



**AVD · ZEA**

Academia  
Vasca de  
Derecho

Zuzenbidearen  
Euskal  
Akademia

**BOLETIN**  
**de la**  
**ACADEMIA VASCA DE DERECHO**

*Año II - N.º 2 - Bilbao - Junio 2004 - ISBN: 84 896 8919 9 - D.L.: BI 1677-03*

*II. urtea - 2. zk. - Bilbo - 2004ko Ekaina*

*Sumario*

*Pág.*

- |  |    |
|--|----|
| 1. <b>EL HORIZONTE ACTUAL DEL DERECHO</b> ,<br>por Adrián Celaya Ibarra .....  | 3  |
| 2. <b>LA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIO-<br/>NES POR LA LEY</b> , por José Manuel Fernández<br>Hierro .....              | 19 |
| 3. <b>AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA Y TUTELA<br/>JUDICIAL EFECTIVA</b> , por José Javier García Ross                         | 42 |
| 4. <b>NAZARIO DE OLEAGA (1884-1961), BILBOKO<br/>GOTZAITEGIAREN ITZULTZAILE<br/>JURIDIKOA</b> , por Andres Urrutia ..... | 62 |
| 5. <b>NOTICIAS INTERNAS</b> , por Javier Oleaga Echeverria   | 74 |
| 6. <b>IN MEMORIAN: JOSE MARIA MARTIN<br/>RETANA</b> , por A. C. ....   | 77 |
| 7. <b>FOTOGRAFIAS</b> .....  | 79 |

## **EL HORIZONTE ACTUAL DEL DERECHO**

La Junta Directiva me ha encomendado la tarea de hacer el discurso de inauguración de esta Academia para animar su puesta en marcha definitiva. La tomo como un deber y espero que mi condición de civilista no condicione los objetivos de la Academia, que se propone cultivar el Derecho en todas sus manifestaciones, ninguna de las cuales puede ser indiferente para un verdadero jurista. Procuraré hablarlos en términos que puedan ser asumidos por todos.

Cuando yo me licencié, el Derecho Civil parecía la espina dorsal de todo conocimiento jurídico, y apenas cambiaba, era como una roca inamovible, porque sus cimientos se remontaban al Derecho Romano o a costumbres antiquísimas.

Por contraste, el Derecho Público se movía al paso de la modernidad. Desde el siglo XVIII en toda Europa y algo antes en el mundo anglosajón, el Derecho constitucional, el penal, el administrativo, etc se expresaban al ritmo que les marcaba la Constitución de cada país, inspirada en las ideas de democracia, la división de poderes, y el imperio de la ley. Los últimos siglos han sido un debate y una lucha alrededor de estas ideas.

El siglo XIX fue en muchos ámbitos del Derecho la era de las codificaciones que pretendía reunir en un solo texto cada una de las materias jurídicas, y especialmente el Derecho Civil que en

el caso de España fue codificado en 1888 con los ojos puestos en el Código francés, el gran Código de Napoleón. El principio de legalidad obligaba también a codificar las leyes penales y no faltaron realizaciones similares en otras disciplinas. El conocimiento del Derecho se hacía muy fácil: estaba en los Códigos.

Pero la sociedad actual es tan distinta y tan complicada que ya no bastan los Códigos y se imponen continuamente las reformas en todos los campos del Derecho. Ya no se trata de ligeros retoques, porque las reformas se hacen cada día más profundas.

## **LOS ACTUALES DESAFÍOS PARA EL JURISTA**

Lo que pretendo destacar aquí es también el hecho de que los Códigos, el civil, el penal, el mercantil y todas las leyes generales y complementarias nos han encerrado hasta ahora en nuestras fronteras. Un abogado español solamente podía desempeñar su trabajo en España, porque desconocía cualquier otro sistema jurídico. Pero este jurista español demasiado doméstico está hoy abrumado por dos circunstancias: el peso de una legislación voluminosa cada día más inabarcable, que desborda todos los Códigos, y la presencia, cada día más agobiante del Derecho extranjero.

La proliferación de nuevas leyes, muchas veces confusas y hasta contradictorias se aceleró a mediados del siglo XX y sobre todo a partir de la transición a la democracia. Para todos los juristas y especialmente para los veteranos, entender el Derecho actual está resultando cada día más complicado. No les sorprenderá a ustedes que cuando me jubilaron, siendo yo miembro del Consejo del Poder Judicial, su presidente y amigo, D. Antonio Hernandez Gil, en tono algo paternal, me dijera: —Ahora te dedicarás a la filosofía del Derecho. Parecía pensar que los hombres maduros, estábamos demasiado ligados a los esquemas tradicionales, y que no nos sería posible movernos en el mundo cambiante de las innumerables leyes nuevas.

No le faltaba razón. Como un auténtico veterano me he ido alejando más cada día de los problemas más inmediatos, y me

he distraído en su valoración, con reflexiones que pueden llamarse filosóficas, como también lo hizo el propio Hernandez Gil en sus últimos años. Fueron estas reflexiones, en buena parte solitarias, las que me llevaron a pensar en la Academia Vasca de Derecho, porque veía que Bilbao, Bizkaia y el País Vasco, no podían estar al margen de la marcha emprendida por el Derecho hacia formas nuevas, no solamente en España, sino en Europa y en el mundo. Las conversaciones con muchos letrados que se percatan de esta gran revolución, y que tienen que resignarse a vivir sus inquietudes en total aislamiento, me hacían ver la necesidad de un trabajo conjunto y organizado. No hay otro remedio que participar en los grandes debates del Derecho actual, sin esperar a que nos lo den todo ya hecho; es preciso hacer sentir nuestras opiniones sin resignarnos a aceptar fórmulas precintadas.

Hemos dado el primer paso al decidirnos a juntar nuestras fuerzas en esta Academia de hombres de leyes, de juristas en buena parte activos, aunque con actividades diversificadas. A los abogados puros os pediría que, aunque vuestra posición en el proceso os obliga a mantener tesis diversas, no escatiméis los momentos de reflexión serena en que podemos salir de nuestro propio interés y buscar la savia del Derecho, su esencia, el terreno común en el que todos nos encontramos.

A diferencia de otras profesiones los juristas vivimos compitiendo pero sin ser enemigos. Todos queremos mejorar y esclarecer nuestras ideas jurídicas, que nos llevan siempre a la vida, al Derecho de la práctica de cada día. Si siguiendo el consejo de Hernandez Gil me hubiera parado en la filosofía del Derecho, seguramente no hubiera podido pasar de las grandes preguntas. ¿Qué es el Derecho?, empezaría diciendo. Y ya sé que tenemos una respuesta para satisfacer a los profanos pero me hubiera sido imposible añadir una nota más en el maremagnum de las grandes cuestiones filosófico jurídicas.

Digan lo que digan los filósofos, los juristas tenemos conciencia de que el Derecho es esto que nosotros vivimos, el campo en el que se desarrolla nuestra actividad cotidiana, donde está el problema de cada día, y nuestro éxito o nuestro fracaso. Ese

campo es además, para quienes no hemos perdido la ilusión, el lugar en el que se asientan nuestros ideales de renovación, los que nos llevan siempre a buscar una sociedad mejor.

El Derecho vive hoy una nueva realidad. Está acabado el jurista que no cuente con la movilidad constante del terreno que pisa. Todo cambia casi de un día para otro, nuevas leyes, decretos u órdenes, que desfiguran los veteranos Códigos y que nos alejan cada día de lo que aprendimos en la Universidad.

Por añadidura nos amenaza la invasión del Derecho extranjero. Quizá las Universidades nos debieran haber preparado como juristas más universales, capaces de atravesar de alguna manera las fronteras. Si un médico o un ingeniero tiene que emigrar sigue siendo médico o ingeniero en Francia, en América o en cualquier lugar del mundo; pero si esto le ocurre a un abogado tiene que estudiar una nueva carrera para poder vivir en las leyes de una tierra distinta.

Las dos circunstancias que destaco, la abundante legislación y la penetración del Derecho extranjero nos están obligando a un gran esfuerzo de adaptación. Los abogados de mi juventud vivían en la calma de su bufete, en un trabajo que no les impedía acudir todas las tardes a una animada tertulia; y no podrían adaptarse a la vida agitada de esta sociedad en la que hay que moverse a golpe de teléfono móvil y con rápidos medios de transporte.

Debo añadir, que, en mi opinión, el estilo farragoso y en general poco claro de las leyes modernas es una dificultad más. Quizá la prisa las hace oscuras. Da la impresión de que el legislador, como algún abogado novato, pretende abarcarlo todo, no dejar una rendija a la interpretación sin tener en cuenta que las leyes así redactadas son las que más problemas plantean. Echo de menos aquella hermosa máxima del preámbulo de los Fueros de Guipuzcoa que decía que las leyes “han de ser pocas, claras, justas y breves” para el buen gobierno. Incluso las sentencias de los Tribunales se han vuelto farragosas y oscuras.

## **EL DERECHO EXTRANJERO**

Pero ahora quiero fijar mi atención en la invasión constante del Derecho de países extranjeros, hoy todavía moderada, pero que se va a incrementar mucho en plazos más breves de lo que pensamos. No saldré del mundo occidental europeo, porque la dificultad se multiplicaría si tuviéramos que enfrentarnos al Derecho islámico, el chino, el indio, etc.

Pensando en Europa y en la Unión europea a la que cada día nos incorporamos más estrechamente, vemos claramente la necesidad de conocer mejor el Derecho de otros países, del que, hasta ahora, no teníamos sino ideas lejanas. Hace unos años decíamos estar en un mercado común, pero podíamos pensar en que el mercado se reducía a algunos negocios entre grandes empresas o entre los gobiernos; pero hoy vamos sintiendo que el comercio se hace más intenso incluso al nivel de los simples particulares, sobre todo desde que las fronteras han caído e incluso tenemos una moneda común.

Es cierto que dentro de España existen también sistemas civiles y políticos distintos, como los Derechos forales en materia civil y las Comunidades Autónomas en el orden político, pero esos sistemas nos son bien conocidos y además son una minucia frente a la avalancha del Derecho europeo. Si nos hablan del Derecho griego o el polaco ¿donde está, quién lo conoce? Necesitamos una respuesta a estas preguntas.

## **CONSTRUYENDO EUROPA**

El Derecho europeo no está llegando, sino que está ya aquí y debíamos estar preparados a recibirlo. Durante algunos años expliqué Derecho internacional privado, y pude percatarme de que los Tribunales españoles tenían puesta una trinchera al Derecho foráneo. Se afirmaba con mucho énfasis que el Derecho extranjero debía aplicarse siempre, cuando procediera hacerlo por razón de las personas o las cosas que intervenían en el proceso o por el lugar donde se produjeron los hechos o actos jurí-

dicos. Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo, con fuerte apoyo de la doctrina, tenía levantadas unas barreras que hacían prácticamente imposible la aplicación del Derecho extranjero: la excepción de orden público, la teoría de las calificaciones, la del fraude a la ley, y en último término la necesidad de probar el Derecho extranjero que en la práctica se hacía imposible. Era la peor política para familiarizarnos con otros sistemas jurídicos.

Reconozco que las cosas han cambiado positivamente. La doctrina se ha abierto claramente al Derecho extranjero y los tribunales han suavizado los requisitos de su aplicación y sobre todo de su prueba.

Llega Europa, con veinticinco países y veinticinco sistemas jurídicos diferentes, que apenas conocemos. La dificultad pudiera haber sido mayor si no se tratara de países europeos, porque, pese a todo, hay mucho de común en el Derecho de los distintos Estados de Europa.

Pero hay diferencias importantes, como las hay entre los distintos idiomas europeos, que hacen pensar en hallar un idioma común de relación. Cada país está encariñado con sus instituciones, que a veces son milenarias, y es natural que haya una resistencia al cambio.

## **LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL**

Ahora me vais a permitir que me refiera especialmente al Derecho Civil, que es hijo de cada cultura, y cada país mantiene peculiaridades que no quiere perder.

Pese a todo, han surgido ya corrientes centralizadoras y algunas normativas europeas se introducen en materia civil, a veces con poco respeto a las normas locales. Se habla ya, y hay grupos de trabajo que estudian el tema, de un proyecto de Código Civil europeo que resolvería de una manera cómoda los problemas de muchos profesionales.

Podemos dudar de que esto sea posible, dada la inmensa variedad de los sistemas europeos, y también podemos dudar de que sea conveniente, porque sería la implantación de un centralismo europeo.

No se puede negar que entre los pueblos europeos hay cierta unidad que podría justificar la unificación, porque casi todos los sistemas civiles se construyeron combinando lo romano y lo germánico. El propio Savigny, tan apegado a destacar las peculiaridades del Derecho alemán afirmaba que en Europa “toda la cultura de los pueblos modernos ha permanecido siendo internacional” (Wieacker, 352).

En una monografía reciente, traducida por Luis Díez Picazo y escrita por R.C. van Caenegem parece demostrarse que los europeos tenemos en común más de lo que creemos. Y para probarlo formula tres curiosas paradojas referidas a los tres grandes sistemas civiles europeos:

1ª. El “Common Law” el sistema civil típicamente inglés, es de origen feudal franco-normando.

2ª. El Código Civil francés, símbolo del racionalismo jurídico e hijo de la Revolución francesa contiene abundantes elementos germánicos.

3ª. El Código Civil Alemán, el B.G.B., hunde sus bases en el Derecho Romano.

Y resumo lo que Caenegem dice sobre estas tres paradojas.

El “Common Law”, tan peculiarmente inglés, en su origen fue un Derecho feudal administrado por los Tribunales reales ingleses de Enrique II, No se olvide que este rey era Duque de Normandía por lo que el Derecho que administraba era franco-normando. El propio Enrique II era un príncipe francés. Termina van Caenegem citando unas palabras que llama “autorizadas” de Maitland: “El Derecho que prevaleció en Inglaterra en el final del

siglo XII, especialmente en el campo del Derecho privado, era en algún sentido muy francés. Era un Derecho pensado por hombres que hablaban en francés, muchos de ellos de raza francesa, si bien algunos habían empezado ya a pensarse a sí mismos como ingleses. En algunos aspectos es muy similar al que prevaleció en Francia”. Si tenemos en cuenta que el Derecho inglés se funda en la vigencia del precedente, y concede plena validez a decisiones adoptadas en aquellos lejanos tiempos, resulta que muchos de estos precedentes son de origen feudal franconormando.

La segunda paradoja sostiene que el Código francés, que quiso fundarse en la razón y rompió con todos los precedentes, estuvo profundamente influido por el Derecho germánico y por el Derecho consuetudinario feudal. Es sabido que en Francia, antes de la Revolución, se consideró dividido el territorio entre los países de “droit coutumier”, al Norte, y los de “droit écrit”, muy romanizados, al Sur. “Los autores del Código Civil, dice Caenengem, trataron en conjunto de establecer una razonable síntesis de las dos grandes tradiciones y de esta suerte las obligaciones y los contratos se basaron en el Derecho Romano y la familia y la propiedad en el Derecho germánico y en el consuetudinario feudal”. En definitiva el Código era un producto del pensar de la burguesía francesa, y, por tanto, hoy lo veríamos conservador.

En cuanto al B.G.B. alemán, admirado como el producto de la más perfecta técnica, dice Caenengem que “de acuerdo con las reglas de la lógica, el Derecho Civil alemán debiera haber sido germánico, al igual que el Derecho civil francés debiera haber sido romano”; pero por extraño que pueda parecer es un hecho incontrovertible que el B.G.B. “está profundamente marcado por el Derecho Romano aunque su lengua sea el alemán y su público ciudadanos alemanes”. Ocurre así porque desde el siglo XV los Estados Alemanes, que no conseguían unificarse, aceptaron, como una *ratio iuris*, el Derecho de las escuelas medievales elaborado en las Universidades italianas.

El ejemplo de Alemania es muy ilustrativo porque muestra que una decisión política, basada en la convicción de la superioridad

dad del Derecho romano importado puede modificar la vida civil de un país, por la calidad del sistema nuevo. El Derecho romano penetró tan profundamente que en el siglo XIX Savigny y su escuela histórica, después de oponerse a la Codificación en nombre del *volkgeist*, del espíritu del pueblo, trataron de encontrar ese espíritu en el Derecho romano que se vivía en Alemania y el propio Savigny calificaba como “actual”.

La conclusión de estas reflexiones es la de que la Codificación del Derecho civil europeo es posible, porque el Derecho europeo no es tan diverso que no permita evolucionar, como en Alemania, desde las costumbres germánicas al Derecho Romano y viceversa. Paradójicamente lo más complicado resultaría conciliar el Derecho europeo con el Derecho inglés, pues el “Common Law”, quizá debido a su espléndido aislamiento, ha creado un Derecho muy distinto, e incluso emplea un lenguaje muy diferente.

