



AVD · ZEA

Academia
Vasca de
Derecho

Zuzenbidearen
Euskal
Akademia

BOLETIN ALDIZKARIA

Año II - N.º 3 - Bilbao - Septiembre de 2004
II. urtea - 3. zk. - Bilbo - 2004ko Iraila
ISBN: 84 896 8919 9 - D.L./L.G.: BI 1677-03

Sumario / Aurkibidea

	<i>Pág./Or.</i>
1. UNA CONFERENCIA DE RODRIGO JADO: PRESENTACIÓN , por A.C.	
LA LEY 15 DEL TÍTULO 20 DEL FUERO DE VIZCAYA , por Rodrigo Jado	3
2. PRESENCIA HISTÓRICA DEL EUSKERA EN LAS JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA , por César Gallastegi	28
3. LA MULTICULTURALIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL , por Nerea Magallón	45
4. ARTE-LANEN INGURUKO ZERGAK , por Alberto Atxabal	67
5. JURISPRUDENCIA / JURISPRUDENTZIA , por Fernando Ruiz Piñeiro	82
6. NOTICIAS INTERNAS / AKADEMIAREN ALBISTEAK , por Andrés Urrutia	90

UNA CONFERENCIA DE RODRIGO JADO: PRESENTACIÓN

La amabilidad de la Directora del Servicio de Archivo y Biblioteca del Departamento de Hacienda del Gobierno vasco, nuestra buena amiga doña Begoña Urigüen, nos permite conocer el texto íntegro de una conferencia pronunciada por el señor Jado el año 1905 en la Academia de Derecho del Colegio de Abogados de Bilbao. El texto se conservaba en el Archivo histórico del Hospital de Basurto y hoy se encuentra en el del Gobierno Vasco (Archivo General de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Fondo Archivo Histórico del Hospital de Basurto / Legado Jado).

El sólo hecho de que tenga su origen en la primera entidad que conocemos que en el País vasco utilizó el título de Academia de Derecho podía justificar su publicación; pero además el texto es una nueva prueba no solamente de la calidad científica de Jado sino de su magistral claridad en la exposición. Aborda un tema, el de la ley 15 del título XX del Fuero, que era vital en aquel tiempo pues esta ley acababa de citarla el Código Civil y es la única norma de cualquier legislación foral que ha merecido ese honor.

La conferencia aborda una cuestión que sigue teniendo actualidad, el conflicto que en Bizkaia mantiene la legislación foral

con el Derecho común. Es posible que hoy veamos esta cuestión algo aclarada a la luz de la ley de 1 de julio de 1992, pero los problemas subsisten y los razonamientos que hace don Rodrigo Jado siguen teniendo vigencia.

Por otra parte, el gran maestro nos muestra en este trabajo su dominio de la ciencia del Derecho internacional privado en el estado en que se encontraba en su tiempo.

A. C.

LA LEY 15 DEL TITULO 20 DEL FUERO DE VIZCAYA

**Conferencia leída en la Academia de Derecho
el 11 de enero de 1905**

I. Origen de esa Ley. II. Aplicación que de ella se ha venido haciendo, especialmente en materia de sucesión, hasta la promulgación del Código Civil. III. Cuestión a que, según mi entender puede dar hoy lugar.

I

La provincia de Vizcaya antiguo señorío de este nombre, constituye una verdadera anomalía en materia de derecho civil. Lo mismo en Navarra que en las provincias que en su tiempo pertenecieron al reino de Aragón y al Condado de Cataluña, en todas las provincias aforadas, su legislación foral ó especial rige y se aplica en todo el territorio que respectivamente las pertenece sin que haya diferencia alguna entre sus aldeas, villas y ciudades; pero en la provincia de Vizcaya una parte de su territorio, el llamado infanzonado o tierra llana formado por las anteiglesias, se rige por la legislación foral, y otra parte, el que forman las villas, por el derecho común y dentro del mismo territorio de las villas rige en parte el común y en parte el foral.

Desde luego que este hecho llama la atención y debe obedecer a causas especiales por que de no ser así, ¿cómo explicar-

se que siendo las villas y las anteiglesias territorio de una misma provincia como antes lo fueron del Señorío de Vizcaya, rija una legislación para aquellas y otra muy diferente para estas?. Hasta tal punto parece esto irregular que uno de nuestro más eminentes jurisconsultos en una de sus obras (El Código civil y las legislaciones forales por Alonso Martínez) dice, mostrando extrañeza; Cosa rara: "Bilbao capital de la provincia y Guernica capital foral, residencia constante de las Cortes de Vizcaya, están sometidas al derecho común". Así es, en efecto; y para explicarnos esa anomalía, ese dualismo de legislación, forzoso es que retrocedamos en el camino del tiempo y nos traslademos con la imaginación a la época anterior a la fundación de las villas para conocer cual era la situación nada halagüeña por cierto, que atravesaba el Señorío de Vizcaya.

Su población era muy reducida en número, sus habitantes, dedicados en su mayor parte a la agricultura, vivían en caserías distanciadas unas de otras, sin que hubiera, como dice Zamácola en su Historia de las naciones Bascas, ni ciudad ni Villa ni lugar reunido en todo su territorio, no se conocía más industria que la de las herrerías en las que se beneficiaba el mineral de las montañas de Somorrostro, los malhechores infestaban el país y saqueaban impunemente las moradas de los labradores; la comarca del Duranguesado y la merindad de Marquina, fronterizas con Guipúzcoa, sufrían las irrupciones de los guipuzcoanos, y los llamados parientes mayores, que constituían la clase más principal e importante del Señorío por su riqueza y poder, movidos unas veces por su odio y rencores personales y otras por las diferencias que separaban a los bandos Oñacino y Gamboino libraban, seguidos de sus deudos y banderizos, verdaderas batallas ya acometiéndose en campo abierto ya atacando al enemigo en su caso-torre, cuando no caían de improviso sobre las tierras y caserías para llevarse lo que podían. Ni se respetaba la Ley, ni las autoridades tenían el prestigio y fuerza necesarios para imponerse.

Cuadro es este que parece algo exagerado, pero hay que reconocer que representa la realidad pues así nos lo pintan los historiadores de Vizcaya y hasta los mismos Señores en las cartas-

pueblas ó de fundación de las villas de modo bien manifiesto nos dicen que no se respetaba la vida ni hacienda de los habitantes del Señorío. Si leemos la carta-puebla de Marquina su fundador el conde Don Tello nos dice que "los hijosdalgo de esa merindad les habían manifestado que los de la tierra de Guipúzcoa habían entrando muchas veces y habían hecho muchos robos, fuerzas y daños en la tierra de Vizcaya". Y lo mismo nos dice en la carta - puebla de la villa de Elorrio. El Infante Don Juan Señor de Vizcaya y después rey de Castilla, fundador de las Villas de Larrabezua, Rigoitia y Munguia, nos dice también en las cartas de fundación de esas villas "que en su señorío de Vizcaya hay muchas tierras que no están bien pobladas y que las casas están apartadas unas de otras siendo esto ocasión de que los fijodalgos y los poderosos y los malhechores se atrevan a tomar y robar lo que hallan de las moradas."

Vemos, pues, que como decíamos antes no solo los malhechores, no solo los que vivían del merodeo, cometían depredaciones y delitos contra la propiedad sino también los hijosdalgos y los poderosos, personas que por su condición eran las llamadas a mirar por la conservación del orden y a respetar la ley.

No era posible que perdurase tal estado de cosas; se hacía preciso crear centros de población que la mismo tiempo que viniesen a aumentar el número de habitantes del Señorío pudiesen oponer un dique a tantos desmanes y estuviesen prontos a prestar auxilio donde fuese necesario; convenía también fomentar la industria y el comercio y de aquí que los Señores de Vizcaya en distintas épocas y principalmente en los siglos XIII y XIV ya por su propia iniciativa o ya a petición de los habitantes de las anteiglesias fundasen las diversas Villas que hoy existen, unas en las fronteras con el solo objeto de oponerse a las correrías de los guipuzcoanos, como las villas de Marquina y Elorrio, y otras en el interior del Señorío con el doble fin de conseguir el aumento de población y crear centros de transacciones para lo cual en las mismas cartas-pueblas autorizaban la celebración de mercados y eximían a las mercaderías del pago de tributos.

A todas las villas se les concedió en sus cartas de fundación el fuero Municipal de Logroño, menos a Ochandiano, a fin de que atraídos por las exenciones de pechos y tributos que este fuero otorgaba fuesen viniendo pobladores, además de que según ese fuero eran admitidos como tales pobladores todo el que se presentase aún cuando fuese extranjero, y es lo cierto que todas las Villas se rigieron desde el primer momento por el derecho común bien sea por que al darlas el Fuero de Logroño se entendía que éste llevaba consigo la legislación de Castilla (aparte de que en las cartas pueblas de Miravalles, Rigoitia, Larrabezua y Munguía, últimas que se fundaron se impuso expresamente esa legislación) bien sea porque como los primitivos pobladores ni eran vizcaínos ni poseían bienes en la tierra llana, no concurrían en ellos las circunstancias que hacían necesaria una legislación especial en materia de derechos civil.

De lo que acabamos de exponer se desprende cual sea el rigen del dualismo de legislación en Vizcaya, dualismo que nació al fundarse la primera villa: la tierra llana ó infanzonado siguió como antes con su legislación especial, con las leyes del Fuero; pero las villas, aunque enclavadas en territorio del Señorío, debido a las causas que dejamos dichas, se rigieron por el derecho de Castilla.

A medida que transcurría el tiempo fueron adquiriendo importancia alguna de ellas; crecía la población y prosperaba el comercio en Bermeo y después en Bilbao que la superó a los pocos años de ser fundada; se desarrolló la industria de la fabricación de armas y otras derivadas del hierro en Durango; se iban haciendo capitales partes de los cuales se invertían en adquirir fincas en la tierra llana; y muchos de los hijosdalgos y hacendados de las anteiglesias trasladaron su residencia a las villas ya porque encontrarían en ellas las comodidades de que necesariamente habían de carecer en la vida de la casería y también porque considerarían más garantizada su seguridad personal, viniendo a resultar de esto que una gran parte de la propiedad rústica ó bienes inmuebles de la tierra llana estuviese en poder de los vecinos de las villas y como no había disposición alguna que resolviese el

conflicto que necesariamente tenía que surgir del dualismo de legislación existente pues el Fuero de Vizcaya que se escribió en 1452 y se conoce con el nombre de Fuero Viejo no preveía el caso, puede asegurarse que esto daría ocasión a cuestiones y litigios sin número porque los vecinos de las villas o muchos de ellos dispondrían de los bienes que les pertenecían en la tierra llana juntamente con los bienes sitos en las villas, ateniéndose al derecho común, y que este era el que regia para ellos, mientras que los que se consideraban perjudicados en sus derechos invocarían en su favor las leyes del Fuero de Vizcaya. Los vizcaínos de las anteiglesias veían que de no adoptar una ley que estableciese de modo terminante que esos bienes de la tierra llana poseídos por los vecinos de las villas estaban sujetos a las leyes del Fuero, podía ocurrir andando el tiempo, que la mayor parte de la propiedad inmueble del infanzonado se sustrajese a esas leyes porque sus dueños residían en las villas y se regían por el derecho común y por ello los letrados a quienes en el año 1526 se les dio el encargo de reformar el Fuero Viejo y ordenar el que hoy se halla vigente establecieron una ley que es la 15 del tit. 20 determinando las condiciones con que los vecinos de las villas habían de disponer de los bienes raíces que poseyesen en el infanzonado, ley que conviene conocer en todo su contexto para formarnos idea exacta de su alcance.

Consta esa ley como toda o casi todas las del Fuero de tres partes: epígrafe, en el que se comprendía el precepto de la ley, parte que podemos llamar preámbulo, por cuanto en ella se aducen los motivos que tuvieron en cuenta para dictarla, y parte propiamente preceptiva o dispositiva y dice así:

"Que los vecinos de las villas que tuvieren bienes en la tierra llana guarden el Fuero en disponer de ellos.

"Otrosi dijeron: Que habían de Fuero y establecían porque acaece que algún vecino de las villas de Vizcaya entre otras tierras y heredades que tiene sitas en el juzgado de la tal villa, de donde es, tiene y posee otras tierras y heredades sitas en el Juzgado y tierra llana y así troncales. Y acaece que el tal suele disponer de las tales tierras troncales por si ó a vueltas con las otras

heredades de la tal villa ahora en vida ahora en muerte. Y ponen duda si de los tales bienes ha de disponer según que de los otros que no son troncales. Por ende dijeron: Que ordenaban y ordenaron que el tal vecino de villa do los bienes (según la ley del Reino) son partibles; que toda la tal raíz que tuviere en la tierra llana y Juzgado de Vizcaya, sea de la condición, calidad y privilegio y fuero que la otra raíz que poseen los vizcaínos de la tierra llana troncal. Y tal que en vida y en muerte pueda disponer de ella como podía disponer el vizcaíno vecino de la tierra llana. Y sean admitidos para la tal raíz los tronqueros profincos, como y según se admitan a los bienes que poseen, venden y mandan los vizcaínos vecinos de la tierra llana".

Por virtud de esta ley los vecinos de las villas de Vizcaya quedaron sometidos a las leyes del Fuero en todo lo que se relacionara con la facultad de disponer de los bienes raíces sitos en la tierra llana, ya para disponer entre vivos ya por causa de muerto y como esos bienes tenían la calidad de troncales para los vecinos del infanzonado, establece esa ley que tengan la misma calidad para los vecinos de las villas y que sean admitidos a la sucesión, los parientes tronqueros; No dice esa ley que los vecinos de las villas guarden determinadas leyes del Fuero ni era necesario que las determinase taxativamente porque al establecer que la raíz que el vecino de villa tuviere en la tierra llana sea de la misma condición y calidad que la raíz de los vizcaínos de las anteiglesias, raíz troncal, y al decir también que sean admitidos a ella los tronqueros profincos como y según se admiten a los bienes que poseen, venden y mandan los vizcaínos vecinos de la tierra llana necesariamente se ha de entender que les obligan todas aquellas leyes del Fuero que regulan la transmisión y adquisición de bienes raíces sea por contrato, sea por sucesión testamentaria o legítima. Así pues, obligan a los vecinos de las villas las leyes 1ª y 2ª tit. 17 del Fuero que establecen que el que venda bienes raíces anuncie la venta dando los llamamientos durante tres domingos consecutivos en la anteiglesia donde radican para que si hay algún pariente del vendedor que quiera salir a la compra pueda hacerlo; obliga la ley 6ª del mismo titulo que concede a los parientes del vendedor una acción para anular la venta y sacar los bienes que se hayan ven-

dido sin la formalidad de esos llamamientos; y obliga la ley 18 del título 20 que prohíbe hacer donación de bienes raíces habiendo descendientes o ascendientes ó colaterales tronqueros dentro del cuarto grado. Esto por lo que hace en cuanto a disponer de los bienes entre vivos y en cuando a disponer por testamento son de aplicación a los vecinos de las villas la ley II tit. 20 que permite al padre y a la madre dejar todos los bienes raíces a uno de los hijos o hijas instituyéndole heredero tronquero y excluyendo a los demás con la legítima foral, que es de pura formula (¿será esto así?), obligan las leyes 6 a y 10 del tit. 21 en cuanto permiten hacer igual elección de heredero tronquero entre los parientes colaterales dentro del cuarto grado de la línea de donde dependen los bienes; siéndole también de aplicación en materia de sucesión intestada la ley 8 a del mismo título 21 que llama a la herencia primero a los descendientes, después a los ascendientes y por último a los colaterales; pero no en el orden ni en la cuantía en que los llama el derecho común sino por orden de troncalidad, es decir, que heredarán los ascendientes de la línea de donde dependen los bienes y a falta de estos los colaterales de la misma línea aunque haya parientes de la otra línea más próximos en grado.

Conviene fijar la atención en que lo mismo si nos atenemos a la letra que si penetramos en el sentido de esa Ley 15 tit. 20 del Fuero sus preceptos comprenden a todos los vecinos de las villas de Vizcaya, fuesen o no vizcaínos de origen, porque si una parte de esos vecinos, o sea aquellos que sin ser vizcaínos adquirían vecindad, hubieran podido eludir las leyes del fuero y disponer de los bienes que poseían en la tierra llana conforme al derecho común, que regía en las villas, no se conseguía el objeto que se propusieron los reformadores del Fuero e indudablemente que si esa ley no comprende al menos expresamente, a todos los que poseían bienes en el infanzonado sin distinguir entre vecinos de las villas de Vizcaya y vecinos de fuera de ella, de fuera de Vizcaya es porque los ordenadores del Fuero no se consideraron con autoridad bastante para dar a sus leyes efectos extraterritoriales, para dictar leyes cuyos preceptos alcanzaran a quienes no eran vizcaínos, mejor dicho vecinos de Vizcaya; pero en realidad esa ley vino a resolver el conflicto que se originaba entre dos legislaciones dife-

rentes, entre el derecho común y la legislación foral, y como dice el Sr. Alonso Martínez en su obra antes citada "esa ley adelantándose a la teoría de los estatutos del derecho internacional privado decide que los bienes inmuebles se rijan por la ley territorial, por la ley del lugar en que están sitios. Expuestas las causas a que se debió su origen la ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya entraremos a tratar del segundo punto, o sea de la aplicación que de ella se ha vecino haciendo hasta la promulgación del Código Civil.

II

La diversidad de razas y de costumbres, el grado de civilización y de cultura y hasta la situación geográfica son causas, entre otras muchas, de que haya diversidad de legislaciones entre los diferentes Estados ó naciones y pueda asegurarse, como afirma un tratadista de derecho internacional privado que el pretender la uniformidad de todas ellas es un deseo irrealizable. Pero el hombre no se limita a ejercer sus actividad dentro del Estado en que vio la luz y al que pertenece como súbdito sino que a medida que las comunicaciones se han hecho más fáciles y las relaciones mercantiles van también ensanchándose por todos los países del globo lleva esa actividad fuera de su país ya trasladando su residencia al extranjero por más o por menos tiempo, ya adquiriendo bienes o ya celebrando contratos con individuos también extranjeros resultando de aquí que vienen a crearse relaciones jurídicas entre súbditos y con leyes de diversas naciones; y por ello así como hay una rama del derecho llamada derecho civil que regula las relaciones jurídicas de derecho privado, las relaciones nacidas de la familia y de la propiedad, entre los individuos pertenecientes a una misma nación, hay también otra rama llamada derecho internacional privado que determina y regula esa mismas relaciones entre individuos de diversas naciones; y aunque sus preceptos no están codificados, sin embargo, las opiniones de lo jurisconsultos y las sentencias de los tribunales han venido a formar dentro de cada nación un cuerpo de doctrina con arreglo al cual se resuelven los conflictos o cuestiones que se originan entre las legislaciones de los diversos Estados.

No es necesario para el asunto que aquí tratamos dete-

nerse a examinar las diversas teorías que se han ideado para resolver las cuestiones de derecho internacional privado, teorías que según el grado de adelanto de las naciones y de la ciencia del derecho así han predominado, desde la que exagerando el principio de la soberanía hace obligatorias sus leyes lo mismo a los extranjeros que a los nacionales y se trate de las personas ya de los bienes o ya de los actos jurídicos, hasta la teoría de la reciprocidad y de los estatutos. Diremos únicamente que esta última tuvo mucha aceptación entre los jurisconsultos y se aplicó durante muchos años en diversas naciones y aún sigue aplicándose en algunas para resolver estas cuestiones; pero ya desde el primer tercio del siglo XIX se han abierto nuevos horizontes a la ciencia del derecho internacional privado y se ha ido desechando la teoría de los estatutos ó al menos no se aplica en todo su rigor ni con la inflexibilidad con que sus creadores la idearon. Savigny, entre los jurisconsultos alemanes, y después Pascual Fiore entre los italianos fueron los que señalaron el nuevo derrotero que viene siguiendo esa ciencia al decir que si bien no hay que desechar la doctrina de los estatutos como enteramente errónea es incompleta y se presta a grandes equivocaciones y opinaban que para resolver las cuestiones entre las leyes de los diferentes Estados era necesario admitir una comunidad de derecho entre las naciones sin tener en cuenta los límites de los diferentes Estados y que debía desaparecer ese espíritu receloso y absorbente de la soberanía ó independencia de cada Estado en sus relaciones con los demás.

Estas ideas se han ido abriendo camino y hoy las admiten no solo los jurisconsultos italianos sino los de otras naciones y como consecuencia de ellas son, como veremos después, las disposiciones establecidas en el Código Civil de Italia y en el nuestro para regular las sucesiones de los extranjeros.

Según la teoría de los estatutos los bienes deben regirse en todas las relaciones jurídicas a que puedan dar lugar por la ley del país en que estén sitos por la ley territorial, de modo es que ya para enajenarlos ya para disponer por testamento ó ya para suceder en ellos a abintestato se ha de aplicar la ley del territorio; pero lo mismo Savigny que Fiore hicieron ver que el derecho sucesorio

está íntimamente ligado con el derecho de familia y con la organización de esta y de su régimen económico y que ese derecho es la continuación de la persona a quien se sucede, porque la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del fallecido y siendo así resultaba poco científico y racional el que la sucesión se rija por la ley territorial y mirando a si los bienes radican en distintos países. Esto aparte de que considerándose por todas las legislaciones a la sucesión intestada como la voluntad presunta del fallecido si se aplica a ella el estatuto real se va al absurdo de suponer que el causante tuvo tantas voluntades como bienes dejó en países distintos y de distintas leyes y además también de que sería necesario tanto en la sucesión testada como en la intestada dividir la unidad de la herencia y aplicar a ella diversas legislaciones según que los bienes estuviesen en una u otra nación. De estas consideraciones deducían los jurisconsultos italianos que la sucesión debe regirse por la ley nacional del fallecido y los jurisconsultos alemanes por la ley del último domicilio, diferencia de poca importancia pues tanto unos como otros están conformes en desechar la teoría de los estatutos y en que las sucesiones deben regirse por la ley personal y no por la territorial.

