civil de Cataluña. De los códigos sectoriales a un código civil general

Inicialmente, el ejercicio de la competencia legislativa en materia civil por parte de la Generalitat de Catalunya estuvo guiado por una cierta indefinición sobre cuál debía ser la técnica a seguir. En efecto, una vez concluida la fase de adecuación del texto compilado al marco constitucional, en 1984, el legislador catalán fue combinando la técnica de las leyes reformadoras de la Compilación con la aprobación de leyes especiales que quedaban al margen de aquella. Posteriormente, ya en los años noventa, el proceso se clarificó tomando la opción de los códigos sectoriales, el primero de los cuales, como luego referiré, fue precisamente el de Sucesiones (*Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Código de sucesiones por causa de muerte del derecho civil de Cataluña*). Le seguiría el Código de Familia, aprobado por *Ley 9/1998, de 15 de julio*, en el mismo pleno parlamentario, por cierto, en el que se aprobó también una ley especial que regulaba las parejas de hecho, me refiero concretamente a la *Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja*. El tercero de los códigos originariamente previstos, el de derecho patrimonial, ya no llegaría a ver la luz, puesto que todos los esfuerzos se dirigieron a la elaboración de un código general que había de tomar como base toda la legislación civil dispersa hasta entonces. El Libro primero de este código general, el que diseñaba todo el proceso, se aprobó por *Ley 29/2002, de 30 de diciembre. Primera Ley del Código civil de Cataluña*.

La elaboración del Código se ha venido gestando en el seno del *Observatori de Dret Privat de Catalunya*, que fue creado por *Decreto 13/2000, de 10 enero, de reestructuración parcial del Departamento de Justicia*, como órgano adscrito directamente al titular de

dicho Departamento<sup>1</sup> y que tiene como finalidad principal actuar como instrumento de especialización de la acción política del Gobierno de la Generalitat en materia de derecho privado. Nació como un código abierto, que debía irse completando mediante la aprobación de sucesivas leyes seriadadas<sup>2</sup>, para así facilitar una respuesta ágil y no traumática, desde el punto de vista de la coherencia sistemática, a los cambios sociales que inevitablemente deben repercutir en un texto de esta naturaleza.

El proceso de codificación general se inició, como ya he adelantado, con la Ley 29/2002, que se caracteriza por un doble contenido. Por un lado, diseña la estructura del Código y establece la técnica legislativa a seguir y, por otro, aprueba su Libro primero, en el que se contiene la regulación de las fuentes del derecho, las reglas o criterios sobre interpretación e integración del derecho civil de Cataluña, su eficacia territorial y la positivización de determinados principios generales como el de la libertad civil, la buena fe, la vinculación a los propios actos y la equidad. La Primera Ley concluye con una completa regulación de la prescripción extintiva y de la caducidad.

Por su enorme trascendencia jurídica y política puede considerarse como la ley más importante que el legislador catalán ha aprobado en ejercicio de la competencia legislativa en materia civil. En efecto, destaca, en primer lugar, por su *utilidad*, puesto que permite a los operadores jurídicos hallar reunido y sistematizado en un solo cuerpo normativo todo el derecho civil de Cataluña; en segundo lugar, por la *simplificación y unificación de estilo*, en tanto que con el Código se evitan reiteraciones y remisiones externas; y, finalmente, por el aumento de *reputación* que, en general, la técnica codificadora suele proporcionar a los ordenamientos que la adoptan.

El Gobierno español recibió esta norma con enorme recelo y el 10 de abril de 2003 el Presidente del gobierno de la nación, don José María Aznar, interpuso recurso inconstitucional contra su totalidad y, subsidiariamente, contra 32 de los 38 preceptos que integran el mencionado Libro primero. Por lo que ahora nos interesa, el gobierno cuestionaba de una manera muy especial la técnica codificadora, como si ésta pudiera ser inconstitucional en sí misma. En este sentido, afirmaba que "[...] el Parlamento de Cataluña manifiesta una pretensión codificadora que resulta incompatible con la Constitución, al tratar de establecer un régimen jurídico de Derecho civil para Cataluña completo e independiente del Derecho civil común estatal". Posteriormente, tras el cambio de gobierno al que condujeron las elecciones generales de 14 de marzo de

1. La *Comisión de Codificación* es el órgano colegiado de carácter consultivo que, dentro del *Observatori*, actúa a través de una Comisión permanente (fruto de la refundición de las antiguas secciones especializadas que se habían creado con una duración limitada en el tiempo), que es la encargada de redactar los trabajos preparatorios. En efecto, una vez se hubiera completado el Código civil de Cataluña, la Sección de armonización debía convertirse en Comisión permanente de la Comisión de Codificación. Tal conversión se produjo, sin embargo, el año 2004, cuando el Código aún estaba (como lo está ahora) por completar. Las secciones inicialmente creadas fueron las siguientes: 1) Sucesiones; 2) Derecho de familia; 3) Derecho patrimonial; y 4) Armonización. A esta última le correspondía establecer las líneas maestras de la codificación, revisar la estructura, el lenguaje y la técnica legislativa de las leyes y códigos ya aprobados para lograr, así, la homogeneidad y evitar lagunas, remisiones y duplicaciones innecesarias.

2. Sólo la primera, la que aprobó el Libro primero, responde a este criterio, el resto, las que aprueban el Libro tercero, cuarto y quinto, han abandonado el sistema de numeración y se limitan a identificar el Libro que aprueban.

2004, el Presidente don José Luís Rodríguez Zapatero desistiría del recurso interpuesto por su antecesor.

De acuerdo con lo que prevén los arts. 2 y 3 de la Primera Ley del Código civil de Cataluña, éste se estructura en seis libros: el *primero* se ocupa de las disposiciones generales a las que ya he aludido; el *segundo*, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, trata de la persona y la familia, ámbitos todos ellos que, ya en el momento presente, han sido objeto de un fuerte desarrollo normativo, primero mediante la aprobación de diversas leyes especiales y, posteriormente, por el Código de familia; el *tercero*, aprobado por *Ley 4/2008, del 24 de abril, del Libro tercero del Código civil de Cataluña*, se destina a las personas jurídicas, y consta de una parte general y una parte especial dedicada a la regulación específica de las asociaciones y de las fundaciones, hasta ahora reguladas en sendas leyes; el *cuarto*, aprobado por *Ley 10/2008, del 10 de julio*, y que entró en vigor el 1 de enero de 2009, es el relativo a las sucesiones. A él me referiré, de forma más detallada, en la presente intervención; el *quinto*, que fue aprobado por *Ley 5/2006, de 10 de mayo*, trata de los derechos reales; y, finalmente, el *sexto* es el relativo a las obligaciones y contratos, materia ésta en la que el legislador catalán hasta ahora ha actuado con mucha cautela, lo que justifica que se halle en una fase de elaboración muy incipiente. En cualquier caso, ni que decir tiene que el proceso codificador en general y, por lo que a la presente intervención respecta, la codificación y actualización del ordenamiento sucesorio catalán, no es en absoluto incompatible con que, a nivel europeo, se siga avanzando en la voluntad de unificar los criterios que permiten abordar la problemática que plantea la cada vez más creciente movilidad de las personas en una Europa sin fronteras interiores, y el consiguiente aumento del número de uniones entre nacionales de los distintos estados miembros. En esta línea, precisamente, está trabajando la Comisión Europea, habiéndose publicado ya, el 1 de marzo de 2005, el Libro verde sobre sucesiones y testamentos, y habiendo elaborado el Parlamento Europeo una propuesta de resolución (2005/2148(INI)) en la que solicita a la Comisión que presente un Reglamento que resuelva la diversa problemática que plantean los conflictos de leyes en el ámbito sucesorio, principalmente en aquello que afecta a la competencia judicial, la determinación de la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en los países de la Unión.

## II. El Libro cuarto del Código civil de Cataluña. Principios y sistemática

### 1. Consideraciones generales sobre sus principios inspiradores

La *Ley 10/2008, del 10 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones*, es fruto de un proceso cuya gestación duró casi ocho años, y ello a pesar de tratarse de un texto que se reconoce a sí mismo heredero directo del Código de sucesiones de 1991.

En un primer momento, los trabajos preparatorios para la actualización e incorporación del Código de sucesiones al Código civil de Cataluña se iniciaron con la vista puesta en la técnica de la ley de bases y la refundición de textos (del código sectorial y de la ley de reforma), pero finalmente se siguió un camino algo distinto. En efecto, tras el cambio de signo en el gobierno derivado de las elecciones al Parlamento de Cataluña de noviembre de 2003, se abandonó la técnica de la ley reformadora y posterior refundición de textos y, en 2005, se optó por la elaboración de un texto completo del Libro cuarto que, una vez aprobado como Proyecto de ley por el Gobierno, fue presentado al Parlamento en junio de 2006, decayendo poco después con la legislatura. Celebradas las elecciones, el 1 de noviembre de 2006, a principios de 2007 el nuevo gobierno tripartito aprobaría ese mismo texto como Proyecto de ley, remitiéndolo al Parlamento.

Ya en el Parlamento, vistas las posiciones divergentes de los distintos grupos parlamentarios, con la finalidad de lograr un acuerdo lo más amplio posible sobre una materia de tanta importancia como las sucesiones, todos los grupos parlamentarios acordaron seguir un procedimiento *sui generis* de revisión –que ya entonces se intuía bastante profunda– en el que intervinieron expertos ajenos al Parlamento. Concretamente, se constituyó un grupo de trabajo formado por miembros del Observatorio de Derecho Privado (órgano integrado orgánicamente, no se olvide, en el Departamento de Justicia) y otros juristas designados a propuesta de los respectivos grupos parlamentarios. De ahí surgió un nuevo texto del Proyecto que cambiaba, en bastantes puntos, el inicialmente presentado por el gobierno, en el sentido de acercarlo nuevamente a la regulación hasta entonces vigente, y que todos grupos asumieron como enmienda conjunta de modificación. Ese sería el texto que, con leves modificaciones, acabaría aprobando el Pleno, por unanimidad, cumpliéndose así el objetivo inicialmente asumido.

El Libro cuarto mantiene en su integridad los principios que tradicionalmente han definido el sistema sucesorio catalán y que, desde que los formulara y sistematizara en el primer tercio del siglo XX el gran jurista Joan MARTÍ MIRALLES, se han incorporado explícitamente en los distintos cuerpos normativos que, a lo largo del tiempo, han venido conformando el corpus de dicho sistema sucesorio. Ésta ha sido una decisión criticada por un sector de la doctrina<sup>3</sup>, que argumenta, con razón, que, cada vez más, buena parte de esos principios quedan diluidos por multitud de excepciones y por ello pierden casi toda su virtualidad práctica. Así, un cierto clasismo del legislador catalán ha conducido a que, junto con un apreciable reforzamiento de lo que puede considerarse, sin duda alguna, elemento definidor del sistema sucesorio catalán, el que conforma su razón de ser, esto es la libertad de testar (art. 421-1 CCCat), se sigan formulando, como igualmente definitorios, sin serlo realmente, los principios de la necesidad de institución de heredero, de incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*) y de perdurabilidad del título de heredero (*semel heres semper heres*).

3. Vid., por ejemplo, Josep FERRER I RIBA, "Tradició heretada i innovació en el nou Llibre quart del Codi civil de Catalunya", en ÀREA DE DRET CIVIL – UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.), *El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya* (Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, 25 i 26 de setembre de 2008), Documenta Universitaria, Girona 2009, págs. 15-32, en pág.19.

Dicho esto, me referiré, en primer lugar a la libertad de testar que, como digo, el Libro cuarto no sólo mantiene, sino que profundiza, aún más si cabe, en ella. Ahora bien, debo advertir, en primer lugar, que éste es un principio que pese a la coincidencia nominal con la rúbrica del art. 421-1 CCCat, no lo encontramos en dicho precepto. En efecto, en éste la expresión "libertad de testar" hace alusión a la formación de la voluntad, mientras que el principio de la libertad de testar, en su significación tradicional, se refiere a la mayor o menor amplitud de la facultad del testador de disponer de sus bienes después de atender a las limitaciones legales (especialmente, la legítima y la cuarta viudal) que le vinculan. En este sentido, si bien es cierto que la discusión sobre la conveniencia o no de mantener la legítima se ha resuelto, por el momento, a favor de esta última (descartando, al mismo tiempo, la posibilidad de convertirla en una especie de derecho alimentario para legitimarios menores de edad o discapacitados), no lo es menos que ha quedado mucho más debilitada. Se ha dado, pues, un nuevo paso en el camino que el ordenamiento catalán ha venido tomando, de forma secular, de ir vaciando paulatinamente de contenido la legítima o, lo que es lo mismo, de ampliar la libertad de testar. En la presente ocasión, el paso más destacable ha consistido en incorporar como causa de desheredación la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es exclusivamente imputable a éste último [art. 451-17, e)]. Con esta nueva causa se ha pretendido dar mayor satisfacción a aquellos supuestos, bastante frecuentes en la práctica, en que el causante desea privar de la legítima a algún descendiente que se ha desentendido de él en vida<sup>4</sup>. Tal opción supone condicionar el derecho a la legítima a la existencia de relaciones entre causante y legitimario, dejando en un plano absolutamente subordinado los principios de solidaridad familiar y de protección de la familia que a menudo suelen citarse como fundamento de aquel derecho<sup>5</sup>.

Además de lo dicho sobre la desheredación, la nueva regulación de la legítima presenta otras novedades dignas de ser destacadas que, indirectamente, apuntan también al favorecimiento de la libertad dispositiva. En primer lugar, solamente computarán (como *donatum*) las donaciones hechas en los diez años anteriores a la muerte del causante

4. Manifiesta algunas dudas sobre el acierto de haber incorporada dicha causa de desheredación, Albert LAMARCA I MARQUÉS, "Relacions familiars i atribucions successòries legals. Llegítima i quarta viudal al llibre IV del Codi civil de Catalunya", en ÀREA DE DRET CIVIL – UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.), *cit.*, pàgs. 263-307, en pàg. 293.

5. La decisión del legislador catalán contrasta con la que ha tomado el legislador alemán. En efecto, coincidiendo con la revisión de la presente intervención para su publicación, acaba de entrar en vigor, el pasado 1 de enero de 2010, la Ley alemana de 24 de septiembre de 2009, de modificación del derecho de sucesiones y de la prescripción (*Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts*), que, en lo que atañe precisamente a la desheredación legitimaria, sigue un camino opuesto al adoptado por el Libro cuarto, puesto que ha incorporado la doctrina constitucional sobre la materia (sentencia del Tribunal constitucional alemán –*Bundesverfassungsgericht*– de 19 de abril de 2005). En ella, el alto tribunal alemán, partiendo de que la legítima constituye una de las expresiones básicas de la solidaridad familiar, advierte que alcanza incluso a los supuestos en los que el causante y sus descendientes han roto cualquier relación; lo contrario, dice, podría vulnerar el principio de seguridad jurídica y de no discriminación de los hijos extramatrimoniales respecto de los matrimoniales. Sobre lo dicho puede verse la comparativa con la regulación catalana y las consideraciones críticas que hace Jordi RIBOT IGUALADA, "Comentari a l'article 451-17", en Joan EGEA I FERNÁNDEZ / Josep FERRER I RIBA (Dirs.) / Laura ALASCIO (Coord.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Vol. II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pàgs. 1393-1402, en pàg. 1401; vid. también el documentado trabajo de Esther ARROYO I AMAYUELAS, "La reforma del derecho de sucesiones y de la prescripción en Alemania", *InDret* 1/2010, pàgs. 1-53: [http://www.indret.com/pdf/713\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/713_es.pdf)

[art. 451-5.b)], salvo si son imputables a legítima, en cuyo caso no rige dicho límite temporal. Es ésta una norma que favorece la seguridad jurídica en tanto que, presumiblemente, evitará litigios y discusiones sobre la acreditación de donaciones cuando ya haya transcurrido mucho tiempo desde su realización y sobre las siempre conflictivas actualizaciones de valor. En segundo lugar, la nueva regulación de la legítima también presenta novedades importantes en sede de imputación, donde se amplía la libertad del causante para disponer a título lucrativo. Concretamente, la regla del derogado Código de sucesiones según la cual, además de las donaciones otorgadas como imputables, también lo eran la dote y las donaciones por razón de matrimonio (antiguo art. 359 CS), se sustituye por la imputación de aquellas donaciones que modernamente vienen a desempeñar una función parecida a la que históricamente había desempeñado la dote: las hechas para proporcionar independencia personal y económica a los hijos (art. 451-8 CCCat)<sup>6</sup>.

Desde otra perspectiva, la libertad de testar se ve también reforzada por la supresión de la reserva binupcial (art. 411-8 CCCat), institución ésta que limitaba la libertad testamentaria del cónyuge viudo (art. 387 CS). Así pues, a partir de ahora sólo cabe la reserva si el causante, voluntariamente, la prevé.

Como decía, el art. 423-1 CCCat mantiene el principio sucesorio de la necesidad de la institución de heredero y lo formula con toda solemnidad, al tiempo que el art. 422-1.3 CCCat considera nulos los testamentos que no contienen dicha institución. Resulta, sin embargo, que esa rigurosa consecuencia jurídica, la nulidad, queda inmediatamente inoperante por la conversión del testamento (nulo) en codicilo (art. 422-6.1 CCCat). Asimismo, el principio también queda excluido en el derecho local de Tortosa y, en general, en aquellos testamentos que contienen la designación de albacea universal. Y no sólo eso, sino que se ve cuestionado también por el hecho que ahora el CCCat admite el testamento meramente revocatorio (art. 422-9.5 CCCat) que, por definición, no contiene una expresa institución de heredero, y el testamento en que el causante se limita a excluir de la sucesión personas llamadas a la sucesión intestada (art. 423-10.1 CCCat). El otro principio al que me referiré a continuación es el de la incompatibilidad de títulos sucesorios, o lo que es lo mismo de prevalencia del título voluntario sobre el legal (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*). Tal principio, contenido en los arts. 411-3.2 y 423-3 CCCat, refleja el recelo con que, secularmente, el sistema sucesorio catalán ha visto la sucesión intestada. Resulta, sin embargo, que su aplicación lleva fácilmente a apartarse de la expresa voluntad del causante, en el sentido de obligar, por ejemplo, a considerar heredero en la totalidad de la herencia a quien sólo ha sido instituido en una cosa concreta y determinada (art. 423-3 CCCat), a considerar fiduciario a un usufructuario (art. 423-5 CCCat), o a aplicar el incremento forzoso contra el expreso deseo del causante (art. 462-1 CCCat).

Para acabar esta breve referencia a los principios sucesorios, trataré del principio de perdurabilidad del título sucesorio (*semel heres semper heres*), que se recoge en el art. 423-

6. LAMARCA I MARQUÉS ("Relacions familiars...", *cit.*, pág. 291) considera que se trata de una decisión poco acertada, sobre todo porque su imprecisión facilita que los hermanos puedan cuestionar lo que el causante/progenitor les haya atribuido libremente en vida y porque contradice el principio de libertad civil.

12. Sólo con acudir a la figura del fideicomiso condicional se comprueba la fragilidad, por no decir la inutilidad, del principio. Es más, como con acierto ha puesto de relieve un sector de la doctrina<sup>7</sup>, el derecho catalán sigue ofreciendo soluciones incoherentes en este punto: admite el fideicomiso condicional por una parte, pero por otra se tiene por no puesta la condición resolutoria impuesta al heredero y pasa a ser heredero pleno (art. 423-12.1 CCCat), es decir, el Código no interpreta que se haya ordenado una sustitución fideicomisaria, efecto que en cambio sí prevé cuando la institución es en usufructo<sup>8</sup>. Lo mismo ocurre en relación con la regulación de la institución de heredero vitalicio, puesto que no se le considera fiduciario gravado a favor de los herederos intestados del testador, sino heredero puro y libre (art. 423-4 CCCat).

## 2. Sistemática

El Libro cuarto del Código civil de Cataluña mantiene, en líneas generales, la sistemática del Código de sucesiones, con alguna variación relativa a la ubicación de las normas que regulan la adquisición de la herencia, que ahora aparecen al final, en el Título sexto, siguiendo el criterio que en su momento también adoptó el *Proyecto de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 1955* y que el propio preámbulo de la ley que aprueba el Libro cuarto justifica por su mejor adaptación al desarrollo cronológico del proceso sucesorio. El Libro se divide en seis títulos, el *primero* de los cuales se dedica a unas disposiciones generales –desdoblándose el originario Título I del CS en los actuales primero y sexto–; el Título *segundo* trata de la sucesión testada (que ahora, en su presentación codificada, se antepone a la contractual, con la pretensión –según reza el Preámbulo– de reflejar la centralidad de la sucesión testamentaria, dada su muy superior frecuencia estadística); el *tercero* se ocupa de la sucesión contractual; el *cuarto* regula la sucesión intestada; el *quinto* disciplina el resto de atribuciones sucesorias determinadas por la ley; y el *sexto*, como decía, trata de la adquisición de la herencia, incluyendo ahí las reglas sobre aceptación y repudiación, el derecho de acrecer, la comunidad hereditaria, la partición, la colación y la protección del derecho hereditario.

A continuación, pasaré a analizar lo que, a mi juicio, constituyen las novedades más relevantes, de carácter sustantivo.

## III. La sucesión testada

En este ámbito, el Título segundo presenta como primera novedad destacable, aunque de poca relevancia práctica, el haber suprimido el testamento ante rector, modalidad ésta que, a pesar de haber sido fuertemente cuestionada en el proceso de elaboración del Código de sucesiones, finalmente se mantuvo en 1991. Tan fuerte es el protagonis-

7. Véanse, por ejemplo, las justificadas críticas que hace FERRER I RIBA, "Tradició heretada...", cit. pág. 23.

8. En este caso el art. 423-5.3 CCCat entiende que el causante ha ordenado una sustitución fideicomisaria a favor de los que serían herederos *ab intestato* del testador al extinguirse el usufructo.

mo que ahora se da al testamento notarial que, en las propias disposiciones generales, el art. 421-5 CCCat parece dar a entender que la forma notarial es casi exclusiva.

Sigue sin dar cabida, sin embargo, al testamento mancomunado y ello pese a las voces, muy extendidas entre un amplio sector del notariado, que demandaban su regulación. En efecto, aunque, hasta ahora, ninguna norma haya establecido su prohibición expresa, parece que, implícitamente, el Código asume que es un tipo testamentario que no cabe en nuestro derecho, de ahí que se limite a abrir la artificiosa puerta del heredamiento mutuo preventivo, afirmando en el Preámbulo que este tipo de pacto sucesorio puede cumplir la funcionalidad propia de los testamentos mancomunados.

Como decía, el derecho catalán no contiene, a diferencia del art. 670 CC español, ninguna afirmación categórica sobre el carácter unipersonal del testamento, que, a lo sumo, podría deducirse de la expresión del 421-3 "*ordena su sucesión*", entendiendo que el verbo "*ordena*" implica el carácter unilateral del testamento, lo mismo que "*causante*", en singular. Todo ello, sin olvidar, claro está, que nuestro sistema sucesorio permite separar la institución de heredero de la designación concreta de quién ha de ser el instituido, designación que puede quedar en manos de una persona distinta a la del causante (vid. arts. 431-20 y 424-1 a 424-4). Así que, dicho sea de paso, el carácter personalísimo sólo se referiría, en su caso, a la institución, no a la designación, que la puede hacer una persona distinta, normalmente el cónyuge, en su propio testamento.

En 1990, en los trabajos preparatorios del Código de sucesiones, ya se había propuesto la admisión del testamento mancomunado, limitado a los cónyuges y a la modalidad notarial abierta<sup>9</sup>, pero la propuesta finalmente no prosperó. Ahora, el Código civil de Cataluña tampoco le da entrada, por bien que, como acabamos de ver, considera que la función que desempeña puede obtenerse por la vía de los heredamientos correspondientes otorgados con carácter preventivo en sus dos modalidades más usuales: (i) en *beneficio mutuo*, es decir, los heredamientos en que los otorgantes se instituyen recíprocamente herederos, y (ii) en *beneficio de tercero*, en los que cada otorgante, de forma interrelacionada, instituye heredero a un tercero.

La equiparación del testamento mancomunado con el heredamiento preventivo se basa, principalmente, en el hecho que éste también puede ser revocado por voluntad unilateral de cualquiera de los otorgantes mediante el otorgamiento de un testamento u otro heredamiento, exigiéndose como requisito de eficacia (art. 431-21 CCCat) la notificación notarial al resto de otorgantes, con lo que se evitan posibles actuaciones desleales o fraudulentas. La nueva regulación no tiene en cuenta, sin embargo, que el heredamiento preventivo puede haberse pactado sin carácter mutuo, es decir, que ambos otorgantes –normalmente los progenitores– pueden instituir heredero a un tercero que no interviene en el pacto (normalmente el hijo o hija), y por ello no prevé cuál haya de ser el régimen de revocación para este caso. En mi opinión, cabe entender que la facultad individual de revocarlo se ha extinguido con la muerte del primero y, en consecuencia, que el superviviente ya no puede cambiar la voluntad<sup>10</sup>.

9. Vid. Joan MARSAL GUILLAMET, *El testament*, Generalitat de Catalunya – Departament de Justícia, Barcelona, 2000, pág. 166.

10. Éste es el criterio que sigue, por ejemplo, el § 2271 BGB, al disponer que la facultad de revocar se extingue con la muerte del cónyuge, y coincide también con el que prevé la Ley 202 de la Compilación o 'Fuero Nuevo de Navarra'.

## IV. Las sustituciones hereditarias. Principales novedades

### 1. Sustituciones pupilar y ejemplar

Estas instituciones no han sufrido cambios significativos, sino meras correcciones estilísticas. Mediante la sustitución pupilar, como es sabido, se excepciona el carácter personalísimo del testamento. Los progenitores, mientras ejercen la potestad sobre el hijo impúber, pueden, en su propio testamento, sustituir a su hijo designando la persona que ha de ser su heredero, en previsión de que muera antes de llegar a la edad de testar. Hay un solo instrumento y dos disposiciones que afectan a dos patrimonios hereditarios distintos: el del progenitor y el del hijo, que pueden tener, también, un régimen distinto según los bienes provengan del padre, de la madre o de tercero. En esta sede, únicamente me limitaré a destacar que, en relación con la legítima, el art. 425-9 reduce la base sobre la que debe calcularse aquella, al disponer que los legitimarios del impúber únicamente tienen derecho a la legítima en la herencia propia de éste, es decir, excluye los bienes que procedan de la herencia del progenitor. Se trata de una norma que en el derecho anterior se formulaba tanto para la sustitución pupilar como para la ejemplar, pero que ahora materialmente sólo aparece en la pupilar (art. 425-9 CCCat), lo que en ningún caso significa que se limite a ésta, puesto que la genérica remisión que desde la sustitución ejemplar se hace a la pupilar presupone dicha aplicación.

Por lo que respecta a la sustitución ejemplar, la única novedad –según se destaca en el Preámbulo– afecta a las reglas de designación de sustitutos, respecto de las cuales se ha adoptado un criterio más adecuado a la realidad social actual. En efecto, según el art. 425-12 CCCat, la sustitución ejemplar debe ordenarse a favor de: (i) Descendientes, y ahora también del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja, del incapaz (en mi opinión, puede hacerse indistintamente a uno u otro). (ii) En su defecto, se puede ordenar a favor de parientes del incapaz dentro del cuarto grado de consanguinidad en línea colateral. (iii) Finalmente, si faltan unos y otros, se puede ordenar a favor de cualquier persona. En el apartado 2 se privilegia a unas personas que pasan por delante de las referidas anteriormente, es decir, que no se ven afectadas por dicho orden. Se trata concretamente de las personas (físicas o jurídicas) que hayan ejercido la tutela del incapaz o asumido su atención personal o la prestación de alimentos, y efectivamente los hayan cumplido hasta la muerte de aquél.

### 2. Sustitución vulgar

En líneas generales, la regulación de la sustitución vulgar también conserva los trazos fundamentales que tenía en el Código de sucesiones. Baste con señalar que el art. 425-1 CCCat la continúa tratando como un supuesto de institución de heredero para el caso de que se frustre la primera institución (a modo de condición). Ello no obstante, como veremos inmediatamente, el art. 425.4 CCCat considera que existe una delación simultánea, lo que no acaba de encajar con dicho carácter condicional. En efecto, el art.

425-4 CCCat ha cambiado el criterio determinante del momento en que se produce la delación: ahora se afirma que sustituto y sustituido reciben la delación al mismo tiempo, lo que significa que si el sustituto premuere al sustituido transmitirá a sus herederos el mismo derecho que el tenía. Es decir, si por cualquier causa el sustituido no llega a ser heredero podrán entrar como sustitutos los herederos del sustituto. En cambio, en el derogado Código de sucesiones, dado que la delación a favor del sustituto (art. 4 CS) se producía cuando se había frustrado el llamamiento, si en el interin premoría, el llamado como sustituto nada transmitía a sus herederos. Se ha optado, pues, por una norma que pretende favorecer a los herederos del sustituto vulgar, en la línea de lo que ya disponía el art. 258 CS (actual 427-6.2) para la sustitución vulgar en el legado.

Si lo que, efectivamente, se ha pretendido con dicho cambio es que puedan entrar los herederos del sustituto, quizás hubiera bastado con configurarlo como un supuesto de transmisión de la vocación, no de la delación. Efectivamente, en buena técnica sucesoria, mientras no se frustra el primer llamamiento, el sustituto no puede aceptar ni repudiar, de lo que resulta que no tiene delación. Dicho en otras palabras, si ambos -sustituido y sustituto- tuvieran la delación al mismo tiempo se trataría de coherederos, y no lo son. Desde otra perspectiva, afirmar que ambos tienen la delación significa que la facultad de aceptar o de repudiar la herencia caduca al mismo tiempo (30 años), aunque el sustituto sólo pueda aceptar una vez se ha frustrado el llamamiento al primer instituido, sin perjuicio, claro está, de que pueda acortar el plazo del otro mediante la *interrogatio in iure*.

### 3. Sustitución fideicomisaria

A pesar de que el Preámbulo de la ley por la que se aprueba el Libro cuarto anuncia que, en materia de fideicomisos, se ha abordado una revisión a fondo de la normativa para simplificarla y adaptarla a la realidad social, lo cierto es que el Libro cuarto conserva buena parte de la anterior regulación sin grandes cambios. Se descarga, eso sí, de algunas normas poco adecuadas a la realidad social actual y se eliminan también otras de carácter interpretativo, con la voluntad expresa de que los artículos derogados que no se opongan a la regulación ahora vigente pasen a incorporarse a la tradición jurídica catalana.

La novedad más importante es, quizás, la que se refiere a los fideicomisos familiares, es decir, aquellos en los que los fideicomisarios son descendientes, hermanos o sobrinos del fideicomitente. En relación con esta clase de fideicomisos, el art. 426-10.3 CCCat aclara que el fideicomitente puede llamar sucesivamente a personas que no pasen de la segunda generación, sin limitación en el número de llamamientos; entendiéndose que la primera generación la constituyen los hijos o sobrinos del fideicomitente.

Si el fiduciario es una persona jurídica, se aplica una norma parecida a la del usufructo y a la de los derechos de aprovechamiento parcial, es decir, se fija una duración máxima de treinta años (art. 426-10.4 CCCat). Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en el usufructo el límite de los 30 años opera como regla de defecto y que la autonomía de la voluntad puede elevarlo hasta 99, cosa que no es posible en el fideicomiso.

Para finalizar este apartado me referiré brevemente al fideicomiso de residuo y a la sustitución preventiva de residuo. Respecto del primero, la nueva regulación se aparta de los precedentes. El art. 426-51 CCCat ya no distingue entre el fideicomiso *eo quod supererit* y el *si aliquid supererit*. En fin, puede afirmarse que el fideicomiso de residuo grava globalmente un valor, no bienes concretos. Por otra parte, tampoco se prevé la limitación de una cuarta parte que antes se establecía para el *eo quod supererit*, y que la doctrina denominaba cuarta inversa, en el sentido de que constituía un incentivo o garantía de que el fideicomisario recibiría efectivamente algo. Ahora dicha limitación queda exclusivamente en manos del causante, quien libremente puede hacer la previsión que tenga por conveniente.

## V. La sucesión contractual como instrumento de planificación de la sucesión en la empresa familiar

Las principales críticas que la doctrina había dirigido a la anterior regulación de los heredamientos se habían centrado, especialmente, en dos puntos: en primer lugar, que la institución contractual de heredero hubiera de vincularse necesariamente al matrimonio y, en segundo, que sólo pudiera adoptar la forma capitular.

El legislador catalán ha hecho suyas estas objeciones y ha optado por un modelo más abierto que, sin abandonar totalmente el ámbito familiar, prescinde de la necesidad de que concurra la causa matrimonial, de manera que los capítulos han dejado de ser un requisito de validez (forma *ad solemnitatem*) y la sucesión contractual ya no se limita a la de los padres por los hijos o recíproca (mutual) entre cónyuges. Con ello se ha pretendido ajustar la configuración tradicional de los heredamientos a la actual realidad económica y empresarial del país, de ahí que se ponga especial énfasis en su posible utilidad, junto con el protocolo familiar, para la planificación de la sucesión en la empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional. Ésta no es, sin embargo, la única finalidad de los pactos sucesorios, y quizás la práctica demuestre que ni tan siquiera sea la principal, puesto que en el ámbito de la empresa familiar creo que el papel de mayor relevancia lo seguirán desempeñando los mecanismos propios de las sociedades mercantiles; me refiero a las cláusulas que restringen la transmisión de acciones y participaciones, las que regulan las prestaciones accesorias y las que permiten acciones y participaciones sin voto. Antes bien, creo que los pactos sucesorios, fuera del ámbito empresarial, se van a convertir en un instrumento sumamente eficaz en la protección de la voluntad del causante que instituye heredero a quien cuida de él o de su cónyuge o conviviente (en el marco de las personas enumeradas en el art. 431-2 CCCat); es decir, pueden ser una herramienta fundamental para evitar que el causante, en momentos en que sus facultades de decisión empiezan a flaquear y, a menudo influenciado por alguien que pretende reemplazar al inicialmente instituido, otorgue una nueva disposición testamentaria revocando la anterior.

Por lo que se refiere a su nueva tipología, baste decir que el Código civil de Cataluña ha optado por una tipificación bastante diferente a la prevista en el Código de sucesiones, adoptando como eje el título sucesorio (universal o particular) que se atribuye. Así, pues, distingue entre los pactos de institución de heredero (para los que se mantiene el nombre de heredamiento) y los de atribución particular. Ambos se pueden otorgar a favor de uno o de algunos de los otorgantes, incluso recíprocamente, o a favor de terceros no intervinientes. También es posible combinar una institución a favor de los otorgantes con otra a favor de terceros; éste sería el caso, por ejemplo, del heredamiento mutuo con el pacto de que, a la muerte del superviviente, los bienes hagan tránsito a los hijos -art. 431-20.2 CCCat-. Se ha conservado, como digo, la nomenclatura tradicional (hasta ahora referida a los heredamientos otorgados a favor de los contrayentes) que distinguía entre heredamiento *simple*, *mixto* (que aún sin utilizar el nombre se mantiene implícitamente en el art. 431-19.1 CCCat) y el *cumulativo*.

El art. 431-1 CCCat define los pactos sucesorios como un convenio entre dos o más personas relativo a la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, por el que se instituyen uno o más herederos o se realiza alguna atribución a título particular. Formalmente, se perfeccionan mediante el acuerdo de todos los otorgantes, pero materialmente, constituyen un negocio unilateral, en el sentido de que no se basan en la estructura propia de los contratos que comportan relaciones obligatorias recíprocas. Podría parecer dudoso que esto fuera así en el caso en que se hubiera estipulado, por ejemplo, que el favorecido debe cuidar del causante, pero el art. 431-6.1 CCCat excluye que se trate de una auténtica contraprestación, ya que lo configura como una carga. De hecho, la mayor parte de los preceptos que integran el Título III no encajan bien con las normas que son propias de las relaciones contractuales recíprocas; así, además de la norma que posibilita la imposición de cargas al favorecido por el pacto (art. 431-6 CCCat), la que permite revocar unilateralmente el pacto si no se cumplen las cargas impuestas al favorecido pero no prevé poder exigir su cumplimiento forzoso (art. 431-14.1 a, CCCat), tampoco encaja en aquella concepción; y lo mismo la que permite revocar si concurre causa de indignidad (art. 431-13 CCCat).

Ha quedado lejos, pues, la concepción histórica de los heredamientos como un *do ut des* entre el heredante, que instituía heredero a su hijo, y el progenitor del otro contrayente que constituía la dote. La progresiva regresión social de la dote y su posterior configuración como voluntaria acabaron por diluir totalmente el sinalagma heredamiento/dote. Así pues, puede afirmarse que el acuerdo o convenio irrevocable sobre la institución de heredero (o atribución particular) celebrado entre el causante y alguna de las personas referidas en el art. 431-2 CCCat no requiere que el otorgante no causante deba hacer nada a cambio. Ahora los pactos sucesorios responden más bien a un esquema similar al de los negocios gratuitos, donde una de las partes es el disponente y la otra, normalmente, el favorecido, a pesar de que ello no encaja bien con que el favorecido sea un tercero.

## VI. Los derechos sucesorios legales del cónyuge viudo o del conviviente en unión estable de pareja y la cuarta viudal

El código equipara los derechos sucesorios legales en el matrimonio y en la convivencia en unión estable de pareja, y ello tanto en relación con la cuarta viudal como respecto de la sucesión intestada. Ahora bien, a diferencia del decaído Proyecto de ley del Libro cuarto del Código civil de Cataluña de 2005, en el que se exigía una convivencia de cuatro años, la regulación recientemente aprobada no fija ningún requisito temporal específico para las uniones estables de pareja, por lo que bastarán los dos años de convivencia que se exigen para su constitución fáctica.

Paso a exponer, en primer lugar, las novedades que el Código civil de Cataluña ofrece en el ámbito de la sucesión intestada del cónyuge o conviviente para referirme, posteriormente, a la cuarta viudal.