Ahora bien, se puede dudar de que la unificación sea conveniente. Las instituciones europeas han evolucionado con una gran autonomía y su formulación actual está muy arraigada en cada país. No es fácil hallar un procedimiento adecuado para codificarlo sin herir la sensibilidad de muchos países que viven afeerrados a una gran diversidad de leyes y costumbres. Sería difícil hacerlo siguiendo el ejemplo de alguno de los tres grandes sistemas que he citado.

El sistema anglosajón, opuesto a toda codificación, unifica su Derecho por vía judicial, por la gran autoridad que tienen los Tribunales. Implantar el sistema en Europa sería prácticamente imposible.

En el sistema francés, la unificación se hizo por la imposición autoritaria del Code Napoleón que acabó con todos los Derechos territoriales, no sin gran violencia para los de Derecho romanizado. Violencia que se apreció también en nuestro Pays Basque, donde se perdieron las costumbres que llamamos forales, sustituidas por la ley uniformadora. Hemos tenido ocasión de oír

la queja de los notarios franceses que no pueden transmitir íntegramente los caseríos, como aún lo demandan los propietarios.

Napoleon impuso su Código civil por la fuerza de la Revolución más profunda de los tiempos modernos. Tenía fe en que aquel Código se basaba en el Derecho natural que cualquier persona puede encontrar con su buen juicio; y él mismo se sentó, sin ser jurista, a presidir la comisión. Hoy no nos parece el método más aconsejable para legislar, aunque es evidente que hay que acudir muchas veces a la razón del hombre medio, abandonando viejos prejuicios. El éxito del Derecho Romano nace también de su racionalidad, pues el “*ius gentium*” que es el que se universalizó, se definía como el que la razón natural establece entre todos los hombres. Pero es preciso convenir en que los pretores, como los legisladores franceses eran hijos de una cultura, que daba su color a lo que ellos consideraban fruto de la pura razón. Y en el caso de Francia era la razón de la burguesía.

En Alemania, la unificación política era indispensable para llegar a la unificación legislativa civil; pero la unidad alemana no se logró hasta muy avanzado el siglo XIX. Sin embargo, desde fines de la Edad Media los países alemanes adoptaron el *Corpus iuris romano* en la versión de las escuelas italianas, y este hecho condicionó la codificación.

A principios del siglo XIX, Savigny y Thibaut polemizaron duramente sobre la necesidad de codificar el derecho civil en Alemania. Pero, pese a todas las críticas, al final del siglo se promulgó el B.G.B., el gran Código alemán que marcó una etapa en la Edad Moderna, fruto en realidad de un siglo de trabajo de grandes juristas que empiezan con la escuela histórica, luego la llamada jurisprudencia de conceptos, y sobre todo la escuela positiva. Algunos juristas se opusieron a esta codificación, especialmente el germanismo científico encabezado por Gierke, que hizo una dura crítica del Código. También la izquierda política se opuso al B.G.B por su carácter liberal, y por la falta de sentido social que algunos suponían que había que hallar en las costumbres germánicas.

El Partido Nacional Socialista, años más tarde incluía en su programa una declaración (punto 19) que decía: “Demandamos la sustitución del Derecho Romano (aludían al B.G.B.), que sirve a un orden mundial materialista, por un Derecho comunitario germánico”. Los nazis nunca desarrollaron este programa.

En conclusión, la unificación del Derecho europeo quizá sea posible pero es muy difícil si no se quiere atropellar usos, costumbres y leyes muy arraigados. No es de creer que la plena unificación llegue a considerarse aconsejable, aunque puedan alcanzarse acuerdos parciales, especialmente en materia de contratos, donde los sistemas son más coincidentes. Y aunque lográramos unificar el núcleo de los Códigos civiles, quedaría fuera de ellos una amplia legislación civil, que los diversos Estados han creado al margen de los Códigos.

España, en el siglo XIX, pudo haber unificado el Derecho Civil eliminando las leyes civiles de Cataluña, Aragón y los demás territorios forales; pero la política centralista no se atrevió a llegar a tanto. Pensemos en lo que significaría unificar todo el Derecho de Europa.

La elaboración de las leyes civiles por un grupo de expertos elegidos desde la capital de Europa, ofrece el peligro de que se pretenda una línea centralista, que arrase los derechos territoriales, borrando diferencias sin tener en cuenta que el respeto a la diferencia es esencial si queremos huir de la autocracia. Y no se debe olvidar que cualquier ley se inspira en una ideología determinada, especialmente las que se proclaman neutrales.

Volviendo a una de mis primeras reflexiones, sueño que un día nuestra Universidad dejará de formar abogados en Derecho español, o en Derecho francés la Universidad francesa, y que formará auténticos juristas, capaces de interpretar y aplicar cualquier sistema jurídico al que hayan de enfrentarse.

## **EL DERECHO Y LA DIVERSIDAD**

Será difícil de evitar, sobre todo en materia civil, la diversidad de sistemas que permite que el Derecho se adapte a las distintas sensibilidades. El Derecho debe acomodarse a la vida real sin pensar en lo que sea más fácil para el intérprete.

El Derecho europeo se ha construido a base de muchos años de experiencias, de intercambios, de usos y costumbres y de vida en común. Cada pueblo ha elegido su propio Derecho, que seguramente es el que le conviene. La realidad europea es muy variada y aunque haya cierta afinidad entre las diversas instituciones, en ningún caso son éstas iguales, sino que mantienen una rica variedad de matices y diferencias. Todos los sistemas son lícitos en Europa siempre que se respeten los derechos humanos.

Gregorio Altube en una conferencia de la que poco conocemos aparte del título, declaraba que el paisaje es una fuente del Derecho. No puede ser igual el sistema jurídico en los pueblos del Pirineo que en los de la meseta castellana, y no solamente por el paisaje sino por la propia personalidad de los pueblos. En todo el contorno del Pirineo se ve como algo natural la libertad de testar, que en Castilla no se entendería. Durante muchos años y hasta hoy, hemos criticado las leyes de arrendamientos rústicos que se dictaban con carácter general y podían ser buenas para los arrendamientos de la meseta, cuando el colono es un vecino de una villa o de un pueblo alejado del terreno arrendado; pero no se ajustaban al caserío vasco, en el que el casero tiene sus tierras y, en el centro de ellas su casa, y el caserío está incorporado a la vida toda del labrador. Al menos, hasta fechas recientes.

Hay además razones de tipo político que hacen aconsejable la variedad de sistemas jurídicos. La Unión soviética puso de relieve que un Estado socialista necesitaba leyes civiles propias que son una antítesis del Derecho romano o el germánico. Y no creo que nadie pretenda en Europa unificar la política interna de cada Estado, sobre todo en materia social. Es posible que nunca las diferencias sean similares a las que creaba la Rusia soviética,

pero hemos de admitir que no puede ser idéntica la legislación de un Estado democrata cristiano que el de otro gobernado por la social democracia. “Tras la pretensión de unidad del Derecho civil se hallaba, escribía Wieackaer (pág. 475), la pretensión de unidad de una burguesía nacional y liberal que se tenía por representante de toda la Nación” Y añadía que “a la decadencia del antiguo liberalismo económico clásico correspondió el derrumbamiento de su gran creación jurídica, la unidad del Derecho civil”.

En el campo del Derecho público sería impensable que tomando como modelo la organización francesa, pretendiéramos organizar Europa en departamentos trazados geométricamente y eliminar los lander alemanes, los cantones suizos, las regiones italianas o nuestras Comunidades Autónomas.

Una legislación acertada no puede hacer tabla rasa de la diversidad, que incluso surge dentro de cada Estado; y la historia de España en los dos últimos siglos es especialmente ilustrativa.

En España hay leyes civiles diversas porque hubo comunidades políticas diversas. Existían los territorios de la Corona de Aragón y los de Navarra, y de otro lado la Corona de Castilla. Todos ellos se reunieron en tiempos de los reyes Católicos, pero mantenían diferencias sustanciales.

Castilla era un territorio centralizado civil y políticamente, e incluso a los territorios conquistados a los árabes se les impuso el Derecho castellano. Por el contrario, los reyes de Aragón daban a su reino una estructura casi federal, que permitió una organización política distinta en Cataluña, Aragón, Valencia o Mallorca, con costumbres y usos civiles diferentes en todos estos territorios. Más tarde, ya iniciado el siglo XVI, el reino de Navarra fue conquistado por Fernando el Católico, que, como rey de Aragón, mantuvo también íntegras las instituciones navarras. Es curioso que los territorios que hoy llamamos forales son precisamente los que integraban las Coronas de Aragón y Navarra, con el añadido de las provincias vascas con su régimen especial. Las provincias de Alava, Guipúzcoa y Bizkaia gozaron del régimen de

autonomía foral, que les permitía mantener instituciones públicas y privadas, sin salir del ámbito de Castilla.

¿Qué clase de Derecho es el de los Fueros vascos, el de Navarra y el de los restantes territorios de la Corona de Aragón, que parecen brotar todos del Pirineo y se extienden entre el Mediterráneo y la cuenca del Ebro? Es un lugar común tratar de buscar las raíces en el Derecho Romano o en el Derecho germánico, pero lo cierto es que en Europa existen instituciones que no entran en ninguna de las dos categorías, si no se quiere simplificar demasiado. En un Congreso celebrado en Andorra sobre el Derecho pirenaico, en el que se pudo mostrar que el Derecho de la ladera Norte del Pirineo, antes de la Revolución francesa tenía muchas notas comunes con el de la ladera Sur, pareció probarse que el Derecho pirenaico es un Derecho peculiar que es arbitrario calificar como romano o germánico.

Se ha dicho y se ha escrito que el Derecho vasco tiene raíces germánicas, y García Royo en su obra de 1950 sostenía esta tesis, aunque aclaraba que no es germánico de Alemania, sino que dimana de los pueblos germanos del Norte. Lo que no explicaba es cómo pudo llegar ese Derecho germano nórdico hasta nuestras tierras. García Royo sugería respuestas algo disparatadas como la de creer que pudo venir por la comunidad establecida en el mar y en tareas de pesca entre los vizcaínos, y los vikingos o normandos.

Es una explicación algo fabulosa. Parece preferible dejar sentado que no todo lo que no es romano hay que catalogarlo de germánico. Hay culturas que, como la nuestra, se han podido formar de manera autónoma. Estoy convencido de que nuestro Derecho entronca con un sistema pirenaico, en el que cada País hace formulaciones diferentes, pero todos tienen de común lo más esencial, una organización social más libre que parece anunciar la democracia, unos modos de sucesión que permiten mantener la unidad de la hacienda familiar, una sólida organización de las pequeñas comunidades, y una concepción de la propiedad más comunitaria.

Lo más original de Bizkaia es su concepción de la troncalidad, una institución que establece una vinculación de los bienes a la familia tan fuerte como no aparece en ninguna otra legislación. La troncalidad está afrontando con dificultad la vida en una sociedad moderna, pero mantiene su arraigo entre la población de Vizcaya. Me disgustaría que tuviera que perecer aplastada por un “diktat” europeo. No creo que para hacer Europa haya que eliminar lo que cada País tiene de peculiar.

También parece oportuno consignar aquí que un grupo de juristas, la mayor parte de los cuales pertenecen a nuestra Academia, inició la tarea de elaborar un proyecto de ley del Parlamento vasco que poniendo al día la ley civil de Bizkaia, la reunía en un solo texto con las costumbres de Guipúzcoa y Alava, buscando lo que tienen de común.

El texto fue presentado al Parlamento vasco el 27 de diciembre de 1999. El año siguiente, la misma comisión hizo unos retoques que pretendían mejorar su redacción, acabada con cierta urgencia. El proyecto descansa plácidamente en el Parlamento esperando una mejor ocasión.

Si queremos estar presentes en Europa, lo primero es que nuestro Derecho esté definido y sea conocido. Es tarea de nuestra Academia la de impulsar y mover a la sociedad para el logro de estas aspiraciones.

La unidad es importante, pero también lo es la variedad. Si quitamos toda diferencia, matamos la vida. Es tan cierto que los hombres somos iguales ante la ley como que somos diferentes uno a uno. La esencia de un derecho justo es que sea respetuoso con los que son distintos. Es el único camino que conduce a la verdadera paz, que, en definitiva es el auténtico objetivo del Derecho. Si Europa unifica su Derecho civil, sería nefasto que lo hiciera borrando toda diferencia, al estilo de Napoleón.

Como podéis ver, me limito a señalar la inmensidad del campo de trabajo. Hemos de ocuparnos de las leyes españolas,

pero también las vascas y estamos obligados a acatar la legislación europea. Y si queremos ser verdaderos europeos no podemos evitar conocer las líneas generales del Derecho vigente en los demás países de Europa.

Tendremos que caminar con pausa, pero sin desánimos. Y tengo la firme esperanza de que en un plazo de diez años la voz de nuestra Academia se oirá con mucha fuerza.

## **ADDENDA**

Ez dot euskeraz ondo egiten, baina zeozer euskeraz egin bear dot.

Ez dot egingo nire itzaldiaren laburpen bat, ori gogaigarri izango litzake ta. Oar bat bakarrit ipiniko dot euskaldunentzat.

Auxe:

Ez uste gure legeak edo munduko lege guztiak, egiazko zuzenbide bakarra dirala. Eurak zuzenbidearen gorputzak dira, baina bere arima bear dabe zeozer izateko. Zuzenbidearen arima aurkituteko, euren zentzunaren billa joan bear dogu. Ezagutu bear dogu zelan ete zan erriko izaera, gure erriko sentimentu sakonak. Ez bakarrik zer esan dauan lege batzuk egitean. Ikasi bear dogu zer gura dauan eta zer pentsatu izan dauan lege orreik egiteko.

Tamalez badaukaguz liburuak lege ugariz beteta, baina nire ustez ez dogu inoiz be zezatz aurkitu zelako oitura, asmo, ta gurariak izan ziran errikoak, berba batez esateko, zer ete zan gure zuzenbideko arima. Eta zer dan gure erriaren zentzuna.

Akademiak biar ona artu gura badau, ez da naikoa izango zuzenbidearen gorputza. Beraren arima, beraren espiritua da gauriz garrantzitsuena.

***Adrián Celaya Ibarra***

# **LA REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES POR LA LEY 41/2003**

## **1. PLANTEAMIENTO GENERAL**

La Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, que tiene como título Ley “de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad” —al legislador actual parece que no le gustan los títulos sinópticos— supone una modificación importante y trascendental en el régimen sucesorio contenido en el Código Civil, aunque el título, a pesar de su extensión, nada nos anuncia sobre este particular.

La Ley cambia dos conceptos fundamentales del Derecho sucesorio tal y como era concebido tradicionalmente en los territorios y Comunidades sometidas al Código Civil, que son:

1º) El de la intangibilidad de las legítimas, y

2º) El carácter personal, intransferible e indelegable del acto testamentario.

En cuanto a lo primero, esta Ley se une a los que se ha denominado por la doctrina —así CARRASCO PEREDA— como el ataque y el acoso a las legítimas. Ciertamente en este supuesto

el ataque es con una causa justificada —la protección de las personas discapacitadas— pero con una amplitud nunca vista en nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a lo segundo, no se ve por qué para proteger al discapacitado tiene que ser necesario, imprescindible o incluso conveniente admitir la posibilidad de delegación de facultades testamentarias al cónyuge o conviviente de hecho.

La Ley contiene otros extremos como el relativo al legado de finca que no admita cómoda división, o la inclusión de una causa nueva de indignidad sucesoria; todo ello mezclado con otras normas que hacen referencia a otras instituciones de Derecho civil, como pueden ser la tutela, con la creación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y, finalmente, con una modificación de la normativa tributaria pertinente.

Se trata pues de un conjunto de normas heterogéneas, teóricamente unidas solamente por la finalidad de proteger a las personas discapacitadas, pero que entre las cuales, a algunas de ellas no se les ve una clara relación con tal finalidad o, al menos, que fuera necesaria para conseguirla.

De entrada, cabe señalar que no tiene mucho sentido que en una ley de protección de las personas con discapacidad se introduzcan modificaciones importantes en materia de derecho de sucesiones. Pero ésta es una de las incorrecciones técnicas a las que nos tiene acostumbrados el legislador desde hace ya una serie de años, ya que es frecuente, lamentablemente, que en Leyes de contenido económico se retoquen o alteren preceptos civiles de elevada trascendencia.