Estas opiniones no solamente han sido aceptadas en el terreno meramente científico sino que han pasado a ser preceptos legales y el Código Civil italiano que rige en esa nación desde el año 1866 ha sido el primero que no obstante sentar como principio que los bienes inmuebles se rigen por las leyes del país en que están situados, y dejando con este precepto a salvo la soberanía y la jurisdicción que al Estado corresponde en todo su territorio, estableció en su art. 8º "Que las sucesiones legítimas y testamentarias, lo mismo en lo que se refiere al orden de suceder que a la entidad de los derechos hereditarios y a la validez intrínseca de las disposiciones, se regirán por las leyes de la nación a que pertenezca la persona de cuya herencia se trate, cualesquiera que sean los bienes y el país en que se encuentren"; es decir, que en materia de sucesión, sea testada ó intestada, el Código civil Italiano no aplica el estatuto real sino la ley de la nación a que vivió sometido el fallecido, ya se trate de bienes muebles ó inmuebles.

He creído conveniente exponer aunque sea someramente

las diversas fases que ha seguido el derecho internacional privado porque sus reglas ó principios fundamentales son también de aplicación en España a las cuestiones de derechos interprovincial como diremos luego.

En efecto, las mismas causas ó algunas de las que dan lugar a la diversidad de legislaciones en los distintos Estados pueden coexistir, aunque no con caracteres tan señalados, dentro de un mismo Estado y esto sucede en la nación Española. Desde luego que el tiempo hará que se borren las diferencias o mejor dicho el conjunto de circunstancias que distinguen a las diversas regiones de España pero no puede negarse que por hoy todavía subsisten. La región de ambas Castillas y de Andalucía no es igual a la de Navarra, Cataluña y Vizcaya, no ya consideradas bajo su aspecto geográfico sino ni en cuanto a las costumbres de sus habitantes ni en cuanto a la organización de la familia y de la propiedad ni siquiera en cuanto a su idioma y esto unido a otras causas que podemos llamar históricas y debido a las cuales por espacio de siglos –hasta el reinado de los Reyes Católicos– nuestra nación se componía de varios reinos ó Estados independientes, claro es que han debido influir para que aún existan en ciertas regiones o provincias y en materia de derecho civil leyes especiales que constituyen el derecho Foral diferente del derecho civil general ó común; y si como ya dejamos dicho pueden crearse relaciones jurídicas entre súbditos de diferentes Estados serán mucho mayores en número las que se originen entre los que sean súbditos de una misma nación y si en ella existen diversas legislaciones por fuerza ha de haber también una base, algo que sirva de pauta para resolver los conflictos entre esa diversidad de legislaciones, entre lo especial y lo general, entre el derecho común y el derecho foral. ¿Y cual ha de ser esa base; qué reglas ó principios son los que han de servir para dirimir esos conflictos?: los mismos que sirven para resolver los de derecho internacional privado porque mientras se conserven las legislaciones forales el territorio y los individuos que por ellas se rigen vienen a estar -claro es que en cuanto a esa especialidad únicamente- con respecto al territorio e individuos sometidos al derecho común en la misma situación que el súbdito y territorio de un país extraño y por ello nuestros

Tribunales vinieron aplicando los principios del derecho internacional privado a las cuestiones de derecho civil que se suscitaban entre los sometidos a una legislación foral cualquiera y los sometidos al derecho común y como ya hemos visto que durante mucho tiempo tuvo gran aceptación la teoría de los estatutos en ella vinieron inspirándose para resolver esas cuestiones que podemos llamar de derecho interprovincial.

Por lo que hace a Vizcaya, que es lo que nos interesa, las leyes del Fuero se han venido aplicando por nuestros Tribunales en todos los litigios en los que se ventilaban cuestiones relacionadas con la facultad de disponer de bienes raíces sitos en tierra llana, fuesen o no vizcaínos originarios y vecinos de las villas de Vizcaya o de cualquiera otra parte los poseedores de esos bienes y ya se tratase de transmitirlos entre vivos y por causa de muerte, por sucesión, porque se consideraba que tales bienes debían regirse en absoluto, para todos sus efectos, por la ley del lugar en que están sitos, por el estatuto real y el único caso que llegó hasta el Tribunal Supremo en que se discutió esa cuestión y del que voy a hacer relación se revolió también en ese sentido por la sentencia de 8 de Junio de 1874.

Se trataba de la sucesión testamentaria de una persona natural y vecina de Madrid que falleció el año 1870 sin dejar descendientes ni ascendientes y bajo testamento en el que después de hacer ciertos legados instituyó por heredero universal a un extraño. Figuraba en la herencia, entre otros bienes, una casería con sus tierras sita en la anteiglesia de Lejona de esta provincia y una pariente colateral de la testadora en cuarto grado, alegando la cualidad de ser pariente tronquera y fundándose en que según la Ley 18 tit. 20 del Fuero de Vizcaya los bienes del infanzonado no pueden dejarse ni por donación entre vivos ni por testamento a ninguno que no sea pariente tronquero pidió se declarase nulo el testamento en cuanto a la disposición de la casería y sus pertenecidos y que le fuese entregado con los frutos y rentas producidos o debidos producir desde la muerte de la testadora. Se opuso a la demanda el heredero instituido alegando, entre otras excepciones, que el Fuero de Vizcaya no tenía aplicación fuera del territorio

del Señorío y que siendo la testadora vecina de Madrid no estaba obligada a respetarlos en su testamento. Lo mismo el Juzgado de primera instancia que la Audiencia, en grado de apelación, declararon la nulidad del testamento en la parte que pedía la demandante y habiéndose interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a él considerando "que en la cuestión que se discutía debe aplicarse el estatuto real y que tratándose de una finca sita en el Señorío de Vizcaya y sujeta, por consiguiente, a las leyes de la tierra, sea la que se quiera la naturaleza y domicilio de la testadora, ésta no tenía facultades para disponer de la finca sino con sujeción a las leyes del país en que radica".

Se trataba aquí, como hemos visto, de una persona que no era vizcaína de nacimiento y que ni siquiera había estado domiciliada en ninguna villa de Vizcaya sino que era natural y vecina de Madrid, de modo que no la comprendía al menos expresamente la Ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya porque esta ley solo se refiere en su letra a los vecinos de las villas de Vizcaya y esto no obstante se declaró por esa sentencia que su sucesión en cuanto a los bienes raíces de la tierra llana, debía regirse por las leyes del Fuero fundándose en que se debía aplicar la ley territorial, el estatuto real; y puede asegurarse que igual resolución hubiese recaído aún cuando el testador hubiera sido catalán, navarro, aragonés ó de cualquiera otra provincia aforada ó del territorio regido por el derecho común porque también se hubiera aplicado el estatuto real en cuanto a los bienes raíces del infanzonado.

III

Quede, pues, sentado que hasta la promulgación del Código Civil nuestros Tribunales venían decidiendo con arreglo a la doctrina de los estatutos la cuestiones de derecho interprovincial con respecto a la sucesión de bienes del infanzonado de Vizcaya. Y ahora, antes de exponer la cuestión a que por virtud de lo que dispone el Código Civil puede dar lugar la ley 15 tit. 20 del Fuero, he de decir algo acerca de la gestación laboriosa que ha tenido la codificación del derecho civil común en nuestra patria pues siguiéndola en todos sus periodos podremos apreciar el cam-

bio de ideas que se ha venido operando en nuestros jurisconsultos y hasta que punto han desechado la teoría de los estatutos para seguir las opiniones de los jurisconsultos italianos en materia de derecho civil internacional privado y como las aceptaron también para resolver conforme a ellas las cuestiones de derecho interprovincial.

Reconocida la necesidad de reunir en un solo código el derecho civil que se hallaba esparcido en multitud de cuerpos legales desde el Fuero juzgo hasta la Novísima Recopilación y disposiciones posteriores se intentó varias veces la publicación de un Código Civil. Fruto de esas tentativas fueron los proyectos de 1851 y de 1882, que no posaron de tales, hasta que por la ley de 11 de Marzo de 1888 se autorizó al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las bases establecidas en esa ley y encargándose su redacción a la Sección de Derecho Civil de la Comisión de Códigos. Estableciéndose en la base segunda entre otros particulares "que en el Código se habían de fijar los fundamentos necesarios así para dar alguna bases seguras a las relaciones internacionales civiles como facilitar el enlace y aplicación del nuevo Código y de las legislaciones forales en cuanto a la personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de vecindad o residencia en provincias de derecho diverso inspirándose hasta donde fuese conveniente en el principio y doctrina de los estatutos.

Lo mismo el proyecto de Código de 1851 que el de 1882 establecían que los bienes inmuebles se rigen por las leyes españolas aunque estén poseídos por extranjeros, disposición tomada de los Códigos Francés y Belga, con lo cual es visto que en esos dos proyectos seguía prevaleciendo la teoría de los estatutos para regular las relaciones internacionales civiles, pero en absoluto, pues no admitían limitación o excepción alguno a ese principio; pero en el texto del Código publicado por virtud de la Ley de 11 de Mayo de 1888 se ve ya de modo patente que sus redactores se separaron, si no por completo, en una parte muy importante de la teoría de los estatutos para seguir a los jurisconsultos italianos sin que por esto se extralimitaran de las bases a que debían

ajustarse pues ya hemos visto que según la base 2ª se habían de inspirar a esa teoría no en absoluto sino hasta donde fuese conveniente y, en efecto, en el título preliminar del Código destinado a tratar de las leyes y de sus efectos si bien establecieron en el art. 10 que "los bienes inmuebles están sujetos a las leyes del país en que están sitos", es decir, al estatuto real, con cuyo precepto queda a salvo la soberanía que al Estado corresponde en todo su territorio, admitieron la excepción en materia de sucesiones al establecer en el párrafo segundo de ese mismo art. "que, sin embargo, las sucesiones legítimas y testamentarias, tanto en el orden de suceder como en la cuantía de los derechos sucesorios y la intrínseca validez de las disposiciones testamentarias se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, de cualquiera naturaleza que sean los bienes y en cualquier país en que se encuentren". Vemos, pues, que los redactores de nuestro código aceptaron lo que en cuanto a las relaciones internacionales civiles en materia de sucesión dispone el Código Civil italiano y le copiaron literalmente trasladando al segundo párrafo el artículo 10 del nuestro el artículo 8º de aquel.

Pero no bastaba esto; se hacia necesario establecer también las reglas o principios que se habían de aplicar para resolver las cuestiones de derecho interprovincial porque no obstante la publicación del Código Civil las provincias y territorios en que regia el derecho foral lo seguían conservando en toda su integridad y los redactores del Código se inspiraron también para resolver esas cuestiones en los mismos principios que habían establecido para resolver las de derecho internacional privado y de ahí que en el artículo 14 se dispusiera "que lo establecido en el artículo 10 respecto a los bienes de los españoles en el extranjero y de los extranjeros en España es aplicable a los bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil" lo que equivale a decir que no obstante de que los bienes inmuebles sitos en las provincias aforadas están sujetas a las leyes especiales que rijan en esas provincias, a la ley o fuero territorial, sin embargo, en materia de sucesión sea testamentaria o legítima se han de regular por la ley o fuero de la persona de cuya sucesión se trate, por la ley personal del fallecido; y como a mayor abundamiento

el art. 15 establecía que los derechos de sucesión declarados en el Código eran aplicables a las personas nacidas en provincia o territorios de derecho común y a los que procediendo de territorios forales ganasen vecindad en otros sujetos también al derecho común podía entenderse que quedaba derogada en su parte más importantes la ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya porque estando sujeto el territorio de las villas al derecho común la ley personal de los que en ellas nacen y se avecinan es la misma del derecho común y, por consiguiente, conforme a él tendrían que regularse las sucesiones testamentarias y legítimas de los vecinos de las villas de Vizcaya y de los naturales de ellas, cualesquiera que fuese la naturaleza de los bienes y el lugar en que estuviesen sitios, aunque fuesen bienes raíces y radicasen en la tierra llana.

No pasó esto desapercibido cuando se discutió en las cortes el Código Civil y en la nueva edición que se mandó publicar por la ley de 26 de mayo de 1889 de la sección de lo civil de la Comisión de Códigos al por las enmiendas y adiciones que debían hacerse tuvo en cuenta las observaciones que expuso en el Senado uno de los representantes de Vizcaya y además de haber dado a ese artículo 10 una redacción gramatical más pura de la que tenía en la primera edición se le adicionó un nuevo párrafo que dice así: "los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana a la ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya". Es de advertir que también fue objeto de enmienda el artículo 15 haciendo desaparecer de él su espíritu absorbente a favor del derecho común y con detrimento de las legislaciones forales estableciéndose en su lugar la reciprocidad para el cambio de legislación o sea que así como una persona aforada queda sometida al derecho común cuando concurren ciertas circunstancias de nacimiento o vecindad del mismo modo los que se rigen por el derecho común quedarán sometidos a la legislación foral.

Hemos llegado ya al punto de donde nace la cuestión a que hoy puede dar lugar la Ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya, pero antes de plantarla vamos a simplificarla reduciéndola a sus verdaderos términos. No admite duda alguno que lo dispuesto en

esa Ley no se aplicará ya en materia de sucesión a los extranjeros que posean bienes en la tierra llana de Vizcaya porque la sucesión de aquellos, testamentaria o legítima, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el país en que estén sitos se ha de regular por su ley nacional; tampoco se aplicará a la sucesión de los españoles que estuviesen sometidos al derecho común fuera de las villas de Vizcaya, o sometidos a una legislación foral cualquiera que no sea la del Fuero de Vizcaya, porque la sucesión de estos se regulará o por el derecho común o por su legislación foral respectiva, es decir, por su ley o fuero personal, tampoco admite duda que no se aplicará a la sucesión de los españoles que no siendo vizcaínos de tierra llana vinieren a residir accidentalmente en una villa de Vizcaya porque la residencia accidental mientras no llegue a convertirse en vecindad con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 n.º 3º del Código Civil no es bastante para perder la legislación originaria; y por último tampoco será aplicable a los vizcaínos de la tierra llana ó de las villas que trasladen su residencia fuera de Vizcaya y ganen vecindad en territorio sujeto al derecho común ó a una legislación foral cualquiera porque mediante ese cambio de vecindad pierden su cualidad de aforados vizcaínos y las leyes del Fuero de Vizcaya en materia de sucesión para adquirir las que rijan en el territorio de su nueva vecindad.

Dejando fuera de la cuestión todos esos casos que hemos enumerado queda ya concretada a los siguientes términos: ¿la ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya obliga en materia de sucesión a todos los vecinos de las villas de Vizcaya? Hay que tener presente que según lo dispuesto en el artículo 15 del Código Civil los derechos de sucesión testada e intestada entre otros, pueden ser objeto de cambio de legislación mediante el cambio de vecindad y que esta se gana de dos maneras, o por la residencia durante diez años en territorio de diferente legislación, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado manifieste su voluntad de conservar su legislación originaria, o por la residencia de dos años si el interesado manifiesta su voluntad de renunciar a la ley originaria y adquirir la que rija en el territorio a donde ha venido a residir. Supongamos, pues, que un castellano, navarro, aragonés o catalán que posee bienes raíces en la tierra llana de Vizcaya tras-

lada su residencia a una villa de esta provincia y adquiere en ella vecindad que podemos llamar civil: ¿la sucesión de éste en cuanto a esos bienes se regulará por las leyes del Fuero de Vizcaya? No hay que hablar de los demás bienes porque en las villas rige el derecho común.

Si para resolver la cuestión solo tuviéramos en cuenta lo que dispone la ley 15 tit. 20 del Fuero no admite duda que debe regularse por las leyes del Fuero de Vizcaya porque como ya vimos al ocuparnos de esa ley sus preceptos comprenderán todos los vecinos de las villas de Vizcaya sin distinguir entre vizcaínos y no vizcaínos; pero hoy en vista de lo que dispone el párrafo 3º del artículo 10 del Código Civil y si nos atenemos a su letra se puede afirmar que esa ley del fuero ha quedado derogada en parte o, mejor dicho, que se ha restringido su aplicación.

Ya vimos que el párrafo 3º dice: "Los vizcaínos aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana a la ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya". Ahora bien, la palabra "vizcaíno" en su acepción propia significa tanto como natural de Vizcaya, sea natural de anteiglesia sea natural de villa y en la acepción que podemos llamar jurídica o civil será vizcaíno el aforado, el que esté sometido a las leyes del Fuero de Vizcaya, pero nunca se podrá aplicar la palabra "vizcaíno" al que no esté comprendido en una de esas dos acepciones y por consiguiente, no se puede aplicar al que procediendo de otra provincia gane vecindad en una villa de Vizcaya ni debemos suponer que el legislador la haya aplicado tampoco. Pero hay más aún, porque al decirse "seguirá sometido" "seguirán sometidos" (los vizcaínos) " a la ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya" como el verbo "seguir" denota la continuación o prosecución de algo que ya ha comenzado el haberse empleado ese verbo viene a corroborar que solamente a los vizcaínos les obliga la ley del fuero porque de aquellos que no siendo vizcaínos adquieran vecindad en una villa de Vizcaya no puede decirse con propiedad que "seguirán sometidos" a una ley que antes de ganar vecindad no les obligaba. Por último: esa disposición del Código Civil se ha de interpretar en sentido restrictivo porque es una excepción a lo establecido como

principio o regla general en el artículo 14 en relación con el 10 del mismo código de que la sucesión, sea testamentaria o legítima, se ha de regular por la ley ó fuero personal del fallecido, de cualesquiera naturaleza que sean los bienes y el país en que se encuentre y sabido es que la ley personal de los vecinos de las villas de Vizcaya es el derecho común.

Atendiendo a estas consideraciones puede sostenerse que desde la promulgación del Código Civil la ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya solo obliga, en materia de sucesión sea testamentaria o legítima, a los poseedores de bienes raíces en la tierra llana que sean vizcaínos originarios de las anteiglesias aunque trasladen su residencia a una villa de Vizcaya y a los vizcaínos originarios de las villas que residan en ellas, pero que no obliga a los que procedan, de territorio o provincia de fuera de Vizcaya aunque ganen vecindad las villas. Esto no obstante, si atendemos a otras consideraciones puede afirmarse que esa Ley del Fuero obliga a todos los vecinos de las villas sean o no vizcaínos originarios y así lo entiendo yo, 1º porque si bien las villas de Vizcaya se rigen por el derecho común formaron parte del señorío de Vizcaya y las leyes del Fuero obligaban a los vecinos de aquellas en materia de sucesión en cuanto a los bienes raíces que poseyeran en la tierra llana, de modo es que aún cuando los vecinos de las villas no eran aforados vizcaínos si lo eran esos bienes y como el Código Civil no ha derogado las legislaciones forales sino que antes por el contrario las respeta en toda su integridad se sigue de aquí que se debe respetar el régimen jurídico que regulaba los derechos de sucesión de los vecinos de las villas de Vizcaya; y 2º porque aún cuando el Código civil establece como regla general que la sucesión testamentaria y legítima se ha de regular por la ley personal, al discutirse en el Senado ese particular y como se hiciera observar que de aplicarse esa regla a los vecinos de las villas de Vizcaya quedará derogada la Ley 15 tit. 20 del Fuero porque la ley personal de estos es el derecho común, la Comisión de la Ley de bases por boca de uno de sus individuos contestó que determinando esa ley del fuero que los vecinos de villa que tuviesen bienes en la tierra llana guarden el fuero en disponer de ellos, el estatuto personal no abroga en manera alguna el estatuto territorial y

que "estando (copio sus palabras) esos bienes enclavados en territorios especiales de fueros, es evidente que por el estatuto territorial les corresponde a sus dueños ese derecho, por más que el estatuto personal pueda a los mismos dueños referirse, toda vez que viven en tierra de villas". Se deduce de esta manifestación que la comisión de Códigos mejor dicho la Comisión de la Ley de Bases del Código Civil admitía como excepción que el derecho sucesorio de los vecinos de las villas de Vizcaya, sin distinguir entre vizcaínos y no vizcaínos, en cuanto a los bienes raíces de la tierra llana, se ha de regular no por la ley personal de sus dueños sino por la ley territorial, por el estatuto real o sea por las leyes del Fuero. 3º Porque al respetarse para los vizcaínos la ley 15 del título 20 del Fuero, esa ley viene a formar parte de la legislación de las villas y el que adquiere vecindad en ellas se somete a dicha ley.

Para terminar, y por la relación que tiene con el asunto que estoy tratando, voy a dar cuenta de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de noviembre de 1902, exponiendo en...

En este lugar se ha perdido una página del texto del Sr. Jado que lamentamos no poder reconstruir. Sin embargo, podemos imaginar que dicha página contiene la exposición del caso que resuelve la sentencia que acaba de ser citada. En ella se resuelve la cuestión planteada por el fallecimiento intestado de S.U., natural de Sopuerta y vecino de Bilbao que no dejaba ascendientes ni descendientes ni parientes dentro del cuarto grado. La herencia la componían bienes raíces sitos en la tierra llana y procedentes de la línea materna.

El Juzgado y la Audiencia de Burgos declararon herederos abintestato a ciertos parientes de la línea paterna dentro del quinto grado con preferencia sobre los colaterales maternos del sexto grado que alegaban su cualidad de tronqueros.

Se interpuso recurso ante el Tribunal Supremo que lo estimó por los argumentos que a continuación desarrolla Jado. Los motivos del recurso eran dos:

En primer lugar se alegó la condición de vizcaíno afo-

rado de S.U. que el Tribunal Supremo refutó con facilidad en la parte del texto que hemos extraviado, teniendo en cuenta que S.U. llevaba más de veinte años residiendo en Bilbao, y no realizó ningún acto que revelara su voluntad de perder la cualidad de vizcaíno aforado.

El segundo motivo de casación se fundaba en la ley quinta el título XX del Fuero, en cuanto es aplicable a los vecinos de villa. Da la preferencia a los parientes tronqueros dentro del sexto grado. Hay que tener en cuenta que el límite en el parentesco colateral no se redujo al cuarto grado hasta la reforma del Código en el año 1928.