### 1. Sucesión intestada

En líneas generales el Código mantiene el orden de suceder *ab intestato* que ya se contenía en el derogado Código de sucesiones, con algunas novedades que se dirigen, precisamente, a reforzar la posición del viudo.

La Ley llama en primer lugar a la *línea directa descendente*, esto es, a los hijos por derecho propio y a los descendientes por derecho de representación (art. 442-1 CCCat). Todo ello, sin perjuicio de los derechos que corresponden al cónyuge viudo o al conviviente en unión estable de pareja, a los que inmediatamente me referiré. En este punto, el Libro cuarto incorpora la novedad de que si todos los hijos del causante repudian la herencia en vida del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja y éste es el progenitor común, la herencia no se defiende a los nietos o descendientes de grado ulterior, sino al viudo o conviviente superviviente (art. 442-2.2 CCCat). Se trata de una muestra más de cómo el derecho fiscal influye decisivamente en las iniciativas legislativas de derecho sustantivo; en efecto, es obvio que con esta nueva norma se ha pretendido evitar que las renunciaciones de los hijos a favor del viudo, por otro lado bastante frecuentes, se puedan configurar como renunciaciones traslativas, o lo que es lo mismo, como una doble transmisión y, consiguientemente, doble tributación, primero por la adquisición de la herencia por los hijos y, posteriormente, por la transmisión de éstos al viudo. La consecuencia práctica es que ahora el problema fiscal se traslada a aquellos casos en los que lo que se pretende realmente por los renunciantes es favorecer a los hijos, puesto que al alterarse el efecto legalmente previsto, es ahí donde la renuncia adquirirá carácter traslativo.

A falta de hijos y descendientes, el *cónyuge viudo o, en su caso, el conviviente superviviente en una unión estable de pareja*, suceden en la totalidad de la herencia. Si concurren con hijos o descendientes, el art. 442-3 CCCat les atribuye el usufructo universal de

la herencia, con la posibilidad de conmutarlo por una cuarta parte alícuota de la herencia, además del usufructo de la vivienda familiar<sup>11</sup>. El hecho de que ahora el usufructo se extienda también a las legítimas es una muestra más del reforzamiento de la posición del viudo que guía todo el Libro cuarto. La nueva regulación diluye, además, el carácter del usufructo como derecho vinculado a la viudedad, puesto que ahora no se pierde por contraer nuevo matrimonio o pasar a vivir en unión estable.

Si no hay hijos, ni descendientes, ni cónyuge o conviviente en unión estable de pareja, la Ley llama a la *línea directa ascendente*, es decir, a los progenitores, por partes iguales, y si sólo vive uno, éste será quien reciba toda la herencia (442-8 CCCat). A falta de progenitores, la herencia se defiende a los ascendientes de grado más próximo. Si hay dos líneas, se divide por líneas y, dentro de cada línea, por cabezas.

Si tampoco hay ascendientes, la herencia se defiende a la *línea colateral*: en primer lugar a los hermanos e hijos de hermanos y, si no los hay, a los otros parientes colaterales hasta el cuarto grado.

En último lugar, a falta de parientes en el grado antes señalado, sucede la *Generalitat de Catalunya*.

## 2. Cuarta vidual

El Código ha procedido a una regulación de nueva planta de esta institución, que -a pesar de que ha mantenido la denominación de vidual- pasa en primer lugar por su ampliación a las uniones estables de pareja y, sobre todo, también por un nuevo planteamiento con el que se pretende garantizar que el viudo no quede en peor situación de la que, en su caso, tendría si la convivencia se hubiera roto en vida. Para ello se han actualizado los requisitos que deben concurrir para su reclamación. En concreto, se ha sustituido la referencia a la congrua sustentación por otro parámetro más ajustado a la realidad social actual, como es el de la satisfacción de las necesidades vitales del viudo, que el Código completa acudiendo a criterios similares a los que el aún vigente Código de familia utiliza para la determinación de la pensión compensatoria en los supuestos de crisis de la pareja, esto es, el nivel de vida, la edad, la salud, los ingresos y las perspectivas económicas previsibles (art. 452-1.2 CCCat). Paralelamente, para su cálculo, el Código acude a reglas tomadas de la legítima, posibilitando la reducción y la supresión de legados y donaciones.

---

11. Como señala FERRER I RIBA ("Tradicó heretada...", *cit.*, pág. 30), es fácilmente imaginable pensar que se optará preferentemente por esta alternativa, puesto que permite disfrutar del bien del caudal hereditario normalmente más valioso y de algo de efectivo (que en los patrimonios de escasa importancia incluirá la cuarta parte de la misma vivienda).

## VII. La adquisición de la herencia y la aceptación a beneficio de inventario

La nueva regulación conserva el mismo sistema que el Código de sucesiones establecía para la aceptación y repudiación de la herencia (art. 461-1 y ss.) y de los legados (art. 427-14 y ss.). Mantiene asimismo el carácter preferente del derecho de transmisión sobre la sustitución vulgar (art. 425-4, 461-13) y el derecho de acrecer en defecto de ésta. Por lo que respecta al derecho de acrecer, se prescinde de la exigencia del llamamiento conjunto, seguramente porque, en la práctica, quedaba desvirtuado por los efectos del denominado incremento forzoso.

La unidad sistemática que proporciona un código general permite simplificar la regulación de la comunidad hereditaria por vía de remisión al régimen de la comunidad de bienes (Libro quinto), con lo que no sólo se produce una importante simplificación y unificación de estilo, sino que se evitan innecesarias reiteraciones y remisiones externas.

Finalmente, para completar este apartado relativo al régimen de adquisición de la herencia, me referiré al beneficio de inventario, sobre el que, en primer lugar, debe afirmarse que la nueva regulación facilita en gran manera. En efecto, el heredero puede adquirir la herencia a beneficio de inventario, con tal que lo tome, antes o después de aceptarla, según lo dispuesto en el artículo 461-14 CCCat. Y puede hacerlo aunque haya aceptado la herencia sin manifestar la voluntad de acogerse a él o, incluso, habiendo manifestado que acepta pura y simplemente (art. 461-17.2 CCCat).

El propio Preámbulo de la Ley advierte que ésta avanza hacia "la generalización de la limitación de responsabilidad del heredero a los bienes recibidos por herencia y lo hace extendiendo las consecuencias del beneficio de inventario, como efecto legal, a los herederos que efectivamente han practicado inventario, aunque no hayan manifestado la voluntad de acogerse a dicho beneficio o, incluso, aunque hayan manifestado que la aceptan de manera pura y simple. Lo que cuenta, al fin y al cabo, es haber practicado, en el plazo marcado por la ley (6 meses), un inventario fiel...". Es más, a estos efectos se admite el inventario realizado en documento privado, que se presente a la administración tributaria a los efectos de la liquidación del impuesto de sucesiones (art. 461-15.2 CCCat).

## VIII. La documentación electrónica y los negocios testamentarios

El nuevo Código prevé la posibilidad de redactar el testamento cerrado en soporte electrónico firmado con firma electrónica reconocida (art. 421-14), y lo mismo la memoria testamentaria (art. 421-21.1). En mi opinión, ésta es una técnica que, dado el riesgo de suplantación de la personalidad que comporta, no garantiza suficientemente la autenticidad de la voluntad declarada por el testador. Ello no obstante, cuando se

circunscribe al testamento cerrado, donde el testador debe declarar que aquello es su voluntad, dicho riesgo se minimiza, aunque sigue planteando otros distintos como la perdurabilidad del soporte y la caducidad del certificado. No puede decirse lo mismo, por el contrario, de la aceptación genérica que se hace para las memorias testamentarias<sup>12</sup>. Paralelamente, la DA 2ª pretende dar respuesta a los supuestos en que el testador es una persona con discapacidad sensorial, pero en realidad dada la falta de competencia legislativa de la Generalitat en materia de instrumentos públicos, resulta una norma aparentemente vacía de contenido y acaba remitiéndose a lo que en el futuro disponga el legislador estatal. Concretamente, dicha disposición establece que cuando la legislación notarial haga posible la utilización del braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte la comprensión oral, la lectura o la escritura, en el otorgamiento de documentos notariales se han de aplicar esos medios con los efectos previstos e los artículos 421-8, 421-10.2 y 421-14.5 CCCat.

Decía que la carencia de contenido de la norma era aparente, porque algún autor sostiene que la disposición adicional segunda permite interpretar la legislación notarial vigente de una manera mucho más amplia, aplicando un régimen parecido al que el propio Libro cuarto prevé para las lenguas no oficiales desconocidas por el notario. El mismo autor destaca que, en relación con el lenguaje de signos, lo previsto en ella ya se venía cumpliendo en Cataluña según las previsiones de la Circular del Colegio de Notarios de Cataluña de 19 de octubre de ese mismo año, que posteriormente asumiría el Real Decreto 45/2007<sup>13</sup>.

---

12. Vid., más ampliamente, el comentario al art. 421-21 de Marian GILI SALDAÑA, en EGEA/FERRER (Dir.) /ALASCIO (Coord.), *cit.*, Vol I, 2009, págs. 245-251, en pág. 247.

13. Lluís JOU I MIRABENT, en EGEA/FERRER (Dir.) /ALASCIO (Coord.), *cit.* Vol II, 2009, págs. 1721-1724, en pág. 1723



erecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares:  
de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de su  
ares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Dere  
e sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las  
erecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares:  
de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de su  
ares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Dere

# Derecho de las

: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derech  
ucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Isl  
cho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: de  
Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de suces  
: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derech  
ucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Isl  
cho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: de

# cho civil s Islas Baleares

# Derecho civil de las Islas Baleares

ivil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de suce  
nes Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: de  
echeo de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las I  
de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derech  
Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de suce  
de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: d  
leares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las I  
de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derech  
Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de suce  
de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: de  
leares: derecho de sucesiones Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones Derecho civil de las I

# Derecho civil de las Islas Baleares: derecho de sucesiones

Texto de:  
Miguel Coca Payeras

## I.- Aspectos generales

El ordenamiento o derecho civil de las Islas Baleares (en adelante, DCIB), y por ende la regulación sucesoria contenida en el mismo, ofrece tres notas que lo distinguen de otros ordenamientos civiles de CCAA españolas: sus escasos contenido normativo y grado de diferenciación, así como su heterogeneidad aplicativa.

### 1.- Escaso contenido normativo

El escaso contenido normativo, es consecuencia de una manifiesta ausencia -imputable a los diferentes partidos o coaliciones que han gobernado hasta la fecha- de una política legislativa tendente a actuar las competencias que constitucionalmente tiene la CAIB, para el desarrollo del derecho civil propio

Fiel reflejo de lo que decimos es que el texto legal básico de nuestro Derecho Civil propio continúa siendo la Compilación del Derecho Civil de Baleares, aprobada por el Decreto-Legislativo 79/1990 de 6 de Septiembre que aprobó el Texto refundido de la misma, y que únicamente se han promulgado dos leyes modificativas:

- Ley 7/1993, de 20 de Octubre, de reforma del art. 2 de la Compilación.
- Ley 3/2009 de 27 Abril sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento en relación a la violencia doméstica.

Tampoco ha tenido lugar un destacable desarrollo legislativo al margen de la Compilación, pues sólo cabe reseñar la Ley 18/2001, de 19 de Diciembre, de parejas estables, y el Decreto 112/2002 creador del Registro de Parejas Estables, junto a otros de menor entidad jurídico-civil como la Ley 2/2006 de voluntades anticipadas, o la Ley 18/2006 de Mediación familiar. Esa penuria normativa se corresponde lógicamente con una menguada doctrina jurisprudencial del órgano de casación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de

Justicia de las Islas Baleares (en adelante, TSJIB) que en los últimos veinte años (desde el año 1990) ha dictado sólo 24 sentencias civiles. Con todo, de ellas 10 lo son en materia sucesoria, lo que revela la importancia relativa de este sector. Y dentro de la materia sucesoria:

- Las STSJIB 1/2009 de 30 de enero, y la 2/2009 de 27 de julio, versan sobre legítimas.
- Las STSJIB 1/1992 de 28 de mayo, y la 3/2001 de 20 de diciembre, sobre la definición o pacto de renuncia a la legítima o a los derechos sucesorios en general.
- La STSJIB 1/1993 de 21 de mayo se dictó en relación a la sustitución fideicomisaria, y las STSJIB 1/2000 de 8 de febrero y la 1/1991 de 28 de febrero mas particularmente sobre el derecho de los herederos del fiduciario a detraer la cuarta trebeliánica.
- En relación al derecho sucesorio contractual se han dictado dos sentencias, la STSJIB 2/2006 de 28 de febrero relativa a los heredamientos en Eivissa, y la STSJIB 1/2001 de 28 de septiembre sobre las donaciones universales en Mallorca.
- Por último, la ya citada STSJIB 1/1992 de 28 de mayo, trató también el tema de la aplicación en Mallorca del derecho de reversión del art. 812 CC, y la STSJIB 4/2005 de 24 de noviembre versó sobre la validez de un curioso legado de una capilla con carga modal consistente en "mantener la liturgia tridentina". No puedo dejar de señalar que el Letrado de la parte cuyas pretensiones fueron estimadas fue el Prof. Don Vicente Montés Penades, cuya memoria no puedo dejar de evocar en este momento y lugar.

## 2.-Su heterogeneidad

Como se deduce de la alusión somera al contenido de las anteriores sentencias que venimos de hacer, el DCIB no sólo se inserta en el marco de un Estado plurilegislativo en la materia, sino que en sí mismo es heterogéneo aplicativamente hablando. Es esta una visión interna al propio ordenamiento civil de las islas Baleares.

La homogeneidad de un ordenamiento tiene que ver con el grado de aplicabilidad de sus normas en relación al total ámbito de ese mismo ordenamiento. Será absolutamente homogéneo aquel en el que exista una única regulación o bloque normativo para un determinado supuesto de hecho, de forma que no sean precisos criterios de aplicación internos. Y será más heterogéneo, en la medida en que dentro del mismo coexistan diferentes bloques normativos reguladores de un mismo supuesto de hecho, siendo precisa la existencia de criterios de aplicación internos o propios.

Nuestro DCIB es heterogéneo, en la medida en que junto a bloques normativos únicos o comunes, existen bloques normativos específicos o particulares de las diferentes islas que conforman el territorio de la CA.

### 2.1.-El bloque normativo común

En concreto, el bloque normativo común o único se conforma por:

- a) Estatuto de Autonomía (en adelante, EAIB), cuya consideración como ordenamiento propio es, desde luego, discutible en tanto que su fuente es estatal.
- b) Título Preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Baleares (en adelante, CDCB).

c) Ley 18/2001 de 19 de diciembre de parejas estables y Decreto 112/2002, aunque la homogeneidad de esta regulación es matizable, como veremos a no tardar.

a) Advirtamos que en el EAIB aprobado por la Ley Orgánica 2/1983, se mencionaba constantemente el término unitario "*Derecho civil especial de las Islas Baleares*", pero a la hora de establecer la competencia legislativa, en el art. 10,1,21 literalmente se refería a la: "*Conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles especiales de la Comunidad Autónoma*".

En la redacción dada por la Ley Orgánica 3/1999, se suprimió la calificación de "*especial*" y se singularizó su dicción, refiriéndose a *Dret civil de les Illes Balears* (arts. 6,2 50,2 52,1,a) 54,2 y 56,2) a *Dret civil de la Comunitat Autònoma* (arts. 7, y 10,23) y a *Dret privat de les Illes* en el art. 52,1,e).

En el Estatuto aprobado por la Ley orgánica 1/2007 de 28 de febrero, actualmente vigente, se apuesta decididamente por la denominación de *Dret civil de les Illes Balears* (arts. 9,3 87,2 97,2 y 99,2), aunque a la hora establecer la competencia legislativa sobre el mismo y la de la Sala de lo Civil y Penal del TSJIB se refiere al *Dret civil propi de les Illes Balears* (art 30,47 y 94,1 a), sin que falte tampoco la denominación *Dret civil de la Comunitat Autònoma* a la hora de establecer su eficacia territorial(art. 10).

b) El Título Preliminar de la CDCB, se intitula "*De la aplicación del derecho Civil de Baleares*", y es la única parte de la Compilación de aplicación común, integrando lo que hemos llamado el bloque normativo único o común.

Se compone de 2 artículos. El primero atañe a las fuentes, y criterios de preferencia y supletoriedad, y el art. 2,2º párf alude al criterio de aplicación (la vecindad civil) y a "*los conflictos interinsulares de normas*", diciendo que se regularán por el CC. Tales conflictos interinsulares, consecuencia directa de la predicada heterogeneidad, sólo pueden ser resueltos, hasta la fecha, de la mano del art. 15,4 CC: *La dependencia personal respecto de una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral dentro del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y del anterior*. La vecindad local como criterio para solucionar los conflictos internos de aplicación, que en nuestro caso es la llamada vecindad insular, sobre cuya adquisición y pérdida no existen normas por lo que se aplican las propias de la vecindad civil.

Si, como estamos viendo, los dos únicos preceptos de la CDCB que son comunes o generales al DCIB no regulan institución alguna, sino que son instrumentales, quiere decir ello que la noción de vecindad civil balear es inútil en el ámbito de la CDCB, pues mediante ella, no llegaremos a la aplicación de norma concreta alguna en las materias sustantivas reguladas.

Por esta senda, el concepto que deviene útil es el de vecindad civil mallorquina, menorquina, ibicenca o formenterense, pues ellos sí que nos llevan a normas materiales o sustantivas.

c) Paradójicamente la vecindad civil balear sólo ha cobrado valor jurídico, tras la aparición de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre, de parejas estables, que es el único bloque normativo sustantivo de aplicación en todo el ámbito de la CAIB, y que por ello la contempla (art. 2,2), aunque con técnica errónea. Y ello sin que se haya planteado el más mínimo recelo por parte de los sectores tradicionalmente combativos con la unidad del DCIB (Ibiza y Formentera).

De forma que, a día de hoy tenemos una regulación heterogénea entre las islas para el matrimonio, y una común para las parejas estables, aunque la remisión a los derechos sucesorios del cónyuge viudo que contempla esta Ley como propios del conviviente sobreviviente (art. 13), mantiene en esta materia sucesoria la heterogeneidad.

## 2.2.-Los bloques normativos heterogéneos

Son los siguientes:

a) El Libro I CDCB.-De las disposiciones aplicables en la Isla de Mallorca, que contiene tres títulos. El I sobre el régimen económico conyugal (arts. 3 a 5). El II, de las sucesiones, es el más extenso (arts. 8 a 53), y el III dedicado a los derechos reales (arts. 54 a 63), básicamente dedicado al los censos y a una modalidad propia de dominio dividido llamada alodio.

b) El Libro II CDCB.- De las disposiciones aplicables en la Isla de Menoría, contiene únicamente dos artículos. El primero (art. 64) sobre un contrato agrario conocido como la sociedad rural menorquina, y el siguiente (art. 65) consiste en una remisión a gran parte de los preceptos del Libro I.

c) El Libro III Comp.-De las disposiciones aplicables en las Islas de Ibiza y Formentera, consta de cuatro títulos. El I, atinente al régimen económico conyugal (arts. 66 a 68); el II también en este caso el más extenso, sobre la sucesiones por causa de muerte (arts. 69 a 84); el III que regula un derecho real de habitación (art. 85); y el IV que aunque se intitula de las obligaciones y contratos, sólo contempla un contrato agrario, la explotación *a majoral* (art. 86).

Además, entre esos bloques normativos no existe conexión alguna por la vía de la supletoriedad, y sólo una muy débil por el cauce remisorio del art. 65 antecitado.

De forma que, a pesar de lo que el último párrafo del art. 3 CDCB dice literalmente que la aplicación del Código Civil y demás leyes civiles estatales tendrá lugar supletoriamente en defecto de ley y costumbre del Derecho balear, es lo cierto que, por ejemplo, en defecto de norma y costumbre ibicenca sobre una cuestión, se acude como supletorio al CC, sin pasar por las normas de Mallorca y Menorca, y al revés. Pese a lo cual, el mismo precepto habla de los principios del ordenamiento jurídico balear, como freno a la entrada como supletorio de las normas estatales.

Es decir, la esencia de lo que tradicionalmente se ha considerado que constituye el Derecho Civil Balear (régimen económico, sucesiones, derechos reales) carece por completo de homogeneidad.

Y además, en la propia Exposición de Motivos de la CDCB se expresa una, en mi opinión peligrosa concesión al historicismo que contraría los principios del Estado de derecho, cuando se afirma que *"se ha considerado la absoluta formación democrática de todas las reuniones de los juristas de Ibiza durante estos años, y la consiguiente legitimidad de la representación inherente a sus mandatarios en las tareas de revisión del Libro III de la Compilación"*.

Obviamente el Libro III de Ibiza tiene toda la legitimidad democrática que le da el haber sido aprobado por el Parlament, pero me parece peligroso que la cámara aluda a una legitimidad democrática de un grupo de juristas, que podrán tener la mayor competencia profesional, pero nunca la pretendida legitimidad.

### 3.-El escaso grado de diferenciación

El grado de diferenciación de un ordenamiento, se mide por el número de remisiones que lleva a cabo a otros ordenamientos o bloques normativos.

Desde esta perspectiva, nuestro DCIB que es parco, en la medida en que la competencia para desarrollarlo tras la adaptación de la CDCB a la Constitución, sólo se ha ejercitado al aprobar la Ley 18/2001, tiene también un escaso grado de diferenciación, por la existencia de numerosas remisiones externas.

Esas remisiones, además, cuando se hacen desde la CDCB al CC son estáticas, por así establecerlo la Disp. Final 2ª: *"se entienden hechas en la redacción vigente a la entrada en vigor de esta Ley"*. De modo que, las reformas operadas en los preceptos del CC a los que se remite la CDCB no afectan al DCIB.

Para comprobar la certeza de lo que decimos, nos vamos a detener en las concretas remisiones que hace tanto la CDCB como la Ley 18/2001.

#### 3.1.-Remisiones de la CDCB

**3.1.1.** En el Libro I (Disposiciones aplicables a la isla de Mallorca), existen remisiones:

**a)** A concretos preceptos del Código Civil: Art. 8 (Donación universal) remite al art. 1342 CC (ineficacia tras el año sin contraer matrimonio); el art. 42 (Legítima), remite a los arts. 761 y 857 CC sobre derechos de los hijos o descendientes del desheredado e indigno; el art. 43 (Legitimarios), remite a los arts. 811 y 812 (reserva troncal); el art. 45 (Legítima del cónyuge viudo), remite al 835 CC (pleito de separación inacabado, y reconciliación); el art. 48 (Naturaleza y pago legítima), remite al 839 y 840 CC (conmutación del usufructo..).

**b)** A la regulación del Código Civil: art. 4,3 (donaciones entre cónyuges), remite a las causas de ingratitud establecidas en el CC. (Advertir que el art. 648 CC fue reformado por la Ley 11/1990 de 15 de Octubre, en actuación del principio de igualdad entre sexos, pero al ser la remisión estática siguen vigente en el DCIB las causas derogadas en el CC); el art. 24 (acrecimiento), remite a los preceptos del CC sobre tal materia; el art. 46 (desheredación), remite a las causas previstas en el CC; el art. 52 (formalidades testamento), remite a las formalidades previstas en el CC; el art. 53 (sucesión Aabintestato), remite a *"lo dispuesto en*

el CC"; y el art. 54 (*estatge*), remite a "lo dispuesto en el CC sobre el derecho de habitación".

**c)** A la Regulación del Código Civil con límites: el art. 55 (censos y alodio), remite supletoriamente a lo dispuesto por el CC, con excepción de los arts. 1636-1642 (derechos de tanteo).

**d)** A la Ley Hipotecaria. El art. 48 (Naturaleza y pago legítima), remite al art. 15 LH.

**e)** Al régimen que tradicionalmente ha sido de aplicación en la isla: art. 5 (dote), remite supletoriamente "al régimen que tradicionalmente ha sido de aplicación en la isla".

**f)** Por último existen no pocas remisiones internas al propio Libro I.

**3.1.2.** En el Libro II (Disposiciones aplicables en la isla de Menorca), sus dos preceptos son remisorios. El art. 64 (sociedad rural menorquina), y el art. 65 a los usos y costumbres.

**3.1.3.** En el Libro III (Disposiciones aplicables en las islas de Ibiza y Formentera), las remisiones son:

**a)** A concretos preceptos del Código Civil: art. 79 (Legitimarios), remite al 809 y 810 CC en cuanto a la legítima de los padres; el art. 80 (determinación de la legítima), remite al 761 y 857 CC, de la misma forma que vimos que lo hace el art. 42 Comp. (sobre derechos de los hijos o descendientes del desheredado e indigno); y el art. 83 (acrecimiento), efectúa una nueva remisión al 761 y 857 CC.

**b)** A la regulación del Código Civil: art. 70 (sucesión testamentaria), y art. 84 (sucesión intestada).

**c)** A la costumbre: art. 66,5 (dote o *escreix*).

**d)** Existen igualmente remisiones internas, al propio Libro III, aunque escasas.

**e)** Remisiones internas a la propia CDCB: art. 70 (sucesión testada), remite al 52 del Libro I (formalidades); y el art. 77 (pactos de renuncia a la legítima), remite a la "regulación de la definición mallorquina", en cuanto tiene de compatible con la función y significado usuales en Ibiza y Formentera.

### **3.2.-Remisiones de la Ley 18/2001 de parejas estables**

Por último, la Ley 18/2001, contiene también una serie de remisiones sin prever su carácter estático o dinámico. Son las siguientes:

**3.2.1.** A la regulación de una determinada materia: el art. 7, en la medida en que equipara a los miembros de una pareja a la posición de los cónyuges "en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, curatela, incapacitación, ausencia y prodigalidad", efectúa una remisión dinámica, pues si bien hoy la remisión es al CC, en el futuro cabría que fuera normas del DCIB por tratarse de materia conexa o regulable.

**3.2.2.** Al DCIB: el art. 13, en cuanto a los derechos sucesorios del miembro sobreviviente de la pareja, remite a los que prevé para el cónyuge viudo la CDCB; la Disposición Adicional 2ª (derechos y obligaciones de los miembros de la pareja),

remite a los derechos y las obligaciones establecidos para los cónyuges "en el marco competencial normativo de las Islas Baleares".

## II.-Las características del DCIB como derecho civil propio en el marco del Estado español

En este punto, cabe preguntarse por cual es el contenido real de la adjetivación "balear" del DCIB cuya estructura normativa acabamos de esbozar. Podemos decir que ese ordenamiento es balear, o propio, tanto cuanto a su fuente material, como en cuanto a su ámbito de eficacia, como en cuanto a su ámbito aplicativo, como, matizadamente, en cuanto al conocimiento de los recursos de casación y revisión.

### 1.-Fuente y eficacia

En cuanto a su fuente material, no hay duda de que el es el Parlament balear, quien tiene competencia exclusiva para legislar sobre el DCIB, ex art. 30,47 EAIB.

En cuanto a su eficacia, en tanto que ordenamiento autonómico, su referencia es territorial, al territorio de la CAIB. Así lo contempla el art. 10 EAIB: *las normas, las disposiciones y el derecho civil de la Comunidad Autónoma, tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia*. En parecidos términos se pronuncia el primer párrafo al principio del art 2 CDCB: *Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma...*

### 2.-Ámbito aplicativo

Sin embargo, su ámbito aplicativo ni es siempre territorial, ni es homogéneo. En efecto, aun cuando el art. 87,1 del EAIB prevé que para las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, *el derecho propio es aplicable en su territorio preferentemente a cualquier otro*, el art. 9,3 del mismo introduce un factor extraterritorial, concretamente personal, al prever que los extranjeros que teniendo vecindad (administrativa, por supuesto) en cualquier municipio de las islas adquieran la nacionalidad española, *quedan sujetos al derecho civil de las Islas Baleares, salvo que manifiesten su voluntad en contrario*.

De igual forma el primer párrafo in fine del citado art. 2 CDCB, cuando tras afirmar la territorialidad añade: *...Se exceptúan los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban aplicarse otras normas*. Enfoque que refuerza el segundo párrafo en estos términos: *La vecindad y los conflictos interinsulares de normas se regularán por el Código Civil y demás disposiciones de aplicación general*.

Por su parte, el art. 14,1 CC, al que nos remite el citado art. 2 CDCB, establece como criterio aplicativo uno no territorial, sino personal: la vecindad civil balear. Por su parte,

el art. 16,1 CC, en su remisión al art. 9 CC, nos aporta nuevos criterios aplicativos en cuanto al matrimonio (art. 9,2 CC), y a la sucesión por causa de muerte (art. 9,8 CC), que como hemos visto son los dos campos aplicativos más relevantes del DCIB.

Aumenta la complejidad del tema, la dicción del art. 2,2 de la Ley 18/2001, de parejas estables, al establecer un diferente criterio aplicativo, constituido por dos factores: la vecindad civil de, por lo menos, uno de los miembros de la pareja, y la sumisión expresa de ambos a esa Ley.

En esta situación, resulta:

- a) Que un ordenamiento que se define como territorial, es sin embargo aplicable en gran medida bajo criterios extraterritoriales, señaladamente bajo el de la vecindad civil, o la residencia. Ello provoca el que sea tan aplicable en el ámbito de nuestra CA como fuera de ella, aunque como dice la Exposición de Motivos de la CDCB *"la aplicación de nuestro Derecho Civil fuera de su territorio, viene establecido por las normas generales, y en consecuencia no se ha regulado"*.
- b) Que a pesar de que el art. 149,1,8ª reserva al Estado la competencia para legislar sobre esta cuestión, existen normas del DCIB que lo hacen, señaladamente la Ley 18/2001 y adoptando soluciones diferentes a las del Estado.
- c) Que no puede establecerse una regla general sobre los criterios de aplicación del DCIB, por cuanto cada una de las dos leyes que lo integran establecen criterios distintos, y a su vez distintos de los del CC. De forma que resulta más que dificultoso que, como indica la STC 226/1993, el Estado asegure un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles.

### **3.-Ámbito casacional**

En cuanto al conocimiento de los recursos de casación y revisión, el art. 94,1,a) EAIB, establece la competencia de los órganos jurisdiccionales de las islas en el orden civil, *a todas las instancias y grados a los recursos de casación y revisión, en materia de derecho civil propio de las Islas Baleares*. Norma congruente con las del art. 73,1 a) de la LOPJ y del art. 478,1 LEC.

Sin embargo, es sabido que el TSJIB es balear en cuanto a su sede y competencia territorial, pero no es autonómico, no forma parte de la estructura organizativa de la CAIB, y por otra parte los órganos jurisdiccionales radicados en Baleares no tienen la competencia exclusiva para resolver recursos de casación relativos al DCIB, sino únicamente los que se interpongan frente a resoluciones de la Audiencia Provincial de Palma, quedando excluidos los que se articulen contra resoluciones de otras audiencias provinciales aunque versen sobre DCIB, para cuya resolución será competente el TS.

### **4.-Las técnicas de supervivencia del DCIB, a falta de actuación legislativa**

Consecuencia de todo lo que llevamos dicho y de las carencias y debilidades expuestas, es que el DCIB requiere para su supervivencia aplicativa de tres instrumentos o técnicas: la remisión a ordenamientos ajenos, la preferencia o prevalencia, y la subsidiariedad. Instrumentos que si bien consiguen apuntar el DCIB, lo hacen a costa de la aplicación

de normas ajenas, en una flagrante dejación fáctica del *Parlament* balear del ejercicio de la competencia sobre la materia.

Sobre el enorme peso de la técnica remisoria, nos remitimos a lo expuesto en el apartado 1,3, fijando nuestra atención sobre la preferencia y la subsidiariedad.

#### 4.1.-La preferencia o prevalencia

La preferencia o prevalencia es una técnica de relación entre ordenamientos concurrentes, desde la óptica de su aplicación. El art. 87,1 EAIB establece ese criterio pero limitado al territorio de la CAIB, mientras que el primer párrafo del art. 1 CDCB (*El Derecho civil de las Islas Baleares regirá con p al Código Civil y demás leyes estatales...*), establece ese mismo criterio pero sin limitación territorial, lo que permitirá su aplicación indiscriminada en el ámbito español o incluso extranjero.

Ahora bien, al final de ese mismo párrafo se reconoce, creo que sin necesidad, la preferencia sobre las propias de "*las normas de carácter civil que, según la propia CE, sean de aplicación directa y general*".

Sin embargo, esas normas estatales a las que alude el art. 149,1,8ª CE ("*aplicación y eficacia..., relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, y normas para resolver los conflictos de leyes*"), no se relacionan con las del DCIB bajo el criterio de preferencia o prevalencia, sino bajo el de competencia. La única forma de que jugara la prevalencia sería la del supuesto del art. 149,3 mitad CE, que no es el nuestro, pues nuestro EAIB ha asumido la competencia sobre legislación civil.

En suma, la relación entre el Derecho civil del Estado y el DCIB no es de preferencia ni prevalencia, sino de competencia generadora. De forma que, una norma balear que regulara esas materias, no es que debiera ceder en su aplicación frente a la estatal por ser ésta preferente, sino que es nula por inconstitucional y por ello inaplicable.

Sucedería lo mismo, si el Estado regulara, por ejemplo la legítima en Baleares. Pero no sucede lo mismo si el Estado, como sucede en la realidad, regulara las legítimas en general, pues en tal caso esas normas perfectamente constitucionales, ceden en el ámbito del DCIB frente a las propias que son preferentes o prevalentes.

Donde se manifiesta en toda su pureza el principio de prevalencia o primacía es en los conflictos o concurrencias entre el ordenamiento comunitario y los internos de los Estados, entre los que hay que incluir el DCIB. Tal como viene siendo entendido por el TJUE, que resuelve los casos de concurrencia, primando siempre la aplicación de la regla comunitaria sobre la propia.

Todo ello, sin olvidar que la transposición del derecho comunitario relativo a materias propias del DCIB corresponde a esta CAIB y no al Estado, según tiene reconocido la STC 146/1996: "*La ejecución del derecho comunitario, al traslación de su normativa derivada al derecho interno, ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las CCAA... corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas del derecho interno, pues no existe una regla específica para la ejecución del derecho comunitario*"

#### 4.2.-La subsidiariedad

La subsidiariedad, es una técnica adoptada con la finalidad de paliar los efectos de la insuficiencia del ordenamiento civil balear, tanto si esa insuficiencia es estructural, como si es coyuntural.

El art. 87,3 EAIB eleva a técnica aplicativa general del derecho autonómico la supletoriedad o subsidiariedad: *en todo aquello que no esté regulado por el derecho propio de las I, será de aplicación supletoria el derecho del Estado.*

Hablamos de insuficiencia reguladora estructural para referirnos a la falta de regulación respecto de determinadas materias que, aunque su competencia no se halla reservada en exclusiva al Estado, la CAIB carece de competencia para legislar sobre ellas por no existir "conexión" con instituciones propias del DCIB. (V.gr.: propiedad horizontal).

Y hablamos de insuficiencia reguladora coyuntural para referirnos a la falta de regulación respecto de determinadas materias que aunque la CAIB tiene competencia para legislar sobre ellas por existir "conexión" con instituciones propias del DCIB, no se ha desplegado tal competencia.(V.gr.: la adopción, o las donaciones propter nupcias).

Pues bien, tanto en un caso, como en el otro, el instrumento de que sirve el DCIB es la subsidiariedad o supletoriedad del derecho del Estado.

Esta regla se enuncia en el art. 149,3 in fine CE, en el art. 87,3 EAIB, y en el tercer párrafo del art. 1 CDCB, con el límite o filtro de que la norma que entre en aplicación por vía de supletoriedad sea acorde con los principios del DCIB.

### III.-El horizonte normativo

Como he significado al principio de esta intervención, el panorama que ofrece el DCIB es poco halagüeño. Junto al escaso contenido normativo, la ausencia de una política legislativa tendente a actuar las competencias que constitucionalmente tiene la CAIB para el desarrollo del derecho civil propio, imputable a los sucesivos gobiernos habidos desde el año 1990 hasta la fecha, contrasta con el gran impulso que han recibido otros ordenamientos civiles autonómicos, como el valenciano y muy significativamente, el catalán.

Esa inacción normativa va progresivamente distanciando el DCIB de la realidad social y económica de las islas, y amenaza con reducirlo a una muestra testimonial que subsiste no tanto por su contenido material propio como por las aludidas técnicas de remisión, prevalencia y supletoriedad.

#### 1.-La STSJIB 1/1998 de 3 de septiembre, como punto de inflexión

Ciertamente, a partir de la STSJIB 1/1998 de 3 de septiembre, que declaró inaplicable a un matrimonio contraído bajo el régimen de separación de bienes de Mallorca la regla del art. 1320 CC sobre los requisitos para disponer de la vivienda conyugal, se inició una corriente de opinión pública que postuló la necesidad de emprender reformas en nuestro DCIB. Fruto de ello fue el Acuerdo del Consell de Govern de 9 de octubre de 1998 de creación de una Comisión de Expertos para el estudio de una posible reforma de la CDCB.

Dicha Comisión, presidida por la Dra. Doña Pilar Ferrer Vanrell, emitió su Informe en mayo de 1999, en el que advertía que *"si esta Comunidad no realiza un esfuerzo por sentar unas bases claras de política legislativa en esta materia, quedará irremediablemente descolgada del devenir futuro de los Derechos civiles propios del Estado español, malbaratando una oportunidad histórica"*. Se concluía además que: *hay que auspiciar un cambio en la actual política legislativa...de mera conservación de lo existente, hacia una que no descartara su uso como un eficaz instrumento de encauzamiento de los nuevos problemas surgidos en la sociedad civil de las islas.*

Para ello, parece imprescindible la creación de un órgano permanente que sea el encargado, tanto de discernir cuales sean las concretas políticas legislativas a seguir como de elaborar, en su caso, los proyectos de nuevas normativas civiles. Y mas concretamente, se alude a la creación de la Comisión Balear de Derecho Civil, como órgano superior de asesoramiento y preparación de la legislación civil de las islas..., fijando alguna de sus características.