La justificación de la reforma, según la exposición de motivos, es que se trata de una protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, ya que en la misma se indica:

*“De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir*

*al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén causados entre sí”.*

Voy a examinar brevemente el alcance de estas reformas, en cuanto a la modificación del régimen sucesorio se refiere, no abarcando para nada los otros aspectos contenidos en la misma, ni siquiera los referentes a otras materias propias del Derecho civil. Centrándome pues en las modificaciones que ha supuesto la Ley glosada en el régimen sucesorio general, voy a referirme primero a la modificación del artículo 831, en segundo lugar a la de los artículos 782 y 813 referente a las legítimas, en tercer lugar al legado de derecho de habitación y finalmente a la modificación de otras normas del Derecho sucesorio.

## **2. EL NUEVO ARTICULO 831 DEL CODIGO CIVIL**

Como excepción a la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar, contenida en el artículo 830, el artículo 831 regulaba la excepción consistente en que pudiera pactarse en capitulaciones matrimoniales que el viudo que no hubiera contraído nuevas nupcias habiendo muerto intestado su cónyuge pudiera distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y las mejoras hechas en vida por el finado.

La nueva redacción altera radicalmente el contenido del artículo 831 al indicar:

*“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que estén sin liquidar.*

*Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.*

*Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.*

*2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.*

*3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.*

*De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.*

*Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.*

*4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.*

*Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menos cabar la parte del preterido.*

*5. Las facultades contenidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.*

*6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no están casadas entre sí”.*

La modificación, como puede leerse, no sólo es de forma (el único párrafo de la redacción original se convierte en seis), sino también de contenido, ya que crea una figura parecida, aunque diferente, a las que en varios ordenamientos forales se denomina testamento por comisario o fiducia sucesoria.

El artículo 831 no emplea las palabras comisario<sup>1</sup> o fiducia sucesoria<sup>2</sup>, como ha sido tradicional en Derecho foral, el testamento por comisario o fiducia sucesoria, ni le da ningún nombre especial a la nueva institución. Sólo se señala que el testador podrá conferir facultades al cónyuge para que pueda hacer adjudicaciones a favor de los hijos o descendientes comunes.

En otro lugar he mostrado mi opinión favorable a la existencia del testamento por comisario y por eso la reforma en tal sentido del artículo 831 parece adecuada. En cambio lo que no parece motivo suficiente es la justificación que se da de la reforma, ya que, por una parte y teniendo en cuenta las posibilidades que al testador le confiere el artículo 808 en su nueva versión en relación con las personas discapacitadas, el problema de estas se podía solventar sin necesidad de la introducción de la figura del testamento por comisario; o fiduciario y, por otra, la creación de la misma puede valer no solamente para la finalidad expresada en la exposición de motivos, sino para otras diferentes tal y como se ha utilizado y se utiliza en los actuales ordenamientos civiles de Aragón, Galicia, Navarra y Vizcaya.

Podíamos decir, siguiendo la definición que da CELAYA IBARRA para el Derecho vizcaíno, que ésta clase de testamento es “el otorgado por una persona a nombre de otra ya fallecida en virtud de un poder que esta le confirió”. A tal definición podía objetarse que el artículo 831 no alude a poder testatorio ni a testamento del cónyuge supérstite, pero llámese o no poder testatorio, las facultades conferidas al otro cónyuge en el artículo 831 son, en el fondo, análogas a las de éste, y tales facultades concedidas en el testamento hacen que pueda el cónyuge supérstite disponer de los bienes correspondientes a la herencia del difunto siempre que lo haga a favor de los hijos comunes.

---

<sup>1</sup> Artículo 32 de la Ley 3/92 de Derecho foral del País Vasco, y artículo 141 de la Ley gallega.

<sup>2</sup> Título IV de la Ley Aragonesa 1/99 y Ley 151 del Derecho foral navarro.

La configuración que se le da al cónyuge con facultades del 831 es distinta a la de los ordenamientos forales, en las que al sobreviviente se le confiere la facultad de hacer testamento en su integridad<sup>3</sup>.

En los Derechos forales el comisario o fiduciario es quien realiza los actos de disposición, no existiendo antes por parte del causante, sino el nombramiento del propio comisario (por supuesto cabe que hubiera hecho las donaciones y actos inter vivos que hubiera estimado conveniente): sin perjuicio de que juntamente con el nombramiento de comisario realice los actos de disposición mortis causa que estime convenientes, por si el comisario no hace uso de su poder.

La nueva regulación del artículo 831 ni indica que el comisario sea el contador partidor o fiduciario, ni le da ningún nombre, ni señala que pueda hacer testamento en representación del difunto: alude a unas facultades muy concretas que parece —el texto no es demasiado preciso— deben entenderse subordinadas y supletorias a las que previamente hubiera realizado el causante.

El artículo 831 señala que deberá otorgarse el poder o “facultades”, como literalmente expresa, en testamento; indicando también que el cónyuge sobreviviente podrá efectuar actos de disposición a favor de los hijos o descendientes comunes en un sólo acto o en actos sucesivos. El artículo no señala qué documento hace falta, sino que indica que lo podrá hacer en su propio testamento y en caso de no hacerlo mediante un acto específico de adjudicación. Este entiendo que deberá tener la forma de escritura pública, aunque con la dicción legal nada impide que el testamento del cónyuge supérstite pueda ser ológrafo, el cual, eso si, deberá guardar las formalidades señaladas por la Ley. En cualquier caso, de la redacción del párrafo segundo del número 1 se deduce:

---

<sup>3</sup> Artículo 32 de la Ley de Derecho civil del País Vasco, Ley 151 del Derecho Civil foral navarro, artículo 141 de la Ley gallega y artículo 124 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón.

a) Que puede hacerlo en su propio testamento si es facultado para hacerlo por el causante de acuerdo al artículo 831.1.2.

b) Que puede hacerlo en uno o varios actos debiendo entenderse que aunque formalmente no sean considerados como el testamento del causante si deberán tener al menos las formalidades de éste.

En cuanto al primer testamento cualquier forma admitida en derecho vale, porque el artículo 831 nada prohíbe al respecto y por tanto debe mantenerse que incluso el testamento ológrafo es adecuado para ello a pesar, de que en mi opinión, debería haberse limitado la posibilidad de conceder facultades al cónyuge al testamento abierto o, al menos, a los testamentos notariales.

El artículo 831.1 se refiere a las facultades para “realizar disposiciones a favor de los hijos o descendientes comunes y literalmente indica “incluso con cargo al tercio de libre disposición” con lo cual parece que las facultades para efectuar los actos de disposición del cónyuge supérstite son omnímodos —las mismas que tendría el testador— siempre lógicamente con el respeto al tercio de legítima estricta.

El artículo 813 no señala si el cónyuge supérstite puede establecer la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta que señala el artículo 808. Ante tal silencio caben dos interpretaciones:

a) Entender que dado lo excepcional en nuestro ordenamiento jurídico de tal delegación de facultades y puesto que nada se indica al respecto, esta posibilidad no la tiene el cónyuge viudo.

b) Mantener que en base a la finalidad declarada del artículo 831 y a la reforma operada en el artículo 808 le cabe incluso al cónyuge viudo instituir la sustitución fideicomisaria prevista en el nuevo artículo 808.

Cualquiera de las dos interpretaciones es posible a la vista del texto legal, si bien estimo que la última se adapta más a la finalidad de la reforma.

El precepto señala que cuando las disposiciones del cónyuge sobreviviente tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en la disposición se contenga otra cosa. Lógicamente debe entenderse que la disposición no es el testamento ya que este no requeriría aceptación, sino un acto inter vivos que tiene por objeto la adjudicación de un bien concreto y determinado.

El artículo 831 señala un plazo para que el cónyuge sobreviviente haga las adjudicaciones que es de dos años desde la apertura de la sucesión o en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes, con lo cual, de no haber sido señalado plazo habría que contar dos años desde la mayoría del más pequeño de los hijos comunes, y si al momento de la sucesión todos fueran mayores de edad, desde la apertura de ésta. Tal vez para la redacción del artículo se haya inspirado el legislador en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplicando el Fuero Nuevo de Vizcaya y la Compilación, señalaba que el poder testatorio caducaba al año de la mayoría de edad de los presuntos herederos o de su emancipación .

La redacción legal no indica que haya límite al plazo que se quiera poner al cónyuge viudo y dada la finalidad que el legislador manifiesta pretender, parece lógico que el plazo fuera sumamente amplio (de modo que presumiblemente pueda abarcar lo que le quede de vida al cónyuge supérstite) o que se le confiera la facultad de hacerlo en su testamento (facultad que también puede darse de manera acumulativa con el plazo amplio).

Notemos precisamente que interpretando la normativa foral vizcaína el Tribunal Supremo había señalado la nulidad radical y absoluta de los actos jurídicos hechos por el comisario cuyo

poder hubiera caducado: así sentencias de 2 de junio de 1969 y 10 de diciembre de 1977.

Se hecha de menos que el nuevo texto legal no contenga una disposición que señale la irrevocabilidad de los actos realizados por el cónyuge supérstite tal como el artículo 47 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco, y al artículo 143 de la Ley 1/99 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón (que además fija como la fiducia debe ejecutarse en escritura pública o en testamento, igual que las designaciones fiduciarias de acuerdo a los artículos 141 y 127), pero del texto del artículo 831 parece deducirse esta interpretación de manera ineludible.

El cónyuge supérstite deberá respetar la legítima estricta de los descendientes y añade el 831-3º las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de estos; lo cual supone que el testador haya podido realizar en su testamento una serie de mejoras y disposiciones en favor de los hijos, con lo cual el cónyuge sobreviviente sólo podrá disponer en lo que aquél no haya ordenado y sin lesionar las disposiciones efectuadas por éste.

El número 3-2 señala la posibilidad de la rescisión de los actos del cónyuge que no respeta las legítimas o la cuota de participación en los bienes relictos que hubiera ordenado el causante. Tal indicación plantea diversos problemas porque por una parte llama la atención el que el causante señale una cuota de participación en los bienes relictos con lo cual ¿que misión tiene el cónyuge supérstite?. En este caso parece que son las similares a un contador-partidor y no a un comisario o fiduciario de Derecho foral, pero, por otro lado, la indicación de cuota de participación de cada heredero en los bienes relictos no es impuesta por el artículo 831 al testador, siendo la única limitación, a falta de indicación del testador al cónyuge sobreviviente, el que respete las legítimas. En consecuencia, y a la vista del precepto comentado, cabe entender que el testador puede asignar cuotas de participación en los bienes relictos a favor de cada uno de los herederos, en cuyo caso la función del cónyuge es simplemente la de adjudicar bienes concretos, como si fuera un contador-partidor o, por el

contrario, si no hace tal indicación el testador, el cónyuge supérstite podrá atribuir mayor o menor porcentaje en los bienes de la herencia a cada uno de los hijos comunes siempre que se respeten las legítimas.

¿Y si el testador asignara un porcentaje mínimo a cada heredero, superior a la legítima estricta, pero que no consuma la totalidad de los tercios de mejora y de libre disposición? En tal hipótesis parece admisible entender que el cónyuge viudo podrá aumentar dichos porcentajes en virtud de las facultades genéricas que se le confieren en el artículo 831, y porque de no entenderlo así no tendría sentido su designación.

Por otro lado se crea el problema de la posibilidad de pedir la rescisión por parte del legitimario cuya legítima estricta, o cuota de participación indicada por el causante, no se hubiera respetado, y que tendría como consecuencia el rescindir los actos del cónyuge “en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado”.

El artículo no alude a la acción de complemento de legítima (artículo 815) ni a la acción de anulación por preterición (artículo 814), sino a la rescisión de los actos del cónyuge sobreviviente creando un concepto nuevo en derecho sucesorio, (salvo la rescisión de la partición de herencia que contemplaba el artículo 1.073 del Código Civil) asimilando tal vez la actuación del cónyuge sobreviviente a la partición. Tal vez la finalidad del nuevo precepto se encuentre en que el legislador pretende que no se anule la totalidad de los actos de disposición, y en que, por supuesto, no se trata de la nulidad del testamento del causante, sino de los actos de disposición realizados por el cónyuge sobreviviente.

Por otro lado la rescisión de los actos que puede pedir es, según el nuevo precepto, la de aquellos que sean necesarios para dar satisfacción al interés lesionado, con cuya redacción cabe plantearse diversos problemas:

1º) En el supuesto de actos de adjudicación sucesivos — que son aquellos a los que parece referirse específicamente el 831-3, párrafo 2º— ¿puede solicitarse la rescisión mientras no se hayan terminado de adjudicar los bienes del causante?

En la mayoría de los casos no será fácil que esto suceda, ya que mientras haya bienes por repartir será difícil demostrar que se han incumplido las legítimas y los porcentajes atribuidos por el causante. No obstante habrá supuestos en que dado el valor de lo ya repartido y de los bienes que quedan sin repartir, pueda llegarse a esa conclusión de manera inequívoca, aun cuando queden bienes del causante.

2º) En la hipótesis de existir actos de enajenación sucesiva y no quedar, con el último de ellos bienes suficientes para cubrir la legítima de uno de los hijos o descendientes ¿que tendría que atacar éste, la última adjudicación o todas ellas?. La respuesta no es fácil, ya que la última ha sido la gota que ha hecho exceder el agua del vaso, pero si cada uno de los actos de disposición ha sido efectuado a favor de un hijo o descendiente diferente, no parece equitativo que el último realizado sea el único que se impugne. Parece más lógico la rescisión de todos ellos en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado, empleando las palabras del artículo.

El precepto señala que las facultades del cónyuge no alterarán las legítimas, ni las demás disposiciones efectuadas en la herencia del fallecido a favor de los otros herederos del causante que no sean descendientes del cónyuge sobreviviente.

El párrafo segundo del número 4 indica que cuando hubiera sufrido preterición algún descendiente del causante que no lo fuera del cónyuge supérstite las facultades encomendadas a éste no podrán menoscabar la parte del preterido.

Como el cónyuge supérstite no podrá, en forma alguna, realizar actos de disposición a favor de ese descendiente del causante (artículo 831.1) la única interpretación que cabe dar al

párrafo comentado es que deberá dejar bienes suficientes para que le pueda ser adjudicada la legítima correspondiente al descendiente del premuerto que no lo sea del cónyuge supérstite.

El artículo 831 señala como facultades del cónyuge supérstite en los supuestos que contempla:

a) La administración de los bienes sobre los que no haya ejercitado todavía las facultades conferidas (artículo 831.1).

b) La actuación en nombre de los descendientes comunes en actos de adjudicación relacionados con las legítimas o las disposiciones cuando hubiere otros legitimarios que no sean descendientes comunes (artículo 831.4).

Los actos de disposición realizados por el cónyuge sobreviviente al amparo del artículo 831 antes de ocurrir el supuesto previsto en el n.º 5 del mismo seguirán siendo válidos e irrevocables.

El número 6 del artículo 831 señala que las disposiciones de los párrafos precedentes serán aplicables aunque las personas que hubieran tenido hijos comunes no estuvieran casadas entre sí.

Tradicionalmente el testamento por comisario en territorios forales ha sido encomendado al cónyuge supérstite. Al señalar el número 6 del artículo 831 que pueden ser de aplicación cuando las personas con descendencia común no están casadas entre sí, puede entrar la duda de si el causante en caso de haber tenido hijos con distintos progenitores podía conceder a cada uno de los padres o madres de sus hijos la facultad del 831 respecto a los hijos habidos con él. Sin embargo, parece debe entenderse que tal situación no sería posible por la aplicación analógica del número cinco ya que al haber cesado la relación de pareja y tener el causante otra diferente sólo sería posible respecto a la última existente con quien convivía en el momento del fallecimiento.

No obstante, el inciso final del número cinco del artículo 831 podría abrir, en teoría, la posibilidad a que el testador le con-

fiera las facultades del 831 a las distintas personas con las que ha mantenido una relación afectiva, matrimonial o extramatrimonial respecto a los hijos que hubiera tenido en común con las mismas, creando una especie de pluralidad de comisarios lo cual además de ser una situación inédita en cualquiera de los ordenamientos jurídicos que admiten la figura del comisario, podía dar origen, como es fácil de prever, a numerosas complicaciones.

El artículo 831.5 señala que las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiera contraído ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o tuviera algún hijo no común, salvo que el testador disponga otra cosa.

Lógicamente tal precepto debe aplicarse también a los supuestos de parejas de hecho que no hubieran contraído matrimonio, pareciendo que la norma legal descansa en la presunta falta de confianza que habría tenido el testador hacia la persona del designado por el hecho de mantener una ulterior relación y poder tener o haber tenido hijos de la misma, por lo que la indicación en contra del testador salvaría tal imposibilidad; aunque si antes de sobrevenir tal hipótesis el cónyuge hubiera realizado actos de disposición, tales actos serían válidos.