La página siguiente continúa así:

... sin realizar ningún acto demostrativo de perder su cualidad de vizcaíno y 2º En que aún cuando se estimara que la perdió se infringía el párrafo 3º del artículo 10 del Código Civil y la Ley 15 tit. 20 del Fuero de Vizcaya en relación no a todos los bienes de la herencia sino a los sitios en el infanzonado. Se declaró no haber lugar al recurso por el primero de los dos motivos y si por el segundo y se anuló la sentencia en cuanto denegaba la pretensión de los recurrentes respecto a que se les declarase herederos abintestato en los bienes raíces sitios en el infanzonado que procedían de la línea materna:

“Considerando que prescindiendo de la aplicación del Código civil que se hacía en la sentencia del tribunal inferior para determinar el fuero personal del fallecido, es manifiesto que con sujeción a los preceptos de la legislación anterior, que en primer término se aplicaban, perdió aquel su cualidad de vizcaíno aforado no solo por su moranza continua durante veinte años en lugar donde no rige el Fuero sino por la resultancia de actos que patentizan la voluntad del interesado por modo claro y expreso, cuales fueron el hallarse empadronado como vecino en la villa de Bilbao y más particularmente el de figurar en las listas del censo electoral como elector elegible, sin que fueran conocidos ningunos otros actos de su voluntad que contradigan la significación de los expues-

tos, por lo que al declarar la sentencia recurrida que aquel había perdido su cualidad de aforado no comete ninguna de las infracciones de ley que se invocan en el primer motivo del recurso,

"Considerando que al declarar la Audiencia territorial que era forzoso aplicar a la sucesión las disposiciones del Código Civil y, en su consecuencia que son herederos universales abintestato por iguales partes las personas que enumera como parientes más próximos del fallecido, con exclusión respecto de los bienes raíces de la tierra llana de los tronqueros que se encuentran en grado más lejano, ha cometido las infracciones alegadas en el segundo motivo del recurso, porque según lo preceptuado en el último párrafo del artículo 10 del Código Civil en relación con la Ley 15 tit. 20 del fuero de Vizcaya, los bienes que el fallecido tuviese en la tierra llana deban ser heredados por los parientes que estén en la línea de donde los bienes procedan estando dentro del sexto grado con preferencia a los que no se encuentren en este caso aún cuando sean deudos más cercanos cual preceptúa la ley 8ª tit. 20 del Fuero.

Dejando aparte una de las dos cuestiones que en esa sentencia se resuelven o sea la que hace referencia a si conforme a las leyes del Fuero de Vizcaya los parientes de la línea de donde procedan los bienes, aunque estén en grado más lejano pero dentro del sexto, que es en el que termina del derecho de heredar abintestato, deben ser preferidos a los parientes de la otra línea aunque estos sean más próximos en grado, cuestión que entiendo se resuelve interpretando en su verdadero espíritu la Ley 8ª tit. 20 del Fuero, tenemos que esa sentencia declara que no obstante haber perdido la cualidad de vizcaíno aforado el causante de la herencia por haber residido en una villa de Vizcaya, su sucesión debe regularse en cuanto a los bienes raíces de la tierra llana por las Leyes del Fuero; pero esta declaración no resuelve la cuestión que hemos expuesto porque en el caso que fue objeto del pleito se trataba de un vizcaíno de nacimiento hijo de padres también vizcaínos, de un vizcaíno aforado, y ya hemos visto que estos, dados los términos en que está redactado el párrafo 3º del Artículo 10 del Código Civil no admite duda que siguen sometidos

dos a la ley 15 tit. 20 del Fuero aunque trasladen su residencia a una villa de Vizcaya, pero este caso no es igual al de que se trate de un navarro, aragonés o catalán que procediendo de su territorio aforado venga a residir a una villa de Vizcaya y gane vecindad en ella porque estos al ganar esa vecindad, perderán, sí, su fuero o ley personal pero es para adquirir la ley personal del derecho común que rige en las villas y el que proceda del territorio de derecho común no cambiará de ley personal aunque gane esa vecindad ya que en las villas esa ley es la del derecho común y como ninguno de estos se halla expresamente comprendido en la excepción establecida para los vizcaínos puede dudarse si su sucesión en cuanto a los bienes raíces de la tierra llana se ha de regular por la ley personal ó por la territorial, por el derecho común o por las leyes del Fuero de Vizcaya.

La cuestión está pendiente y creo ha de ser objeto de encontrados pareceres y materia de litigio hasta que llegue al Tribunal Supremo de Justicia y éste con su fallo inapelable venga a resolverla.

Rodrigo Jado Ventades

PRESENCIA HISTÓRICA DEL EUSKERA EN LAS JUNTAS GENERALES DE BIZKAIA

1. INTRODUCCIÓN

Damos a la luz este artículo al hilo de la publicación de la obra *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*¹, trabajo de investigación colectivo en el que han participado varios miembros de la Academia Vasca de Derecho. El acto de presentación de esta obra, el 18 de febrero de 2004, se desarrolló bajo la presidencia de la Excm. Sra. Dña. Ana Madariaga Ugarte, presidenta de las Juntas Generales de Bizkaia, en el Salón de Actos de esta institución. Las propias Juntas Generales de Bizkaia son las protagonistas de este libro y estas, a su vez, respondieron generosamente con el patrocinio de la obra.

¹ URRUTIA BADIOLA, Andrés (dir.), Alberto ATXABAL, César GALLASTEGI, Eba GAMINDE, Gotzon LOBERA, Aitziber URKIZA y Esther URRUTIA: *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa* [Las Juntas Generales de Bizkaia y el euskera: 1833-1877. Recopilación y análisis de los textos en euskera], Juntas Generales de Bizkaia, Bilbao, 2003, 383 pp. El trabajo de investigación previo a la publicación de este libro se desarrolló en el seno del Instituto de Estudios Vascos de la Universidad de Deusto, bajo el auspicio de las Juntas Generales de Bizkaia.



Presentación de la obra *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*, el 18 de febrero de 2004, en el Salón de Actos de las Juntas Generales de Bizkaia. De izquierda a derecha: D. Aitor Esteban (ex presidente de las Juntas Generales de Bizkaia), D. Andrés Urrutia (director de la investigación), D. César Gallastegi (coautor), D.^a Ana Madariaga Ugarte (presidenta de las Juntas Generales de Bizkaia) y D. Santiago Larrazabal (Director del Instituto de Estudios Vascos de la Universidad de Deusto):

El propósito de esta nueva publicación es describir la particular situación del euskera en las Juntas Generales durante el periodo comprendido entre el final de la Primera Guerra Carlista y la Abolición Foral, que llevó a la supresión del parlamento vizcaíno. Podemos hablar de particular situación puesto que durante el periodo estudiado la lengua vasca obtuvo un estatus del que no había gozado en épocas anteriores.

Como es sabido, en el momento de la configuración de las juntas vizcaínas el latín y los romances se convirtieron en el vehículo principal de expresión del derecho y las instituciones públicas, tal como ocurrió en el resto de los territorios vascos. Durante los siguientes siglos, el euskera quedó relegado y escondido, en favor del castellano utilizado por las élites políticas, pese a que la realidad sociolingüística y las características del régimen político vizcaíno obligaron en ocasiones a tomarlo en cuenta.

Sin embargo, en el siglo XIX la lengua vasca vio mejorado notablemente su estatus jurídico, al menos en las Juntas de Bizkaia, como un anticipo de los retos y oportunidades que le esperaban en el siguiente siglo. El euskera se hizo presente, se visualizó y ocupó un lugar en la vida de las juntas vizcaínas. Y lo hizo de una forma perfectamente reglamentada. El euskera dejó de ser una sombra que acechaba, y estrenó su nueva condición, modesta pero honrosa, hasta que se vio bruscamente truncada por la abolición foral y la supresión de las Juntas Generales.

En las siguientes líneas trataremos fundamentalmente de recoger algunos de los datos aportados en la obra *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*², donde el lector interesado encontrará toda la información sobre la cuestión, si bien, para la mejor comprensión de la exposición, haremos un breve recorrido histórico antes de llegar al periodo estudiado en esa publicación.

² En la obra *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*, además del estudio de los aspectos históricos y jurídicos del uso del euskera en las Juntas Generales, el lector puede encontrar datos referidos al periodo estudiado sobre utilización de la lengua vasca, la recopilación de todos los textos impresos en euskera, un análisis del vocabulario utilizado en los mismos (aspecto de notable interés dada la falta de tradición del euskera en la redacción de este tipo de literatura), el estudio lingüístico de los textos vascos (grafía, fonética, declinación, sintaxis, formas verbales) y una amplia bibliografía.

2. SIGLO XVII: INTRODUCCIÓN DE LA EXIGENCIA DEL CONOCIMIENTO DEL CASTELLANO

Como señalábamos unas líneas más arriba, la influencia romana introdujo y provocó una convivencia del latín con las lenguas autóctonas o previamente establecidas. En cuanto a la escritura, la romanización excluyó el uso de la lengua indígena. Por tanto, lengua escrita no equivale a lengua única, ni siquiera lengua corriente o usual. Pero sí supone un conocimiento del latín, primero, y de los romances, después, entre algunos sectores de la sociedad.

En esa realidad se enmarca la redacción del Fuero de Bizkaia: el castellano se había convertido en el idioma utilizado para la documentación escrita, pese a su desconocimiento por la mayoría de sus habitantes. El castellano se convierte en el vehículo fundamental del poder y las élites, quienes trasladan esta dinámica a las Juntas Generales sin excluir totalmente la utilización del euskera, tal y como se recoge en este fragmento de las actas de 1562: *"el dicho señor corregidor, yncontinente, saco del seno una carta y çedula real que estaba çerrada con el sello real e hizo abrir y leer publicamente a mi, dicho escrivano, como a escrivano de la dicha Junta y Regimiento de Viscaya, de tal manera que beniese a notiçia de todos los que estaban ajuntados en la dicha Junta General y entendiesen muy bien lo contenido en la dicha çedula; e despues de leyda e publicada y dado ha entender por mi, el dicho escrivano, en lengua bacongada lo en ella contenido a los que no sabian romançe"*³.

Sin embargo, a lo largo del siglo siguiente a las condiciones necesarias para ser apoderado se añadieron los requisitos culturales, concretados en el conocimiento del castellano. Según señalábamos anteriormente esta lengua era el vehículo utilizado para la expresión escrita, para la enseñanza y la cultura, además de ser la lengua de los vizcaínos occidentales y de algunas autoridades del Señorío (Corregidor, su Teniente y el Prestamero).

³ LORENTE RUIGÓMEZ, A. Y OTROS: Juntas y Regimientos de Bizkaia. Tomo I. 1558-Abril 1569, Juntas Generales de Bizkaia, Bilbao, 1994, p. 292.

JUNTA GENERAL

DEL

DIA 10 DE JULIO DE 1858.

Prosiguiendo en sus deliberaciones la Junta general en la iglesia juradera de Santa María la Antigua, sita só el árbol de Guernica el día diez de Julio de mil ochocientos cincuenta y ocho, y abierta la sesión á la hora señalada, fué leída el acta de la anterior y quedó aprobada sin oposicion ni reparo.

Acto continuo y á propuesta del señor presidente, acordó la Junta que al señor D. Santiago de la Azuela, antiguo Corregidor político de este Señorío, se dé asiento de distincion entre los señores Padres de provincia.

Asiento de distincion.

Leyéronse luego en castellano y vascuence las dos mociones siguientes:

1.º **ILMO. SEÑOR.**—Ruego á la Junta se sirva determinar que pase á la comision de Caminos y ferro-carril el expediente promovido por los pueblos interesados en la apertura del camino vecinal de primer órden desde Asua á Erleches, para que emita su dictámen con arreglo á su actual estado. Guernica 10 de Julio de 1858.—**ILMO. SEÑOR.**—A nombre de los pueblos interesados, el apoderado de la anteiglesia de Sondica, Juan José de Elona.

Pasa á la comision respectiva una mocion sobre el camino de Asua á Erleches.

2.º **ILMO. SEÑOR.**—El apoderado de Gordejuela que suscribe, propone á la Junta general se sirva acordar, que el expediente promovido por el ayuntamiento del pueblo que representa en solicitud de la supresion de la media cadena establecida en el punto de Padura, pase á la comision de Caminos. Guernica Julio 10 de 1858. — Justo de Arechavala.

Otra sobre supresion de la media cadena de Padura en Gordejuela.

Y la Junta acordó que pasaran ambas á la comision de Caminos y ferro-carril, para que emita su dictámen.

Reflejo en las Actas de la utilización del euskera en las Juntas Generales de Bizkaia.

Así en los primeros años del siglo XVII nos encontramos con varios llamamientos para llevar el monolingüismo a las Juntas Generales de Bizkaia⁴ (con fórmulas como: "se propuso en la dicha Junta General y se decretó de aquí en adelante que el que no supiera leer ni escribir en romance no pueda ser admitido en la dicha Junta ni aunque sea con poder de sus Anteiglesias para las elecciones de los Oficiales del dicho Señorío. Ni tampoco puedan ser electos ni nombrados por tales Oficiales los que no supieran leer ni escribir, para que mejor se gobierne la república del dicho Señorío y que lo susodicho se guarde de aquí en adelante inviolable perpetuamente" o convocatorias a Juntas para "los más idoneos y capaces que hubiere en las repúblicas, que sepan romance, leer y escribir").

Pese a que la inobservancia de estas prescripciones podía llevar aparejada la imposibilidad de participar en la Junta y ser incluso castigado, los casos de incumplimiento eran múltiples y afectaron a numerosas localidades de Bizkaia, llegando incluso a la reincidencia, tal y como se refleja en las Actas. Esto nos hace pensar sobre cuál era la situación real del euskera, más allá de las prescripciones en favor del castellano.

En realidad, a lo largo de ese siglo también hay ejemplos de reivindicación del euskera (en 1631 los asistentes no junteros hicieron oír su petición de que se hablara en euskera) o de su uso (en 1689 se traduce un documento a las dos lenguas; en 1695 fue necesario utilizar el euskera para contener a los asistentes a Gernika).

3. SIGLO XVIII: TOLERANCIA DE LA LENGUA VASCA

A lo largo de este siglo en las convocatorias remitidas por el Corregidor prosiguió la demanda de saber leer y escribir. Sin embargo, no se produjeron rechazos de junteros, por lo que pare-

⁴ Entresacamos este dato y los que siguen de la obra de SAGARMÍNAGA, *El gobierno y régimen foral de Vizcaya*.

ce que la presencia de monolingües euskaldunes era tolerada y la utilización y traducción al euskera habitual.

Así nos lo parecen indicar la referencia en Actas, en 1704, del nombramiento de un intérprete en euskera (Alonso Hurtado de Amézaga), las explicaciones en lengua vasca en 1762 o 1766... Por ello escribe Sagarminaga: *"No resulta que hubiera entonces en las Juntas intérpretes ó traductores que explicaran lo que se decía en lengua no comprendida de todos los concurrentes; pero aunque estaba fundado en razón el que se quisiese hacer obligatorioá los junteros el conocimiento del castellano, porque era el empleado en nuestros instrumento públicos, el usado en Vizcaya por todos los que manejaban la pluma, y por el que presidía las Juntas, parece excesivo el rigor con el que se procedió respecto de los que se presentaron con poderes careciendo del requisito expresado, y así es que andando el tiempo fue necesario valerse de temperamentos más equitativos para cumplir con lo que pedía el servicio público, sin que se diese el triste caso de castigar á los que no sabían otro idioma que el hablado por sus mayores y el usual en su tierra."*⁵

Parece, pues, que en el siglo XVIII, el euskera había recuperado la posición primitiva, lejos ya del pretendido monolingüismo y su régimen sancionatorio. Como colofón recogemos el testimonio de Von Humboldt⁶, quien escribía lo siguiente sobre lo visto en Gernika, en su obra sobre el viaje que le llevó al País

⁵ SAGARMINAGA, F.: El gobierno y régimen foral del Señorío de Vizcaya, vol. 1º, Editorial Amigos del Libro Vasco, Etxebarri, 1988, p. 417.

⁶ VON HUMBOLDT, WILHELM: Los vascos, Roger, Donostia, 1999, p. 63. Sobre Gipuzkoa apuntaba lo siguiente: "Esta junta general cambia 18 localidades de Guipúzcoa. Está prescrita para elegir el diputado general y los de distrito, decidir sobre los asuntos generales del país, y fijar los puntos sobre los que debe deliberarse en la junta próxima. La reunión se tiene en un local cerrado, no publicamente, y la exposición es siempre en castellano. Sólo se explica lo dicho, cuando el asunto es importante, en vascuence a los que no saben castellano."

Vasco en 1799: *"En las juntas generales mismas domina, sin embargo, una casi ilimitada libertad y un verdadero espíritu de independencia, y la presencia del corregidor no impide que cada cual diga libremente su opinión. En muchos casos también se ausenta él, y a menudo se habla en vascuence, que él no comprende. Hasta hace él mismo leer en ambos idiomas en muchos casos los memoriales en discusiones de interés general."*

4. SIGLO XIX: NUEVA REGULACIÓN DEL USO DEL EUSKERA

4.1. Introducción

En el siglo XIX se reconocerá expresamente la existencia del euskera y la exigencia de que los apoderados conozcan el castellano desaparecerá. Nos encontraremos con que los apoderados hablan, discuten, interviene y votan en castellano y euskera. Todo ello ocurrirá a partir de 1833, como detallaremos a continuación. Antes de esa fecha recordemos el episodio de la Zamacolada, donde su máximo protagonista, en 1804, dirigió el trascendente discurso de presentación de su proyecto en los dos idiomas.

4.2. Reglamentación sobre el uso del euskera en las sesiones de las Juntas Generales

La reglamentación del uso del euskera se inicia en 1833 y se prolonga de forma positiva hasta la desaparición de la institución vizcaína.

A) Reglamento de 1833

Se recoge por vez primera la cuestión lingüística en este reglamento. Son dos los artículos que contemplan la materia⁷:

⁷ Actas de las Juntas Generales, 1833, p. 30

JAUN GUZTIZ ARGUTSUBA.

Hi onen bosteko batzaarrian Berorren Mesediac icentau eban guizon-talda edo comisinotac icusi ta aitu ditu, astiro ta ardura andijagaz, Vizeaco buru edo Diputaciao generalac emon deutzazan eracutsi, aguri, edo documentu baijo andicuaac. milla zortzireun eta ogueta emeretzijan, urrijaren ogueta bostian, emon zan leguieren betelasiunaren gabilan; baita bere alan Dipulaciaoac, emon zan leguieracoreraco autu etran Jaunaac aoz emon deutzeezan azaldecra ta argutasunac: eta azterturic gustija astiro, cialz eta gogotic, erabagun dau adierazotia berorri, emon dagujon baija, baldin badericha, urreego gauza oneci, ceinizac diran:

Leleengo. Vizeaco Batzar oso, edo Junta Generalac, autoritu ta adierazo dagujala alabantzatic andijenecen ditaaac dirala bertaco buru edo Dipulaciaoac aratu dituzan neurrijae: baita D. Timoteo Lozaga, la D. Francisco Hormacche, erre-gue-urri edo corteri bihurturico Jaunaac, egin ditubezan aleguinae; eta bardin milla zortzireun ta berrogueta zortzico Batzar oso edo Junta Generalian egin zan aguinidin baten indarrez icentau zan guizon-talda edo comisinotariaren eguitadaac; emonic guztijai ta bacochari esquer andi ta beraarizcuaac bete ditubezalaco ain osaro, vizcailar on ta lejaleen guisun, eurren lan ta egin-biarrac, milla zortzireun eta ogueta emeretzijan, urrijaren ogueta bostian, emonic leguieren betetasunaren ganian.

ILUSTRÍSIMO SEÑOR.

La comision nombrada por V. S. I. en sesion de cinco del corriente se ha enterado muy detenidamente así de los documentos importantes que le han sido presentados por la Diputacion general, relativos al cumplimiento de la ley de 25 de Octubre de 1839, como de las esplicaciones verbales dadas por esta corporacion y por los señores comisionados en corte; y despues de un exámen cuidadoso, y de profundadas y luminosas discusiones, ha acordado proponer á la aprobacion de V. S. I. lo siguiente, á saber:

1.º Que declare la Junta general digna del mayor elogio la conducta observada por su Diputacion y las gestiones practicadas por los comisionados en corte los señores D. Timoteo de Lozaga y D. Francisco de Hormacche, así como tambien los actos de la comision colectiva que se formó á virtud del decreto de la misma Junta de 20 de Julio de 1848, ámbosdesde á unas y otros un voto especial de gracias por la lealtad vizcaína con que han desempeñado sus respectivos encargos en orden al cumplimiento de la ley de 25 de Octubre de 1839.

Ejemplo de texto escrito en euskera recogido en las actas impresas de las Juntas Generales de Bizkaia de 1850: dictamen de la Comisión de Fueros. Este texto bilingüe también fue publicado como hojilla impresa suelta y de ahí tomamos esta imagen.

Art. 36: "Se dará principio, tanto en la lectura de expedientes, como en los discursos, en idioma castellano, y se continuará en el vascongado, hasta que todos los apoderados queden suficientemente enterados de los asuntos que se ventilen".

Art. 42: "Concluida la discusión del punto en cuestión, se procederá en seguida á la resolución, y pareciendo dudosa la pluralidad, por excitación de cualquiera apoderado, mandará el Señor Presidente proceder á la votación, y poner por escrito en idioma castellano y vascongado las proposiciones ó preguntas sobre que ha de recaer".

B) Acuerdo de 1841

En 1841 la cuestión de la lengua dio origen a una discusión que, siguiendo la línea del reglamento de 1833, se dio por finalizada en los siguientes términos⁸:

"Resolvióse en seguida despues de varias esplicaciones á que dio lugar la reclamacion de algunos señores apoderados vascongados, que diariamente se trajese á la Junta en lengua vascongada por escrito el extracto de la acta de la sesion precedente, para que asi quedasen mejor enterados de sus deliberaciones y acuerdos los que no poseyesen el idioma castellano, y quedó á cargo de la Diputacion el nombramiento entre los señores vocales de la Junta de los que hubiesen de hacer la versión de las actas de una á otra lengua."

C) Reglamento de 1850

Nuevamente se regula el asunto. Así, en parecidos términos al reglamento anterior, se determina lo siguiente⁹:

⁸ Actas de las Juntas Generales, 1841, p. 18.