## **2.-La Comisión Asesora de Derecho Civil**

Como vamos a exponer, dicha Comisión ha realizado una importante tarea que no se ha visto reflejada en textos legales relevantes, esencialmente por la falta de estabilidad derivada de la escasa duración de los cargos de sus componentes, que ha facilitado el que los gobiernos entrantes prescindieran del trabajo de la Comisión saliente y designaran una nueva que reiniciaba la actividad prácticamente de cero.

### **2.1.-La primera Comisión (1999 a 2001)**

La recomendación fue atendida y mediante Decreto 229/1999 de 22 de octubre se creó la Comisión Asesora de Derecho civil, *como órgano permanente de consulta y asesoramiento del Gobierno de las Islas Baleares en materia de Derecho Civil propio..., la cual dependerá orgánicamente del Consejero de Presidencia* (art. 1). La integraron nueve miembros, nombrados por el Decreto 50/2000 de 17 de marzo, por un período de dos años (art. 2,2 Decreto 229/1999), presididos por Don Miquel Masot, quien al renunciar voluntariamente fue sustituido por quien les habla (Decretos 2/2001 y 3/2001 de 19 de enero).

Dicha Comisión elaboró un Informe a requerimiento de la Conselleria de Presidencia sobre el alcance de las competencias de la CAIB en relación a los aspectos civiles de las llamadas uniones de hecho, acompañado de recomendaciones técnicas, en fecha 26 de julio 2000, e informó posteriormente, 11 de mayo 2001, el Anteproyecto de Ley de parejas estables. Por otra parte, inició los trabajos sobre las bases jurídicas que permitirían abordar la reforma de la CDCB en materia de régimen económico matrimonial.

### **2.2.-La segunda Comisión (2002 a 2003)**

Transcurridos los dos años de los nombramientos –plazo carente de sentido en un órgano de estas características- mediante el Decreto 76/2002 de 17 de mayo, se renovaron la mayoría de miembros de la Comisión y se nombraron otros, desarrollando su labor

durante un año escaso, ya que tras las elecciones autonómicas del 25 de mayo año 2003, la victoria del PP, y el cambio de Govern hicieron que no se produjera reunión alguna, hasta que la Disposición Adicional primera del Decreto 168/2003 de 26 de septiembre, cesó en el ejercicio de sus cargos a todos sus miembros.

Esta Comisión, elaboró una propuesta articulada de reforma de la CDCB en materia de régimen económico matrimonial, manteniendo la estructura sistemática de la misma, mediante la técnica de reforma y ampliación en numerosos epígrafes de los arts. 3 a 5, manteniendo intacta tanto la sistemática del texto legal como el papel de éste como corpus básico del DCIB.

### **2.3.-La tercera Comisión (2004 a 2008)**

El citado Decreto 168/2003 de 26 de septiembre, derogó el Decreto 229/1999 y reguló ex novo la Comisión, ampliando a once el número de miembros y a cuatro años la duración de los cargos. El nombramiento de sus integrantes tuvo lugar mediante el Decreto 15/2004, de 6 de febrero, bajo la presidencia de la Dra. Pilar Ferrer Vanrell.

Esta Comisión informó el Anteproyecto de lo que fue la Ley 2/2006 de voluntades anticipadas y su desarrollo reglamentario, y el de la Ley 18/2006 de Mediación familiar, y elaboró lo que fue un Proyecto de Ley presentado al *Parlament* de reforma del Título Preliminar de la CDCB, y del Título I del Libro I relativo al régimen económico matrimonial. Ambos proyectos decayeron al concluir la legislatura sin ser aprobados en marzo de 2007.

### **2.4.-La cuarta Comisión (2009 a ...)**

Las elecciones autonómicas de mayo de 2007, provocaron un nuevo cambio en el Govern al que accedió una colación de partidos integrados en el llamado pacto de progreso. Los miembros de la tercera Comisión cesaron en sus cargos por caducidad de su nombramiento el 6 de febrero de 2008, sin que se tomara iniciativa alguna hasta la aprobación del Decreto 9/2009 de 13 de febrero, derogatorio del 168/2003, aunque esencialmente idéntico excepto en la atribución de competencias sobre estudio y revisión de los cuerpos legales y leyes civiles vigentes y sobre promoción, investigación, debate, (art. 3, c) y g). En la Disposición Adicional Primera, y a pesar de la mencionada caducidad de los nombramientos, se cesaba a los miembros de la anterior Comisión.

Mediante el Decreto 14/2009 de 6 de marzo se nombró la actual Comisión presidida por quien les habla e integrada por otros diez miembros. Concretamente, el Dr. Don Miguel Masot Miquel (Ex Magistrado del TSJIB y Presidente de la primera Comisión), la Dra. Doña María Pilar Ferrer Vanrell (Catedrática de Derecho Civil de la U.I.B. y Presidente de la tercera Comisión), Don Tomás Mir de la Fuente (Abogado del Estado), Don Josep María Quintana Petrus (Registrador de la Propiedad y vocal de la primera y segunda comisión), Don Andrés María Monserrat Quintana (Notario y decano del Colegio Notarial de Baleares), Dra. Doña Francisca Llodrá Grimalt (Profesora Titular de Derecho Civil de la U.I.B.), Dra. Doña Olga Cardona Guasch (Abogada), Doña María Antonia Mateu Gelabert (Abogada y vocal de la segunda comisión), y Dra. Doña María Carmen Vila Ribas (Profesora Titular de Derecho Civil y Directora del Departamento de Derecho Privado de la U.I.B.),

siendo su Secretario Don Pedro Antonio Aguiló Monjo (Abogado del Estado, Jefe de la Abogacía de la CAIB, y ya secretario de la primera y segunda comisión).

En la primera sesión celebrada el día 30 de marzo de 2009, se acordaron las líneas generales del programa de actuación, consistente en prescindir de la reforma del texto de la CDCB y apostar por la preparación de una serie de leyes sectoriales que, una vez aprobadas irían derogando parcialmente la CBCB. Se decidió que la primera de estas leyes sería la de régimen patrimonial del matrimonio, para posteriormente abordar una ley de sucesiones por causa de muerte, una sobre derechos reales y finalmente una general sobre disposiciones generales, aplicación y eficacia del DCIB.

Se han iniciado los trabajos sobre el Anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio, que esperamos tener concluida antes del verano del próximo año.

## IV.-La futura regulación sucesoria y la perspectiva europea

Aunque, como ya les he manifestado, la Comisión Asesora no ha comenzado sus trabajos en torno a la nueva regulación sucesoria, y dado el ámbito internacional del presente Congreso, me van a permitir que finalice mi intervención realizando una serie de apuntes sobre los hitos que en los últimos años ha ido marcando la Unión Europea en esta materia.

Hay que partir del Plan de Acción de Viena del año 1998, en cuyo apartado de Prioridades y medidas se contemplaba la necesidad de adoptar una serie de ellas en diferentes plazos, y concretamente en el epígrafe 41, relativo a las que debían adoptarse en un plazo de cinco años, se aludía en su apartado c) a la necesidad de examinar *la posibilidad de elaborar un instrumento jurídico sobre la competencia internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones. Al elaborar tales instrumentos, debería tenerse en cuenta la ligazón existente entre los bienes matrimoniales y las sucesiones...* (DOCE C 19, de 23 enero 1999).

### 1.-El Libro Verde sobre Sucesiones y testamentos

En ejecución de la reseñada prioridad del Plan de Acción, se presentó por la Comisión el *Libro Verde sobre Sucesiones y Testamentos* en marzo de 2005, con el que se pretendía abrir una amplia consulta relativa a las sucesiones *abintestato* o testamentarias que presentan aspectos internacionales.

No es menester enfatizar la relevancia que tiene esta problemática en una comunidad autónoma como la nuestra en la que son muy frecuentes las sucesiones *mortis causa* con un elemento de extranjería, ya sea en el causante, los sucesores o los bienes que integran el caudal relicto.

Por otra parte, en el texto de ese Libro Verde, se enfatiza sobre la necesidad de estudiar numerosas cuestiones particulares como el contrato de herencia, la legítima y la sustitución fideicomisaria, "*figura desconocida en la mayoría de los sistemas jurídicos, se*

utiliza, sin embargo, a menudo en varios Estados miembros". Es decir, se enuncian las tres materias nucleares del derecho de sucesiones actualmente vigente en las *Illes Balears*.

## **2.-Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde Sucesiones y Testamentos, de 26 de octubre de 2005**

En dicho Dictamen se realizan importantes consideraciones sobre el presente y futuro de la sucesiones *mortis causa* en Europa.

En el apartado 2.8 de las *Observaciones de carácter general del Comité*, éste –por mor de las profundas diferencias entre las legislaciones nacionales y del escaso número de ratificaciones de los convenios internacionales– declara compartir la opinión de la Comisión *en cuanto a la imposibilidad de concebir actualmente un derecho sustantivo uniforme válido en todos los Estados miembros de la Unión en materia de sucesiones y testamentos internacionales*.

En el apartado 2.8.2, se centra en la dualidad de regímenes sucesorios que coexisten en Europa, señalando cómo *el Derecho de sucesiones y testamentos ha estado marcado durante mucho tiempo en países de Derecho romano–germánico por una concepción de la herencia que desde no pocos puntos de vista es ya muy obsoleta. Se suponía que el patrimonio del de cujus representaba una forma de continuación de su persona en la de sus herederos*. Acto seguido se marca la línea de evolución: *el Derecho de sucesiones evoluciona cada vez más hacia la celebración de contratos; en Francia se lleva a cabo actualmente –después de Alemania o Suiza– una reforma del Derecho de sucesiones, algo que permitirá a la voluntad del de cujus y a la de sus herederos desempeñar un papel mucho más importante en la liquidación de las sucesiones, incluyendo el caso en que la voluntad se dirige a garantizar mejor la continuidad de las empresas*.

Los límites a la libertad de testar son igualmente abordados en el epígrafe 2.8.3: *Los regímenes de gran libertad que permiten al causante de la sucesión desheredar a algunos de sus descendientes sin justificación son, por su parte, cada vez más cuestionados, como se pone de manifiesto en el importante desarrollo de los litigios*.

Y por último, se apuesta por instrumentos que aceleren la armonización, aunque *sin suprimir determinadas particularidades históricas y sociológicas de los diversos sistemas jurídicos, es posible considerar que a largo plazo una mayor armonización o, al menos, determinadas convergencias que podrían acelerarse mediante la creación de un testamento europeo y de un instrumento suficientemente abierto y permisivo sobre la ley aplicable acabarán imponiéndose en Europa para facilitar la ejecución de los testamentos y la liquidación de las sucesiones que presenten aspectos internacionales*. E incluso, se apunta la posibilidad de una armonización sustantiva o material: *También podría estudiarse la hipótesis de disposiciones sustantivas comunitarias, en el contexto de una aceptación de la professio juris, como alternativa a uno o varios de los derechos nacionales aplicables*.

## **3.-Informe del Parlamento Europeo que contiene recomendaciones a la Comisión sobre Sucesiones y testamentos de 16 Octubre 2006**

En dicho Informe, (apartado E, de los Considerandos), se enfatiza sobre la oportunidad de proceder a la creación de un instrumento de Derecho Comunitario relativo al Derecho

Internacional Privado en materia de sucesiones *mortis causa* y testamentos, siguiendo las indicaciones del antecitado Plan de acción de Viena de 1998, del Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2000 adoptado por el Consejo y por la Comisión Europea (DOCE C 12, de 15 enero 2001), y del Programa de La Haya de 4 de noviembre de 2004 sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea y el 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 (DOCE 198, de 12 agosto 2005).

Por otra parte, (apartado F), se considera que la adopción de iniciativas legislativas en materia de sucesiones por causa de muerte y testamentos, es coherente con los objetivos del Derecho comunitario, que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad y tiende a promover la integración social de todas las personas cuyo centro principal de vida y cuyos intereses radiquen en uno de los Estados miembros, independientemente de su nacionalidad.

Igualmente se pone de relieve que aunque la armonización del Derecho sustancial de las sucesiones *mortis causa* y los testamentos de los Estados miembros no entra en el ámbito de competencias de la Comunidad Europea, *con arreglo al artículo 65, letra b), del Tratado CE, figura entre sus competencias la aprobación de medidas destinadas a fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción* (Considerando G).

Por último, se concluye que *con arreglo al artículo 67, apartado 5, guión 2, del Tratado CE, deberá adoptarse un acto comunitario en materia de sucesiones mortis causa y testamentos de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado (considerando H), aunque con una premisa, cual es la del respeto a los límites a la libertad de testar: en materia de sucesiones testamentarias, no se puede prescindir del respeto de algunos principios fundamentales de orden público que limitan la libertad testamentaria en beneficio de la familia del testador y de otros derechohabientes.* (considerando I).

Por tal razón la Recomendación 1 (relativa a la forma y al contenido mínimo del instrumento que ha de adoptarse), se formulaba así: *El Parlamento Europeo considera que el acto legislativo que se adopte deberá contener una reglamentación exhaustiva del Derecho internacional privado en materia de sucesiones mortis causa y al mismo tiempo:*

- *armonizar las normas relativas a la competencia jurisdiccional, la ley aplicable (las denominadas «normas de conflicto»), el reconocimiento y la ejecución de las sentencias y documentos públicos extranjeros,*
- *introducir un «certificado sucesorio europeo».*

#### **4.-Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones y actas auténticas en materia de sucesiones, y a la creación de un certificado sucesorio europeo, de 14 de octubre de 2009**

La recomendación se ha cumplido, en una primera fase, mediante la elaboración de esta Propuesta de Reglamento aprobada la pasada semana, por lo que sólo he tenido acceso a la versión francesa.

Al margen de la implantación del Certificado Sucesorio Europeo al que se dedica el Capítulo VI (arts. 36 a 44), como instrumento de prueba de la condición de heredero, legatario, así como de los poderes de los ejecutores testamentarios o de los administradores, considero relevante a nuestros efectos el tenor de los proyectados artículos 2 (*definiciones*), 16, 17 y 28 sobre la ley aplicable.

En el citado art. 2 se define la sucesión por causa de muerte como *toda forma de transmisión de propiedad por causa de muerte, ya se trate de un acto voluntario de transmisión, bajo forma testamentaria o de un pacto sucesorio, o de una transmisión de la propiedad por causa de muerte que resulte de la ley*. Se trata de una definición muy limitada de la sucesión, que ignora gran parte de sus aspectos patrimoniales, concretamente todos los del campo de los derechos de crédito, tanto en su modalidad activa como pasiva.

El art. 16 configura la regla general en materia de ley aplicable en los siguientes términos: *Salvo disposición contraria del presente reglamento, la ley aplicable al conjunto de la sucesión es la del Estado en la que el difunto tenía su residencia habitual en el momento del fallecimiento*.

Como vemos, de seguir adelante esa norma, los criterios bajo los que se aplica el DCIB, y en general el derecho sucesorio español, quedarían sensiblemente modificados. Con todo, en el art. 17,1 se prevé que cualquier persona *pueda elegir como ley que rija el conjunto de su sucesión, la ley del Estado del que sea nacional*.

Por último, el art. 28 se dedica a los sistemas no unificados, como el español, en los siguientes términos:

**1.** *Cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales en las que cada una de ellas tenga sus propias reglas de derecho en materia de sucesiones por causa de muerte, cada unidad territorial se considerará como un Estado a los efectos de la determinación de la ley aplicable según el presente reglamento.*

Significa ello que el criterio de la residencia habitual establecido en el art. 16 permitiría la aplicación de la ley balear al fallecido con residencia habitual en las Islas Baleares. Con todo, en el apartado 2, se matiza: *Un Estado miembro en el que las diferentes unidades territoriales tengan sus propias reglas de derecho en materia sucesoria no tendrá que aplicar el presente reglamento a los conflictos de leyes que conciernan únicamente a esas unidades territoriales*.

Concluyo advirtiendo sobre la necesidad de que esa cuestión de la ley aplicable a las sucesiones, que va a tener una futura incidencia en la aplicación de los derechos civiles propios de España en ese campo, sea objeto de reflexión y propuesta no sólo por parte del Estado, sino también por parte de las CCAA con derecho propio que no pueden quedar al margen de las decisiones normativas que al respecto se adopten en el ámbito español y europeo.



Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco Situación actual y pe  
Derecho Sucesorio vasco Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio v  
perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco Situación actual y perspectivas de futur  
vasco Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco Situación actual  
el Derecho Sucesorio vasco Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio  
perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco Situación actual y perspectivas de futur  
vasco Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco Situación actual

# Situación





# Situación actual y perspectivas de futuro del Derecho Sucesorio vasco\*

Texto de:  
Clara I. Asua González

## 1. Previo

El contexto en el que se enmarca mi participación en este Congreso, al hilo de un tema como *La codificación de los Derechos de sucesiones*, evoca la idea de actividad legislativa, novedad y cambio en el Derecho sucesorio vasco, si no como realidad sí como proyecto en un horizonte atisbable.

Sin embargo, y con las salvedades a las que luego aludiré, no me puedo dirigir a ustedes ni para relatarles cambios recientes sustanciales en el Derecho de Sucesiones del País Vasco ni para darles noticia de iniciativas planificadas e impulsadas institucionalmente que pudieran identificarse con planes de actuación dotados de cierta seguridad. El Derecho de Sucesiones vasco –que constituye el grueso del actual Derecho civil vasco– en gran medida es el que fue y no parece haber un horizonte inmediato de replanteamiento y reforma.

Mi intervención se va a centrar pues en esbozar el actual sistema y en dejar formulados o sugeridos algunos de los interrogantes que tal sistema plantea. Creo, sin embargo, que al llevar a cabo esta tarea se podrán de manifiesto algunas de las causas, posiblemente las principales, de la inactividad legislativa.

## 2. La diversidad o fragmentación del mapa del Derecho civil vasco

I.- El Derecho civil del País Vasco, que como ya se ha dicho es sobre todo Derecho de Sucesiones, se recoge prácticamente<sup>1</sup> de modo exclusivo en la Ley 3/1992, de 1 de julio,

---

\* Este texto refleja el contenido de mi participación en el Congreso del que trae causa esta publicación, y en esta plasmación escrita se ha procurado mantener el tono y el estilo de la intervención. Ello se enmarca en las actividades del GIU 09/30 – *PERSONA, FAMILIA Y PATRIMONIO* de la Universidad del País Vasco.

---

1. Identificando ahora *Derecho civil* con normas dictadas invocando ese título competencial (art. 10.5 EAPV), habrían de añadirse los preceptos de Derecho privado de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

del Derecho Civil del País Vasco (LDCFPV). Esta Ley, que se abre con un Título Preliminar común, se divide en tres Libros. El primero se denomina *Del Fuero Civil del Bizkaia*, el segundo *Del Fuero Civil de Álava* y el tercero *Del Fuero Civil de Gipuzkoa*. Ese dato pone ya de manifiesto una llamativa nota del Derecho civil vasco como es la **diversidad interterritorial**. La diversidad, sin embargo, no se ciñe a las diferencias entre territorios (en el sistema político-administrativo vasco, Álava, Bizkaia y Gipuzkoa se denominan Territorios Históricos) sino que se extiende al plano **intraterritorial**, y es que *dentro* de Álava y Bizkaia tampoco hay homogeneidad<sup>2</sup>.

En lo que hace a Bizkaia, el grueso del Libro I se aplica en el llamado *infanzonado* o *tierra llana*, que se corresponde con el Territorio Histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada<sup>3</sup> de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika, Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete y Plentzia, de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao (art. 6 LDCFPV). Pero eso no significa que en esas villas (en su zona no aforada), en Orduña y en Bilbao rija plenamente el Derecho civil del Estado. De un lado, porque en la propia Ley (art. 13) se realiza una extensión a todo el territorio vizcaíno de dos instituciones sucesorias a las que luego aludiremos, el testamento por comisario y el testamento mancomunado<sup>4</sup>. Y, de otro, porque la Ley 2/2003, reguladora de las parejas de hecho (LP) se aplica a todo el territorio vasco, aunque ello no suponga uniformidad de régimen civil para todas las parejas de ese tipo<sup>5</sup>.

En Álava también conviven zonas en las que se aplican las normas del Libro II con otras, que representan la mayor parte de ese Territorio Histórico, de aplicación del Derecho estatal (recuérdese siempre la salvedad relativa a las parejas de hecho). Pero a esta diversidad ha de sumarse otra; y es que la parte *aforada* en realidad son dos diferentes:

---

2. Puede obtenerse, sobre mapas, una muy ilustrativa representación geográfica de la diversidad en GIL RODRÍGUEZ, "Por fin, hacia un Derecho Civil Vasco", en Klaus Johan ALBIEZ DOHRMANN (coord.) *¿Hacia dónde van los Derechos Civiles Autonómicos?*, Comares, Granada, 2010 (en prensa), disponible ahora en [http://www.derechocivil.ehu.es/s0125-con/es/contenidos/informacion/publicaciones/es\\_publicac/adjuntos/gil2010-HaciaDerechoCivilVasco.pdf](http://www.derechocivil.ehu.es/s0125-con/es/contenidos/informacion/publicaciones/es_publicac/adjuntos/gil2010-HaciaDerechoCivilVasco.pdf). (consultado el 15 de febrero de 2010).

---

3. Nótese que esta referencia a *la parte no aforada* indica que estos municipios tienen también una parte aforada (de aplicación del Derecho civil propio). Así, el art. 7 LDCFPV señala como territorio no aforado *el que se corresponda con el perímetro actual del respectivo núcleo urbano originario y el suelo contiguo al mismo que esté calificado como urbano en el planeamiento vigente a la entrada en vigor de este Fuero*.

---

4. Vid. también *infra*, not. 16.

---

5. La diferencia territorial de la Ley 3/1992 se termina proyectando sobre las parejas de hecho constituidas según lo establecido en la Ley 2/2003. Así se desprende ya de art. 9 LP (*A los efectos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, las parejas de hecho tendrán la misma consideración que las casadas. Así, en relación con el régimen sucesorio y en función del Derecho Civil foral aplicable en cada caso: 1. - Podrán pactar que a la muerte de uno de ellos el otro pueda conservar en usufructo la totalidad de los bienes comunes. 2. - Podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un solo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad, pudiendo ser revocado o modificado por los miembros de la pareja. 3. - Podrán nombrarse recíprocamente comisario en el testamento o pacto sucesorio*) y, con un alcance que excede de lo sucesorio, de la Disposición Adicional Primera LP (*Todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se entenderán hechas también a las parejas de hecho*).

de un lado, la zona de aplicación del Fuero de Ayala<sup>6</sup>, y, de otro, los municipios de Llodio y Aramaio, en los que rige el Fuero de Bizkaia (art. 146 LDCFPV).

Como ya ha quedado implícitamente señalado, la diferencia interna no ha de predicarse de Gipuzkoa, pues su Fuero (Libro III) rige para todo su territorio.

**II.-** La diversidad hunde sus raíces en el pasado. La diferencia entre Territorios Históricos trae causa de su falta de unidad política a lo largo de la historia y hasta la constitución de la Comunidad Autónoma del País Vasco en 1979. La falta de uniformidad interna vizcaína se debe a la concesión de fuero con normas extrañas al Derecho propio a las villas que se van fundando; fuero luego sustituido por el Derecho castellano y posteriormente por el Código Civil. En el caso alavés, la cercanía territorial determinó la aplicación del Derecho vizcaíno en Llodio y Aramaio y una supuesta renuncia en el siglo XIV circunscribió al valle de Ayala determinadas especificidades sucesorias. Gipuzkoa, por su parte, nunca vio plasmarse por escrito instituciones propias, de manera que, más allá de ciertas prácticas consuetudinarias, fue zona de aplicación del Derecho castellano y, después, del Código Civil.

Éste es el panorama que determinó el ámbito de aplicación y estructura de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava de 1959: en la misma no se mencionaba a Gipuzkoa y constaba de dos Libros, uno para cada uno de los otros territorios; territorios en los se consagraba la diversidad interna ya mencionada. Y todo ello explica la fórmula de asunción de competencia en materia civil en el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía de 1979 (EAPV): *Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia.*

La historia, y la realidad del momento, dejan su huella en el texto estatutario: la mención a los Territorios Históricos, de los que se predica como *propio* el Derecho para cuya conservación, modificación y desarrollo se asume la competencia; y la especificación de que tal competencia se extiende a la fijación del ámbito territorial de vigencia (de lo que es un *prius* la no vigencia de normas privativas en parte del territorio).

**III.-** En el ejercicio de la competencia en tema civil, y así se puede colegir de la estructura de la Ley 3/1992 y de los ámbitos ya descritos de vigencia de sus Libros I y II, el Parlamento Vasco respetó de manera muy considerable el *statu quo* anterior y, por tanto, la tradición de diversidad inter e intraterritorial.

Ciertamente en el caso de Bizkaia, y tal como se ha señalado, se legisló para todo el Territorio Histórico al extender la vigencia del testamento por comisario y el mancomunado (que se regula *ex novo*) a todos los que tuvieran una vecindad civil vizcaína. Pero lo demás (prácticamente las instituciones más representativas del Derecho vizcaíno: sistema legitimario, troncalidad y régimen de comunicación foral, además de la *novedosa* sucesión paccionada) quedó circunscrito al tradicional ámbito territorial. Todo lo más,

6. Art. 131 LDCFPV: *El Fuero de Ayala se aplica en todo el término de los municipios de Ayala, Amurrio y Okondo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega.*

se incluyó en la Ley un sistema para que en el futuro los municipios pudieran optar por la aplicación del Derecho de la Tierra Llama (arts. 10 y 11 LDCFPV); sistema que hasta el momento no ha determinado la disminución del número de municipios no *aforados*. En la redacción originaria de 1992, el Libro III (*Del Fuero Civil de Gipuzkoa*) constaba de un solo artículo, el 147 LDCFPV, en el que se reconocían como vigentes las costumbres civiles sobre la ordenación del caserío y el patrimonio familiar en Gipuzkoa y se instaba al Gobierno Vasco y las instituciones forales del Territorio a promover y estimular los trabajos necesarios para que el derecho consuetudinario quedara definitivamente formulado en los términos de su vigencia actual. Hasta ahí alcanzó entonces el esfuerzo de dotar de cierta *simetría* territorial al mapa civil vasco: la redacción de un precepto de mínimo contenido sustancial que permitiera la inclusión de un Libro que justificara la denominación de la Ley como de Derecho Civil Foral del País Vasco. Unos años después, sin embargo, en virtud de la Ley 3/1999, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero de Gipuzkoa, se dio contenido institucional al Libro III y se diseñó un sistema, al que luego se hará alusión, para la ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano.

¿Es el mantenimiento de la diversidad, como característica de las actuaciones legislativas del Parlamento Vasco en materia civil, una opción consciente de cara al futuro? En mi opinión, más bien parece el resultado del modo en el que se gestó la Ley 3/1992 y de una suerte de *capitulación competencial* o *dejar hacer* por parte del Parlamento Vasco en favor de las instituciones de los Territorios Históricos. Y merece la pena detenerse algo en ello porque ahí, en esa falta de protagonismo en el pasado de una institución común como es el Parlamento, puede estar una de las principales razones de la apatía y desinterés actual respecto de la competencia en tema civil.

**IV.-** Ciertamente<sup>7</sup> desde una perspectiva político institucional la primera iniciativa de cara al ejercicio de la competencia del artículo 10.5 EAPV fue parlamentaria y, por tanto, *común*. En junio de 1982 aprobó el Parlamento Vasco la creación de una *Comisión Parlamentaria Especial de Conservación, Modificación y Desarrollo del Derecho Civil, Foral y Especial* que quedó constituida un año más tarde y que, andando el tiempo, alumbró una Proposición de ley de Modificación del Derecho Civil, Foral y especial en desarrollo del art. 10.5 del Estatuto de Autonomía. Tal Proposición fue promovida por todos los Grupos parlamentarios y dio lugar a la Ley 6/1988, de 18 de marzo, de Modificación parcial del Derecho Civil Foral. Ley que se limitaba a establecer la mutabilidad del régimen económico matrimonial y la igualdad de los hijos a efectos sucesorios con independencia de su filiación matrimonial o no matrimonial.

Pero, a partir de la aprobación de esta Ley, la Comisión parlamentaria (en cuyo seno, y a lo largo de su existencia, no se había profundizado ni sobre aspectos sustantivos ni sobre cuestiones clave del ejercicio de la competencia como el ámbito territorial, la

7. Para más detalle, puede consultarse ASUA GONZÁLEZ, GIL RODRIGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, "El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 2, pp. 21 ss.

diversidad legislativa o el papel de los Territorios Históricos) avanzó por un camino cuyo recorrido se pudo leer entonces como capitulación competencial: y ello se hizo median- te lo que denominó un *acercamiento a los técnicos*

El acercamiento técnico que se proponía tenía ya un sesgo territorial, pues se trataba de la Sección de Bizkaia de la Sociedad Bascongada de Amigos del País y del Colegio Notarial de Bilbao (ya en sesión de mayo de 1985 la Comisión parlamentaria había reci- bido un texto de reforma de la Compilación elaborado por el Colegio Notarial de Bilbao y presentado por su Decano). Pero al sesgo territorial se añadió un desplazamiento del protagonismo e impulso político e institucional, pues el grupo de expertos había pasado a integrar una Comisión *ad hoc*, creada en junio de 1988 por la Diputación Foral de Bizkaia y presidida por el Diputado Foral de Presidencia.

Es cierto que en el seno de la Comisión parlamentaria se insistió en que se trataba sólo de recabar información y que ello no implicaba compromiso ni dejación de competencia para decidir sobre cuestiones de índole política. Pero sólo un miembro de la Comisión parlamentaria expresó su reserva *política* cuando en junio de 1989 compareció la Co- misión de juristas vizcaína y su presidente, el Diputado Foral de Presidencia de la Di- putación Foral de Bizkaia, manifestó que el resultado de los trabajos se elevarían a las Juntas Generales *a fin de que esta institución foral por vía de iniciativa legislativa ante el Parlamento Vasco inste el rango de ley para la nueva normativa civil de Bizkaia y aque- llos otros territorios vascos que tradicionalmente lo han asumido como su derecho civil*. Siguiendo la ruta anunciada, en enero de 1991 la Diputación vizcaína aprobó y remitió a las Juntas Generales de Bizkaia un denominado Anteproyecto de Actualización Urgente del Derecho Civil Foral de Bizkaia y Araba. Pero el que las instituciones vizcaínas actua- ran sobre el Derecho aplicable en Álava determinó la lógica reacción de las instituciones de ese Territorio, y en febrero de 1991 la Diputación Foral de Álava acordó la creación de una Comisión de expertos para el análisis y estudio de la práctica y uso del Derecho civil Foral de Álava que quedó constituida en marzo de ese año. El caso es que, aprobados los textos de Propositiones de Ley por las respectivas Juntas Generales y presentadas ante el Parlamento Vasco, esta institución se limitó a un examen superficial<sup>8</sup> de normas ya prefiguradas extraparlamentariamente; lo contrario hubiera supuesto una crisis ins- titucional<sup>9</sup>.

Se habrá observado que en el anterior relato no se ha hecho referencia a Gipuzkoa o a las instituciones guipuzcoanas. Este Territorio se mantuvo al margen. Fueron las Co- misiones vizcaína y alavesa las que, en la tramitación parlamentaria y en virtud de una enmienda, recibieron no sólo el encargo de síntesis de los preceptos duplicados en am- bos textos sino de decidir sobre el tratamiento que mereciera el Derecho guipuzcoano. Y

8. En ASUA GONZÁLEZ, GIL RODRIGUEZ y HUALDE SÁNCHEZ, "El ejercicio de la competencia", cit., pp. 28 y 29, puede verse el tono general de las enmiendas presentadas por los distintos Grupos parlamentarios.

9. De inimaginable planteamiento en un momento histórico todavía cercano a la gran crisis política e institucional que supuso la génesis del sistema de estructuración y reparto de competencias interno (entre la Comunidad Autónoma y los Territorios Históricos) que se plasmó en la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos.

es cumpliendo tal encargo cuando se redacta el que sería el artículo 147 LDCFPV, único precepto del Libro III de la Ley 3/1992 en su redacción originaria.

Años después, el desarrollo de ese artículo 147 LDCFPV y la ampliación del Libro III siguieron el mismo camino institucional, pues en la génesis de la Ley 3/1999 estuvo una Proposición de Ley de las Juntas Generales de Gipuzkoa cuyo contenido fue aceptado sin reservas por el Parlamento Vasco.

### 3. Las grandes líneas del Derecho Sucesorio vasco (vizcaíno, alavés y guipuzcoano)

I.- Como ya se ha señalado, el grueso del Derecho civil vasco es Derecho de Sucesiones y, con la salvedad de las normas guipuzcoanas y de la adición para Bizkaia y Álava de algunas instituciones con raigambre pretérita, supone una sustancial continuidad respecto del pasado. En las líneas que siguen únicamente se pretende dar noticia esquemática de sus caracteres más generales.

II.- Detengámonos en primer lugar en los ámbitos de libertad y/o constricciones del causante a la hora de realizar su ordenación sucesoria<sup>10</sup>. Aquí, no cabía esperar otra cosa, el panorama es muy variado. Y va desde la libertad de disposición *mortis causa* del Fuero de Ayala, hasta la legítima colectiva de cuatro quintos a favor de descendientes (constricción que puede verse incrementada por efecto de la troncalidad) del Fuero de Bizkaia, o hasta las modulaciones que en el Fuero de Gipuzkoa se establecen sobre el sistema legitimario del Derecho estatal de cara a la transmisión indivisa del caserío. Todo ello conviviendo con la aplicación de las normas sobre legítimas del Código Civil en zona no aforada de Bizkaia, en la mayor parte del territorio de Álava y en Gipuzkoa ya sin ninguna matización cuando en el patrimonio del causante no haya un caserío. Efectivamente, los ayaleses tienen una completa libertad de disposición *mortis causa*. Un repaso de los artículos 134 a 139 LDCFPV, que regulan la allí denominada *libre disposición de bienes*, pone de manifiesto que solo la preterición no intencional de un heredero forzoso (que según el art. 134.2 LDCFPV son descendientes, ascendientes y cónyuge en los casos establecidos en el Código Civil) le daría al mismo derecho a reclamar su legítima; legítima que se determinaría según los parámetros del Código Civil. En los demás casos, por tanto, se trate de expreso apartamiento, de preterición voluntaria o de desheredación injusta, se impone la libertad de disposición del *de cuius*.

10. Una breve y excelente formulación de la situación en el Derecho vasco es la realizada por GALICIA AIZPURUA ("Breves reflexiones acerca de la sucesión forzosa en el Derecho vasco") en su comparecencia el 22 de mayo de 2008 ante la Ponencia para la actualización y reforma del Derecho Civil Foral y Especial, creada en la VIII legislatura en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Parlamento Vasco. Disponible en <http://www.parlamento.euskadi.net/irud/08/00/012545.pdf> (consultado el 15 de febrero de 2010). Del mismo autor, y con mayor desarrollo, *Legítima y troncalidad. La sucesión forzosa en el Derecho de Bizkaia*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

Por el contrario, en el Fuero de Bizkaia (recuérdese que rige también en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio) se constriñe al causante de manera muy importante. En la vertiente propia de la sucesión forzosa (arts. 53 a 66 LDCFPV) se establece una legítima de cuatro quintos a favor de descendientes, de la mitad a favor de los ascendientes en caso de que éstos tengan la condición de legitimarios, y del usufructo de la mitad o de dos tercios (en función si concurre con otros legitimarios o no) a favor del cónyuge. Pero las restricciones pueden proceder, además, de la institución de la troncalidad (arts. 17 a 26 LDCFPV), pues en virtud de la misma existe una limitación que afecta a la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de los bienes raíces situados en el infanzonado. Tal limitación, y en aras del carácter familiar del patrimonio (art. 17.1 LDCFPV), supone que la disposición se ha de realizar respetando los derechos de los parientes tronqueros (*vid.* arts. 20 y 21 LDCFPV). En lo que ahora nos ocupa, ello podría determinar que, por ejemplo, la *restricción* a favor de los descendientes fuera superior a lo establecido en sede de sucesión forzosa si los bienes troncales excedieran de los cuatro quintos del patrimonio; o que, no existiendo legitimarios, el causante viera mermada su libertad por existir parientes tronqueros (pues pueden serlo también los parientes colaterales hasta el cuarto grado siempre que correspondan a la línea de la que procede el bien raíz del que es titular el causante).

Con base en lo anterior no puede sino llamar la atención el que en la tradición foral vizcaína se haya hablado de *libertad de testar*. La confusa y equívoca expresión hace alusión al carácter colectivo de la legítima, lo que supone que el causante puede elegir entre los legitimarios del mismo grupo (entre descendientes y entre ascendientes). Se configura así un sistema que constriñe dentro del grupo familiar, pero permite transmitir de modo indiviso el patrimonio y distinguir entre legitimarios. El efecto de *desasistencia* que podría generarse se intenta paliar, en el caso de los descendientes, con una obligación de alimentos, cuando no haya persona obligada a prestarlos *de acuerdo a la legislación civil general*, a cargo de los sucesores y en proporción a lo recibido (art. 66 LDCFPV).

Las dificultades para la transmisión indivisa de un elemento emblemático del patrimonio familiar rural como es el caserío es lo que está en la génesis del *núcleo* del contenido del Fuero Civil de Gipuzkoa. A diferencia de las normas alavesas y vizcaínas, no se establece un sistema legitimario propio sino un mecanismo para modular el del Código Civil. Mecanismo que, básicamente, consiste en permitir no computar el valor del caserío y sus pertenecidos para el cálculo de las legítimas si se hubiera dispuesto de ese elemento patrimonial a favor de alguno o algunos (en proindivisión) de los herederos forzosos de los dos primeros números del artículo 807 CC: hijos y descendientes y, a falta de ellos, padres y ascendientes (art. 154 LDCFPV<sup>11</sup>). Con ello se pretenden evitar las dificultades

**11.** En este precepto, el sistema se completa con las siguientes prescripciones: *el valor del caserío y sus pertenecidos deberá imputarse en la legítima que, sobre el resto del patrimonio del causante, corresponda al heredero o herederos forzosos que hayan sucedido en el mismo, a los solos efectos de procurar la satisfacción de aquélla; si los favorecidos fuesen hijos o descendientes con derecho de representación, se circunscribirá la imputación a su legítima estricta, incluida la parte que les corresponda en el tercio de mejora que no haya sido empleada en mejorar; la porción así satisfecha incrementará proporcionalmente la cuota legítimaria de los demás herederos forzosos.*

que podrían derivarse de la configuración como individual de una parte (un tercio) de la legítima de hijos o descendientes (art. 808 CC) y de la de los padres y ascendientes (art. 810 CC) – para el supuesto, menos habitual, de transmisión de descendientes a ascendientes.