El precepto no señala que el cónyuge supérstite sea el usufructuario de los bienes como indica por ejemplo el Derecho foral vizcaíno (artículo 105 de la Ley 3/92). Indudablemente de los bienes que ha adjudicado no lo es, pero de los no adjudicados, a falta de indicación legal habrá que entender que parece excesivo conferirle tal facultad que no señala la Ley, aunque tampoco sería descabellado mantener la posibilidad de que la tuviera.

El juicio que merece la reforma operada en el artículo 831 por la Ley 41/2003 no es excesivamente positivo: podían haber sido puntualizados una serie de extremos que en distintos ordenamientos forales, en las nuevas legislaciones e incluso en la jurisprudencia, ya han sido hechos, además de que la redacción empleada no evita determinados confusionismos, que hubieran podido evitarse con una redacción más cuidada.

Por ello una modificación que hubiera podido ser positiva, no parece lo suficientemente meditada (de ello puede ser un indicio el que se utilice una Ley de protección patrimonial de personas discapacitadas para modificar tal precepto sustancial de Derecho sucesorio) y puede dar problemas en su interpretación y aplicación aunque, insisto, la reforma en sí, entiendo que es aceptable.

### **3. REFORMA DE LA LEGITIMA**

La Ley 41/2003 modifica también los artículos 813 y 808 del Código Civil. El segundo párrafo del artículo 813 queda redactado de la siguiente forma:

*“Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.*

Tal artículo es complementado por la modificación del 808 al que se añade un tercer párrafo nuevo que indica:

*“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.*

Con tales modificaciones se permite la introducción de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en la cual el fiduciario sería el hijo o hijos discapacitados y el fideicomisario los demás coherederos forzosos.

La modificación en cuestión supone, ciertamente con una finalidad loable, un ataque frontal a la protección tradicional de las legítimas, ya que de esta forma el heredero no discapacitado

puede no percibir nada en vida si no sobrevive al heredero discapacitado.

Ciertamente el legislador no impone la fiducia, que queda a la libre disposición del causante, pero si este opta por ello los hijos no discapacitados solo serán fideicomisarios de una herencia que pueden no recibir en vida; siendo de resaltar que además el fiduciario puede no ser hijo, sino un nieto del testador, con lo cual la posibilidad teórica de que los hijos fideicomisarios reciban en vida parte de la legítima es de mas difícil realización.

El legislador alude al tercio de legítima estricta, y respecto del de mejora precisa (siendo una repetición innecesaria por lo obvio que es) que sólo podrá hacerse en favor de los descendientes. En cuanto al tercio de libre disposición es evidente que el testador puede establecer la que crea conveniente, aunque nada diga (en este caso correctamente) sobre este particular el precepto comentado.

#### **4. LEGADO DE DERECHO DE HABITACION**

El artículo 822 del Código Civil en su nueva redacción indica:

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

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

*continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.*

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

*Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”<sup>4</sup>.*

El artículo 822 del Código Civil en su redacción dada por la Ley de 18 de Noviembre de 2.003 crea el legado de derecho de habitación. Realmente no solamente opera por vía de legado, sino en cuanto al título de adquisición puede ser:

a) Por donación.

b) Por legado.

c) Atribuida por ley cuando se den las condiciones que marca el precepto si el testador no lo excluye expresamente; teniendo en cuenta que para excluirlo no necesita señalar, motivo alguno porque es una facultad que le confiere la Ley al testador cuyo uso no necesita justificar, al revés de lo que pasaría con la indicación por el causante de una causa de desheredación.

La reforma legal pretende, que el causante pueda legar —o donar— el derecho de habitación al legitimario discapacitado al que ya atendía en vida —lo cual es requisito indispensable para que el legado pueda tener efectividad de acuerdo con el nuevo texto legal— y de esta manera el legitimario discapacitado pueda seguir viviendo en el mismo inmueble después de su muerte.

---

<sup>4</sup> Redactado por Ley 41/2003 de 18 de Noviembre. La redacción originaria indicaba: “Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en el artículo anterior, podrá usarlo el que de ellos no lo tenía; si éste tampoco quiere usarlo, se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.

El texto legal no habla de derecho de usufructo, sino de derecho de habitación que es más restrictivo. A falta de regulación pactada la habitación da, a quien tiene tal derecho, la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para si y para las personas de su familia (artículo 524).

El contenido del derecho de habitación; como queda dicho, es mas restringido que el de usufructo. El usufructuario, por ejemplo, podría arrendar la vivienda dejada en usufructo mientras que el titular de un derecho de habitación no tendría tal derecho. Pero la finalidad del nuevo texto legal, al mencionar el derecho de habitación y no el de usufructo, posiblemente fuera hacer compatible el derecho de habitación de la persona discapacitada con el uso de la vivienda habitual por el cónyuge viudo que señala los artículos 1.406 o 1.407. El artículo 1.407 también se refiere al derecho de habitación y por la misma configuración de éste podrían ser teóricamente compatibles dos derechos de habitación sobre una misma vivienda, una la del cónyuge viudo y otra la de la persona con discapacidad (ascendiente o descendiente del testador pero que no tenía por que serlo también del cónyuge supérstite).

Llama la atención el distinto baremo que tiene el legislador de la Ley 41/2003 ya que si bien el artículo 756 y el 822 aluden a las personas discapacitadas, en cambio los artículos 808 y 813 mencionan a los hijos o descendientes que hayan sido judicialmente incapacitados. Como evidentemente no es lo mismo personas con discapacidad que personas judicialmente incapacitadas nos encontramos que a la hora de establecer una sustitución fideicomisaria precisa, como sujeto pasivo, que alguno de los descendientes del testador lo esté; mientras que si examinamos cuales son las causas de indignidad o el posible legado o donación de habitación habremos de ver si, para reunir la cualidades necesarias para ser sujeto de tal posible legado o donación, el beneficiario de tales derechos es un discapacitado. ¿Por qué esta diferencia de tratamiento? Cabe que el legislador haya razonado que la sustitución fideicomisaria debe permitirse solamente a favor de aquella persona que este incapacitada judicialmente que presumi-

blemente no va a poder administrar sus bienes, ni otorgar testamento ni, posiblemente tener mas ingresos, mientras que el derecho de habitación es para el discapacitado por entender que lo precisa aunque no este incapacitado judicialmente, teniendo además en cuenta que la mayoría de los incapacitados judicialmente serán discapacitados psíquicos.

No obstante la solución del legislador se presta a criticas, no sólo por los distintos baremos empleados dentro de la misma Ley, sino también por la forma en que se ha hecho.

El nuevo texto legal precisa que el derecho de habitación será intransmisible.

Por otro lado el derecho de habitación no sólo puede ser objeto de legado o donación, sino que además es regulado por la Ley en el artículo 822.2 —salvo que el causante disponga lo contrario— en favor del legitimario discapacitado que lo necesite, al señalar dicho precepto que se atribuye al legitimario discapacitado que conviviera con el causante el derecho de habitación en iguales condiciones que el legado regulado en el artículo 821.1.

La posible convivencia forzosa viene determinada por el inciso final del segundo párrafo del artículo 822 que señala que el discapacitado no podrá impedir que continúen conviviendo los otros legitimarios mientras lo necesitaran, con lo cual e indirectamente se crea un título de convivencia múltiples de todos los legitimarios sobre el piso en que vivía el causante y era el domicilio familiar de éste, en el cual, al menos mientras siga viviendo en el el discapacitado, podrán convivir todos ellos si lo necesitan. El nuevo texto no indica si algunos de los legitimarios podrán, en su caso, estar acompañados por su cónyuge e hijos, pero tal posibilidad se deduce del artículo 524; y como la Ley no distingue sobre número de miembros de la familia ni sobre tamaño del inmueble, se podía estar creando una convivencia forzosa durante años de numerosas personas en un piso sin capacidad para ello con los problemas de todo orden que tal convivencia iba a originar.

¿Puede el testador donar el usufructo del piso al discapacitado? Cabría pensar que si ya que si la ley no sólo admite el derecho de habitación sino que lo impone, si el testador quiere donar o legar al discapacitado el derecho del usufructo, que aunque mas amplio no deja de ser una variante del mismo, no debe ponerse inconveniente a tal donación. Pero teniendo en cuenta que todo ello pueda afectar a las legítimas, y también a los derechos del cónyuge viudo de acuerdo con los artículos 1.406 y 1.407, estimo que:

1º) El primer límite sería en la existencia de un cónyuge viudo con los derechos que confieren los artículos 1.406 y 1.407 del Código Civil o análogos conferidos por vía testamentaria.

2º) El segundo límite estaría en la existencia de otros legítimarios que deseen convivir en el piso, siempre que estén necesitados de la convivencia de acuerdo a lo que señala el artículo 822-2 (aunque pudiera interpretarse que éste apartado es sólo para los supuestos de atribución del derecho de habitación por ministerio de la Ley).

3º) Finalmente habría un tercer límite dependiendo de la naturaleza de la vivienda donada. Si la misma fuera una vivienda pequeña el derecho de habitación y el derecho de usufructo puede en la práctica casi confundirse (salvo la posibilidad de arrendarla) en cuanto a su uso; cosa muy distinta es si se trata de un palacio de numerosas habitaciones en las que ambos derechos serían distintos y compatibles. En el primer caso entiendo que sería factible y no en el segundo.

## **5. MODIFICACION DE OTRAS NORMAS DE DERECHO SUCESORIO**

### **5.1. Modificación de las causas de indignidad**

La Ley 41/2003 añadió una causa de indignidad al artículo 756, la séptima, consistente en:

*“7º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil”.*

Se señala en la misma como causa de indignidad el no prestar las atenciones debidas a las personas discapacitadas.

Deben ser tenidas como tales de acuerdo con el artículo 2 de la referida Ley 41/2003:

*“a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.*

*b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”.*

En cuanto a lo que se entiende por falta de atención debida el propio artículo se remite al contenido de los artículos 142 y 143 que hacen referencia a los alimentos, señalando el artículo 142 el concepto legal de alimentos y precisando el art. 143 las personas con derecho a alimentos.

Aparentemente parece criticable que la modificación en vez de aludirse al negar alimentos, como ya indicaba en las causas de indignidad predicadas, respecto de padres, hijos y cónyuges, se emplea la referida a los artículos 142 y 143; y por otro lado la modificación (al menos parcialmente) es una redundancia ya que la causa de indignidad, ya existía respecto a padres, hijos y cónyuge, faltando solamente respecto a los hermanos. Ahora bien, de acuerdo al artículo 143 en su cuarto párrafo:

*“Los hermanos solo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación”.*

La respuesta a las observaciones anteriores, pudiera estar en que se trata de la extensión de una causa de indignidad a los hermanos que aunque no tienen el deber de alimentos en toda la amplitud del artículo 142 si tienen la obligación de prestar los auxilios necesarios para la vida.

La Ley 41/2003 además de las mencionadas, modifica otras normas sobre sucesiones, consistente en la regulación de los legados de fincas que no admitan cómoda división, y en la transformación del régimen de colación de los legados. Vamos a examinarlas sucesivamente.

## **5.2. Regulación de los legados**

La Ley 41/2003 añade un último párrafo al artículo 821 que en virtud de la reforma operada queda con esta redacción:

*“Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.*

*El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.*

*Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados”.*

El precepto establece la posibilidad de pública subasta para la venta de la finca que no admita cómoda división a instancia de cualquiera de los interesados, debiéndose entender por tales tanto los herederos como el o los legatarios de la finca.

No se alcanza a ver el posible nexo de unión entre la modificación de éste artículo y la finalidad teórica de la Ley.

### **5.3. Modificación del régimen de colación**

En cuanto a la modificación del régimen de colación el párrafo segundo del artículo 1.041 redactado por la Ley 41/2003 señala que:

*“Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad”.*

A los efectos pertinentes deben entenderse por hijos con discapacidad, en virtud de lo que señala la disposición adicional cuarta del Código Civil redactado por Ley 41/2003, y como queda antes precisado: las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento (artículo 2.2. Ley 41/2003).

Cabría pensar si los gastos a los que alude el segundo párrafo del 1.041 no estarán comprendidos dentro del primer párrafo del mismo precepto. Desde luego en una interpretación amplia parece que sí, aunque no obstante puede ser acertado que el legislador disipe cualquier duda que pudiera haber al respecto.

***José Manuel Fernández Hierro***

**AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA Y  
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA:  
LA SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA DE  
LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS  
TRIBUTARIOS EN EL DECRETO  
FORAL DE BIZKAIA 200/2002  
DE 10 DE DICIEMBRE.  
UN MODELO A EXPORTAR**

**1. INTRODUCCIÓN**

Nuestro sistema de derecho administrativo, y el de la mayoría de los países de la Europa continental con los que comparte su origen, sitúa a la Administración en un plano superior con respecto a los ciudadanos, que se justifica en la necesidad de proteger el bien común. En este sentido, el ordenamiento jurídico ha dotado a los actos que emanan de la Administración de una ejecutividad inmediata, basada en el principio de legalidad del propio acto, por el cual se le considera válido y ejecutivo sin necesidad de un procedimiento declarativo previo (artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJ-PAC).

Pero dicho principio no tiene el carácter de absoluto e inatracable sino que por el contrario se configura como una presunción “iuris tantum”, que admite prueba en contrario, ya que en ultimo término la actuación de la Administración debe estar sometida al dictado de la Ley (artículo 103 de la Constitución Española de 27 de Diciembre de 1.978, en adelante CE).

La revisión de la legalidad de un acto administrativo se llevará a efecto mediante su impugnación ante los tribunales de justicia, (artículo 106.1 de la CE), y concretamente ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo. Ahora bien, también existe una “revisión impropia” que la lleva a cabo la misma Administración y que deriva del concepto de autotutela en sus dos vertientes, declarativa y ejecutiva.

Sin embargo dicha revisión –judicial o administrativa– no afecta a la ejecutividad del acto que seguirá siendo plenamente ejecutivo. Como nos dice el artículo 111.1, en relación con el 94, de la LRJ-PAC: “*La interposición de cualquier recurso (...) no suspenderá la ejecución del acto impugnado*”. Pero, en contra de lo que pudiese parecer, este artículo encierra un concepto diferente al de la ejecutividad del acto, la llamada ejecutoriedad; ya que mientras el acto es siempre jurídicamente eficaz porque tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse, es su ejecución forzosa la que puede suspenderse<sup>1</sup>.

La suspensión puede darse tanto en un procedimiento de revisión de carácter administrativo, como ante los tribunales, siendo diferentes las normas que la regulan en uno y otro caso. Es sobre esta divergencia, sobre la que versará parte del presente artículo, y también, sobre la posibilidad de exportar al ámbito jurisdiccional la actual normativa administrativa con medidas tan

---

<sup>1</sup> VEGA LABELLA, Juan Ignacio. “Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común”. Editorial Aranzadi. 2002. pág. 769: “Así, los actos administrativos son siempre ejecutivos, sin perjuicio de que pueda suspenderse o aplazarse su ejecución forzosa, lo que opera ya en el ámbito de la ejecutoriedad o autotutela ejecutiva.”

valientes e inteligentes como las que ha adoptado la administración tributaria vizcaína en referencia a la suspensión en el recurso de reposición.

Obviamente, dada mi condición de estudioso del derecho tributario es sobre los actos administrativos tributarios sobre los que centraré mi exposición, aunque parte de las ideas pudieran ser extrapolables, en muchos casos, al derecho administrativo general.

También señalaré que al referirme a los actos administrativos no haré mención alguna a las especificidades que en materia de suspensión pudieran darse con respecto algunos de ellos, como pueden ser las sanciones o los que adolezcan de alguna causa de nulidad de pleno derecho, ni tampoco a las especialidades del recurso de reposición en materia de Haciendas Locales, por ir más allá del propio cometido del presente trabajo.

## **2. SUSPENSIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

La institución de la suspensión, como medida cautelar que es, tiene su origen y fundamento en el principio de tutela judicial efectiva que regula el artículo 24.1 de la CE<sup>2</sup>.

Así se recoge en la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de Mayo (citando a otras del mismo Tribunal, 22/1984 y 66/1984):

---

<sup>2</sup> En materia de suspensión de la ejecución de las sanciones administrativas, su fundamento esta más cercano a la presunción de inocencia regulado en el artículo 24.2 de la CE. En cuanto a las tributarias, ver mi trabajo: "La suspensión de la ejecución de las sanciones tributarias". Revista Quincena Fiscal. Número 2/1997. Editorial Aranzadi.