⁹ Actas de las Juntas Generales, 1850, pp. 38 y 39.

Art. 28: "Se dará principio, tanto en la lectura de expedientes, como en los discursos, en idioma castellano, y se continuará en el vascongado, hasta que todos los apoderados queden suficientemente enterados de los asuntos que se ventilen".

Art. 33: "Concluida la discusión del punto que se ventile, se resolverá en seguida lo que se estime conveniente, y en el caso que parezca dudosa la mayoría, se procederá á la votación nominal del punto debatido, que se pondrá por escrito en idioma castellano y vascongado, para conocer de una manera indudable la opinión acerca de él de la propia mayoría".

D) Reglamento de 1854

El último reglamento¹⁰ aprobado durante la existencia de las Juntas Generales contenía, por segunda vez, una fórmula ya conocida¹¹:

Art. 29: "Se dará principio con la lectura de expedientes y documentos en idioma castellano, y se continuará en el vascongado, procediéndose en la discusión en ambos idiomas hasta que todos los apoderados queden suficientemente instruidos de los asuntos que se ventilen".

Art. 34: "Concluida la discusion del punto en cuestion, se procederá en la seguida á la resolucion, y pareciendo dudosa á la pluralidad por excitación de cualquiera apoderado, mandará el Sr. Presidente proceder á la votación y poner por escrito en idioma castellano y vascongado las proposiciones y preguntas sobre que ha de recaer".

¹⁰ Este reglamento sufrió varias reformas en los años siguientes a su aprobación, reformas que no afectaron a la cuestión lingüística: los artículos 29 y 34 no fueron modificados.

¹¹ Actas de las Juntas Generales, 1854; el texto completo del Reglamento se encuentra en el anexo de las Actas, en páginas sin numeración

4.3. Referencias en las actas a la utilización del euskera

Según lo señalado anteriormente, los reglamentos y acuerdos de las Juntas ordenaban la lectura del acta del día precedente y la discusión sobre los expedientes en castellano y euskera. Efectivamente, el texto de las actas contiene numerosas referencias a esta cuestión. Además, se observa la tradición de traducir al euskera el discurso de apertura de las Juntas Generales pronunciado por el Corregidor. Son numerosísimos los testimonios de la época que recogen esta nueva situación¹².

Hemos procedido a computar el número de referencias expresas, acta por acta, de utilización del euskera, obteniéndose los siguientes resultados:

Año de celebración de las Juntas Generales de Bizkaia	Número de referencias expresas sobre la utilización del euskera
1833	2
1839	2
1841 (primeras)	4
1841 (segundas)	3
1844	4
1846	1
1848	24
1850	15
1852	31
1854 (primeras)	11
1854 (segundas)	21
1856	7
1858	5
1859	4
1860	9
1862	8
1864	12
1866	16
1868	14
1870	4
1872	5
1876 (primeras)	3
1876 (segundas)	17
1877	4

Como se puede ver, las referencias a la utilización del euskera de una forma u otra son numerosas. Si embargo, en esta tabla sólo se recogen las referencias expresas: lo más lógico es que se produjeran muchísimas más actuaciones orales relacionadas con la lengua vasca¹³.

4.4. Textos en euskera recogidos en las Actas de las Juntas Generales

Una cuestión diferente a la planteada en el punto anterior es la presencia de textos en euskera insertos en las páginas de las Actas de la Juntas Generales de Bizkaia. En efecto, las actas de las Juntas Generales, redactadas en castellano y dadas a la imprenta, se distribuían profusamente por Bizkaia con posterioridad a la clausura de las Juntas y, fruto del nuevo clima respecto a la lengua vasca, en las actas correspondientes al periodo 1833-1877 nos encontramos por primera vez con textos escritos en euskera¹⁴.

¹² Por citar a tres de ellos, Antonio de Trueba, cronista del Señorío, en la obra *Bosquejo de la organización social de Vizcaya*, (obra escrita en 1867 y publicada en 1870): "Los apoderados hablan en castellano o en vascuence, según más les place."; Delmas: "reina el más perfecto principio de igualdad, los discursos en vascuence y en castellano alternan, ó se confunden [...] traslada al santuario de las leyes forales á presenciar las cuestiones que en lengua vascongada y castellana se debaten públicamente" (*Guía histórico-descriptiva del viajero en el Señorío de Vizcaya*, Editorial La Gran Enciclopedia Vasca, Bilbao, 1980, p. 205); Marichalar y Manrique: "Preside el corregidor, quien dirige á la reunión un discurso análogo á las circunstancias, que se traduce al vascuence, se imprime y reparte; nombrándose en seguida la comisión de exámen de poderes, que deben quedar aprobados en la sesión inmediata; empezándose luego á tratar los asuntos señalados en la convocatoria. Mas para simplificar las discusiones, suelen nombrarse comisiones que examinan los negocios y emiten dictámen, que casi siempre es aprobado. Generalmente se discute en castellano, vertiéndose luego la discusión al vascuence" (*Historia de los Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipuzcoa y Alava*, Auñamendi, Donostia, 1980).

¹³ Por ejemplo, la lectura del resumen del acta del día anterior en euskera se señala sólo en ciertos días.

¹⁴ Algunos de estos textos, además de su aparición en los cuadernos de actas, aparecen como hoja impresa suelta. Y es que era costumbre que algunos de los textos manejados por las Juntas Generales se imprimieran y divulgaran como hoja aparte.

DISCURSO

PRONUNCIADO

POR D. MANUEL ENCISO Y SOLANA,
COMO CORRECTOR POLITICO DEL M. N. Y M. L. SEÑORIO DE VIZCAYA EN EL ACTO SOLEMNE DE LA
APERTURA DE LAS JUNTAS DE GUERNA, EN EL DIA 10 DE JULIO DE 1856.

SEÑORES: cuando vine por primera vez á este suelo privilegiado para contrastar vinculos indisolubles con vuestra familia, no pensaba que la Providencia me tenia destinado el alto honor de ocupar ese s6no, en el que me han precedido eminentes patriotas; para ligarme á vuestros fueros con el juramento solemne que acabo de prestar bajo el arbol de vuestras montañas. Al hacerlo no he sentido violencia, porque ansante de la libertad de los pueblos desde el momento que la luz de la razon iluminó el entendimiento, he admirado siempre á este pueblo valeroso que ha sabido conservar, á través de los siglos y en medio del despotismo de las naciones,

Si alguno pudiese hoy en el mundo digno de la libertad es el vuestro, porque ella está encarnada en vuestra existencia, es el modo de ser del país visco: con vuestras libres instituciones, habéis sido felices, ha brillado entre vosotros la Religión Santa, y habéis conservado las buenas costumbres.

BERBA-ALDI

D. MANUEL ENCISO TA SOLANAC,

Vicario corregidore orduarico leguez, esana guztieken batzar edo Junta guberñaren edegiditza, Guernikako Arbolaren azpian, garagarillaren 10, 1856 garren artian: siltatzen diano Batzararen betaren agintuz.

JAIURAC: Leborgo aldiz elotri mitatsian lur ain dontramentara zuben artian vici izatera, oelban usie izan, biolaco inoñuz, eucala Jaungoikoren Provisioneijac izenburue niretzat orain nic ocupetan doban jartzen ain geratu eta hon- ra anduea, eta celtetan jiri izan diran ai latio leborgo guizon aitu ta virtutaz, heterocac, zuben Foranjin bat eguitaco, orain Arboia beneregeritoren eta mendu artian dauamira azpian egundolan jaramentuarai beran, Egun dot bal vjatz vijotzeic, eta sorenclerice osenagaz, cerren inkleitue Firjen libertada, neure auzio erza- rozac argituelanezquero, beti leguiratu izandueisat miraric audienagaz zuben latri seculo ta valures andico onh, jaiquin izandibolaco gurdetan pñenda ain eder ta asqueinatana, ainhazte guzualdi rago diran artian, eta besto erreina edo Racinozac inai gura izan deuscalbezan locare eta bustarriren artian.

Manduan bada Errinc, libertaduren dñin dancic, di dñiblagaric zulañaz; cerrea dugua botegutic: osaban vici- ziazac eta diblaco erri eucaldun onen vicuaco moduloz: Ceñue libertadeco legue edo Forarac, izan zarczagitue- cuae: izan datuben artian zubeen erregitue Santea ondo gerdé eta geratu, ta bariñ: eubien usaljo edo cos- tumbre onac.

Discurso del Corregidor en su versión original y su traducción en euskera en 1856. Para la imagen tomamos el ejemplar del dis- curso que apareció como hoja suelta.

Lógicamente este uso escrito del euskera, a diferencia del oral, planteaba las dificultades propias del uso de una lengua culta, en especial si tenemos en cuenta la solemnidad del texto más traducido: el discurso del representante del Señor de Bizkaia. Es por ello que para este tipo de textos se recurriera a algún escritor, persona ajena a las Juntas¹⁵, siendo el más conocido el escritor Fray José Antonio Uriarte (1812-1869)¹⁶.

Enumeramos, a continuación, estos textos escritos en euskera¹⁷, junto con el año de aparición:

1. Discurso del Corregidor (1846)
2. Discurso del Corregidor (1848)
3. Dictamen de la Comisión de Fueros (1850)
4. Discurso del Corregidor (1856)
5. Discurso del Corregidor (1858)
6. Discurso del Corregidor (1859)
7. Discurso del Corregidor (1860)
8. Discurso del Corregidor (1862)
9. Discurso del Corregidor (1864)
10. Discurso de un apoderado (1864)
11. Discurso de un juntero (1864)
12. Discurso del Corregidor (1866)

¹⁵ Para las traducciones orales entre ambos idiomas en cambio se recurría a algún miembro de las Juntas bilingüe; por ello, es de destacar la importancia que tenían estos intermediadores lingüísticos; véase la opinión de Lemonauría al respecto, expresada su obra de 1837: *Ensayo crítico sobre las leyes constitucionales de Vizcaya*.

¹⁶ Este experto literato habla de este trabajo en las cartas que cruzó con el Príncipe Luis Luciano Bonaparte. Uriarte recibió el agradecimiento público de las Juntas Generales en 1864, según se lee en las Actas de dicho año, p. 130.

¹⁷ Además de estos textos en euskera insertos en las Actas de las Juntas Generales, a lo largo del periodo estudiado las autoridades forales vizcaínas hicieron imprimir otros textos en lengua vasca, como el mensaje de Allende Salaza, en 1854, cuya publicación bilingüe se acuerda en las Juntas Generales de ese año o algunos documentos de la Diputación, como el mensaje a los vizcaínos después de la muerte de Fernando VII (1833) o la Circular conteniendo un mensaje de la Diputación sobre la leva de marineros (1865).

sion ha terminado puesto que he cumplido con los deberes que me imponian mi lealtad y mi patriotismo. Si no he sabido desempeñarla con el acierto que yo deseaba y que vosotros teniais derecho á exigir, culpa habrá sido de mi escaso talento, no de mi firme voluntad ni de mi buen deseo. Esta idea tranquiliza mi espíritu y calma mis recelos; que al volver á mi modesto hogar despues de revueltos dias y de azarosos momentos llevo serena mi conciencia porque abrigo el profundo convencimiento de haber empleado todos mis esfuerzos en servir á Vizcaya! Celoso de su gloria, amante de su ventura, siempre estaré dispuesto á sacrificarme por ella. Recibid, ahora, mi cordial y respetuoso saludo, señores apoderados; y permitid que en los momentos en que abandono este sitio os felicite por haber confiado los destinos del pais á buenos y entusiastas vizcainos. Depositemos en ellos toda nuestra confianza; prestémosles firme, robusto y decidido apoyo, ayudémosles á conservar incólume en medio de la paz y garantido por el orden el sagrado tesoro de nuestras libertades.»

Acto continuo, el Sr. Diputado D. José María de Murga hizo su manifestacion en ambos idiomas en los siguientes términos:

«Entrego á S. S. (*dirigiéndose al Sr. Corregidor*) este baston que al dejarlo mi mano puede ser empuñado sin desdoro por cualquiera persona honrada. Sabia al aceptarlo que habia de tener por compañeros el asentimiento de los ménos y el encono de los más; pero olvidando lo segundo tan solo he recordado lo primero y os he hecho todo el bien que he podido. Hijo de Vizcaya, amante como el que más de sus franquicias, si lo tomé en un dia fué porque creí hacer con ello un servicio á mi pais: á no haber sido así, jamás lo hubiese puesto en contacto con mi mano. Recibalo S. S. y, al entregárselo, ruego á Dios, desde el fondo de mi alma, bendiga á mi patria, bendiga á mi pais natal, les dé paz y prosperidad y no permita vuelvan á reproducirse los sucesos á los que debí la investidura que hoy depongo ante la autoridad que me la confirió, ni consienta tampoco vuelvan á tener lugar los aciagos acontecimientos que sobrevinieron despues.»

Discurso del Sr. Diputado D. José María de Murga.

«Emen dauca nire bastoia: garbi urtelen-dau nire escuetatic, eta edo-
ceiñ guizon onec artu-leique, ciur icenda bere escuac ez dituzalá loituco
nirenatic artzendabenian. Artu-nebanian, ba nequixan nigas euquico-
nitula guichien ezquerrac eta gueixener gorrotua: baña bigarren-an astu-
ta, lelengua bacarric euquiot nire goguan eta egui-otzuet aleguiñ. sic-oten
on-gustia. Vizcaico semia: bere foruac nire burua beste maite dodazaná,
artu-neban siñistuten-nebalaco Vizcaico onantzat siengozalá: alan siñistu
ez banen, iñoz nire ezcuac ez entzen siutu-co. Artu-bei, eta bedorren es-
cue-tan coiñ-gandic artu neban, ipin-teotnian; escatzeotzat: Jáungoicuari,
nire biotzan barren-eti, berincatu-daixela España, berincatu daixela Viz-
caixa, emon-daixuela baquia eta ondasuna, eta ez daixela barriro ichi emen
zortu-daitezcan orduan zortu-ciran gauzac, ez ain guichi gueruago zori
charrian icusi oguzanac.»

Version vascongada hecha de su discurso por el Sr. Murga.

Discurso bilingüe del Diputado José María de Murga, recogido en las actas impresas correspondientes al año 1872.

13. Petición, discurso¹⁸ y decreto en relación con la armada (1866)
14. Carta dirigida a las Juntas Generales (1866)
15. Discurso de un apoderado (1866)
16. Palabras de un apoderado y respuesta del Corregidor (1866)
17. Discurso del Corregidor (1868)
18. Mensaje a Su Santidad (1870)
19. Palabras de un diputado (1872)

En fin, aquí termina este breve resumen del contenido del libro *Bizkaiko Batzar Nagusiak eta euskera: 1833-1877. Euskarazko testuen bilduma eta azterketa*. A lo largo de sus páginas el lector encontrará todo tipo de detalles sobre los cuarenta años que median entre el inicio de la guerra carlista y el final del parlamento de Gernika, en los que la lengua vasca mejoró notablemente su situación en la vida pública vizcaína.

César Gallastegi

¹⁸ Curiosamente este discurso, pronunciado originalmente por Miguel de Loredo en castellano sólo se recoge en las actas en euskera; es decir, la única forma de conocerlo es leyendo su traducción en euskera.

LA MULTICULTURALIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA: LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

El 29 de septiembre de 2003 se aprobó la Ley orgánica 11/2003 sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros y entró en vigor al día siguiente de su publicación¹. Se trata de una ley de carácter pluridisciplinar que introduce modificaciones en el Código Penal, en el Código civil y en la Ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Precisamente, el tratamiento conjunto de materias tan dispares y de semejante relevancia en una misma Ley, dio lugar a que se produjeran numerosas enmiendas durante el debate parlamentario dirigidas en favor de tratar los temas referidos de forma separada o en proyectos de leyes distintos². Igualmente, esta heterogeneidad así como el calado social de su temática hace que, sin embargo, haya pasado desapercibido para

¹ BOE de 30 de Septiembre de 2003.

² Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (BOCG), 13 de mayo de 2003, núm. 136-8.

la mayoría de los grupos parlamentarios el apartado de la Ley 11/2003 relacionado con la modificación del Código Civil y apenas tiene trascendencia parlamentaria ni mediática.

A pesar de ello, se trata de una notable modificación que la doctrina internacional privatista venía aconsejando hace tiempo³ por lo que vamos a tratar de analizar la viabilidad de la reforma, sus potenciales problemas y sus beneficios más inmediatos.

El artículo tercero de la Ley orgánica 11/2003, modifica el artículo 9.2 y 107 del Código Civil relativo a la ley aplicable a la separación y al divorcio en los supuestos de tráfico externo. El cambio se realiza en un momento en el que cada vez nos son más conocidos los conflictos que surgen en razón de la convivencia entre personas pertenecientes a diferentes culturas. Efectivamente, la diversidad cultural constituye hoy día una característica de la realidad social más cotidiana y se manifiesta, con carácter especial, en todo aquello vinculado con las relaciones familiares. Las costumbres perduran con fuerza en el ámbito familiar que en ocasiones, se convierte en un fiel reflejo de los valores existentes en cada cultura. A través de los hábitos familiares resaltan, no solo las diferencias entre valores, sino la disparidad de los ordenamientos jurídicos que los regulan sobre todo cuando vienen marcados por principios de carácter religioso.

El fenómeno migratorio contribuye notablemente a la existencia de una creciente demanda de multiculturalidad. España se ha convertido en un Estado receptor de un importante movimiento de emigrantes⁴; su integración en la Unión Europea, sus

³ S. A. SANCHEZ LORENZO. "Postmodernismo y Derecho Internacional Privado". REDI, vol. XLVI (1994), 2 P557-585, en especial p.575. A. QUIÑONES. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa. Fundación "la Caixa" 1999. P 33-35.

⁴ En la actualidad existen 1.647.011 extranjeros residiendo legalmente con papeles en España, en función del Balance del Departamento de extranjería del Ministerio de Interior presentado el 13 de enero de 2004. Los datos reflejan que se expulsaron a más de 90.000 inmigrantes y al menos otros 619.598 tienen tarjeta sanitaria para personas sin recursos. De los datos se desprende que el número podría verse duplicado si se tiene en cuenta a los extranjeros que de forma ilegal se encuentran en España.

caracteres culturales así como la especial situación de sus fronteras, lo convierten en un punto determinante de migración procedente de distintos y variados lugares. En el interior de las fronteras españolas nos encontramos con dos tipos fundamentales de inmigración: la *intracomunitaria* que conectada con el principio de libertad de circulación engloba a migraciones sobre todo de tipo laboral y generalmente por tiempo limitado, y la *extracomunitaria* que con carácter muy distinto, dada su procedencia de países más pobres, generalmente abarca a personas con intención de establecerse para un tiempo indeterminado o definitivo. Las cuestiones que vamos a plantear se manifiestan principalmente cuanto mayor son las diferencias, por lo que fundamentalmente aparecen en relación con las migraciones de carácter extracomunitario donde existe un significativo desencuentro cultural.

El incremento de la migración produce un consecuente aumento de las relaciones familiares con un elemento de extranjería y el Derecho Internacional Privado, como sector encargado de solucionar los conflictos derivados de situaciones privadas internacionales, se ve notablemente afectado.

Tras la segunda Guerra Mundial se refleja una progresiva materialización del Derecho marcada por el reconocimiento de los Derechos humanos con carácter universal y la aparición del Estado social que lo dotan de un contenido ético y objetivo de justicia. En el ámbito del Derecho de familia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, esto se traduce en la utilización de normas de conflicto orientadas a la aplicación de las concepciones del foro en protección de determinados valores fundamentales⁵.

En la actualidad, la diversidad cultural emergente pone de relieve la necesidad de adecuar el Derecho Internacional Privado a las nuevas necesidades sociales. La defensa de una sociedad multicultural reaviva el debate del relativismo cultural ante el

⁵ Vid. P. ABARCA JUNCO. "La regulación de la Sociedad Multicultural". En Estatuto Personal y multiculturalidad de la familia de A.L. Calvo Caravaca y J. L. Iriare Ángel (Edits). Madrid 2000.

universalismo jurídico.⁶ La existencia de una sociedad heterogénea nos lleva a plantearnos nuevas situaciones y a reconsiderar los elementos que la forman relativizando las soluciones y, en palabras de Sánchez Lorenzo “*integrando su complejidad*”.⁷

2. LA LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN Y AL DIVORCIO DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA ANTES DE LA REFORMA

El artículo 9 y el artículo 107 del Código civil, contienen la regulación del llamado “estatuto personal y familiar” de los extranjeros en España. Estos artículos conforman un sistema de normas de conflicto que nos remite principalmente a la nacionalidad como punto de conexión fundamental y determinante de la norma aplicable en los conflictos de leyes relacionados con el Derecho de familia. La nacionalidad establece el ordenamiento aplicable con carácter principal en materias como capacidad y estado civil de las personas (artículo 9.1 Cc), efectos del matrimonio (artículos 9.2 y 9.3 CC), relaciones paterno-filiales (9.4 Cc), sucesiones (9.8 Cc) y en la materia que nos ocupa: la separación y el divorcio (artículo 107 Cc).

El artículo 107.1 del Cc dispone la ley aplicable a toda institución relativa a la “*disolución ínter vivos del matrimonio*” en aquellos supuestos de tráfico externo.

Las modificaciones que introduce la nueva Ley no cambian la estructura básica del precepto compuesto por una norma de conflicto con varios puntos de conexión, subsidiarios y ordenados jerárquicamente de tal manera que se aplican gradualmente y *en cascada*.

⁶ P.A. DE MIGUEL ASENSIO. “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional Privado”, Revista de Derecho Privado, julio-agosto, 1998.

⁷ S.A. SÁNCHEZ LORENZO. “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, REDI, Vol. XLVI (1994), 2.pg. 557-585 especialmente pg. 560.

⁸ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALÉZ. Derecho de familia internacional. pg. 145 y ss.: “Toda institución extranjera que desarrolla la función de disolver ínter vivos el matrimonio debe ser regulada para decidir su ley aplicable por el artículo 107Cc.”

