

Fuentes del Derecho, Derecho Interregional Privado y Derecho Sucesorio: propuestas para una reforma del Código Civil¹

FRANCISCO JAVIER OÑATE CUADROS

Notario de San Sebastián

Donostiako Notarioa

FECHA DE RECEPCIÓN / SARRERA-DATA: 9/02/2023

FECHA DE ADMISIÓN / ONARTZE-DATA: 29/05/2023

Resumen: La realidad, aun cuestionada, incuestionable, de la pluralidad irreversible del derecho civil español, la fosilización del régimen jurídico de muchas de las instituciones contenidas en el Código Civil, el enorme impacto del valor de la jurisprudencia auto atribuido por los propios tribunales, la influencia del derecho internacional y del derecho europeo en el sistema jurídico español han arrinconado al Código Civil o al menos a una gran parte de él, como un islote en medio del océano, habiendo perdido su valor como uno de los pilares básicos, junto con la Constitución, de cualquier ordenamiento jurídico.

“España necesita un nuevo Código Civil”. Con esta rotunda afirmación presenta la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) su Propuesta de Código Civil (PCC) que pretende servir de base para la elaboración de un Código del siglo XXI

¹ En el presente trabajo se utilizará la expresión derecho foral para referirse al derecho civil autonómico, para aligerar la lectura, ser una expresión arraigada en su uso y consagrada en el art. 149.1.8ª CE y carecer en el momento actual de las connotaciones de excepcionalidad que tuvo en el pasado.

que contribuya a la mejora de la seguridad jurídica y de la vida de los ciudadanos. Sin embargo, la PCC no aborda de forma adecuada la necesaria modernización del CC en materias como la regulación de las fuentes del derecho, la vecindad civil y los conflictos de leyes en el derecho interregional privado o el derecho de sucesiones, para las que se ofrece una regulación alternativa.

En el sistema de fuentes del derecho, se corrige la inaudita omisión de la Constitución y del derecho de la Unión Europea y se perfila y concreta el origen y valor complementario de la jurisprudencia. La propuesta más innovadora es el reconocimiento explícito de la libertad civil como fuente principal del Derecho Civil, derecho *del* y no para el ciudadano, que se manifiesta a nivel individual en la autonomía de la voluntad y a nivel colectivo o agregado en la fuerza vinculante de la costumbre.

En materia de vecindad civil y derecho interregional privado, se ofrece una regulación completa de los conflictos de leyes entre los distintos derechos civiles españoles y de la vecindad civil, armonizándose las soluciones internas y externas mediante una considerable ampliación de la autonomía de la voluntad conflictual, la remisión al sistema de derecho internacional privado en su conjunto, con excepciones tasadas y estableciéndose como punto de conexión neutral, a la vez como comodín para evitar resultados extravagantes y como cierre del sistema, la norma que presente vínculos manifiestamente más intensos con el caso.

El principio de libertad civil se aplica también a la regulación de la sucesión mortis causa. Se ofrece una comparación entre los principios reguladores del CC, la PCC y, transcurridos 3 años desde su entrada en vigor, la Ley 5/2015 del derecho civil vasco, ya que ha sustituido la regulación fundamental del CC por otra basada en principios totalmente diferentes.

Palabras clave: Derecho interregional privado; Derecho sucesorio, Reforma del Código Civil

Zuzenbidearen iturriak, Erregioen arteko Zuzenbide Pribatua eta Oinordetza Zuzenbidea: Kode Zibila aldatzeko proposamenak

Laburpena: Espainiako zuzenbide zibilaren aniztasun atzeraezinaren errealitate eztabaidaekin, eztabaidatua izan arren, Kode Zibilean bildutako erakunde askoren araubide juridikoaren fosilizazioak, auzitegiek eurek emandako jurisprudentziari emandako balioaren eragin izugarriak, nazioarteko zuzenbideak eta Europako zuzenbideak Espainiako sistema juridikoan duten eraginak, horrek guztiak Kode Zibila edo, gutxienez, haren zati handi bat, ozeanoaren erdian dagoen uharte bat bezala zokoratu dute, eta galdu egin du haren balioa, Konstituzioarekin batera, edozein ordenamendu juridikoren oinarritzko zutabeetako bat den aldetik.

“Espainiak Kode Zibil berria behar du”. Baieztapen irmo horrekin aurkeztu du Zuzenbide Zibileko Irakasleen Elkarteak (APDC) Kode Zibilaren Proposamena (PCC), XXI. mendeko kode bat egiteko oinarri izan nahi duena, segurtasun juridikoa eta herritarren bizitza hobetzen laguntzeko. Hala ere, PCCk ez dio behar bezala heltzen KZren beharrezko modernizazioari, hainbat arlotan, hala nola zuzenbidearen iturrien erregulazioan, auzotasun zibilean eta erregioen arteko zuzenbide pribatuko legeen gatazketan edo oinordetza-eskubidean. Horretarako, ordezkotako erregulazio bat eskaintzen da.

Zuzenbidearen iturrien sisteman, Konstituzioaren eta Europar Batasuneko zuzenbidearen aipamen eza zuzentzen da, eta jurisprudentziaren jatorria eta balio osagarria zehazten dira. Proposamen berritzaileena askatasun zibila Zuzenbide Zibilaren iturri nagusi gisa esplizituki aitortzea da, herritarraren eskubidea baita eta ez herritarrarentzat. Askatasun hori norbanakoaren mailan borondatearen autonomian ageri da eta maila kolektiboan edo bateratuan, ohituraren indar loteslean agertzen da.

Auzotasun zibilari eta erregioen arteko zuzenbide pribatuari dagokionez, Espainiako zuzenbide zibilaren eta auzotasun zibilaren arteko lege-gatazken arauketa osoa eskaintzen da, eta barruko eta kanpoko irtenbideak harmonizatzen dira, gatazka-konpontzeko borondatearen autonomia nabarmen zabalduz. Era berean, nazioarteko zuzenbide pribatuaren sistema osora jo izan da, salbuespen tasatuekin, eta lotura-puntu neutral gisa, aldi berean emaitza arraroak saihesteko komodin gisa eta sistemaren itxiera gisa, kasuarekin lotura nabarmenki sendoenak dituen araua ezarritik.

Askatasun zibilaren printzipioa mortis causa oinordetza arautzeari ere aplikatzen zaio. Konparazio bat eskaintzen da KZren eta PCCren printzipio arautzaileen artean, eta, indarrean sartu zenetik 3 urte igaro ondoren, Euskal Zuzenbide Zibilari buruzko 5/2015 Legearen artean ere; izatez, KZren funtsezko erregulazioaren ordez, printzipio guztiz desberdinetan oinarritutako beste bat ezarri da.

Gako-hitzak: Erregioen arteko zuzenbide pribatua; oinordetza-zuzenbidea, Kode Zibilaren erreforma

Sources of Law, Private Interregional Law and Inheritance Law: proposals for a reform of the Civil Code

Abstract: The reality, still questioned, unquestionable, of the irreversible plurality of Spanish civil law, the fossilization of the legal regime of many of the institutions contained in the Civil Code, the enormous impact of the value of jurisprudence self-attributed by the courts themselves, the influence of international law and European law in the Spanish legal system have cornered the Civil Code or at least a large part of it, like an island in the middle of the ocean, having lost its value as one of the basic pillars, along with the Constitution of any legal system.

“Spain needs a new Civil Code”. With this resounding affirmation, the Association of Civil Law Professors (APDC) presents its Civil Code Proposal (PCC) that aims to serve as the basis for the elaboration of a 21st century Code that contributes to the improvement of legal security and life of the citizen. However, the PCC does not adequately address the necessary modernization of the Civil Code in matters such as the regulation of the sources of law, civil neighborhood and conflicts of laws in private interregional law or inheritance law, for which it offers alternative regulation.

In the system of sources of law, the unprecedented omission of the Constitution and the law of the European Union is corrected, and the origin and complementary value of jurisprudence are outlined and specified. The most innovative proposal is the explicit recognition of civil liberty as the main source of Civil Law, a right of and not for the citizen, which is manifested at the individual level in the

autonomy of the will and at the collective or aggregate level in the binding force of the habit.

In terms of civil neighborhood and private interregional law, a complete regulation of conflicts of laws between the different Spanish civil rights and civil neighborhood is offered, harmonizing internal and external solutions through a considerable expansion of the autonomy of the conflicting will, the referral to the private international law system as a whole, with assessed exceptions and establishing itself as a neutral connection point, at the same time as a wild card to avoid extravagant results and as a closure of the system, the norm that manifestly presents more intense links with the case.

The principle of civil liberty also applies to the regulation of succession *mortis causa*. A comparison is offered between the regulatory principles of the Civil Code, the PCC and, 3 years after its entry into force, Law 5/2015 of Basque civil law, since it has replaced the fundamental regulation of the Civil Code by another based on totally different principles.

Key words: private interregional law; inheritance law, reform of the Civil Code

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EL SIGLO XXI. (2.1.) Concepto y caracteres del Derecho Civil. (2.2.) Pluralidad legislativa del derecho civil español. Situación actual. (2.3.) La Propuesta de Código Civil de la APDC. (2.4.) El principio de libertad civil: Autonomía de la voluntad y derecho consuetudinario. (2.5.) La jurisprudencia. (2.6.) Sistema de fuentes y principio de libertad civil en las legislaciones forales. (2.7.) Sistema de fuentes en el Código Civil y en la Propuesta de CC. 3. DERECHO INTERREGIONAL. LA VICINIDAD CIVIL COMO PUNTO DE CONEXIÓN PERSONAL PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL. (3.1.) Regulación del Código Civil y los estatutos de autonomía. (3.2.) Examen especial de la vecindad civil vasca. (3.3.) Derecho interregional y vecindad civil en la PCC. 4. BASES PARA UNA REFORMA DEL DERECHO SUCESORIO. (4.1.) Planteamiento. (4.2.) Principios de la PCC. (4.3.) Principios del derecho sucesorio vasco. 5. CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Aceptando la invitación de los redactores de la PCC a su crítica y mejora por parte de colectivos y colegios profesionales de juristas, que han permanecido al margen de su elaboración, en el presente trabajo se va a hacer una valoración crítica de su regulación de las fuentes del derecho, de la vecindad civil y los conflictos de leyes de derecho interregional privado y de la sucesión mortis causa. Se ofrece una redacción alternativa de los artículos que quedarían afectados y en el caso de la sucesión *mortis causa*, un análisis resumido de la Ley 5/2015, del derecho civil vasco que ha inspirado vagamente la propuesta pero sin llegar a sus últimas consecuencias como, a mi juicio, habría sido deseable.

Para explicar mi contribución personal al debate, me parece oportuno hacer una breve semblanza autobiográfica. Mi formación civilista comienza en los años 80 del pasado siglo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, donde las enseñanzas impartidas por los discípulos destacados del maestro Lacruz Berdejo (señaladamente del profesor Jesús Delgado Echeverría) comprendían tanto el derecho civil común como el foral aragonés. Ganadas las oposiciones, mi formación teórica se ha asentado y completado con una experiencia de casi 30 años de ejercicio de la profesión de Notario que comenzó en un territorio de *frontera*, el Valle de Mena, territorio burgalés físicamente enclavado entre las Encartaciones vizcaínas en las que según villas y pueblos regían el Código Civil o el Fuero de Vizcaya y la Tierra de Ayala alavesa, que atravesaba en mi vehículo conjeturando divertido acerca del derecho aplicable —común, vizcaíno o ayalés— en los distintos caseríos diseminados que iba encontrando en mi periplo por las serpenteantes carreteras que atravesaban los apenas 40 kilómetros que separaban la salida de Amurrio de la AP-68, de Villasana de Mena. Tras mis primeros años de ejercicio en poblaciones sujetas al derecho civil común, mediados los 90 “me doc-

toré” en la práctica del derecho foral aragonés durante mi destino en Barbastro, donde aprendí a captar su esencia profunda, dominarlo y expresar algunas de sus enormes potencialidades. La carrera administrativa me condujo después al País Vasco, de nuevo a territorio de derecho común (primero a Vitoria y luego a San Sebastián), volviendo el Código Civil a ser mi libro de trabajo de cabecera, aunque mis raíces y mi formación jurídica aragonesas influyeron decisivamente en mi forma de aplicarlo.

Instalado cómodamente en la zona de confort, el año 2015 trajo una revolución silenciosa en el derecho privado español, con profundísimas implicaciones en el quehacer diario de los notarios. Vio por fin la luz la tantas veces pospuesta Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, que supuso la mayor reforma de la Ley del Notariado desde su promulgación el 28 de mayo de 1862², al punto de más que doblarla en extensión, así como de numerosos artículos del Código Civil y otras leyes. Norma capital que vino acompañada de otras como la 13/2015, de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro, 29/2015, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, y 26/2015, de Protección a la infancia y adolescencia, que siguieron la estela de la Ley 14/2014 de Navegación marítima. A la intensa producción del legislador estatal se sumó la del europeo, con la entrada en vigor el 17 de agosto de 2015 del Reglamento UE 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante, de Reglamento de Sucesiones) y más que la guinda, el cuerpo del pastel para un notario con ejercicio en Donostia-San Sebastián, las leyes autonómicas 5/2015, del Derecho civil vasco y 7/2015, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores.

² Que es la ley más antigua en vigor en España.

Cuando en la I Jornada Presencial del Máster de Actualización Jurídica para Notarios, dirigido por la catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla- la Mancha, Carmen González Carrasco se presentó por parte de D. Rodrigo Bercovitz en la Delegación del Colegio Notarial en Toledo el estado de los trabajos de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) en torno a una Propuesta de Código Civil (PCC), pensé en hacer mi trabajo de fin de máster acerca de cómo la nueva normativa vasca podía servir de base para una reforma del sistema sucesorio del CC. Culminados sus trabajos en 2018³ me ha parecido más conveniente replantear el enfoque inicial y tras estudiar la PCC en tres aspectos concretos, fuentes del derecho, derecho interregional y bases del derecho de sucesiones, plantear una regulación alternativa, en los dos primeros casos con texto articulado y en el último, comentando los principios del derecho sucesorio vasco y la superioridad de su regulación, a mi juicio, respecto de la PCC.

2. SITUACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN EL SIGLO XXI

2.1. Concepto y caracteres del Derecho Civil

La doctrina civilista (por todos, GONZÁLEZ CARRASCO⁴), pone de manifiesto la dificultad de definir en la actualidad el concepto de derecho civil a partir de los rasgos que tradicionalmente se atribuían: derecho privado general, carácter y objeto de sus normas o de las instituciones comprendidas en su regulación (derecho de familia, sucesiones y patrimonial) y su utilidad relativa, aunque imprescindible, ya que la Constitución

³ Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2018, la versión electrónica completa puede descargarse en http://www.derechocivil.net/esp/pdf/obra_completa.pdf.

⁴ GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. “Primer ejercicio de la oposición a cátedra de Derecho civil”, 2018, Universidad de Castilla-La Mancha (inédito).

atribuye competencias exclusivas a las comunidades autónomas *rationae materiae*. Señala CARRASCO PERERA⁵ que “el «Derecho civil» no es una *materia regulable*, ni un conjunto de *instituciones* concebidas en términos absolutos, ni unos derechos (“derechos civiles”) a los que haya que atribuir determinados contenidos. «Derecho civil» es una *técnica* particular de solucionar conflictos y asignar derechos interprivados, por la apropiación de bienes jurídicos. En definitiva, el derecho civil es un sistema de resolución de conflictos entre particulares.

Esta concepción resulta singularmente útil para construir sobre ella una crítica a la actual regulación del Código Civil y de algunos derechos forales, así como también a la PCC. En efecto, si lo definitorio, lo decisivo del derecho civil no es la regulación de las relaciones o derechos de los sujetos jurídicos con y ante los poderes públicos sino entre ellos, parecería lógica la conclusión de que la piedra angular de cualquier sistema de resolución de conflictos *inter privados* debería ser precisamente la voluntad de dichos sujetos, bien acordada o pactada en el correspondiente contrato, bien impuesta de forma unilateral a los *otros*, con carácter vinculante (sucesión mortis causa), debiendo limitarse la intervención pública a los supuestos verdaderamente imprescindibles, por sus repercusiones frente a terceros o la violación del orden público.

2.2 Pluralidad legislativa del derecho civil español.

Situación actual⁶

Aunque en este trabajo se da por superado el debate acerca de la delimitación competencial en materia civil entre el estado y las comunidades

⁵ CARRASCO PERERA, A.: “*El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*” Madrid, Tecnos, 1988.

⁶ Un denso y completo resumen del estado de la cuestión, que va a ser ampliamente citado en el presente trabajo puede leerse en DELGADO ECHEVERRÍA, J., “*La coexistencia de los Derechos civiles españoles en cuarenta años de Constitución. Trayectorias y perspectivas Garantía*”

autónomas, estéril para sus propósitos, resulta inevitable hacer una descripción del carácter plurilegislativo del sistema de derecho civil español. Es conocido que la fragmentación jurídica civil tuvo su origen en los distintos reinos surgidos en la Reconquista, cada uno de los cuales recepcionó de forma diferente el Derecho Romano y experimentó una evolución propia, truncada en cuanto a las fuentes productoras de sus derechos para los Reinos de la Corona de Aragón, por los Decretos de Nueva Planta (1709-1716 que además derogaron el derecho privado del Reino de Valencia).