*“... el privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el artículo 103 de la CE, y la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el artículo 24.1 de la CE, pero que de este mismo derecho fundamental deriva la potestad jurisdiccional para adoptar medidas cautelares y suspender la ejecución por los motivos que la Ley señala. (...) El derecho a la tutela se satisface, pues, facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que sea menester, resuelva sobre la suspensión.”*

Dicho concepto de tutela judicial efectiva extiende sus efectos más allá del ámbito jurisdiccional, siendo aplicable también a la esfera de los procedimientos administrativos, como veremos a continuación.

En la sentencia anterior hemos podido leer que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal. Sin embargo el artículo 25 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (en adelante LJCA), recoge que el recurso contencioso administrativo solamente es posible cuando se haya agotado la vía administrativa, y como sabemos, la mayoría de los actos administrativos pueden estar sometidos a procedimientos de revisión ante la propia Administración, bien ante el mismo órgano que dictó el acto, su superior jerárquico u otro órgano especializado. Si la posibilidad de suspender la ejecutoriedad del acto solo se predicara en el ámbito jurisdiccional, su ejecución en vía administrativa podría vaciar de contenido el propio concepto de tutela judicial efectiva. En este sentido la LJCA en su artículo 130.1, fundamenta la adopción de medidas cautelares en *“... que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición*

*podieran hacer perder su finalidad legítima al recurso*".<sup>3</sup> Por otro lado, la facultad revisora de la Administración, como manifestación del principio de autotutela administrativa, a que hace referencia el artículo 105 de la CE, conlleva la obligación de que en los procedimientos administrativos se de audiencia al interesado, lo que debe llevar consigo, en muchas ocasiones, la moratoria en la ejecución forzosa del acto. En este orden se circunscribe el propio concepto de medida cautelar, y la regulación que de la suspensión, como una clase de ellas, hace el artículo 111 de LRJ-PAC.

Considerando pues, que los trámites de impugnación de un acto administrativo se basan en una sucesión ordenada y relacionada de recursos –administrativos o jurisdiccionales-, sería fácil pensar, que la suspensión solicitada en vía administrativa fuera extensible, en los mismos términos en los que fue concedida, a la vía jurisdiccional, siendo, como hemos visto, común a ambos su fundamento-la tutela judicial efectiva- pero no es así. Mientras, en el procedimiento administrativo común, se sigue señalando como requisito necesario para conceder la suspensión que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, el llamado "periculum in mora", (artículo 111.2 de LRJ-PAC), en el orden jurisdiccional dicho requisito, aún manteniéndose, parece ya superado con la derogación de la LJCA de 1956, y concretamente de su artículo 122.2, amén de admitir un abanico de medidas cautelares más amplio que el de la Ley administrativa.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> En la vigente LJCA la adopción de medidas cautelares ya no se vislumbra como una excepción al principio de ejecutoriedad, como en la derogada de 1956, sino que se trata como una facultad en manos del órgano judicial en aras a preservar la finalidad legítima del recurso (Exposición de Motivos de la Ley. VI. 5. Párrafo segundo).

<sup>4</sup> REBOLLO MARTIN, Luis: "Código de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". Editorial Aranzadi. 1998. Págs. 154 y 155: "... no limita ya las medidas cautelares a la suspensión de actos –entre otros motivos porque ya no son sólo recurribles lo actos- sino que admite cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia (art.129), incluso decisiones positivas provisionales si son necesarias para evitar la consolidación de los hechos o evitar que el recurso acabe perdiendo su finalidad legítima."

A mayor abundamiento, sería lógico pensar que si la suspensión fue concedida por la Administración, una vez agotada la vía administrativa y presentado el recurso contencioso, la simple reiteración de la petición por la cauces procesales adecuados, debería aconsejar al órgano judicial su mantenimiento hasta que la sentencia fuese firme, máxime cuando la propia Administración, parte en el proceso, ha venido considerando la citada medida cautelar como ajustada a derecho y a sus intereses.

Ahora bien, la anterior afirmación no es más que una recomendación que necesitaría de un cambio en la LJCA, ya que será siempre en todo caso el órgano jurisdiccional el que deberá pronunciarse sobre la pertinencia de la medida, no estando obligado por las actuaciones administrativas precedentes. La extensión de la suspensión de manera obligatoria y automática pudiera ser interpretada como un ataque al pilar básico del estado de derecho, la división de poderes. Así de acuerdo con la LJCA, el juez u órgano colegiado deberá ponderar en todo caso si el recurso pudiese perder su finalidad legítima y que no se perturben los intereses generales o de terceros, y hacerlo todo ello, de manera motivada<sup>5</sup> (sobre el particular, Sentencia de Tribunal Supremo de 12 de Junio de 2001, Autos del Tribunal Supremo de 2 de Marzo de 2000 y 6 de Marzo de 2001, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco de 6 de Abril de 2001 y de Andalucía. Granada de 31 de Marzo de 2003).

Al hilo de lo apuntado, en el procedimiento administrativo común, la extensión de la suspensión a la vía jurisdiccional sólo se incorporó a la LRJ-PAC (artículo 111.4) a partir de la reforma operada por la Ley 4/1999 de 13 de Enero, y con los matices que veremos al tratar el tema de las garantías, fruto de la

---

<sup>5</sup> TORRES FERNÁNDEZ, Juan José.: “Comentarios a la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998.” Editorial Aranzadi. 1999. Pág. 1.032: “Así, la pieza separada se convierte en un medio procesal para dirimir un conflicto de intereses que enfrenta al interés general que reclama la ejecución, al particular que se opone a la misma y se vincula a la efectividad de la resolución que ponga término al proceso y, en su caso, al interés de terceros que pueden yuxtaponerse, según cada caso, a ambos.”

recepción de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996 de 20 de Mayo, ya que hasta entonces sólo se venía admitiendo en materia tributaria.

Otra cuestión importante en torno a la suspensión es la necesidad de garantía. Dice el artículo 133 de la LJCA que cuando de la adopción de la medida cautelar –en este caso la suspensión– pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios e igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía suficiente para responder de aquellos. También el artículo 111.4 de la LRJ-PAC, recoge que: *“Al dictar el acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros o la eficacia de la resolución impugnada.”* Así la garantía juega un papel importantísimo en la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que la petición de una caución de imposible o difícil consecución por el solicitante llevaría aparejada la denegación de la suspensión. Ahora bien, aún habiendo admitido la obligatoriedad de que la decisión de mantener la suspensión en vía jurisdiccional recaiga en el órgano judicial, deberíamos admitir también, que la garantía aceptada en vía administrativa —o la ausencia de la misma— fuera considerada como caución suficiente durante la sustanciación del proceso contencioso administrativo, si a juicio del órgano judicial fuera pertinente la adopción de la suspensión.

Entroncando con lo dicho en los dos párrafos anteriores, la parte final del apartado 4 del citado artículo de la LRJ-PAC, recoge que la suspensión podrá prolongarse una vez agotada la vía administrativa, siempre que exista medida cautelar con efectos en la vía contenciosa; y que la citada suspensión se extenderá en cualquier caso hasta que el órgano judicial se pronuncie sobre su solicitud. Siguiendo a VEGA LABELLA<sup>6</sup>, podemos decir que se dan tres situaciones:

---

<sup>6</sup> “Régimen ...” (op.cit. pág. 788).

- En el caso de que exista una medida cautelar y sus efectos se extiendan a la vía contencioso administrativa: la suspensión debiera quedara automáticamente prorrogada.
- En el caso de que existiendo medida cautelar, sólo extienda sus efectos a la vía administrativa, debiera concederse la suspensión si el interesado ampliase la garantía con efectos a la vía contenciosa.
- Y por último, la suspensión acordada sin la prestación de caución o garantía alguna, debiera prolongarse al haberlo permitido previamente la Administración.

En otro orden de cosas, como hemos citado anteriormente, en materia administrativo-tributaria esta generalmente admitido que la suspensión que fue concedida en vía administrativa extienda sus efectos hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su solicitud (en tal sentido véase el Auto del Tribunal Supremo de 15 de Marzo de 1993, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1998, artículo 30.2 de la Ley 1/1998 de 26 de Febrero, de Derechos y Garantía del Contribuyente y 233.8 de la Ley 58/2003 General Tributaria, que entrará en vigor el día 1 de Julio de 2004 )<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Artículo 233.8: “Se mantendrá la suspensión producida en vía administrativa cuando el interesado comunique a la Administración tributaria en el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo que ha inerpuesto dicho recurso y ha solicitado la suspensión en el mismo. Dicha suspensión continuará, siempre que la garantía que se hubiese aportado en vía administrativa conserve su vigencia y eficacia, hasta que el órgano judicial adopte la decisión que corresponda en relación con la suspensión solicitada.”

En cuanto a la extensión de la suspensión a la vía contenciosa más allá del plazo citado, cuando esta se ha garantizado en vía administrativa, es más discutible. El Tribunal Supremo, estando vigente el artículo 122.2 de la LJCA de 1956 que condicionaba su concesión a la existencia del “periculum in mora” (que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación), llegó a afirmar en sus sentencias de 15 de Julio y 6 de Octubre de 1998:

*“ ... que procede la suspensión exclusivamente del acto administrativo de gestión o ejecución tributaria recurrido, en el caso concreto de que el recurrente, habiendo obtenido la suspensión en vía administrativa y alegando que se le produciría perjuicios de la ejecución durante la vía jurisdiccional, garantice el pago de la deuda tributaria con la amplitud que señala el artículo 58 de la Ley General homónima y en los términos establecidos por el artículo 124 de la Ley 27 de Diciembre de 1956”.*

Con la redacción del Capítulo II del Título VI de la LJCA, la situación pasa por que el órgano judicial pondere las circunstancias particulares del recurrente y los intereses generales o de terceros a la hora de adoptar la medida, y con plena libertad, dicte una auto motivado en tal sentido.

No obstante, la expresión “garantía suficiente” a que se refiere el artículo 133.1, concede al juez u órgano colegiado un relativo margen de actuación a la hora de estimar la suficiencia de la garantía o la necesidad de la misma, dada la inexistencia de perjuicio. En este sentido, en materia tributaria, el perjuicio ocasionado a la Hacienda Pública, a que pudiera referirse el artículo citado cuando dice: “cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza” no existe, como ha reconocido el Tribunal Supremo en el Fundamento Tercero de la segunda de las sentencias citada más arriba:

*“El propio comportamiento que se ha impuesto a sí misma la Administración Tributaria y que ha sido sancionado por normas de rango legal, obliga a interpretar el viejo artículo 122.2 en el sentido de que el pago de las cuotas controvertidas puede acarrear daños de reparación difícil para el contribuyente, en tanto que no se produce aquél para la Hacienda Pública cuando el importe de la deuda tributaria quede suficientemente garantizado mediante el oportuno, caución o fianza. Sería contradictorio que en el procedimiento ante la oficina gestora (decreto 2244/1979), ante los Tribunales Económico Administrativos (artículo 74 del Reglamento de 1.996), ante los Delegados de Hacienda (art.52 del Reglamento General de Recaudación), e incluso, ante el Director General de Recaudación (art.53 del mismo) o del propio Ministro de Economía y Hacienda **se suspenda (hasta sin caución)**<sup>8</sup> la inmediata ejecución de los actos de gestión tributaria, y en vía jurisdiccional, aquella suspensión debiera quedar limitada a los supuestos donde el contribuyente pruebe la producción de daños o perjuicios de reparación, nada menos, que imposible o difícil”.*

En conclusión cabría adelantar, que sería contradictorio que el órgano judicial solicitase la aportación de caución o garantía en el recurso contencioso administrativo, cuando la Administración tributaria no la exige en vía administrativa, aunque solo sea por evitar gastos innecesarios.

Por último, para entender lo que trataremos en el apartado siguiente es necesario saber que en los procedimientos de revisión de actos tributarios como son el recurso de reposición y la reclamación económico administrativa, la garantía aportada para obtener la suspensión de la ejecución en el primero, extiende, normalmente su efectos a la reclamación económica administrativa. Y

---

<sup>8</sup> La negrita es mía.

digo normalmente porque esto es habitual en territorio común<sup>9</sup>, (párrafo segundo del artículo 233.7 de la nueva Ley General Tributaria de 17 de Diciembre<sup>10</sup> y el artículo 11.1 d) del Real Decreto 2244/1979 de 7 de Septiembre: “La suspensión acordada producirá sus efectos durante la sustanciación del recurso de reposición y mantendrá sus efectos en el procedimiento económico administrativo, en todas sus instancias, si se interpusiese la correspondiente reclamación.”) pero como veremos, pudiera no ser así en los territorios históricos, especialmente en Bizkaia.

### **3. EL RECURSO DE REPOSICIÓN Y LA SUSPENSIÓN EN LA NORMATIVA FORAL: EL MODELO DE SUSPENSIÓN AUTOMÁTICA SIN GARANTÍA DEL DECRETO FORAL 200/2.002 DE 10 DE DICIEMBRE**

Dice el artículo 3, apartado a) de la Ley 12/2002 de 23 de Mayo por la que se aprueba el vigente Concierto Económico, que los territorios históricos en cuanto a la elaboración de la normativa tributaria se adecuarán a la Ley General Tributaria en cuanto a terminología y conceptos, lo que no quiere decir que el citado texto legal y sus normas de desarrollo sean de aplicación automática, como así reconoce el artículo 1.2 de la Ley 58/2003 de 17 de Diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) que entrará en vigor el próximo 1 de Julio. En tal sentido, las tres Diputaciones Forales, hacen referencia a la revisión de los actos administrativos tributarios en sus Normas Forales Generales Tributarias<sup>11</sup> (en adelante NFGT), habiendo desarrollado, en cuanto a las reclamaciones económico administrativas sólo aspectos

---

<sup>9</sup> Vease, CHECA GONZÁLEZ, Clemente: “La suspensión en vía Económico-Administrativa de la ejecución de los actos administrativos tributarios”. Número 13 Cuadernos de Jurisprudencia Tributaria. Editorial Aranzadi. 1999. Pág.82.

<sup>10</sup> En este sentido, RUIZ TOLEDANO, José Ignacio: “Las novedades básicas de la nueva Ley General Tributaria”. Revista Fiscal Mes a Mes. Ediciones Francis Lefebvre. pág. 39.

<sup>11</sup> Alava: NFGT de 31 de Mayo de 1981; Bizkaia: NFGT, 3/1996 de 26 de Marzo; Guipúzcoa: NGFT, 1/1985 de 31 de Enero.

referidos a la competencia orgánica y siguiendo las normas de territorio común a efectos de procedimiento. Por el contrario, en cuanto a los recursos de reposición, si se han dotado de normas propias de procedimiento como es el caso de Alava, Decreto Foral 37/1994 de 12 de Abril y de Bizkaia, Decreto Foral 200/2002 de 10 de Diciembre, no así Guipúzcoa, que aplica la normativa estatal regulada en el Real Decreto 2.244/1979 de 7 de Septiembre<sup>12</sup>.

La ejecutividad inmediata de los actos tributarios, que como el resto de los actos administrativos esta fundada en el principio de legalidad, se regula en el artículo 8 de la Ley 230/1963 de 28 de Diciembre, General Tributaria, actualmente vigente, (con idéntico texto y numeración en las tres NFGT), que dice: *“Los actos de determinación de las bases y deudas tributarias gozan de presunción de legalidad, que sólo podrá destruirse mediante revisión, revocación o anulación practicada de oficio, o a virtud de los recursos pertinentes.”* Por lo tanto lo apuntado al respecto de la generalidad de los actos administrativos, en cuanto a se ejecutividad y ejecutoriedad, es de plena aplicación al ámbito tributario.

El recurso de reposición, junto con las reclamaciones económico administrativas constituyen los dos recursos típicos en vía administrativa tributaria. A diferencia de la reclamaciones económico-administrativas para cuya resolución las diferentes administraciones se han dotado de órganos específicos, el recurso de reposición se interpone ante el propio órgano que dictó el acto. Tradicionalmente la suspensión de la ejecución de los actos administrativos tributarios en el recurso de reposición y en la reclamación económico administrativa han ido parejos, máxime cuando se ha venido regulando que las normas por la que se rige el procedimiento en las reclamaciones económico administrativas tendrán carácter supletorio en cuanto a aquél, a pesar de que algu-

---

<sup>12</sup> Sin perjuicio de la normativa que regula el recurso de reposición en materia de Haciendas Locales que, como dijimos al principio, no va ser tratado en el presente artículo.

nos autores hayan pedido que los requisitos que se exigen en vía económica administrativa para la suspensión se aligeren con respecto al recurso de reposición<sup>13</sup>. No obstante como veremos a continuación, en algún territorio histórico puede no darse esa similitud, debido a que la normas del procedimiento económico-administrativo son las mismas que en territorio común (Real Decreto 391/1996 de 1 de Marzo) y las del recurso de reposición están reguladas por decretos forales.