Con anterioridad a la modificación contenida en la Ley orgánica 11/2003, el artículo 107.1 Cc establecía que la separación y el divorcio se regían por: a) la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; b) a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y c) si la residencia de los cónyuges estuviera en diferentes Estados se establece una cláusula de cierre a favor de la lex fori, es decir la ley española, siempre que los Tribunales españoles sean competentes.

La norma regulaba por tanto tres supuestos distintos a tener en cuenta: que los cónyuges posean la misma nacionalidad, que tengan distinta nacionalidad pero residencia habitual común y por último, cónyuges con distinta nacionalidad y distinta residencia habitual.

a) La nacionalidad como punto de conexión principal

En primer lugar observamos como la nacionalidad común de los cónyuges con anterioridad a la reforma que analizamos, se caracterizaba por ser un punto de conexión que determinaba la ley aplicable a la separación o al divorcio de manera exclusiva, es decir, en aquellos casos en los que los cónyuges poseían nacionalidad común, no se podía acudir a ningún otro punto de conexión para establecer la ley aplicable a las crisis matrimoniales, salvo en situaciones contrarias al orden público del foro (12.3 Cc).

La nacionalidad común como punto de conexión primordial procede del principio de soberanía estatal. En función del mismo, a los nacionales de un Estado se les aplica la ley de su país con independencia del lugar donde se encuentren. Mediante la localización de las relaciones jurídicas en el país de la nacionalidad se protege la idea de cimentar la unidad nacional, la idiosincrasia y la tutela sobre los inmigrantes⁹.

⁹ A. QUIÑONES. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa. Fundación la Caixa. 1999. pg. 34.

El criterio de nacionalidad común para disponer el ordenamiento aplicable en las crisis matrimoniales, responde a una idea básica dirigida a garantizar el respeto a la identidad nacional y cultural del extranjero permitiéndole aplicar su ley nacional a su estatuto personal y así mantener las costumbres de su país de origen¹⁰.

Salvo bajo la posible existencia de casos con doble nacionalidad,¹¹ parece una solución simple y a primera vista positiva ya que además, proporciona un tratamiento unitario de las cuestiones de Derecho da familia que pueden acompañar al litigio¹². Así mismo, resulta un criterio adecuado cuando la ley nacional sea realmente la más cercana a los cónyuges y con la que presentan vínculos más estrechos, lo que se produce generalmente en aquellas migraciones de carácter temporal. En estos casos, la aplicación de la ley nacional común facilitará el reconocimiento del divorcio o la separación en el país de origen y el acogimiento en el momento del regreso al no producirse ruptura alguna con el vínculo cultural de los cónyuges pero será problemática en otros supuestos

En la actualidad las circunstancias que rodean al fenómeno migratorio han cambiado notablemente. Las particularidades que orientaron la Ley 30/1981, de 7 de julio, que introdujo el divorcio en nuestro país, lógicamente no coinciden con los caracteres de la presente sociedad. España se ha convertido en un país receptor de emigrantes caracterizado por la variabilidad y heterogeneidad de estas migraciones y la nacionalidad común como punto de conexión, resulta poco adecuada y anticuada en

¹⁰ E. JAYME. "Identité culturelle e integration: le droit international privé post-moderne". R. des C. 1995-II, Tomo 251, pg. 9 y ss.

¹¹ Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT. "Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español". La Multiculturalidad especial referencia al Islam, Cuadernos de Derecho Judicial 2002. Pg. 70 y 71.

¹² G. PALAO MORENO "La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto a la identidad cultural". Actualidad Civil. Núm. 15 del 9 al 15 de abril de 2001. pg. 529.576.

numerosas ocasiones¹³. Esta variedad se refleja por un lado, en las distintas causas que mueven a la migración, que además marcan su voluntad de permanencia, y por otro, en la multitud de países de procedencia y diferentes costumbres.

Efectivamente, además de la movilidad intraeuropea que suele tener un carácter básicamente laboral y la mayoría de las veces temporal así como, unas costumbres similares, se nos presenta en mayor medida, una migración procedente principalmente de países iberoamericanos, asiáticos y africanos en busca de “un mundo mejor”. Este colectivo de emigrantes se establece frecuentemente para un largo periodo de tiempo de carácter indeterminado o de manera definitiva y con el tiempo procuran traer a sus familias que se reagrupan con el trabajador. En estos casos la aplicación de la ley de nacional con la consecuente identificación automática de estas personas con su ley de origen, incluso por encima del largo periodo de residencia que pueden llevar en nuestro país, resulta a menudo contrario a su voluntad de integración¹⁴.

Una muestra de ello es que la conservación de la nacionalidad del país de origen o la adquisición de la nacionalidad del país de recepción, en ocasiones responde a motivos ajenos a una identificación cultural real del extranjero con el país de su nacionalidad o a su deseo de integración. La adquisición de la nacionalidad puede corresponder a razones políticas o económicas y su no adquisición, a las dificultades encontradas en la materia

¹³ En el balance anual referente al 2003 realizado por el Departamento de extranjería del Ministerio de interior español, se refleja que el porcentaje de inmigrantes comunitarios es de un 34,7%: el 6,4% procede del Reino Unido, el 4,1% de Alemania, el 3,6% de Italia, el 3% de Francia y el 2,8 % de Portugal; y de inmigrantes no comunitarios de un 65,3%. De los extracomunitarios, un 2,2% proceden de la República Dominicana, un 6,5 % de Colombia, un 10,6% de Ecuador, un 3,5% de Perú, un 2,6 % de Argentina, un 1,7 % de Cuba, un 1,5 de Bulgaria, un 3.3% de Rumania, un 20,3% de Marruecos, un 3,4% de China. J. YVES CARLIER. “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad.” Estatuto personal y multiculturalidad de la familia. Edits. A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel. Colex 2000.

¹⁴ Vid. G. PALAU MORENO. “La separación y el divorcio de extranjeros en España...” op. cit. pg. 559. A. QUIÑONES. El repudio... Op. cit. pg. 29-30. P. ABARCA JUNCO. “La regulación de la sociedad multicultural” I. Op. cit. pg. 167.

en la política legislativa del país de recepción¹⁵. Para solucionar las dificultades que producen que la relación nacionalidad–identidad cultural no sea efectiva, se debería facilitar la adquisición de la nacionalidad de los emigrantes en los casos de residencia tal y como propone el Comité Económico y Social de la Unión Europea en el Dictamen sobre el documento “*La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada*”:

“El acceso a la nacionalidad y a la ciudadanía del Estado en el que la persona inmigrada reside es la plena equiparación de derechos y obligaciones. Por lo tanto, es muy importante que las leyes nacionales favorezcan la concesión de la nacionalidad y la ciudadanía para los inmigrantes que lo soliciten y que los procedimientos sean transparentes. En la última década algunos países han dado pasos en esta dirección, pero en la mayoría de los Estados miembros los plazos para obtenerlos son demasiado largos y las dificultades burocráticas excesivas. (punto 5.4)”

Debemos resaltar que en función de las leyes españolas el plazo establecido para adquirir la nacionalidad por residencia es de diez años de residencia legal continuada, cinco para los que hayan obtenido asilo o refugio y dos para los nacionales entre otros, de origen de países iberoamericanos, (artículo 22 del Código civil). Constituye un plazo de tiempo a nuestro parecer excesivo e innecesario, en nuestro país se observa una integración de los extranjeros en la comunidad del Estado de recepción con carácter general, en un plazo mucho más breve¹⁶.

¹⁵ Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT. “Tráfico externo, derecho de familia...” Op. cit. P.70.

¹⁶ Los Grupos Parlamentarios socialista y de Izquierda Unida presentaron sendas proposiciones de leyes para la modificación de este artículo y la reducción a la mitad del plazo establecido en el mismo que no fueron aprobadas. De la misma manera, se plantearon para paliar los problemas mencionados, Proposiciones de leyes dirigidas a incorporar al artículo 17.1.b del Cc una norma en virtud de la cual serían españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros siempre que, al menos, uno de ellos residiera habitualmente en España (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (BOCG), VII Legislatura, serie B de 9 de marzo de 2001, nº 115-1, y 26 de octubre nº 168-1, respectivamente) que tampoco fueron aprobadas (BOCG, VII Legislatura, serie B, 16 de mayo de 2002, nº 241-1)

Otra situación a tener en cuenta cuando hablamos de la nacionalidad como punto de conexión determinante de la ley aplicable a situaciones de separación y divorcio de extranjeros en nuestro país, acontece ante la potencial aparición de un choque de civilizaciones o conflicto cultural.

Las diferencias entre culturas surgen con mayor intensidad cuando entran en juego nacionales de ordenamientos jurídicos defensores de principios completamente distintos a los occidentales y en la mayoría de los casos fundamentados en bases de carácter religioso, como es el musulmán¹⁷. La frecuente contradicción entre los valores culturales y tradicionales de los países islámicos y los valores europeos, pone de relieve la controversia entre la integración del inmigrante y el mantenimiento de su identidad cultural e incluso, su libertad religiosa. Surgen los denominados “*conflictos ocultos*” con un carácter híbrido entre los conflictos interpersonales y los conflictos internacionales, y una entidad propia basada en peculiaridades culturales que pueden llegar a influir en la determinación de la legislación aplicable¹⁸.

La remisión a la ley nacional en estos supuestos, nos lleva habitualmente a aplicar leyes procedentes de países con culturas que entran en grave contradicción con los principios básicos del

¹⁷ Al respecto: A. BORRAS y S. MERSINNI. El Islam jurídico y Europa. Barcelona, 1998. A. QUIÑONES. Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa. Fundación “La Caixa” 1999.VVAA. La multiculturalidad, especial referencia al Islam. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. 2002. A. RODRÍGUEZ BENOT. El Estatuto Personal común. Primer encuentro judicial hispano marroquí entre el Consejo del Poder Judicial y la Corte Suprema. Rabat, 27 a 29 de Junio de 2001. Rabat. 2001. M^o P. DIAGO DIAGO. “Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado”. AequAlitas, núm. 6, Junio 2001 y “La dot islamique à l’épreuve du conflit de civilisations, sous l’angle du droit international privé espagnol”. Annales de droit de Louvain. Vol. 61 4/2001.

¹⁸ A. BORRÁS. Les ordres plurilegislatifs dans le droit international privé actuel. R. des. C, T.249, 1994V, p. 225 y ss. y El Islam Jurídico y Europa. Barcelona 1988, pp. 163-165.

ordenamiento jurídico del foro. Con frecuencia, en el ámbito del Derecho de familia de corte islámica, encontramos preceptos alusivos a la inferioridad de la mujer¹⁹ e instituciones discriminatorias como el repudio o *talaq*, el *rachat*²⁰ o la poligamia que resultan incompatibles con el principio a la igualdad entre el hombre y la mujer tanto durante el matrimonio como en su disolución²¹.

En aquellos casos en los que en función de la ley nacional de los cónyuges, resulten aplicables en nuestro país instituciones contrarias a valores y principios fundamentales para nuestro ordenamiento se viene utilizando la excepción de orden público (artículo 12.3 Cc) y en consecuencia, la aplicación de la ley del foro.

La excepción de orden público igualmente se suele aplicar cuando la nacionalidad de los cónyuges nos remita a una ley que no admite la separación o el divorcio. En estos supuestos, se considera el principio a favor del divorcio (*favor divortii*) como principio esencial del Derecho matrimonial español y por lo tanto, las leyes que no prevean el divorcio se entenderán contrarias a nuestro ordenamiento; pero no toda la doctrina es unánime en este sentido.

Dada la creciente diversidad cultural existente en la actualidad, la excepción de orden público termina siendo esgrimida con excesiva frecuencia y el recurso a una aplicación desmedida de la *lex fori* conlleva a una integración en ocasiones forzada para el inmigrante y caracterizada por una rigidez que en palabras de A.

¹⁹ Como establece el Corán, 4.34: “Los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan”.

²⁰ El repudio es una disolución extrajudicial del matrimonio que puede ser realizada por el marido mediante un acto unilateral y discrecional, y el *rachat*, permite a la mujer la disolución del matrimonio tras largas negociaciones con el marido y pago de compensación. Vid. P.DIAGO DIAGO. La concepción islámica... op.cit. p.3 y A. QUINÓNEZ, Derecho e inmigración... op.cit. 109 y ss.

²¹ Convenio relativo a la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979. (BOE de 21 de marzo de 1984). Vid. artículo 16.

Borras, “*resulta injusta desde un punto de vista material*”²². El difícil equilibrio entre el respeto a la identidad cultural y la imposibilidad del Estado de recepción de aplicar normas contrarias a valores fundamentales de su ordenamiento, exige matizar la acepción de orden público y aplicarla de manera restrictiva o atenuada.²³

En este sentido, la jurisprudencia española comienza a tomar cada vez un mayor número de medidas tendentes a adaptar el contenido de la excepción de orden público considerando las circunstancias concretas de cada supuesto. Así, existe jurisprudencia que reconoce el repudio con el consentimiento de la mujer o, en aquellos casos en los que a pesar de tratarse de una figura basada en principios discriminatorios, sea la propia mujer la que solicite su reconocimiento en nuestro país. Prevalece el derecho a recuperar la libertad matrimonial frente el aludido Derecho a la igualdad que desaparece ante la ponderación de los principios e intereses materiales defendibles en la situación concreta.

La respuesta a los inconvenientes surgidos en razón de la aplicación de la conexión nacionalidad debe ir dirigida hacia la consecución de un objetivo de integración flexible²⁴ que atienda a la multiplicidad de situaciones, marcado por la diversidad de los valores culturales y limitado en todo caso, por el respeto de los derechos humanos.

b) La aplicación de la residencia en defecto de nacionalidad común

En segundo lugar se aplica la ley de residencia habitual del matrimonio cuando los cónyuges no posean nacionalidad común. La conexión de residencia responde en mayor medida a situaciones caracterizadas por la voluntad de integración del extranjero en el Estado de recepción. Al igual que observábamos en relación a la nacionalidad común, esta conexión tiene cosas positivas y negativas.

²² A. BORRAS. El Islam jurídico y Europa... op.cit p.164.

²³ SAP Barcelona, de 6 de abril de 2000.

²⁴ P. ABARCA. “La regulación de la sociedad multicultural” op.cit. pg. 178-179.

En un primer momento parece una disposición restrictiva al presumir la voluntad integradora del matrimonio emigrante por el sólo hecho de no poseer la misma nacionalidad. Sin embargo, en relación a una migración asentada y establecida en el país de acogida, resultará una conexión positiva que consecuentemente prevalece en las legislaciones de países con migraciones homogéneas y estables con voluntad integradora²⁵.

Por otro lado, la excesiva aplicación de la residencia habitual evita tomar en consideración las circunstancias al caso concreto y dificulta la posibilidad de opción del matrimonio por lo que, dada la heterogeneidad de la migración existente en nuestro país, resultará contraria a la voluntad de aquellos extranjeros que quieran volver a su lugar de origen y mantener la continuidad de su estatuto personal.

Por último, se debe resaltar que en el contenido del artículo no se insta a tener en cuenta para determinar la residencia habitual del matrimonio a diferencia del precepto anterior relativo a la ley nacional común de los cónyuges que sí establecía su determinación al “*momento de presentación de la demanda*”. La omisión de tal concreción puede dar lugar a dificultades para determinar la ley aplicable ante la aparición de conflictos relacionados con el cambio de residencia de la pareja durante el período de vida conyugal (conflicto móvil). Parte de la doctrina parece preferir la ausencia de tal criterio, dado que podría interpretarse que bastará con que en algún momento del matrimonio los cónyuges hubieran disfrutado de una residencia habitual común para localizar en dicho ordenamiento la ley aplicable, dotando de cierta flexibilidad al precepto²⁶.

De esta manera, los inconvenientes de esta opción se manifiestan ante la probabilidad de cambios en las circunstancias personales del matrimonio desde la residencia común hasta el

²⁵ Alemania o Suiza

²⁶ G. PALAO MOREMO. La separación y el divorcio... op. cit. pg. 561.

momento de presentación de la demanda así como, ante la falta de previsibilidad que desencadenaría la posibilidad de que los cónyuges hubieran vivido durante el matrimonio conjuntamente en varios países²⁷. La previsión de una residencia común en el momento citado, responde a un criterio con un grado superior de proximidad que supone la mayoría de las veces, la aplicación de la ley del foro.

c) La aplicación de la ley del foro en ausencia de conexiones anteriores.

En caso de que los cónyuges no ostenten ni nacionalidad común ni residencia habitual común se prevé, como cláusula de cierre, la aplicación de nuestro ordenamiento en los casos de crisis matrimoniales²⁸. Se trata de una propuesta que presupone una integración forzosa del matrimonio y prescinde de la voluntad de los cónyuges a favor de la comodidad de nuestros Tribunales.

3. LA LEY ORGÁNICA 11/2003 Y LA REFORMA DEL ARTÍCULO 107 DEL CÓDIGO CIVIL

En el contexto analizado apareció la reforma del artículo 107 del Código civil que examinamos a continuación, veremos si garantiza efectivamente soluciones adecuadas a las nuevas necesidades demandadas en aras a conseguir una sociedad multicultural, y si soluciona algunos de los problemas que observábamos con la anterior redacción del precepto.

La modificación del artículo 107 del Código civil respondía a una petición realizada al Ministerio de Justicia por el Defensor del Pueblo Enrique Múgica en junio de 2001. La solicitud se basaba en una queja presentada por una mujer de origen marroquí residente en España y casada con un nacional marroquí, en referencia a la discriminación que suponía la aplicación de su ley nacional contra su deseo de separación y divorcio. La ley

²⁷ A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ. Derecho de familia Internacional, vid. op. cit. pg. 171.

²⁸ A. CALVO CARAVACA. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho de familia... op. cit. pg. 152.

marroquí no admite la separación, ni permite a la mujer repudiar al esposo y cuando la mujer pretende el divorcio de manera unilateral con la oposición de su marido, debe litigar durante un largo periodo de tiempo que incluso puede llegar a durar cinco años. Por el contrario, en el caso de que sea el marido el que pretende el divorcio de manera unilateral podrá conseguirlo en un plazo nada comparable de doce días. Incluso, cuando la mujer alega malos tratos como causa de divorcio deberá acompañar a la solicitud no sólo de los oportunos certificados médicos sino el testimonio de incluso doce personas.

El Defensor del Pueblo ponía de relieve la situación discriminatoria de esta realidad creciente en nuestro país que vulnera principios básicos recogidos en la Constitución y en los Convenios Internacionales ratificados por España. La recomendación realizada, iba dirigida a la introducción de un mecanismo de determinación del ordenamiento aplicable a la separación y al divorcio de extranjeros en España que incorporara un grado mínimo de autonomía de la voluntad de las partes en dicho ámbito y así, poder suavizar el efecto “bloqueante” que la nacionalidad como punto de conexión principal venía estableciendo.

Finalmente, a partir del 30 de septiembre tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 11/2003, el artículo 107. 2 del Código Civil queda redactado de la siguiente manera:

“La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la Ley de residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común de los cónyuges si uno de los cónyuges reside habitualmente en ese Estado.

En todo caso se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- a) *Si no resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.*

b) Si en la demanda presentada ante el Tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.”

El precepto sigue siendo una norma plural con varias conexiones de carácter subsidiario y aplicables gradualmente pero se introducen novedades en la conexión principal y matizaciones que complican aún más las situaciones conflictivas así como la redacción final del precepto.

En primer lugar observamos que se aplicará la ley española a la separación y al divorcio cuando se trate de una petición realizada de mutuo acuerdo y uno de los cónyuges sea español o al menos uno de ellos resida en nuestro país.

En segundo lugar la separación y el divorcio se rigen por la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda. La conexión nacionalidad abandona su carácter principal y es puntualizada por una cláusula adicional que se incorpora en la parte final del precepto que establece que si la ley extranjera aplicable a la crisis no contempla la separación o el divorcio se aplicará la Ley española siempre que uno de los cónyuges sea español o resida en España. De la misma manera, cuando la ley extranjera aplicable a la crisis matrimonial regulase la separación o el divorcio de manera discriminatoria o contraria a orden público se aplicará igualmente, la Ley española.

Con estas especificidades introducidas se pretende ajustar la respuesta a los problemas que surgían en los casos en los que los Tribunales españoles dada la primacía de la ley nacional común aplicaban leyes contrarias a valores y principios fundamentales del foro y en ocasiones discriminatorios.

La primera excepción, se trata de un principio *favor divortii* que con anterioridad ya habíamos observado como se

venía aplicando por la jurisprudencia en algunos casos acudiendo a la excepción de orden público. El principio a favor del divorcio no se aceptaba de manera unilateral en nuestro país por toda la doctrina ni jurisprudencia por considerar que era un principio que no aparecía ni en la Constitución, ni en los Convenios internacionales sobre Derechos humanos vigentes en España²⁹. Tras la modificación, mediante la introducción de la cláusula adicional, se despejan las dudas acerca de la aplicación de la ley del foro en situaciones en las que la ley aplicable al supuesto no contempla la figura de la separación o el divorcio.

La segunda excepción supone la aplicación de ley española en todos aquellos casos en los que la ley resultante por las conexiones establecidas, regulase las figuras de separación o divorcio de manera discriminatoria. Este precepto dirigido fundamentalmente a resolver las potenciales situaciones de conflictos surgidas con ocasión de la inmigración presente procedente de países musulmanes, tal y como establece la Exposición de Motivos³⁰, ajusta el contenido del artículo 12.3 del Código civil pero no incorpora elemento de innovación al ser un artículo que venía efectivamente siendo utilizado en estos casos. El legislador en busca de un criterio acertado de defensa del derecho a la igualdad³¹, introduce una medida que ante la ausencia de una mínima autonomía de la voluntad de las partes, supone finalmente una mayor rigidez en la utilización de la excepción de orden público.

²⁹ SAT Oviedo de 20 octubre de 1982 declara no proceder el divorcio de dos chilenos por no preverse en su ley nacional.

³⁰ Apartado IV, punto 4º: *“(...) En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio.”*

³¹ Vid. Exposición de Motivos, Apartado IV, punto 4º., en defensa de que el interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de la autonomía de la voluntad debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional.