La tarea codificadora del siglo XIX fracasó en el intento unificador, conseguido sólo respecto de algunas materias (notarial, hipotecaria, registro civil, leyes sobre propiedades especiales). Fue precisamente la “cuestión foral”, con repercusiones de hondo calado político, las que dieron al traste con la codificación civil uniformizadora, de manera que el pleno respeto de los derechos forales, incluyendo su derecho supletorio propio, fue el precio que hubo de pagarse para obtener el tardío fruto del vigente Código Civil.

Así el originario art. 12 CC estableció que

“Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º, libro 1.º. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán *por ahora* en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, *escrito o consuetudinario*, por la publicación de este Código, que *regirá tan sólo como*

constitucional de la pluralidad de Derechos civiles”. LA NOTARÍA 2/2018, Monográfico 40º aniversario de la Constitución, Colegio Notarial de Cataluña, accesible en https://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429027958?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Descargas&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DR Revista_La_Notaria.PDF&blobheadervalue2=1288803575006

derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus Leyes especiales”.

La norma expresaba el desiderátum de unificar el derecho civil en un Código único, al que se incorporaran los derechos forales mediante los correspondientes Apéndices. Fracasado el propósito al promulgarse únicamente el de Aragón en 1925, tras el Congreso de Derecho Civil celebrado en 1946 en Zaragoza se optó por compilar en textos separados los derechos forales, proceso culminado en 1973 con la promulgación del Fuero Nuevo de Navarra. La nueva situación tuvo reflejo inmediato en la nueva redacción del Título Preliminar del Código Civil (1974), formalmente aún vigente, vivamente expresivo del abandono oficial del objetivo unificador:

Art. 13 CC:

“1. Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

2. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales”.

La Constitución de 1978 supone un drástico cambio desde una organización centralista del estado a otra descentralizada en comunidades autónomas y en materia civil estableció:

Artículo 149, 1, 8º CE:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
(...)

8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

Según la constante doctrina del TC (señaladamente entre la STC 88/1993, de 12 de marzo, hasta la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Cataluña), el precepto representa la garantía constitucional de la foralidad civil. Como señala DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*):

“Es difícil entender que juristas que aceptaban la Constitución como norma jurídica, superior a las demás del ordenamiento, con fuerza de ley inmediatamente aplicable y capacidad para derogar todas las anteriores contrarias, siguieran en los años ochenta y posteriores haciendo valer la ley de bases de 1888 (interpretada, por lo demás, sesgadamente) como criterio con el que medir y reducir el alcance de la Constitución, alegando incluso que tal ley de bases tenía «valor supralegal» o «materialmente constitucional». No eran pocos los juristas que, en los años ochenta, seguían manteniendo en activo su ideal unificador (lo que en sí no es reprochable individualmente, aunque muy inquietante como actitud académica extendida) y se negaban a aceptar que tal unificación había dejado de ser un objetivo, una directriz, en el ordenamiento constitucional; que, técnicamente, la hipotética tarea unificadora no es posible sin cambiar la Constitución, pues esta se constituye, precisamente, en garante (de la conservación) de la foralidad civil. No puede ocultarse que entre los civilistas españoles de finales del siglo pasado y lo que llevamos del presente hay dos discursos enfrentados sobre la codificación civil y la cuestión foral. La Constitución no ha puesto fin a este enfrentamiento (desgraciadamente, apenas hay debate, que sería bienvenido), a esta

presencia de dos relatos con discursos incompatibles que, en el fondo, responden a dos concepciones de España, de su historia y de su futuro. La emergencia acuciante de la «cuestión catalana» no ayuda a una reflexión sosegada. La Constitución no ha puesto fin a la cuestión foral, pero sin duda ha abierto las puertas a un desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales que ha podido sorprender a algunos y, a algunos, ha decepcionado en sus expectativas de un futuro con unidad de códigos, porque hace irreversible la pluralidad de los derechos civiles españoles”.

El propio Delgado, en el artículo citado, clama:

“El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) ha querido celebrar los cuarenta años de Constitución con una gran obra colectiva (...) Entre sus trescientas contribuciones [...] no hay ninguna dedicada a la codificación civil, al artículo 149-1. 8ª. CE, a la pluralidad de Derechos civiles en España. [...] La ausencia, en este contexto, de una referencia específica a la codificación civil y la pluralidad de Derechos civiles (a la «conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales», si se prefiere la literalidad del texto constitucional) parece más bien fruto de la ignorancia, del desconocimiento; pero también del desconcierto que el tema produce en la cabeza de los intelectuales estudiosos de la vida jurídico-política de España, quizás porque el tema no ha sido visto por los gobiernos en estos cuarenta años como cuestión de Estado y no ha tenido presencia tampoco en los programas o declaraciones de los grandes partidos españoles. En el mejor de los casos, se ha visto como si fuera una simple incidencia o consecuencia de la organización territorial”.

Olvidando el debate competencial, a los efectos del presente trabajo, interesa profundizar en el contenido material de la regulación actual de los diversos derechos civiles españoles en algunas cuestiones que suscitan o deberían suscitar el interés de juristas y políticos o, como suelen decir estos últimos “las que realmente importan a los ciudadanos”, superando

esa preocupación doctrinal por el fuero que ha acabado abandonado al huevo. Un metanálisis de los estudios publicados en torno a los derechos civiles autonómicos revelaría sin ninguna duda la preponderancia extrema del estudio de la cuestión competencial frente al de su contenido con la metodología propia del derecho comparado.

DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*) expone con lastimera precisión, su opinión —que es la mía— acerca del sesgo o desdén con que la *academia*, con honrosas excepciones, aborda el estudio comparado de las regulaciones jurídicas ofrecidas por los distintos derechos civiles territoriales:

“[los derechos forales] los conocen solo algunos civilistas, una minoría (muy numerosa), los formados en las universidades de las Comunidades autónomas con Derecho civil propio que trabajan en ella. Cada uno el suyo. Pero la mayoría, formados en las universidades del resto de España, que son las más, los ignoran. [...] Me parece evidente que los civilistas españoles —más estrictamente, los profesores de Derecho civil de España— formamos parte de una misma comunidad científica, pero en ella el estudio e investigación de los Derechos distintos al del Código civil se ve en demasiadas ocasiones, más que como una legítima especialización voluntaria del investigador, como una opción anómala, acaso una infracción de los tabúes de la tribu. Uno puede especializarse en protección de la infancia, o en seguros, o en responsabilidad civil, y lo que publique será evaluado de acuerdo con su calidad. No ocurre lo mismo si se investiga sobre instituciones de los Derechos forales o especiales”.

Esta carencia ha hecho pasar desapercibido hasta tiempos muy recientes (probablemente de la mano de juristas sin la hipoteca de la nostalgia melancólica de un pasado perdido que en realidad nunca existió) el hecho evidente de que la fragmentación formal del derecho civil autonómico ha venido acompañado no sólo de una modernización en la regulación material de muchas instituciones en el ámbito del derecho sucesorio y familiar, sino también de un significativo proceso de acercamiento y

armonización de sus soluciones entre ellos. Es notoria la *inspiración* de muchas reformas autonómicas en anteriores de otras comunidades autónomas, cuando no han sido tomadas en bloque, dadas las facilidades —no exentas de errores— que ofrece el sistema de copia-pegar⁷.

Una característica muy negativa del actual estado de cosas es la actuación negligente de los órganos centrales del estado, más preocupados en contener el desarrollo expansivo de los derechos forales que de afrontar la imperiosa necesidad de actualizar el derecho civil común con una visión sistemática y de conjunto (cuya ausencia sirve de excusa al legislador autonómico para darle a la manivela legislativa) y regular los conflictos internos de leyes, ante la inevitable eficacia extraterritorial de los derechos civiles autonómicos. O de incorporar a su estructura un sinnúmero de preceptos impropios por su objetivo, contenido y alcance de un Código Civil, obviando cuestiones muy importantes en las reformas que aun parciales, afectan a un gran número de preceptos demostrando el escaso o nulo respeto con que es tratado por un legislador de gatillo fácil⁸.

Otra negativa y obsesiva premisa es la perpetuación de una cierta cerrazón doctrinal en el mantenimiento orgulloso de unas supuestas esencias del derecho común (castellano afrancesado, en realidad pero que no miró la evolución posterior del derecho francés del que bebió), frente al embate de los pujantes derechos civiles autonómicos, orillando la in-

⁷ En las numerosas charlas que he impartido acerca de la nueva Ley Civil Vasca, he comentado que para entenderla bien no hay que acudir al Código Civil, sino al Foral de Aragón, al punto de que habría sido interesante incluirlo como derecho supletorio preferente al Código Civil como sin duda hará, sin decirlo, la jurisprudencia.

⁸ Un ejemplo y crítica en CARRASCO PERERA, A. (2018): “*Discapacidad personal y estabilidad contractual. A propósito del anteproyecto de ley presentado por el ministerio de justicia para la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*”. Revista CESCO. UCLM, accesible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Discapacidad_personal_y_estabilidad_contractual.pdf.

dispensable actualización de un derecho que, pese a todo, sigue siendo supletorio de los forales. En pleno siglo XXI, el legislador estatal y la doctrina civilista, con su aplastante mayoría de medios, deberían hacer un esfuerzo que hiciera el derecho civil común tanto o más atractivo y útil que los derechos forales, técnicamente avanzado, inspirado en el principio de libertad civil, consciente de la necesidad de servir a las necesidades de los ciudadanos y de ser un elemento esencial de vertebración y armonización social, cultural y aún nacional, sin descuidar un ápice la importancia de su carácter supletorio. Superar, en definitiva, el relegado y triste papel de un “derecho foral castellano” anquilosado y moribundo “ante el agotamiento (o desenfoque) de las fuentes productoras del derecho” en aquello que no ha sido maltratado por el legislador postmoderno.

¿Cómo podría servir el CC para resolver un problema de interpretación de la revocación de un testamento mancomunado otorgado por ejemplo entre un navarro y un aragonés, un pacto sucesorio o una fiducia cuando el CC prohíbe o restringe seriamente su uso? ¿No sería más lógico establecer una suerte de *bases*, principios o normas materiales de aplicación supletoria en la resolución de conflictos que vayan más allá de la mera, aunque imprescindible, designación de la ley aplicable, inspirándose en la técnica de los reglamentos europeos? ¿No tendría sentido regular estas instituciones en el derecho sucesorio común, cuando todos los legisladores autonómicos lo han hecho? ¿Hubo verdaderamente en España alguna vez una intención decidida de unificar el derecho civil que no pasara por la extensión del nuevo y afrancesado derecho civil castellano a los territorios forales? ¿Cómo es posible en la Unión Europea la tendencia sea la armonización y en España a la atomización y desintegración en sistemas jurídicos formalmente cada vez más separados?

Haciendo un poco de deporte mental en el ejercicio de *law shopping* al que invita DELGADO ECHEVERRIA (*op. cit.*), un buen Código Civil español

podría tomar como base del sistema de fuentes la Compilación Navarra, la libertad de testar del Fuero de Ayala, la regulación de la persona y familia del derecho aragonés, el régimen económico matrimonial catalán y el de derecho patrimonial del CC o el CCC, convenientemente *aggiornado* con el *soft law* y los principios del derecho contractual europeo.

Con DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*) concluimos que:

“La existencia de una pluralidad permite comparar y preferir el mejor modelo. Es una de las ventajas de la situación de pluralismo, que deberíamos aprovechar. De hecho, hay regulaciones sobre legítimas, pactos sucesorios, testamentos mancomunados o regímenes matrimoniales que muchos civilistas españoles consideran preferibles a las del Código civil estatal. Y viceversa, claro. Que haya juristas, políticos y opinión pública activa, en diversas partes de España, discutiendo sobre las normas civiles mejores (en algún sentido) debería facilitar una mejora de la calidad de todas las leyes civiles, por la eficaz vía de la copia de los mejores modelos (*Benchmarking*: Tomar a los mejores como referencia; una conducta muy recomendable también en la actividad de legislar)”.

2.3. La Propuesta de Código Civil de la APDC

La PCC constituye el primer intento *privado* de articular una reforma integral del Código Civil. Según su memoria explicativa:

“España necesita un nuevo Código Civil porque, a pesar de las actualizaciones que se han ido introduciendo en el Código, especialmente a partir de la aprobación de nuestra Constitución, el texto vigente adolece de carencias e insuficiencias importantes, que desaconsejan el intento de actualizaciones puntuales. Es preciso un texto redactado de manera coherente y que responda a un mismo impulso de modernización.

La regulación de algunas materias decisivas es inexistente o insuficiente. Baste con señalar, a modo de ejemplo, los derechos de la personalidad,

las personas jurídicas, asociaciones y fundaciones, la representación voluntaria, la caducidad, las técnicas de reproducción asistida, el derecho de propiedad y las acciones de defensa del mismo, los derechos de aprovechamiento parcial, de superficie, de vuelo, los derechos de adquisición preferente, las compraventas y los depósitos especiales, los contratos de servicio, los contratos de financiación, los contratos de distribución.

En algunos ámbitos el Código no responde a las actuales necesidades sociales y económicas, y se aleja de criterios compartidos en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico y cultural. Así, es el momento de terminar con la distinción entre contratos civiles y mercantiles que, si en su día pudo tener alguna justificación de oportunidad, constituye actualmente un falso dilema, que conviene superar mediante una regulación unitaria, cuya parte general, junto con la de los principales contratos típicos, así como los contratos de consumo, quede recogida en su sede natural, que es el Código Civil.

Es el momento de mejorar la regulación del Código sobre prescripción y usucapión, sobre cuasicontratos, sobre responsabilidad extracontractual, sobre tradición, ocupación, sucesiones, sobre régimen económico matrimonial, filiación, patria potestad...

Con esta finalidad es preciso reintegrar al Código materias que se encuentran recogidas en la legislación especial, así como mejorar la actual ordenación sistemática del Código, que presenta desajustes manifiestos en algunas instituciones.

Para tantos y tan profundos cambios el intento de modernizar puntualmente nuestro Código, aprobado hace ya casi ciento treinta años, resulta inadecuado. Aprovechemos pues el momento para relanzar el movimiento codificador mediante un nuevo Código para este siglo XXI; un Código que contribuya a poner remedio a la dispersión legislativa y a la creciente mala técnica que la acompaña; un Código que contribuya por ende a una mejora de la seguridad jurídica y de la vida de los ciudadanos”.

El resultado, como no podría ser de otra manera arroja resultados dispares. Es notable la modernización de su estructura, adoptando la numeración de los artículos por el libro, título y capítulo en que se ubican y sobresale la nueva regulación en materia patrimonial y de obligaciones y contratos, objeto del Libro V, en que «se han aprovechado como antecedentes de carácter nacional la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación (PMOC), publicada en 2009, la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (PCM), publicada en 2015, así como el Anteproyecto de ley derivada de esta última. Se han aprovechado también como antecedentes de carácter europeo, los Principios de Derecho contractual europeo (PECL), el Borrador del Marco Común de Referencia (Draf Common Frame of Reference, DCGR) y el Proyecto Gandolfi o de Pavía sobre un Código Europeo de Contratos»⁹.

Empero, lastrado por la necesidad de obtener un amplio consenso, también es decepcionante la regulación de algunas materias, en las que se centra el presente trabajo. A mi juicio no se ha hecho el esfuerzo suficiente, o al menos no se ha plasmado en el texto final, para dotar al nuevo Título Preliminar del Código Civil de ese *carácter cuasiconstitucional*¹⁰ que debería reflejar, aun con carácter más descriptivo que normativo, las características constitutivas básicas del sistema jurídico español: Supremacía de la Constitución,

⁹Textos estos últimos que han influido decisivamente en la reciente reforma del derecho de obligaciones y contratos del Code Civil francés (Ordonnance n° 2016-131, de 10 de febrero de 2016) y la más antigua del BGB alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrecht* de 26 de noviembre de 2001).

¹⁰ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “*Un Código Civil para el siglo XXI*”. en EL NOTARIO DEL SIGLO XXI, número 83 ene/feb 2019 accesible en <http://www.elnotario.es/opinion/9151-uncodigo-civil-para-el-siglo-xxi>; crítica de DELGADO ECHEVARRÍA, *op. cit.*

vértice de la pirámide normativa; encaje del derecho de la Unión Europea y del carácter esencialmente plurilegislativo del sistema jurídico civil español, evitando los enojosos silencios al respecto. Y en el plano civil, el reconocimiento de la soberanía del ciudadano con el reconocimiento paladino de la libertad civil, la autonomía de la voluntad y la costumbre, fruto de la labor normativa de la comunidad jurídica como fuente del derecho al mismo rango que la ley escrita. Desarrollaremos a continuación estas ideas.

2.4. El principio de libertad civil:

Autonomía de la voluntad y derecho consuetudinario

Si partimos de la idea, tantas veces repetida según la cual el ciudadano no es un mero sujeto pasivo destinatario de las normas que forman el entramado del sistema del Código Civil, sino su soberano porque el derecho civil es *su* derecho, éste debe basarse en el principio de libertad civil, del que se derivarían la presunción del carácter dispositivo de las normas, el carácter restrictivo o estricto al menos de los mandatos y prohibiciones de las normas civiles y el principio de autonomía de la voluntad. Menos obvia pero no por ello menos importante es el reconocimiento del valor de la costumbre como fuente del derecho incluso contra la ley escrita, al menos cuando ésta tenga carácter dispositivo.