**III.-** Más cercanía –y lejanía respecto de las previsiones del Derecho Civil de Estado– existe entre los Fueros en lo que hace a los instrumentos de ordenación de la sucesión y a una figura, la fiducia sucesoria, que, aún llamada en Bizkaia testamento por comisario, no se ubica propiamente en el plano de los instrumentos de ordenación en la medida en que no configura uno específico.

En el plano de los instrumentos, en el Derecho vizcaíno, además del ya tradicional testamento *hilburuko* o a la cabecera de la muerte (art. 31 LDCFPV), se admite la sucesión contractual (arts. 179 a 188 LDCFPV) y se regula, en esta ocasión alcanzando su aplicación a todo el Territorio Histórico, el testamento mancomunado o de hermandad entre cónyuges<sup>12</sup> (art. 49 a 52 LDCFPV). Figuras las dos últimas cuya regulación en la Ley 3/1992 constituye una novedad respecto del texto de la Compilación de 1959.

Por lo que hace a los pactos sucesorios, los mismos están permitidos en los más amplios términos, y quizá como nota más característica del sistema vizcaíno de sucesión contractual haya de apuntarse el que, junto con los pactos de ordenación sucesoria con efectos para después de la muerte, se admitan los de eficacia o transmisión de presente.

Testamento mancomunado entre cónyuges (y parejas de hecho, art. 9 y Disposición Adicional Primera LP) y pactos sucesorios (con eficacia *post mortem* y de presente) son instrumentos de ordenación que también se recogen en el Fuero Civil de Gipuzkoa (arts. 172 a 178 y 179 a 188 LDCFPV). A los mismos se puede recurrir para ordenar toda la sucesión del causante, pero siempre deberá estarse dentro del ámbito funcional del Fuero (arts. 150 a 152 LDCFPV), lo que exige que el causante sea titular de un caserío situado en el Territorio Histórico de Gipuzkoa.

Como es sabido, la fiducia sucesoria permite al causante encomendar a otra persona la ordenación de su sucesión después de su muerte. A este esquema general responden el tradicional testamento por comisario vizcaíno (al que, recuérdese, pueden recurrir todos quienes tengan *una* vecindad civil vizcaína) –arts. 32 a 48 LDCFPV–, el usufructo poderoso de Ayala (arts. 140 a 145 LDCFPV) y la ordenación por comisario guipuzcoana (arts. 164 a 171 LDCFPV), aunque, no obstante el *parentesco* o la pertenencia al mismo género, presentan entre sí diferencias relevantes.

## 4. ¿Perspectivas de futuro?

**I.-** A la vista de todo lo anterior, se hace evidente que los interrogantes respecto a las eventuales perspectivas de futuro se han de referir tanto al impulso y al liderazgo de cualquier iniciativa legislativa como al contenido de la misma.

12. Y entre parejas de hecho, por efecto del art. 9 y Disposición Adicional Primera LP. *Vid. supra*, not. 3.

**II.-** Tal y como se señalaba al principio, no hay en el horizonte señales visibles que permitan hoy hablar de iniciativas institucionales. Es cierto que en noviembre de 2006, y por tanto en la anterior legislatura, se aprobó en el seno de la Comisión de Instituciones e Interior del Parlamento Vasco la creación de una ponencia para estudiar la actualización y la reforma del Derecho civil foral y especial<sup>13</sup>; y que, constituida en marzo de 2007, ante la misma se produjeron durante casi un año diversas comparecencias *técnicas* de académicos, representantes de algunas instituciones y colectivos profesionales<sup>14</sup>. Pero en la actual legislatura esos esfuerzos parecen haberse dejado de lado.

Sin embargo, aunque de corto y truncado recorrido, la iniciativa anterior parece apuntar en una dirección intuible y que es, además, la deseable: que el impulso y liderazgo sean ya de las instituciones comunes. Lo que vendría propiciado por la idea de que habría que limar las diferencias y tender a la unificación.

La génesis y las opciones continuistas de la Ley 3/1992 se explican en un contexto histórico-político. Ahora convendría un planteamiento que dotara al Derecho civil en el País Vasco de *orden y racionalidad*. Orden y racionalidad en primer lugar en el ámbito de aplicación territorial, de cuya ausencia es un claro exponente Bizkaia, cuyas zonas no aforadas (con una población que representa alrededor del 45% del Territorio Histórico)<sup>15</sup> le confieren un cierto aspecto de *queso Gruyere normativo*. Y racionalidad también en la medida en la que las normas aplicables fueran el resultado de una reflexión sobre la adecuación de sus pautas a la sociedad actual y sobre los intereses que con las mismas se desea proteger y priorizar.

**II.-** No entraré aquí en las cuestiones generales sobre el ámbito material de la competencia. Esto es, sobre qué materias civiles puede legislar la Comunidad Autónoma del País Vasco. Son de sobra conocidos los distintos planteamientos al respecto; también que el criterio expresado ya hace bastantes años por el Tribunal Constitucional sobre las instituciones conexas (SSTC 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo) se ha visto rebasado por la actuación legislativa autonómica. En cualquier caso sería previsible, y razonable, que una eventual primera actuación legislativa se centrara en los ámbitos a los que hoy se constriñe el Derecho civil vasco: las sucesiones y el régimen económico. De manera que no se trataría precisamente de legislar *per saltum* sino de un modo que encajaría en la, *de facto*, superada doctrina constitucional.

Sin embargo, el hecho de que las normas sean distintas en los tres Territorios Históricos y dentro de dos de ellos, hace que lo relativo al ámbito material tenga que ser analizado en relación con el ámbito territorial. Y para ilustrar lo anterior pensemos en un ejemplo. En el actual Derecho civil vasco existen normas sobre régimen económico,

13. Diario de Sesiones del Parlamento Vasco, VIII Legislatura, nº 44, pp. Disponible en <http://www.parlamento.euskadi.net/pdfdocs/publi/2/08/000044.pdf#6> (consultado el 15 de febrero de 2010).

14. Un resumen y relato de todo ello puede verse en GIL RODRÍGUEZ, "Por fin hacia un Derecho civil vasco", cit., pp. 21 ss.

15. En GIL RODRÍGUEZ, "Por fin hacia un Derecho civil vasco", cit., pp. 7 y 8, pueden consultarse los datos de población aforada (con un desglose por municipios) y no aforada en Bizkaia y Álava.

luego ninguna duda hay de la posibilidad de legislar sobre esa materia. Ahora bien, el ámbito territorial de vigencia de semejantes normas es el de la zona aforada vizcaína y los municipios alaveses de Llodio y Aramaio ¿Podría legislarse sobre esa cuestión más allá de ese marco territorial? Otro tanto podría decirse, verbigracia, respecto del sistema legitimario, pues en toda la zona no aforada vizcaína y alavesa rige, sin ninguna matización, el del Código Civil.

La cuestión es, pues, si la competencia y su ámbito material han de examinarse en cada zona (que serían el Territorio Histórico de Gipuzkoa, el infanzonado vizcaína y Llodio y Aramaio, el resto de Bizkaia –donde, no se olvide, son de aplicación las normas sobre el poder testatorio y el testamento mancomunado-, el valle de Ayala, y el resto de Álava), o si la competencia asumida se puede ejercer sobre todo el territorio de la Comunidad Autónoma de manera uniforme.

A favor de la última postura, debería servir el argumento de que en la fórmula estatutaria de asunción de competencia (art. 10.5 EAPV), ésta misma se extiende a la *fijación del ámbito territorial de su vigencia*. Y si frente a ello se esgrimiera que la Constitución circunscribe la posibilidad de asumir competencia en tema civil a la existencia previa de Derecho civil propio (*allí de donde existan*, reza el art. 149.1.8ª CE), cabe responder que el marco de referencia es el de la Comunidad Autónoma; inteligencia que es a la que responde la dicción del Estatuto de Autonomía, Estatuto que contribuye a configurar el boque de constitucionalidad.

De hecho, una *extensión territorial* se produjo ya con la Ley 3/1992 al establecerse en el artículo 13 LDCFPV<sup>16</sup> que todos los vizcaínos podrían testar mancomunadamente y por comisario. Por otra parte, en la propia Ley, y para Bizkaia, se establece un sistema de opción municipal que podría determinar la incorporación al infanzonado. Es cierto que esas normas fueron objeto de un recurso de inconstitucionalidad (recurso de inconstitucionalidad 2685/92, planteado por el Presidente del Gobierno) con base, entre otros motivos, en la argumentación restrictiva a la que ya se ha aludido (el *allí donde existan* proyectado sobre las distintas zonas), pero lo cierto es que tal recurso fue retirado. Y tan o más relevante que la motivación política para la retirada, parece el sentido del Dictamen del Consejo de Estado entendiéndose que no existían argumentos suficientes para el mantenimiento del recurso<sup>17</sup>.

**III.-** Sentado todo lo anterior, la cuestión de fondo es la de las líneas y contenido de la eventual legislación. Ciñéndonos a la vertiente sucesoria, sin duda el aspecto más delicado es el de los límites a la libertad de disposición *mortis causa*. Y es que parece razonable persistir en la regulación de los actuales instrumentos y mecanismos de *facilitación* de la ordenación sucesoria como la sucesión contractual, testamento man-

16. En el art. 30 LDCFPV se establece que en ningún testamento otorgado *en todo el territorio de Bizkaia* se precisará la intervención de testigos salvo requerimiento expreso del testador o del Notario.

17. [http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos\\_ce/doc.php?coleccion=ce&id=1992-1537](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=1992-1537) (consultado el 15 de febrero de 2005).

comunado o fiducia sucesoria. Otra cosa serán, y ahora no procede entrar en ello, sus concretos perfiles materiales y técnicos.

En general, en lo que hace a los límites a la libertad de disposición *mortis causa*, es considerable el peso de la tradición y una cierta inercia ante ella. En buena medida ello es explicable porque no suelen oponerse modelos alternativos claros y que gocen de cierto consenso. En tema de legítimas y libertad de disposición *mortis causa* las opiniones suelen venir condicionados más por la experiencia y situación personales que por aspectos ideológicos. Y no se trata tanto de que lo primero se anteponga a lo segundo como de que no esté nada claro a qué punto del arco ideológico se adscriben las distintas posibilidades.

La libertad de disposición *mortis causa* supone una proyección de la libertad personal, pero también el instrumento idóneo para la trasmisión indivisa de patrimonios o para favorecer a quien se considere más necesitado o más digno de ello o a quien se prevé que va a cuidar al causante. Sin embargo, es obvio que permite la libre disposición sin tener en cuenta ninguna de las consideraciones anteriores.

Un sistema legitimario, sin embargo, se basa sobre la idea de una limitación de la libertad con base en consideraciones familiares. En el pasado, y especialmente en un sistema de legítima individual, tales consideraciones se podían leer fundamentalmente como de atención a un círculo desasistido por la muerte del causante. Pero hoy, a la vista de la esperanza de vida en nuestra sociedad y sin descartar que en determinados casos pueda cumplir aquella función, el mantenimiento de la sucesión forzosa inevitablemente hace aflorar una cierta idea de vinculación (de parte) del patrimonio al círculo familiar.

Como una intersección entre un sistema de libertad y de sucesión forzosa se ofrece la legítima colectiva. Esto es, la posibilidad de elegir libremente entre el círculo de legitimarios. Es obvio que tal legítima permite la trasmisión indivisa del patrimonio familiar, y es en esa circunstancia donde ha de verse su razón de ser y virtualidad. No procede tanto, pues, hablar aquí de proyección de la libertad personal, como de un margen de decisión enmarcada en otra finalidad.

Parece entonces que libertad personal, concepción de la propiedad y de la familia y protección de ésta, son extremos que han de ser ponderados de cara a limitar o no, y en qué extensión, la voluntad del causante a la hora de ordenar su sucesión<sup>18</sup>.

La más reciente actuación legislativa, la que en virtud de la Ley 3/1999 se realizó sobre el Libro III LDCFPV, tuvo precisamente como objetivo la facilitación de la trasmisión indivisa del caserío guipuzcoano a descendientes o ascendientes. Esa es la misma finalidad (no centrada exclusivamente en el caserío) de la legítima colectiva vizcaína y seguramente un uso habitual de la libertad de disposición de Ayala cuando se utiliza para diferenciar entre descendientes.

Si ese es un interés (el del causante que no desea dividir su patrimonio o parte del mismo) que se considera debe ser salvaguardado, al igual que la posibilidad del causante

18. Un reciente e ilustrativo panorama del modo en el que esos factores pesan en distintas legislaciones puede obtenerse en PARRA LUCÁN, "Legítimas, libertad de testar y trasmisión de un patrimonio" *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 13, 2009, pp. 481 ss.

de poder distinguir entre los más necesitados o dignos, para lograrlo los caminos, como bien muestran los *Derechos civiles vascos*, pueden ser diversos, y su elección dependerá del peso que se dé a los extremos ya señalados como necesario objeto de ponderación (libertad personal, concepción de la propiedad y de la familia y protección de ésta)<sup>19</sup>. En cualquier caso, parece fuera de toda duda lo desproporcionado de los perfiles de la legítima vizcaína de los descendientes. Por mucho que sea colectiva, no resulta razonable semejante constricción de la voluntad del causante, y lo cierto es que la *tendencia* actual es la de la reducción; ejemplo de lo cual son los casos aragonés (Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte) y gallego (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia).

Se ha aludido ya al peso de la tradición. En el caso vasco hemos de hablar de tradiciones distintas. De ahí que cualquier actuación legislativa sobre el sistema legitimario no variaría un panorama sino cuatro (se añade el del Derecho civil del Estado) y ello podría determinar un efecto multiplicador de eventuales reticencias u oposición a cualquier cambio. Los motivos pueden ser diversos: territoriales, partidistas, de protagonismo institucional, político, profesional o científico, etc. Esperemos, sin embargo, que nada de lo anterior impida o lastre definitivamente el debate y que éste venga presidido por la racionalidad, sensatez, generosidad y profundidad en la reflexión. Todo ello ha de ser exigible sobre todo a quienes tienen la primera (en el sentido de poner en marcha un proceso legislativo) y la última palabra: los representantes de la voluntad popular.

---

19. De imprescindible consulta es la formulación realizada por GALICIA AIZPURUA ("Breves reflexiones acerca de la sucesión forzosa en el Derecho vasco", cit., pp. 9 ss.), de las bases para el diseño de un futuro sistema sucesorio en el País Vasco. Consúltense también la propuesta que se contiene en el Anteproyecto de Ley de Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco elaborada por la Academia Vasca de Derecho, disponible en <http://www.forulege.com/dokumentuak/legeria/Anteproyecto.pdf> (consultado el 15 de febrero de 2010).



Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades







# Derecho Interregional de sucesiones en España: conflictos y oportunidades

Texto de:  
M<sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero

## 1. El Derecho de sucesiones en España: pluralismo material y conflictos de leyes

La regulación de la sucesión en España, ofrece en la actualidad un panorama jurídico plural y complejo, conformado por un abanico de legislaciones civiles autonómicas que coexisten, en pie de igualdad, con el Código Civil. Dicha pluralidad e igualdad, que encuentra su marco constitucional en el artículo 149.1.8<sup>o</sup> de la Constitución y en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil, origina una diversidad material en la regulación sustantiva del régimen sucesorio, perfectamente comparable, en cuanto a contenidos, con la que existe a escala internacional<sup>2</sup>, como consecuencia de las marcadas diferencias entre los ordenamientos estatales, en materia sucesoria. Así se ha puesto de relieve, en el ámbito europeo, a la hora de acometer los trabajos preparatorios de un instrumento comunitario sobre las sucesiones y los testamentos<sup>3</sup>,

---

1. Por M<sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero. Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza.

2. Las marcadas diferencias de los Derechos nacionales fueron puestas de relieve en el estudio elaborado para la Comisión de las Comunidades Europeas, Institut Notarial Allemand (en coopération avec H. DÖRNER et P. LAGARDE): *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats Membres de l'Union Européenne*. 2002.

3. Vid. *Libro Verde sobre sucesiones y testamentos*. COM (2005) 65 final.

destinado a regular las sucesiones internacionales y a crear un certificado sucesorio europeo<sup>4</sup>.

Un análisis comparativo detenido de los distintos Derechos sucesorios españoles pondría de relieve cuáles son sus diferencias, que básicamente y en una aproximación general, giran en torno al orden de suceder, la sucesión troncal en los ordenamientos que la conocen, los derechos de viudedad, los derechos legitimarios y las reservas, las diferentes formas de delación, la posibilidad de los testamentos conjuntos, los testamentos por comisario o la fiducia, la variedad de los pactos sucesorios, todo ello a título de ejemplo y sin entrar en cuestiones más concretas, como podrían ser las formas del testamento, la capacidad para testar, las causas de indignidad sucesoria, las sustituciones, entre otras.

Si de la pluralidad, en este caso representada por los Derechos civiles españoles, deriva como consecuencia lógica la diversidad normativa, de ésta surgen los conflictos de leyes, clásica expresión del Derecho Internacional Privado, que, en este contexto, serían calificados como conflictos de leyes internos, al referirlos únicamente al marco del Ordenamiento español y a su pluralidad interna. Su objeto inmediato es "las situaciones interregionales", esto es, las que presentan puntos de contacto con distintos Derechos sucesorios españoles.

A título puramente ilustrativo de estas situaciones, nos permitimos plantear la siguiente hipótesis: una española, de vecindad civil navarra, se casa con un español, de vecindad civil catalana, estableciendo su residencia habitual en Madrid. Desean ordenar su sucesión futura. Tanto el Derecho Civil de Navarra, como el de Cataluña, como el Código Civil regulan la sucesión, con diferentes modalidades, ¿cuál es el marco jurídico en el que deben o conforme al que deben manifestar su voluntad o voluntades respecto a su sucesión futura? ¿Cuál es el derecho o derechos que determinan los límites imperativos (derechos legitimarios) en los que la sucesión puede ordenarse voluntariamente? ¿Cuáles son los instrumentos a través de los cuales pueden hacer efectivas dichas voluntades? ¿Pueden otorgar testamento de hermandad conforme a derecho civil navarro? ¿Pueden instituirse recíprocamente herederos mediante pacto? y producido el óbito de uno de los cónyuges, ¿cómo se determinarán los derechos del cónyuge supérstite? Si despejadas las anteriores incógnitas, añadimos que el fallecimiento se produce después de llevar más de diez años residiendo en Madrid, con la consecuencia de haberse modificado la vecindad civil de tales cónyuges de condición navarra y catalana en el momento de contraer matrimonio y de ordenar la sucesión, ¿afectará ello a las disposiciones otorgadas de acuerdo con cualquiera de sus anteriores vecindades? ¿Y a sus derechos de viudedad?

Intentaremos exponer las pautas a seguir para dar respuesta a estas y otras interrogantes que plantean la pluralidad y diversidad sucesoria existente dentro de España, y que derivan del tradicionalmente denominado Derecho Interregional.

4. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo.COM(2009)154 final. 14 de octubre de 2009. Vid. también el documento SEC (2009) 411 que acompaña a la Propuesta.

## 2. Los conflictos de leyes internos en materia sucesoria: el Derecho Interregional y sus técnicas de solución

El Derecho Interregional ha sido y sigue siendo el encargado de aportar solución a estos particulares conflictos de leyes, con el cometido de indicar el derecho aplicable a una sucesión, con conexión a más de un Derecho civil español.

Si bien el pluralismo en materia civil se ha desarrollado en España sobre la base de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, presentando hoy en día un panorama radicalmente diferente al que suministraban anteriormente los Derechos forales, el Derecho Interregional, encargado de ordenar los conflictos de leyes derivado de la pluralidad normativa interna, sigue manteniendo sus reglas y estructuras básicas inalteradas, sin que por ahora se hayan visto satisfechas las demandas y voces doctrinales reclamando una actualización de un Derecho Interregional, capaz de aportar respuestas adecuadas a la situación actual.

La Constitución al igual que sentó las bases de un nuevo pluralismo civil, dejó bien sentada la unidad y uniformidad del sistema de Derecho Interregional, cuando en el mismo artículo 149, 1, 8º, reserva al legislador estatal la competencia "exclusiva" sobre "las normas para resolver los conflictos de leyes", categoría en las que se incluyen las de Derecho Interregional, además de las normas Derecho Internacional Privado que determinan el derecho aplicable en las relaciones privadas internacionales<sup>5</sup>.

Así, y utilizando una expresión del Tribunal Constitucional en relación con el Derecho Interregional (STC 6 de mayo de 1993) se trata de "una materia enteramente sustraída por el artículo 149, 1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida en todo caso a la legislación del Estado", "ajena a las competencias autonómicas y en la que, por lo mismo, las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar - en su caso y si así lo exigiera la sistemática de su legislación- lo establecido en la normativa dictada por el Estado"<sup>6</sup>.

Al legislador estatal es a quien corresponde superar esta asignatura pendiente, actualizar el Derecho Interregional, que debe partir del más absoluto respeto al principio de igualdad entre los distintos Derechos civiles existentes, lo que conduce a determinar el derecho aplicable a través de criterios de localización objetivos y neutros, de los que se derive, en pie de igualdad, la aplicación de uno u otro Derecho civil español. Paraphraseando otra vez al Tribunal Constitucional, en Sentencia de 8 de julio de 1993, el

5. A. BORRÁS RODRÍGUEZ: "Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente" *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*. Bilbao, 1999, pp. 71 a 89.- E. ZABALO ESCUDERO: "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español" *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1994. Madrid, 1995, p. 278 y ss.

6. Sentencia núm. 156/1993 de 6 mayo. RTC 1993\156

legislador estatal en esta labor "no esta libre de todo vínculo o límite constitucional, por lo mismo que a través de ella se define cual sea la proyección propia de cada ordenamiento civil y en última instancia un elemento de capital importancia para la efectiva realización de las competencias autonómicas en este campo"<sup>7</sup>.

El Derecho Interregional español, hoy por hoy, resuelve los conflictos de leyes derivados de la pluralidad interna, de la misma manera que el Derecho Internacional Privado resuelve los conflictos de leyes que se producen en la dimensión internacional, esto es, sobre la base del principio de unidad de soluciones. Y así, el eje sobre el que bascula el sistema es la remisión general a las normas de Derecho Internacional Privado, contenida en el artículo 16. 1 del Código Civil<sup>8</sup>, y que en la materia de sucesiones que nos ocupa, hemos de entender referida al artículo 9. 8 del mismo Código, al ser esta la norma de conflicto cuyo supuesto de hecho es "la sucesión por causa de muerte"<sup>9</sup>. Dicha norma contiene una solución general de derecho aplicable al fenómeno sucesorio, con dos soluciones específicas relativas, la primera a la validez de los testamentos y pactos sucesorios ante los cambios de nacionalidad, y la segunda a los derechos de viudedad.

Como regla general, dispone el artículo 9. 8 del Código Civil, que "la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren". Dicha solución de principio, fruto de la concepción personalista de la sucesión, resuelve el conflicto de leyes en función de los principios de unidad y universalidad, de forma que, con carácter general, la ley sucesoria es una, y se proyecta sobre el conjunto de la herencia, con independencia de la naturaleza de los bienes que integran la masa hereditaria y el lugar de su situación. Principios estos que también se han hecho valer en el ámbito interregional<sup>10</sup>.

Esta solución de principio, basada en la ley nacional<sup>11</sup>, proyectada a los conflictos de leyes internos, significa la necesaria sujeción de la sucesión a ley de la vecindad civil del causante, en cuanto que como el propio artículo 16.1 del Código Civil reza, la ley personal será determinada por la vecindad civil<sup>12</sup>. Así, y en el contexto del ordenamiento español

---

7. Sentencia núm. 226/1993 de 8 julio. RTC 1993\226

---

8. E. ZABALO ESCUDERO: "Artículo 16.1 del Código Civil" *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Vol I, T.2º. 1995. p. 1259 a 1282.

---

9. A. BORRÁS RODRÍGUEZ: "Artículo 9.8 del Código Civil" en *Comentario del Código Civil* T.I. Ministerio de Justicia, 1991, p. 95-98.- A.L. CALVO CARAVACA: "Artículo 9.8 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Vol I, T.2º. 1995, pp. 350 a 391.

---

10. S. TSJ de Navarra, 4/2008 de 6 de marzo. *Westlaw.es* RJ/2008/3147.

---

11. P. DIAGO DIAGO "La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español" *AAVV El Derecho Español y Europeo*, Méjico 2005 p. 671 a 692

---

12. J.J. ÁLVAREZ RUBIO: "La vecindad civil como conexión general del sistema de Derecho Interregional y el Derecho Civil vasco: análisis en clave funcional" *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, p. 75 y ss.

plural, la ley sucesoria se determina por la vecindad civil del causante, y siendo que la vecindad civil de la persona puede cambiar a lo largo de su vida, es la que se ostenta en el momento del fallecimiento la indicadora del régimen jurídico rector de la sucesión.

Dicha ley, así determinada, tiene vocación aplicarse a todos los aspectos de fondo de la sucesión, quedando fuera de la misma las cuestiones de forma y capacidad. Por tanto, determinará la posibilidad de otorgar testamento, las modalidades testamentarias, la posibilidad de anticipar mediante pacto la sucesión o sucesión contractual, los límites a la libertad de disponer (especialmente las legítimas), el orden de suceder en la sucesión abintestato. Sólo excluye la norma de conflicto de su ámbito, los derechos de viudedad, que somete a la ley rectora de los efectos del matrimonio, intentando así conseguir una adaptación con los derechos que derivan del régimen matrimonial<sup>13</sup>.

### 3. La solución de base: el recurso a la vecindad civil como criterio de conexión

El obligado recurso a la vecindad civil en la determinación de la ley sucesoria, como se desprende de la práctica judicial, viene planteando importantes problemas relativos a su determinación, ya que no es un criterio estático, bien por el contrario, muy dinámico debido a su naturaleza mutable, y el cambio de vecindad civil (que a veces se produce inadvertidamente) supone, en esta materia, un cambio de régimen sucesorio, ya que como se acaba de poner de relieve, es la última vecindad civil adquirida, la que se ostenta al fallecimiento, la determinante de los derechos sucesorios. Es sólo, por tanto, en relación con ésta, cuando realmente quedan fijadas las legítimas expectativas legales de los herederos, que resultan dependientes de los cambios de vecindad.

Cabe recordar aquí como el régimen jurídico de la vecindad civil, regulado en los artículos 14 y 15 del Código Civil, ofrece a los españoles la posibilidad de cambiar voluntariamente esta condición, a través de manifestación expresa al respecto, a favor de la vecindad civil del lugar en donde se hubiere residido dos años. Sin mediar manifestación de voluntad, el transcurso de diez años en un territorio distinto al correspondiente a la vecindad que se ostenta, supone la pérdida de ésta y la adquisición de aquella, salvo manifestación en contrario. Ello produce en muchas ocasiones incertidumbres en la determinación de la vecindad, y en la práctica, en el tema que nos ocupa, desconocimiento real del régimen sucesorio.

De hecho, en la mayoría de los litigios sucesorios, como se deriva del análisis jurisprudencial, la cuestión a debate entre los supuestos herederos es la vecindad con la que fa-

13. E. ZABALO ESCUDERO: *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio en el Derecho Internacional Privado e Interregional*. Pamplona 1993.- S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho Internacional Privado español de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío". *Estudios de Derecho Civil: homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*. Valladolid, 2004, pp. 131-157.

llecí el causante<sup>14</sup>. Y así no es de extrañar que sucedan hechos como los recogidos por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 21 de enero de 2008, en la que se relata que los cónyuges "ostentando vecindad civil navarra otorgaron testamento de hermandad conforme a la legislación civil propia de dicho territorio por el que se instituyen mutua y recíprocamente herederos". En relación con dicho testamento se formula demanda por la que se reclaman derechos sobre determinados bienes que tienen la condición de reservables en aplicación de la legislación de Navarra, y reconvencción, por quien sostiene la vecindad aragonesa de los testadores tanto durante el matrimonio como en el momento del fallecimiento, pretendiendo la nulidad del testamento por no haberse aplicado la legislación aragonesa. Como reconoce la Audiencia la determinación de la vecindad civil de los fallecidos puede resultar tarea de gran dificultad fáctica, tratándose de un matrimonio contraído en Bilbao, entre un natural de Pamplona y una nacida en Zamora, con doble empadronamiento en Navarra y Aragón, respecto a lo que habría que averiguar la residencia habitual real durante el matrimonio y en el momento del fallecimiento, que la Audiencia entiende localizada en el municipio de Zaragoza. La complejidad fáctica en la determinación de la vecindad civil de los causantes y la convicción de los litigantes sobre su vecindad civil, tuvo, en este caso y al margen de la solución de fondo, una consecuencia, entre otras, de orden económico, ya que fue tomada como razón expresa para la no imposición de costas a ninguna de las partes<sup>15</sup>. A pesar de las incertidumbres a que da lugar la vecindad civil, hoy por hoy, es el criterio determinante del régimen sucesorio, y como de sucesión se trata, a pesar de los eventuales cambios acaecidos, la vecindad, a estos efectos, ha de determinarse en el momento del fallecimiento.

## 4. Problemática sucesoria derivada de los cambios de vecindad: conflicto móvil y fraude de ley

El hecho de que la vecindad se fije en el momento del fallecimiento, para indicar la ley sucesoria, no significa que la vecindad anteriormente ostentada carezca de relevancia, especialmente cuando con una vecindad anterior se ha otorgado algún instrumento sucesorio, tal como testamento o pacto hereditario.

Efectivamente, hasta el momento del fallecimiento, se han podido realizar actos jurídicos de ordenación sucesoria, que necesariamente tienen como marco la ley de la vecindad civil del disponente (ley sucesoria si en dicho momento se produjera el óbito). Si con posterioridad al acto de disposición *mortis causae* la vecindad civil cambiara, y

14. A. FONT SEGURA: "Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte". Jurisprudencia. Derecho interregional. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. 2008, p. 943 y ss.

15. Westlaw.es AC/2008/825.

en el momento del fallecimiento el causante tuviere otra, se habría producido lo que la doctrina "ius internacional privatista" viene denominando, conflicto móvil<sup>16</sup>.

El artículo 9.8 del Código Civil soluciona el conflicto móvil, garantizando la validez del acto de disposición otorgado conforme a la ley de la vecindad en aquel momento, en adelante *lex testamentii*, pero ordena ajustar las legítimas a la ley sucesoria. Dice así, tras ordenar la aplicación de la ley nacional (vecindad civil en este contexto) en el momento del fallecimiento: "sin embargo las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última". Así, un español de vecindad civil navarra, ha podido otorgar testamento conforme al derecho navarro, sobre la base de principio de libertad de testar de este derecho y con una legítima simbólica o formal, posteriormente pierde esa vecindad y pasa a tener la vecindad civil común. Fallece con esta última vecindad, y en consecuencia su sucesión queda sujeta al Código Civil; en tal caso, el testamento otorgado conserva su validez, aunque se tratara incluso de un testamento de hermandad que por ser un testamento mutuo no sería admitido en el marco del Código Civil, pero la voluntad expresada en dicho testamento se verá recortada necesariamente por el sistema legitimario de este ordenamiento.

La solución al conflicto móvil bascula así entre dos principios, por una parte el *favor testamentii*, en cuanto se trata de proteger la voluntad del testador, aunque el testamento no gozara de validez conforme a la nueva ley sucesoria, pero por otra parte, con la protección de los derechos legitimarios que surgen de dicha ley. Por tanto, es una solución favorable al sistema de legítimas, que en definitiva en el derecho interregional, favorece al sistema legitimario del Código Civil, existiendo en los demás derechos un mayor margen de disponibilidad o libertad de testar<sup>17</sup>.

Por lo demás, y a salvo del recorte que suponen las legítimas, la parca dicción del artículo 9.8 del Código Civil, que se limita a conservar la validez de los actos de disposición, permite sin embargo, reconducir el régimen jurídico del testamento, a la ley de la vecindad del causante en el momento del otorgamiento<sup>18</sup>. Efectivamente, el cumplimiento y eficacia del testamento requiere el marco jurídico en el que ha sido otorgado. Las legislaciones civiles establecen normas que complementan la voluntad del testador, para lo que no ha sido previsto en el testamento, quizás confiando en la solución legal, lo que la doctrina conoce como normas de naturaleza integradora – interpretativa, que suplen la falta de previsión al disponer, por ejemplo, respuestas a la ineficacia de designación

---

16. E. BARTIN: *Principes de Droit International Privé*. París, 1930 p. 193 y ss.

17. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho Interregional (y en el de Derecho Internacional Privado)" *Revista Española de Derecho Internacional*, 2001, pp. 60 y 61.- A. FONT SEGURA: *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho Interregional*. Santiago de Compostela, 2007, p. 98.- id.: "La sucesión hereditaria en el Derecho Interregional" *Anuario de Derecho Civil*, 2000, p. 23-81.

18. A. FONT SEGURA: "La sucesión hereditaria en el Derecho Interregional". *Anuario de Derecho Civil*, enero - marzo, 2000, p. 45.

por fallecimiento, ausencia o indignidad del instituido o por renuncia o no aceptación de herencia<sup>19</sup>. En este sentido, ratifico la opinión de que el contenido del testamento se ha de regir por la ley del título sucesorio, con la única excepción de las legítimas, donde el legislador no ha dejado lugar a la interpretación. Otra solución distinta puede desvirtuar aún más la voluntad del testador, principal valor a proteger en esta materia, en cuanto su falta de previsión al respecto en el testamento, puede ser debida a que consideró satisfactorias las soluciones legales, que en ese momento, solo pudieron ser las de la *lex testamenti*<sup>20</sup>.

Por ello, ha de postularse la extensión de la ley que determina la validez del testamento, a los problemas que el cumplimiento del mismo suscite y que puedan condicionar la propia voluntad del testador. Los problemas de ajuste que pudieran derivar de la intervención de una ley extraña al sistema conforme al que ha dispuesto, aconseja defender la aplicación de una única ley, la del título sucesorio<sup>21</sup>.

Pero la validez de las disposiciones testamentarias se ve también comprometida por la acción del fraude de ley, cuando se entiende que el cambio de vecindad persigue únicamente procurar un nuevo marco jurídico para el otorgamiento de un testamento, que permita eludir límites legales a la libertad de disposición o supuestos derechos hereditarios. Así se ha recurrido en la práctica judicial, en algunos casos, a la figura del fraude de ley de Derecho interregional, produciéndose como consecuencia de su juego la nulidad del testamento. El fraude de ley, en el ámbito de los conflictos de leyes, encuentra su tipificación en el artículo 12. 4 del Código Civil, que lo define como la manipulación de la norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española<sup>22</sup>. Así las cosas, la norma de conflicto (9.8 y 16.1 CC) se entendería manipulada con el cambio de vecindad, a lo que añadido el elemento intencional, da como resultado la consideración fraudulenta de la maniobra, aunque, como ya ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Supremo, las legítimas, no puedan considerarse materia de orden público debido a la diversidad existente en el ordenamiento español<sup>23</sup>.

---

19. A. CALATAYUD SIERRA: "Conflictos interterritoriales entre los derechos sucesorios españoles". *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1999, 2. p. 185.

---

20. Vid. desarrollada esta opinión, en relación con las instituciones de Derecho civil aragonés, en las *Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, (2000), Zaragoza, 2001, donde se recogen la intervención de E. ZABALO ESCUDERO (Ponente): "Conflictos interregionales en materia de Derecho sucesorio aragonés", p.105-122, y las intervenciones como Coponentes de A. CALATAYUD SIERRA: "Supuestos de conflictos móviles en el ámbito de la Ley de sucesiones por causa de muerte" p. 129- 132 y C. BETEGÓN SANZ, p. 123- 128.

---

21. N. MAGALLÓN ELÓSEGUI: *La proyección del sistema español de Derecho Interregional sobre el Derecho Civil Guipuzcoano*, Pamplona, 2008, p. 168 y 169

---

22. Norma que también se proyecta al ámbito del Derecho Interregional en virtud de la remisión del 16.1. Vid. Sta. TS 588/2009 de 14 de septiembre de 2009. Fundamento de Derecho séptimo. *Diario La Ley* 7275, de 3 de noviembre.

---

23. Sta. TS (Sala 1ª) de 15 de noviembre de 1996: "La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno".- Sta.TS. (Sala 1ª) de 21 de mayo de 1999: "Debe concluirse que la sucesión del causante se rige por su ley nacional, es decir, por la ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales".

Esta última consideración, unida al carácter voluntario de los cambios de vecindad, hace que resulte realmente discutible no considerar lícita la manifestación de voluntad del acto de disposición, sobre la base de una supuesta intencionalidad fraudulenta, muy difícil de demostrar objetivamente. Por otra parte, no ha de olvidarse que los derechos legitimarios vienen determinados por la ley de la última vecindad del causante (la del momento del fallecimiento), por lo que el legislador acepta el cambio en las expectativas de los herederos forzosos en función de los cambios de vecindad que hubieran podido acaecer hasta el momento del fallecimiento o, lo que es lo mismo, no existe *a priori* ningún derecho *ex lege* adquirido sobre la herencia.

Sin embargo, el Tribunal Supremo (Sala 1ª) sí apreció fraude de ley, derivado de un cambio de vecindad civil en el supuesto fáctico, objeto de consideración en la ya conocida sentencia de 5 de abril de 1994<sup>24</sup>, abriendo así una línea jurisprudencial al respecto. Se cuestionaba la validez de dos testamentos otorgados conforme al Derecho Foral del País Vasco, tras haber adquirido los testadores, antes sujetos al Código Civil, la vecindad vizcaína aforada. En los nuevos testamentos separaban expresamente de la herencia a los hijos, instituyendo por sus únicos y universales herederos a sus nietos. Se contraponen así en esta relación jurídica sistemas sucesorios diferentes con distintas concepciones sobre los derechos legitimarios.