La necesidad de flexibilizar los puntos de conexión de la norma para evitar un uso abusivo del orden público y un excesivo *le geforismo* que sea contrario a la voluntad integradora del extranjero así como el derecho a la identidad cultural que veníamos observando, parece pasar desapercibida para el legislador. Reiteramos que la aplicación de la ley del foro será positiva en aquellos casos en los que ninguno de los miembros de la pareja se plantee regresar a su país de origen pero resultara negativa cuando si exista esa posibilidad de retorno.

El artículo 107 del Cc se transforma en un precepto no sólo reiterativo e innecesariamente repetitivo³², sino que además deja poco margen de discrecionalidad a los Tribunales que no podrán ponderar las particularidades de cada caso ni garantizar una solución adecuada a la libertad individual de los extranjeros. Pensemos en una mujer marroquí que a fin de recuperar su libertad matrimonial solicita el reconocimiento del repudio en nuestro país, la aplicación de la cláusula adicional introducida tras la modificación no permitirá la aplicación de su ley nacional por resultar discriminatoria y se aplicará obligatoriamente la ley del foro rompiendo el vínculo cultural de la misma que deberá solicitar la separación y el divorcio de acuerdo a las leyes españolas; en el caso de volver a su país de origen, no sólo no verá reconocida su sentencia de divorcio si no que será considerada una traidora a sus costumbres. En ocasiones se debería resaltar no tanto el principio contrario al ordenamiento del foro o la vinculación con dicho ordenamiento sino el resultado que se produce en cada caso concreto³³.

En tercer lugar se aplica la ley de la residencia común siempre que no concurren las circunstancias anteriores de forma similar a la redacción anterior pero con una pequeña modificación. Se incluye, de manera acertada, que la residencia común será tenida en cuenta en el momento de presentación de la demanda a fin de evitar un posible conflicto móvil. Con anterioridad no se especificaba en lo que respecta a la residencia común

³² Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ. Derecho de familia. Op. cit. pg. 178.

³³ A. QUIÑONES. El repudio... op. cit. pg. 63

del matrimonio, el tiempo de determinación de la misma aunque con frecuencia se entendía extensible el criterio establecido respecto a la nacionalidad común³⁴.

A continuación se introduce una ampliación del precepto en materia de residencia al marcar la posibilidad de que en el momento de la presentación de la demanda los cónyuges no posean la misma residencia habitual. Teniendo en cuenta que hablamos de situaciones en exclusión de la nacionalidad común, resulta normal que uno de los cónyuges cambie de residencia ante las desavenencias conyugales (en ocasiones volviendo a su país de origen) y que por tanto, no tengan residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda. Se determina la aplicación de la ley de la última residencia común del matrimonio siempre que uno de los miembros de la pareja resida todavía allí. Este requisito viene a exigir un determinado vínculo de proximidad del matrimonio con la ley que resultaría aplicable.

4. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS MATRIMONIALES EN ESPAÑA

Los cambios incorporados con la Ley orgánica 11/2003 no parecen solucionar los inconvenientes básicos característicos del ámbito familiar en relación con la disolución del matrimonio en los supuestos de tráfico externo de nuestro país. Se ha introducido una mayor remisión a la *lex fori* positiva en determinadas situaciones pero que ante la heterogeneidad de la inmigración existente en España resulta en otras muchas, contraria a la continuación del estatuto personal y a la identidad cultural del extranjero de paso

Tal y como señalaba el fundamento de la demanda del Defensor del Pueblo y aboga parte de la doctrina internacional privatista³⁵ se requiere ampliar la autonomía de la voluntad en estos supuestos con el fin de responder a una sociedad verdade-

³⁴ J. GONZALEZ CAMPOS. Derecho Internacional Privado. Op.cit. pg. 321. SAP Bilbao, 24 de mayo 1993 y SAP Madrid de 16 de enero de 1996.

³⁵ P. GANNAGÉ. "La pénétration de l' autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille". Rev.crit. DiPr. 1992, pg. 425-454.

ramente multicultural y así permitir que los propios cónyuges determinen en función de su voluntad integradora, la ley reguladora de su disolución matrimonial. La justificación de la extensión de la autonomía de la voluntad a los supuestos de crisis matrimoniales se convierte en un reflejo del principio de libertad³⁶. La libre elección de la Ley aplicable al divorcio comporta, tal y como resalta Calvo Caravaca, multitud de ventajas:

- a) Seguridad y facilidad en la determinación de la Ley aplicable.
- b) Elección de una ley en función de su contenido material
- c) Posibilidad de aplicar tanto la Ley del país de acogida del emigrante, para aquellos que adoptan los patrones de vida del estado receptor, como la Ley del país de origen, para los que desean conservar las tradiciones jurídicas de su país.

Se debe matizar el concepto que se toma de la autonomía de la voluntad que no se aplicaría obviamente de manera absoluta sino limitando la elección de los cónyuges a los ordenamientos jurídicos con los que presenten cierta proximidad el matrimonio, determinados bien por la ley de cualquiera de sus nacionalidades, bien la ley de residencia habitual en el momento de presentación de la demanda de cualquiera de los cónyuges o la *lex fori*³⁷.

Esta solución se adecua con mayor acierto a los problemas relacionados con la heterogeneidad de las migraciones y a su vez, permite una adaptación en el tiempo que resolverá los casos de movilidad y cambios de residencia.

Cierto grado de autonomía permitirá a los extranjeros sujetos a una fuerte movilidad, la posibilidad de acogerse a la ley de su país de origen evitando romper con su identidad cultural así

³⁶ Vid. S.A. SANCHEZ LORENZO. Postmodernismo y Derecho Internacional privado. Op. cit. pg. 572-576.

³⁷ De la misma manera: G. PALAO MORENO. La separación y... op.cit. p565. J.-Y CARLIER. Estatuto personal y ...op.cit.p.35. S.A. SANCHEZ LORENZO. Postmodernismo... op.cit.. pg. 575

como, con la unidad y continuidad de las leyes que rigen su estatuto personal. A su vez, los extranjeros con un mayor grado de estabilidad en el país de recepción, podrán optar por la ley de su residencia y así satisfacer su propio deseo de integración o de igualdad en los casos discriminatorios.

Esta solución basada en una elección de carácter múltiple viene reflejada en preceptos de nuestro ordenamiento como el artículo 9.3 del Código civil (en referencia a las capitulaciones matrimoniales) o el 9.2 del mismo cuerpo (relativo a los efectos del matrimonio)³⁸. Así mismo, comienza a ser una opción aceptada en legislaciones de Derecho Internacional Privado de otros países europeos en los que se observa una etapa de apertura en el que se incluye determinado grado de autonomía en diversos campos del Derecho de familia a la que debería acogerse el legislador español³⁹.

5. LA LEY APLICABLE A LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Por último, hay que hacer una breve referencia a la modificación que se introduce en el nuevo artículo 107 Cc en relación con la nulidad del matrimonio. En la redacción anterior del Código civil, no aparecía ningún tipo de alusión a la ley aplicable para determinar la nulidad de un matrimonio en los casos de tráfico externo. En función de dicha ausencia, tal y como establecía J. González Campos, la solución venía por aplicar la ley reguladora de la validez del matrimonio en extensión a la nulidad del mismo interpretándola como el reverso de la validez del mismo. Es decir se declaraba la nulidad del vínculo en función del

³⁸ Este artículo fue reformado con ocasión de la aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo por la Ley 15 de octubre de 1990.

³⁹ Vid. J.-Y. Estatuto personal...op.cit.p.36-38. El autor resalta el caso del apellido alemán, que al ser común para toda la familia y en atención al principio de igualdad introdujo diversas opciones de derecho internacional privado para la determinación de la ley aplicable. De igual manera en materia de efectos patrimoniales del matrimonio. La legislación de los Países Bajos introdujo la autonomía de la voluntad en 1981, permitiendo a las partes optar a favor del derecho neerlandés sea cual sea su nacionalidad o lugar de residencia. Criticas en A. QUIÑONES. El repudio...

artículo 9.1Cc en materia de capacidad y consentimiento, y de los artículos 49 y 50 Cc en materia de forma de acuerdo al ordenamiento español⁴⁰.

La Ley Orgánica 11/2003 introduce en el apartado primero del artículo 107 Cc, con anterioridad al establecimiento de la ley aplicable a la separación y al divorcio que se sitúa en el apartado segundo la ley reguladora a la nulidad matrimonial.

La nueva rúbrica del capítulo XI del Título IV del Libro I del Código civil queda redactada del siguiente modo: “*Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio*”; el segundo párrafo del apartado 2 el artículo 9 del Código civil establecerá que: “*La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107*”; y por último el artículo 107.1 Cc determina que: “*La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.*”

Esta modificación sustituye el párrafo segundo de la redacción anterior del artículo 107 Cc relativo al reconocimiento que nos remitía a los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento civil que ha sido modificada recientemente por la Ley de acompañamiento a la Ley de presupuestos, medidas fiscales, administrativas y de orden social de diciembre de 2003⁴¹.

6. CONCLUSIONES

La modificación del artículo 107 del Código civil intenta adecuarse a las nuevas necesidades de una sociedad marcada por la convivencia entre culturas. España se ha convertido en uno de los países con mayor flujo migratorio y el número de inmigrantes que pasan por nuestras fronteras se ha incrementado produciendo un

⁴⁰ J. CARRASCOSA GONZALÉZ. “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: practica del Tribunal Supremo”. VVAA Estatuto Personal y Multiculturalidad de la familia Edts. A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel. Colex. 2000. pg. 38-65

⁴¹ J. CARRASCOSA GONZALÉZ. “Divorcios extranjeros sin intervención judicial: practica del Tribunal Supremo”. VVAA Estatuto Personal y Multiculturalidad de la familia Edts. A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel. Colex. 2000. pg. 38-65

crecimiento de las relaciones personales con un elemento de extranjería. La variabilidad y heterogeneidad que caracteriza a estas migraciones determina la necesidad de adoptar soluciones flexibles que permitan acomodarse a multitud de situaciones. El Derecho Internacional Privado español viene marcado por estos cambios que incrementan los supuestos de situaciones jurídicas de carácter privado en las que entran en juego multitud de ordenamientos potencialmente aplicables.

La modificación del Código civil en materia de ley aplicable a situaciones de disolución del matrimonio entre extranjeros deberá acomodarse a esta diversidad cultural en un ámbito en el que se resaltan con mayor intensidad las diferencias entre culturas.

La aplicación de medidas tendentes a la introducción de un cierto grado de autonomía de la voluntad en las conexiones determinantes de este ordenamiento facilitaría el equilibrio entre la integración del extranjero y su identidad cultural.

La posibilidad de elegir la ley nacional, la ley de residencia o la ley del foro de cualquiera de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda de divorcio, permitiría adecuar las soluciones a la voluntad integradora de los extranjeros en un grado limitado por el criterio de proximidad y de defensa de los Derechos humanos.

Nerea Magallón Elósegui

ARTE-LANEN INGURUKO ZERGAK

Artearen mundua alderdi askotatik azter daiteke, horien artean zergetatik egindako begirada dago artearen zenbait alor zergapetzen direlako. Ez da harrizkoa, beraz, bildumazaleak, galeristak, museoek edo arte-lanaren egileak berak artearen gaineko zergak begi berdinekin ez ikustea. Oraingo honetan arte-lanak zergapetzen dituzten zergak soilik ikertuko ditugu. Horrenbestez, ez ditugu aintzat hartuko arte-lanen gainean ezarritako zergak arte-lanen egileentzat edota museoentzat, ezta galeristen nahiz artearen munduan ari diren bestelako tartekarien inguruko tributuak ere.

Azterketa horretarako, lau ikuspegi edo lau egoera hartuko ditugu abiapuntu, laurak gerta daitezkeelako edozein arte-lanaren inguruan. Lehendabizi, arte-lanen gaineko titulartasuna edo ukantza hutsa zergapetzen dituzten zergak azalduko dira, titulartasun hori pertsona fisikoarena izan ala pertsona juridikoarena izan. Bigarrenik, eskualdatzailearen ikuspegitik abiatuta, aztertuko ditugu arte-lanen eskualdaketen gainean ezarritako zergak zein diren. Hirugarrenik, txanponaren beste aldea zehaztuko da, hots, arte-lanen eskuraketaren gainean ezarritako zergak. Eta azkenik, arte-lanei lotutako artapen-gastuak eta inbertsio-gastuak jorratuko dira gastuok eragin fiskala izan dezaketelakoan.

1. ARTE-LANEN GAINEKO TITULARTASUNA EDO UKANTZA

Ezer azaldu aurretik, bereiztu behar ditugu pertsona fisikoak eta pertsona juridikoak, bakoitzak ordaindu behar dituen zergak ezberdinak ez direlako.

a) Titularra pertsona fisikoa izatea

Arte-lanaren jabea pertsona fisikoa bada eta jabea arte-lanaren egilea ez bada, orduan **Ondarearen gaineko Zerga** aitortu behar du.

Edozein modutan ere, zerga horretatik salbuetsi dira:

- a) Euskal Kultur Ondareko ondasunak, baldin eta Kultur Ondasun Kalifikatuen Erregistroan inskribatu badira edo uztailaren 3ko Euskal Kultur Ondareko 7/1990 Legeak aipatutako Inbentario Orokorrean inskribatu badira.
- b) Espainiako Historia Ondareko ondasunak, Kultur Intereseko Ondasunen Erregistro Nagusiak inskribatu badi raedo 16/1985 Legeak aipatutako Ondasun Higigarrien Inbentario Orokorrean inskribatu badira, bai eta Kultura Ministerioak zehaztutako kultur intereseko ondasunak ere, erregistro egokian inskribatu badira.
 - a. Ez daude salbuetsita gunee arkeologikoetan nahiz gunee edo multzo historikoetan kokatutako ondasun higituekin guztiak. Babes juridiko berezia dutenak soilik salbuetsi dira, 16/1985 Legearen 20 eta 21. artikuluetan eza rritakoaren arabera.
 - b. Salbuespena badagokie Autonomia Erkidegoetako eta Lurralde Historikoetako historia-ondareko ondasunei ere.
 - c. Goian aipatutako kultur intereseko ondasun dira hurrengo arauak jasotakoak:
 - i. 1949ko apirilaren 22ko Dekretuak (Espainiako gazteluak);
 - ii. 571/1963 Dekretuak (armarriak, enblemak, heraldikako harriak, justizia erroiluak, bide-amaie rako gurutzeak eta historia nahiz arte interesa duten antzeko aleak); eta
 - iii. 449/1973 Dekretuak (Asturiasen eta Galizian dauden antzinako horreo eta txabolak).

- c) Zenbateko batzuk baino gutxiago balio duten arte-lanak eta antiguetateak. Kopuru horiek ezarri dira uztailearen 3ko Euskal Kultur Ondareko 7/1990 Legearen 37.3. artikuluan edo hurrengo kopuruak baino txikiagoak izan daitezke:
- a. 90.151,82 euro: ehun urteko antzinakotasuna baino gutxiagoko margo-lanak eta eskulturak;
 - b. 60.101,21 euro: ehun urteko edo gehiagoko antzina kotasuna duten margo-lanak; arte-bildumak eta arte-multzoak, kultura-bildumak edo multzoak eta antiguetateak;
 - c. 42.070,82 euro: ehun urteko edo gehiagoko antzina kotasuna duten eskultura-lanak, erliebeak eta azpi-erliebeak; marrazki-, grabatu-, liburu- eta agiri-bildumak, baita musika-tresnen bildumak ere; eta altzariak;
 - d. 30.050,61 euro: alfonbrak, horma-oihalak eta oihal historikoak;
 - e. 18.030,36 euro: marrazki, grabatu, eskuz idatzitako nahiz inprimatutako liburu eta agiri soilak, horien euskarria edozein dela;
 - f. 9.015,18 euro: musika-tresna soilak historikoak badi-ra; eta antzinako zeramika, portzelana eta beirazko aleak;
 - g. 6.012,12 euro: arkeologiako objektuak;
 - i. Salbuespena txanponei aplikatu lekiok, baina ia-ia ezinezkoa da arkeologiako objektu izan daitekeen txanpona edukitzea, legearen arabera.
 - h. 2.404,05 euro: etnografiako objektuak.

Muga hauek ezarri dira kategoriatan bakoitzetik eduki daitezkeen ondasun guztiak aintzat hartuta. Gure ondarean ditugun ondasunek salbuetsitako kopurua gaindituko balute, ondasun guztien balioa zergapetuko da, eta ezin daiteke esan aipatutako kopurua salbuetsita dagoela, gutxienezko salbuetsia bezala (TZN, 1994-6-1).

- d) Arte-lanak eta antiguetateak, baldin eta horien jabeek onda sunok lagatzen badizkiete museoei edo irabazasmorik ez duten erakundeei, jendaurrean erakuts ditzaten. Lagapena gordailu iraunkorra izan behar da, hiru urteko iraunaldiarekin gutxienez. Salbuespen aplikatu daitezke ondasunak gordailuan dauden bitartean.
- e) Egileen euren arte-lanak, baldin eta egileen ondarean badiraute.

b) Titularra pertsona juridikoa izatea

Arte-lanaren jabea pertsona juridikoa bada, arte-lanen gaineko titulartasuna edo ukantza hutsa zergapetzen duen zergarik ez dago, hortaz, ez da zergarik ordaindu behar. Edozein modutan, arte-lanek sozietatearen aktiboa osatzen badute ere, Sozietateen gaineko Zergan, ez dago kontabilitateko **amortizazio-gastua** kentzeko eskubiderik, arte-lanen bizitza erabilgarria ez dagoelako nahitaez mugatuta; gainera, arte-lanak ez daude ekonomia-jarduerari lotuta eta ez dute baliorik galtzen euren erabilera fisikoa dela-eta, denbora igaro delako, edota zaharrituta geratu direlako. Beste hitzetan esanda, balio-galtzeak ez dira sistematikoak edo galdutako balioa berreskura daitezke; horrela gerta daitezke arte-lanaren kotizazio-balioa aldatuko balitz. Aktiboaren balio-galtze hori jasoko litzateke probisioen zuzkiduren bitartez; halakoetan, probisioaren zuzkidura gastu fiskala izango litzateke eta aktiboaren balioak gora egingo balu gastua lehengoratu litzateke.

Hala ere, arte-lanen ukantzak, jabea pertsona fisikoa izan ala pertsona juridikoa izan, **gastuak** sor ditzake eta gastu horiekin zuzeneko sarrerarik edo etekinik ez egotea ere; gehienetan, arte-lana saldu arte itxaron beharko da sarrerak lortzeko. Esate baterako, halako gastuak dira aseguru-primaren ordainketa edota arte-lanak zaintzeko asmoarekin segurtasun-langileak kontratatzeak. *De lege ferenda*, tresna fiskalen bat sortu beharko litzateke gastu hori zergan eragin izan dezan, alegia, arte-lanaren jabearen errentaren gainean ezarritako zergan; izan ere, Ondarearen gaineko Zerga ezin da erabili helburu horretarako. Ondarearen gaineko Zergaren sortzapena urte bakoitzeko abenduaren 31n gertatzen da. Ordurako gastuari lotutako zorra ordainduta egon

behar zatekeen eta, ondorioz, zorra desagertuta ere; beraz, zorra kentzea ezinezkoa izango litzateke zerga horretan.

2. ARTE-LANAREN ESKUALDAKETA

Artikulu honetan jorratuko dugun bigarren alderdia, arte-lanaren eskualdaketa da. Eskualdatzailearen ikuspegitik abiatuta, eskualdaketen gainean ezarritako zergak aztertu behar ditugu. Oraingoan ere, bereiztu behar da eskualdatzailea pertsona fisikoa ala pertsona juridikoa den.

a) Eskualdatzailea pertsona fisikoa izatea

Eskualdatzailea pertsona fisikoa denean, eskualdaketa gaineko zerga Pertsona Fisikoaren Errentaren gaineko Zerga (PFEZ) da. Horren eraentza fiskala oso erraza da. Eskualdaketa **ondare-irabazia ala ondare-galera** sortuko du; galera edo irabaziaren zenbatekoa da bi balioen arteko aldea, salmenta- edo eskualdaketa-baliotik kendu behar delako arte-lanaren eskuraketa- edo erosketa-balioa. Eskuraketari lotutako zergek eta gastuek eskuraketa-balioa gehituko dute; eskualdaketa lotutako zergek eta gastuek, aldiz, eskualdaketa-balioa gutxituko dute.

Arte-lanak jabearen ondarean urtebete baino gehiago izan badira, zerga-oinarri berezian aitortu behar dira eta %15eko zerga ordaindu; urtebetez edo epe laburragoan eduki badira, ostera, zerga-oinarri orokorrean aitortu behar dira, urte bereko gainerako errentekin batera eta tarifa aurrerakorra edo progresiboaren karga-tasak ordainduko dira. Azkenik, irabazien gainean ez dago atxikipenik.

Horrez gainera, eskualdatutako arte-lana 1994ko abenduaren 31 baino lehen eskuratu izan bada, ondare-irabaziaren zati bat ala irabazi osoa salbuetsita dago; modu horretara, arte-lana eskuratu zenetik goian aipatutako egunera arte igaro den urte bakoitzeko, irabaziaren %14,28 salbuetsi da. Bi data horien artean igarotako urteak ez badira osoak, kopurua borobildu behar da gorantz. Horrenbestez, arte-lanaren eskualdaketa guztiz salbuetsi-

ta izateko, eskuratu behar izan da 1988ko abenduaren 31 baino lehen (zazpi urte).