El principio de autonomía de la voluntad es, parafraseando la terminología propia de la ciencia económica, el ejercicio a nivel *microjurídico* por los agentes jurídicos (ciudadanos, consumidores, profesionales, empresas y también los poderes públicos cuando actúan en el tráfico civil ordinario) de la libertad civil en la regulación de sus relaciones jurídicas utilizando los instrumentos jurídicos proporcionados por el ordenamiento jurídico. La agregación y decantación de la miríada de acuerdos y decisiones a nivel *macrojurídico* es la costumbre, cuya fuerza de obligar descansa en la *communis opinio* acerca de su carácter vinculante.

Bien mirado, la consideración de la costumbre como fuente del derecho no es sino el reconocimiento por el legislador de que la sociedad es en última instancia, la fuente originaria del Derecho, de todo el Derecho. En términos políticos, sería una manifestación del carácter soberano del pueblo, de la comunidad política y jurídica y de su legitimación para decidir por sí en aquellas cuestiones en las que el contrato social no proporcione o no estime oportuno delegar —o lo estime contraproducente— la formación de reglas y normas para resolver conflictos.

A pesar de que en la actualidad el positivismo formalista es el pensamiento jurídico dominante hasta un límite lindante con una *dictadura legal*, no se pueden negar ni las fatales consecuencias de sus excesos ni olvidar que muchas instituciones jurídicas, muchos avances jurídicos, incluso el nacimiento y desarrollo de ramas completas del derecho, como el civil romano clásico, el mercantil, el *common law*, el derecho civil francés y muchos otros europeos previos a la codificación o el moderno derecho de obligaciones y contratos tuvieron un origen y desarrollo consuetudinario, derecho de carácter vivo, con enorme capacidad de adaptación a una realidad cada vez más cambiante a una velocidad vertiginosa. Como lo es ahora, en plena era de la globalización y de Internet¹¹.

La eficacia de la costumbre como fuente del derecho tiene que venir necesariamente de la mano de los operadores jurídicos. Es obvio el papel fundamental a este respecto de la jurisprudencia. Pero no menos

¹¹ El gran polígrafo, notario y político aragonés Joaquín Costa, apodado como el león de Graus bebió la concepción de Savigny acerca de las virtudes del derecho consuetudinario popular, escribiendo obras que aún hoy siguen siendo referencia para los estudiosos del derecho consuetudinario aragonés. Algunas de sus frases han pasado a ser citas clásicas: “A notaría abierta, juzgado cerrado” o la que culmina el epitafio de su tumba: “No legisló”. Su admiración y pasión por el derecho consuetudinario fue perfectamente compatible con su militancia republicana en el régimen de la Restauración, donde llegó a ser diputado en Cortes.

importantes son las funciones preventivas de los litigios que, en muchas ocasiones exigen nuevas soluciones creativas que la ley escrita no puede proporcionar. No otra cosa es el pujante *soft law*, cuyo éxito no radica tanto en su promulgación o recopilación privada o pública (que sin duda facilita su prueba y eficacia en juicio) como en el reconocimiento de su carácter vinculante por parte de sus destinatarios, aunque no se exprese en el contrato. El papel de los abogados y de los notarios se antoja en este punto, crítico, no parece necesario detenernos demasiado en ello, tanto por su papel de creación de soluciones jurídicas como en el de la prevención de conflictos y en los casos en que no sea posible, de dotar a los tribunales de las herramientas necesarias para resolver con acierto los problemas sobre los que tengan que pronunciarse.

Más aún, el auge de la resolución extrajudicial de conflictos, bien sea por la vía del arbitraje, bien por la de la mediación y conciliación ponen a las claras la insuficiencia de la respuesta que el Estado puede ofrecer ante el aumento exponencial del número y complejidad de las relaciones jurídicas en sociedades abiertas, multiculturales, globalizadas y en un constante salto tecnológico. La disrupción no sólo se produce en el desarrollo tecnológico y en su aplicación al derecho (*blockchain, tokens, inteligencia artificial, etc.*); también se produce en las ideas, en las convicciones, en los valores sociales y por supuesto, en el carácter y contenido del Derecho mismo. Lo que la ley es al juez debería ser la costumbre al notario o al abogado... y también al propio juez.

Es tópico afirmar que el principal problema de la costumbre es la fijación de su contenido y su prueba. Pero exactamente lo mismo ocurre cuando el resultado de un litigio se dilucida mediante la aplicación de un derecho extranjero que debe alegarse y probarse, hasta allí no llega el *iura novit curia*. Aparte de las dificultades crecientes de acreditación de la ley verdaderamente vigente en el piélagos legislativo en el que nos encontramos. Y de nuevo aquí el papel de los abogados y los notarios se revela fun-

damental. En este punto, interesaría profundizar en el estudio de los mecanismos a través de los cuales la costumbre puede hacerse patente, publica, notoria, conocida y reconocida, en suma. Y el mecanismo más idóneo, conocido desde antiguo no es otro que el contrato o, para ser más precisos, la autonomía de la voluntad. Lo que dice y lo que no dice, porque se da por supuesto. Porque es el comportamiento reiterado de los ciudadanos, de los agentes jurídicos es el que permite a los tribunales apartarse de las soluciones del Código Civil en materias en que ha quedado claramente desfasado, sin merma de la seguridad jurídica. Una jurisprudencia basada en la costumbre es más predecible y aporta mayor seguridad jurídica que otra *creativa*, aspecto del que nos ocuparemos más adelante.

Esto nos conduce a la necesidad de reconocer también el papel de la autonomía de la voluntad como fuente primaria del derecho, contrapunto de la costumbre, caras ambas de la misma moneda que es la libertad civil. Se ha escrito y hemos reproducido aquí la idea que subyace y sirve de nexo de unión entre las diversas partes del presente trabajo: Para el derecho civil el ciudadano es el soberano. Sin embargo, tales afirmaciones no encuentran el reconocimiento rotundo que merecerían en nuestro Código Civil, que sólo parece reconocer la libertad civil como a regañadientes en artículos dispersos a lo largo del articulado y con diferente grado de contundencia: arts. 650, 1255, 1315, 1323, 1355, etc. Lo más parecido a su reconocimiento paladino es la afirmación del artículo 1091 al señalar que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes contratantes.

No negaremos que encuentra acomodo, en el artículo 6.2 al señalar que “*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*”. Pero lo hace de forma vergonzante, como pidiendo perdón, como excepción a un sistema normativo positivo cuya prevalencia es preciso remarcar a la menor oportunidad. Palidece este magro reconocimiento frente a la presunción del carácter dispositivo de

las normas del derecho catalán y el resto de los forales, a la consideración del principio de libertad civil como fuente del derecho y a las recias afirmaciones de gran raigambre histórica de los derechos aragonés y navarro con sus “*standum est chartae*” que la retranca popular aragonesa tradujo al lenguaje vulgar como “hablen cartas y callen barbas” y el “*paramiento fuero vience*” o “*paramiento ley vience*”, que desde siempre han cautivado a los estudiosos y curiosos del derecho *inter privatos*.

En definitiva, si entendemos el derecho civil, como una técnica, un instrumento privado de prevención y resolución de conflictos mediante técnicas de autocomposición en la que la autonomía de la voluntad, instrumentada en el contrato y en el negocio mortis causa como máxima expresión, lo lógico sería que tuviese su adecuado reflejo en lugar destacado del cuerpo legal que pretende ser uno de los pilares básicos en los que se debe asentarse el ordenamiento jurídico. Tampoco se deberían desdeñar las consecuencias no sólo jurídico-económicas, sino también políticas que se derivarían de este reconocimiento. El ciudadano no sólo ejerce sus derechos cuando vota, también los ejerce y con mucha más asiduidad e intensidad en su repercusión e influencia en su círculo vital, personal, familiar y social más próximos cuando testa, compra, vende, arrienda, adopta, se casa —o no—, tiene un hijo, etc.

Y a nivel agregado, la actuación dispersa pero constante de miles, de millones de agentes jurídicos, portadores de información insustituible acerca de sus propias circunstancias, de sus problemas, de sus motivaciones, de sus incentivos, permiten afirmar la superioridad en términos de eficiencia económica y jurídica de las soluciones basadas en acuerdos voluntarios entre personas que muchas veces no se conocen, que en las soluciones impuestas por el poder público. En este sentido, HAYEK, F.¹² considera el Derecho como algo superior y precedente a la legislación,

¹² HAYEK, F. “*Derecho, legislación y libertad*” (Unión Editorial, 2ª ed. Español, 2014).

como una institución espontánea que nadie ha creado de forma deliberada, mientras que la legislación sería una institución artificial, reflejo limitado, parcial e imperfecto de aquel. Para quienes tenemos una visión del ordenamiento jurídico que va mucho más allá del “ultrapositivismo” que nos asola por el abuso del instrumento legislativo y el expansionismo incontrolable del derecho administrativo en todos los órdenes, con merma flagrante de la libertad, sería un consuelo encontrar en el derecho civil, siquiera en estado embrionario pero totipotencial, la esencia de la dignidad y libertad del ser humano, en su fundamento y en su desenvolvimiento en la sociedad de la que necesariamente, forma parte.

Esto no obsta, como es obvio, a la necesidad de que los poderes públicos actúen para corregir problemas de asimetrías de información, sancionar conductas contrarias a la buena fe o que impliquen abuso de derecho o de posición dominante y, en general, los comportamientos antijurídicos y los incumplimientos de los agentes jurídicos. El Derecho civil debe trazar las reglas del juego en las que puede desenvolverse lícitamente la autonomía de la voluntad. Pero esta intervención pública, desde la perspectiva civilista, debería abordarse desde el principio de subsidiariedad, de manera que no constituyera la forma habitual y con el tiempo, la única de solucionar los problemas, sino una forma de coadyuvar y equilibrar los intereses en juego en aquellos casos en que el mercado jurídico no pueda hacerlo de forma correcta, justa y eficiente por sí mismo. Es desolador que un tercio de las nuevas normas promulgadas se dedique al régimen sancionador y a dotar a las administraciones públicas de exorbitantes competencias, sin reparar en el quebranto de los derechos personales que, este sí, queda indemne salvo en casos flagrantes.

Una institución, no suficientemente estudiada en su aportación a la eficiencia jurídico-económica del sistema es el Notariado. El control preventivo de legalidad, de carácter generalmente voluntario, recae en profesionales oficiales que actúan de forma independiente, bajo su res-

ponsabilidad personal y en régimen de competencia pero sujetos a un fuerte régimen legal y disciplinario. Este modelo organizativo podría replicarse para otros sistemas de control, tales como auditores o de asesoría institucional (mediación, arbitraje de consumo, etc.). Esta organización institucional permite un equilibrio adecuado entre autonomía de la voluntad, seguridad jurídica, eficiencia económica y, por supuesto, eficiencia jurídica como creador del Derecho, aportando soluciones ingeniosas en beneficio de los ciudadanos superando las trabas o insuficiencias cualitativas de la normativa legal.

La creación notarial del Derecho que parecía de capa caída, parece volver al primer plano que tuvo en otras épocas doradas. Al Notariado se debe la creación en España de las sociedades limitadas, de la propiedad horizontal, el derecho de superficie o en tiempos mucho más remotos, la letra de cambio. Es constante su aportación en la creación o la introducción en el mercado jurídico de soluciones a problemas concretos que luego han superado con nota el examen de la jurisprudencia cuando han sido sometidos a contraste. El Notariado sigue siendo en gran medida una institución por descubrir, con una potencialidad ilimitada gracias a una conformación institucional que aúna elementos públicos y privados que permiten conjugar la autonomía de la voluntad con la protección del débil y del tercero y el adecuado control preventivo de actividades fraudulentas a gran escala, como el blanqueo de capitales o la elusión fiscal. Este papel creador del derecho vivido y a la vez purgador de abusos, controlador de legalidad y de fijación de hechos jurídicos ciertos han sido muy potenciados con las reformas de la *r(e)volución* jurídica operada en 2015.

2.5. La jurisprudencia

Un asunto de permanente actualidad, por desgracia, lo constituye el papel no ya jurídico sino mediático de la jurisprudencia como creadora

de Derecho. El fenómeno, tal y como yo veo, trasciende al tratamiento de las sentencias que por diversas razones adquieren notoriedad mediática —que afecta sobre todo a las de carácter penal— y alcanza al papel de los tribunales como creadores de derechos subjetivos en sentencias llamadas a su aplicación universal, más por efecto de imitación o simpatía que por reflejar una opinión jurídica debidamente meditada y formada, más allá de los intereses en juego en el caso concreto.

Señala CARRASCO GONZÁLEZ¹³ (*op. cit.*) siguiendo a PASQUAU LIAÑO que

“En un primer momento, la función de los tribunales es interpretativa e integradora del ordenamiento jurídico. El Tribunal Supremo tuvo que fijar en esta época doctrinas sobre reglas codificadas, las cuales no podían ser correctamente interpretadas sin el auxilio de la doctrina jurisprudencial. En una segunda fase, la jurisprudencia abandona su labor meramente interpretativa y mediante la relectura del Código procede a una aplicación extensiva de las normas codificadas y a crear construcciones judiciales extra y contra legem; asume una función creadora, que provoca reacciones adversas por parte de la doctrina. En una tercera fase, a la que hoy asistimos, los jueces inferiores, alegando su condición de “jueces comunitarios”, ya no reconocen el carácter vinculante de las sentencias de su Tribunal Supremo en la interpretación del Derecho, y no se dirigen a él en busca de respuesta nomofiláctica, sino a otras instituciones supranacionales que desde hace unos años, vienen enmendando la plana al Tribunal Supremo”.

La sustitución de la labor del TS por el TJUE se ha producido mediante la utilización por parte de los tribunales inferiores (e incluso por parte del propio TS) de la cuestión prejudicial solicitando el juzgador un pronunciamiento acerca de la adecuación de la normativa española al derecho de la Unión, siendo particularmente intensas las resoluciones en aspectos del derecho del consumo que la normativa española no había

¹³ Seguimos su primer ejercicio de acceso a cátedra antes citado.

traspuesto con la claridad y precisión deseables. Pero no siempre su doctrina ha tenido efectos beneficiosos, pues ha removido los cimientos del contrato de hipoteca y las especialidades procedimentales de la sumariidad en su ejecución, con consecuencias imprevisibles en el medio plazo para el crédito inmobiliario.¹⁴

La distinción entre la labor de interpretación y aplicación de las leyes —función de complemento del ordenamiento jurídico encomendada a la jurisprudencia expresamente por el art. 1.6 CC— y el papel de fuente del ordenamiento jurídico, creadora de Derecho, se ha difuminado por completo porque:

- a) Hay normas legales que recogen principios generales del derecho que otorgan un amplísimo margen de arbitrio a las decisiones del juzgador (prohibición del abuso del Derecho y del fraude de ley, actuación de buena fe, ponderación de la equidad en la aplicación de las normas, etc.).
- b) Por otro lado, existe otro tipo de normas, denominadas “reglas de Derecho flexible”, que permiten una cierta función “creadora” del Derecho por el juez que interpreta y aplica la norma al caso concreto sin incurrir en “arbitrariedad” judicial —en sentido peyorativo— cuando su aplicación es homogénea en supuestos sustancialmente iguales
- c) Tampoco podría hablarse de creación judicial del derecho cuando el tribunal decide aplicar una norma en desuso.

¹⁴ El legislador se ha sumado a la fiesta populista con acuerdos parlamentarios poco meditados en la nueva LCCI, cuya implementación va a producir innumerables quebraderos de cabeza, aparte de un encarecimiento de las condiciones de crédito que ya se está observando en los nuevos préstamos hipotecarios, que interiorizan las nuevas obligaciones impuestas ex lege a las entidades prestamistas.

En consecuencia, la línea que separa la interpretación y aplicación de las leyes y la creación judicial del Derecho es casi imposible delimitarla a priori con precisión. Sin embargo, es más sencillo analizar a posteriori en qué lado estamos, por cuanto la consecuencia de la transgresión es la merma de la seguridad jurídica, que es un principio constitucionalmente reconocido. Su vulneración radicaría no tanto en la existencia de normas “abiertas” o directamente “malas” como en la ausencia del necesario control de la actividad desarrollada por los jueces.

Para traspasar la línea y convertir la jurisprudencia en verdadera fuente del derecho, el Tribunal Supremo ha utilizado varias autohabilitaciones:

- a) Crear un principio que posteriormente utilizará para corregir o derogar de facto un precepto codificado: Doctrinas del abuso de derecho (creada 30 años antes de su codificación en el art. 7 CC), las cláusulas *rebus sic stantibus*, de los actos propios, contraria a la buena fe, la restricción de la nulidad por motivos formales, el retraso desleal en el ejercicio de los derechos, la cláusula resolutoria en los contratos de compraventa inmobiliaria, la presunción del carácter penal de las arras, etc.
- b) Quebrar la regla general apreciando una laguna inexistente o impropia, ya que el supuesto caía bajo la regla general, creando una construcción nueva. Se manifiesta en el uso abusivo de la interpretación correctora para adecuarla a la realidad social, desplazando la norma codificada o atribuyéndole un significado totalmente ajeno al tenor de la norma.
- c) En otras ocasiones la labor es facilitada por el propio legislador al apelar al juez a que resuelva atendiendo a conceptos jurídicos genéricos e indeterminados elevados a la categoría de principios generales del derecho informadores del Ordenamiento jurídico: Interés del menor, la *lex artis* profesional, etc.