El Tribunal Supremo consideró que el otorgamiento del testamento conforme a la ley foral constituye un supuesto de fraude de ley, englobado en el artículo 6.4 del Código civil, apreciando la intencionalidad de los cónyuges de burlar el Código civil amparándose en el derecho foral de Vizcaya. En consecuencia, se afirma en los fundamentos de derecho 8º y 9º, por una parte que, *salvo para el otorgamiento de sus referidos y respectivos testamentos no hay constancia alguna en Autos de que los aludidos esposos tuvieran ningún otro interés en adquirir, en la forma ya dicha, la vecindad civil vizcaína, y por otra que, la vecindad foral vizcaína que, en la insólita forma, dijeron adquirir, no tuvo otra finalidad que la de, acogiendo a dicha aparente vecindad foral (ley de cobertura) eludir la aplicación de la ley sucesoria del Derecho civil común (Código civil) a la que siempre habían estado sometidos, y de esa forma desheredar prácticamente a sus hijos... lo que evidentemente integra un claro supuesto de fraude de ley.* Por todo ello, termina resolviendo que carecen de valor y eficacia alguna los testamentos que los referidos esposos otorgaron acogiendo a la vecindad foral vizcaína.

Con una causa diferente, pero en la misma línea argumental, llega al mismo resultado la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de abril de 2007, en la que se confirma la nulidad de testamento de hermandad otorgado conforme a derecho navarro, y la consecuente nulidad de la escritura de adjudicación de bienes, por haberse adquirido la vecindad civil navarra fraudulentamente por declaración expresa por residencia de dos años. En este caso el Juzgado, en la sentencia objeto de recurso, ordenó la cancelación de la inscripción registral de la vecindad adquirida, por falta de residencia real y efectiva en

24. E. ZABALO ESCUDERO: "El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994". *Revista del Poder Judicial*, nº 36. 1994, p. 397 a 402.- I. MAGUREGUI SALAS: "El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario crítico a la STS 5 de abril de 1994". *Estudios Deusto*, 1995, p. 133 a 149.

Navarra<sup>25</sup>. También, en sentencia posterior de la misma Audiencia Provincial de Madrid de 17 de marzo 2008<sup>26</sup> se declara la nulidad total del testamento otorgado ante notario de Pamplona, afirmando ostentar la testadora la vecindad civil navarra, al haber sido otorgado bajo un régimen normativo distinto al del causante en perjuicio de intereses de terceros, que se concretan en los derechos legitimarios de los demandantes<sup>27</sup>.

Tienen de común todas estas decisiones jurisprudenciales que toman causa una supuesta intención fraudulenta, en perjuicio de terceros, y como resultado se declara la nulidad total del testamento otorgado. Como consecuencia de la misma, si existiere testamento anterior este revive, y de no haber otorgado testamento anteriormente la sucesión se defiende legalmente. No obstante la unidad de planteamiento jurisprudencial, creemos que es importante matizar los distintos supuestos que las anteriores decisiones juzgan. Una cosa es defraudar o falsear las condiciones de adquisición de la vecindad civil, mediante una residencia ficticia por ejemplo, supuesto en el cual la nulidad afecta a la adquisición misma de la vecindad, con lo que no llega a alterarse la ley aplicable a la sucesión, lo que conlleva que no resulten válidos actos realizados al amparo de una ley que no es la que corresponde aplicar. Lo mismo sucede si se otorga testamento declarando tener una vecindad civil que en realidad no es la que legalmente corresponde al testador. Otra cosa bien distinta es que se cambie realmente la vecindad, porque han concurrido los requisitos legalmente establecidos para ello y se produzca, como consecuencia legalmente prevista, un cambio de ley sucesoria. En este supuesto resulta muy discutible la posibilidad de accionar la excepción de fraude de ley, para declarar la nulidad del testamento, sobre la base de una supuesta intencionalidad de perjudicar a potenciales o eventuales herederos.

No deja de resultar contradictorio que cuando el propio sistema permite el cambio voluntario de vecindad con dos años de residencia, sin influir en ello la motivación de dicho cambio, y hace depender la ley sucesoria (y con ello las legítimas) de la vecindad con la que se fallece, o sea la última, se permite operar el fraude de ley en defensa de lo que no son sino expectativas hereditarias, anulando actos voluntarios otorgados legalmente en el marco del sistema. La igualdad constitucional entre los Derechos civiles españoles, y la consecuente neutralidad que de ella se deriva para las soluciones conflictuales, y el respeto a la voluntad, tanto en el cambio de vecindad operado legalmente, como en la manifestación de voluntad sucesoria, se oponen al juego sistemático de la excepción de fraude de ley<sup>28</sup>.

---

25. Sentencia nº 235/2007 de 27 de abril .

---

26. *Westlaw.es*, JUR/2008/190431.

---

27. En el mismo sentido la AP de Vizcaya de 31 de mayo de 2007, declaró totalmente nulo e ineficaz el testamento otorgado bajo vecindad civil común ante Notario de Bilbao, cuando anteriormente conforme a la Compilación de Vizcaya se había instituido a dos hijas únicas y exclusivas herederas, pues no habían transcurrido los diez años para haber ganado vecindad sin declaración expresa.

---

28. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *op. cit.*, 2001, p. 63-65.- A. FONT SEGURA: *op. cit.*, 2007, p. 147 y 148.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009, parece apuntar una nueva línea más sensible a los argumentos que se acaban de exponer, flexibilizando la anterior jurisprudencia. Así, aún admitiendo la operatividad del fraude de ley en este contexto, a través del cambio de vecindad civil, concluye que "siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta. Y ello porque:

- 1º. El cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el Art. 14 CC; se trata de normas que, como ya se ha dicho, exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa.
- 2º. Es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio de régimen jurídico aplicable a las relaciones de quien efectúa la declaración o bien deja transcurrir el plazo de 10 años sin efectuar ninguna declaración en contrario. Pero esto no admite que todo cambio debe ser considerado fraudulento, sino solo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable.
- 3º. La igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante"<sup>29</sup>.

## 5. La ley aplicable a los actos de disposición plurales

La determinación de la ley sucesoria a través de la vecindad civil del causante y los cambios de vecindad plantean una problemática aún más compleja cuando se trata de actos de disposición plurales, esto es, aquellos que recogen las últimas voluntades de distintos disponentes u otorgantes. Atención especial merecen en este punto el testamento conjunto o mancomunado<sup>30</sup> y los pactos sucesorios, que también se incluyen en la solución del artículo 9.8 del Código Civil, sin dejar duda de la calificación sucesoria que estos últimos reciben en nuestro ordenamiento. Sabido es que no todos los Derechos civiles españoles los conocen, pero son modalidades sucesorias propias de los Derechos civiles autonómicos<sup>31</sup> que, continuando con la tradición de los Derechos

29. Extracto de la STS de 14 de septiembre de 2009 (Fto. de Dcho. 7º) , anteriormente citada, que por su interés para el tema se reproduce textualmente.

30. E. ZABALO ESCUDERO: "El testamento conjunto en Derecho Internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés". *Revista General de Derecho* 1989, nº. 541-542, pp. 6351 - 6370.- M. LOPEZ SUAREZ: "El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil" *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*. Bilbao, 1999, pp. 441-459.

31. M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ: "Les pactes successoraux dans les droits régionaux d' Espagne" . *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*. Genève 2008, p. 107 y ss.

forales històrics, los han venido utilizando principalmente para la ordenación de la economía familiar agraria, la transmisión de la "casa", del "caserío", la designación del heredero que debía continuar con la explotación, normalmente rural, familiar, y que en la actualidad siguen siendo utilizados, si bien en un contexto económico diferente<sup>32</sup>. Por el contrario, no se admiten en el Código Civil, donde el testamento es una institución individual, personalísima y por esencia revocable<sup>33</sup>.

Los problemas a resolver ante esta tipología de institutos sucesorios son sucesivamente los siguientes. Al permitir ordenar la sucesión de más de una persona ¿cuál es la ley determinante de su validez?, y en segundo lugar ¿cómo inciden los cambios de vecindad sobrevenidos?

En principio, la solución que se deriva de la norma base, en relación con la primera de las cuestiones, es la aplicación de la ley determinada por la vecindad civil de los disponentes en el momento del otorgamiento. Solución ésta que en poco difiere de la general, a salvo que los disponentes u otorgantes sean de distinta vecindad civil. En cuyo caso parece que, a la vista de la regulación vigente representada por el artículo 9.8 del Código Civil, sólo cabe una solución cumulativa: el testamento o pacto debe ser considerado válido por todos y cada uno de los ordenamientos seleccionados en función de la vecindad civil de los intervinientes<sup>34</sup>. Solución que sólo ofrece respuesta para considerar el acto válido, pero que deja abierta muchas interrogantes en cuanto al régimen jurídico del mismo, los límites a la voluntad de disponer, la interpretación y ejecución de las cláusulas del testamento o pacto, y el régimen legal a aplicar en lo no previsto. Aplicar como anteriormente se ha defendido, en relación con el testamento, la ley del título sucesorio lleva a dos ordenamientos distintos, con diferentes soluciones legales, cuya aplicación cumulativa puede restringir en exceso la eficacia del acto.

La Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón<sup>35</sup>, contiene una disposición particular, en su artículo 102, en relación con el testamento mancomunado aragonés, siguiendo el precedente de la Compilación, conforme al cual, el testamento en mancomún puede ser otorgado, incluso fuera de Aragón, por aragoneses (ya no se encuentra limitado a cónyuges), pero añade ahora en su apartado 2º, que también podrá otorgarse, cuando uno de los dos testadores sea aragonés y el otro no lo tenga prohibido por su ley personal. Con ello, y sin entrar aquí y ahora en los problemas de constitucionalidad que dicha disposición plantea debido a la competencia estatal sobre las normas de solución de los conflictos de leyes, a lo que anteriormente se ha aludido, se contempla

---

32. B. AÑOEROS TERRADAS: "Tratamiento conflictual de los pactos sucesorios en Derecho Internacional Privado español" *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Madrid 2009, p. 157 y ss.- M.P. FERRER VANRELL: "Los protocolos familiares y la ley balear 22/2006 de 19 de diciembre, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios". *Actualidad Civil* 12, 2009.

---

33. Vid. artículos 1271 en relación con los pactos sobre la herencia futura, y 669 sobre el testamento mancomunado.

---

34. Es la solución cumulativa prevista en el artículo 10 del Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte. [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

---

35. Ley 1/1999, de 24 de febrero (BOA 26, de 4 de marzo de 1999)

la posibilidad de que una persona de vecindad civil distinta, o nacionalidad incluso, siempre que su derecho, determinado por su ley personal, no prohíba el testamento en mancomún, otorgue testamento mancomunado aragonés. ¿Significa ello que el derecho aragonés y en particular, su ordenación del testamento mancomunado, se aplicará a la validez y régimen jurídico de un testamento otorgado conjuntamente por aragonés y no aragonés? Como problema de Derecho Internacional Privado e interregional, la solución ha de provenir del artículo 9.8 del Código Civil, que lleva a la necesidad de considerar las dos leyes personales en el momento del otorgamiento. En este punto, la solución que nos ofrece dicho artículo, que lleva a la aplicación de la ley personal de cada uno de los disponentes, es claramente insuficiente para dar solución a todos los problemas que pudiera derivarse de la sucesión así ordenada, y produce incertidumbre e inseguridad en los particulares que pretenden a través de estos institutos ordenar su régimen sucesorio<sup>36</sup>.

Otra cosa es que de *lege ferenda* pudiera plantearse la oportunidad de que una sola de las leyes pudiera validar el acto a través del cual dos personas manifiestan su voluntad sucesoria, introduciendo puntos de conexión alternativos o incluso permitiendo una autonomía de voluntad limitada<sup>37</sup>. En esta línea, parece que apuntará el futuro instrumento comunitario, proclive a admitir el ejercicio autónomo de la voluntad individual, también en materia de contratos de herencia<sup>38</sup>. Así, la reciente Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y certificado sucesorio europeo, condiciona la validez del pacto sucesorio concerniente a la sucesión de varias personas a que sea conforme a la ley sucesoria de cualquiera de dichas personas en el momento de su otorgamiento, rigiéndose entonces por dicha ley. Cuando sea conforme a la ley de varias personas se regirá por aquella con la que presente una vinculación mas estrecha<sup>39</sup>. No obstante se ofrece a las partes la posibilidad de elegir la ley aplicable, de entre las que puedan elegir como ley sucesoria. Dicho ejercicio de la voluntad se registra igualmente en el Convenio de la Haya de 1989 sobre la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte, cuyo artículo 11, permite a las partes convenir, por designación expresa, someter el pacto en cuanto a su validez, efectos y extinción de los mismos, a la ley de su residencia o nacionalidad.

---

36. A. FONT SEGURA: "La ley aplicable a los pactos sucesorios". InDRET, 2/2009. [www.Indret.com](http://www.Indret.com).

---

37. A. FONT SEGURA: *op. cit.* 2009, p. 21. - B. AÑOVEROS TERRADAS: *op. cit.* p. 174.- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI: *op. cit.* p. 257.

---

38. La Resolución del Parlamento Europeo conteniendo recomendaciones para la elaboración de una propuesta de Reglamento comunitario en materia de sucesiones afirma: "También en materia de contratos de herencia, el acto legislativo que se adopte deberá conceder un el ejercicio autónomo de la voluntad individual permitiendo a las partes acordar, mediante declaración expresa, someter el contrato de herencia a la ley del Estado en el que la persona o una de las personas de cuya sucesión se trata tiene la residencia habitual en el momento de la celebración del contrato o del que posee la nacionalidad". P6\_TA(2006)0496. *Comisión de Asuntos Jurídicos PE 367.975. Resolución del Parlamento Europeo que contiene recomendaciones a la Comisión sobre sucesiones y testamentos (2005/2148(INI))*.

---

39. Artículo 18, apartado 2 de la Propuesta COM (2009)154.

El conflicto móvil, derivado del cambio de vecindad se torna aún más problemático ante estos instrumentos sucesorios, pues pueden ser distintas las vecindades que pueden cambiar, y el cambio de vecindad de cada uno de los disponentes, aunque no afecte a la validez de las disposiciones, introduce elementos ajenos al instrumento otorgado, entre otros, un sistema legitimario distinto susceptible de recortar las disposiciones. Esta problemática afecta particularmente a las disposiciones que son expresión de un acuerdo de voluntades, a veces entre los disponentes, como ocurre con las disposiciones recíprocas o correspectivas, pero otras, entre el disponente y el instituido, que podría verse alterado, o incluso vaciado de contenido, simplemente por un cambio de vecindad unilateral posterior a pacto<sup>40</sup>. Por ello, cabe concluir que la voluntad de las partes expresada conjuntamente o en pacto sucesorio debería cristalizar el sistema sucesorio y legitimario del momento del otorgamiento.

## 6. Los derechos de viudedad

El último inciso del artículo 9.8 contiene la excepción relativa a los derechos de viudedad, recortando el ámbito de aplicación de la ley sucesoria, al disponer "los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regula los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes". Tal excepción, introducida por la Ley de reforma del Código Civil 11/1990, pretende una adaptación conflictual entre los derechos derivados del régimen matrimonial (arts. 9.2 y 9.3 CC) y los derechos que derivan de la sucesión, a fin de evitar desequilibrios, tales como superposición de derechos o ausencia de los mismos, que pueden producirse si la ley sucesoria es distinta de la ley rectora del régimen matrimonial. Indudablemente si todos los derechos que corresponden al cónyuge supérstite, con independencia de su naturaleza o causa derivan de una única ley (en este caso el legislador ha considerado conveniente que sea la reguladora de los efectos del matrimonio) la solución guardará coherencia interna.

A buscar esa coherencia ya se dirigía el artículo 16, apartado 2 del Código Civil<sup>41</sup>, norma anterior en el tiempo a la introducida en su artículo 9. 8, y que actualmente se mantiene vigente, sobre el usufructo viudal aragonés, referido en la norma al regulado en la Compilación aragonesa, actualmente en la Ley 2/2003 de régimen económico matrimonial

40. En este sentido A. FONT SEGURA considera, en relación con los pactos de institución de heredero y de renuncia a la herencia, que el cambio de vecindad del instituyente puede comportar una deslealtad a la voluntad de las partes. En los primeros porque puede quedar alterada la cuantía del patrimonio transmitido y en los segundos porque la voluntad del renunciante toma en consideración los derechos sucesorios que le confiere la ley aplicable en el momento de la disposición. A.FONT SEGURA, *op cit* 2000, p. 63 y 64. *Id. op. cit.* 2009, p. 20.- En la misma línea B. AÑOVEROS TERRADAS, *op. cit.* p. 171, 172.

41. J. DELGADO ECHEVERRÍA: "Artículo 16, 2 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Vol I, T.2º. 1995, p.p. 1282 -1301.

y viudedad<sup>42</sup>. Este derecho, que deriva de la celebración del matrimonio, se manifiesta durante el matrimonio como un derecho expectante y al fallecimiento en un derecho de usufructo sobre todos los bienes del premuerto. Si el causante fallece con vecindad civil distinta a la aragonesa, la ley sucesoria, ya es otra y a fin de evitar que al usufructo viudal que le corresponde al cónyuge porque su matrimonio se rige por derecho aragonés, se le acumulen los derechos sucesorios de la ley sucesoria, se excluye la legítima que establezca esta última.

Al supuesto inverso ofrece adaptación el párrafo 3º del art. 16.2 del Código Civil, al afirmar que el usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviere vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte. Se trata de cubrir la ausencia de derechos para el cónyuge que se producirían al no atribuirle el Derecho aragonés derechos de naturaleza sucesoria y no derivar tampoco el usufructo viudal del matrimonio, por suponer que no se rige por el Derecho aragonés, sino por otro Derecho civil español.

La común y actual vigencia del artículo 16.2 y 9.8 del Código Civil, en su último inciso, ha dado lugar a diferentes interpretaciones. La Dirección General de Registros y Notariado (Resoluciones de 11 de Marzo y 18 de Junio de 2003), ha intentado conciliar las distintas normas aplicables a la viudedad, a través de una mas que discutible interpretación "armonizadora", que realmente vacía de sentido y contenido el artículo 9.8 del Código Civil<sup>43</sup>, en cuanto sostiene, con base en el principio de unidad de la sucesión, que la remisión a la ley que rige los efectos del matrimonio, se entiende hecha a los "exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial (año de luto, tenuta, aventajas, ajuar doméstico, viudedades forales en su consideración familiar o cualesquiera otra que determine la ley aplicable)"<sup>44</sup>. Obvia dicha interpretación que tales derechos, de naturaleza matrimonial, ya se encuentran subsumidos, por su propia calificación, en la ley rectora de los efectos del matrimonio, aplicable (salvando la posibilidad de pacto ex art. 9.3<sup>45</sup>) al régimen matrimonial, mientras que la intención del legislador, en el último inciso del 9.8, va dirigida precisamente a unir en una sola ley (la de los efectos del matrimonio) todos los derechos de viudedad atribuibles *ex lege*, y especialmente los de naturaleza sucesoria. La última frase de dicha disposición "a salvo las legítimas de los descendientes", como límite a los derechos que conceda al viudo la

---

42. Desde otro orden de ideas, tampoco se adapta la solución del artículo 16.2 CC a las vigentes soluciones de Derecho Internacional privado e Interregional introducidas por la ley de reforma del CC 11/1990, pues toma como causa única el cambio de vecindad civil de los cónyuges sometidos al régimen matrimonial de la Compilación (en la actualidad LRM), cuando la ley rectora de dicho régimen puede no venir determinada por la vecindad civil, como sucede en el caso de matrimonio de españoles de distinta vecindad, cuyo régimen matrimonial legal (salvo pacto ex. 9.3) se determina por la ley española de su residencia habitual, en su defecto por la ley española del lugar de celebración y en último término por el CC (ex. art. 16.3).

---

43. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *op. cit.* 2004, p. 140, 144.

---

44. Comentario de A. FONT SEGURA en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2003, 2 p. 991.

---

45. P. DIAGO DIAGO: *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho Internacional Privado*. Zaragoza, 1999 p. 103 y ss.

ley rectora de los efectos del matrimonio, corrobora esta interpretación y vuelve a poner de manifiesto la primacía que el legislador da al sistema legitimario.

Por tanto, la solución del artículo 9.8 en su último inciso, que se proyecta a los conflictos de leyes internos en virtud de la remisión general del artículo 16, en su apartado primero, corta de raíz el problema al que el artículo 16.2 da respuesta, pues si los derechos de viudedad se determinan por la ley rectora de los efectos del matrimonio, son los que articule esta ley los que le correspondan al cónyuge. Así, ya no hay necesidad de excluir los derechos legitimarios que atribuye al cónyuge la ley sucesoria, pues ésta no se aplica, y tampoco existe razón para atribuir el usufructo aragonés al viudo de quien fallece con dicha vecindad, cuando su régimen matrimonial se rige por una ley distinta, pues sus derechos derivarán de esta última, y de atribuirlo produciría, un desajuste por acumulación, siendo el objetivo de la norma resolver un desajuste por ausencia de beneficios<sup>46</sup>.

Otra cosa es que la solución del artículo 9.8, al llevar necesariamente los derechos de viudedad a la ley rectora de los efectos del matrimonio sea acertada o no, que sea excesivamente rígida o general, que debiera haberse concretado a la ley rectora del régimen matrimonial en cuanto esta es susceptible de ser cambiada por pacto entre los cónyuges, y que, en definitiva, pudiera mejorarse para no dejar lugar a la interpretación en aras de una mayor seguridad jurídica. Pero, con sus virtudes y defectos, es la solución legal vigente y mientras no se modifique, consideramos que el sólo juego del último inciso del artículo 9.8 que hace regir los derechos de viudedad por la misma ley que regula los efectos del matrimonio ofrece solución al problema de adaptación, no sin complejidad, también en el Derecho Interregional, por tanto hace innecesario articular soluciones específicas desde el plano de los diferentes derechos materiales que pudieran concurrir, siendo además más acorde con el dinamismo que esta produciendo el desarrollo de los Derechos civiles autonómicos, sus posibilidades de modificación y adaptación a la realidad social.

## 7. La solución del Derecho Interregional español en el contexto internacional y europeo

El último apartado de este estudio tiene como objetivo valorar las soluciones del sistema español a los conflictos de leyes internos en materia de sucesiones, en clave de Derecho convencional y comunitario. Y ello porque en ambos contextos encontramos modelos o referencias que nos permiten contrastar dichas reglas de solución. Por una parte, el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte y por otra el futuro instrumento comunitario sobre sucesiones, del que ya se ha hecho pública una Propuesta de Reglamento.

46. M. MARTÍNEZ MARTÍNEZ: Sucesión legal y usufructo viudal del cónyuge separado de hecho. Comentario a la Sentencia del TSJA de 25 de junio de 2007. *Revista de derecho Civil Aragonés*, 2008-XIV, p. 193 y ss.

Las respuestas del vigente Derecho Interregional español a la problemática de las sucesiones, se encuentra construida sobre dos pilares básicos; el primero, el principio de unidad de soluciones a los conflictos de leyes, que lleva a proyectar a los conflictos interregionales las mismas normas de Derecho Internacional Privado, en virtud de la remisión del artículo 16.1, bastión del sistema. El segundo, el recurso a la vecindad civil como único criterio de conexión determinante de la aplicación de uno u otro de los Derechos Civiles españoles.

La práctica pone de relieve la incertidumbre que este sistema conlleva, por una parte por la generalidad de la norma de conflicto que engloba en un solo párrafo todo el fenómeno sucesorio (sucesión intestada, testamentos, pactos sucesorios) en el que se debe subsumir la gran complejidad de instituciones que por obra del pluralismo jurídico existente, contienen el Código Civil y los Derechos Civiles autonómicos.

Por su parte, la determinación de la ley sucesoria a través de la vecindad civil, causa no pocas sorpresas a quienes creen tener expectativas en la sucesión del causante, a quien cree que puede ordenar su sucesión con arreglo a un determinado Ordenamiento, a quien así la ha ordenado legalmente y desconoce que, por haberse producido un cambio a veces inadvertido en su vecindad civil, sus disposiciones se van a ver limitadas, cuando no se tornan ineficaces.

Quizá ha llegado el momento de repensar el sistema, a la luz de los indicados modelos internacional y comunitario, que parten de un profundo estudio del Derecho de sucesiones comparado. De ellos cabe extraer algunas propuestas de solución que podrían ser trasladables a la problemática de los conflictos de leyes internos en España. Una de ellas, quizá la de base, es la conveniencia de introducir la autonomía de la voluntad conflictual, esto es permitir la *professio juris*, o lo que es lo mismo la posibilidad de elegir el Derecho rector de la sucesión de entre aquellos ordenamientos estrechamente vinculados a la persona<sup>47</sup>. El citado Convenio de la Haya en su artículo 5 recoge esta fórmula<sup>48</sup>, estableciendo la posibilidad de designar mediante declaración expresa en la forma de una disposición por causa de muerte, la ley nacional o la ley de residencia habitual. Dicha ley rige el conjunto de la sucesión: el orden de suceder, las causas de desheredación o indignidad sucesoria, la reducción de liberalidades, la cuota disponible, reservas y otras restricciones a la libertad de disponer (legítimas), y el fondo de las disposiciones testamentarias. Parece que la Propuesta de Reglamento comunitario también se dirige en este sentido, ya que partiendo de determinar la ley sucesoria por la residencia habitual de la persona en el momento del fallecimiento, permite elegir como ley sucesoria

47. C. AZCÁRRAGA MONZONIS: *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*. Valencia, 2008, p. 402 yy ss.

48. A. BORRÁS RODRÍGUEZ: "La Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l' Espagne". *Liber amicorum Georges A.L. Droz*, 1996. P. DE CESARI: *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*. Padova 2001, p. 91 a 98.- E. VASSILAKAKIS: "La *professio juris* dans les successions internationales". *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé: esprit et méthodes*. Paris, 2005, p. 803 y ss. J.M. FONTANELLAS MORELL: *La professio iuris sucesoria*. Madrid 2010.

la ley nacional<sup>49</sup>. Opciones de esta índole se recogen también en algunas legislaciones internas. Otra cuestión a replantear es la de la conveniencia de una regla de adaptación sobre los derechos de viudedad como la actualmente vigente y que tantos problemas de interpretación ha suscitado, en cuanto que la Propuesta de Reglamento incluye expresamente en el ámbito de la ley sucesoria los derechos sucesorios del cónyuge viudo<sup>50</sup>. ¿Tendría sentido una *professio juris* en la dimensión interna del derecho español, que permitiera la elección, mediante declaración expresa, incluso en testamento o pacto sucesorio, de la ley rectora de la sucesión, siendo una de ellas la ley de la vecindad civil? O al menos, ¿Podría el testador u otorgante de un pacto sucesorio someter el conjunto de su sucesión a la ley de la vecindad que tiene en el momento del otorgamiento, que es la que a su vez posibilita y valida dicho acto? Quizá ello resolvería algunos de los problemas puestos de relieve, como son la incidencia de los cambios de vecindad civil en la ley sucesoria, el desajuste de la voluntad del testador con un sistema legitimario sobrevenido y desconocido en el momento de testar, la incertidumbre en cuanto a la ley aplicable, los cambios de vecindad civil considerados "fraudulentos", entre otros problemas. La elección de la ley aplicable sería especialmente útil, asimismo, para procurar la validez y eficacia de los actos de disposición plurales<sup>51</sup>, de manera que pudiera reconducirse su régimen jurídico a una sola ley, sea la de la nacionalidad o residencia de cualquiera de los otorgantes.

La necesaria modificación del artículo 9.8 del Código Civil, va a derivarse previsiblemente, no de la acción del legislador español, sino de la del comunitario, a través del desplazamiento que sobre dicha norma va a producir la adopción del previsto Reglamento comunitario que además de otros aspectos, regulará el derecho aplicable a la sucesión. ¿Afectará también al actual sistema de Derecho Interregional de sucesiones articulado sobre la proyección del 9.8? Ello dependerá de la respuesta a dos interrogantes. La primera, si el texto comunitario se aplicará a los conflictos de leyes puramente internos, y si se sigue el camino de otros Reglamentos comunitarios reguladores de materias distintas, seguramente no será obligada su aplicación a estos particulares conflictos de leyes. Por el momento, la Propuesta de Reglamento recoge esta solución para los conflictos de leyes que conciernen únicamente a las distintas unidades territoriales de los sistemas no unificados<sup>52</sup>. Si la primera cuestión se resuelve así, se abrirá la segunda de las interrogantes, ¿se mantendrá el artículo 9.8 sólo para las sucesiones interregionales? O con arreglo al principio de remisión del artículo 16.1 Código Civil a las normas de Derecho Internacional Privado, y de unidad de soluciones ¿se podría entender que también las soluciones de la norma comunitaria se proyectan a los conflictos entre las

---

49. Artículos 16 y 17. COM (2009)154.

---

50. Artículo 19.2. b. COM (2009)154

---

51. Vid. doctrina citada en nota 37.

---

52. Artículo 28.2. COM (2009)154

legislaciones civiles españolas<sup>53</sup>. O ¿será el momento de abandonar dicha unidad y de que vea la luz una ley especial de Derecho Interregional?. Lo que sí es cierto es que la regulación comunitaria afectará, cuando resulte aplicable el Derecho español a la sucesión en supuestos de internacionalidad, en cuanto siguiendo la regla prevista para los sistemas no unificados, cada unidad territorial será considerada como un Estado a los fines de determinar el derecho aplicable conforme al Reglamento<sup>54</sup>, por lo que de su aplicación podrá derivar la aplicación de uno de los Derechos civiles españoles. En cualquier caso, parece que el legislador español necesariamente se tendrá que plantear el camino a seguir, pero quizá haya que aprovechar la oportunidad que supone el trabajo del legislador comunitario, para tomar ejemplo y modificar un sistema que se ha revelado insuficiente, y que conlleva una gran dosis de inseguridad en su aplicación práctica, para resolver los problemas derivados de la pluralidad legislativa española en materia sucesoria. El Derecho Interregional, que antes procuraba la coexistencia ordenada de las Compilaciones con el Código Civil, es el que hoy aún esta vigente, y se revela inadecuado para resolver los conflictos derivados de la actual pluralidad legislativa, derivada del marco constitucional y de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia civil.

---

53. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: "Derecho Internacional Privado europeo, plurilegislación civil española y Derecho interregional". *Estudios de Derecho interregional*. Santiago de Compostela 2007, p. 136 y ss.- N. MAGALLÓN ELÓSEGUI: *op. cit.* p. 240 y ss.- E. ZABALO ESCUDERO: "La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea" en *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*. Madrid 2009. p. 152 a 155.

---

54. Artículo 28.1 de la Propuesta de Reglamento. COM (2009)154



of Succession – The development of the applicable law rule Inter-regional conflicts with  
of the applicable law rule Inter-regional conflicts within the United Kingdom relating to P  
l conflicts within the United Kingdom relating to Private International Law of Succession  
n relating to Private International Law of Succession – The development of the applicab  
w of Succession – The development of the applicable law rule Inter-regional conflicts with  
of the applicable law rule Inter-regional conflicts within the United Kingdom relating to P  
l conflicts within the United Kingdom relating to Private International Law of Succession

# regional conflicts



# Inter-regional conflicts within the United Kingdom relating to Private International Law of Succession - The development of the applicable law rule

Texto de:  
Paul Beaumont and Philip Bremner

## A. Introduction

The United Kingdom is a State comprising three separate legal systems: Northern Ireland, Scotland, and England and Wales. Each of these three legal systems has its own private international law rules. Despite the fact that there are considerable differences in the substantive rules of succession between Scotland and the other two legal systems, there are surprisingly little, if any, conflicts between their private international law rules of succession. The reason for this seems to be the historical evolution of private international law rules relating to succession in Great Britain, i.e. between England and Wales and Scotland (Northern Irish law in this area inherited the approach of England and Wales and has not diverged), which this paper will explore in some detail.

## B. The Scottish Legal System

In order to appreciate the significance of the lack of conflicts between Scottish and English private international law of succession, it is necessary to understand the nature of the Scottish legal system. The civil law of many continental European countries, derived from Roman law, is typified by the reliance on a code, which sets out the general principles of law to be followed, as well as legal writings and doctrine. The English common law, along with other common law jurisdictions, instead relies more heavily on judge made law. Scots law, having undergone an involved process of reception of both civil and common law, is a mixed legal system, with no civil code, and as such fits squarely into neither the common law legal family nor that of the civil law.

One of the main implications of this is that it affords the Scottish legal system a degree of flexibility that its English counterpart does not necessarily have. In common

law systems, the doctrine of precedent is given considerable weight. This means that a previous decision given by a superior court on a particular point of law is binding upon lower courts. Therefore, in any given case, a court will look to previous decisions for guidance on how to dispose of the case before it. This doctrine, known as *stare decisis*, also applies in Scotland. However the historical orientation of Scots law meant that Scottish courts could look to a wider variety of sources for a solution, e.g. continental legal writers, where the law was uncertain.

As well as case law, Scots law refers to institutional writers, such as Stair, Erskine and Bell, who were writing in the 17th and 18th centuries, as a further source of law. In addition to these formal sources of law, Scottish advocates and courts have a long standing tradition of citing scholarly writings and even foreign jurists as sources of inspiration, especially when the other sources of law are silent on a matter. By having recourse to a broader spectrum of rules, Scots law historically was able to find the most suitable solution to a legal problem. Moreover, whilst the English common law might intuitively stumble upon a solution to a legal problem, the Scottish mixed legal system's ability to draw on a wider ranges of sources means that it may have been more likely to produce a more rigorous and thoroughly-reasoned rule. This is exemplified later on in the article when discussing the development of private international law rules relating to succession in the UK through the English case of *Pipon* and the Scottish case of *Brown*.

## C. British Constitutional arrangements

In order to demonstrate the significance that the distinctive character of the Scottish legal system had on the development of private international law rules of succession in Great Britain, this paper will attempt to situate these developments within the context of Britain's highly individual constitutional arrangements. During the middle ages, Scotland was an independent state, entirely separate from England, with a separate parliament, legal system and crown. In 1603, there was a union of the crowns, when James VI of Scotland became James I of England. Following this, on the background of religious, political and economic turmoil and on the initiative of the English government, a commission was formed to negotiate political union between these two countries. The result of this was the Treaty of Union, which was approved by an act of each parliament. The Treaty of Union came into effect on 1 May 1707 and united the nations of England (which had already been united with Wales in 1536) and Scotland into the single kingdom of Great Britain, which, since union with Northern Ireland in 1800, forms part of the United Kingdom.

The result of this was to establish a State that was neither unitary nor federal in the typical sense. The Treaty of Union preserved the separate Scottish legal system (art. 18) and the Scottish courts (art. 19) but did not preserve a separate Scottish legislature. Perhaps the true nature of our union State is best described in one of the leading British constitutional law textbooks:

While the treaty was described as an incorporating union (it did not establish a federal system and did not maintain the previous Scottish and English legislatures for any purpose); it gave extensive guarantees to Scottish institutions.

The modern day implication of this is that until Scottish devolution occurred in 1999, the Westminster parliament in London often passed separate legislation for England and Wales on the one hand and Scotland on the other. Since devolution, however, the Scottish Parliament passes legislation on most matters relating to Scotland, including family law, succession and private international law, other than those matters that are reserved to the United Kingdom parliament in Westminster.

Of particular interest and relevance in this article is the court system that was in operation in Scotland and the United Kingdom after the Treaty of Union, which, broadly speaking has persisted until the present day. In Scotland, the Court of Session, which predates the Treaty of Union, continues to exercise civil jurisdiction along with the sheriff courts. Both the Outer House of the Court of Session and the Sheriff Courts exercise jurisdiction at first instance, with there being the possibility of appeal to the Inner House of the Court of Session. Since the Treaty of Union, there has also been the further possibility of appeal to the House of Lords in London, which was the court of last instance for both Scottish civil appeals and English criminal and civil appeals. More recently, in October 2009, the functions of the appellate committee of the House of Lords and, for Scottish matters, those of the judicial committee of the Privy Council, which exercised jurisdiction over Scottish devolution amongst other things, have been subsumed by a new UK Supreme Court based in Westminster in London.

On the face of it, the existence of a single highest court of appeal for both England and Scotland seems contrary to the Treaty of Union's attempt to preserve a separate court system for each country. This may seem to be further exacerbated by the doctrine of precedent, whereby the lower courts of both Scotland and England are bound by decisions of the House of Lords. However, the Scottish courts are not, in fact, bound by decisions of the House of Lords when deciding a point of English law nor vice versa unless the point of law is the same both north and south of the border. Despite this, the existence of a unified final court of appeal presents the distinct possibility of the mutual influence that the two legal systems can have and the historical development of the private international law rules of succession within the United Kingdom is a good example of this.

There is a convention that there should be a certain number of Scottish law lords on the appellate committee of the House of Lords, who are trained in Scots law and sit on Scottish appeals. This convention will continue in terms of the appointment of Justices to the UK Supreme Court. Despite this, historically speaking, the predominantly English House of Lords has led to a perceived English influence on Scots law, which has been a matter of regret and concern in Scotland. In spite of these concerns, English law was not always the driving force. There was also a countervailing continental European influence from Scots law. This occasionally led to a marked Scots law, and through it continental, influence on English law as is demonstrated in the next section of the article.

## D. Historical development of private international law rules of succession in Scotland and England

It seems clear, from scholarly writing, and has been commented on in Scottish case law, that private international law of succession did not exist in England until the late 18th century because, until then, English courts simply did not apply foreign law. This stands in marked contrast to the position in Scotland, where case law in this area, albeit contradictory case law, was beginning to develop as early as the 17th century. It was not until after the union between Scotland and England in 1707 that principled rules of private international law began to develop in England and the resulting common court of last instance for England and Scotland, the House of Lords, had a significant part to play in this development.