Araba, Bizkaia eta Gipuzkoan, gainera, eskuraketa balioa eguneratu behar da, eskualdaketatik sortutako ondare-irabazia edo ondare-galera zenbatzeko. Horretarako, koefiziente batzuk erabiliko dira: koefizienteak aldatuko dira, eskualdatutako ondasuna eskuratu zen urtearen arabera. Honakoak dira 2004ko eskualdaketetan erabili beharreko koefizienteak:

Eskuraketa-urtea	Koefizientea
1994 eta aurrekoak	1,230
1995	1,306
1996	1,258
1997	1,230
1998	1,203
1999	1,170
2000	1,130
2001	1,088
2002	1,050
2003	1,020
2004	1,000

Arte-lana eskualdatu bada *mortis causa* **eskualdaketa** baten ondorioz, hildakoaren ondarean sortu den irabazi ala galera salbuetsita dago; hizkera arruntean horri deitzen diogu *hildakoaren gainbalioa edo plusbalioa*. Horrenbestez, hildakoaren jaraunspeneko ondasunen artean arte-lanik badago, arte-lanek izan duten balio-aldaketa, kausatzaileak eskuratu zituenetik hil den egunera arte, salbuetsita dago. Bizkaian, ostera, arauketa berezia dago Euskal Herriko Foru Zuzenbide Zibileko jaraunspena denean. Horiek horrela, jaraunspena testamentu-boterea egikaritzea-

ren menpe badago, hildakoaren gainbalioa luzatuko da jaraunspenaren komisarioak testamentu-boterea egikaritu arte edo boterea azkendu arte, modu ezeztazinean. Era berean, arte-lanen jabeak, bizirik dela, lanok bere oinordekoari eskualdatu badizkio, oinordetza-itunaren bidez, eskualdaketa horretan sortutako irabazi ala galera ere, arte-lana eskuratu zenetik itunaren bidez eskualdatu den arte sortutakoa alegia, salbuetsita dago. Nolanahi den ere, azken salbuespen hori baldintzapean dago: oinordekoak ezin du jasotako arte-lana berriro eskualdatu eskualdatzailea hil arte; horrela egingo ez balu, oinordekoak ondare-irabazia aitortu beharko lukeelako, hasierako eskualdatzaileak arte-lana eskuratu zuenetik oinordekoak berriro eskualdatu duen arteko irabazia, hain zuzen. Kasu horretan, irabazi osoaren gainean ordaindu beharko du %15eko zerga, urtebetea igaro bada arte-lana oinordetza-itunen bidez eskuratu zuenetik.

Beste alde batetik, arte-lanaren eskualdaketa **dohaintza** baten bitartez izan daiteke; dohaintza horregatik, geroago, **kuotaren kenkaria** erabiltzeko eskubidea badago, eskualdaketan sortutako ondare-irabazia salbuetsi da. Ulerbidez, fundazioari egini-ko dohaintzak edota irabazasmorik ez duen erakunde nahiz elkarte bati egini-koak. Gainerako dohaintzen kasuan, ondare-irabaziarengatik zerga ordaindu beharko litzateke; kasu honetan, ordea, eskualdatzaileak ez du zergarik ordaindu behar eskualdaketa-balioaren eta eskuraketa balioaren arteko aldearen gainean.

Antzeko arauketa fiskala ezarri da Espainiako Historia Ondareko arte-lanak **ematen** direnean PFEZ ordaintzeko.

Amaitzeko, ezin daiteke arte-lanen eskualdaketatik sorturiko **ondare-galerarik aitortu**, baldin eta, eskualdaketatik hurrengo urtean, hasiera batean eskualdatutako arte-lana berriro eskuratuko balitz. Kasu horretan, ondare-galera ezin daiteke aitortu berriro erositako arte-lana eskualdatu arte, behin betiko.

Arte-lanak **ondare-sozietateak** eskualdatuko balitu, zerga-oinarria zehazteko arauak dira PFEZren arauak, nahiz eta Sozietateen gaineko Zergaren subjektu pasiboa izan. Beste hitze-

tan esateko, zerga-oinarria bitan zatituko da: oinarri orokorra, %40ko karga-tasa ordainduta, eta oinarri berezia, %15 ordainduta. Nolanahi den ere, ondare-sozietateek ezin dute koefizienterik aplikatu, 1994ko abenduaren 31 baino lehen eskuratutako arte-lanak saltzen badituzte.

b) Eskualdatzailea pertsona juridikoa izatea

Eskualdatzailea pertsona juridikoa bada, ondare-irabazia ala ondare-galera **Sozietateen gaineko Zergaren** menpe dago. Irabazia edo galera sartu behar da sozietateak lorturiko gainerako etekinen artean, eta errenta guztien arteko konpentsazioa buru daiteke inolako mugarik gabe. Horrela lorturiko emaitzari, karga-tasa egokia aplikatu behar zaio; Lurrealde Historikoetan karga-tasa orokorra %32,5koa da eta lurrealde erkidean, ostera, %35ekoa. Aurrekoaz gain, Lurrealde Historikoetan eskuraketa-balioa kalkulatzeko, balioa eguneratzeko koefizienteak aplikatu behar dira, PFEZn bezala, baina ez dago koefiziente berezirik 1994ko abenduaren 31 baino lehen eskuratutako arte-lanentzat.

c) Arte-lana eskualdatzea irabazasmorik ez duen erakundeari

Halakoetan, Bizkaian, otsailaren 24ko 1/2004 Foru Arauak ezarritako kenkariak aplika daitezke (Arabian uztailaren 12ko 16/2004 Foru Arauak eta Gipuzkoan apirilaren 7ko 3/2004 Foru Arauak). Foru Arauek **irabazasmorik ez duten erakundeen arauketa fiskala eta mezenazgoaren pizgarri fiskalak** jorratzen dituzte. Kenkariak aplikatu ahal izateko, honako eskuzabaltasun, dohaintza edota ekarpen baldintzagabeak burutu behar dira irabazasmorik ez duten erakundeen mesedetan:

- a) Ondasunen, eskubideen edo titulu-baloreen gaineko gozamen eskubide errealak eratzea, inolako kontraprestaziorik gabe.
- b) Euskal Kultur Ondareko ondasunen gaineko eskuzabaltasun edo dohaintzak, baldin eta ondasunak Kultur Ondasun Kalifikatuen Erregistroan inskribatu badira edo uztailaren 3ko Euskal Kultur Ondarearen 7/1990 Legeak aipatutako

Inbentario orokorrean inskribatu badira; bai eta Espainiako Historia Ondareko ondasunen gaineko eskuzabaltasun edo dohaintzak ere, baldin eta Kultur Intereseko Ondasunen Erregistro Nagusian inskribatu badira edota ekainaren 25eko Espainiako Historia Ondareko 16/1985 Legeak aipatutako Inbentario orokorrean inskribatu badira; eta Autonomia Erkidegoek inskribatu edo adierazitako kultura-ondasunen gaineko eskuzabaltasun edo dohaintzak, baldin eta horien arauketaren arabera inskribatu edo adierazi badira.

- c) Kalitate bermatuko kultura-ondasunen gaineko eskuzabaltasun edo dohaintzak zenbait erakunderen mesedetan, baldin eta erakundeak museo-jarduerak burutzeko helburua bada edo arte- eta historia-ondarea sustatu eta zabaltzeko helburua bada.

Arte-lana, **dohaintza baten bidez**, emango bazaio fundazio bati edo irabazasmorik gabeko erakundeari, eta dohaintza-emailea pertsona fisikoa bada, dohaintzan emandako balioaren %30 kendu ahal izango du zergaren kuota osotik. Hala ere, kenkari horrek muga bat du: kenkariaren oinarriak ezin gaindi dezake zerga-oinarriaren %30, behin zerga-oinarritik pentsio konpentsagarriengatik txikipenak eta gizarte-aurreikuspeneko sistemetara eginiko ekarpenengatik txikipenak kendu eta gero.

Dohaintza-emailea pertsona juridikoa bada, kentzeko moduko gastua dira eskuzabaltasun, dohaintza eta ekarpenen kopurua.

Azkenik, dohaintza-emailea ez-egoiliarra bada eta ez bada establezimendu iraunkorraren bidez ari, dohaintzako balioaren %25 kuota osotik ken dezake, baldin eta, Ez-egoiliarren Errentaren gaineko Zerga dela-eta, eskuzabaltasuna, dohaintza nahiz ekarpena jazo zenetik urtebeteko epean izandako zerga-egitateengatik aitortzen aurkeztuko balu. Kenkariaren oinarriak ezin gaindi dezake zerga-oinarriaren %10, epe horretan aurkeztutako aitortzen guztiak kontuan hartuta.

Kasu horietan guztietan, eskuzabaltasun, dohaintza eta ekarpenak direla-eta sortutako ondare-irabaziak eta errenta positiboak salbuetsi dira

3. ARTE-LANAREN ESKURAKETA

Arte-lanen eskuraketa zerga baten edo bestearen menpe dago, hots, ondasunen trafikoaren gainean ezarritako zeharkako zergen menpe.

a) Balio Erantsiaren gaineko Zerga

Balio Erantsiaren gaineko Zergaren kasuan, karga-tasa orokorra aplikatu behar da, %16 alegia, eskualdatzailea arte-lanaren egilea edo horien oinordekoak direnean izan ezik (kasu horretan karga-tasa txikia aplikatuko baita, hots, %7).

Zerga honen inguruko berezitasunak dira erabil daitezkeen karga-tasa eta **salbuespenak**. Azken horiek jorratuz gero, lanbide-zerbitzuetan salbuespena ezarri da, horien barruan egile-eskubideen bitartez ordaindu behar direnak ere, baldin eta artista plastikoek, idazleek, aldizkari eta egunkarietako literatura-, marrazki- eta argazki-laguntzaileek egindako zerbitzuak badira. Bestela esanda, pertsona fisikoek egindako zerbitzuak salbuetsi dira, baldin eta eskultura, marrazki, margo, grabatu, litografi eta abarren egile badira eta edozein bidetatik arte-lanen ustiapena nahiz kopia egiteko eskubidea laga badute; arte-lanen emateak, ordea, ez daude salbuetsiak 1995eko urtarrilaren 1etik aurrera.

Beste alde batetik, Espainian ez da BEZik ordainduko **Europako Erkidego barruko trafikoan**. Kasu horretan, ez dago salbuespenik, zergapetik kanpoko kasuak dira baldin eta Europar Batasuneko beste estatu-kide bateko enpresaburuak arte-lana eman badu eta bere herrialdean frankiziako eraentzapean badago. Ikusi, BEZaren Legearen 13.1.a) artikulua. Gauza bera gertatuko da eskualdatzailearen arte-lanaren ematea eraentza berezian badago bere herrialdean, hau da, ondasun erabilien, arte-ondasunen, anti-guetateen eta bilduma-ondasunen eraentza berezian.

Azkenik, salbuetsi dira ondasun batzuen **inportazioak**, besteak beste, bilduma- edo arte-objektuen inportazioa hezkuntza-, zientzia- eta kultura-helburuekin, inportatu ondoren salduko ez badira eta inportatzailea museoa, galerista edota salbuetsitako ondasunok jasotzeko baimena duten establezimenduak badira. Salbuespenak baldintza baten menpe dago: ondasunak dohain bidez inportatu behar dira edo, kostu bidez inportatuko balira, emailea izan dadila enpresaburu edo profesional moduan ari ez den erakundea nahiz pertsona.

Salbuetsi ez badira ere, goian aipatu egunetik aurrera, arte-lanen emateak tratu mesedegarria dute, **%7ko karga-tasa txikia** aplikatzen baitzaie. Karga-tasa txikia aplikatu ahal izateko, egileak berak, beraren oinordekoek eman behar dute arte-lana; bai eta arte-lana berriro salduko ez duen enpresaburuak ere (artelanen eraentza bereziaren menpe ez dagoena), azken horrek artelanaren eskuraketan jasotako BEZ kentzeko eskubidea izan behar duela. Era berean, karga-tasa txikia Europako Erkidego barruko eragiketetan ere aplika daiteke, eskualdatzailea arestian aipatutako pertsonaren bat bada; gauza bera esan daiteke arte-lanen inportazioak direnean.

b) BEZren eraentza berezia, ondasun erabilien, artelanen, antiguetateen eta bilduma-ondasunen gainean

Aukerazko eraentza da. Hala nahi izanez gero, subjektu pasiboak BEZren eraentza orokorra aukera dezake

- a) Enpresaburu edo profesionala ez denarengandik.
- b) BEZren frankizia eraentzapean den enpresaburu edo profesionalarengandik, baldin eta frankizia ondasunaren garraioa edo bidalketa hasi den estatu-kidean bada eta arte-lana inbertsio-ondasuna bada enpresaburu edo profesionalarentzat.
- c) Enpresaburu edo profesionalarengandik, ondasunaren ematea salbuetsita badago, Zergaren 20. artikuluko lehe

nengo idazatiaren 24 eta 25. zenbakiek ezarritakoaren arabera.

d) Arte-lana saltzen dituen beste subjektu pasiboarengan dik, baldin eta ondasunaren ematea eraentza bereziaren menpe izan bada, hots, ondasun erabilien, arte-lanen, anti guetateen eta bilduma-ondasunen eraentzapean.

Gauza bera arte-lanen, antiguetateen eta bilduma-ondasunen kasuan, baldin eta subjektu pasibo saltzaileak inportatu baditu, baita arte-lanen emateetan enpresaburu edo profesionalengandik eskuratu badira eta eragiketa horietan %7ko karga-tasa txikia aplikatu izan bada.

Ondasun erabilien, arte-lanen, antiguetateen eta bilduma-ondasunen gaineko eraentza berezian, ondasun emateen **zerga-oinarria** kalkulatzeko, eragiketa bakoitzean izaniko mozkin zenbatuko da, hots, subjektu pasibo saltzaileak aplikatu duena, mozkin horri dagokion Balio Erantsiaren gaineko Zergaren kuota kendu eta gero.

Horretarako, mozkin zenbatuko da ondasunaren salmentabaliorekin eta erosketabaliorekin arteko aldea aintzat hartuta.

Subjektu pasibo saltzaileek ere zerga-oinarria zenbatu dezakete berak aplikatutako mozkin osoa kontuan izanda, likidazio-aldi bakoitzerako, mozkin horri dagokion Balio Erantsiaren gaineko Zergaren kuota kendu eta gero.

c) Ondare Eskualdaketa eta Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko Zerga

Arte-lanaren eskualdatzailea enpresaburua edo profesionala ez bada (BEZak definitutakoa ez, behintzat), eskualdaketa Ondare Eskualdaketa eta Egintza Juridiko Dokumentatuen gaineko Zergaren menpe dago eta eskuratzailerak %4ko karga-tasa ordaindu behar du, ondasun higigarriak direlako.

d) Oinordetza eta Dohaintzen gaineko Zerga

Arte-lanaren eskuraketa dohain bidez bada, Oinordetza eta Dohaintzen gaineko Zergaren menpe dago, bai *inter vivos* denean bai *mortis causa* denean. Lurralde Historikoetan, eskuraketa salbuetsi da lerro zuzeneko senideen artean izan bada edo ezkontideen edo izatezko bikotekideen artekoa izan bada, izatezko bikotea Eusko Jaurlaritzan inskribatu bada (Izatezko bikoteen 2/2003 Legea). Lurralde erkidean, arauketa aldatzen da Autonomia Erkidego batetik bestera, baina salbuespena ezarri da eskualdaketa *mortis causa* denean eta seme-alaben mesedetan (21 urtetik beherakoen mesedetan edota ezkontidearen mesedetan; ez dago salbuespenik eskualdaketa *inter vivos* denean.

Aurrekoaz gain, **lurralde erkidean**, hildakoaren ezkontidearen mesedetan edo ondorengoen mesedetan *mortis causa* eskualdaketa izan bada eta Espainiako Historia Ondareko ondasuna edota Autonomia Erkidegoetako Kultura- edo Historia Ondareko ondasunak eskualdatu badira, %95eko txikipena aplikatu behar da, eskuratutako arte-lana ez bada berriro eskualdatzen hamar urteko epean. Eskualdaketa senide berberen mesedetan eta *inter vivos* denean, %95eko txikipena ere ezarri da baldin eta dohaintza-emaileak 65 urte baino gehiago baditu edo ezintasun iraunkorrean bada eta dohaintza-hartzaileak ondasunari eutsiko badio hurrengo hamar urteetan.

4. ARTE-LANEN INBERTSIO ETA GASTUAK

Amaitzeko, arte-lanen edukitza hutsagatik sortzen diren gastuak jorratu behar ditugu, gastuok eragina dutelako arte-lanaren jabeak ordaindu behar duen errentaren gaineko zergan, pertsona fisikoa izan zein pertsona juridikoa izan.

a) Jabea pertsona fisikoa izatea

Lurralde erkidean, abantaila fiskalak ezarri dira arte-lanak eskuratzeagatik, baita arte-lanei lotutako gastuengatik, izan ere, PFEZren kuota osotik ken baitezakete inbertsioaren edo gastuen %15, kenkariak ezin dezakeela gandi oinarri likidagarriaren %10.

Esangura horretan, kentzeko modukoa da Espainiako Historia Ondareko ondasunak atzerrian eskuratzea Espainiara ekartzeko, baldin eta ondasunok Espainian eta zergadunaren ondarean iraungo badute hiru urtez gutxienez.

Era berean, kentzeko modukoak dira artapen-, konpontze-, zabaltze- eta erakusketa-gastuak, zergaduna ondasunen jabea bada eta kultur intereseko ondasun direla adierazi bada, estatuko nahiz Autonomia Erkidegoetako Historia Ondareko arauketaren arabera. Kenkariaren oinarria da Kalifikazio, Balioespen eta Esportazio Batzak emaniko balioa.

Gure artean, PFEZn ez da antzeko kenkaririk jaso.

b) Jabea pertsona juridikoa izatea

Arte-lanen jabea sozietatea bada, kenkarirako eskubidea dauka Kultur Ondarea sustatu eta zabaltzeagatik, baita zinema-ekoizpenetan nahiz liburuen edizioetan parte hartzeagatik ere.

Sozietateen gaineko Zergaren subjektu pasiboek kuota likidotik kenkaria ken dezakete, egindako inbertsioen eta gastuen %15ekoa hurrengo eragiketetan:

a) Euskal Kultur Ondareko, Espainiako edo Autonomia Erkidegoetako Historia Ondareko ondasunen eskuraketan, atzerrian egin bada arte-lana Espainiara ekartzeko, hiru urtez, gutxienez, Espainian eta zergadunaren ondarean egotekoak badira.

b) Arte-lanen artapen, konponketa, zabalkunde eta era kusketetan, kultur interesekoak direla adierazi bada eta uztailaren 3ko Euskal Kultur Ondareko 7/1990 Legeak, Autonomia Erkidegoetako legeak edota ekainaren 25eko Espainiako Historia Ondareko 16/1985 Legeak aipatuta koak badira.

c) Eraikinen errehabilitazioan, teilatuen eta fatxaden artapen eta konponketan, baita azpiegituren hobekuntzan,

baldin eta Unescoren Munduko Ondarea osatzen duten arkitektura-, arkeologia-, natura- nahiz paisaia-multzoetan badira edota hirien babesa badute.

Kenkari guztien batuketak, honako hau barne, ezin gairi dezake kuota likidoaren %45.

Alberto Atxabal Rada

JURISPRUDENCIA* **JURISPRUDENTZIA**

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 3 de mayo de 2004

Recurso de casación: interés casacional (art. 477.2.3º y 477.3 LEC), no es motivo de casación, sino presupuesto de admisibilidad del recurso. No es suficiente la mera cita formal del artículo 48.2 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco. La interpretación del testamento en casación.

*El *Boletín* inicia una sección de jurisprudencia con el comentario de dos sentencias enviado por el Excmo. Sr. Don Fernando Luis Ruiz Piñeiro, presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Tanto por el interés de la materia (derecho civil foral) como por la justeza del comentario, el *Boletín* agradece a su autor el envío de los textos y le anima a él y a los demás miembros de la Academia a colaborar en la revista con trabajos de esta índole.

No es necesario, a efectos de comentar esta sentencia, realizar una relación de los hechos que son objeto de debate, bastando señalar que el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao estimó la demanda y declaró, en sentencia, la validez de las disposiciones testamentarias efectuadas por D^a C.B.E. en los testamentos abiertos autorizados ante Notario el 15-1-1942, que fue complementado por el autorizado ante Notario en 1964, por lo que declara también quienes debían ser adjudicatarios de los distintos bienes.

Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó el mismo, revocando la sentencia recurrida y desestimando íntegramente la demanda, por lo que declaró la sucesión intestada de D^a C.B.E. a favor de los herederos que cita la resolución.

El recurso de casación se interpone haciendo las siguientes alegaciones: " 1^a) Ausencia de jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 48.2 de la LCFPV en cuanto a las consecuencias de la extinción del poder testatorio en relación con el artículo 675 del CC, de aplicación a este caso por remisión del artículo 3.1 de la Ley Civil Foral del País Vasco; 2^a) Inexistencia de doctrina jurisprudencial del artículo 48.2 en relación con el artículo 764 del CC, siendo este llamado a la legislación foral por remisión del artículo 3, apartado 1^o de la Ley Civil Foral del País Vasco; y 3^a) Como corolario del presente recurso, y sean cuales fuesen las causas que se alegaran para su interpretación, todas ellas van a pivotar sobre la interpretación del testamento y la búsqueda de la voluntad de la testadora".

Pues bien, con estos antecedentes, la sentencia dictada en Casación por la Sala de lo Civil del TSJ del País Vasco, examina tres aspectos:

1.- En primer lugar, examina lo referido a la interpretación del concepto de interés casacional, que constituye un presupuesto de admisibilidad del recurso y no es un motivo de casación en sí mismo e igualmente examina lo relativo a la admisibilidad del recurso de casación, para llegar a la conclusión que éste era inadmisibile pero, en el trámite en que se encuentra, dicha inadmisibi-

lidad se torna en causa de desestimación. Interesa transcribir literalmente lo que afirma el fundamento primero.

"El art. 477.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), dispone que "el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", y el párrafo segundo del art. 478.1 del mismo texto legal que "corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución", lo que precisa y completa, en orden a la determinación de la competencia atribuida a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de casación (como Salas de lo Civil, se entiende), lo señalado en el precepto anterior, pues las mismas resultarán competentes cuando el respectivo Estatuto haya previsto esta atribución y siempre que el recurso se funde en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, tanto si el motivo o motivos consideran infringida exclusivamente una norma de Derecho civil, foral o especial, como si, en el mismo motivo o en otro distinto, se considera también infringida una norma de Derecho civil común, o de otra Comunidad Autónoma.