El efecto se multiplica cuando la marea se convierte en diarreica legislativa merced a la inevitable generalizada pérdida de valor técnico de las leyes y de su acusada falta de coordinación. También el legislador incentiva la creación judicial del Derecho cuando tolera, espera o se conforma con el régimen que la jurisprudencia ha asignado a determinadas instituciones (por ejemplo, con las uniones de hecho), o cuando no interviene para adecuar las insuficiencias u obsolescencias de un texto legal.

d) Ante un caso relacionado con una materia sobre la que ya ha resuelto, el Tribunal Supremo no volverá a la norma codificada, sino que tomará como punto de referencia la doctrina sentada en su propio precedente que, para evitar crear inseguridad jurídica, será automáticamente transpuesta en la decisión sobre la nueva controversia, con la pérdida de matices y el consecuente empobrecimiento a ello asociado.

e) La plasmación normativa de las superestructuras de derecho judicial. A veces, esta traducción legislativa de la norma jurisprudencial se ha hecho de forma pacata, provocando una inercia de la jurisprudencia anterior que se hace resistente al cambio legislativo.

En definitiva¹⁵,

“El juez habría de integrar el supuesto de hecho dentro de la norma como si desconociera por completo cuál es la consecuencia jurídica prevista por ella. Sin embargo, el sometimiento del juez a la ley tiene en nuestro ordenamiento una dimensión meramente formal, especialmente en el ámbito del derecho privado. El juez no sólo conoce y tiene en cuenta la consecuencia jurídica que se deriva de la calificación del supuesto, sino que, por regla general, es esa consecuencia la que condiciona

¹⁵ GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*

la calificación. Se invierte así el orden lógico de la operación técnica dirigida a la aplicación de la norma, de manera que es el resultado, la consecuencia jurídica, lo que predetermina el discurso de la operación calificatoria. La decisión judicial se adopta antes de construir el modo de obtención del resultado y, tomada la decisión, es indiferente que se llegue a la misma creando una laguna oculta o inventando una regla de justicia (enriquecimiento injusto, cláusula *rebus sic stantibus*, etc.), que se deje de aplicar alguna norma, o que se elija —entre los varios disponibles— el precepto que tiene una conexión más remota con la controversia (p. ej., calificar de incumplimiento lo que es un vicio redhibitorio), o el que no tiene ninguna (p. ej., aplicar normas de responsabilidad contractual cuando ya ha prescrito la acción de responsabilidad extracontractual, o calificar como daño moral un daño patrimonial para eximir de la carga de la prueba, etc.). O bien, para fundamentar una decisión que se estima justa, se inventa una nueva “relectura” de un precepto. Más o menos encubierta, es siempre la justicia del caso, la justificación de la decisión por sus consecuencias, con la consiguiente pérdida de racionalidad del sistema”.

2.6. Sistema de fuentes y principio de libertad civil en las legislaciones forales

Siendo el valor de la jurisprudencia en los derechos forales el mismo que en el Código Civil, si bien de aplicación preferente al derecho supletorio y con reserva del recurso de casación foral al correspondiente TSJ, nos centraremos en la consideración del principio de libertad civil y en el papel de la costumbre en los sistemas de fuentes de los distintos ordenamientos autonómicos:

- **Navarra** (Compilación o Fuero Nuevo, FN):

“Ley 7 “Paramiento”

Conforme al principio «paramiento fuero vienze» o «paramiento ley vienze», la voluntad unilateral o contractual prevalece sobre

cualquier fuente de Derecho, salvo que sea contraria a la moral o al orden público, vaya en perjuicio de tercero o se oponga a un precepto prohibitivo de esta Compilación con sanción de nulidad.

Se entienden comprendidos en el límite del orden público, entre otros, la efectividad de los derechos humanos, el fundamento de las instituciones jurídicas y la tutela de los valores inherentes al sistema democrático y social constitucionalmente consagrado”.

Ley 8 Libertad civil

En razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas.

Ley 9 Renuncia de derechos

La renuncia de derechos es válida, salvo que atente al orden público o se haga en fraude de ley”.

- **Aragón** (Código de Derecho Foral de Aragón, CDFR):

“Artículo 3 «Standum est chartae»

Conforme al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés”.

- **Cataluña** (Código Civil de Cataluña, CCC):

“Artículo 111-6. Libertad civil

Las disposiciones del presente Código y de las demás leyes civiles catalanas pueden ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, a menos que establezcan expresamente su im-

peratividad o que ésta se deduzca necesariamente de su contenido. La exclusión, la renuncia o el pacto no son oponibles a terceros si pueden resultar perjudicados por ellos”.

- **País Vasco** (Ley del derecho civil vasco, LDCV)

“Artículo 4. *El principio de libertad civil*

De acuerdo con el principio de libertad civil, tradicional en el Derecho civil vasco, las leyes se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados será válida en tanto no contraríen el interés o el orden público ni perjudique a tercero”.

No hay mención alguna al principio de libertad civil en las legislaciones de Galicia y Baleares.

En lo relativo al reconocimiento del valor jurídico de la costumbre hay un común denominador en los derechos forales: La aplicación preferente de la costumbre foral a la ley común. Su objeto era evitar la imposición de soluciones importadas para resolver las lagunas legales —por otra parte facilitadas por la imposición de una regulación fragmentaria y asistemática— extrañas a la lógica y coherencia propias del derecho foral. Soluciones conocidas, de sencilla aplicación por los jueces, desconocedores en su mayor parte del contenido, por lo demás brumoso, del derecho foral consuetudinario.

Garantizada por la Constitución la foralidad civil, ejercida la competencia de desarrollo por los legisladores autonómicos y sentada su aplicación preferente al derecho común en las materias en que éste no sea directamente aplicable, su valor en cada uno de ellos es dispar.

En Navarra la costumbre es siempre preferente a la ley, aunque sea imperativa:

- **NAVARRA** (Compilación o Fuero Nuevo, FN)

“Ley 2 Prelación de Fuentes

En Navarra la prelación de fuentes de Derecho es la siguiente:

- 1) La costumbre.
- 2) Las leyes de la presente Compilación.
- 3) Los principios generales del Derecho navarro.
- 4) El Derecho supletorio.

Ley 3 Costumbre

La costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general.

La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales”.

Esta prevalencia sirvió de excusa a algunos civilistas navarros para defender la no aplicación en Navarra de las normas constitucionales que no se ajustaban a su peculiar consideración de la costumbre foral, como la igualdad jurídica de los hijos no matrimoniales. Motivo por el que en Aragón, donde la costumbre sólo rige contra ley dispositiva, el legislador ha hecho la innecesaria salvedad de que la Constitución rige en todo caso con preferencia a la costumbre:

- **ARAGÓN** (Código del derecho foral de Aragón, CDFA)

“Artículo 1 Fuentes jurídicas

1. Las fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico.

2. El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan.

Artículo 2 De la costumbre

1. La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés.
2. Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre a virtud de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los litigantes”.

Las legislaciones vasca y balear no establecen de forma explícita una preferencia de la ley escrita sobre la costumbre, de modo que la enumeración conjunta en el sistema de fuentes permite reconocer el valor jurídico de la costumbre cuando sea contraria a una ley dispositiva:

- **PAÍS VASCO** (Ley del derecho civil vasco, LDCV)

“Artículo 1. Fuentes jurídicas

1. Constituyen el Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco las disposiciones de esta ley, la costumbre y los principios generales del Derecho que lo inspiran.
2. La costumbre que no sea notoria deberá ser probada”.

- **BALEARES** (Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, CB)

“Artículo 1

1. El Derecho civil de las Illes Balears se integra por los derechos civiles históricos de las islas de Mallorca, de Menorca y de Eivissa y Formentera, de acuerdo con la tradicional división por libros

de esta Compilación; por las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil, en el marco de las competencias estatutarias; por la costumbre y por los principios generales de derecho civil propio.

2. Las fuentes del Derecho civil de las Illes Balears son: la Compilación y las normas autonómicas que afecten a la materia de derecho civil, la costumbre y los principios generales del derecho civil propio”.

En Cataluña y Galicia la costumbre sólo rige en defecto de ley escrita:

- **CATALUÑA** (Código Civil de Cataluña, CCC):

“Artículo 111-1. *Derecho civil de Cataluña*

1. El derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio.
2. La costumbre solo rige en defecto de ley aplicable”.

- **GALICIA** (Ley del derecho civil de Galicia, LDCG)

“Artículo 1

1. Las fuentes del derecho civil de Galicia son la ley, la costumbre y los principios generales que integran e informan el ordenamiento jurídico gallego.
2. La costumbre regirá en defecto de ley gallega aplicable.
3. En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego.

Artículo 2

1. Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. Son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o la antigua Audiencia Territorial de Galicia”.

**2.7. Sistema de fuentes en el Código Civil
y en la Propuesta de CC**

El sistema de fuentes tiene en la actualidad la siguiente regulación en el Código Civil:

“Artículo 1

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.
3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

La PCC propone la redacción siguiente:

“Artículo 11-1. Fuentes del Derecho

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.
2. Carecen de validez las disposiciones que contradicen otra de rango superior.
3. La costumbre solo rige en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no son meramente interpretativos de una declaración de voluntad tienen la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplican en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.
5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no son de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.
6. La jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado o en sentencias de pleno, establece

el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

La Propuesta no aporta más novedad que el reconocimiento del valor jurisprudencial de las sentencias de pleno del Tribunal Supremo¹⁶. De acuerdo con lo expuesto *supra*, la redacción me parece insuficiente y, pese a la advertencia del carácter continuista o conservador de la Propuesta, creo que se pierde una magnífica ocasión para poner al día su contenido. Es conveniente actualizar la enumeración del sistema de fuentes, concretar el principio de jerarquía normativa dando entrada a la supremacía de la Constitución y la primacía del derecho de la Unión Europea, distinguir los distintos tipos de leyes y los reglamentos y, en la línea expuesta a lo largo del presente trabajo, incluir el principio de libertad civil y definir con mayor precisión el valor y alcance de la jurisprudencia en el sistema de fuentes. En este sentido, el precepto quedaría redactado del siguiente modo:

“Artículo 11-1. Fuentes del ordenamiento jurídico español

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Constitución; el derecho de la Unión Europea; los tratados internacionales; los estatutos de autonomía; las leyes orgánicas; las demás leyes, estatales y autonómicas; los reglamentos; el derecho consuetudinario y los principios generales del derecho.

En virtud del principio de jerarquía normativa, carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

¹⁶ Más allá del llamativo abandono de los modos verbales subjuntivo o el tiempo indicativo en futuro en favor del presente de indicativo.

En virtud del principio de primacía, las normas del derecho de la Unión Europea, así como las resoluciones con eficacia general vinculante de su Tribunal de Justicia desplazarán a las de orden interno que, en todo caso, se aplicarán de conformidad el derecho de la Unión.

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

2. El derecho consuetudinario se integra por la costumbre y los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad y tendrá fuerza de obligar cuando no sea contrario a la Constitución, al derecho de la Unión Europea o a las leyes imperativas.

Los tribunales y los demás poderes públicos aplicarán la costumbre de oficio. Cuando no sea notoria, apreciarán su existencia en virtud de su propio conocimiento, de sus propias averiguaciones y de las pruebas aportadas por los interesados.

3. Los principios generales del derecho se aplican en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

Son principios informadores del Derecho civil:

- a) La dignidad e inviolabilidad de la persona humana.
- b) La libertad civil, según el cual las normas se presumen dispositivas y la renuncia a los derechos de ellas derivados es válida en tanto no contraríe preceptos imperativos ni perjudique ilícitamente a tercero.

- c) La autonomía de la voluntad, según el cual, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a normas imperativas o a los principios constitucionales.
 - d) Los principios de subsidiariedad y de seguridad jurídica.
 - e) El ejercicio de los derechos con arreglo a la buena fe y la interdicción del abuso de derecho y del fraude de ley o costumbre.
4. La jurisprudencia complementa, interpreta e integra el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado o en sentencia de pleno, establezcan en el ámbito de sus respectivas competencias el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, así como los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales en aquellas materias en que tengan legalmente reconocida la competencia para conocer de los recursos de casación o de última instancia, al interpretar y aplicar las fuentes del ordenamiento jurídico español.
 5. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos de que conozcan ateniéndose en todo caso al sistema de fuentes establecido”.

La regulación que propongo explícita y desarrolla el principio de jerarquía normativa, equipara la ley escrita y consuetudinaria, cuando ésta no sea contraria a normas o principios constitucionales o legales de carácter imperativo, reconoce la vigencia del principio de libertad civil y trata de acotar el ejercicio de la función judicial mediante un sutil cambio en la redacción propuesta, pues se pasa del “resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido” al “resolver los asuntos de que conozcan ateniéndose en todo caso al sistema de fuentes establecido”.

3. DERECHO INTERREGIONAL. LA VECINDAD CIVIL COMO PUNTO DE CONEXIÓN PERSONAL PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

3.1. Regulación del Código Civil y los estatutos de autonomía

La vecindad civil es un estado civil que determina la sujeción a uno de los derechos civiles españoles en aquellas materias regidas por el estatuto personal, siempre que no sean de aplicación normas de DIP o de la UE que establezcan un punto de conexión diferente, bien con carácter general, bien en determinadas circunstancias, por ejemplo, por concurrir un elemento de extranjería.

La regulación del Código Civil actual en lo que aquí interesa es la siguiente:

“Artículo 9

1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.

3. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

[...]

8. La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes [...]”.

“Artículo 14

1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.
2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.

Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.

3. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento, y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.

La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos.

En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal.

4. El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro.
5. La vecindad civil se adquiere:
 - 1°. Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.
 - 2°. Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.

6. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”.

Artículo 16

1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1°. Será ley personal la determinada por la vecindad civil.

2°. No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.

2. El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.

El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.

El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.

3. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil.

En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación”.

La utilización de la vecindad civil¹⁷ como punto de conexión es, en general, satisfactorio, pues suele coincidir con el centro principal de los intereses de la persona¹⁸. Las críticas a su mantenimiento provienen sobre todo de Cataluña y Baleares, territorios que tradicionalmente han recibido población inmigrante y cuyos juristas son partidarios de su sustitución por la residencia habitual. Sin embargo en Aragón, territorio que sufrió mucha emigración en el pasado, fundamentalmente hacia Cataluña, hay una unánime defensa del mantenimiento de la vecindad civil, hasta el punto de que con reiteración, las Cortes de Aragón presentan en cada legislatura nacional una proposición de ley de reforma del art. 14 CC que suprima su pérdida automática por residencia continuada y permita la recuperación de la perdida en cualquier momento, pretensión que no comparto y que suscita críticas incluso dentro de la propia doctrina aragonesa.

El diferente planteamiento tiene reflejo legislativo en los matices de la redacción de los correspondientes estatutos de autonomía. Los de Baleares y Cataluña subrayan la eficacia territorial de los derechos civiles respectivos, sin perjuicio de las situaciones que hayan de regirse por la ley personal. Por el contrario, el de Aragón pone el acento en la eficacia personal del derecho foral aragonés, sin perjuicio de su eficacia territorial respecto de las instituciones que no se rijan por el estatuto personal:

¹⁷ Quizá la primera reforma de la vecindad civil sería la de cambiar su nombre por la de “condición civil”, utilizando la terminología del Fuero Nuevo de Navarra, pues la palabra “vecindad” induce a error.

¹⁸ En este sentido guarda una lejana similitud con el *domicile* británico. De hecho, este último se suele explicar como una especie de vecindad civil de los británicos.

Estatuto de Autonomía de **Cataluña** (L.O. 6/2006)

“Artículo 14. Eficacia territorial de las normas

1. Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad.
2. Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra”.

Estatuto de Autonomía de **Baleares** (L.O. 1/2007)

“Artículo 9. La condición política de los isleños

3. Los extranjeros que, teniendo vecindad en cualquiera de los municipios de las Illes Balears, adquieran la nacionalidad española quedan sujetos al Derecho Civil de las Illes Balears excepto en el caso en que manifiesten su voluntad en sentido contrario.

Artículo 10. Las disposiciones de los poderes públicos de las Illes Balears

Las normas, las disposiciones y el Derecho Civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia en su territorio, sin perjuicio de las normas para resolver los conflictos de leyes y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia”.

Estatuto de autonomía de **Aragón** (L.O. 5/2007):

“Artículo 9. Eficacia de las normas

1. Las normas y disposiciones de la Comunidad Autónoma de Aragón tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras reglas de extraterritorialidad.
2. El Derecho foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial.
3. Los extranjeros que adquieran la nacionalidad española quedarán sujetos a la vecindad civil aragonesa, si en el momento de su adquisición tienen vecindad administrativa en Aragón, salvo que manifiesten su voluntad en contrario, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación del Estado”.

En la práctica, el sistema es exactamente el mismo para todos los ordenamientos, por lo que las diferencias de redacción tienen una significación meramente política.

3.2. Examen especial de la vecindad civil vasca

Por sus especiales características, el examen de la cuestión de la vecindad civil en el País Vasco es muy ilustrativo de la problemática que plantea la alteración de este estado civil, así como las soluciones y carencias del actual sistema.