Los decretos forales, y el real decreto que regulan el recurso de reposición en los tres territorios históricos coinciden en afirmar que la interposición del recurso de reposición no suspenderá la ejecución del acto impugnado, reiterando así el principio de ejecutoriedad que señalaba al principio de mi exposición, en similitud con el artículo 111 de la LRJ-PAC. Sin embargo no está sometida su concesión a que pudieran ocasionarse perjuicios de imposible o difícil reparación o a que el recurso pudiese perder su finalidad legítima, sino que en la mayoría de los supuestos estaremos ante una suspensión automática supeditada a la aportación de garantías (no trataré, como dije, el tema de la suspensión de la ejecución de las sanciones ya que, como es sabido, interpuesto el recurso, se considera suspendidas de forma automática y sin garantía hasta que sean firmes en vía administrativa).

En cuanto al Territorio Histórico de Álava, nos encontramos ante el hecho de que la suspensión solicitada por el recurrente será automática, si esta se garantiza debidamente. Las garantías a aportar, son, de manera resumida, las siguientes: el depósito, el aval y la fianza personal y solidaria. Excepcionalmente, también, y de manera discrecional, el órgano administrativo podrá admitir la suspensión sin garantía, cuando el recurrente alegue la imposibilidad de prestarla o ponga de manifiesto que se han cometido errores materiales o aritméticos a la hora de dictar en los actos de aplicación y efectividad de los tri-

---

<sup>13</sup> GARCIA MONCO, Alfonso M. "La nueva Ley General Tributaria." Editorial Thomson Civitas. 2004. pág. 894.

butos. La suspensión se mantendrá durante la sustanciación del recurso de reposición, aunque podrá hacerse extensible a la vía económico-administrativa cuando se interponga esta reclamación antes de finalizado el plazo de resolución del recurso y previa estimación por el Organismo Jurídico Administrativo de Alava, o a la vía contenciosa, sin perjuicio de la decisión que adopte el órgano judicial al respecto.

En el Territorio Histórico de Guipúzcoa, como hemos dicho se aplica la normativa de territorio común. De acuerdo con el artículo 11 del Real Decreto 2.244/1979, podrá suspenderse la ejecución de acuerdo con lo establecido al respecto en el Capítulo VI del Título IV del Real Decreto 391/1996 de 1 de Marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, con la salvedad de que es el órgano que dictó el acto el competente para resolver, que su decisión puede recurrirse ante en el Tribunal Económico-Administrativo de la Hacienda Foral de Guipúzcoa, y que las garantías que se aporten deben cubrir la duración tanto del recurso como de la reclamación económico-administrativa posterior, e incluso, la vía contenciosa, sin perjuicio de la decisión del órgano judicial, si así lo solicita el recurrente.

Siguiendo a BARRENA EZCURRA,<sup>14</sup> diremos que en el Reglamento de Procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas, la suspensión podrá ser automática, si se aporta alguna de las siguientes garantías: Depósito, aval o fianza personal; o excepcional, decidida libremente por el órgano que dictó el acto si aprecian perjuicios de imposible o difícil reparación,<sup>15</sup> aportando otras garantías distintas de las citadas para la automática, o

---

<sup>14</sup> BARRENA EZCURRA, María: “La suspensión del acto impugnado en el nuevo Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo”. Revista Forum Fiscal de Bizkaia. Septiembre 1996. pág. 17.

<sup>15</sup> Sobre el requisito de los perjuicios de imposible o difícil reparación véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de Julio de 2002, que desestimó las pretensiones del recurrente en orden a no admitir la suspensión de la ejecución del acto en sede económico-administrativa por no haber acreditado la concurrencia de tales perjuicios.

con dispensa de garantías. (También cabe la suspensión sin garantías en aquellos casos que el Tribunal aprecie que al dictarse el acto se ha podido incurrir en error aritmético, material o de hecho.)

Finalmente, en lo que al Territorio Histórico de Guipúzcoa se refiere, la suspensión acordada mantendrá sus efectos durante la sustanciación del recurso de reposición y de la reclamación económico-administrativa, salvo que se solicite la suspensión sólo para el primero de ellos. En cuanto a la vía contenciosa reiteramos lo dicho para el caso alavés.

En el Territorio Histórico de Bizkaia, para la suspensión de la ejecución en el recurso de reposición, que se regula en el artículo 11 del ya citado Decreto Foral 200/2002 de 10 de Diciembre, y que será automática, debe aportarse garantía suficiente en la cuantía y modalidades que recoge el artículo 165 del Decreto Foral 36/1997 de 18 de Marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico de Bizkaia, que admite las siguientes: depósito, aval o seguro de caución, y fianza personal y solidaria. No obstante, y aquí se encuentra la novedad, **la suspensión será automática sin necesidad de aportar garantía al momento de la interposición del recurso si la deuda tributaria se encontrase en periodo voluntario de pago o el recurso se hubiese interpuesto contra la providencia de apremio, siempre que la deuda pendiente al fin del periodo voluntario de pago fuese igual o inferior a 7.500 euros** (la misma redacción tiene el artículo 165.1 de Reglamento de Recaudación del Territorio Histórico Bizkaia). En cuanto a la extensión de la suspensión, sólo producirá efectos en la vía económico-administrativa si se concedió con garantía. (Artículo 165.5 del Reglamento de Recaudación). En cuanto a la vía contenciosa, de acuerdo con la pauta general, la suspensión extenderá sus efectos hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su solicitud. Cabe señalar que en este último caso solamente es posible la suspensión de acuerdo con lo que regula el Reglamento de Procedimiento de las Reclamaciones Económico-Administrativas, ya que el recurso de reposición puede o no haberse interpuesto —al ser potestativo— pero la resolución de la reclamación —que siempre es preceptiva— será la que efectivamente agote la vía administrativa.

Llegados a este punto y antes de seguir adelante, conviene recoger las premisas principales en torno a la suspensión sin garantía, al objeto de poder entender las propuestas que seguidamente realizaré. Así:

- La suspensión sin garantía concedida en el recurso de reposición, no es extensible a la vía económico-administrativa, salvo que se trate de alguno de los supuestos que regula el Reglamento de Procedimiento de ésta última, como son la concurrencia de error aritmético, material o de hecho o que pudiendo causar la ejecución perjuicios de imposible o difícil reparación, el recurrente le sea imposible aportarla. Con el conocimiento de que siendo, en todo caso una medida excepcional —no automática—, la facultad para decretarla residirá en el órgano económico-administrativo.
- La suspensión en vía económico administrativa se mantendrá en vía contencioso-administrativa, hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la solicitud de suspensión formulada por el recurrente a la hora de interponer el recurso correspondiente (artículo 74.11 párrafo segundo del real Decreto 391/1996 de 1 de Marzo)<sup>16</sup>.
- La suspensión concedida en vía administrativa no obliga al órgano jurisdiccional a decretarla para la vía contencioso-administrativa, salvo que su ejecución pudiese ocasionar la pérdida de la finalidad legítima al recurso.

---

<sup>16</sup> Aunque en el citado artículo se refiere la extensión de la suspensión en el caso de que se haya aportado garantía, lo mismo debe ocurrir en el caso de dispensa de garantía, en virtud del principio de tutela judicial efectiva.

- Será el órgano jurisdiccional el que deba estimar la suficiencia en el orden contencioso-administrativo de la garantía que se aportó y en base a la cual se concedió la suspensión en vía administrativa.

Por lo tanto y a la vista de lo anterior tenemos que, la suspensión sin garantía por deudas inferiores a 7.500 euros que regula el artículo 11 del Decreto Foral 200/2002 de 10 de Diciembre, sólo extiende sus efectos hasta la resolución del recurso de reposición. Aún así la medida no deja de ser una avance en los derechos del contribuyente, como dice, ANDÍA ORTIZ<sup>17</sup>, y en favor del principio de tutela judicial efectiva. No se pone en entredicho con este valiente Decreto Foral el principio de ejecutividad del acto administrativo; éste seguirá siendo ejecutivo y gozando de presunción de legalidad, sin embargo la medida consigue que el principio de tutela judicial efectiva se manifieste en su máxima expresión, permitiendo la posibilidad de que mediante un proceso declarativo, se reafirme o rechace su legalidad sin estar condicionado al pago previo, a la prestación de garantía con sus costes directos e indirectos o a la carga de probar la concurrencia de determinadas circunstancias. En conclusión, representa la superación definitiva del famoso principio “solve et repete”, que aunque dulcificado, sigue subsistiendo en materia tributaria con la exigencia de la garantía.

La no extensión a la vía económica-administrativa puede entenderse en consideración al carácter, foral, de la normativa que regula el recurso de reposición, y estatal, la de procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas. No obstante, no se entiende, y tampoco es eficiente, que siendo la misma Administración, y el mismo acto a recurrir, se actúe de diferente manera, a no ser que con la medida se pretenda descargar la acumulación de asuntos que penden ante el Tribunal Económico Administrativo Foral, ya que aunque el recurso de reposición es

---

<sup>17</sup> ANDÍA ORTIZ, Alfonso: “El nuevo recurso de reposición. El recursillo”. Revista Forum Fiscal. Febrero 2003. pág. 50.

potestativo, siempre será mejor acudir a éste, por ser menos gravoso para el recurrente, que no directamente a la reclamación económico-administrativa —aunque finalmente sea éste el camino más recto—.

También es importante destacar la aproximación llevado a cabo por el legislador foral entre las regulaciones del recurso de reposición y la de los aplazamientos sin garantía a efectos recaudatorios a raíz de este Decreto y de la Orden Foral 3.773/2002 de 11 de Diciembre, ya que lo contrario nos llevaría a situaciones absurdas como, por ejemplo, interponer un recurso de reposición para aplazar el pago de una deuda en el convencimiento de que el acto de liquidación tributaria en cuestión es correcto sin duda alguna.

En el mismo sentido sería más que recomendable aproximar las normativas de las reclamaciones económico-administrativas y del recurso de reposición haciendo que aquella recogiera la suspensión automática sin necesidad de aportar garantía con los mismos requisitos citados para este, en el supuesto de acudir directamente a esta vía, sin haber presentado previamente recurso.

Mientras tanto, el Tribunal Económico Administrativo Foral de Bizkaia, a través de la práctica y con el fundamento puesto en el principio constitucional de tutela judicial efectiva, podría al menos ir admitiendo, aunque sólo fuera por coherencia, que la suspensión concedida en trámite de recurso de reposición contra un determinado acto por deudas tributarias inferiores a 7.500 euros, se extendiese automáticamente a la vía económico-administrativa sin necesidad de obligar al recurrente a demostrar los perjuicios de imposible o difícil reparación que le pudiese ocasionar la ejecución del acto, y la imposibilidad de aportar garantía alguna. De esta forma sería también un aliciente para que el recurrente acudiese primero a reposición en el convencimiento de que de esta forma no tendría que preocuparse por la garantía. Asimismo, sería también beneficioso para el propio Tribunal Económico-Administrativo, ya que la mayoría de los actos recurridos llegarían depurados en su legalidad por el propio órgano que los dictó.

También a favor de esta tesis cabe reiterar que los perjuicios derivados de la ejecución siempre son predicables para el recurrente, y no para la Administración como he citado en líneas anteriores y tiene dicho el Tribunal Supremo. Perjuicios que ya ha sopesado y evaluado la Administración actuante a la hora de conceder la suspensión automática sin garantías en la fase administrativa previa. Ahora bien, pudiera argumentarse que no es lo mismo garantizar la suspensión en un procedimiento en el que la resolución debe dictarse en tres meses —recurso de reposición— que en otro en el que el plazo para resolver se extiende hasta el año —económico administrativo—. Pero dicho argumento puede asimismo jugar en contra de la Administración, ya que al admitirse la suspensión sin garantía, la mora en la resolución del procedimiento correría de su cuenta y no del contribuyente, porque recordemos, los plazos citados son máximos, pudiendo la Administración resolver antes de agotarlo, y así cobrar antes la deuda tributaria.

Por último citaremos que sería una medida valiente en pro del respeto al principio de tutela judicial efectiva, que los jueces y órganos colegiados del orden contencioso administrativo, una vez dictado el auto por el que admiten la solicitud de suspensión del recurrente en vía jurisdiccional, ante la inexistencia de que de la pendencia pudieran derivarse los perjuicios contra la Administración Tributaria a que se refiere el artículo 133 de la LJCA, procediesen a concederla sin garantía, o al menos, a considerar que si la propia Administración ha permitido la suspensión sin garantizarla, es lógico y admisible que se mantenga en los mismos términos hasta que la sentencia que ponga fin al proceso devenga firme.

En contra de lo comentado al tratar el recurso de reposición y la reclamación económico-administrativa, la unificación de la normativa reguladora de la suspensión se me antoja harto difícil por el carácter generalista de la jurisdicción contencioso-administrativa, que sin embargo si tendría todo su sentido si pudiese crearse una jurisdicción específica en materia tributaria.

## 4. CONCLUSIONES

El principio de tutela judicial efectiva debe informar tanto los procedimientos administrativos como los judiciales. La suspensión del acto administrativo no pone en entredicho la ejecutividad del acto sino que retrasa su ejecución forzosa. Las garantías necesarias para que la suspensión sea concedida, no hacen sino recortar el propio principio de tutela judicial efectiva, por lo que la existencia de una suspensión sin garantía es de todo punto destacable. Y si además, esta suspensión es automática, como es el caso de la citada para el recurso de reposición en el Territorio Histórico de Bizkaia, el principio del artículo 24.1 de la CE, encuentra en el su máxima expresión.

El Decreto Foral 200/2002 de 10 de Diciembre, como dice ANDÍA ORTIZ<sup>18</sup>. “... *no tiene parangón en las Administraciones de nuestro entorno, convirtiendo a la Hacienda Foral en un ejemplo de respeto y garantía de sus contribuyentes ...*”. Por esta razón dicho modelo no sólo debería ser predicable del recurso reposición sino que pudiera hacerse extensible, bien mediante la modificación normativa o por la práctica, a las reclamaciones económico-administrativas, e incluso, al orden contencioso-administrativo.

Asimismo no cabe ninguna duda de que es un modelo a exportar al resto de las administraciones tributarias como reflejo de trato ejemplar para con el contribuyente.

Bilbao, a 30 de Abril de 2004

**José Javier García Ross**

---

<sup>18</sup> “El nuevo recurso...” (op. cit. Pág. 42).

## **NAZARIO DE OLEAGA (1884–1961), BILBOKO GOTZATEGIAREN ITZULTZAILE JURIDIKOA**

Bilboko lege-giroan guztiz ezaguna da, batez ere adineko abokatuen artean, Nazario de Oleagaren izena. Legelari gazteagoek, ordea, berehala lotuko diote izen horri egun Bizkaiko Jaurerriko Abokatuen Bazkuneko buru denaren nortasuna. Izan ere, bi-biok, izen-abizen berekoak izan eta badute euren artean urte mordoxkaren tartea eta odolaren esteka, Nazario lehena (1884–1961) egungoaren aitona baitzen.

Lehen hura da gure interesekoa, hots, XIX. mende-hondarrean sortu eta Zeanuriko idazkari izateaz aparte, Bilbon, urte luzeetan, abokatutzan jardun zuen Nazario Oleagak. Haren ondorengoak ere ofizio berekoak ezagutu ditugu aspalditik Bizkaiko hiriburuan.

Bada, alabaina, haren biografian, ohiko izaten ez dena euskal legelarien artean. Horixe da, besteak beste, euskaltzaletasuna, euskararentzako grina eta garra. Halakoxea zuen On Nazariok, eta halakoxea ere erakutsi zuen bere bizi osoan, ideologia eta politika guztiak gorabehera.

Hura Azkue zenaren adiskide mina izan zen, eta Euskaltzaindiaren hasiera eta sorreratik euskaltzain urgazle. Gerraz geroko Akademiako idazkaritza ere hark hartu zuen. Dena den, beti jakin zuen gizakiaren gainbeherak bazter utzi, eta euskarari sendo oratu eta heltzen.

Ezaguna denez, Espainiako gerra zibilaren ondorengo garaiak ez ziren errazak eta samurrak izan euskararentzat. Debekuak, gutxiesteak, isunak... bata bestearen ondoan etorri zitzaizkion euskal hizkuntzari, abertzaletasunaren sunda erakusten zuen neurrian.