This, therefore, resulted in a unified set of private international law rules of succession in the UK, which reduced the potential for future conflicts between the two legal systems. Interestingly, however, this unification does not seem to be decisively English led, as one might expect given its dominance within the UK, nor was it decisively Scottish led, as one might think it could have been, given the early development of case law on this issue in Scotland. Instead, the unification of private international law rules relating to succession in the UK seems to be a triumph of reason and argumentation, drawing on both Scottish and English influences, as this paper will go on to illustrate.

An analysis of the early cases shows the willingness of the Scottish courts to look to continental jurists and legal thinking in order to find solutions to legal issues that Scots law did not adequately address. An example of this in the field of private international law of succession is the case of *Brown v. Brown*. The case concerned a Scottish domiciled deceased who owned Irish government debentures. Under the terms of the debenture, the money was to be repaid to the deceased, his executors, administrators or assignees. By the law of Scotland, this passed to the deceased's brother as his next of kin. This, however, was challenged by the deceased's nephew, who claimed that by the law of Ireland, he was entitled to a share. In deciding the case, the judges of the Inner House of the Court of Session recognised that it was to be decided on the basis of what it called "the law of nations" and by that law, the law of the domicile of the creditor governs the succession of such debts which are moveable. Therefore, Scots law was applied and the contention that the *lex situs*, which applies to immoveables, should govern moveables instead of the *lex domicillii* was implicitly rejected.

This still holds true today in Scotland and England and is the basis of the scission system that currently operates within the UK. The precise reasoning that persuaded the court is not clear from the case report. The poor quality of the reports of early Scottish cases make it very difficult to know what Scots law was and impossible to be certain of the *ratio decidendi* of a case. However, some indication of the court's reasoning can be discerned from the arguments used by the defender, in whose favour the court found.

In doing so the court seems to have rejected the pursuer's implicit contention that the opinion of foreign jurists should be disregarded. Instead, it would appear that the court accepted the defender's claim that Scots law was undecided on the matter and turned to such foreign scholars as Voet for inspiration.

This case was, in fact, foreshadowed by an earlier statute of the Parliament of Scotland in 1426, which, as noted by Anton, implies that the law of the domicile was the applicable law. As Robertson highlights, the Scots Statute in fact deals with the confirmation of Scotsmen's testamentary dispositions rather than the distribution of their moveable estate. Nevertheless, he makes the inference from the statute that 'the effects of Scotsmen were to be governed by the law of Scotland, wherever such effects should be situated'.

In contrast to the apparent willingness of the Scottish court in *Brown* to enter into a discussion on the principle of the matter, to create, what we presume were well-reasoned rules of private international law, the English court showed a reluctance to do so in the contemporaneous case of *Pipon v. Pipon*. In that case, the Court of Chancery acknowledged the potential for enunciating a general rule but deliberately shied away from that, opting instead to dispose of the case on pragmatic grounds that could not be broadly generalized. The intestate deceased was a native inhabitant of Jersey, where he had considerable personal estate as well as one debt owing in England. The plaintiffs were his nephews and nieces and the defendants were his sisters. The dispute concerned whether the debt that had been collected in England was distributable according to the law of Jersey (which excluded the nephews and nieces) or the law of England (which did not). The plaintiffs' action was to have the distribution of the debt done in England according to English law. The court dismissed the case stating that the plaintiffs were not entitled to seek distribution of a particular part of the estate but only to hold the general administrator to account for the whole estate. Therefore, as the general administrator was not present, the case was dismissed.

From the case report, therefore, it seems that the true ratio of this case is that an action for the distribution of a particular part of an intestate's estate is inadmissible. However, subsequent cases (such as *Somerville v. Somerville*) have interpreted *Pipon* as authority for the proposition that the *lex domicillii* governs the succession of moveable property and further that it is the *lex domicillii* of the creditor and not the debtor that applies to debts. In *Thorne v. Watkins* Lord Hardwicke said that he had ruled on this very point in *Pipon v. Pipon*. However, from the case report, it does seem that Lord Hardwicke's comments on this matter are *obiter dicta*. Despite this, Lord Hardwicke made some relevant observations in *Pipon v. Pipon*, be they *obiter* or part of the *ratio*, which have been converted into binding precedent by later decisions through the operation of the doctrine of *stare decisis* discussed earlier in the article:

I am unwilling to decide the general question in this case...therefore I choose to determine the case without entering into it. If I was to enter into the general question, I should think that a man's personal estate is supposed to follow his person, wherever he is and is distributable according to the law of that country where his person is...[Here]

the question is whether [the debt in England] shall be considered as part of the bulk of his personal estate to be accounted for according to the laws of the place where he is resident or whether any persons not resident in England, but inhabitants of a foreign country, who by the laws of that foreign country, have no right to any part, but would have a right by the laws of England, can come into this Court, and, by reason of the taking out administration here, can compel that administrator to account to them for this part of the personal estate, abstracted from the residue of that estate. If that was the mere question before me, I should incline to think (but I do not mean to give an opinion to bind me) that it could not be done...

Therefore it seems that the English courts were content in *Pipon* to conjecture about the possible state of the law without actually going into it or considering the issue fully. This stands in marked contrast to the Scottish court's approach in *Brown*, where the Court of Session entertained a broad range of authorities in order to reach what we assume was a principled articulation of the law.

In contrast to what seems a rather non-committal decision in *Pipon* on whether the *lex domicilii* or the *lex loci rei sitae* should apply to moveable succession, Lord Hardwicke, again sitting in the Court of Chancery, adopts a clear preference for the *lex domicilii* in *Thorne v. Watkins*. The case concerned a man who resided in Scotland, but was domiciled in England, at the time of his death leaving the residue of his personal estate in his will to his nephews and nieces. One of the nephews entitled to a share of the estate and residing in England died there. The defendant was one of the executors to the uncle's estate and because he was a relative of the nephew obtained letters of administration in England to William's estate too. The executor contended that the part of the nephew's estate which came from his uncle in Scotland should be distributed according to the law of Scotland. This was challenged by a half-blood relative of the nephew who would not stand to inherit if the law of Scotland applied.

In answering the question whether the part of a domiciled Englishman's estate that includes debts due in Scotland should be governed by Scots law, Lord Hardwicke states the following:

That never was thought of, and would create confusion. And this question relates not to the articles of union, which indeed preserve the laws of the different countries, the jurisdiction, forums, and tribunals of each country; but this question would be the same after as before the union of the two crowns, and would be the same on a question of this sort arising in France or Holland; whether to be distributable according to the laws of those countries, or of England. The reason is that all debts follow the person, not of the *debtor* in respect of the right or property, but of the creditor to whom due.

Whilst such a clear and unequivocal statement on this matter, which seemed to elude the Court in *Pipon*, is laudable, there is no indication of the reasoning to support such a conclusion. It was not until the later case of *Bruce v. Bruce*, a Scottish appeal, that a principled articulation of the rules of private international law relating to succession can be found and this was subsequently adopted into English law.

In the intervening period between *Brown* and *Bruce*, however, the Scottish courts seemed to abandon their preference for the *lex domicilii* and the foresight that they showed

in *Brown* in favour of the *lex situs* rule. There are several explanations for this anomaly. Perhaps the most straightforward explanation is that the judges of the Court of Session simply underestimated the authority of *Brown* and the subsequent case of *MacHargs v. Blain*. They came down on the wrong side of an issue, which divided the institutional writers who predated these cases – some of whom rejected distribution according to the law of the domicile; whereas others contended that the *lex domicilii* applied.

A further explanation, which was argued in *Hog v. Lashley*, is that this discrepancy might have been attributable to the Court of Session's misapprehension of English law. It has been suggested that in an earlier English case, the then Attorney-General stated that the succession of effects situated in England was governed by the law of England. Whilst it seems likely that the Attorney-General was talking about administration, which is governed by the *lex loci*, rather than succession, this could have been interpreted by the Courts in Scotland as meaning that the practise of the English courts was not to apply the *lex domicilii*. This is lamentable considering there was clear English authority to the contrary in existence at that time, which unfortunately seemed to be little known in Scotland.

This explanation is, however, not wholly convincing considering that some of the cases did not concern a Scottish/English conflict. For example, *Davidson v. Elcherson* in 1788, the first of these cases, concerned the property of a Scotsman that was situated in Hamburg. It was held that the law of Hamburg applied in that case and that no action for distribution was competent before the Court of Session. This case could, however, have been a decision on jurisdiction rather than choice of law and the Court may simply have declined jurisdiction because there was already a case before the courts in Hamburg.

An additional explanation, which the present writers tentatively suggest, that may explain some of the cases decided by the Court of Session between *Brown* and *Bruce* is that they may have been based on the inference of an implied choice of law. This suggestion is highly speculative and difficult, if not impossible, to confirm given the lack of judicial reasoning recorded in the early case reports. However, it does at least present a possible explanation, which is consistent with an analysis of the skeletal case reports that exist. In *Davidson*, it was argued that, unlike when dealing with testate succession, the will of the deceased is irrelevant in intestate succession because it occurs by operation of law. The inference there seems to be that when there is a will one looks at the intention of the parties.

Although we do not have a record of the judicial reasoning in the case of *MacHargs v. Blain* it seems reasonable to infer that such a principle was applied there. In that case a Scotsman created a will in Scotland that conveyed property in Antigua and it was held that the Antigua property passed according to Scots law. Similarly, in the case of *Henderson v. Mclean*, a Scotsman created an Indian will transferring property in India and it was held that the property was to pass according to the law in force in India, which, at that time was English law. Therefore these cases, whilst seemingly contradictory, with the former favouring the *lex domicilii* and the latter the *lex situs*, could be explained on the

basis that the court was honouring the principle of party autonomy as indicated by an implied choice of law by the parties in the creation of a will in a particular legal system. In any event, whatever the reasons for these anomalous Court of Session decisions, the situation was finally rectified by *Bruce* in 1790, where the House of Lords confirmed that the *lex domicilii* governed the succession of moveables. The case concerned a Scotsman who died in India, whilst working for the English East Indian Company, leaving property in England, India and on the sea. It was determined that the deceased had an English domicile at the time of his death and therefore the succession to his moveable property was governed by the law of England. As a result of this, a half-blood relative was allowed to inherit, which would not have been the case under Scots law. The whole-blood relations appealed the Court of Session's decision to the House of Lords, who quashed the appeal.

As noted by Anton, according to an account in a later case of Lord Thurlow's judgment in *Bruce*:

...two reasons were assigned for having declared that the distribution of Major Bruce's personal estate ought to be according to the law of England: 1st, That India, a country subject to that law, was to be held as the place of his domicilium...The 2d reason assigned by the interlocutor was, That the property of the deceased, which was the subject of distribution was, at the time of his death, in India or England. As to this [Lord Thurlow] founded so little upon it, that he professed not to see how the property could be considered as in England. It consisted of debts owing to the deceased...[which] have no situs, they follow the person of the creditor...the true ground upon which the cause turned was, the deceased being domiciled in India.

Here the House of Lords expressly addressed the inconsistency that had existed in Scots law on this point and firmly laid down that it is the domiciliary law that governs moveable property, not the law of the place where they are situated. In his judgment, Lord Thurlow not only clarified this confusion, evinced in the early Scottish cases discussed previously, but also attempted to explain it:

In one case it was clearly...decided in the Court of Session, [that the *lex domicilii* applied] and in the other cases which had been relied on as favouring the doctrine of *lex loci rei sitae*, [Lord Thurlow] thought he saw the ingredients which made the Court, as in the present case, join both *domicillium* and situs. But to say that the *lex loci rei sitae* is to govern though the *domicillium* of the deceased be without contradiction in a different country, is a gross misapplication of the rules of civil law and *jus gentium*, though the law of Scotland on this point is constantly asserted to be founded on them.

It is difficult to see what 'ingredients' Lord Thurlow is referring to from the inadequate reports of these cases that are available today. However, he may have been aware of factors in these cases that are not known now.

Whilst this later account of *Bruce* provides a good record of Lord Thurlow's judgment, it does not contain the arguments presented by counsel that may have influenced the decision of the court. By contrast, the English Reports version of *Bruce* contains little on the reasoning of the court but is a good record of the arguments used by counsel. This

is instructive in estimating the reliance that the court in *Bruce* placed on previous Scottish cases such as *Brown*. According to the latter case report, counsel for the appellants states that both authors who report *Brown* agree exactly on the facts of that case. This, in counsel for the appellant's view, means that the reports are likely to be very accurate. It is the first direct determination on the question at issue in *Bruce* and the arguments of counsel and the opinion of the court are expanded on more fully than in any of the former cases cited. Therefore, although it is not explicitly stated in the report, it seems likely that the court found this case highly persuasive.

Counsel for the appellants seem to be arguing that a line of case law authority can be tentatively established to support their case. However, because the institutional writers and case law contradict each other, the point was open. A long list of cases (most of questionable relevance and inadequately reported) is cited by the appellants to support the law of the domicile. Having acknowledged that the case law in this area is lacking, counsel for the appellants cited Erskine and Kame as supporting their claims as well as Vattell, Voet and Villius. Grotius and Puffendorf are also mentioned to confirm that they remain silent on the topic. Having cited these authors, counsel for the appellant is reported as stating 'upon these principles, the English law is established'.

Counsel for the appellants states that Lord Hardwicke gives a clear opinion on this matter in *Pipon v. Pipon* and cited Huber's exposition of Dutch law and Denisart on the law of France to reinforce the point. There is a telling paragraph in the counsel for the appellants' submission:

It is surely a very gross absurdity that while a man himself shall be residing quietly in Scotland, the rule to govern his succession shall be constantly varying as his debtors, without his participation, shall happen to pass from one country to another. In what manner will the clashing jurisdiction of the two countries (Scotland and England) be reconciled? If a Scotsman has money in the funds and dies intestate, the Scots court will apply the English laws, because the books are kept at the bank; and the English courts the Scots law because the intestate was a Scotsman. And your Lordships, if the Question comes by appeal from Scotland, must determine one way; if by appeal from the court of chancery, the other, respecting the very same property. All these inconveniencies and absurdities will be avoided by establishing the *lex domicillii*; for then one rule only will be applied to the whole succession, and the same rule will be applied in every country. Therefore, from this it seems to be the case that there is a possibility that the conflict rules in this area were different in Scotland and in England and that the House of Lords as the common court of appeal was being invited to harmonise the law.

Although *Bruce* was a Scottish appeal, it, like many of the important cases that came after it, became "naturalized" as part of English law and was accepted as such by scholars and subsequent case law. Furthermore, it was only after *Bruce* that the citation of foreign jurists became commonplace in the English courts. Therefore, it could be said that through the common appellate court of the House of Lords, Scots law, with its continental influences and internationalist approach, encouraged English law to adopt a more internationalist outlook.

According to the latest edition of Dicey, Morris and Collins, which is the preeminent source of English private international law rules, the authority for the proposition that the succession to the movables of an intestate is governed by the law of his domicile at the time of his death is the following cases: *Pipon v. Pipon*; *Thorne v. Watkins*; *Bruce v. Bruce*; *Balfour v. Scott*; *Somerville v. Somerville*. However, Bruce and Balfour are also cited as authority for Scots private international law by Anton, the preeminent Scottish author on that subject, albeit with the citations to different case reports. The only citation used by Dicey, Morris and Collins is to the English case report in 'J. Brown's cases in Parliament', which has been reprinted in the English Reports case reports series. Whilst Anton acknowledges the alternative English citation, his primary citation refers to the Scottish case report series 'Paton's Scotch Appeals, House of Lords.' Both these cases are also reported in Morison's Dictionary of the Decisions of the (Scottish) Court of Session. This seems to add weight to the suggestion that these Scottish cases have been taken to express English law on the matter too. This is also supported by the way these cases have been dealt with in subsequent English cases such as *Somerville v. Somerville*.

In *Somerville*, the deceased died intestate with real estate in both Scotland and England and personal property in England. It was decided that succession to the personal estate of an intestate is regulated by the law of his domicile at the time of his death i.e. Scotland. There was extensive discussion of case law and legal writers. Counsel for defendant argued that:

The question in these cases must now be understood to depend entirely upon the domicile of the late Lord Somerville: the cases decided having put entirely out of sight the *lex loci rei sitae* with reference to this question...in *Bempde v. Johnston* it was not thought a subject of question...the [court] in *Pipon v. Pipon*...had no doubt upon it; but the point was completely decided in *Balfour v. Scott*.

Counsel for the defendant then went on to argue that the domicile of the deceased was in Scotland, which the Court of Appeal rejected stating that, although the law of domicile did apply, his domicile was England. Counsel for the plaintiffs discussed the relevant case law stating that *Lashley v. Hog* and *Balfour v. Scott* confirm that the *lex domicilii* applies not the *lex situs*. Counsel supported this claim by quoting Huber and Denisart and citing foreign cases, which they considered precedent, applicable to the case before the court. The fact that the *lex domicilii* applies and that foreign writers and cases may be cited seems to be taken as read in this case. Most of the discussion focuses on where the deceased had his domicile, whether in England or Scotland. The Master of the Rolls in the Court of Appeal explicitly states in this case that it was quite proper for counsel to cite foreign jurists and that he gave them due consideration. He also noted that Scottish courts used to apply the *lex situs* until the House of Lords laid down the *lex domicilii* rule.

*Hog v. Lashley* is a very important case in the evolution of private international law of succession in Great Britain, because it deals with an area of significant difference between Scots and English succession law, namely legal rights. In Scotland, a testator's

freedom to dispose of his property as he likes is limited by the spouse's legal rights and the children's legal rights, which entitles them to a share of the deceased's estate. The characteristic feature of these legal rights is that they are indefeasible by the deceased's will. This stands in contrast to England where testamentary freedom is not so restricted. In England, however, there is the Inheritance (Family Provision) Act 1975, which gives the English Courts a discretionary power to order the payment of maintenance to certain dependants of a testator.

The facts of *Hog* were as follows: Hog was born in Scotland but relocated to London at an early stage, at which point he became domiciled in England. Eventually he retired to Scotland, where he married and reverted back to his Scottish domicile. After he died leaving moveable property in both England and Scotland, one of his daughters, Mrs. Lashley, dissatisfied with the provisions that her father had made for her in his will, tried to claim her legal rights from both the Scottish and English property. In deciding the case, the House of Lords affirmed the interlocutor of the Court of Session that 'the claim of [legal rights] reaches to the English effects as well as the Scotch, notwithstanding the will'.

Whilst this is an important case for Scots private international law of succession in relation to that of England because it determines the territorial scope of Scots legal rights which are unknown in England, it is difficult to understand and analyse the underlying reasoning of the court because no reasons for the decision are given in the case report. However, some insight into the Court's reasoning can be gleaned from the arguments before the Court, which it implicitly rejects or affirms.

In *Hog v. Lashley*, the case report notes that an interlocutor of the whole Court of Session found expressly "that the succession to the personal effects of the deceased, wherever situated, must be regulated by the *lex domicillii*. In spite of the poorly recorded judgments of the earlier decisions, the later decisions, which have more fully reported judicial reasoning, seem to suggest that the law on this matter was settled, both north and south of the border, by the end of the 18th Century and that the courts of these two legal systems were both on the same page by then. This is clearly illustrated in Lord Chancellor Loughborough's judgment in the English case in 1796 of *Bempde v. Johnstone*:

... in the case of a person dying intestate, having property in different places and subject to different laws, the law of each place should not obtain in the distribution of the property situated there. Many foreign lawyers have held that proposition. There was a time, when the Courts of Scotland certainly held so. The judgments in the House of Lords have taken a contrary course; that there can be but one law: they must fix the place of the domicile; and the law of that country, where the domicile is, decides, wherever the property is situated. That I take to be fixed law now. The Court of Session has conformed to those decisions; according to which the Courts of Great Britain, both of Scotland and England, are bound to act.

## E. Conclusion

Overall, therefore, choice-of-law rules in succession formed part of the law of Scotland from the 17th Century because of the Scottish courts' willingness to refer to continental scholars. The decision of the Court of Session in *Brown* in 1744 applied the continental European applicable law rule of the domicile of the deceased at death. In the same year, the English courts seemed to come to the same conclusion in the case of *Pipon* but without establishing a rule of law. The Scottish Courts, however, began to take a divergent route from those of England by failing to follow *Brown* and it took the House of Lords decisions in the Scottish cases of *Bruce* and *Hog* to rectify the situation. Whilst, ultimately, these decisions seemed to side with English law, the House of Lords actually relied heavily on the Scottish tradition of considering a broad range of authorities and reaching principled decisions. In subsequent cases, the English courts followed the House of Lords decisions in *Bruce* and *Hog* and thereby confirmed the approach arrived at in *Pipon*, this time on the basis of a proper examination of continental legal writing. Whatever the route this unification took, it certainly seems to be this historical evolution that largely explains the lack of conflict in private international law rules of succession between England and Scotland.



Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable  
Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable

Co  
i





# Conflictos interregionales dentro del Reino Unido en relación al Derecho Internacional Privado en materia de Sucesiones - La evolución de la norma jurídica aplicable

Texto de:  
Paul Beaumont and Philip Bremner  
Traducción castellana por  
Alejandro Valiño Arcos<sup>1</sup>

## A. Introducción

El Reino Unido es un estado que comprende tres sistemas jurídicos distintos: Irlanda del Norte, Escocia e Inglaterra y Gales. Cada uno de estos tres sistemas jurídicos tiene sus propias normas de derecho internacional privado. Pese al hecho de que hay diferencias considerables en las normas sustantivas en materia sucesoria entre Escocia y los otros dos sistemas jurídicos, son sorprendentemente escasos, si es que los hay, los conflictos entre sus normas sucesorias de derecho internacional privado. La razón de ello parece ser la evolución histórica de las normas de derecho internacional privado en materia de sucesiones en Gran Bretaña, esto es, entre Inglaterra y Gales por un lado y Escocia por otro (el derecho de Irlanda del Norte en este aspecto heredó la concepción propia de Inglaterra y Gales y, por tanto, no ha sido distinta), cuestión ésta que este artículo examinará con cierto detalle.

## B. El sistema jurídico escocés

Con el fin de reconocer la importancia de la ausencia de conflictos en materia de sucesiones entre el derecho internacional privado inglés y escocés es necesario comprender la naturaleza del sistema jurídico escocés. El derecho civil de muchos estados de la Europa continental, procedente del Derecho romano, está caracterizado por la seguridad jurídica que proporcionan sus códigos, que establecen los principios jurídicos de carácter general que han de ser seguidos, al igual que la literatura jurídica y la doctrina. El *Common law* inglés, junto con otros ordenamientos también de *Common law*, descansa más intensamente sobre la jurisprudencia de jueces y tribunales. El derecho de los escoceses, al haber experimentado un complicado proceso de recepción tanto del derecho civil como del *Common law*, es un sistema jurídico mixto que carece de código

---

1. Catedrático de Derecho romano, Universitat de València.

civil y que como tal no encaja en puridad ni en el ámbito jurídico del *Common law* ni en el del derecho civil continental.

Una de las principales implicaciones de esta particularidad es que proporciona al sistema jurídico escocés un grado de flexibilidad que su equivalente inglés no tiene necesariamente. En los sistemas de *Common law* se da un peso considerable a la doctrina del precedente. Esto supone que una sentencia previa pronunciada por un tribunal superior sobre un específico asunto jurídico vincula a los tribunales inferiores. En consecuencia, en presencia de un asunto litigioso, un tribunal examinará las sentencias anteriores (sobre el particular) a modo de guía sobre cómo proceder en el caso que se le plantea. Esta doctrina conocida como *stare decisis* rige también en Escocia. Sin embargo, la orientación histórica del Derecho escocés supuso que los tribunales escoceses podían considerar una amplia variedad de fuentes para llegar a una solución, por ejemplo, la literatura jurídica continental, en todo lo que el derecho escocés no contemplara.

Al igual que la jurisprudencia del precedente, el derecho escocés recurre a juristas oficiales como Stair, Erskine y Bell, quienes publicaron en los siglos XVII y XVIII, siendo una fuente del derecho adicional. Además de las fuentes formales del derecho, los abogados escoceses y los tribunales tienen una dilatada tradición aún vigente consistente en citar obras académicas e, incluso, juristas extranjeros como fuentes de inspiración, especialmente cuando las demás fuentes del derecho guardan silencio sobre un asunto. Al poder recurrir a un mayor abanico de normas, el derecho escocés ha sido históricamente capaz de encontrar la solución más adecuada a todo problema jurídico. Además, mientras el *Common law* inglés podría intuitivamente dar con la solución a un problema jurídico, la capacidad del sistema jurídico mixto escocés para apoyarse en un más amplio abanico de fuentes probablemente le permite producir una norma jurídica más rigurosa y minuciosamente razonada.

## C. Disposiciones constitucionales británicas

Con el fin de demostrar la importancia que el carácter diferencial del sistema jurídico escocés tuvo en el desarrollo de las normas de derecho internacional privado en materia sucesoria en Gran Bretaña, este artículo intentará situar esta evolución dentro del contexto de las disposiciones constitucionales muy particulares de Bretaña. Durante la Edad Media, Escocia era un estado independiente completamente separado de Inglaterra, con un Parlamento, un sistema jurídico y una corona propios. En 1603, tuvo lugar una unificación de monarquías, cuando James VI de Escocia se convirtió en James I de Inglaterra. Después de esto, con el trasfondo de la agitación religiosa, política y económica y por iniciativa del gobierno inglés, se formó una comisión con el propósito de negociar la unión política de ambos países. El resultado fue el Tratado de la Unión, que fue aprobado por ley en el seno de ambos Parlamentos. El Tratado de la Unión entró en vigor el primero de mayo de 1707 y unificó las naciones de Inglaterra (que ya estaba unida a Gales desde

1536) y de Escocia en el reino de Gran Bretaña, que desde la unión con Irlanda del Norte en 1800, forma parte del Reino Unido.

El resultado fue la formación de un Estado que ni era unitario ni federal en su sentido más típico. El Tratado de la Unión preservó la autonomía del sistema jurídico escocés (art. 18) y de los tribunales escoceses (art. 19), pero no su autonomía legislativa. Quizá la verdadera naturaleza de nuestro Estado unificado queda descrita del mejor modo en uno de los primeros manuales de derecho constitucional británico:

Aunque el Tratado fue descrito como una unión integradora (que no estableció un sistema federal ni mantuvo la anterior potestad legislativa escocesa e inglesa en ningún aspecto), sí estableció amplias garantías para las instituciones escocesas. La implicación actual de esto es que hasta el traspaso de competencias al Parlamento escocés verificada en 1999, el Parlamento de Westminster en Londres a menudo aprobaba por un lado leyes especiales para Inglaterra y Gales, y leyes particulares para Escocia por otro. Sin embargo, desde el traspaso de competencias, el Parlamento escocés aprueba leyes en la mayor parte de las materias relacionadas con Escocia, incluyendo el derecho de familia, el derecho sucesorio y el derecho internacional privado; el resto de materias quedan reservadas al Parlamento del Reino Unido en Westminster.

De especial interés y relevancia en este artículo es el sistema judicial que operaba en Escocia y en Reino Unido después del Tratado de la Unión, que, hablando en sentido amplio, ha persistido hasta nuestros días. En Escocia, el *Court of Session*<sup>2</sup>, anterior al Tratado de la Unión, continua ejerciendo la jurisdicción civil junto con los *Sheriffs Courts*<sup>3</sup>. Tanto la *Outer House*<sup>4</sup> del *Court of Session* como los *Sheriffs Courts* ejercen la jurisdicción en primera instancia, siendo posible apelar sus decisiones ante la *Inner House*<sup>5</sup> del *Court of Session*. Desde el Tratado de la Unión, surgió también la posibilidad de apelar ante la *House of Lords*<sup>6</sup> en Londres, que era el tribunal de última instancia tanto para las apelaciones del orden civil escocés como para las del orden civil y penal inglés. Más recientemente, en octubre de 2009, las funciones del *Appellate Committee* de la *House of Lords* y, para los asuntos escoceses, las del *Judicial Committee* del *Privy*

---

2. Nota del traductor: el *Court of Session* es el Tribunal Superior de Justicia de Escocia con sede en Edimburgo. Información institucional en <http://www.scotcourts.gov.uk/session/index.asp>.

---

3. Nota del traductor: los *Sheriffs Courts* son órganos jurisdiccionales escoceses de primera instancia. Información institucional en <http://www.scotcourts.gov.uk/sheriff/index.asp>.

---

4. Nota del traductor: la *Outer House* es la Cámara Externa del Tribunal Superior de Justicia de Escocia. Conoce en Primera Instancia de un amplio elenco de asuntos civiles relacionados con Escocia.

---

5. Nota del traductor: la *Inner House* es la Cámara Interna del Tribunal Superior de Justicia de Escocia. Es ante todo un tribunal de apelación, que esencialmente conoce de los recursos planteados contra las decisiones de la *Outer House* y de los *Sheriffs Courts*.

---

6. Nota del traductor: la *House of Lords* o Cámara de los Lores conoce, por lo que se refiere al derecho escocés, de los recursos planteados contra las sentencias dictadas por la *Inner House*, erigiéndose así en una tercera y última instancia judicial para los asuntos escoceses. Información institucional en <http://www.parliament.uk/lords/index.cfm>.

*Council*<sup>7</sup>, que ejerció su jurisdicción entre otras cosas en el traspaso de competencias al Parlamento escocés, han quedado asumidas por un nuevo *UK Supreme Court*<sup>8</sup> con sede en Westminster, en Londres.

Aparentemente, la existencia de un único Tribunal Supremo de Apelación para Inglaterra y Escocia parece contrario al intento del Tratado de la Unión de preservar un sistema judicial distinto para cada país. Esto puede parecer que se ha exacerbado todavía más por la doctrina del precedente, conforme a la cual los tribunales inferiores tanto de Escocia como de Inglaterra están vinculados por las sentencias de la *House of Lords*. Sin embargo, los tribunales escoceses no están en realidad vinculados por las sentencias de la *House of Lords* cuando resuelven sobre algún aspecto del derecho inglés ni viceversa, a menos que la cuestión jurídica considerada sea la misma al norte y al sur de la frontera. A pesar de ello, la existencia de un tribunal unificado de apelación de última instancia posibilita un recíproco influjo de ambos sistemas jurídicos y buen ejemplo de ello es la evolución histórica de las normas de derecho internacional privado en materia de sucesiones dentro del Reino Unido.

Existe una costumbre por la que debe haber cierto número de Lores escoceses en el *Appellate Committee* de la *House of Lords*, que son expertos en derecho escocés e intervienen en las apelaciones de asuntos escoceses. Esta práctica continúa en forma de designación de Magistrados para el *UK Supreme Court*. A pesar de ello, hablando en términos históricos, el predominio de la *English House of Lords* ha conducido a una perceptible influencia inglesa sobre el derecho escocés, que ha sido motivo de pesar y preocupación en Escocia. Pese a estas inquietudes, el derecho inglés no siempre ha sido la fuerza dominante. Ha habido también una contrapuesta influencia de la Europa continental a través del derecho escocés. Esto ha dado lugar ocasionalmente a un marcado derecho escocés y a través de él, a un influjo continental sobre el derecho inglés, como queda demostrado en el siguiente apartado de este artículo.

## D. Evolución histórica de las normas sucesorias de derecho internacional privado en Escocia y en Inglaterra

A la vista de la literatura jurídica parece claro y así se ha recogido en la jurisprudencia escocesa que el derecho internacional privado en materia de sucesiones no existió en Inglaterra hasta finales del siglo XVIII porque, hasta entonces, los tribunales ingleses sencillamente no aplicaban el derecho extranjero. Así se daban las cosas en marcado

---

7. Nota del traductor: <http://www.privy-council.org.uk/output/page5.asp>.

8. Nota del traductor: <http://www.supremecourt.gov.uk/>.

contraste con la situación habida en Escocia, donde en esta sede la jurisprudencia, si bien ciertamente contradictoria, había comenzado a desarrollarse allá por el siglo XVII. No fue hasta después de la Unión entre Escocia e Inglaterra en 1707 que las normas de derecho internacional privado, enunciadas en forma de principios, comenzaron a desarrollarse en Inglaterra y el tribunal de última instancia, conjunto para Inglaterra y Escocia, como resultado de aquella Unión, la *House of Lords*, hubo de jugar un papel muy significativo en este desarrollo.

En consecuencia, esto se concretó en un unificado elenco de normas sucesorias de derecho internacional privado en Reino Unido, que reducía la posibilidad de conflictos venideros entre los dos sistemas jurídicos. Sin embargo, interesadamente, esta unificación no parece que haya sido conducida decisivamente por el derecho inglés, como uno podría esperar dada su preponderancia dentro del Reino Unido, ni tampoco por el derecho escocés, como podría pensarse que ha sucedido dado el prematuro desarrollo en este aspecto de la jurisprudencia en Escocia. Más bien, la unificación de las normas de derecho internacional privado en materia sucesoria en el Reino Unido parece ser un triunfo de la razón y la argumentación, armonizando el influjo escocés e inglés, como este artículo tratará de ilustrar.

Un análisis de los precedentes más antiguos muestra la disposición de los tribunales escoceses a mirar hacia los juristas continentales y su pensamiento jurídico con el fin de encontrar soluciones a las cuestiones jurídicas que el derecho escocés no enfocaba adecuadamente. Un ejemplo de ello en el campo del derecho internacional privado de sucesiones es el caso de *Brown contra Brown*. El asunto se refería a un causante afincado en Escocia que había adquirido obligaciones del gobierno irlandés. Conforme a las condiciones de la emisión de la deuda pública, el dinero había de ser reembolsado al causante, por tanto, en este caso a sus albaceas, administradores o mandatarios. Según el derecho escocés, este dinero habría de pasar al hermano del causante en calidad de pariente más próximo. Esto, sin embargo, fue impugnado por el sobrino del causante, quien sostenía que según el derecho irlandés él tenía derecho a una parte. Al decidir el caso, los jueces de la *Inner House* del *Court of Session* consideraron que había que decidir sobre la base de lo que se llamaba 'la ley nacional' y, según ella, la ley del domicilio del acreedor rige la sucesión de aquellas deudas que son muebles. En consecuencia, se aplicó el derecho escocés y la pretensión de que la *lex situs* (la ley donde se halla el objeto), que se aplica a los inmuebles, debiera regir para los muebles en lugar de la *lex domicilii* fue implícitamente desestimada.

Esto todavía hoy se tiene por cierto en Escocia e Inglaterra y es la base de la divergencia de sistemas que actualmente opera dentro del Reino Unido. A la vista del informe del caso, el fundamento concreto que persuadió al tribunal no es claro. La escasa calidad de los informes de aquellos primeros precedentes escoceses hizo muy difícil conocer el derecho escocés como imposible inferir la *ratio decidendi* de cada caso. Sin embargo, alguna referencia al razonamiento de los tribunales puede entreeverse de los argumentos utilizados por el demandado, que el tribunal apreció en su favor. Al proceder de este modo el tribunal parece haber rechazado la implícita pretensión de la parte actora de

que la opinión de juristas extranjeros no debía ser tenida en cuenta. En cambio, parecería que el tribunal aceptó la alegación del demandado de que el derecho escocés nada podía aportar en esta materia, con lo que se inspiró en ciertos académicos extranjeros como Voet.

De hecho, este caso contó como precedente con una muy antigua disposición del Parlamento de Escocia de 1426, que, como puso de relieve Anton, disponía que la ley del domicilio fuera el derecho aplicable. Como Robertson pone de relieve, el derecho escrito escocés se ocupa de hecho más de la confirmación de las disposiciones testamentarias de los escoceses que de la distribución de su patrimonio mobiliario. No obstante, Robertson deduce de la disposición estatutaria que 'los bienes de los escoceses debían regirse por el derecho escocés, dondequiera que tales bienes se encontraran'.

Frente a la aparente buena disposición del tribunal escocés en el caso *Brown* para debatir sobre el principio en cuestión a fin de crear lo que nosotros presumimos que fueron normas de derecho internacional privado bien fundamentadas, el tribunal inglés mostró cierta reticencia a proceder de igual modo en el contemporáneo caso de *Pipon* contra *Pipon*. En ese caso, el *Court of Chancery*<sup>9</sup> admitió la posibilidad de enunciar una norma general, pero deliberadamente desistió de ello, optando en su lugar por resolver el caso alegando pragmáticamente que no podía generalizarse. El causante intestado era un ciudadano natural de Jersey, donde poseía numerosos bienes muebles así como un crédito debido en Inglaterra.

*Los actores fueron sus sobrinos y sobrinas y los demandados sus hermanas. El litigio versó sobre si la deuda recaudada en Inglaterra debía distribuirse según el derecho de Jersey (que excluía a los sobrinos y sobrinas) o según el derecho de Inglaterra (que no los excluía). La pretensión de la parte actora perseguía la distribución de la deuda satisfecha en Inglaterra según el derecho inglés. El tribunal desestimó la pretensión en cuanto que los actores no estaban legitimados para requerir el reparto de una parte singular del patrimonio, sino únicamente para exigir del administrador general la rendición de cuentas de todo el patrimonio. En consecuencia, como el administrador general no estaba presente, la pretensión fue desestimada.*

*Por consiguiente, del informe emitido se desprende que el fundamento real de este caso es que una acción para la atribución de una cuota singular de una herencia intestada es inadmisibile. Ello no obstante, precedentes posteriores (como Somerville contra Somerville), interpretaron el caso Pipon contra Pipon como un precedente de autoridad en lo que respecta a que la *lex domicilii* debe regir la sucesión de los bienes muebles y, además, que es la *lex domicilii* del acreedor y no la del deudor la que se aplica a las obligaciones. En el caso Thorne contra Watkins, Lord Hardwicke manifestó que él ya se había pronunciado sobre este particular en el asunto de Pipon contra Pipon. Sin embargo, del informe emitido se desprende que los comentarios de Lord Hardwicke sobre el tema son *obiter dicta*. Pese a ello, Lord Hardwicke hizo algunas observaciones significativas sobre el caso de Pipon contra Pipon, sean éstas *obiter* o formen parte de la *ratio* de la sentencia, que han terminado por convertirse en un precedente vinculante para*

9. Nota del traductor: Tribunal de Lord Chancellor o Tribunal de equidad (Equity), desaparecido a fines del siglo XIX.

las sentencias posteriores por el juego de la doctrina del *stare decisis* puesta de relieve anteriormente en el artículo:

"No pretendo resolver la cuestión general en este caso... por tanto, opto por perfilar por encima el caso sin entrar en el fondo. Si tuviera que entrar en la cuestión general, debo decir que se supone que el patrimonio mobiliario de una persona sigue a esa persona, dondequiera que ésta se halle, y puede disponer de él conforme al derecho del país en el que esa persona se encuentra... Aquí la cuestión que se plantea es si las obligaciones contraídas en Inglaterra deben ser consideradas como una parte del patrimonio mobiliario que ha de ser computado por aplicación del derecho del lugar donde se es residente; o si algunas personas no residentes en Inglaterra, sino afincadas en un país extranjero, quienes por aplicación del derecho de ese país extranjero, no tendrían derecho a porción alguna, pero lo tendrían conforme al derecho inglés, podrían acceder a este Tribunal y si, por no haber sido tenidas en cuenta por el administrador, pueden compelerle a que los tenga en cuenta por esa porción del patrimonio mobiliario, prescindiendo del remanente del mismo. Si ésta fuera la mera cuestión planteada ante mí, me inclinaría a pensar (sin que ello signifique expresar una opinión que me compe-meta) que no se puede hacer".