La legislación civil aplicable en el País Vasco presenta unas singularidades específicas que no se dan en ningún otro territorio. En efecto, hasta el 3 de octubre de 2015, más que de pluralidad legislativa podíamos

hablar de atomización legislativa interna, siendo el ejemplo de Álava particularmente significativo. En la Tierra de Ayala, lindante con Burgos y Vizcaya, cuya capital es Amurrio, rige el principio de absoluta libertad de testar. En algunos términos municipales, esta libertad se extiende sólo a determinados caseríos o lugares, pero no a la sede municipal (Artziniega). A menos de 20 kilómetros de Amurrio se encuentran Llodio, segunda población alavesa y Aramaio, donde rige el derecho vizcaíno, con su legítima colectiva, la troncalidad y el régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes (comunidad universal). Y en el resto del territorio alavés, para la mayoría del territorio y la población, regía el Código Civil¹⁹. Tres sistemas normativos diferentes para una población de 325.000 habitantes en un territorio con extensión inferior a la mitad de la Comunidad de Madrid, de los cuales unos 10.000 estaban (y están) sujetos al Fuero de Ayala, unos 25.000 al de Vizcaya y el resto, al derecho común. En Vizcaya, el Fuero de Vizcaya rige en el Infanzonado o Tierra Llana²⁰ de Vizcaya y en los municipios alaveses de Llodio y Aramaio. Los cambios administrativos en los términos municipales no afectan al derecho civil aplicable²¹. Y en Guipúzcoa está ampliamente documentada la vigencia de un derecho consuetudinario que afecta a la transmisión de

¹⁹ El Fuero de Ayala rige en Ayala, Amurrio, Lezama y Oquendo y los pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del término municipal de Artziniega, pero no en esta villa y caserío de su término.

²⁰ Así llamada no por la ausencia de montes, sino de murallas, esto es, los campos y caseríos o las anteiglesias, territorio sujeto a señorío, frente a las villas que se regían por sus fueros o cartas pueblas particulares y estaban representadas en las Juntas generales. Comprendía la totalidad de la provincia de Vizcaya con la excepción de las 12 villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Marquina, Ochandiano, Ondárroa, Portugalete, Plencia y Balmaseda, la ciudad de Orduña y el término municipal de Bilbao.

²¹ Para hacerse una idea de los quebraderos de cabeza que plantea esta fragmentación, pueden verse en <http://www.forulege.com/default.cfm?atala=mapak&hizkuntza=1> los mapas elaborados para determinar el ámbito territorial de vigencia del Fuero civil de Vizcaya.

los caseríos, así como al régimen de servidumbres y aprovechamientos comunitarios. En lo demás regía el Código Civil.

Uno de los objetivos declarados de la Ley, como veremos, es la uniformización del derecho civil aplicable en el País Vasco, manteniendo las especialidades del Fuero de Ayala y la troncalidad y régimen de comunicación de bienes vizcaínos. Para conseguirla, el expediente técnico utilizado ha sido la creación de una vecindad civil vasca, que determinará la aplicación del nuevo derecho a todos los que la ostenten²², a la que se sumará en su caso la vecindad civil local del territorio con especialidad civil propia. A primera vista podría parecer que la técnica estaría viciada de inconstitucionalidad, por la reserva estatal de la competencia para legislar sobre conflictos de leyes. Sin embargo, un análisis más profundo revela lo contrario.

El **art. 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco** reconoce a la CAPV competencia exclusiva para la

“5. Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia”.

¡Parece evidente que la forma de establecer la extensión territorial del derecho foral, respecto de las situaciones regidas por el estatuto personal (que son la mayoría) será atribuyendo la vecindad civil correspondiente, determinada conforme a las reglas del Código Civil a los españoles que residan en el territorio en que se haya de aplicar. Este expediente se utilizó por primera vez en la Ley 3/92, del derecho civil foral del País Vasco, al permitir a los vizcaínos no aforados otorgar testamento mancomunado, por comisario o celebrar pactos sucesorios, cuestiones consideradas tradicionalmente como de capacidad y regidas por la ley personal (arts. 9.1 y

²² Además de a los extranjeros con residencia en el País Vasco cuando les sea de aplicación la ley de su residencia habitual.

9.8 CC), lo que implicaba la creación de una vecindad civil vizcaína no aforada²³.

El Presidente del Gobierno recurrió la medida ante el Tribunal Constitucional, pero el Dictamen del Consejo de Estado de 27/5/1993²⁴, analizó la cuestión a fondo y, por mayoría, señaló que el art. 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco al atribuir a la C.A. la competencia de “determinación del ámbito territorial de vigencia” permitía el uso de este procedimiento y aconsejó la retirada del recurso, como así ocurrió. El resultado práctico fue el reconocimiento de la competencia de la CAPV para excluir (o ampliar, en teoría) el ámbito de vigencia territorial del CC en el ámbito autonómico, lo cual puede resultar chirriante, pero lo cierto es que es exactamente el mismo efecto que se produce en el resto de las CC.AA. con derecho civil propio al ejercer la competencia de desarrollo: La exclusión de la aplicación del CC en el territorio autonómico correspondiente en todo aquello que no sea de aplicación directa o por remisión.

Zanjada la cuestión, la Ley 3/99, modificó la Ley 3/92 en lo relativo al régimen jurídico de los caseríos guipuzcoanos, utilizó el mismo expediente, permitiendo los testamentos mancomunados y por comisario, así como los pactos sucesorios y excluía el valor del caserío a los efectos de cómputo de la legítima, cuando el causante tuviera vecindad civil gui-

²³Y estableció el procedimiento para que los municipios interesados pudieran acogerse al Fuero de Vizcaya, de acuerdo con la Concordia de 1616, como hicieron los municipios de Ajánguiz, que se desanexionó de Guernica en 1991 y Arrazua-Ubarrundia, en Álava.

²⁴ Puede consultarse y descargarse en la página de derecho civil vasco de la Academia Vasca de Derecho http://www.forulege.com/default.cfm?atala=jurisprudentzia_azalpenak&hizkuntza=1&id=37

puzcoana²⁵. En definitiva, el sistema, siendo plenamente respetuoso con las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de la vecindad civil establecidas en el Código Civil, permitió ir acotando con creciente seguridad la aplicación de los diversos regímenes jurídico-civiles coexistentes en el solar vasco.

Y por fin, la Ley 5/2015, establece las siguientes normas:

“Artículo 10. Ámbito de aplicación personal

1. El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca.
2. La vecindad civil vasca o la vecindad civil local cuando sea preciso aplicarla, se adquieren, se conservan y se pierden conforme a las normas contenidas en el Código Civil, sin perjuicio del principio de territorialidad en materia de bienes troncales.
3. Las normas de Derecho civil de esta ley que rigen con carácter especial en el territorio histórico de Bizkaia y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio se aplicarán a quienes tengan vecindad civil local, aforada o no, en dichos territorios.

Artículo 11. Constancia de la vecindad civil

En los instrumentos públicos que se otorguen en la Comunidad Autónoma del País Vasco se hará constar la vecindad civil vasca y la vecindad civil local del otorgante y cuando pueda afectar a las disposiciones que se otorguen o sus efectos, también el régimen de bienes que rija su matrimonio o pareja de hecho. En caso de duda, se presumirá, salvo prueba en contrario, que la vecindad civil es la que corresponda al lu-

²⁵ Sin perjuicio de que también era posible el uso de tales instrumentos cuando la ley personal del causante lo permitiera, cuestión sobre la cual la ley vasca, prudentemente, no se pronunció.

gar del nacimiento, y el régimen de bienes, el que se considere legal en el último domicilio común, y, a falta de domicilio común, el del lugar de celebración del matrimonio o el de separación de bienes si se trata de parejas de hecho”.

Preceptos que se complementan con el imprescindible de derecho transitorio:

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA SÉPTIMA.

Atribución de la vecindad civil vasca

Desde la entrada en vigor de esta ley, quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, adquirirán automáticamente la vecindad civil vasca y la vecindad civil local que, en su caso, les corresponda (...).”

Esta DT generó inicialmente ciertas dudas, ante la mediática afirmación de que los vascos “se habían acostado castellanos y levantado vascos” parafraseando la proferida el 14 abril de 1931²⁶. En realidad, lo que la DT 7ª quiere decir —y dice—, no es que cualquier ciudadano español con residencia en la CAPV el 3 de octubre de 2015 adquiere automáticamente la vecindad civil vasca, sino que cualquiera que con arreglo a los requisitos establecidos por el art. 14 CC la habría adquirido de estar en vigor la ley

²⁶ La tramitación parlamentaria de la Ley Civil Vasca fue atípica. No se trató de un proyecto de ley presentado por el Gobierno Vasco, sino una proposición de ley presentada por los partidos PNV, PSE-PSOE y PP que contenía la Propuesta elaborada por la Academia Vasca de Derecho AVD-ZEA. El debate parlamentario fue mínimo y su tramitación pasó desapercibida para la opinión pública e incluso los profesionales, que nos enteramos por la prensa de su publicación en el BOPV. A diferencia de la Ley 7/2015, conocida popularmente como “de custodia compartida” fruto de una iniciativa legislativa popular. Sin embargo durante largos años existió en el Parlamento Vasco una comisión encargada del estudio de la reforma del derecho civil vasco, que trabajó de forma coordinada con la AVD-ZEA, jocosamente rebautizada por algunos en Guipúzcoa como “Academia Vizcaína de Derecho”.

por tener su residencia en la CAPV, la adquirirá efectivamente en esa fecha. Y si no la hubiera adquirido por no llevar residiendo el suficiente tiempo, le valdrá el tiempo de residencia anterior a la entrada en vigor para adquirirla conforme al art. 14 CC. La idea es difícil de expresar con claridad en términos gramaticales, pero un ejemplo ayudará a explicarlo.

Un ciudadano español que llevara ese día menos de 10 años residiendo en la CAPV no ha residido el tiempo suficiente para adquirir la vecindad civil del lugar de su residencia habitual. De modo que conserva su vecindad civil, fuera la de otro territorio aforado (Aragón, Navarra, Cataluña, etc.) o la del territorio de derecho civil común. Sin embargo, un ciudadano español que llevara diez años viviendo en el País Vasco en el momento de entrada en vigor de la Ley, adquirió automáticamente la vecindad civil vasca, con independencia de que su vecindad civil anterior fuera la común, vizcaína aforada o no, ayalesa o guipuzcoana. Y para la adquisición futura de forma automática de la vecindad civil vasca no habrá que esperar 10 años desde la entrada en vigor de la nueva ley, sino que computará el tiempo de residencia anterior. Los mismos criterios serán de aplicación para el cómputo del plazo de dos años para la adquisición por opción.

En definitiva, la DT 7ª LDCV lo único que aclara, aunque es fundamental, es que la entrada en vigor de la Ley no implica una puesta a cero del contador de los plazos de residencia ni tampoco una imposición legal de la nueva vecindad civil vasca a todos los españoles residentes, cuestiones ambas que escapan al ámbito competencial del legislador vasco.

Subsisten sin embargo dudas respecto de los extranjeros que residiendo en el País Vasco al adquirir la nacionalidad española optaron por la vecindad civil común. Como es sabido, habiendo efectuado el interesado la opción por una determinada vecindad civil, la declaración produce efectos *ipso iure*, no necesita ser reiterada y ya no se produce la pérdida automática por transcurso del plazo de 10 años con residencia habitual en territorio

con distinto derecho civil (art. 235 RRC). Cabría, por tanto, entender que como el extranjero nacionalizado optó por una vecindad civil determinada, ésta será inmune a los futuros cambios de residencia y salvo opción por otra no se verá alterada en el futuro de modo que, por hipótesis, seguirán conservando su vecindad civil común. Sin embargo, parece más armónico y respetuoso con el conjunto del sistema entender que la adquisición del extranjero nacionalizado presenta analogía con la adquisición por nacimiento o adopción, de modo que se aplicarán a partir de dicho momento las mismas normas de adquisición y pérdida automática que para el resto de los españoles. En consecuencia, el criterio explicitado por la DT 7ª será aplicable también a los extranjeros nacionalizados.

3.3. Derecho interregional y vecindad civil en la PCC

La doctrina iusprivatista, en especial la de los territorios forales, pone de manifiesto la insuficiencia normativa para la resolución de los conflictos de leyes internos. En efecto, el fenómeno de la globalización y los retos jurídicos que plantea en las relaciones de derecho privado ha provocado la necesidad de resolver de forma coordinada los conflictos de leyes acudiendo a instrumentos internacionales (convenios) o europeos (reglamentos). Las disposiciones contenidas en los mismos sustituyen las normas contenidas en el Capítulo IV del TP del CC, como también en su ámbito las de la LOPJ y LEC, que van progresivamente reduciendo su ámbito de aplicación, hasta el punto de quedar algunas totalmente desplazadas.

La actuación del legislador al respecto, desde un punto de vista formal, puede ser cualquiera de las siguientes²⁷:

²⁷ ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “*Derecho Interregional español: la incidencia de los Reglamentos Europeos y de los Convenios internacionales en la resolución de los conflictos internos. Una urgente y necesaria reforma*”, 2018, ponencia de la III Jornada del Máster de Actualización Jurídica para Notarios, UCLM (inédita).

a) No hacer nada. En este caso, la norma interna conserva su validez y eficacia formal, pero su ámbito de aplicación se reduce a los casos que quedan fuera del convenio o reglamento. Por ejemplo, en materia sucesoria, el art. 9.8 CC sólo se aplica a los conflictos de leyes internos y a los externos cuando la sucesión se abrió antes de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012.

b) Modificar la norma interna señalando como ley aplicable la que resulte del convenio o reglamento europeo correspondiente. Por ejemplo, el art. 107 CC en lo relativo a la ley aplicable al divorcio.

c) Modificar la norma interna para concordarla con el convenio o reglamento, pero estableciendo soluciones diferentes para los conflictos internos, por razones de política legislativa interna, si las previstas en el instrumento externo no resultan ser las más adecuadas. Esta vía debería ser la que se estudiara en cada caso al objeto de adoptar la posición más conveniente pero que se sepa, no ha sido utilizada hasta el momento.

Cuando nos encontramos en el caso a) la norma internacional puede designar directamente la ley aplicable considerando cada unidad territorial de un estado plurilegislativo como si fuera un estado, así ocurre por ejemplo, en los convenios sobre accidentes de circulación por carretera; responsabilidad por productos; contratos de intermediarios y representación; trust y su reconocimiento; compraventa internacional de mercaderías; protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional; acuerdos de elección de foro o derechos sobre valores depositados en un intermediario.

Sin embargo, en la mayoría de las materias, los convenios o reglamentos se remiten a lo que establezca el sistema de resolución de conflictos internos de cada estado. Así, el Reglamento de Sucesiones señala que la ley aplicable en un estado plurilegislativo se determinará con arreglo al sistema de resolución de conflictos de ese estado y a falta de normas, por

el previsto en el propio Reglamento (arts. 36-38 RUE 650/2012).

Como se ha visto, para la resolución de los conflictos de leyes internos, el art. 16.1 CC se remite a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del CC, sustituyendo la nacionalidad por la vecindad civil y excluyendo las normas sobre calificación remisión y orden público. Su dicción literal era congruente con la situación de 1974, cuando España apenas había ratificado convenios en las materias reguladas por los derechos forales, que tenían un contenido bastante menos extenso, por otra parte. En la actualidad, la situación es muy distinta. Por una parte, el ejercicio de la competencia de desarrollo de los derechos forales ha supuesto un enorme incremento de la normativa susceptible de entrar en conflicto. Por otra, las exigencias de la globalización han multiplicado los convenios internacionales y los reglamentos europeos reguladores de conflictos de leyes, con los consiguientes problemas de interpretación y de desajustes entre las soluciones internas y externas. Así en materia de sucesiones, mientras que en el RUE 650/2012 el punto de conexión por defecto es la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, en el 16.1 y 9.8 CC es su vecindad civil.

Para sortear las dificultades que plantea la remisión a unas normas que han podido quedar totalmente desplazadas o acarrear graves problemas de incoherencia, un sector doctrinal propugna una interpretación sistemática, finalista y sociológica del art. 16,1 CC, entendiendo que la remisión debería entenderse hecha no a las normas de DIP contenidas en el propio Título IV del CC, sino a las reguladoras de los conflictos de Derecho internacional privado en su conjunto, con las especialidades que señala el propio art. 16.1 CC²⁸. Esta interpretación, que comparto en

²⁸ *ESPIÑEIRA SOTO, E.* Puede consultarse un resumen de las posiciones doctrinales en: “*Regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas con repercusiones transfronterizas*”, *EL NOTARIO DEL SIGLO XXI*, enero-febrero 2019/nº 83 que puede consultarse en <http://www.elnotario.es/index.php/practica-juridica/9147-regi->

términos generales, tiene un importante escollo que salvar pues, aparte de que no es ni pudo ser en absoluto la voluntad del legislador de 1974, tampoco parece serlo en la actualidad ya que en tal caso, no habría sido necesario incluir en los propios preceptos del CC las remisiones a las normas de los instrumentos externos. No obstante, la notoria falta de rigor y el desinterés del legislador por esta cuestión no puede constituir en modo alguno un obstáculo definitivo, de modo que la apelación a una jurisprudencia creativa como vimos antes, está servida.

La PCC plantea la siguiente redacción en esta materia.

“Artículo 15-1. Normas de conflicto

Los conflictos de leyes que pueden surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resuelven según las normas contenidas en el Capítulo IV con las siguientes particularidades:

- a) La ley de la nacionalidad se sustituye por la ley de la vecindad civil.
- b) No es aplicable lo dispuesto en los artículos 14-23 a 14-25 sobre calificación, remisión y orden público.
- c) La sucesión por causa de muerte se rige por la ley correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservan su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

menes-economicos-matrimoniales-y-efectos-patrimoniales-de-las-uniones-registradas-con-repercusiones-transfronterizas y su última *pincelada* derecho internacional privado en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/derecho-europeo/articulos-d-e/reglamento-europeo-2016-1103-sobre-regimenes-economicos-matrimoniales-pinceladas-practicas/>

d) Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se rigen por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

Artículo 15-2. Efectos del matrimonio entre españoles

1. Los efectos del matrimonio entre españoles se regulan por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 14-3 y, en su defecto, por este Código.
2. En este último caso se aplica el régimen económico elegido por los contrayentes entre los regulados por las leyes civiles españolas que puedan aplicarse a su matrimonio.
3. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio se adecuarán bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la vecindad civil de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

Artículo 121-1. Vecindad civil, nacimiento y adopción

1. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho foral o especial, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes.
2. Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tienen distinta vecindad civil, el hijo tiene la que corresponde a aquel de los dos respecto del cual la filiación ha sido determinada antes; en su defecto, conserva la vecindad que tenía, subsidiariamente tiene la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común.