Baziren, edozein modutan ere, horri aurre egiteko zina hartu zutenak. Lehen esan legez, Azkue eta Oleaga agertzen dira, halako egile bakarti biren antzera, Euskararen Akademia erroterotik sostengatzeko eta jasotzeko. Laster etorri zen, bi-bion lagungarri, Krutwig-en egitekoa, eta hortik bideratu ziren, bideratu ere, geroko historiak eta zereginak.

## **OLEAGA, ZUZENBIDEA ETA EUSKARA**

Ezaguna da, hortaz, Oleagak ondu zuena euskalgintzan. Ez horrenbeste, hark egin zuen ahalegina, euskara zuzenbidearen hizkuntza izan zedin.

Bitarikoa izan zen hori: bateko, euskara bera edozein administrazio-maila eta -gertaeratan erabiltzeko eskubidea bermatuz; hartara, euskararen ofizialtasuna ozen aldarrikatu zuen Errepublikaren garaian, Euskal Estatutuaren idatzaldia moldatu zenean. Harenak dira hainbat eta hainbat esamolde eta proposamen, funtzionarioen izendatze-bidean euskara balioesteko eta aintzat hartzeko. Bestela ere, bazuen hark halako dohain berezia, euskara artez eta moldez erabiltzekoa, eta, mintzodun nahiz idazle, eskuera ederra erakutsi zuen euskalgintzaren esparruan.

Testuetan barrena abiatuz gero, gerra aurreko testu nagusia du hark, 1922-1923. urte bitartean argitaratua, *Zurtasun gogoa* izenekoa, aurretiaz Gregorio Mujika euskaltzale gipuzkoarrak egin zuena egokituz eta euskaratuz. Herritasunaren bidetik jo zuen orduan Oleagak, berak ere hala aitortuta:

Euskera errezean egiteko bere esan eusten. Askok uste izaten dau euskera erreza aitatu ezkeru, itz barri bakoa baña erdera kadaz yosia izan bear daula. Ez dot nik ori uste, itz barri barik bere, baserritarrak ezautu eta euren autuetan erabilten dituen

euskera utsezko itzakin, erderatiko gairik geionok, gure gai  
oni lenengo atalena langoak izan arren bere, azaldu leiz-ta.

Ageriko lan idatzietan baino, ahozko edo jendaurreko ger-  
tatu ziren gainerakoetan ere gogotsu jardun zuen Oleagak. Haren  
seme Jabier Oleagak esanikoari eutsi, eta badakit sarri askotan  
izan zela Gotzaitegiaren dotrina-liburuetan irakurle eta zuzentzaile  
fin eta zorrotza.

Ez dut, hala ere, haren luma-aztarnarik bilatu testurik tek-  
nikoenetan, hots, juridikoetan. Egia esan, ez nekian, haren tan-  
kera zer-nolakoa zen, orduko hizkuntza-joeretatik aldendua zein  
bateratsua, hitz teknikoaren gorabeheretan garbizale ala herritar  
jokatu zuen... Horiek guztiak galdegai zitzaizkidan, batik bat  
hogeigarren mendeko legelari euskaldun bilbotar batek izan zezakeen  
euskarazko eitea zehazterakoan. Lekuko bakarra nuen, hor-  
taz, hark aspaldian euskaraz idatzitako liburutxoa.

## **BILBOKO LEHEN GOTZAIAREN IZENDATZE-GUTUNA: EUSKAL TESTUA**

Aurrekoaren argigarri, zalantzarik gabe, aurtemein Jabier  
Oleaga semeak esku artean jarri zidan bestelako testua, alegia,  
Monseñor Casimiro Morcillo Gonzalez-ek, Bilboko lehen gotzaia  
izan zenak, 1950. urtean Nazario Oleagari bidali zion eskutitza:

El Obispo de Bilbao/Sr. D. Nazario de Oleaga/Bilbao. Muy  
distinguido señor mío: Hasta hace unos días, aunque lo desea-  
ba, no he sabido el nombre del traductor al vascuence de la  
bula de mi nombramiento y estaba impaciente por expresar-  
le mi gratitud por el servicio que me había prestado. Al expre-  
sar a Vd. estos mis sentimientos me complazco en ofrecerme  
incondicionalmente para todo cuanto yo pueda servirle.  
Atentamente le saluda y bendice. (Casimiro Morcilloren sina-  
dura eta errubrika daude). Bilbao, 3 de octubre de 1950.

Testuaren itzultzaile nor den, beraz, argiturik geratu zen.  
Testua bera ere, aparte-aparte ez, eta berehala eskuratu nuen,  
Bizkaiko Foru Aldundiaren Bibliotekan.

Testuaren garrantziaz jabetzeko, gogora bedi ordu arteko egoera, hiru euskal herrialdeek (Araba, Bizkaia eta Gipuzkoak) Gazteizko Gotzaitegia osatzen zutela. Gerra ostekoa da herrialde bakoitzaren Gotzaitegia moldatu eta bat zena hirutan geratzea. Hiru egite horretan, bistan da, Bilboko Gotzaitegiaren eraikitzea zen jokoan, bai eta lehen gotzainaren izendatze-agiria ere. Testua, ezbairik gabe, sortzaile eta eratzaile zen, ospe eta gur handikoa.

Izatez, hirutara agertu zen testu hori, Boletin Oficial del Obispado de Bilbao delakoan, lehenengo zenbakian, 1950. urteko irailean. Elizak hiru hizkuntzetan argitaratu zuen testua: latinez, gaztelaniaz eta euskaraz. Edonondik begira dakiola ere, orduko giro malkartsuan Eliza izan zen, beraren muga eta guzti, euskarari gun e txikia eskaini zion erakunde bakarrenetarikoa.

Lehendabiziko galdera izan daiteke zein hizkuntzatik itzultu zuen Oleagak testua, latinetik edo gaztelanietatik. Erantzuna bigarrenaren aldetik lerratuko nuke. Areago, testuen erkaketa eginda, badirudi jatorrizko hizkuntza latina izan zela, gero horren gaztelaniaratzea, eta, azkenez, euskaratzea bera. Xede-hizkuntzak, beraz, gaztelania eta euskara, hurrenez hurren, eta bigarrena lehenaren galbahetik.

Hiru testuok honetara zetozen<sup>1</sup>:

PIUS EPISCOPUS; SERVUS SERVORUM DEI, dilectis Filiis, Capitulo Ecclesiae Cathedralis, Clero et Populo Civitatis et Dioecesis Flaviobrigensis salutem et apostolicam benedictionem. Hodie Nos, de venerabilium Fratrum Nostrorum S.R.E. Cardinalium consilio, deque apostolicae Nostrae potestatis plenitudine, ad Flaviobrigensem Ecclesiam vestram, a Nobis per Apostolicas sub plumbo Litteras "Quo commodius" die secunda Novembris, anno praeterito, datas in cathedralem, metropolitanam Ecclesiam Burgensi suffraganeam, erectam, venerabilem Fratrem CASIMIRUM MORCILLO GONZÁLEZ, hactenus Episcopum titulare Agatheopolitanum, quem carissimus in Christo Filius perillustris ac valde honorabilis vir

---

<sup>1</sup> Euskarazko testuan *r* gangardunak, beti *rr* transkribatu dira, orobat *l* gangardunak, *l* hutsarekin. Grafia, salbuespen horiek eginda, orduko aldizkarian argitaratu zen modu berean ematen da.

Franciscus Franco y Bahamonde, Supremus Hispanicae Nationis Moderator, iuxta conventionem, die septima Iunii mensis, anno millesimo nongentesimo quadragesimo primo initam, Nobis rite praesentavit, transtulimus ipsumque illi Episcopum praefecimus et Pastorem ac proinde a vinculo ipsum absolvimus Ecclesiae Agathopolitanae. De qua re vos omnes Nostris hisce Litteris certiores facimus vobisque in Domino mandamus ut eundem Casimirum Episcopum devote recipientes ac debito prosequentes honore, salubribus illius monitis ac mandatis obedientiam praestetis ita ut ille vos devotionis filios et vos eum patrem benevolum invenisse gaudeatis. Volumus autem ut, cura et officio Ordinarii, qui modo dioecesis vestram regit, hae Litterae Nostrae publice perlegantur tum in capitulari conventu, qui primus post eas acceptas habebitur, tum ab ambone in ecclesia cathedrali, primo adveniente die festo de praecepto recolendo. Datum Romae apud S. Petrum anno Domini millesimo nongentesimo quinquagesimo, die tertia decima Maii mensis Pontificatus Nostris anno duodecimo. =A.L.= Pro S.R.E. Cancellario F. Card. Marchetti Selvaggiani, S. Collegii Decanus. Alfridus Liberati, Canc. Apost. Adiutor a Studiis. Arthurus Mazzoni, Prot. Aplicus Bernardus De Felicis, Prot. Ap. Expedita die vicesima tertia Iunii Anno "duodecimo". Alfridus Marini, Plumbator. Reg. In Canc. Ap. = Vol. LXXIX= N.34= Aloisius Trussardi. A. Marini, Scriptor Aplicus.

PIO OBISPO; SIERVO DE LOS SIERVOS, A los amados hijos, Cabildo de la Iglesia Catedral, Clero y Pueblo de la Ciudad y Diócesis de Bilbao, salud y bendición apostólica. En el día de hoy, Nos, con el consejo de Nuestros venerables Hermanos, los Cardenales de la Santa Iglesia Romana, y con la plenitud de Nuestra potestad apostólica, a vuestra Iglesia de Bilbao, por Nos erigida en Catedral sufragánea de la Iglesia metropolitana de Burgos, en las Letras Apostólicas selladas "Quo commodius", das el día dos de noviembre del año pasado, al venerable Hermano CASIMIRO MORCILLO GONZÁLEZ, hasta ahora Obispo titular de Agatópolis, a quien el queridísimo hijo en Cristo, el muy ilustre y muy honorable varón Francisco Franco Bahamonde, Supremo Jefe de la Nación Española, nos presentó debidamente, conforme al convenio suscrito el día siete de junio de mil novecientos cuarenta y uno, le hemos trasladado (a vuestra Iglesia de Bilbao) y nombrado Obispo y Pastor de la misma, desligándolo, por lo tanto, del vínculo de la Iglesia de Agatópolis. De lo cual os hacemos sabedores a todos vosotros por nuestras Letras Apostólicas, y os mandamos en el Señor que, recibiendo devotamente al citado Obispo Casimiro y otorgándole el debido honor, rindáis obediencia a sus saludables

avisos y mandatos, de tal manera que os alegréis, él de haber encontrado en vosotros unos hijos devotos y vosotros en él, un padre benévolo. Es nuestra voluntad que, por la solicitud y ministerio del Ordinario que al presente rige vuestra diócesis, estas Nuestras Letras se lean en público en la primera reunión del cabildo que se celebre después de recibidas y en el púlpito de la iglesia catedral en el primer día festivo de precepto. Dado en Roma, junto a San Pedro, en el año del Señor de mil novecientos cincuenta, el día trece de mayo, en el año duodécimo de Nuestro Pontificado.=A.L= Por el Canciller de la Santa Iglesia Romana. F.Cardenal Marchetti Selvaggiani, Decano del Sacro Colegio. Alfredo Liberati, Coadjutor de Estudios de la Chancillería Apostólica. Arturo Mazzoni, Protonotario Apostólico. Bernardo de Felicis, Protonotario Apostólico. Expedida el día veintitrés de junio del año duodécimo. Alfredo Marini (guardasellos). Registrado en la Chancillería Apostólica =Vol. LXXIX= N.34 Aloisius Trussardi. A. Marni, Amanuense Apostólico (Hay un sello en plomo)

PIO AITA-SANTU; JAUNGOIKOAREN OTSEINEN OTSEÑAK Bilbo'ko Uri ta Eleizbarrutiko seme-alaba maite, Eleiz Nagosiko Abade-Batzar, Eleiz-gizon eta enparau biztanleai, Osasuna ta Bialdu-onespena Arako "Quo commodius" idazki bidez, igesko Semendiaren bian, Burgos'ko Eleiza Nagosiaren menpekotzat Neronek irasiriko Bilbo'ko Eleiz-barruti orretara gaur aldatu ta orko Gotzaiñ izentau dogu Gure Anai agurgarri CASIMIRO MORCILLO GONZÁLEZ, orain arte Agatapolis'ko izenduna, ta ori Gure anai agurgarri Erroma'ko Eleiz Deuneko Kardenal'en onuz, ta España Laterriko buru dan Gure Kristo'gan seme maite-maite, Francisco Franco Bahamonde, gizon argi ta dedutsuak, mila bederatzireun ta berrogetabat'garren Bagilaren zazpian itunduriko egiunearen arauz, aurkezturik, eta Agatapolis'ko gotzaintza itxi ondoren.

Guzti au, Gure Bialdu-Idazki onen bidez, iakin erazoten dautzuegu zuei gustioi, ta Jauna'gan agindu, abegi onez artu dagi zuela CASIMIRO, zuen Gotzain au, beroni iagokon omena egin, beronen esan eta aginduetara etzun, eta alkarregaz poztu zaitze, Gotzaiña alako seme-alaba menak zuekan aurkitu ditualako, ta zuek alako aita on eta arduratsua dozuelako Gotzaiñagan.

Aldi honetan zuen goterki edo Eleiz-barrutia darabilenaren bitartez, Gure Idazki au lenengo egingo dozuen batzarrean agirian irakurri ta lenengo iai-egunean Eleiz Nagosiko iztokitik iragartea, da Gure naia.

Erroma'n, Pedro deunaren ondoan egiña, Jauna'ren mila bederatzireun eta berrogetamargarren urteun, Gure Goi-gotzaintzaren amabigarrenean.

Erroma'ko Eleiza Guren Erroma'tar Idazkari-ordez Marchetti Selvaggiani, F. Kard. Batzarguren Nagosia. Alfredo Liberati, Bidali-Idazkaritzarako Ikas-onularia. Arturo Mazzoni, Bidali Ziñaldari-nagosia. Bernardo de Felicis, Bidali Ziñaldari-nagosia. Amabigarren urteko Bagilaren ogeitairugarren egunean. Alfredo Marini, Sillu-zain.

## **OLEAGA, ITZULTZAILE: EUSKAL TESTUAREN EZAUGARRIAK**

Testuaren euskarazko lerroak aurrean ditudala, azterketarako osagaiak sailkatu beharrean nago, bizpahiru maila desberdin bereizteko asmotan. Esan dezadan aurretik nire gogoia juridikotasunarena dela, alegia, testu honek erakusten dituen xehetasunak ikuspegi horretatik ikertzea. Lagungarri ditut euskarazko grafia, morfosintasia, terminologia, eta diskurtoaren haritik joatea. Azken xedea, alabaina, bestera darabilt, asmotan baitut, Oleagak euskaraturiko testu honen bidez, itzulpen juridiko ororen egokiera, eta hizkuntzen eta kontzeptu juridikoen arteko baliokidetasuna agerian jartzea.

Horretarako jakingura, lehen esan bezalaxe, egilearen eta dataren aldetik datorkit, ez baita erraza garai horretan halako testu espezializatua aurkitzea, nortasun handiko euskaltzale baten eskutik. Bestalde ere, itzulpen horren egilea ez da literaturan edo filologian diharduen tankerakoa, ezpada lege-ofiziokoa, lanbide horretakoa, egunero-egunero lege, auzi eta gainerakoetan burubelari dabilena. Badaki horrek, hitzen moldeekin batera, hitzen esanahia ere pisuzkoa dela zuzenbidearen alorrean. Hitzen esangura ezagutzen du, eta, bi testuon arteko kulunkan, oreka bizia gorde behar du, hizkuntza batean adierazia bestean huts eta ondorio juridikorik gabekoa gerta ez dadin.