En consecuencia parece que los tribunales ingleses estaban satisfechos en el caso Pipon de conjeturar sobre la posible aplicación del derecho sin entrar inmediatamente en él o sin considerarlo en su plenitud. Esto se sitúa en abierto contraste con el planteamiento de los tribunales escoceses en el caso Brown, donde el *Court of Session* tuvo en cuenta un amplio abanico de autoridades con vistas a alcanzar lo que nosotros entendemos que fue una articulación de principios del derecho.

En contraste con lo que parece una algo evasiva sentencia en el caso Pipon sobre si la *lex domicilii* o la *lex loci rei sitae* debía aplicarse a la sucesión de los bienes muebles, Lord Hardwicke, de nuevo en sesión del *Court of Chancery*, adoptó una clara preferencia por la *lex domicilii* en el caso *Thorne* contra *Watkins*. El asunto versaba sobre un hombre que residía en Escocia, pero cuyo domicilio radicaba en Inglaterra, dejando en el momento de su muerte por testamento el remanente de su patrimonio mobiliario en favor de sus sobrinos y sobrinas. Uno de los sobrinos tenía derecho a una parte del patrimonio y, residiendo en Inglaterra, murió allí. El demandado fue uno de los albaceas del patrimonio del tío y como él era pariente del sobrino también obtuvo facultades de administración en Inglaterra sobre el patrimonio de William. El albacea sostenía que la parte del patrimonio del sobrino que procedía de su tío en Escocia debía ser distribuida conforme al derecho escocés. Esto fue impugnado por un pariente de un solo vínculo del sobrino, a quien no hubiera correspondido heredar si se hubiera aplicado el derecho escocés.

En respuesta a la cuestión de si la parte del patrimonio de un hombre con domicilio en Inglaterra, que contenga deudas pendientes de cumplimiento en Escocia, debe regirse por el derecho escocés, Lord Hardwicke señala lo siguiente:

"Que nunca se pensó en ello y que crearía confusión. Y esta cuestión no se refiere a los artículos de la Unión, que realmente preservan el derecho de los diferentes países, la jurisdicción, fueros y tribunales de cada país, sino que la cuestión sería la misma

tanto antes como después de la Unificación de ambas Coronas; y sería la misma si una cuestión de este tipo se suscitara en Francia o en Holanda: si ha de ser distribuida de conformidad con el derecho de tales países o con el de Inglaterra. La razón es que todas las deudas siguen a la persona, no del deudor en relación al derecho o a la propiedad, sino del acreedor a quien le son debidas".

Mientras que es laudable una tan clara e inequívoca resolución sobre esta materia, que parecía obviar el Tribunal en el caso *Pipon*, no aparece rastro alguno de este razonamiento para sostener semejante conclusión. No fue hasta el último caso de *Bruce* contra *Bruce*, una apelación escocesa, que puede encontrarse una articulación en forma de principios de las normas de derecho internacional privado en materia sucesoria y ello, posteriormente, fue adoptado por el derecho inglés.

Ello no obstante, en el período que media entre los precedentes *Brown* y *Bruce*, los tribunales escoceses parece que abandonaron su preferencia por la *lex domicilii* y por la inclinación que ellos mostraron en el caso *Brown* a favor del principio de la *lex situs*. Existen numerosas explicaciones para esta anomalía. Quizá la explicación más sencilla es que los jueces del *Court of Session* simplemente subestimaron la autoridad del caso *Brown* y del posterior caso de *MacHargs* contra *Blain*. Ellos cayeron en el mismo error a propósito de un tema que dividió a los juristas oficiales que les antecedieron: algunos rechazaron el reparto conforme a la ley del domicilio, mientras que otros estimaron que se debía aplicar la *lex domicilii*.

Otra explicación que fue aducida en el caso de *Hog* contra *Lashley* es que esta discrepancia podría haber sido atribuida a la errónea interpretación del derecho inglés por parte del *Court of Session*. Se ha sugerido que en un asunto inglés previo, el por entonces Fiscal General dispuso que la sucesión de bienes situados en Inglaterra se regía por el derecho inglés. Mientras parece probable que el Fiscal General se estaba refiriendo más a la administración, que se regía por la *lex loci*, que a la sucesión, esto pudo haber sido interpretado por los tribunales escoceses como indicativo de que en la práctica de los tribunales ingleses no era de aplicación la *lex domicilii*. Esto es lamentable, siendo que existía en esa época un claro precedente inglés que sostenía lo contrario, que desafortunadamente parecía ser poco conocido en Escocia.

Esta explicación es, sin embargo, poco convincente teniendo en cuenta que algunos de los precedentes no se referían a un conflicto anglo-escocés. Por ejemplo, el caso *Davidson* contra *Elcherson* de 1788, el primero de estos precedentes, relativo a las propiedades de un nacional escocés afincado en Hamburgo. Se estimó que el derecho de Hamburgo era aplicable en ese caso y que ninguna acción para la partición hereditaria podía plantearse ante el *Court of Session*. Sin embargo, este caso pudo haber resuelto una cuestión de competencia antes que de elección del derecho aplicable y el tribunal podría simplemente haberse declarado incompetente, puesto que había ya una causa abierta ante los tribunales de Hamburgo. Una explicación adicional que los autores modernos tratan de sugerir y que puede explicar algunos de los precedentes resueltos por el *Court of Session* entre el caso *Brown* y el caso *Bruce* es que pueden haberse basado en la hipótesis de una elección implícita de la ley. Esta explicación es enormemente especulativa y difícil, si no imposible,

de confirmar dada la ausencia de razonamiento judicial contemplada en los informes relativos a tales precedentes. Pero, al menos es una posible explicación, que es congruente con el análisis de los escuetos informes que existen sobre aquellos precedentes. En el caso *Davidson*, se aduce que, a diferencia de lo que sucede con la sucesión testada, la voluntad del causante es irrelevante en la intestada, porque ésta tiene lugar por disposición del derecho. La deducción que puede extraerse es que cuando hay testamento se ha de atender a la intención de las partes.

Aunque nosotros no tenemos un informe que refleje el razonamiento judicial habido en el caso de *MacHarg* contra *Blain* parece lógico inferir que tal principio le fue aplicado. En aquel caso, un nacional escocés otorgó testamento en Escocia por medio del cual disponía de sus propiedades en Antigua y se estimó que las propiedades antiguanas se transferían conforme al derecho escocés. De modo semejante, en el caso de *Henderson* contra *McLean*, un escocés otorgó testamento en India, disponiendo en él de sus propiedades en India y se estimó que tales propiedades habían de transferirse conforme al derecho vigente en India, que en aquel momento era el derecho inglés. Por tanto, estos precedentes, si bien aparentemente contradictorios, al favorecer el primero la *lex domicilii* y el último la *lex situs*, podrían explicarse sobre la base de que el tribunal estaba dando prioridad al principio de autonomía de las partes concretado en la implícita elección del derecho por los particulares al otorgar testamento conforme a un determinado sistema jurídico.

En todo caso, cualesquiera sean las razones para estas anómalas resoluciones del *Court of Session*, la situación quedó finalmente corregida por el caso *Bruce* en 1790, cuando la *House of Lords* confirmó que la *lex domicilii* debía regir la sucesión de los bienes muebles. El caso concernía a un escocés que murió en la India mientras trabajaba para la *English East Indian Company*, dejando bienes raíces en Inglaterra, India y (naves) en alta mar. Quedó probado que el causante tenía domicilio inglés al tiempo de la muerte y, por tanto, para la sucesión de sus bienes muebles se siguió el derecho inglés. Como resultado de ello, un pariente de un sólo vínculo fue llamado a la herencia, lo cual no hubiese sucedido si se hubiese aplicado el derecho escocés. Los parientes de doble vínculo recurrieron la sentencia del *Court of Session* ante la *House of Lords*, la cual revocó el fallo.

Como Anton puso de relieve, en relación con un caso posterior al fallo emitido por Lord Thurlow en el caso *Bruce*:

"... dos razones se dieron para declarar que la partición del patrimonio mobiliario de Major Bruce debía verificarse conforme al derecho inglés: en primer lugar, que la India, un Estado sujeto a ese derecho, había de ser considerado como el lugar de su domicilio. La segunda razón aducida por la sentencia fue que las propiedades del causante, objeto de la partición, estaban al tiempo de su muerte en la India o en Inglaterra. Fue tan poco en esto en lo que se apoyó Lord Thurlow que él mismo manifestó no entender cómo el patrimonio podía ser considerado como situado en Inglaterra. Tal patrimonio consistía en deudas debidas al causante que no tenían *situs*, por lo que tales deudas debían seguir a la persona del acreedor... La verdadera razón para variar la decisión última del litigio fue que el causante estaba domiciliado en la India".

Aquí la *House of Lords* analizó expresamente la inconsistencia que había existido en el derecho escocés sobre este punto y con decisión dictaminó que es la ley del domicilio la que rige sobre el patrimonio mobiliario, no el derecho del lugar donde se encuentran situados. En su fallo, Lord Thurlow no sólo aclaró esta confusión, evidenciada en los primeros precedentes escoceses discutidos previamente, sino que también trató de explicarla:

En un caso se decidió claramente en el *Court of Session* [que la *lex domicilii* se aplicara] y en los otros precedentes que han sido estimados como favorecedores de la doctrina de la *lex loci rei sitae*, [Lord Thurlow] creyó ver los ingredientes que hicieron que el *Court of Session*, como en el presente caso, aunara tanto el criterio del *domicilium* como el del *situs*. Pero afirmar que la *lex loci rei sitae* ha de regir, aunque el *domicilium* del causante esté sin ninguna duda en un país diferente, es una gran contravención de las reglas del derecho civil y del *ius gentium*, aunque en este punto el derecho escocés afirme constantemente el hallarse fundado en ellos.

Es difícil ver a qué 'ingredientes' se estaba refiriendo Lord Thurlow a la vista de los deficientes informes que están hoy disponibles sobre estos precedentes. Sin embargo, él pudo haber conocido algunos aspectos de estos precedentes que ahora son desconocidos.

Mientras este último informe del caso *Bruce* proporciona un buen dictamen del fallo emitido por Lord Thurlow, no contiene los argumentos presentados por el abogado que podrían haber condicionado la sentencia del tribunal. Por contra, la versión inglesa del Informe *Bruce* contiene poco del razonamiento del tribunal, pero es un buen repertorio de los argumentos utilizados por la abogacía. Esto es ilustrativo para valorar la importancia que el tribunal en el caso *Bruce* atribuyó a precedentes escoceses anteriores como el caso *Brown*. De acuerdo con el informe de este último caso, el abogado de los recurrentes declara que los dos juristas que trae a colación el caso *Brown* concuerdan exactamente en los hechos de ese caso. Esto, según el punto de vista del abogado de los recurrentes, significa que los informes debieron de ser probablemente muy minuciosos. Ésta es la primera decisión directa sobre la cuestión planteada en el caso *Bruce* y los argumentos del abogado y la opinión del tribunal se extendieron mucho más ampliamente que en cualquiera de los primeros precedentes citados. Por consiguiente, aunque no se contempla explícitamente en el informe, parece probable que el tribunal encontró este caso altamente persuasivo.

El abogado de los recurrentes parece estar argumentando que se puede tratar de establecer en apoyo de su tesis una corriente de autoridad jurisprudencial. Sin embargo, puesto que los juristas oficiales y la jurisprudencia se contradicen, el debate sigue abierto. Una larga lista de precedentes (la mayoría de cuestionable importancia e inadecuadamente traídos a colación) es invocada por los recurrentes en apoyo de la ley del domicilio. Habiendo reconocido que la jurisprudencia falta en este área, el abogado de los recurrentes citó a Erskine y Kame en apoyo de sus pretensiones así como a Vattell, Voet y Villius. Grotius y Punffendorf son también mencionados para confirmar que ellos guardan silencio sobre el tema. Al haber citado a todos estos au-

tores, el abogado de los recurrentes es invocado al haber afirmado que 'sobre estos principios, se asienta el derecho inglés'.

El abogado de los recurrentes señala que Lord Hardwicke da una clara opinión sobre la cuestión en el caso de *Pipon* contra *Pipon* y cita el Manual de Derecho Holandés de Huber y a Denisart en relación con el derecho francés para reforzar su punto de vista. Hay un párrafo elocuente en el alegato del abogado de los recurrentes:

"Con toda seguridad sería un gran absurdo que mientras un hombre está residiendo tranquilamente en Escocia, el derecho que se aplique a su sucesión ha de variar constantemente como ocurriría si sus deudores, sin su consentimiento, pasaran de un país a otro. ¿De qué modo podrá conciliarse este conflicto de jurisdicción entre los dos países (Escocia e Inglaterra)? Si un escocés tiene dinero en depósitos y muere intestado, el tribunal escocés aplicará el derecho inglés, porque los asientos están en el banco; y los tribunales ingleses aplicarán el derecho escocés porque el causante intestado era escocés. Y Uds., Lores, si el asunto se plantea como recurso desde Escocia, deben seguir un camino; si se plantea desde el *Court of Chancery*, el otro, todo ello con relación al mismo patrimonio. Todos estos inconvenientes y absurdos se evitarían con la fijación del criterio de la *lex domicilii*; para entonces sólo una norma será aplicada a la totalidad de la sucesión y la misma norma será aplicada en cualquier país".

Por tanto, de todo esto resulta que hay posibilidades de que las normas de conflicto en este campo fueran diferentes en Escocia y en Inglaterra y que la *House of Lords*, en cuanto tribunal de apelación de *Common law*, estaba siendo invitado a armonizar el derecho.

Aunque el caso *Bruce* provino de un recurso escocés, como muchos de los importantes precedentes que vinieron después de él, llegó a ser 'naturalizado' como una parte del derecho inglés y fue aceptado como tal por la doctrina y, posteriormente, por la jurisprudencia. Además, fue únicamente después del caso *Bruce* que la posibilidad de citar juristas extranjeros se convirtió en algo habitual en los tribunales ingleses. En consecuencia, podría decirse que a través del tribunal de apelación de *Common law* de la *House of Lords*, el derecho escocés, con su influencia del derecho continental y su aproximación internacionalista, propició que el derecho inglés adoptara una orientación más internacionalista.

Conforme a la última edición del Dicey, Morris y Collins, que es la fuente preeminente de normas inglesas de derecho internacional privado, la autoridad de la que deriva la propuesta de que la sucesión de los bienes muebles de un causante intestado debía regirse por la ley de su domicilio al tiempo de su fallecimiento son los siguientes precedentes: *Pipon* contra *Pipon*; *Thorne* contra *Watkins*; *Bruce* contra *Bruce*; *Balfour* contra *Scott*; *Somerville* contra *Somerville*. Sin embargo, los casos *Bruce* y *Balfour* son también citados como precedentes de autoridad del derecho internacional privado escocés por Anton, el autor escocés más significativo en esa materia, aunque apoyándose en informes jurisprudenciales diferentes. La única cita utilizada por Dicey, Morris y Collins es al informe jurisprudencial inglés en 'J. Brown's cases in Parliament', que ha sido reeditado en la colección de informes jurisprudenciales ingleses. Mientras Anton admite la cita

inglesa alternativa, su primera cita se refiere a la colección de informes jurisprudenciales escoceses 'Paton's Scotch Appeals, House of Lords'. Ambos precedentes han sido también contemplados en el Morison's Dictionary of the Decisions of the (Scottish) Court of Session. Esto parece dar peso a la idea de que estos precedentes escoceses han sido también considerados como expresión del derecho inglés sobre la materia. Esto se sostiene también en la medida en que estos precedentes han sido contemplados en posteriores precedentes ingleses como *Somerville* contra *Somerville*.

En el precedente *Somerville* el causante murió intestado dejando bienes raíces tanto en Escocia como en Inglaterra así como bienes muebles en Inglaterra. Se resolvió que la sucesión a los bienes muebles de un causante intestado debía regirse por la ley de su domicilio al tiempo de su muerte, en este caso Escocia. Hubo una amplia discusión entre la jurisprudencia y la doctrina. El abogado de la defensa adujo que:

la cuestión en estos precedentes debe entenderse ahora como que la sucesión está enteramente supeditada al domicilio del último Lord *Somerville*: los precedentes decidieron en el sentido de dejar completamente fuera de aplicación la *lex loci rei sitae* con relación a esta cuestión... En el caso *Bempde* contra *Johnston* no se pensó en el asunto... El [Tribunal] en *Pipon* contra *Pipon* no tuvo dudas sobre ello, pero la cuestión quedó definitivamente resuelta en *Balfour* contra *Scott*.

El abogado de la defensa adujo entonces que el domicilio del causante estaba en Escocia, lo cual fue rechazado por el *Court of Appeal*, señalando que, aunque la ley del domicilio se aplicara, su domicilio estaba en Inglaterra. El abogado de la parte actora cuestionó esta importante corriente jurisprudencial, señalando que el caso *Lashley* contra *Hog* y el caso *Balfour* contra *Scott* confirman que se aplicaba la *lex domicilii*, no en cambio la *lex situs*. El abogado sostuvo esta pretensión apoyándose en Huber y Denisart y citando casos extranjeros que ellos consideraron como precedentes, aplicables al caso planteado ante el tribunal. El hecho de que se aplique la *lex domicilii* y que la doctrina y los precedentes extranjeros puedan ser citados muestra que en este caso son tomados como ejemplares. La mayor parte de la discusión se centra sobre dónde tenía el causante su domicilio, si en Inglaterra o en Escocia. El *Master of the Rolls* de la *Court of Appeal* expresamente establece en este caso que era bastante común citar juristas extranjeros y que él les dio la debida consideración. Él observó también que los tribunales escoceses solían aplicar la *lex situs* hasta que la *House of Lords* adoptó la norma de la *lex domicilii*.

El caso *Hog* contra *Lashley* es un precedente muy importante en la evolución del derecho internacional privado de sucesiones en Gran Bretaña, porque se ocupa de un aspecto donde las diferencias entre el derecho inglés y escocés de sucesiones son significativas, es decir, la cuestión de las legítimas. En Escocia, la libertad del testador para disponer de su patrimonio como desee está limitada por los derechos legitimarios de la esposa y de los hijos, que les da derecho a una porción del patrimonio del causante. La particular cualidad de tales legítimas es que son indisponibles por voluntad del testador. Esto contrasta con la situación en Inglaterra, donde la libertad de testar no está tan restringida. En Inglaterra, sin embargo, existe la *Inheritance (Family Provision) Act*

1975<sup>10</sup>, que otorga a los tribunales ingleses el poder discrecional de autorizar el pago de alimentos a ciertas personas dependientes del testador.

Los hechos del caso *Hog* fueron como sigue: Hog nació en Escocia, pero se mudó a Londres en época temprana, momento en el que fijó su domicilio en Inglaterra. Finalmente se retiró a Escocia donde contrajo matrimonio y donde restableció su domicilio escocés. Tras su muerte, dejando bienes muebles tanto en Inglaterra como en Escocia, una de sus hijas, la Señora Lashley, descontenta con las atribuciones que su padre había hecho en su favor en su testamento, intentó reclamar sus derechos legítimos sobre el patrimonio escocés e inglés. Al resolver el caso, la *House of Lords* confirmó la sentencia del *Court of Session* en el sentido de que 'la reclamación de los derechos legítimos alcanza tanto a los bienes situados en suelo inglés como en suelo escocés, con independencia de lo dispuesto en el testamento'.

Mientras éste es un importante precedente para el derecho internacional privado escocés en relación con el inglés en materia de sucesiones en cuanto que determina el ámbito territorial de los derechos legítimos escoceses, que son desconocidos en Inglaterra, es difícil entender y analizar el razonamiento subyacente del Tribunal porque no se dan razones para la sentencia en el informe del caso. Sin embargo, se puede extraer una cierta perspicacia de los argumentos planteados ante el Tribunal, que implícitamente rechaza o acepta.

En el caso de *Hog* contra *Lashley* el informe pone de manifiesto que una sentencia del pleno del *Court of Session* resolvió expresamente 'que la sucesión de los bienes muebles del causante, dondequiera que estuviesen, debía regirse por la *lex domicilii*. A pesar de los fallos judiciales tan mal conservados en los precedentes anteriores, las últimas sentencias, que han traído plenamente a colación el razonamiento judicial en el que se fundan, parecen sugerir que el derecho en esta sede fue equiparado al norte y al sur de la frontera hacia el final del siglo XVIII y que los tribunales de ambos sistemas jurídicos seguían por entonces la misma línea. Esto se refleja claramente en la opinión emitida por el *Lord Chancellor* Loughborough en el caso inglés de 1796 de *Bempde* contra *Johnstone*.

... en el supuesto de una persona que muere intestada, dejando bienes en distintos lugares sujetos a ordenamientos jurídicos diferentes, el derecho de cada lugar no debería intervenir en la partición de los bienes allí situados. Muchos juristas extranjeros han sido de esa opinión. Hubo un tiempo en el que los Tribunales de Escocia ciertamente lo consideraron. Las sentencias en la *House of Lords* han tomado otros derroteros; que no puede haber sino un único derecho: se debe fijar el lugar del domicilio; y el derecho del país donde se halla el domicilio decide, dondequiera que se encuentre el patrimonio. Esto a día de hoy lo considero un derecho establecido. El *Court of Session* se ha ajustado a esas decisiones; en consecuencia, los Tribunales de Gran Bretaña, tanto los de Escocia como los de Inglaterra, deben actuar conforme a las mismas.

---

10. Nota del traductor: *ley Hereditaria 1975 (Reglamentación sobre la Familia)*.

## E. Conclusión

Por consiguiente, en general las normas de determinación del derecho aplicable en materia sucesoria han formado parte del derecho escocés desde el siglo XVII a causa de la buena disposición de los tribunales escoceses a apoyarse en la doctrina continental. La sentencia del *Court of Session* en el caso *Brown* en 1744 aplicó la norma jurídica vigente en la Europa continental del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. En el mismo año, parece que los tribunales ingleses llegaron a la misma conclusión en el caso *Pipon*, pero sin enunciar una norma jurídica. Los tribunales escoceses, sin embargo, empezaron a tomar un camino distinto al de los tribunales ingleses por error al seguir el caso *Brown* y tuvieron que ser las sentencias de la *House of Lords* en los precedentes escoceses de *Bruce* y *Hog* los que corrigieran la situación. Mientras que en última instancia estas sentencias parecían ponerse de lado del derecho inglés, actualmente la *House of Lords* se apoya intensamente en la tradición escocesa de considerar un amplio abanico de autoridades y de pronunciar sentencias en forma de principios. En los casos subsiguientes, los tribunales ingleses siguieron las sentencias de la *House of Lords* en los casos de *Bruce* y *Hogan* y, de ese modo, confirmaron la interpretación alcanzada en el caso *Pipon*, y esta vez con base en un cuidadoso examen de la doctrina jurídica continental. Cualquiera que sea la senda que tome este proceso de unificación, ciertamente parece que es esta evolución histórica la que explica en gran parte la ausencia de conflicto en las normas de derecho internacional privado en materia de sucesiones entre Inglaterra y Escocia.





materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro  
del futuro reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio europeo de ju  
europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria Reflexiones en  
Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en m  
reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósi  
A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio eu  
espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria Reflex

# Reflexiones en torno al espacio europeo

# Reflexiones en torno al espacio eu

s en torno al europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria  
i sucesoria Re en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento  
reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito  
justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio europeo de  
al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno  
Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria  
en materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento  
del futuro reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito  
justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno al espacio europeo de  
al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria Reflexiones en torno  
Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria

# Reflexiones en torno al espacio europeo de justicia. A propósito del futuro reglamento en materia sucesoria\*

Texto de:  
José Luis Iglesias Buhigues

## I. Introducción

Con fecha 6 de junio de 2009, la Comisión Europea ha hecho público dos documentos que contienen sendas comunicaciones – el primero al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos<sup>1</sup> y un segundo que contiene la evaluación del Programa de La Haya y del Plan de acción<sup>2</sup> – de lectura obligada para todos aquellos que se interesan por los avances en el objetivo de la UE, que venía consignado en el art. 2, 4º guión del TUE así como en el art. 61 del TCE – de mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia y que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, aparece, con nueva formulación, en el art. 3.2 del Tratado de la UE :

*"La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y la prevención y lucha contra la delincuencia",*

así como en el art. 67.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE):

*"La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros".*

---

\* Este estudio se ha realizado en el marco del Proyecto I+D "Europa ante el desafío de la armonización del derecho procesal" (DER2008/04639)"

---

1. COM (2009) 262 final: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un espacio de Libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos.

---

2. COM (2009) 263 final : Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Justicia, Libertad y Seguridad en Europa desde 2005 : una evaluación del programa de La Haya y del Plan de Acción.

En el primero de los antedichos documentos, que es el que ahora nos interesa, la Comisión nos muestra su visión de cómo marchar hacia la Europa de los ciudadanos en aquél "Espacio", con una introducción en la que se recuerdan sucintamente los progresos y logros alcanzados en los últimos diez años, los aspectos en los que esos logros han sido más lentos y moderados – la materia penal y el Derecho de familia – los retos futuros y, para hacer frente a éstos, la necesidad de dotarse de un nuevo programa plurianual cuyo tema central será, precisamente, la construcción de la Europa de los ciudadanos, y en el que deben definirse las prioridades para los cinco próximos años que, para la Comisión, deben dirigirse a la promoción de los derechos de los ciudadanos – la Europa de los derechos – a facilitar la vida de éstos – la Europa de la justicia – a protegerlos – la Europa que protege – y a la promoción de una sociedad más integrada – la Europa solidaria. No olvida la Comisión de asignar un método que garantice la culminación exitosa de la aplicación del programa plurianual, apoyado en cinco ejes, a saber, la integración armoniosa de las políticas desarrolladas en los ámbitos del "Espacio" en las demás políticas de la Unión, reducir la divergencia entre las normas y políticas europeas y su aplicación nacional, mejorar la calidad de la legislación europea e, igualmente, la utilización de la evaluación de los instrumentos adoptados y de las agencias creadas y, por último, lo más necesario, arbitrar los medios financieros adecuados que estén a la altura de la ambición política del nuevo programa.

La Comisión es consciente de los retos futuros. En una Unión compuesta, por ahora, de 27 Estados miembros, en la que 500 millones de personas gozan del derecho de libre circulación y residencia, el número de relaciones y situaciones transnacionales es obviamente importante y va en aumento. En ese contexto, la Comisión señala algunos ejemplos representativos de esos múltiples retos futuros y, de ellos, nos interesan, a efectos de este trabajo, el siguiente<sup>3</sup> :

- *las cuestiones de justicia civil van a cobrar más importancia. Una de cada diez sucesiones en la Unión tiene en la actualidad una dimensión internacional.*

Por otro lado, cuando la Comisión explicita cada una de las prioridades para el desarrollo del programa plurianual, en la relativa a la facilitación de la vida de los ciudadanos – la Europa de la justicia – vuelve a afirmar el principio, de sobra conocido por reiterado, del reconocimiento mutuo como piedra angular de la construcción de la Europa de la justicia, de manera que, prosiguiendo en la aplicación del principio en lo que respecta a la **materia civil**, *"las resoluciones judiciales deben ejecutarse directamente y sin otra medida intermedia. Será necesario pues suprimir de manera general el procedimiento de exequátur de las resoluciones judiciales civiles y mercantiles, todavía necesario con demasiada frecuencia para la ejecución de resoluciones dictadas en otros Estados miem-*

3. Este dato y otros significativos en relación con las cuestiones sucesorias, ya se enunciaron en el tercer informe anual de la Comisión sobre la inmigración y la integración. COM (2007) 512 final, de 11.9.2007, pág. 3 y en el Anexo al Libro Verde sobre las sucesiones y los testamentos. SEC 82005) 270, de 1.3.2005, pág. 4-5. Están recogidos en mi trabajo *Desarrollo del Espacio Europeo de Justicia : Hacia el nuevo D.I.Privado de sucesiones en la UE*. Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz. 2008. Universidad del País Vasco. Pág. 347.

*bros. Esto requerirá la armonización previa de las normas de conflicto de leyes en los ámbitos contemplados.*

*Por otra parte, el reconocimiento mutuo podría extenderse a materias aún no cubiertas y esenciales para la vida diaria, como las sucesiones y los testamentos, los regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación.*

*En general, los instrumentos adoptados deberán agruparse en un código de la cooperación judicial civil para facilitar su aplicación"*

Son otras muchas las medidas que la Comisión estima necesario adoptar para avanzar en la construcción de esta Europa de la justicia en el orden civil y mercantil pero es, por ahora, suficiente con lo expuesto para preguntarnos si la Comisión ha reflejado ya, en la finalmente presentada Propuesta de instrumento comunitario en materia sucesoria, la doctrina contenida en los documentos citados.

## II. La propuesta de la comisión<sup>4</sup>

La propuesta de instrumento en materia sucesoria estaba anunciada para finales de marzo de 2009. No cabe duda de que los servicios del entonces comisario Barrot, la "DG Justicia, Libertad y Seguridad"<sup>5</sup>, han hecho su trabajo en plazo. Ello es así porque en la nota de "background" del servicio del Portavoz a la atención de la prensa acreditada, de 27 de marzo de 2009, puede leerse que el 6 de abril siguiente (fecha a confirmar) la Comisión presentará una propuesta de reglamento en materia sucesoria; la nota se sigue de un breve resumen de los aspectos regulados en el proyecto.

Todo ello confirma que dicho proyecto de propuesta había cumplido con el procedimiento interno que eleva el proyecto a la reunión semanal de la Comisión para su adopción como propuesta, si esta Institución así lo estima.

Ahora bien, a finales de septiembre de ese mismo año, la propuesta no había visto aún la luz pública. Cabe conjeturar que el proyecto había quedado contaminado del virus – ya crónico- transportado por los vientos del canal de la Mancha y que parece afectar en los últimos tiempos a ciertos aspectos de la cooperación judicial en materia civil.

Afortunadamente, parece que se encontró la vacuna apropiada, aunque probablemente con algunos efectos secundarios, de manera que el mes siguiente, el 14 de octubre, la Comisión hizo pública su Propuesta de Reglamento.

---

4. Para una exposición de los orígenes de la acción comunitaria en esta materia y de lo que podrían ser las líneas esenciales del contenido del instrumento como resultado del trabajo del Grupo de Expertos nombrado a estos efectos por la Comisión, vid. mi artículo citado en la nota 3.

---

5. Ahora dividida en dos nuevas Direcciones Generales: "Asuntos de Interior" (Home Affairs), a cargo de la Comisaria Cecilia Malmström, que recoge todo lo relativo a FRONTEX, EUROPOL, CEPOL, el VIS II, el SIS II y las drogas, incluido el Centro Europeo de Coordinación (EMCDDA) y "Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía" (Justice, Fundamental Rights and Citizenship) que regentará la Vicepresidenta Viviane Reding, que asume materias de la antigua DG Empleo (igualdad hombre-mujer, acción contra la discriminación, sociedad civil, de la DG Consumidores (contratos de consumidores) a lo que se añade la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) El Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE), la Unidad Europea de Cooperación Judicial (EUROJUST), la comunicación (COMM) y la Oficina de Publicaciones (OP).

En esta Propuesta, la Comisión ha razonado, sobre la base de la naturaleza predominantemente patrimonial del Derecho de sucesiones, la aplicación del procedimiento de codecisión (hoy "procedimiento legislativo ordinario") y no el de la unanimidad (que hoy es el "procedimiento legislativo especial") previsto como excepción – y en consecuencia, de interpretación estricta – aplicable al Derecho de familia en el anterior art. 67.5 del TCE y, hoy, en el art. 81.3 del TFUE.

### A. Contenido

Así pues, se trata de una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos en materia de sucesiones y a la creación de un Certificado Sucesorio Europeo, justificado, en cuanto a su forma, por la necesidad de seguridad jurídica y de previsibilidad, principios que no permiten margen de apreciación de los Estados miembros y, en cuanto a su misma existencia, por la igual necesidad de allanar los obstáculos a la libre circulación de personas derivados de las dificultades a las que éstas se enfrentan en el ejercicio de sus derechos en el ámbito de una sucesión internacional.

El futuro Reglamento regularía las sucesiones de los fallecidos posteriormente a la fecha de su aplicación – un año después de su entrada en vigor, prevista para el vigésimo día siguiente a su publicación en el DOUE – y consideraría válida la designación de la ley aplicable a la sucesión, o a un pacto sucesorio, hecha, respectivamente, por el causante o por las partes en el pacto, antes de la fecha de aplicación del Reglamento, siempre que, en uno u otro caso, se hayan cumplido las condiciones previstas por el Reglamento. (art. 50)

### B. Alcance

En lo que concierne a la **determinación de la ley aplicable**, debe aplaudirse que la Propuesta siga la pauta, marcada por el Convenio de Roma de 1980, de los instrumentos comunitarios en este ámbito (Reglamentos "Roma I y II" y Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos, en este caso, por remisión al Protocolo de La Haya de 23.11.2007 en la materia) en cuanto que el sistema de reglas de conflicto uniformes del Reglamento sería de alcance universal, esto es, la ley designada por tales reglas resultaría aplicable aún cuando dicha ley no fuera la de un Estado miembro. Así pues, quedarían eliminadas o sin aplicación, las reglas de conflicto de leyes de fuente interna de todos los Estados miembros, en la materia cubierta por el Reglamento (art. 25).

En cuanto a las reglas de fuente internacional convencional, el Reglamento no afecta a aquellas establecidas en convenios bilaterales o multilaterales en los que uno o varios Estados miembros fueren parte en el momento de adopción del Reglamento y que regulan las materias cubiertas por éste, sin perjuicio de las obligaciones que les incumben en virtud del art. 307 del TCE (art. 351 TFUE). En cualquier caso, en las relaciones entre los Estados miembros, el Reglamento prevalece sobre los convenios en los que aquéllos sean parte y que versen sobre materias reguladas en éste (art. 45).

Todo ello significa que,

- a)** el Reglamento impide, al menos a partir de la fecha de su adopción<sup>6</sup>, la celebración por los Estados miembros de convenios bilaterales con países terceros o su participación en convenios multilaterales en la materia;
- b)** se mantienen los convenios existentes antes de la indicada fecha siempre que sean compatibles con el Tratado y, por supuesto, con el Reglamento; en otro caso, tendrán que ser denunciados. En efecto, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial del art. 307 del TCE - hoy art. 351 TFUE - un Estado miembro que, en virtud de los Tratados comunitarios, asume nuevas obligaciones que son contrarias a los derechos que le son reconocidos por un convenio anterior, renuncia, por ese mismo hecho, de conformidad con los principios del Derecho internacional, a ejercer esos derechos en la medida necesaria a la ejecución de sus nuevas obligaciones (sentencia de 27.2.1962, as. 10/61, Comisión c. Italia); el art. 307.2 del TCE obliga a los Estados miembros a recurrir a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que consten entre los convenios celebrados anteriormente a su adhesión y el Derecho comunitario (sentencia de 19.12.2009, as. C-118/07 Comisión c. Finlandia); en una situación en la que, a pesar de las negociaciones y de algunas modificaciones aportadas a los acuerdos celebrados anteriormente, persisten las obligaciones asumidas en virtud de tales acuerdos, los Estados miembros tiene prohibido no sólo contraer nuevas obligaciones internacionales, sino también mantener en vigor dichas obligaciones si no respetan el Derecho comunitario (sentencia de 5.11.2002, as. C-475/98, Comisión c. Austria);
- c)** los convenios existentes en la materia entre Estados miembros quedan desplazados por el Reglamento y aquellos celebrados con países terceros en la materia cubierta por las reglas comunitarias en los que participe más de un Estado miembro, quedan igualmente sustituidos por el Reglamento en las relaciones entre estos últimos.

En definitiva, se trata de la aplicación de la lógica jurisprudencial que, en aplicación del Tratado, hace prevalecer el Derecho comunitario sobre las disposiciones convencionales que hubieren sido asumidas entre sí por los Estados miembros en las mismas materias. Por otro lado, los Estados miembros no pueden celebrar acuerdos con terceros países desde el momento en que la Unión ha ejercido su competencia interna en la misma materia que, por ese mismo hecho, le atribuye la competencia exclusiva externa ( Dictamen del TJUE 1/2003, de 7.2.2006) y, por ello, solo la Unión puede celebrar tales acuerdos (art. 300 TCE y hoy arts. 216 y 218 TFUE) sin perjuicio de que ésta autorice a sus Estados miembros a negociar y celebrar acuerdos en materias específicas relacionadas con las que han sido objeto del instrumento comunitario, como ocurre en el ámbito de las obligaciones contractuales y extracontractuales o de los alimentos ( respectivamente, Reglamentos 662/2009 y 664/2009, DOUE L 200, de 31.7.2009)

6. La Comisión ha defendido más de una vez - y no sin visos de razón - que la prohibición a los Estados miembros comienza desde el momento en que la Comunidad - ahora la Unión - ejerce su competencia, ejercicio que se inicia con la presentación formal de la Propuesta de la Comisión.