Sin embargo, los padres, o el que ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, pueden atribuir al hijo la vecindad civil de

cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción.

Artículo 121-2. Vecindad civil y modificación de la patria potestad

La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad o el cambio de vecindad de los padres no afecta a la vecindad civil de los hijos.

Artículo 121-3. Vecindad civil y derecho de opción de los hijos

En todo caso el hijo desde que cumple catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación puede optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no está emancipado ha de ser asistido en la opción por el representante legal.

Artículo 121-4. Vecindad civil y matrimonio

El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, puede en todo momento optar por la vecindad civil del otro.

Artículo 121-5. Cambio de vecindad civil por residencia

La vecindad civil se adquiere:

- a) Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésa su voluntad.
- b) Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

Tanto la declaración de querer adquirir como la de querer conservar la vecindad civil se harán constar ante el encargado del Registro Civil, y no necesitan ser reiteradas cualesquiera que sean los cambios de residencia y el tiempo transcurrido.

Artículo 122-1. Adquisición de la nacionalidad y vecindad civil

El extranjero que adquiere la nacionalidad española debe optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes:

- a) La correspondiente al lugar de nacimiento.
- b) La del lugar del nacimiento.
- c) La última vecindad de cualquiera de sus padres o adoptantes.
- d) La del cónyuge.

Esta declaración de opción se formula, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por éste último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria debe determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.

Artículo 122-2. Adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza y vecindad civil

El extranjero que adquiere la nacionalidad por carta de naturaleza tiene la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquel de acuerdo con lo que dispone el artículo anterior u otras circunstancias que concurran en el peticionario.

Artículo 122-3. Recuperación de la nacionalidad y vecindad civil

La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentaba el interesado al tiempo de su pérdida.

Artículo 123-1. Vecindad civil comarcal o local

La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o

foral del territorio correspondiente, se rige por las disposiciones de este Capítulo.

Artículo 124-1. Vecindad civil y residencia habitual

En caso de duda prevalece la vecindad civil que corresponda al lugar de su residencia habitual”.

La regulación propuesta es muy deficiente, en mi opinión, ya que sólo plantea dos modificaciones de cierto calado que empeoran todavía más la regulación vigente: La necesidad de que las declaraciones de opción se hagan constar ante el encargado del Registro Civil y la sustitución de la presunción en favor del lugar de nacimiento por la de residencia habitual sin resolver ninguno de los problemas que plantea.

La necesidad de que declaración de opción deba hacerse necesariamente ante el Encargado del Registro Civil y no pueda hacerse ante Notario tiene origen en las RR. DGRN (RC) de 21-11-92 y 13-5-1996, presididas por una desconfianza respecto de las intenciones de aquellos que querían cambiar de vecindad civil, normalmente buscando un régimen sucesorio más benigno en materia de restricciones a la libertad de testar.

La desconfianza se observa en el que en ocasiones los tribunales y con más frecuencia la propia DGRN (Sección de Registro Civil) apreciaron y aplicaron la doctrina del fraude de ley en la adquisición de la vecindad civil, en especial la navarra, cuando lo más lógico y técnicamente correcto habría sido resolver los casos no por esa vía equivocada y peligrosa, sino más bien por la ausencia de una debida acreditación de los requisitos legales establecidos para permitir la opción. Dicha desconfianza es el resultado de un sistema jurídico anclado en una concepción notablemente restrictiva de la autonomía de la voluntad conflictual interna que contrasta con la flexibilización notable y cre-

ciente que han introducido en nuestro ordenamiento los convenios internacionales y los reglamentos europeos, aplicables en los conflictos externos. No parece tener mucha lógica que sea más fácil y flexible optar por la aplicación de un régimen legal extranjero que por otro español. Como señala DELGADO ECHEVERRÍA:

“[La] igualdad o paridad de todos los Derechos civiles españoles (sin que ninguno de ellos pueda considerarse más representativo de una concepción «española» del Derecho, cuyas normas hubieran de tener un plus de imperatividad) debería llevar a mayores posibilidades de disposición sobre la propia cualidad de la «vecindad civil» y a un más libre acceso a las instituciones de cada uno de los Derechos civiles (pactos sucesorios, testamentos mancomunados...) por quienes tienen cierto contacto vital con ellos. Profesiones iuris y otras formas de autonomía conflictual podrían tener amplio campo de acción, mayor que el posible en el Derecho internacional privado, pues en el interregional no se presentan los obstáculos y limitaciones supuestos por el orden público y la pluralidad de jurisdicciones”.

Los argumentos explícitos que motivaron dichas resoluciones, de carácter puramente competencial ya eran discutibles en su momento, ya que ni el CC ni la legislación del Registro Civil ni la legislación notarial establecían tal restricción competencial que, en todo caso, hoy es insostenible. El Centro Directivo señaló que *“Aunque el Notario sea, en principio, el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, esta declaración promulgada en 1862 ha sido objeto en el curso de los años de numerosas excepciones y matizaciones. Ciñéndonos al ámbito del Registro Civil, ya aparecen (...) casos en los que la competencia para autorizar el documento o acto inscribible se atribuye con exclusividad a los Encargados de los Registros –así sucedía, y el criterio persiste, en la autorización del matrimonio civil, en las opciones a la nacionalidad española (habría que añadir las recuperaciones) y en las declaraciones relativas a la vecindad”*.

“En esta materia relacionada con la nacionalidad y la vecindad, el art. 64 de la Ley del Registro Civil vigente establece en sus dos primeros párrafos que “A falta de disposición especial, es funcionario competente para recibir las declaraciones de conservación o modificación de la nacionalidad o vecindad, el mismo que determinen las reglas sobre opción de nacionalidad. (...)”. Tanto por la dicción literal (...), como por las referencias a las normas del Código civil vigente (cfr. Art. 18 CC redactado por Ley 15 de julio de 1954), se deduce, sin lugar a dudas, que las actas relativas a la nacionalidad o vecindad civil han de ser levantadas por los Encargados de los Registros Civiles en cuanto tales, sin otra excepción “a falta de disposición especial” – que es la que se da cuando la declaración se formula en países extranjeros en que no exista agente diplomático o consular español (cfr. hoy art. 230 RRC)”.

La entrada en vigor de la LJV ha otorgado a los notarios competencia para la tramitación del expediente y la celebración del matrimonio civil. Antes de su promulgación, por medio de un simple Acuerdo de Encomienda de Gestión entre la DGRN y el Consejo General del Notariado, se delegó a los notarios la competencia para recoger las manifestaciones de jura o promesa de fidelidad al Rey y de acatamiento a la Constitución y las leyes previa a la inscripción en el RC de la adquisición de la nacionalidad española –que exige la opción por una vecindad civil concreta–, en contra del criterio explícito del art. 23 del Código Civil en aquel momento que exigía que se prestara ante el Juez Encargado del RC. Por otra parte, la propia DGRN ha admitido el acta de notoriedad como medio hábil para acreditar la vecindad civil respecto del Registro de la Propiedad, criterio ratificado por la Ley del Notariado en la redacción dada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 55 y 56 LN) y por último, los artículos 27 y 68.3 de la nueva LRC, establecen que la declaración de opción se puede hacer ante el Encargado del Registro Civil, notario o funcionario diplomático o consular en el extranjero,

siendo la escritura pública título suficiente para la inscripción en el Registro Civil.

Más allá de estas consideraciones, resulta difícilmente discutible que por su proximidad real al ciudadano y su amplia formación específica precisamente en este campo, es el Notario el funcionario público que mejor puede asesorar a las personas acerca de la forma más adecuada para ejercer sus derechos y alcanzar sus legítimos intereses, conforme establece la legislación notarial, contribuyendo además a la seguridad jurídica general²⁹.

En materia sucesoria, la más afectada por la vecindad civil, el Reglamento UE 650/2012 considera que debe permitirse a los ciudadanos planificar su sucesión, de manera que un sistema de conflictos interno que lo impida de forma injustificada por establecer unos requisitos poco flexibles podría ser fácilmente cuestionado ante el TJUE. Una cosa es que el Reglamento no sea de obligada aplicación a los conflictos internos y otra muy diferente que se discrimine a unos ciudadanos españoles —aquellos cuya sucesión no presenta ningún elemento de extranjería— frente a los demás y también frente a los extranjeros que residen en España privándoles de los instrumentos de planificación sucesoria que concede el Reglamento, violentando claramente los derechos fundamentales de libertad de residencia, establecimiento y circulación de personas y capitales reconocidos por el derecho de la UE.

Aunque en menor medida, el mismo problema se reproduce por el desajuste de los criterios de elección de la ley aplicable a los efectos del matrimonio, pues mientras que el art. 9.2 CC y 16.2 CC permiten ele-

²⁹ Tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011, del Registro Civil, el art. 68.3, redactado por la Ley 6/2021, señala que “3. Las declaraciones de voluntad relativas a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza y opción, así como su recuperación, conservación o pérdida, y las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad, podrán realizarse ante el Encargado del Registro Civil, notario, o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil”.

gir la ley aplicable al matrimonio sólo cuando las vecindades civiles de los contrayentes son diferentes y antes de su celebración, el Reglamento 2016/1103 sobre ley aplicable al régimen económico matrimonial, permite a los contrayentes su elección en cualquier momento, con independencia de su ley personal.

La segunda novedad de la PCC, la sustitución de la presunción legal en favor del lugar de la residencia en vez de la del nacimiento, tiene a su favor que es una práctica notarial habitual, a la que trató de dar cobertura reglamentaria la reforma del artículo 161 del Reglamento Notarial por el RD 45/2007, pero que la STS 20-5-2008 anuló con toda razón, por su evidente falta de rango. Sin embargo, así como la residencia habitual es un punto de conexión muy adecuado en los conflictos externos, no ocurre lo mismo en los internos, donde los cambios de residencia habitual son más frecuentes y en ocasiones más difíciles de probar, introduciendo un margen apreciable de incertidumbre creador de inseguridad jurídica. Por otra parte, la presunción no resolvería el problema de los españoles residentes en el extranjero, que suele ser más problemática y en la práctica, como la moneda mala a la buena, acabaría desplazando a la vecindad civil como punto de conexión, que es mucho más razonable, por su estabilidad.

En definitiva, la PCC no sólo no resuelve los problemas que plantea la actual regulación, sino que puede romper el delicado equilibrio interno en que descansa la aplicación de los derechos civiles españoles. Urge pues establecer normas claras, de alcance general que proporcionen al sistema de previsibilidad, certeza, seguridad jurídica y al mismo tiempo, flexibilidad, dando clara entrada al principio de autonomía de la voluntad, tanto material como conflictual, empoderando en vez de encadenando al ciudadano ya que, como hemos señalado, carece por completo de sentido que sea más amplia la libertad de elección de ley internacional que de ley interna, aparte de los problemas jurídicos que podrían plantearse ante el TJUE.

En definitiva, compartimos plenamente con DELGADO ECHEVERRÍA (*op. cit.*) que la regulación del derecho interregional privado:

“Hoy es mucho más urgente, pues a los problemas heredados añadimos que el predominio de las normas europeas en materia de Derecho internacional privado produce una ruptura del sistema, ya que las reglas del capítulo IV del Título Preliminar del Código civil, a las que remite su art. 16, son residuales y anacrónicas. A ello se añaden las dudas razonables sobre si, cuándo y por qué, han de aplicarse las normas de Derecho internacional a los conflictos internos. Llama la atención que no se conozcan iniciativas para la reforma del Derecho interregional, ni oficiales ni oficiosas (...) el elemento que por sí solo mejor explica este desistimiento colectivo es la falta de reflexión y de aceptación de la realidad plural del Derecho civil en España. Obviamente, cuando se pensaba que el destino de los Derecho forales era desaparecer más pronto que tarde no había ningún estímulo para regular bien su aplicación espacial y personal. Legislar —el Estado— sobre Derecho interregional legitima la pluralidad existente, a la vez que facilita el funcionamiento coordinado de esta pluralidad. Pero esto último es lo que necesitan los ciudadanos y a lo que tienen derecho”.

Sin embargo discrepamos de su crítica a la labor del Estado cuando “negocia tratados o reglamentos europeos que tienen que ver con el Derecho privado olvida, al menos negligentemente, la existencia de instituciones civiles en el Derecho español distintas de las del Código estatal —pactos sucesorios, testamentos mancomunados, legítimas muy diversas o su exclusión, por ejemplo— y la existencia misma de la pluralidad interna al considerar las remisiones al Derecho español”, como lo demuestra la ratificación del convenio de La Haya de 5-10-61, sobre la ley aplicable a las formas testamentarias, que se aplica también a los testamentos mancomunados y por comisario o la negociación del art. 30 del Reglamento UE 650/2012, que permite aplicar a determinados

inmuebles una ley diferente a la del resto de la sucesión, como es el caso de la troncalidad vizcaína.

Aceptando el reto planteado por el profesor DELGADO, en este trabajo propongo una reforma del sistema de derecho interregional privado y de la vecindad civil basada en los siguientes principios:

- Se amplía en el ámbito interno la autonomía de la voluntad en la elección de la norma aplicable a la sucesión y al matrimonio; por defecto, se sujetan los derechos sucesorios del viudo a la ley de la sucesión y no a la aplicable al matrimonio, en coherencia con la doctrina tradicional, abruptamente quebrada (sólo para las sucesiones anteriores al 17-8-2015, *vid* STS 5-12-2018) por la jurisprudencia del TS y de lo establecido en los Reglamentos europeos de sucesiones y régimen económico matrimonial y a cambio, los derechos atribuidos por la ley aplicable al matrimonio, cuando sea diferente a la ley sucesoria, tendrán la consideración de deudas de la herencia a los efectos de los demás interesados en la sucesión, aunque se detraerá su importe de lo que hubiera de recibir por legítima.

- Se declara no aplicable la doctrina del fraude de ley en la utilización de una norma de conflicto en derecho interregional privado. Se entiende que la doctrina general de prohibición del fraude de ley en el ejercicio de los derechos es suficiente y que el cambio de vecindad civil es un derecho de todo ciudadano español (como lo es el cambio de nacionalidad), que está sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, cuyo incumplimiento o cumplimiento irregular puede ser revisado judicialmente sin necesidad de atajos ni remedios extravagantes.

- Se da una especial relevancia a la determinación de la vecindad civil originaria, a su constancia en la inscripción de nacimiento en el RC y a la voluntad del interesado para los cambios de vecindad civil.

- La vecindad civil determina la ley aplicable a la sucesión a falta de elección de ley. Se permite la *professio iuris* en favor de la ley de la residencia

habitual o de la vecindad civil del momento de otorgar la disposición de última voluntad o del fallecimiento. Excepcionalmente se permite la aplicación de la ley con el que el causante tuviera vínculos más intensos.

- Se incorporan los criterios de elección de la legislación europea a la ley aplicable al matrimonio entre españoles, con la especialidad de la preferencia de la vecindad civil frente a la residencia habitual en caso de falta de elección para los conflictos internos.

- Se permite la recuperación de la vecindad civil perdida sin voluntad del interesado sin necesidad de residir durante un plazo mínimo en el territorio correspondiente, en cualquier momento, si fuera la originaria y en plazo de cinco años si fuera otra.

- Se introduce la presunción de vecindad civil contenida en la legislación del Registro Civil.

- Se aclaran las dudas acerca del cómputo de los plazos durante el tiempo en que el interesado era menor de edad o tenía su capacidad modificada judicialmente.

- Se establece una regulación más completa de la prueba y unas presunciones más ajustadas a las necesidades del tráfico y respetuosas con la presunta voluntad de los interesados.

En consecuencia, mi propuesta de redacción de los artículos afectados sería la siguiente:

“CAPÍTULO V. DE LAS NORMAS DE CONFLICTO ENTRE LOS DERECHOS CIVILES COEXISTENTES EN ESPAÑA

“Artículo 15-1. Normas de conflicto

Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según

las normas del Derecho internacional privado vigentes en España, con las siguientes particularidades:

- a) Los conflictos internos se resolverán aplicando preferentemente lo dispuesto en el presente capítulo.
- b) No será aplicable lo dispuesto en los artículos 14-24 a 14-26 sobre remisión, orden público y fraude de ley.
- c) Las referencias hechas a la ley del estado de la residencia habitual se entenderán hechas a la ley de la unidad territorial del estado de la residencia habitual.
- d) Las referencias a la nacionalidad se entenderán hechas a la vecindad civil.

Artículo 15-2. *Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte.*

1. La sucesión por causa de muerte se registrará por la ley correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento. No obstante, el causante podrá elegir en disposición mortis causa formalizada en documento público, que su sucesión se rija por la ley correspondiente a su vecindad civil en el momento de efectuar la elección o la de su residencia habitual en el momento de hacer la elección o de su fallecimiento. La elección deberá ser expresa o deducirse inequívocamente de las disposiciones sucesorias el sometimiento del causante a una ley sucesoria en concreto.