Las resoluciones recurribles en casación se identifican en el artículo 477.2 LEC, del que se deduce, por un lado, que tan sólo son susceptibles de ser recurridas en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales y, por otro, las que se encuentren en alguno de los tres casos a los que se refiere el precepto, entre ellos, el señalado en el núm. 3º, esto es, "cuando la resolución del recurso presente interés casacional", circunstancia cuyo significado esclarece la propia Ley al establecer en el párr. primero del art.

477.3 LEC cuándo cabe considerar que un recurso presenta interés casacional, a saber: a) cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; b) o cuando resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; c) o cuando aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, supuestos a los que debe añadirse, cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, los señalados en el párr. segundo del propio art. 477.3 LEC, pues según dispone el mismo “se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

Sirva lo anterior para poner de manifiesto que motivo de casación e interés casacional son cosas distintas y que el interés casacional no es un motivo de casación, sino un presupuesto de admisibilidad del recurso predicable de la sentencia, pues es precisamente el contenido de ésta el que suscita dicho interés siempre que la misma, habiendo sido dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial, se encuentre en alguno de los casos señalados por el núm. 3º del art. 477.2 LEC, en el que se determinan con criterio objetivo y de forma taxativa, cuáles son los supuestos en los que cabe considerar que el recurso presenta interés casacional debiendo, por ello, ser admitido.

Corrobora lo anterior el art. 479 LEC, en el que se establecen los requisitos de la preparación del recurso de casación, al señalar en su núm. 4 que “cuando se pretenda recurrir una sentencia al amparo de lo dispuesto en el número 3º, del apartado 2 del artículo 477, el escrito de preparación deberá expresar, además de la infracción legal que se considera cometida, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el

interés casacional que se alegue”, lo que significa que para preparar adecuadamente el recurso de casación no basta alegar el interés casacional, pues el mismo debe ser expresado “además” de la infracción legal que se considere cometida, motivo único de casación que no puede ser soslayado u omitido, pues entonces no podrán considerarse cumplidos los requisitos establecidos por el precepto en orden a la preparación del recurso, y deberá dictarse, de conformidad con lo ordenado por el art. 480.1 LEC “auto rechazando el recurso” o, caso de haberse tenido por preparado, “auto declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida”, tal y como dispone el art. 483.2.1º y 4.

En el presente caso en el escrito de preparación se afirma que la sentencia recurrida presenta interés casacional, señalándose, en este sentido, que se carece de doctrina jurisprudencial sobre el artículo 48 de la Ley 2/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (en adelante LDCE), en lo que respecta a las consecuencias de la aplicación del núm. 2 del precepto y a su relación con los artículos 764 y 912 del Código Civil (en adelante CCv.); indicándose también que se carece de doctrina jurisprudencial del art. 35 LDCE y, finalmente, que se infringe la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación del art. 675 CCv. Sin embargo, se guarda un silencio absoluto a la hora de expresar la infracción legal que se considera cometida, prescindiéndose de esta forma del motivo de casación, pues no se hace ninguna indicación de la norma del Derecho civil, foral o especial que se considera infringida o vulnerada, no pudiendo por ello considerarse cumplidos los requisitos legalmente exigidos para la debida y correcta preparación del recurso, lo que determina, primero, que el recurso no debía de haberse tenido por preparado, ex art. 480.1 LEC y, segundo, que tampoco debía de haberse admitido, ex art. 483.2.1º LEC.

Pues bien, dado que el artículo 485 LEC permite a la parte o partes recurridas, admitido el recurso de casación, alegar en el escrito de oposición las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya

rechazadas por el Tribunal, y como quiera que la parte recurrida se opone a la admisibilidad del recurso de casación por considerar que el artículo 48.2 LDCF se menciona en el recurso a título meramente enunciativo, siendo utilizado como un simple señuelo pero sin que, en realidad, se ofrezca la más mínima argumentación sobre su eventual infracción, lo que se ajusta a la realidad, pues, como señalábamos con anterioridad, se ha silenciado la alegación de la infracción legal cometida, confundiéndose el interés casacional con el motivo de casación, forzoso será concluir que, en este momento procesal, la causa de inadmisión del recurso, apreciable incluso de oficio por estar afectadas normas de contenido imperativo, se torna en causa de desestimación, pues, como señala consolidada jurisprudencia, los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes, al resolver en el fondo, para desestimarlo, aún cuando se hubiese admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos deban ser desestimados (STS de 17 de junio de 1919; 19 de febrero de 1921; 27 de noviembre de 1922; 3 de enero y 5 de febrero de 1934; 21 de febrero de 1942; 14 de diciembre de 1946; 4 de junio de 1947; 14 de junio de 1955; 30 de septiembre de 1985; 20 de febrero de 1986; 5 de octubre de 1987; 30 de septiembre de 1989; 21 de marzo y 7 y 18 de diciembre de 1990; 8 de marzo y 5 de julio de 1991; 14 de mayo de 1992; 5 de septiembre y 14 de diciembre de 1996; y 22 de septiembre de 1997)."

2.- Pese a lo ya afirmado por la resolución, la Sala examina la alegación que se efectúa del artículo 48.2 LDCF, que entiende no se ha infringido, al señalar:

"No sólo razones de corte formal impiden estimar la casación interpuesta. El recurso, aún cuando se entendiera, presuponiendo implícitamente alegada la infracción del art. 48.2 LDCF (única norma de derecho foral que en el escrito de interposición es objeto de cita), pertinentemente prepa-

rado y correctamente interpuesto, lo que no consideramos posible ni desde el más flexible y generoso entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos, que no se puede alcanzar forzando una interpretación en extremo exasperante de la normativa aplicable, debería, igualmente, ser desestimado, y ello por lo que acto seguido exponemos.

Porque disponiendo el artículo 48.2 LDCF que “el poder testatorio se extinguirápor muerte, imposibilidad o incapacidad sobrevenida del comisario”, en modo alguno cabe considerar infringido el precepto. Al contrario, cuando la sentencia recurrida considera extinguido el poder por la muerte del comisario lo que realmente hace es respetar y aplicar la norma, anudando al supuesto de hecho contemplado por la misma –la muerte del comisario- la consecuencia jurídica que la propia norma establece –la extinción del poder testatorio-.

Porque el art. 48.2 LDCF, aun citado por la sentencia recurrida, en realidad tampoco resulta del caso, dado que no cabe considerar aplicable en el supuesto de que se trata, atendida la fecha del fallecimiento del comisario (en el año 1974) y teniendo en cuenta que la sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento (art. 9.8 CCv), la LDCF que, todo lo más, y a la vista de sus disposiciones transitorias, cabría considerar aplicable retroactivamente a los poderes otorgados con anterioridad a su entrada en vigor que pudieran ser utilizados con posterioridad a ella, pero no a los extinguidos antes de su vigencia, como ocurre con el del caso, porque la retroactividad se proyecta plenamente sobre las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad, pero no a las consecuencias ya consumadas (STS de 20 de abril de 1991). "

3.- Y, por último, la Sala recuerda los criterios jurisprudenciales sobre interpretación del testamento en vía de casación, en el sentido de que no cabe revisar la interpretación efectuada por la instancia, salvo en determinados supuestos.

"Y, finalmente, y aun cuando ello suponga superar en cierta medida los límites de la casación foral, porque tampoco cabe cuestionar, y esta es realmente la motivación que subyace en el presente recurso, la interpretación que del testamento fue realizada por la sentencia de apelación, dado que, como tienen reiteradamente declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo, siendo su doctrina en este caso de pertinente aplicación, en la interpretación de los testamentos debe prevalecer el criterio del Juzgador sobre el privativo del recurrente a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir la voluntad del testador, debiendo en suma excluirse únicamente lo arbitrario, el muy manifiesto error, lo desorbitado y los casos de patente y manifiesto error preponderando, en otro caso, la interpretación de la instancia (STS de 6 de octubre de 1994 y todas las que en ésta se citan). Por lo que no pudiendo considerarse tergiversada la voluntad de la testadora por la interpretación de la Sala de Apelación, cuya argumentación no puede ser tildada de manifiestamente errónea, absurda o arbitraria, pues la misma, muy al contrario, y dados los términos del testamento, que contemplan el reparto de la herencia como un complemento, es decir, como una circunstancia añadida o como una facultad más del mismo poder testatorio, ha de considerarse absolutamente razonable, lo que no cabe predicar de la patrocinada por la parte recurrente que, de ser acogida en los términos en que aparece propuesta, privaría de todo sentido al poder, tornándolo en inservible, pues ninguna utilidad tendría para nada de lo que le es propio, lo que no cabe admitir represente la voluntad de la testadora, pues si algo resulta diáfano es su voluntad de ratificar el poder, aún cuando lo complemente, habrá de concluirse que procede estar a la interpretación de la sentencia de apelación). "

El fallo de la sentencia desestima el recurso de casación.

Fernando Ruiz Piñeiro

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 2 de junio de 2004

Ponente: Nekane Bolado Zárraga, formando Tribunal con Roberto Saiz Fernández y el Presidente Fernando Ruiz Piñeiro.

Saca Foral: Troncalidad: derecho preferente de adquisición: cualquier enajenación a título oneroso; Requisitos: debe solicitarse la nulidad de la enajenación y la adjudicación del bien por su justa valoración.

Los hechos que motivaron la demanda se fijan de la siguiente forma:

A) Mediante Escritura Pública otorgada el 26 de octubre de 1996, el hoy finado D. J.M.G.A. vendió a D^a M.L.T.A., sobrina de su finada esposa y casada con D. J.M.J.B., dos fincas radicantes en la anteiglesia de Busturia, a saber: 1) el terreno huerta próximo a la casa A. con la casa construida sobre el mismo; 2) el terreno llamado M-B. De estas fincas, la primera de ellas la había adquirido el vendedor, en cuanto a una mitad indivisa, por herencia de su padre, D. S.G.E. y, en cuanto a la otra mitad, por herencia de su hermano, D. B.G.A.; y la segunda de las fincas la adqui-

rió el mismo vendedor en cuanto a una mitad indivisa, por compra a extraños junto con su finado hermano D. B.G.A. y, en cuanto a la mitad restante, por herencia de su mencionado hermano D. B.G.A. El otorgamiento de la escritura de referencia se llevó a cabo sin que previamente se hubiera anunciado el propósito de enajenar las fincas, en los términos que previene el Fuero Civil de Bizkaia.

B) Al tiempo que se otorgaba la expresada escritura pública de 26 de octubre de 1996, los mismos otorgantes suscribieron un documento privado en el que reconocían que el precio escriturado nunca se entregó, sino que las fincas eran transmitidas en virtud de un contrato, que calificaron de renta vitalicia, por el que el adquirente se comprometía a cuidar y atender personalmente al transmitente Sr. G.A. hasta su muerte, proporcionándole sustento, habitación, vestido, asistencia médica y demás necesidades ordinarias de la vida.

C) Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao promovió Juicio Ordinario D^a F.G.A., hermana del transmitente y ahora parte recurrida, quien formuló su pretensión en los siguientes términos: “que estimando la demanda se condene a los demandados a la declaración de nulidad absoluta del contrato de compraventa de los bienes inmuebles sitos en Busturia ...y la nulidad absoluta del contrato del negocio disimulado de donación, la sentencia declare probada la inexistencia del precio por inexistencia de causa de la compraventa y que deje acreditado que no ha habido desplazamiento patrimonial del supuesto comprador al vendedor, ordenando su cancelación registral”. Fundaba la demandante su pretensión, formulada en esos imprecisos términos, en primer lugar, en la nulidad de la compraventa escriturada, por simulación absoluta, y en la nulidad de la donación simulada bajo aquella forma, por no concurrir en la escritura los requisitos legales para la validez de ese acto de liberalidad; y en segundo lugar, aducía la nulidad de la compraventa por no haberse dado los llamamientos previos que, para la enajenación de los bienes troncales, establece la legislación foral de Bizkaia.

D) El Juzgado rechazó la pretensión de la demanda, en cuanto al terreno M-B, por no tener dicha finca carácter troncal para la demandante; y en cuanto a la petición de nulidad radical de la compraventa de la huerta próxima a la casa A. con la casa construida en ella, desestimó la que venía fundada en simulación absoluta, reconociendo la existencia de un contrato atípico, de los que la doctrina jurisprudencial denomina “contrato vitalicio” o de “pensión vitalicia” o también de “alimentos vitalicios”, pero estimó la nulidad pretendida por haberse omitido los llamamientos forales previos a la enajenación.

E) La demandante D^a F.G.A. consintió la sentencia dictada por el Juzgado, pero los demandados D^a M.L.T.A. y D. J.M.J.B., impugnaron el pronunciamiento que les era perjudicial, relativo a la nulidad de la venta de la huerta próxima a la casa A. con la casa construida en ella por falta de llamamientos, lo que fue confirmado en grado de apelación por la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia en su sentencia de 23 de diciembre de 2003, objeto de impugnación en casación.

Partiendo de estos antecedentes, **la sentencia de la Sala de lo Civil** del Tribunal Superior de Justicia, de fecha 2 de junio de 2004, se pronuncia sobre dos cuestiones que extractamos de la siguiente forma:

1.- El artículo 112 de la Ley Civil Foral del País Vasco establece la norma general que reconoce a los parientes tronqueros un derecho preferente para adquirir los bienes troncales, determinando el ámbito de aplicación de este derecho refiriéndose a los bienes “que se intentare enajenar a extraños y a título oneroso”, por lo que la expresión literal del precepto está indicando que *el derecho preferente existe cualquiera que sea la figura contractual bajo la cual se lleve a cabo la enajenación, si ésta se verifica a título oneroso.*

Y, a continuación, se expresa la sentencia en estos términos: “las previsiones legales que se contienen en el artículo 115 de la Ley Civil Foral, al facultar al tronquero para adquirir sólo una

o varias de la totalidad de las fincas enajenadas, con la lógica excepción de que integren un caserío, así como en el artículo 125, cuando aplica la preferencia a los casos de permuta, son significativas de la prevalencia que reconoce la Ley al derecho preferente de los tronqueros para adquirir las fincas troncales cuando su titular pretenda enajenarlas por cualquier título oneroso. Por ello no son atendibles las razones que aduce la parte recurrente sobre la indivisibilidad de las prestaciones que hizo por su parte en el contrato de alimentos vitalicios y sobre la posible frustración que el ejercicio del derecho del tronquero podría producir en la finalidad de recibir esos alimentos, que motivó la transmisión, dado que en todo caso el ejercicio del derecho preferente no daría lugar a otras consecuencias para las partes del contrato de alimentos que la de que hubieran de sustituir los bienes por su equivalente en dinero. Ni tampoco es admisible la anomalía que para la parte recurrente representa el hecho de anunciar a los parientes tronqueros el propósito de transmitir la raíz para recibir vitaliciamente los cuidados y atenciones convenidos con persona adecuada para prestarlos, porque lo exigido en la publicación de los llamamientos es el anuncio de enajenar el bien troncal y no la especie de contrato oneroso que el titular se proponga realizar, dado que el derecho de los tronqueros consiste en todo caso en la compra de bienes, con lo que la disposición que tiene el titular sobre la raíz troncal de su pertenencia se traducirá en la disposición del dinero equivalente a su valor, según su justa valoración (...) la preferencia reconocida a los parientes tronqueros y las limitaciones que esa preferencia conlleva no constituyen sino medios de protección a la troncalidad, que es institución clave en el derecho vizcaíno y cuya prevalencia debe mantenerse, por tanto, al interpretar las normas que regulan este instituto".

En definitiva se desestima el motivo de impugnación relativo a la inadecuada aplicación de los artículos 112 y 116.

2.- La segunda cuestión que se aborda es la referida a la infracción del artículo 123, que establece que el ejercicio de la acción de saca foral se ha de hacer "solicitando la nulidad de la enajenación y que se le adjudique la finca por su justa valoración", pues en el presente caso sólo se había solicitado la nulidad.

A estos efectos, la sentencia afirma: "la institución de la troncalidad, que protege el carácter familiar del patrimonio inmueble según el artículo 17 de la citada Ley Civil Foral, establece la vinculación de la raíz troncal a la familia a la que pertenece, por lo que su transmisión ha de hacerse siempre respetando los derechos de los parientes tronqueros.

En cuanto a la transmisión a título gratuito de los bienes troncales, tanto si tiene lugar por actos inter vivos como mortis causa, del artículo 24 de la Ley se deduce que ha de hacerse forzosamente a favor de parientes tronqueros de la línea preferente y el mismo artículo dispone, como consecuencia necesaria, la sanción de nulidad de pleno derecho para las disposiciones gratuitas realizadas a favor de otras personas.

Tratándose de transmisiones a título oneroso, la vinculación de la raíz troncal a la familia se protege mediante el derecho concedido por el artículo 112 de la repetida Ley a los parientes tronqueros para que puedan adquirirla con carácter preferente una vez que el titular haya anunciado, del modo que establece el artículo 116, su propósito de enajenarla. Y si el titular de la raíz troncal la hubiere enajenado sin el anuncio previo por llamamientos hechos a los parientes, el derecho de los tronqueros consiste en la facultad de sacar los bienes del poder del adquirente, en los términos previstos en el artículo 123, para adquirirlos por su valor de tasación.

De esto último resulta que la acción de saca foral, que asiste al tronquero cuando la raíz se enajenó sin previo llamamiento, no consiste, como en el caso del retracto, en operar la subrogación del retrayente en el lugar del comprador, con abono del mismo precio que en dicho contrato estaba convenido y subsistiendo la relación contractual en lo que respecta al vendedor. Por el contrario, la solución dispuesta por la legislación foral vizcaína es la de que el precio que satisfaga el tronquero debe ser el que resulte de la tasación pericial de la raíz, que podrá diferir en más o en menos del que se hubiera establecido con el adquirente extraño, lo que hace que el contrato celebrado con éste haya de ser anulado para posibilitar la enajenación de la raíz al tronquero".

Una vez expuesto lo anterior, la Sala señala que en la acción de saca foral precisamente la pretensión última y sustancial es la adjudicación al tronquero que ejercita la misma, pues la nulidad se constituye como mero presupuesto necesario para alcanzar este objetivo. Y la sentencia concluye: "En el caso del proceso, la pretensión causada por la demandante consistió exclusivamente en que se declarase la nulidad de la venta sin que se solicitara la adjudicación de la raíz, lo que fue estimado por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial, al entender erróneamente que procedía la declaración de nulidad por el solo hecho de haberse omitido los llamamientos previos a la venta, con lo que incurrió en la denunciada infracción del referido artículo 123 de la Ley Civil Foral".

El Fallo revoca la sentencia impugnada, desestima íntegramente la demanda formulada en Primera Instancia y absuelve a los demandados.

Fernando Ruiz Piñeiro

NOTICIAS INTERNAS AKADEMIAREN ALBISTEAK

La actividad de la Academia Vasca de Derecho sigue su curso, interesándose especialmente por la constitución de sus diferentes secciones y la proyección en los territorios de Alava y Gipuzkoa.

En cuanto al primer punto, la Sección de derecho privado de la Academia ha celebrado su primera reunión el día veintiséis de Mayo, en el salón cedido gratuitamente por el Ilustre Colegio de Procuradores de Bilbao, reunión en la que se tomó el acuerdo de constituirse como sección y proceder a la celebración de unas jornadas, que tendrán lugar el mes de Noviembre en Bilbao y en las que se estudiará la reciente reforma del Código Civil en materia de discapacidades, patrimonio y facultades sucesorias del cónyuge viudo. Se prevé que estas jornadas puedan realizarse en colaboración con el grupo de abogados del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia que estudia los temas de derecho civil foral.

Por otra parte, el día siete de julio se iniciaron los contactos con la Diputación de Guipúzcoa: el Diputado foral Don Peru Bazako recibió a los miembros de la Academia Don Adrián Celaya, Don Javier Oleaga, Don Javier Muguruza, Doña Tatiana Gonzalez San Sebastián, Don Juan José Álvarez Rubio y Don Luis Elicegui. A lo largo del mes de octubre se celebrará un acto de presentación de la Academia en el Palacio de la Diputación

Foral de Guipúzcoa, que servirá de homenaje igualmente al jurista guipuzcoano ya fallecido Don Álvaro Navajas.

La Junta Directiva de la Academia ha celebrado sendas reuniones con fecha trece de julio y veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, en las que se ha constatado la buena marcha de los proyectos, especialmente el relativo a la publicación de los dos primeros volúmenes de la colección “Clásicos del Derecho Foral” y la celebración de las jornadas proyectadas, tanto por la Sección de derecho privado, como por la derecho financiero. Se ha insistido igualmente en la conveniencia de que los miembros de la Academia manden trabajos escritos para el Boletín.

Se ha cobrado la primera parte de la subvención de la Excm. Diputación Foral de Bizkaia y está en curso, con la documentación presentada, el cobro de la segunda y última de este año.

Por último, y tras el informe positivo del tesorero de la Academia y las gestiones de éste y el secretario, Don Javier Oleaga, se ha acordado por la Junta Directiva contratar a Doña Pilar Larraondo, para que en horario de tarde pueda trabajar en la llevanza ordinaria de los asuntos de la Academia, abrir la oficina y realizar las gestiones de diario de la misma, asegurando una continuidad y permanencia a la sede social. Comenzará en el mes de octubre. El teléfono y el fax de la Academia ya están en marcha, con el número 94 4255715, y pronto lo estará también el correo electrónico. El local ya está dispuesto para su utilización inmediata.

Termina aquí sus notas este cronista provisional, sustituto “forzoso” por imposibilidad “accidental” (en fórmula notarial muy consolidada) de nuestro secretario titular, Don Javier Oleaga, de cuya pluma fácil y galana esperamos poder seguir disfrutando en el próximo número. Aurrera eta laster arte, adixkidea!

Andrés Urrutia



Primera reunión de la Sección de Derecho Privado de la Academia Vasca de Derecho, celebrada el veintiséis de mayo de 2004 en la sede del Ilustre Colegio de Procuradores de Bilbao.

Zuzenbidearen Euskal Akademiak duen zuzenbide pribatuko atalaren lehenengo bilera, Prokuradoreen Elkargoaren egoitzan, pasa den maiatzaren 26an.