### C. Campo de aplicación

La Propuesta delimita un campo de aplicación del instrumento sustancialmente idéntico al que resultó del trabajo del Grupo de Expertos, esto es, un ámbito muy amplio, que comprende todas las formas de transmisión de la propiedad por causa del fallecimiento del titular, ya sea ordenada por ministerio de la ley o por disposición del causante manifestada en testamento o por pacto sucesorio. No obstante, se precisa, entre las **exclusiones**, la constitución, el funcionamiento y la disolución de los *trusts* y se añade a ellas la naturaleza de los derechos reales sobre un bien y la publicidad de tales derechos, esto es, los derechos reales conocidos en el Estado miembro así como el funcionamiento del Registro de la propiedad y de los efectos de la inscripción o no inscripción en éstos (art. 1).

### D. Competencia judicial y ley aplicable

De acuerdo con el art. 3 de la propuesta de Reglamento, las disposiciones en materia de competencia judicial se aplicarían a toda jurisdicción de los Estados miembros y, en los casos en que resulte necesario, a las autoridades no judiciales. La ambigüedad de la parte final de esta disposición se ve atemperada por la noción de "jurisdicción" que, a efectos del instrumento, se define de manera amplia en su art. 2 : *"toda autoridad judicial o toda autoridad competente de los Estados miembros que ejerza una función jurisdiccional en materia de sucesiones"*. La noción incluye, por equiparación, a *"las demás autoridades públicas que ejerzan, por delegación de los poderes públicos, funciones que sean competencia de los órganos jurisdiccionales tal y como se prevén en el presente Reglamento"*. Se trata, en concreto, de los notarios y, en ciertos países, de los comisarios nombrados por el juez y los secretarios judiciales.

La Propuesta se inclina decididamente por el principio de unidad e universalidad de la sucesión, plasmado en sus arts. 16 y 19, justificando esta opción en los inconvenientes del sistema que la fragmenta, que sujeta los bienes del causante, según su naturaleza y situación, a leyes distintas, y en el hecho de que una sola ley aplicable para toda la masa hereditaria permite al testador organizar la distribución de sus bienes con independencia del lugar en que se hallen<sup>7</sup>.

No obstante, la Propuesta no olvida la importancia del hecho de la localización de bienes del causante en territorio comunitario o en un tercer Estado, tanto en cuanto a la competencia como en lo que respecta a la ley aplicable. En el primer caso, ya sea arbitrando una competencia – que la propuesta llama "residual" – de las jurisdicciones del Estado miembro en el que se hallen bienes de la sucesión si concurren ciertas condiciones, o ya para la adopción de medidas relativas a la transmisión del dominio o la inscripción en un registro público; en el segundo, prescribiendo, como límite de la ley aplicable, la aplicación de la ley del Estado – de cualquier Estado – de situación del bien en ciertos aspectos formales o del Estado *miembro* en determinados aspectos relativos a la administración y liquidación de la sucesión o al pago del impuesto sucesorio.

Por último, la Propuesta busca facilitar la resolución de la sucesión de la persona que reside habitualmente en un Estado miembro por medio de la coincidencia del *forum* y el

7. Exposición de Motivos, punto 4.3, pág. 6

*ius*. Permite también la elección – limitada – de la ley aplicable, de manera que, por esta vía, ofrece una segunda posibilidad de dicha coincidencia a quien, además, es nacional comunitario.

### 1. Coincidencia entre el *forum* y el *ius*

El factor de conexión general tanto para la competencia judicial como para la determinación de la ley aplicable, es la *residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento* (arts. 4 y 16). Se ha acogido la conexión considerada, a la vez, de mayor seguridad y proximidad con la situación factual del causante y más acorde con la real existencia del importante número de ciudadanos comunitarios que residen en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad, así como de la explosión del fenómeno inmigratorio en la Unión y la necesidad de favorecer la integración del inmigrante en el Estado miembro de su residencia.

Hay, pues, como principio general, coincidencia entre *forum* y el *ius*, de manera que la jurisdicción del Estado miembro de la residencia habitual del *de cuius* resolverá la sucesión aplicando la *lex fori*, lo que, sin duda, resulta ventajoso para todos aquellos que, de una forma u otra, están legítimamente interesados en la resolución del proceso hereditario.

Ahora bien, la situación puede ser distinta cuando el causante, residiendo en un Estado miembro, ha elegido, de conformidad con el instrumento, como ley aplicable a su sucesión, la ley del Estado de su nacionalidad.

En efecto, el art. 17 de la propuesta establece que una persona puede elegir como ley aplicable al conjunto de su sucesión, la ley del Estado del que posee la nacionalidad, sea Estado miembro o un país tercero. La disposición no precisa el momento en que debe apreciarse la nacionalidad del causante, si ésta viniera a cambiar después de la elección, por lo que podría suscitarse el conflicto móvil.

La elección debe resultar de una declaración expresa y revestir la forma de una disposición *motis causae*. La existencia y la validez en cuanto al fondo del consentimiento relativo a esta elección, quedan regidas por dicha ley. Asimismo, la modificación o la revocación de la elección de la ley aplicable debe cumplir, en cuanto a la forma, las condiciones de modificación o revocación de una disposición *mortis causae*, de acuerdo con la ley elegida<sup>8</sup>.

En consecuencia, si el causante, que reside en un Estado miembro, *siendo nacional de otro Estado miembro*, ha elegido como aplicable la ley de este último Estado, el órgano

8. Que el causante pueda elegir la ley aplicable, aunque limitada a su ley nacional, se justifica, en la Propuesta, por la necesidad de encontrar un compromiso entre las ventajas de la elección de ley, en cuanto a seguridad jurídica y facilidad para preparar la sucesión, y la protección de los intereses legítimos de las personas próximas al causante, en particular el cónyuge superviviente y los descendientes, puesto que los sistemas jurídicos de todos los Estados miembros cuentan con mecanismos de protección de dichos intereses, ya sea por medio de la legítima, ya por otros medios. Además, esta opción permite, a quien ha hecho uso de la libertad de circulación en la Unión, mantener, si lo desea, los vínculos culturales con su país de origen. Como podrá apreciarse, esta motivación de la Propuesta parece estar pensando solo en el caso de los nacionales de la Unión y, en alguna medida, erosiona la justificación de la residencia habitual como factor de conexión principal establecido para la sucesión, siendo así que el art. 17 permite la elección a toda persona, nacional de un Estado miembro o de un tercer Estado. Exposición de Motivos, punto 4.3, pág. 6-7.

jurisdiccional del Estado miembro de su residencia habitual, competente para conocer de la sucesión, puede, de conformidad con el art. 5, a instancia de parte y si considera que la jurisdicción del Estado miembro cuya ley ha sido elegida está mejor situada para conocer del asunto, suspender el procedimiento (con mala traducción, la disposición en su versión castellana dice "inhibirse") e invitar a las partes a presentar su demanda ante la jurisdicción de este segundo Estado miembro.

Para ello, imparte un plazo en el que las partes deben interponer la demanda ante dicha jurisdicción.

Si la demanda no se interpone en plazo, el tribunal que está entendiendo del asunto conserva su competencia.

Si la demanda se interpone, la jurisdicción del Estado miembro cuya ley ha sido elegida como aplicable, tiene un plazo de ocho semanas, desde la fecha en que, según el art. 10 del instrumento, se considera que conoce del asunto, para declararse competente, y, en tal caso, el tribunal que conocía en primer lugar, declina inmediatamente su competencia (la disposición, también con pésima traducción, dice "deberá inhibirse inmediatamente"). En caso contrario, este tribunal continúa entendiendo del asunto.

La propuesta de instrumento ofrece así, por medio de la aceptación de un reflejo del *forum conveniens*, a la persona nacional comunitario residente en un Estado miembro, la posibilidad de que su sucesión se sustancie por los tribunales y la ley del Estado miembro de su nacionalidad, siempre que se inste este resultado por parte legítimamente interesada.

Esta posibilidad no puede darse, obviamente, cuando el causante sea nacional de un país tercero, cuya ley sería la aplicable de haber sido la elegida.

## 2. **Ámbito de la ley aplicable (art. 19)**

Aunque con ciertos matices de redacción con el fin de precisar algunos de los aspectos incluidos o excluidos - por ejemplo, la sustitución en el punto c) de los derechos del *nasciturus* por la capacidad para suceder o la exclusión expresa de la forma de las disposiciones de última voluntad - así como de sistemática, el art. 19 de la Propuesta asigna a la ley aplicable un ámbito coincidente con el que en su día elaborará el Grupo de Expertos que asesoró a la Comisión<sup>9</sup>. La ley designada en virtud del Reglamento regularía la totalidad de la sucesión, *"desde su apertura hasta la transmisión definitiva de la herencia a los causahabientes"*.

En concreto, literalmente y pasando por alto la deficiente traducción al castellano, la ley aplicable regulará, en particular .

- a) *las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión;*
- b) *El llamamiento de los herederos y legatarios, incluidos los derechos del cónyuge superviviente, la determinación de las partes alícuotas respectiva de dichas personas y las obligaciones que les hayan sido impuestas por el difunto, así como los demás derechos sobre la sucesión que tengan su origen en el fallecimiento;*

---

9. Vid nota 3 y 4.

- c) *La capacidad para suceder;*
- d) *las causas específicas de incapacidad para disponer o recibir;*
- e) *la desheredación y la indignidad para suceder;*
- f) *la transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión a los herederos y legatarios, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación de la sucesión o del legado o la renuncia a los mismos;*
- g) *los poderes de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la sucesión, en particular, la venta de los bienes y el pago a los acreedores;*
- h) *la responsabilidad por las deudas de la sucesión:*
- i) *la parte de libre disposición, las porciones de bienes de que el testador no puede disponer y las demás restricciones a la libertad de disponer por causa de muerte, incluidas las atribuciones asumidas sobre la sucesión por una autoridad judicial o por otra autoridad a favor de personas próximas al difunto;*
- j) *la imputación y la reducción de las liberalidades, así como su toma en consideración a la hora de calcular las partes de la herencia, esto es, los beneficios y las liberalidades que deben tomarse en cuenta para el cálculo de las partes hereditarias;*
- k) *la validez, la interpretación, la modificación y la revocación, de una disposición por causa de muerte, excepto su validez en cuanto a la forma;*
- l) *la partición sucesoria.*

En lo que concierne a la validez en cuanto a la forma de las disposiciones testamentarias, el considerando nº 19 de la propuesta de Reglamento aclara que quedarían reguladas, para los Estados miembros que lo hubieren ratificado, por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en la materia.

No obstante, si que se incluye en el instrumento, la regulación, en cuanto a la forma, de la aceptación, o renuncia, de la sucesión o de un legado, así como la de toda declaración destinada a limitar la responsabilidad del heredero o del legatario, que serán igualmente válidas si cumplen las condiciones de la ley del Estado en el que dicho heredero o legatario tenga su residencia habitual (art. 20).

### **3. Efectos derivados del lugar de situación de bienes del causante**

#### **3.1. Competencia residual (art. 6)**

Cuando el causante **no tuviera residencia habitual en territorio comunitario** en el momento del fallecimiento, los tribunales de un Estado miembro son, no obstante, competentes si, en ese Estado, se localizan bienes de la sucesión y, si, además,

- a) el causante había residido habitualmente en dicho Estado miembro por un periodo no inferior a los cinco años anteriores a la fecha en la que el tribunal conozca del asunto, o
- b) el causante era nacional de ese Estado miembro en el momento de su fallecimiento, o
- c) uno de los herederos o de los legatarios tiene residencia habitual en el Estado miembro,  
o
- d) la demanda tiene por objeto, exclusivamente, los bienes sitos en este Estado miembro.

### 3.2. Transmisión de dominio y acceso a un registro público (art. 9)

La localización de bienes del causante en un Estado miembro produce también otros efectos sobre la competencia judicial, cualquiera que sea la ley aplicable : cuando la ley del Estado miembro de situación de un bien exige, en el ámbito de los derechos reales, la intervención de sus jurisdicciones en la adopción de medidas relativas a la transmisión de ese bien, o de cualquier forma de su inscripción en un registro de publicidad, tales jurisdicciones son competentes para la adopción de dichas medidas.

### 3.3. Supuestos de aplicación de la ley de situación del bien (art. 21)

Se configuran estos supuestos como una limitación al ámbito de la ley aplicable, de manera que la ley que rige la sucesión no impide la aplicación de la ley del Estado, miembro o tercero, en el que se encuentren bienes del causante,

- a) cuando esta ley, para la aceptación de la herencia o de un legado o para la renuncia de una u otro, prescribe formalidades ulteriores a las exigidas por la ley aplicable a la sucesión.
- b) tratándose de un Estado *miembro*,
  - cuando su ley subordine la administración y la liquidación de la herencia, al nombramiento de un administrador o de un ejecutor testamentario por una autoridad del Estado. No obstante, la ley sucesoria rige la determinación de las personas que pueden ser investidos de la función de administración y liquidación de la herencia.
  - cuando su ley subordine la transmisión definitiva de la herencia a los herederos, al previo pago de los impuestos relativos a la sucesión.

### 4. Pactos sucesorios (y testamento mancomunado)

De conformidad con el art. 2 c) y d) de la Propuesta, a efectos del Reglamento se entiende por :

- "pacto sucesorio",
- "todo acuerdo por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión futura de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo"*, y por
- "testamento mancomunado"  
*el testamento otorgado por dos o más personas en un mismo acto, bien a favor de un tercero, bien en beneficio recíproco y mutuo."*

El art. 18 de la Propuesta distingue, en sus apartados 1, 2 y 3, a efectos de la ley aplicable y de la validez, el pacto sucesorio relativo a la sucesión de una persona de aquel que concierne a la sucesión de varias de ellas :

- a) cuando el pacto ordena la sucesión de un solo causante, la ley que lo rige en cuanto al fondo es aquella que hubiera resultado aplicable a la sucesión de tal persona si ésta hubiera fallecido el día de la celebración del pacto. Ahora bien, si el pacto no fuera válido de acuerdo con dicha ley, su validez deberá no

obstante admitirse si lo es de conformidad con la ley aplicable a la sucesión en el momento del fallecimiento y, en tal caso, esta ley es la aplicable. En otras palabras, el pacto sucesorio será válido si así lo establece la ley de la residencia habitual del causante en el momento de la celebración del pacto o en el de su fallecimiento y, en su defecto, su ley nacional en uno u otro momento, si el causante la hubiere elegido. Una situación no prevista es aquella en la que una u otra ley cambia y, no admitiendo el pacto en el momento de celebrarlo, lo admite en el del fallecimiento pero el causante ha cambiado de residencia o de nacionalidad. Probablemente habría que estar a lo dispuesto en la ley aplicable en materia de derecho transitorio, si esa ley contiene tal previsión.

**b)** cuando el pacto regula la sucesión de varias personas – es el caso del testamento mancomunado – su validez en cuanto al fondo depende de que así lo admita la ley de la residencia habitual que hubiera sido aplicable a la sucesión de una de cualquiera de esas personas, en caso de haber fallecido en la fecha de celebración del pacto y, en tal caso, esa ley es la aplicable. Ahora bien, si la validez del pacto resulta de la ley aplicable a la sucesión de más de una de esas personas, el pacto queda regido por la ley con la que presenta los vínculos más estrechos. Si bien este apartado 2º se refiere expresamente a la ley de la residencia habitual, parece que también podría ser la ley nacional del causante en una u otra situación, habida cuenta de lo que previene el apartado 3º.

**c)** el apartado tercero de este artículo permite a las partes designar, para regir su acuerdo, siempre que se haga de forma expresa, la ley que el causante, o uno de los causantes, hubiera podido elegir en virtud del art. 17, es decir, su ley nacional.

**d)** por último, el apartado 4 protege el derecho a la legítima, o cualquier otro derecho indisponible para el causante, de toda persona no parte en el acuerdo, que fuere reconocido por la ley aplicable en virtud del art. 16 – residencia habitual del causante o 17 – ley nacional por éste elegida – al establecer que tales derechos no pueden ser afectados por la ley que resulte aplicable al pacto según los anteriores apartados.

### 3. Reenvío, orden público y remisión a sistemas plurilegislativos

Estas tres cuestiones se regulan en la Propuesta de la Comisión con variaciones, respecto a lo propuesto por el Grupo de Expertos, que conviene señalar.

En la cuestión del **reenvío**, la opción legislativa es la que viene siendo clásica en los instrumentos comunitarios, esto es, su rechazo : la ley designada por la norma de conflicto se entiende con exclusión de sus normas de D.i. privado (art. 26)

Lo mismo debe decirse del tratamiento dado a la excepción de **orden público**, si bien la redacción dada en el art. 27.1 no deja de tener algunos matices : la aplicación de *una disposición* de la ley designada sólo podrá excluirse si esta aplicación es incompatible con el orden público del foro. La excepción jugará, pues, cualquiera que sea la ley aplicable, de un Estado miembro o de un Estado tercero pero el rechazo no es en bloque

sino que afecta únicamente a la disposición que resulte incompatible con la *lex fori*. La precisión nos parece que no está de más.

El apartado 2º del art. 27 contiene otra precisión importante en relación con la legítima, precisión que coincide con lo establecido por nuestro TS en la materia. Ahora bien, el texto español de la Propuesta contiene un grave error debido a una muy deficiente traducción; basta compararlo con el texto inglés o francés para apreciar que dispone lo contrario de lo que se dispone en estas dos versiones, que son las correctas. Según el texto español, la contrariedad con el orden público del foro se daría, en particular, cuando las disposiciones de la ley aplicable sobre la legítima – que llama “reserva hereditaria” – fueren diferentes de las del foro. Las demás versiones de la Propuesta dicen todo lo contrario y es que, además, se trata de una disposición cuyo objeto es, en particular, el de precisar expresamente que no puede considerarse contrario al orden público el hecho de que las modalidades relativas a la legítima de la ley que resulte aplicable sean diferentes de las que se hallan en vigor en el foro.

En lo que concierne a la remisión a un **sistema plurilegislativo**, la disposición comunitaria (art. 28.1) siguiendo la pauta establecida ya en los Reglamentos “Roma I” (art. 22) y “Roma II” (art. 25) resuelve limpiamente el problema al disponer que, cuando un Estado comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones *mortis causae*, cada unidad territorial se considerará un Estado a efectos de la determinación de la ley aplicable. El apartado 2º precisa que un Estado miembro, “no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se refieran únicamente a dichas unidades territoriales”.

En el caso de España, el citado art. 28 tendría varias consecuencias : por una parte, el primer apartado dejaría sin efectos, en materia sucesoria, al art. 12. 5 del Código civil y, cuando el Derecho español fuera el aplicable, al art. 14, tanto en los casos en los que la competencia correspondiera a nuestros tribunales como en aquellos en los que los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro fueran competentes; la norma es clara cuando dispone que cada unidad territorial con derecho sucesorio propio se considera un Estado a efectos de la aplicación del instrumento y que la remisión se hace a su derecho sustantivo.

Por otra parte, el segundo apartado, en la medida en que no obliga a aplicar el Reglamento a los conflictos interregionales pero lo permite, podría descartar el juego del art. 16 del mismo cuerpo legal. La opción por una u otra de esta opción, sin manifestación expresa del legislador español en este punto, podría crear una situación de ambigüedad para los operadores jurídicos.

## **E. Reconocimiento y ejecución**

### **a) resoluciones y transacciones judiciales**

Esta parte de la Propuesta no hace más que seguir las disposiciones del Reglamento 44/2001, ya sea adaptándolas o remitiendo a ellas. En la Exposición de Motivos se afirma que se ha previsto *el reconocimiento de todas las resoluciones y transacciones judiciales a fin de hacer realidad en materia de sucesiones el principio de reconocimiento mutuo... Los motivos de denegación del reconocimiento se han reducido, pues, al mini-*

*mo necesario*." La afirmación es, a nuestro juicio, más optimista que exacta e, incluso, contradictoria en sí misma pues no puede hacerse real el principio del reconocimiento mutuo y, al mismo tiempo, prever causas de no reconocimiento<sup>10</sup>.

Por lo demás, los motivos de denegación del reconocimiento que, según se dice, "*se han reducido al mínimo*", son los mismos que los del art. 34 del Reglamento 44/2001 pues los previstos en su art. 35 no pueden darse en materia sucesoria.

Por otro lado, no deja de sorprender la muy defectuosa traducción al castellano de esta parte de la Propuesta, puesto que algunas de las disposiciones son, aunque resultado de la fusión de las correspondientes del Reglamento 44/2001, copia literal de éstas mientras que otras, como las dedicadas a los documentos públicos – traducidos por "actos auténticos" – ponen de manifiesto que no se ha tenido en cuenta el texto español del citado Reglamento.

El art. 29 de la Propuesta es una transcripción adaptada del art. 33 del Reglamento 44/2001 : reconocimiento automático de las resoluciones y, en caso de oposición, la parte interesada que lo invoque a título principal, puede solicitar que se reconozca la resolución por el procedimiento previsto en los arts. 38 a 56 del citado Reglamento que, como se sabe, se dedican a la ejecución, a su procedimiento y a las disposiciones comunes a aquél y a ésta. Si el reconocimiento se invoca a título incidental ante un tribunal de un Estado miembro, ese tribunal es competente para conocer del mismo.

Lo que deba entenderse por "resolución", sin adjetivo, requiere acudir al art. 2, letra g) de la Propuesta – que es la misma, adaptada, del art. 32 de "Bruselas I" – teniendo en cuenta la definición de "órgano jurisdiccional" contenida en la letra b) de dicho art. 2. En concreto, se entiende por "resolución",

*"cualquier decisión en materia sucesoria dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con independencia de la denominación que reciba – auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución –, así como el acto por el cual el secretario judicial liquida las costas del proceso."*

Las causas de denegación del reconocimiento, más exactamente de la ejecución, previstas en el art. 30, son las cuatro clásicas del art. 34 de "Bruselas I": la contrariedad con el orden público del Estado miembro requerido, que no puede aplicarse a las normas de competencia, la rebeldía del demandado que no hubiere sido notificado con tiempo suficiente y de manera tal que haya podido defenderse, salvo que, habiendo podido recurrir la resolución, no lo hubiera hecho y la incompatibilidad de la resolución con otra dictada entre las mismas partes en el Estado requerido o bien con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado tercero entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa, que reúna las condiciones para ser reconocida en el Estado miembro requerido.

Los arts. 31 y 32 de la Propuesta recogen lo dispuesto en los arts. 36 y 37.1 de "Bruselas I", respectivamente, la prohibición en todo caso de la revisión en cuanto al fondo de

<sup>10</sup>. Una Propuesta de Reglamento que unifica la competencia judicial, y la ley aplicable en materia sucesoria debería seguir, para hacer real el principio del reconocimiento mutuo, no el modelo del Reglamento 44/2001, que, por ahora, no lo contiene, sino el del Reglamento 4/2009 en materia de obligación de alimentos, que sí lo impone en sus arts. 16 y 17.

la resolución extranjera y la posibilidad de suspensión del procedimiento de reconocimiento/ejecución cuando se hubiere interpuesto un recurso ordinario contra aquélla. Se cierra este Capítulo IV con el art. 33, disposición más bien redundante : las resoluciones dictadas en un Estado miembro que allí sean ejecutorias y las transacciones judiciales se ejecutarán en los demás Estados miembros (como se dice respectivamente en los arts. 38 y 58 de "Bruselas I") *"de conformidad con lo dispuesto en los arts. 38 a 56 y 58 del Reglamento (CE) nº 44/2001"*.

### **b) Documentos públicos**

El documento público – que, como ya hemos dicho, en la Propuesta se traduce por "acto auténtico"- se define en el art. 2 letra h) como el *"documento formalizado o registrado como tal y cuya autenticidad :*

- *se refiere a la firma y al contenido del instrumento, y*
- *ha sido establecido por un poder público u otra autoridad autorizada a tal fin por el Estado miembro de origen."*

Los dos artículos – 34 y 35 – de este capítulo V prevén, respectivamente, el reconocimiento y la fuerza ejecutiva de los documentos públicos.

El reconocimiento significa, a tenor de la Exposición de Motivos, que tales documentos *"poseen el mismo valor probatorio pleno y completo en cuanto al contenido del acto registrado y a los hechos que en él constan que el que revisten los documentos públicos nacionales o al mismo título que en su país de origen, que están protegidos por la presunción de autenticidad y que tienen carácter ejecutivo dentro de los límites que fija el Reglamento"*

Así, el art. 34 dispone el reconocimiento en un Estado miembro de los documentos públicos otorgados en otro Estado miembro, salvo que su validez sea impugnada según el procedimiento previsto en el Estado miembro de origen y siempre que el reconocimiento no sea contrario al orden público del Estado miembro requerido.

Por su parte, el art. 35 es prácticamente idéntico al art. 57 del Reglamento "Bruselas I" : los documentos públicos con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de otorgamiento, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado miembro, siguiendo el procedimiento establecido en los arts. 38 a 57 del Reglamento 44/2001. La declaración otorgando la fuerza ejecutiva al documento puede ser desestimada o revocada por el tribunal ante el que se presentará un recurso con arreglo a los arts. 43 y 44 de l citado Reglamento, sólo si la ejecución resultare manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido o si – añade el art. 35 – estuviera pendiente la impugnación de la validez del documento ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.

### **F. El Certificado Sucesorio Europeo (CSE).**

La Propuesta dedica su extenso Capítulo VI (arts. 36 a 44) a la regulación detallada del CSE, introducido con el fin de acreditar *"la cualidad de heredero o de legatario y los*

*poderes de los ejecutores testamentarios o de los terceros administradores*”, según reza el art. 36.1, que se expida, a instancia de toda persona que necesite acreditar dicha cualidad, por el órgano jurisdiccional competente y de acuerdo con la ley que resulte aplicable, en ambos casos en virtud del Reglamento. La utilización del CSE ni es obligatoria ni sustituye a los procedimientos internos pero sus efectos deben ser reconocidos igualmente en el Estado miembro en donde fuere expedido (art. 37 y 36.2).

### Solicitud y expedición del CSE

Para la expedición del CSE debe cumplimentarse una fase previa de

- a) información y acreditación de datos, a cargo del solicitante, y
- b) de verificación de éstos por parte de la autoridad jurisdiccional competente que debe expedirlo.

a) Así, la solicitud de expedición del CSE debe presentarse por medio del formulario que aparece en el anexo I del Reglamento, cumplimentado, en la medida en que se disponga de tal información, con los datos en él requeridos y que se relacionan en el art. 38, debiendo acreditarlos con documentos auténticos salvo que esta prueba documental resulte imposible o entrañe dificultades desproporcionadas, en cuyo caso debe admitirse otros medios de prueba.

b) En la comprobación de la exactitud de estos datos, la Propuesta es exigente e, incluso, redundante. Así, el art. 38.2 y 3 establece que la autoridad competente queda obligada a comprobar la veracidad de las declaraciones formuladas y, si su ordenamiento lo permite, a exigir que tales declaraciones se hagan bajo juramento. No obstante, en cualquier caso, según el art. 40, dicha autoridad, en función de los datos facilitados, debe emprender, de oficio, las averiguaciones necesarias para verificar los hechos e investigar las pruebas posteriores que considere oportunas. Para facilitar esta tarea, se impone a los Estados miembros la obligación de dar acceso, a las autoridades competentes de los demás Estados miembros, al Registro civil o al Registro en el que se inscriban los actos o hechos relativos a la sucesión o al régimen económico matrimonial de la familia del causante, así como al Registro de la Propiedad. Queda previsto, incluso, que la autoridad expedidora pueda solicitar la comparecencia de los interesados y, en su caso, de los administradores o ejecutores y publicar anuncios con el fin de que otras personas interesadas en la sucesión puedan hacer valer sus derechos.

Solo cuando la autoridad competente considere suficientemente probados los hechos alegados, podrá expedir el CSE y, en tal caso, debe hacerlo sin demora.

Puede igualmente solicitarse y expedirse un **certificado parcial** cuando interese acreditar los derechos de cada heredero o legatario y la parte alícuota que les corresponda, la atribución de un bien determinado, si la ley sucesoria lo permite, o la administración de la sucesión (art. 39).

El CSE se expide por medio del formulario que figura en el anexo II.

### **Contenido del CSE**

En el CSE se debe hacer constar las indicaciones pormenorizadas que se relacionan en el art. 41 y que identifican al Estado miembro y al órgano jurisdiccional expedidor, al causante y al solicitante, así como todas aquellas relacionadas con la cualidad de heredero o de legatario o con la de administrador o ejecutor y también la lista de actos que cualquiera de ellos puede realizar, en virtud de la ley aplicable a la sucesión, en relación con los bienes hereditarios.

El órgano jurisdiccional expedidor conserva el original del CSE y entrega una o varias copias – se supone que autenticadas aunque nada dice al respecto la propuesta – al solicitante o a cualquier persona que tenga un interés legítimo, que producen los efectos, que veremos a continuación, durante el periodo de tres meses, transcurrido el cual debe solicitarse la expedición de una nueva copia.

A instancia de parte interesada, o de oficio, dirigida al órgano expedidor, el certificado puede ser rectificado en caso de error material, incluir una nota marginal relativa a la suspensión de sus efectos si se impugnara su veracidad o ser anulado si quedase establecido que no se ajusta a la realidad, circunstancias estas que deben ser anotadas al margen del original y comunicadas al o a los solicitantes. (art. 43).

### **Efectos del CSE**

En cuanto a los efectos, el art. 42 establece el reconocimiento de pleno derecho del CSE en todos los Estados miembros y, durante su periodo de validez, goza en todos ellos de la presunción de veracidad.

El CSE constituye la prueba de todo lo que en él se certifica :

- la cualidad de heredero, de legatario, de ejecutor testamentario o tercer administrador, de sus respectivos poderes y de que no existen otras condiciones o restricciones de las que constan en el certificado;
- libera a toda persona que pague o entregue bienes al titular del certificado y que, en su virtud, esté habilitado para realizar esos actos, salvo que conste que su contenido no responde a la realidad,
- se presume que toda persona que hubiere adquirido bienes sucesorios del titular de un CSE, que está habilitado a disponer de ese bien en virtud de la lista anexa a dicho certificado, los ha adquirido de una persona que tiene poder para disponer de ellos, salvo que tenga constancia de que el contenido del certificado no se ajusta a la realidad.
- el CSE es título válido para la inscripción de la adquisición del dominio de los bienes hereditarios en los registros públicos del Estado miembro de situación de los bienes, inscripción sujeta al derecho del Estado miembro del registro y con los efectos que en dicho derecho estén previstos.

El art. 44 de la propuesta impone a todo Estado miembro la obligación de establecer vías de recurso contra la decisión de expedición o no, de rectificación, de suspensión o de anulación del CSE.

## Conclusión

Resulta obvio que la Propuesta de la Comisión en materia sucesoria, presentada cuando aún era incierta la ratificación y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, debe ser revisada y adaptada a las nuevas disposiciones de dicho Tratado, ya en vigor, que, entre otras novedades, cambia las bases jurídicas así como los procedimientos de adopción de los actos. En cuanto a las posibilidades de participación de Dinamarca y el Reino Unido e Irlanda, todo sigue igual a estos efectos, a pesar de las modificaciones introducidas en los respectivos Protocolos, sobre todo en el danés, en tanto no se realicen las previsiones de su art. 8, que asimilaría las posibilidades a las de los otros dos Estados miembros. En lo que concierne a la versión española de la Propuesta, que presenta importantes defectos de traducción, el texto debe ser cuidadosamente revisado para ajustarlo a las demás versiones lingüísticas a medida que sus disposiciones se debatan en el seno de los dos colegisladores.

En lo que respecta a las prioridades de la Comisión, explícitamente declaradas en los documentos aludidos al principio de este trabajo y, más en concreto, en palabras de la Comisión, la necesaria supresión del procedimiento de exequatur de las resoluciones judiciales civiles y mercantiles en materias esenciales para la vida diaria, como las sucesiones y los testamentos, nada hay en la Propuesta de Reglamento presentada que responda a tales inquietudes, lo que no deja de sorprender, siendo así que la misma Propuesta conlleva la armonización de las normas de conflicto en la materia, condición avanzada en aquellos documentos para la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y que ya cuenta con el antecedente del Reglamento 4/2009 sobre obligaciones de alimentos.

Como hemos visto, la parte relativa al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales se resuelve, en la Propuesta, por remisión a las disposiciones del Reglamento 44/2001 o por transcripción de algunas de ellas. Aunque la Comisión pretenda con ello "*hacer realidad en materia de sucesiones el principio del reconocimiento mutuo*" como afirma en la Exposición de Motivos, ello no es así, por el momento. Quizás la Comisión esté confiando en tiempos venideros, pensando que la importante revisión del Reglamento "Bruselas I", que está en marcha, lleve a ese resultado, la supresión del exequatur y, en consecuencia, se extienda igualmente al futuro Reglamento en materia sucesoria. Es cierto que la consecución de tal objetivo es una ambición de la Comisión desde hace ya bastante tiempo y que de la lectura sosegada del Libro Verde en la materia (COM (2009) 175 final, de 21.4.2009) se puede apreciar una formulación orientativa hacia ese y otros más ambiciosos desarrollos del Reglamento. No obstante, nada es seguro y todo es, por el momento, del reino de la conjetura.

# Colaboran en este número:

**Paul Beaumont:** Professor of European Union and Private International Law, University of Aberdeen. UK Advisory Committee on Private International Law.

**Philip Bremner:** Research student at the University of Aberdeen, School of Law.

**Alejandro Valiño Arcos:** Catedrático de Derecho romano, Universitat de València.

**Guido Alpa:** Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato., Università degli Studi "La Sapienza" (Roma). Presidente - Consiglio Nazionale Forense (Italia). European Civil Code Steering Committee.

**M<sup>a</sup> Ángeles Egusquiza Balmaseda:** Catedrática de Derecho civil, Universidad Pública de Navarra. Consejo Asesor del Derecho Civil de Navarra.

**Miguel Coca Payeras:** Presidente de la Comisión Asesora de Derecho Civil de la CAIB. Catedrático de Derecho Civil de la UIB. Abogado.

**Cristina González Beilfuss:** Catedrática de Derecho internacional privado, Universidad de Barcelona. Miembro del Organising Committee de la Commission on European Family Law.

**M<sup>a</sup> Ángeles Parra:** Catedrática de Derecho civil. Universidad de Zaragoza. Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

**Domingo Bello Janeiro:** Catedrático de Derecho civil de la Universidad de A Coruña. Académico de número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Comisión superior para el estudio del desarrollo del Derecho gallego.

**Joan Egea Fernández:** Catedrático de Derecho Civil. Universitat Pompeu Fabra. Comissió de Codificació de l'Observatori de Dret privat de Catalunya.

**Clara I. Asua González:** Catedrática de Derecho Civil, Universidad del País Vasco.

**M<sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero:** Catedrática de Derecho Civil Privado, Universidad de Zaragoza.

**José Luis Iglesias Buhigues:** Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia. Antiguo Consejero jurídico Principal en el Servicio Jurídico de la Comisión Europea.

# Consejo Asesor

## Presidente:

Serafín Castellano Gómez

## Vocales:

Enrique Álvarez Conde

Gaspar Ariño Ortiz

Mariano Ayuso Ruiz - Toledo

Sol Bacharach de Varela

Elena Bastidas Bono

Rafael Blasco Castany

Aldo Bonomi

Vicente Caballer Mellado

Bernardí Cabrer Borrás

Santiago Calatrava Valls

Carlos Cervantes Lozano

José Manuel Canales Aliende

José Casas Pardo

Rafael Cerdá Ferrer

Adela Cortina Orts

Ana Encabo Balbín

Ignacio Fernández de Lucio

Ascensión Figueres Górriz

Alejandro Font de Mora Turón

Emilio Fontela Montes

Juana María Fores Villanueva

Vicent Franch i Ferrer

José Manuel García Margallo

Federico García Moliner

Vicente Garrido Mayol

Alonso Gil Irún

Pedro Grimalt Ivars

Santiago Grisolia García

José Honrubia López

Ignacio Jiménez Raneda

Juan Francisco Juliá Igual

Massimo Latorre

Marco Antonio López Cerdá

Lourdes López Nieto

Manuel López Pellicer

Milagrosa Martínez Navarro

José María Lozano Velasco

Ramón Martín Mateo

Joan Martín Queralt

Íñigo Méndez de Vigo

Enrique de Miguel Fernández

Trinidad Miró Mira

J. Damiá Mollá i Beneyto

José Manuel Morán Criado

Carlos Morenilla Jiménez

Vicente L. Navarro de Luján

José Alberto Parejo Gámiz

José Alfredo Peris Cancio

Riccardo Petrella

Rafael Ripoll Navarro

Ramón Rizo Aldeguer

Jesús Rodríguez Marín

Göran Rollnert Liern

José Luis Rubio Delgado

Manuel Ángel Rueda Pérez

Juan Luis de la Rúa Moreno

Carolina Salvador Moliner

José Sanmartín Esplugues

Cristina Santamaría Siurana

Vicente Sifre Martínez

Francisco Toledo Lobo

Francisco Tomás Vert

José María Tortosa Blasco

Rafael Vicente Queralt

José Vidal Beneyto

José Luis Villacañas Berlanga

## Directora

Carolina Salvador Moliner

# Consejo de Redacción

José Desfilis López

Vicente Domínguez Calatayud

Federico Fernández Roldán

Javier Guillem Carrau

Mauro Guillen Grech

Pilar Herrero Gil

Ana María Matamales Sanchis

Rosa Moliner Navarro

María José Morales Godos

Manuel Moreno Vázquez

Remedios Sánchez Ferriz

Jesús Emilio Torrejón Puchol

**Nota de redacción:** La revista no se hace responsable ni comparte necesariamente las opiniones expresadas por los autores, que las formulan bajo su exclusiva responsabilidad.