A falta de elección o si la vecindad civil no pudiera ser acreditada por ningún medio de prueba admitido en derecho, la sucesión se registrará por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento. Excepcionalmente podrá aplicarse a la sucesión la ley con la que el causante tenga vínculos manifiestamente más estrechos.

Las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.

Salvo pacto formalizado en escritura pública o disposición del causante en contrario, cuando la ley aplicable a los efectos del matrimonio no fuera la que rijan la sucesión, los derechos que aquella atribuya al cónyuge viudo serán preferentes a los de los legitimarios, herederos y legatarios pero se imputarán a lo que por legítima le pudiera corresponder en la herencia y su valor se deducirá de lo que por dicha legítima le correspondiese según la ley aplicable a la sucesión, con el límite de esta última.

2. La ley aplicable a la sucesión se aplicará a toda la herencia. No obstante, los bienes radicantes en el territorio donde rijan el Fuero de Bizkaia quedarán sujetos al régimen de troncalidad de la legislación civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cualquiera que fuera la ley aplicable a la sucesión.
3. La ley aplicable a la sucesión será la aplicable, entre otras, a las materias a que hace referencia el artículo 22 del Reglamento UE 650/2012.

Artículo 15-3. Efectos del matrimonio entre españoles

1. Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 14-3 (cuya redacción se modificaría designando como ley aplicable la que resulte del Reglamento 2016/1103) y, en su defecto, por aquella con la que el matrimonio tenga los vínculos más intensos.

2. Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio se adecuarán bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la vecindad civil de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.

TÍTULO II. DE LA VECINDAD CIVIL

CAPÍTULO I. DE LA ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA VECINDAD CIVIL

Artículo 121-1. *De la vecindad civil*

Los españoles tienen una única vecindad civil y además, en su caso, la vecindad civil comarcal o local correspondiente al ámbito territorial intraautonómico con legislación civil especial.

Artículo 121-2. *Vecindad civil originaria*

1. Por el nacimiento o la determinación de la filiación, se adquiere la vecindad civil común de los progenitores. Del mismo modo, por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil común de los adoptantes.
2. Si los progenitores o adoptantes tuvieran distinta vecindad civil, el hijo adquirirá:
 - a) La del progenitor o adoptante escogida por ambos de común acuerdo en documento público notarial o ante el Encargado del Registro Civil.
 - b) A falta de elección, la del progenitor respecto del cual la filiación haya sido determinada antes.
 - c) En su defecto, la del lugar del nacimiento y si éste se hubiera producido fuera de España, la de la última residencia habitual

común en España de los progenitores y a falta de ésta, la del lugar con que manifiestamente tenga los vínculos más estrechos.

3. La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad o el cambio de vecindad civil de los padres no afectará a la vecindad civil originaria de los hijos.
4. La vecindad civil originaria se hará constar en la primera inscripción de la persona en el Registro Civil.

Artículo 121-3. Cambio de vecindad civil por opción del interesado

1. Los padres, o el que ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran dos años desde el nacimiento, la determinación de la filiación, la adopción o el cambio de su propia vecindad civil.
2. Cumplidos los 14 y hasta los 19 años, el hijo podrá optar por la vecindad civil del lugar de su nacimiento o por la última de cualquiera de sus padres.
3. Cualquier cónyuge podrá optar en cualquier momento por la vecindad civil del otro.
4. Transcurridos 2 años de residencia continuada en territorio español con distinto derecho civil, cualquier interesado mayor de 14 años podrá adquirir la vecindad civil correspondiente.
5. El interesado podrá manifestar en cualquier momento su voluntad de conservar la vecindad civil que ostente en el momento de hacer la declaración.

Artículo 121-4. Cambio de vecindad civil sin opción del interesado

1. Cuando el interesado o su representante legal no haya declarado su voluntad de conservar, adquirir o recuperar una vecindad civil determinada, adquirirá automáticamente la del territorio en que haya residido de forma habitual y continuada durante diez años.
2. El cómputo del plazo se iniciará a partir del momento en que la opción pudiera haber sido ejercitada por el interesado o su representante legal.
3. La fijación de la residencia en el extranjero suspenderá el cómputo del plazo, que volverá a reanudarse si el interesado volviera a fijarla en la misma unidad territorial española.

Artículo 121-5. Recuperación de la vecindad civil

1. El interesado podrá recuperar la vecindad civil que hubiera perdido por virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 121-4 dentro de los 5 años siguientes, con independencia del lugar en que resida.
2. El interesado podrá en cualquier momento recuperar su vecindad civil originaria, siempre que no la hubiera perdido por haber optado por otra diferente.

**Artículo 121-6. Vecindad civil en caso de adquisición
o recuperación de la nacionalidad española**

1. El extranjero que adquiere o recupera la nacionalidad española debe optar, al prestar su declaración de adquisición de la nacionalidad española, por una de las vecindades civiles siguientes:
 - a) La correspondiente al lugar de nacimiento.
 - b) La del lugar de su residencia habitual.

- c) La última vecindad civil de cualquiera de sus padres, sean por naturaleza o adopción.
 - d) La del cónyuge.
 - e) La del territorio con que manifiestamente tenga los vínculos más estrechos.
2. El extranjero que adquiere la nacionalidad por carta de naturaleza tiene la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquél de acuerdo con lo que dispone el párrafo anterior u otras circunstancias que concurren en el peticionario.

CAPÍTULO III. DE LOS REQUISITOS Y EFECTOS DE LAS DECLARACIONES Y LA PRUEBA DE LA VECINDAD CIVIL

Artículo 123-1. Requisitos y efectos de las declaraciones sobre vecindad civil

1. El interesado menor de 14 años será representado por sus representantes legales y la persona con capacidad modificada judicialmente, será asistida por su curador o guardador, salvo que la resolución judicial disponga otra cosa.
2. El menor mayor de 14 años deberá ser asistido por sus padres, curadores o guardadores si así lo estableciera su ley personal.
3. La declaración de opción deberá realizarse en escritura pública autorizada por notario o cónsul español o por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil. La declaración deberá hacerse personalmente por el propio interesado, por su representante legal o por apoderado con poder especial en el que se indique la vecindad civil que el interesado desee adquirir o conservar.

4. Las declaraciones de opción producen plenos efectos desde el momento de su emisión pero antes de su constancia en el Registro Civil, no serán oponibles a terceros de buena fe.

Artículo 123-2. Prueba de la vecindad civil

1. La vecindad civil puede probarse por cualquier medio admitido en derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil, en la legislación del Registro Civil y en la legislación hipotecaria.
2. Cuando la vecindad civil hubiese sido acreditada por medio de acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial o por expediente con valor de simple presunción tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, se tomará razón en el mismo, conforme a su normativa reguladora.
3. Cualquier interesado podrá manifestar en todo momento que ostenta una vecindad civil determinada, pero en caso de ser impugnada, carecerá dicha manifestación de eficacia probatoria alguna, aun cuando se hubiera tomado razón de ella en el Registro Civil.
4. Salvo prueba en contrario, se presume la vecindad civil del nacido sido determinada en primer lugar hubiera nacido en dicho territorio. Lo mismo se presumirá cuando uno de los padres hubiera nacido en el extranjero.
5. Cuando no fuera posible acreditar la vecindad civil de otro modo, prevalecerá la vecindad civil que corresponda sucesivamente, al lugar donde el interesado tenga los vínculos más intensos, su residencia habitual o su nacimiento”.

4. BASES PARA UNA REFORMA DEL DERECHO SUCESORIO

4.1. Planteamiento

La regulación del fenómeno sucesorio (y también del régimen económico del matrimonio, que se abordará de forma tangencial) en el CC suscita crecientes críticas por su falta de adecuación a la realidad de la familia y sociedad actual. La regulación vigente proviene del sistema legal acuñado en el siglo XIX que se ajustó bien a las necesidades de la sociedad de la época, preocupada por extirpar los mayorazgos y vinculaciones y pudo ser modificado a lo largo del siglo XX para ir incorporando las modificaciones puntuales exigidas por la evolución social y muy especialmente por la superación de las concepciones sociales que justificaban un tratamiento diferente a los hijos según su filiación. Sin embargo, a punto de cumplirse el primer quinto del siglo XXI, parece evidente que un derecho sucesorio asentado en un sistema de legítimas fuertes, tanto en su extensión como, sobre todo, en su extrema fortaleza jurídica, al punto de que algún autor como Calatayud Sierra ha llegado a hablar de la intangibilidad cualitativa de la legítima como un principio de derecho divino, no se acomoda en absoluto a la realidad de la familia actual, donde la mayoría de las personas fallecen a edades muy avanzadas, con hijos que superan ampliamente la cincuentena y donde el acento y la preocupación debería ponerse en la protección de las personas mayores, frecuentemente en situaciones de vulnerabilidad física y emocional y no en la de los hijos, que ya tienen su vida hecha y a quienes los padres les han proporcionado, con sacrificios notables en muchos casos, ayudas económicas para sus estudios superiores, la adquisición de viviendas o sobrellevar las situaciones de desempleo o restricciones salariales propias de las épocas de crisis. En este sentido, es ampliamente compartido entre un número creciente de juristas que el papel que antaño cumplían las legítimas, hoy lo podría cumplirlo un derecho de alimentos con cargo a la herencia y sus beneficiarios.

Nada más propio del derecho civil, como instrumento de resolución de conflictos que confía en la autotutela y autocomposición de las partes, que permitir el libre juego de la autonomía de la voluntad sin más límites que aquellos que tengan una justificación razonable, como podría ser el desequilibrio objetivo entre ellas que imposibilitase a la más débil el uso efectivo de su autonomía de la voluntad, el abuso de derecho o el perjuicio injustificado a terceros. No existen justificaciones de peso, más allá de afirmaciones dogmáticas propias de otros tiempos, que deben entenderse superadas, para limitar de forma tan férrea la libertad de disponer mortis causa, tanto en el fondo (régimen de legítimas) como en la forma (interdicción de la sucesión contractual, incluyendo los pactos sucesorios, testamentos mancomunados o sucesión por fiduciario).

Si una institución jurídica, fruto del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad puede ser útil o se revela como tal ¿por qué debería prohibirse? Y si no se usa, ¿por qué debería prohibirse? ¿Está justificado imponer manu lege una prohibición legal para prevenir o evitar problemas hipotéticos cuando existen muchos mecanismos que implican una menor intromisión e injerencia en la esfera privada y aún íntima de las personas? ¿Es propio de civilistas responder, con un reflejo más propio de administrativistas a las posibles disfunciones que la regulación civil de ciertas instituciones puedan causar? ¿Se apoya la presunción de un mal ejercicio de la libertad de testar en estudios científicos que revelen incentivos perversos o una conflictividad o inestabilidad familiar y social más acusadas en los territorios regidos por ordenamientos que reconocen una total libertad de testar?

Mi opinión personal apoyada en la experiencia profesional, es que es profundamente enojoso para las personas la imposición de límites a la libertad de testar. Normalmente los matrimonios bien avenidos comparecen en la notaría diciendo que quieren hacer el testamento “del uno para el otro y luego para los hijos” y se decepcionan cuando se les explica

que no puede hacerse así y hay que acudir a fórmulas alambicadas que se aproximen lo más posible a ese *desiderátum*. Tampoco entienden que haya que dejar algo forzosamente a ese hijo que no lo necesita o con el que se tienen relaciones simplemente formales, siendo muy habitual la expresión “queremos dejar la herencia a nuestros hijos porque queremos, no porque nos lo mande la ley”.

Además de fomentar comportamientos egoístas o de desinterés respecto de las personas mayores, las legítimas son extremadamente desincentivadoras y perjudiciales para el fomento de la financiación voluntaria de actividades no lucrativas de interés general, pues las aportaciones fundacionales podrían verse afectadas por hechos posteriores ajenos a la voluntad del fundador (por ejemplo, venir a peor fortuna), quedando sujetas al régimen de la inoficiosidad³⁰.

4.2. Principios de la PCC

Según su memoria explicativa:

“La primera advertencia que conviene hacer en este punto es que no ha de esperarse ruptura o quiebra alguna respecto del actual régimen, puesto que el criterio seguido en orden a su revisión ha sido, en todo momento, el de mínima intervención. Así, los objetivos se han cifrado ante todo en mejorar el tratamiento sistemático de la materia (colmando a la par ciertas importantes lagunas), en incorporar algunas figuras e instituciones cuya exclusión del Código hace tiempo que dejó de tener sentido y en pulir la regulación de las ya existentes, especialmente en lo que se refiere a sus aspectos técnicos. En este mejoramiento se han tomado en consideración, como no podía ser menos, la jurisprudencia y

³⁰ Una crítica completa al régimen legitimario del CC puede leerse en OÑATE CUADROS, F.J. “*Diatriba contra las legítimas*”, que puede consultarse en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1123-diatriba-contra-las-legitimas-0-07458267088474954>.

la doctrina de los autores, pero también las soluciones ofrecidas por los restantes ordenamientos sucesorios españoles, remozados en su práctica totalidad tras la entrada en vigor de la Constitución.

En lo que hace a la sucesión voluntaria, la novedad más importante se cifra en la inclusión de los pactos sucesorios y del testamento mancomunado, junto a una reformulación, acaso un poco más rígida, de la fiducia sucesoria. Ello ha llevado a prescindir de la definición de testamento, a diferencia de la que se recoge en el artículo 667 del Código, por la dificultad de ofrecer un concepto de este negocio que se acomode a un régimen en el que se contempla simultáneamente testamento mancomunado, fiducia sucesoria y sucesión paccionada.

Se hace expresa alusión a lo que se ha dado en llamar personalismo formal: la interdicción de representación en el otorgamiento del testamento. No ocurre lo mismo, sin embargo, con el personalismo material, pues se admite la posibilidad de que el causante encomiende a otra persona —que en este caso solo puede ser el cónyuge— que ordene su sucesión después de su muerte. Al realizar esta ordenación, el cónyuge fiduciario dispone en su propio nombre de un patrimonio ajeno; de modo que no representa post mortem (no podría en ningún caso hacerlo pues ya ha fallecido) al causante. Si el fiduciario dispone en testamento, aunque el cumplimiento del encargo sea el único contenido del mismo, se trata de su testamento y no del testamento del causante.

Se viene a acoger un concepto amplio de testamento mancomunado, caracterizado por la disposición en un solo instrumento. No se requiere, por tanto, ni unidad de destino, ni atribuciones recíprocas, ni correspondencia o interdependencia entre las disposiciones. Los cotestadores pueden realizar disposiciones a favor del otro, pero no tienen por qué; ambos pueden actuar de consuno al disponer a favor de tercero, pero pueden no hacerlo; y, por supuesto, disposiciones de uno pueden traer causa de las del otro, pero puede que no sea así. Precisamente, en lo que hace a la (posible) interdependencia de las disposiciones se recoge la comúnmen-

te establecida presunción de no correspectividad. Ahora bien, no se ha considerado pertinente requerir una declaración expresa de condicionamiento recíproco para que el mismo pueda entenderse existente; de ahí que, para evitar una eventual interpretación en tal sentido, se incide en que el carácter correspectivo puede existir aunque no se haya hecho manifestación explícita de ello. (...)

Respecto a la sucesión paccionada, ha de subrayarse que únicamente se admiten los pactos de institución y aquellos que tengan por objeto modificar y extinguir los mismos (luego no son válidos los pactos de renuncia); y no puede pactarse sobre la herencia de un tercero (de ahí que se requiera que el convenio se refiera al menos a la sucesión de uno de los otorgantes). De otro lado, se ha optado por no admitir los pactos con atribución patrimonial de presente y circunscribir el pacto de institución a aquel en el que se pospone el efecto transmisor al fallecimiento del otorgante de cuya ordenación sucesoria se trate.

La posibilidad de encomendar a otra persona la ordenación, después de la muerte, de la propia sucesión, se configura con un claro propósito de contención, con un doble límite subjetivo: únicamente se puede realizar tal encargo al cónyuge y para realizar la ordenación entre hijos y descendientes comunes. A la vista del artículo 831-6 del Código, y se entienda su contenido como se entienda, tal planteamiento resulta más restrictivo que el actual: lo es si se considera que ahí se recoge la posibilidad de que el encargo se realice a favor de la pareja no matrimonial; y lo es también si se interpreta que puede realizarse en favor de quien sea simplemente coprogenitor (hayan estado ambos casados o no o hayan tenido o no una relación de pareja). Dado que la cuestión de los efectos de la convivencia no matrimonial se debe solucionar en una sede más general, lo que se dice a continuación se refiere a la segunda de las interpretaciones. Extender la posibilidad de delegación a cualquier coprogenitor desvincula la institución de la relación de pareja. Nada hay por principio que objetar a ello, pero seguramente decae entonces la razón para circunscribir al coprogenitor la posibilidad de ser fiduciario y no extenderlo a otras

personas de confianza. Si no se desea esta apertura, más lógico parece limitar la encomienda al cónyuge y circunscribir la eficacia de la figura a que la pareja no esté separada en el momento del fallecimiento de causante. Se configura entonces la fiducia en sus perfiles más tradicionales, persiguiendo no solo la mejor ordenación de la sucesión a la vista de las necesidades y méritos de los descendientes sino también reforzar la posición familiar del supérstite. (...)