Hortaz, egin dezadan nire lehen zedarriztapena:

### 1. Grafia

Azpimarratzekoa da, grafiaren aldetik, garaian garaiko grafia erabiltzen duela Oleagak, inolako duda-mudarik

gabe. Hainbatez, *s/z* bikotea gerra aurreko nahasian dator, *igesko, irasi, Semendia, gustioi...*; modu bertsuan, Oleagak beti darabil *r* gangarduna, komatxoarena ere nabarmen zaiola, *Eroma'ko, Eroma'tar...*; *i* latindarra, Azkueren erara: *iakin, iagokon, iai-egunean...* Letra larri eta txikien erabileran ere, ageri-agerian gaztelaniaren eragina. Horrenbestez, gaztelaniazko letra larriak, erakundeak izendatzeko letra-molde berberaz ematen dira euskarazko testuan, zenbait kasutan ere, erlijioaren goi-mailako ustea adierazi nahi delarik. *Ikus, bestela, Gure Goi-gotzaintza, Gure naia, Gotzain au, Gure Bialdu-Idazki, Gure Anai agurgarri...*

## 2. Morfosintasia

Nahiz deklinabidea (*biztanleai, alkarregaz, zuekan...*), nahiz aditza, bizkaierakoak ditu. Azken horri dagokionez, aditz-izenak mendebaldeko moldeetan datoz: *izentau, iakin erazoten, poztu, aurkitu, irakurri...*; aditz trinkoak eta laguntzaileak, eite berekoak: *dogu, dautzuegu, dagizuela, zaitze, darabil, iagokon...*; zer esanik ez, aditz nominalizatuak eta partizipioak: *iragartea, egiña...* Bada, Elizaren agirietan, Aita Santua mintzo delarik, harako *Nos* edo plural maiestatikoa, ohi-ohiko dena, agiri eta testu kanoniko-etan; horren euskaratzea *Gu* izenordearekin eman bada ere, esango nuke betegarri duela, lehen esan legez, letra larrien erabileran, *gu* horren gogo eta aginduak gizabanako guztienak baino goragokoak direla argi uzteko.

## 3. Terminologia

Hauxe izan daiteke arlorik esanguratsuena euskararen ikuspegitik. Egin-eginean ere, bertara batzen dira ezaugarri azpimarragarrienak. Besteak beste, jarraikoak:

3.1. Bizkaia aldeko lexikoa: *arako, enparau, Eleiza, Semendia, Bagila, etzun...*

3.2. Elizaren barruko erakunde eta karguen izendazioak:

*Eleiz Nagosiko Abade-Batzar, Eleiza Nagosia, Eleiz-barrutia, Gotzain, Erroma'ko Eleiz Deuna, gotzaintza, Bialdu-Idazki, goterki edo Eleiz-barrutia, goi-gotzaintza, egiunea, Erroma'ko Eleiza Guren, Bidali-Idazkaritzako Ikas-onularia, Bidali Ziñaldari-nagosia, Sillu-zain...*

3.3. Agintaritza eta bizimodu zibilarenak: *Bilbo'ko Uri, España Lateraliko buru...*

3.4. Igarri-igarrian dago Oleagak ezagutu zituela gerra aurreko giro aranzalea eta, areago, haren mendean plazaratu ziren hainbat hitz juridiko-administratibo. Orobat, gerra garaiko (1936-1937) *Euzkadi'ko Agintzaritzaren Egunerokoa*<sup>2</sup>. Horren aztarnak ere begi-bistakoak dira testu honetan. Aukeran daude testuan zehar, adibidez, *rasi (crear), -ren onuz (aholkuz), laterri (estado), ziñaldari-nagosia (protonotario), goterki (diócesis)* eta abarrekoak.

Aurrekoarekin batera, eta agiriaren lerro artean bada ere, badatoz betidaniko hitz euskaldunak, esanahi berrietan erabiltzeko jokaerari lotuak. Zabaltze semantikoaren barruan koka daitezke, esaterako, *egiunea*, hitzarmen hutsetik abiatu eta testu honetan Elizaren eta estatuaren arteko konkordantua (hitzarmen-mota berezia) adierazi nahi duena, eta *bidali* aditz-izena, *apostol* itzultzeko gerora ere erabili izan dena.

Hitz gutxitan esateko, testu honetan garbizaletasunaren aldeko apustu mailakatua egiten da, gerra aurrean orpoz orpo eta bala-bala ibili ziren hitz berrien alde itsu-mustuan ibili gabe. Arian-arian ere berba zaharrak testuraten dira, hainbat euskaltzainek ondu eta landu zuten joerari eutsiz (Azkue, Eguzkitza).

---

<sup>2</sup> Horren inguruan, ikus: *Euzkadi'ko Agintaritzaren Egunerokoa, Hiztegia*. IVAP, 1997, Bilbao, eta LOBERA, A.: "Hainbat jakingarri Euzkadi'ko Agintaritzaren Egunerokoaren gainean", *Karmel*, 3 (1995), 28.etik 55.erako orr.

## 4. Diskurtsoa

4.1. Zuzenbidearekin eta legearekin zerikusia duten esa moldeak, aginduaren ideiarri lotzeko, egitura performatibo baten barruan datoz: *Neronek<sup>3</sup> irasiriko..., izentau dogu..., Kardenal'en onuz..., itunduriko egiunearen arauz, agindu... hartu... omena egin... eta... poztu,...* da *Gure naia*. Arian ere, gaztelaniazko agindua, *os hacemos sabedores...* y *os mandamos*, modu esanguratsu batez ematen du Oleagak. Aldez aurretik aditza bere laguntzailearekin dakar: *iakin erazoten dautzuegu*, eta gero aditz-izen soila: *ta Jauna'gan agindu*, soiltasun horren bidez halako dotoretasun eta baliokidetza-maila lortzen duela euskararentzat, aditz laguntzaile bigarren aditzaren ondoren jarriz gero inola ere lortuko ez lukeena.

Hala jarrita, gainera, bigarren horrek bide ematen dio *agindu* horri ondorio juridikoak ezartzeko, hain zuzen ere, lau manu zehatz: *a) abegi onez hartu dagizuela*, *b) beroni iagokon omena egin*, *c) beronen esan eta aginduetara etzun*, *d) eta alkarregaz poztu zaitezte*. Aintzat hartzeko, bestetik ere, osagarrien lotura, batzuetan *-la*; bestetzuetan, aditz-izena; eta, ohargarriagoa dena, agintera kutsuko aditz-forma.

4.2. Agindua bazen aurrekoa, nahi edo gurari hutsa da gerogarrenekoa. Berriz ere, Oleagak ezohiko bide batetik darama joskeraren norabidea, eta hitzurrena bestera dakar. Paragrafoaren hasiera luze baten ondoren, zer den bere nahia adierazi nahi du. Modu horretan, eta gerra aurrean boladan zen sintáis-ereduari helduz, horrek subjektua aurretik eskatzen zuen, gero predikatua, eta azkenean aditza. Oleagak, aldiz, lehen predikatua, gero aditza, eta azkenean subjektua, garaiko legea nolabait hausten duen eskema baten bidez (... *iragartea*, *da Gure naia*).

---

<sup>3</sup> Hemen euskarazko testuak ez du batzen, ez latinaren *nos* hori, ezta gaztelaniazko *nos* bera ere; eta, plural maiestatiko horretatik, *ni* delakora doa. Testuaren beste aipuetan, aldiz, *nos* (gu) hori gordetzen da.

4.3. Ohartzekoa ere, azkenez, aurreko erregimenaren buruzagiari hiru testuek egiten dioten aipamena:

- a) Latina: ... *quem carissimus in Christo Filius perillustris ac valde honorabilis vir Franciscus Franco y Bahamonde, Supremus Hispanicae Nationis Moderator...*
- b) Gaztelania: ... *el queridísimo hijo en Cristo, el muy ilustre y muy honorable varón Francisco Franco Bahamonde, Supremo Jefe de la Nación Española...*
- c) Euskara: ... *ta España Lateraliko buru dan Gure Kristo'gan seme maite-maite, Francisco Franco Bahamonde, gizon argi ta dedutsuak...*

Nabari-nabaria, horren ondorioz, itzultzaileak egiten duen jokoa, Francori tituluak eratzikitzeko tenorean. Zentsuraren atzaparrak ote?

## **OLEAGA, GARAIEN ARTEKO UZTARDURA**

Testuaren nondik norakoak azaletik argituta ere, pentsatzekoa izan daiteke ea Oleagak ondu zituenaren modukoek aurrerapidea ekarri zuten ordu arteko euskalgintzaren bidean.

Gerra osteko Bizkaian, euskararen jendaurreko erabilera deuseza zela eta, erantzuna, niretzat behinik behin, baiezkoa da, betiere ahaztu gabe kanpoko egoerak erro-errotik baldintzatu zuela testu hauen sorrera. Onik onenean ere, testu hauek ez dira besterik ofizialtasun elebatar baten zirrikituek onartzen zituzten adibide soilak baino, hain zuzen ere, estatuaren helmenetik at zegoen erakunde baten eskutik etorriak.

Erakunde horrek euskara zuen ezinbesteko lagungarri, urte horietan bertan, Bizkaiko herri euskaldunari Jesukristoren fedea erakusteko. Hori gorabehera, aitortu, mirestu eta eskertu behar da Elizak urte lasgarri haietan halako testu garrantzitsuak euskaratzea, horrek herrialde baten egoera elebiduna agerian uzten baitu.



Argazkian Morcillo jauna, Bilboko gotzain berria, eta Nazario Oleaga, gotzainaren izandapenaren euskaratzailea, ikus daitezke. Nazario Oleaga irudiaren eskuin aldean agertzen da, trajez jantzita (gotzainaren ezker aldean dagoen bigarren gizonezkoa, estalkiaren azpian). Argaskia gotzainaren sarrera egunean dago (1950- IX-8)

Horretan da eredugarri testu hau. Baita guri, egungo legelari eta itzultzaile euskaldunoi, osterantzeko kontuak erakusten, batez ere euskararen barruko erabileran, testu horrek bidenabar plazaratzen baitu, itzultzailearen aldetik, aparteko ahalegina, lehendik zetorren tradizio laburra eta premia berrien errealitatea lotzeko. Izpi berriak datoz testu honen baitara, egokiro moldatzen baita bertan mezuaren eta azalaren arteko oreka, aginduzkoa zen orduko euskal sintasiaren gainetik.

Menturaz, egungo itzultzaile juridikoak duen erronka berbera, euskaratze-bidean egunero makina bat testu itzuli arren, sarri-sarri aurretiaz egindakoaren berri izaten ez baitu.

**Andres Urrutia**

## **NOTICIAS INTERNAS**

El martes dos de diciembre del año dos mil tres, en los locales graciosamente cedidos por el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, se celebró la PRIMERA ASAMBLEA GENERAL.

En la misma se acordó por unanimidad nombrar SOCIO DE HONOR de la Academia a don José Ignacio Berroeta, cuya ayuda, en el momento en que el proyecto de asociación empezaba a gestionarse resultó decisiva para lograr un fuerte avance y, sobre todo, supuso una inyección de ánimo, por lo que suponía de reconocimiento del valor de nuestra iniciativa como obra de interés social, permitiendo culminar etapas hasta hacer posible esta Asamblea General.

Así mismo se designó, por aclamación, nueva y definitiva JUNTA DIRECTIVA DE LA ACADEMIA, que quedó compuesta de la manera siguiente:

Presidente: don ADRIÁN CELAYA IBARRA

Vicepresidente: don ANDRÉS MARÍA URRUTIA BADIOLA

Secretario: don FRANCISCO JAVIER OLEAGA ECHEVERRIA

Tesorero: don FRANCISCO JAVIER MUGURUZA ARRESE

VOCALES:

a) Elegidos por la Asamblea:

Doña ZORIONE ARREGI ELKOROBARRUTIA

Don JAVIER CORCUERA ATIENZA

Doña TATIANA GONZÁLEZ SAN SEBASTIAN

Don EDORTA JOSU HERRERA CUEVAS

Don SANTIAGO LARRAZABAL BASAÑEZ

Don JOSÉ GABRIEL MARISCAL SERRANO

b) Designados por los Colegios Profesionales:

De Abogados: don EDUARDO ESCRIBANO VILLÁN

De Notarios: don MANUEL LÓPEZ PARDIÑAS

De Procuradores: doña MIREN BEGOÑA PEREA DE LA  
TAJADA

Posteriormente sustituida por doña LORENA ELÓSEGUI  
IBERNAVARRO

De Registradores: don GERMÁN BARBIER GAMINDE

c) Designados por la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País:

Don LUIS ELICEGUI MENDIZABAL

Don LORENZO GOIKOETXEA OLEAGA

Don FERNANDO SALAZAR RODRÍGUEZ DE MENDA-  
ROZQUETA

Quedó aprobada, unánimemente, la fijación en cincuenta euros anuales la cuota a abonar por los socios activos.

El martes, día dieciséis de diciembre de dos mil tres, en la sala principal de la notaría de los señores Manzano, Garcés y Urrutia se reunió por primera vez la JUNTA DIRECTIVA de esta Academia.

Se acordó la constitución inicial de tres secciones: una de Derecho Público, otra de Derecho Privado y otra de Derecho Financiero y Tributario (sin perjuicio de que posteriormente se fueran subdividiendo según el criterio de las propias Secciones). Para lo que al igual que para el pago de la cuota anual, se ha remitido en el primer trimestre del corriente año un comunicado a cada socio.

El Colegio Notarial ha contribuido al fomento de esta Academia con una subvención de seis mil euros, que ingresó en el mes de diciembre. Los Colegios de Registradores y de Abogados de Vizcaya, han contribuido, en el mes de marzo, con sendas subvenciones de tres mil euros.

El día 25 de marzo, en el Salón de Plenos de la Exma. Diputación, como ya conocen los académicos se realizó el ACTO OFICIAL INAUGURAL de esta academia. Se procedió en dicho acto a la entrega del diploma de Socio de Honor a don José Ignacio Berroeta.

En el mes de Mayo han culminado satisfactoriamente las gestiones cerca de la Excma. Diputación de Bizkaia para la formalización de un Convenio entre ambas entidades. Contribuiremos al fomento de la cultura jurídica y nos prestaran ayuda económica, durante un plazo inicial de cuatro años.

Los locales de la Academia disponen ya del mobiliario adecuado (aportado por la BBK, la Excma. Diputación de Bizkaia y algunos de sus miembros). Se ha procedido al establecimiento de los servicios telefónicos e informáticos.

***Javier Oleaga Echeverria***

## IN MEMORIAN

### JOSE MARIA MARTIN RETANA

El día 21 de abril falleció en Bilbao don José María Martin Retana, el hombre que hizo la mayor labor editorial de temas vascos que se ha llevado a cabo en Bilbao.

Se licenció en Derecho por la Universidad de Deusto, y fue también periodista con una sección fija en *El Correo* bajo el pseudónimo de *Don Diego*, pero pronto comenzó su larga tarea de editor.

En *La Gran Enciclopedia Vasca* aparte de lograr las más importantes colaboraciones recogió miles de trabajos sueltos, de artículos escondidos en viejas publicaciones, para dar a conocer los hechos más importantes en nuestra literatura; pero no se conformó con esto sino que comenzó una gigantesca tarea de reediciones, partiendo de la gran historia de Labayru, para seguir con Gorosabel, Landazuri... textos que rellenan las bibliotecas de casi todos los vizcaínos que sienten alguna inquietud cultural.

Y todo lo hizo con una gran generosidad. Sus ediciones estaban al alcance de todos, pero no puedo olvidar el día en que se presentó ante los organizadores de las Semanas de Antropología Vasca (1970-1972) para ofrecerse a publicar los

textos de conferencias y colaboraciones sin cobrar una sola peseta. Y lo hizo de forma admirable, en una preciosa edición, muy bien encuadernada, y poniendo al final de cada texto un resumen en seis lenguas diferentes que él mismo se encargó de preparar.

Y cuando se constituyó nuestra Academia fue él también quien nos editó este boletín. No le faltaron sinsabores y disgustos que quisiéramos olvidar. No solamente por gratitud sino porque con él se va un hombre bueno y un buen propulsor de nuestra cultura, dejamos aquí esta muestra de nuestro pesar.

**A. C.**

## **FOTOGRAFIAS**



Acto de constitución de la Academia Vasca de Derecho, en el Salón de Actos del Archivo Foral de Bizkaia (9 de junio de 2003). De pie: Francisco Javier Oleaga, Michel Unzueta y Andrés Urrutia; sentados: Emilio Múgica, Fernando Salazar, Adrián Celaya, Santiago Larrazabal y Luis Elícegui.



Acto de presentación de la Academia Vasca de Derecho en los locales del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia (25 de junio de 2003). En la Mesa: Santiago Larrazabal, Andrés Urrutia, Eduardo Escribano, Adrián Celaya y Francisco Javier Oleaga.



Acto de entrega del Diploma de Socio de Honor a D. José Ignacio Berroeta (25 de marzo de 2004). De izquierda a derecha: José Ignacio Berroeta, Adrián Celaya y Rafael Barbier.



Junta Directiva de la Academia Vasca de Derecho. De izquierda a derecha:  
Lorenzo Goikoetxea, Francisco Javier Oleaga, Javier Muguruza, Germán Barbier, Andrés Urrutia, Adrián Celaya,  
Tatiana González, Eduardo Escribano, Javier Corcuera, Luis Elicegui y Santiago Larrazabal.