Conforme a lo que constituye unánime tendencia actual, se ha procedido a una significativa reducción de las legítimas y a una consiguiente ampliación de la libertad dispositiva del causante, pues, en verdad, una parte reservada tan amplia como la establecida por el Código carece hoy de sentido. Esta afirmación no requiere de mayor justificación a la vista de los análisis doctrinales más recientes en la materia y de las últimas reformas acometidas en este punto por los ordenamientos civiles autonómicos, las cuales abundan decididamente en la misma dirección (cabe subrayar aquí, por ser la última, la materializada a través de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco). Incluso se ha optado por establecer una legítima de extensión variable, de modo que resulte aún más corta cuando el legitimario concurrente (descendiente o ascendiente) sea uno solo.

Pero también se ha procedido a un cierto debilitamiento de la figura a través de otros expedientes técnicos. Entre ellos cabe resaltar el establecimiento de un límite temporal en orden al cómputo de las liberalidades entre vivos, regla que, además, simplifica el cálculo de la legítima y evita engorrosos problemas de prueba y valoración de actos realizados tiempo ha. Como indica la Exposición de Motivos de la Ley 10/2008, de 8 de julio, del Libro cuarto del Código civil de Cataluña, que acoge también esta solución, es un modo de propiciar la reducción de los derechos de los legitimarios acorde con la realidad social. El límite de los veinte años no se ha adoptado de forma caprichosa: se explica por la elevada esperanza de vida de la que disfrutaban los españoles. Las donaciones realizadas en esos veinte años —anteriores a la apertura de la sucesión— se

computan con independencia de quién sea el favorecido. Idéntico trato al de las donaciones reciben los restantes actos a título gratuito efectuados por el de cuius, como, por ejemplo, la dotación de una fundación, la condonación de una deuda, etc. La excepción relativa a las atribuciones gratuitas imputables a la legítima se explica porque, de no traerse su valor a la masa hereditaria, la expectativa de los sucesores forzosos sufriría una mengua excesiva. (...)

Se ha preservado la configuración de la legítima como una pars bonorum pagadera en bienes relictos, pero, a la vez, se han sentado algunas notables excepciones a esta regla general. La más importante de ellas consiste en la posibilidad de que el causante autorice al heredero (legitimario o extraño) a que proceda a su pago con dinero ajeno a la herencia en las condiciones y dentro de los plazos normativamente dispuestos. Mas repárese asimismo en la solución establecida para la acción de reducción de donaciones inoficiosas: el donatario demandado queda facultado siempre y en todo caso para abonar el exceso inoficioso en metálico.

Todas las acciones de protección de la legítima quedan sometidas, en ausencia de regulación especial, a la disciplina general contenida en el Libro sexto, y, consiguientemente, a los breves plazos de prescripción y caducidad allí previstos, lo que conforma otra vía conscientemente seguida con el objeto de relajar las constricciones inherentes al instituto.

No se ha observado inconveniente alguno para el mantenimiento de la legítima en usufructo del cónyuge viudo, tal y como aparece hoy prevista en el Código (con ciertas mejoras de regulación y una pequeña reducción), si bien que permitiéndose en forma expresa su ampliación a voluntad del causante y aun gravando la legítima de los descendientes. Sobradamente conocida es la frecuencia práctica con la que en los testamentos sometidos al Código el otorgante casado adjudica al cónyuge supérstite, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la cautela socini).

En lo que se refiere a la adquisición de la herencia, deben resaltarse como hitos principales la expresa regulación del fenómeno de la herencia yacente, la ampliación del plazo para solicitar el beneficio de inventario (pues es común entender que el actual resulta excesivamente breve y limita mucho, en la práctica, el recurso al mismo, a pesar de sus trascendentales efectos), y una clarificación y más precisa regulación de la posición que a los acreedores hereditarios compete sobre los bienes relictos frente a los acreedores particulares del heredero. En este extremo, se ha descartado la incorporación del beneficio de separación de patrimonios que aparece previsto en algunas legislaciones autonómicas (catalana, aragonesa, navarra, vasca), pues es extraño al sistema del Código y significaría un cambio de entidad. Antes bien, el mecanismo del que han gozado tradicionalmente en Derecho común los acreedores del causante para asegurarse el cobro de sus créditos ha sido el de la intervención judicial de la herencia, y a él se remite la propuesta precisando las hipótesis en que resulta pertinente su solicitud”.

A diferencia de lo expuesto hasta ahora, no resulta posible en un trabajo de estas características presentar con un mínimo de precisión y rigor un texto alternativo a la PCC en materia sucesoria, debido tanto a su extensión, como a mis discrepancias de fondo con algunas de las soluciones propuestas por la APDC. No comparto la regulación de las legítimas ni las limitaciones impuestas a las formas testamentarias, tanto en lo relativo a la fiducia como a los pactos sucesorios.

Tampoco comparto el mantenimiento de la responsabilidad *ultra vires* por deudas del causante. Siendo cierto que las reformas introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria facilitan enormemente el acogimiento al beneficio de inventario, no parece muy lógico beneficiar a acreedores “ocultos”, a pesar de la reducción de los plazos de prescripción de las acciones personales con la afección ilimitada de otro patrimonio distinto al del deudor al pago de sus créditos. Un ejemplo sangrante es el de los

avales, que no se extinguen por el fallecimiento del deudor ni del avalista y que tienen una condición especialmente desfavorable en situaciones concursales. La publicidad real de la existencia de avales prestados por el causante es muy deficiente o nula y puede llevar a aceptar herencias con pleno desconocimiento del heredero de determinados avales o garantías atípicas suscritas por su causante (i.e. *comfort letters*)³¹.

Por este motivo hay amplio consenso entre los notarios, en favor de establecer legalmente y de forma automática la limitación de responsabilidad del heredero por las deudas de la herencia al valor de los bienes recibidos, sin perjuicio de que pudiera existir alguna afección legal genérica que afectase a los bienes heredados por un plazo determinado. En definitiva, por razones de justicia material y del *favor debitoris* (en este caso muy atendible por cuanto el que deviene deudor no fue quien contrajo la deuda) el beneficio de separación de patrimonios y de limitación de responsabilidad, propios de los derechos germánicos y en España históricamente en los derechos navarro y aragonés, ha sido establecido en la moderna legislación civil catalana, a pesar de que la responsabilidad ultra vires era una constante en el derecho histórico catalán, conforme al derecho romano. También ha sido establecido legalmente por la nueva legislación civil vasca.

Tampoco comparto algunos aspectos de la regulación de la partición, en que la redacción de la PCC es regresiva respecto de la actual, recientemente modificada por la LJV. No me parece correcta la supresión de la figura del contador partididor dativo, máxime teniendo en cuenta que si la mayoría de 3/4 puede imponer la partición al resto, parece interesante que si la mayoría del caudal está de acuerdo pero no se llega a los 3/4, pueda instarse su nombramiento.

³¹ El Consejo General del Notariado puso en marcha en 2015 una útil herramienta denominada “Informe de actividad del fallecido” que proporciona información de los documentos notariales en que ha sido parte una persona desde el año 2004. Más información en <https://www.ancert.com/liferay/web/ancert/informe-de-actividad-del-fallecido> 1

Estimo necesario, eso sí, una relajación del rígido sistema previsto en la Ley del Notariado que obliga a una designación por turno, cuando quizás lo más conveniente sería permitir un mayor margen de actuación al notario en la designación atendidas las circunstancias (por ejemplo, otro contador partidor anterior designado para la herencia del cónyuge que falleció primero, el tutor del fallecido incapacitado judicialmente, etc.). De este modo se evitan situaciones de bloqueo, existe un control notarial de la regularidad de la partición y todo ello sin perjuicio del derecho de los disconformes a ejercer las acciones judiciales que estimen oportunas.

En este punto, considero que es mejor punto de partida para abordar la reforma sucesoria la Ley 5/2015, del Derecho civil vasco que la PCC. Este enfoque puede resultar peculiar, pero lo es menos si pensamos que el régimen sucesorio de la mayoría de los ciudadanos residentes en el País Vasco estaba sujeto el día 2 de octubre de 2015 al Código Civil y el día 3 de octubre de 2015 a la Ley. En consecuencia, la experiencia vasca es un excelente banco de pruebas de los problemas planteados, de las soluciones aportadas y de las consecuencias sociológicas provocadas por un cambio tan sustancial.

Esto no quiere decir que defienda, sin más, una reforma consistente en la mera transposición de sus disposiciones al Código Civil. Una operación de este tipo sería grosera y conllevaría los múltiples problemas de todo orden asociados a un Frankenstein legal formado por piezas tomadas de aquí y allá. Lo que sí defiende es que en la actualidad, de todos los derechos civiles españoles, el vasco es probablemente el más moderno, no ya por ser el último cronológicamente hablando, sino por ser el que a mi juicio se ajusta mejor en su conjunto a las necesidades de los ciudadanos en los tiempos actuales y ser fruto de un estudio doctrinal muy dilatado en el tiempo.

Esto no quiere decir que la Ley haya suscitado un aplauso unánime ni que sea un dechado de virtudes técnicas y sistemáticas o un prodigio de

claridad. No existe ninguna ley cuya promulgación no traiga problemas y quebraderos de cabeza a los intérpretes y agentes jurídicos y en el caso de la Ley vasca, las constricciones competenciales y el complejo momento político aconsejaron a sus promotores y a los poderes públicos vascos a actuar con prudencia, evitando fricciones innecesarias con el gobierno central en unos momentos que se avecinaban especialmente graves para el conjunto de la nación. La consecuencia es que hay bastantes lagunas, pues son muchas las materias no reguladas o reguladas de forma insuficiente y en muchos aspectos la regulación supletoria del Código Civil puede resultar problemática.

La buena noticia es que el carácter dispositivo de las normas legales, salvo que de las mismas se desprenda paladinamente lo contrario, permite a los ciudadanos y a los agentes jurídicos un margen de actuación prácticamente ilimitado, de modo que la Ley no va a constituir obstáculo alguno para la introducción por vía de pacto, disposición unilateral o costumbre de cualquier institución jurídica presente o no en nuestro derecho, incluso importada del extranjero³².

Si por obra maestra entendemos cualquier creación humana que más allá de sus limitaciones técnicas trasciende a las intenciones de su autor, los distintos seminarios, encuentros y cursos celebrados en entorno a la Ley civil vasca, permiten señalar que es una obra maestra. No por su nivel técnico, que siendo mucho más que correcto en términos generales adolece de ciertas imprecisiones y sobre todo, de falta de coordinación con otras normas como la Ley de Jurisdicción Voluntaria o el Reglamento de Sucesiones en cuyas soluciones dice inspirarse. Su trascendencia deriva de que la ausencia práctica de preceptos imperativos más allá de los estricto-

³² I.e. los *trusts*, como plantearon en su comparecencia ante la Comisión competente del Parlamento Vasco los notarios Carvajal García-Pando y Pagola Villar, expresando el sentir mayoritario de los colegiados ejercientes en Guipúzcoa. Informe (incompleto) en <http://www.legebiltzarra.eus/irud/08/00/008749.pdf>.

tamente indispensables y el amplísimo campo abierto a la libertad civil permite soluciones que sus autores no habían siquiera imaginado.

Por ejemplo, la ya apuntada posibilidad de constituir trusts o fundaciones familiares utilizando la figura del poder testatorio (sería más correcto llamarlo poder sucesorio, al poderse otorgar en pacto sucesorio o capitulaciones matrimoniales), la de construir instrumentos de protección personal y patrimonial de personas vulnerables mediante los pactos sucesorios, la posibilidad de establecer pactos sucesorios en favor de personas jurídicas (con o sin ánimo de lucro) o la de evitar costos fiscales exorbitantes en los casos en que los intereses y acuerdos de los sucesores chocan con disposiciones excesivamente rígidas del título sucesorio que las hacen inadecuadas, por la gran flexibilidad de la regulación de la dinámica sucesoria, etc.³³

Pasamos pues a hacer un resumen amplio de la nueva regulación vasca en materia sucesoria.

4.3 Principios del derecho sucesorio vasco

Los objetivos declarados de la Ley 5/2015, del derecho civil vasco son los siguientes:

- a) Establecer unos principios uniformes a todo el derecho civil vasco.
- b) Profundizar en el proceso de armonización territorial del derecho civil vasco, respetando las variedades territoriales.
- c) Modernizar la regulación, adaptándola a la realidad actual.

³³ En este sentido es revelador el enorme interés que la nueva Ley ha suscitado en Francia, no sólo por su posible aplicación a los españoles allí residentes, aprovechando la permeabilidad de la frontera, sino por la posibilidad de que los ciudadanos franceses opten por fijar su residencia habitual en Guipúzcoa y de este modo sustraerse a la dureza del régimen sucesorio (y fiscal) francés.

d) Respeto de la historia y las tradiciones, como parte importante de la identidad vasca.

- La intención **uniformadora** o si se prefiere, armonizadora, es patente en la existencia de un Título preliminar que regula el sistema de fuentes del “derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, noción superadora del “Derecho Civil Foral de los Territorios Históricos del País Vasco” a que se refería la Ley 3/92, así como “los principios inspiradores de la ley civil vasca”. Se realiza respetando las variedades territoriales (libertad de testar en Ayala, troncalidad en Vizcaya, régimen de los caseríos guipuzcoanos).

- La intención **modernizadora** se refleja en la extensión del principio de libertad civil a la sucesión, ampliando la libertad de disposición mortis causa, tanto en las formas, con la admisión general del testamento mancomunado, la sucesión por comisario y los pactos sucesorios, como en la regulación de la sucesión, con un debilitamiento cuantitativo y cualitativo de las legítimas de los descendientes, la supresión de la de los ascendientes y el aumento de los derechos del cónyuge o pareja de hecho registrada, siendo en todos los casos, renunciable en pacto sucesorio.

- El respeto a la **historia y tradiciones** vascas se observa en la regulación del caserío, los arrendamientos indefinidos³⁴, la servidumbre de paso, los *ondazilegis*, las formas de asociación como hermandades, mutualidades, cofradías, etc.

Si tuviéramos que resumir en unas pocas líneas los principios esenciales en que se asienta el régimen sucesorio del Código Civil, podríamos señalar las siguientes:

³⁴ El día 21 de diciembre —festividad de Santo Tomás antes del cambio del santoral— se celebra una fiesta muy popular en San Sebastián, conmemorando el día en que tradicionalmente los caseros bajaban a pagar las rentas y aparcerías, con celebración posterior conjunta.

- Rige el principio de libertad de disposición mortis causa, pero fuertemente limitado por las legítimas de descendientes, ascendientes y cónyuge viudo, tanto en lo relativo a su cuantía, muy amplia en el caso de los descendientes y algo escasa en el del viudo como en su configuración jurídica por la enorme prevalencia y rigor del principio de su intangibilidad cualitativa, derivado de su consideración como una parte de la herencia *pars hereditatis* o *pars bonorum*, de titularidad individual, con escasas excepciones.

- Concepción unitaria del fenómeno sucesorio: La herencia se considera como un todo unitario; no sólo constituye un patrimonio que por el mero hecho del fallecimiento se transmite a sus sucesores, sino que los herederos se consideran continuadores de la personalidad jurídica del *de cuius*. Siempre hay una correspondencia biunívoca entre fallecimiento y herencia: Cuando hay muerto hay herencia y viceversa, siendo el elemento temporal clave el del fallecimiento. La continuidad de la personalidad jurídica del causante en sus herederos determina la responsabilidad de estos *ultra vires* por las deudas del causante, si bien la reforma del CC por la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha facilitado enormemente la aceptación a beneficio de inventario, que ya no requiere un procedimiento judicial y permite limitar la responsabilidad del heredero por deudas de la herencia a los bienes de ésta y una vez confundidos con los propios o consumidos, al valor de lo heredado.

- Carácter esencialmente personalísimo y revocable de las disposiciones mortis causa, con la radical prohibición de los testamentos mancomunados -tanto en la forma como en el fondo-, de la sucesión por fiduciario o comisario, con la excepción del cónyuge conforme al artículo 831 del Código Civil, sorprendentemente ampliada por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y la de la sucesión contractual, tanto en lo relativo a los pactos de institución, como los de renuncia o las donaciones mortis causa.

Como se ha señalado en la introducción de este trabajo, a la entrada en vigor de la Ley 5/2015, coexistían en la CAPV tres regímenes sucesorios distintos:

a) En la tierra del Fuero de Ayala (municipios alaveses de Ayala, Amurrio, Lezama y Oquendo, así como los pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega, con exclusión de la villa y caserío de su término), rige el principio de absoluta libertad de testar.

b) En la tierra del Fuero de Vizcaya, (Infanzonado o Tierra Llana de Vizcaya, que excluye las villas de Bermeo, Durango, Ermua, Guernica y Luno, Lanestosa, Lequeitio, Marquina, Ondárroa, Otxandio, Plencia, Portugalete y Balmaseda, la ciudad de Orduña y el término municipal de Bilbao, así como en los municipios alaveses de Llodío y Aramaio, la legítima de los descendientes es colectiva por una cuantía de 4/5 del total de la herencia y respecto a extraños tiene la misma naturaleza jurídica que la del Código Civil. Además tiene una incidencia capital la institución de la troncalidad, que afecta a los bienes inmuebles donde rige el Fuero de Vizcaya.

c) En el resto del territorio vasco, regía el Código Civil, con la especialidad de los caseríos guipuzcoanos, que podían ser excluidos de la legítima individual de los descendientes.

En cuanto a las formas testamentarias, regían las del Código Civil y además, para los vizcaínos, aforados o no, se admitía la sucesión por comisario, el testamento mancomunado y la sucesión contractual, formas que la ley 3/99 extendió a la sucesión del caserío guipuzcoano.

Tras la ley 5/2015 se unifica el régimen jurídico sucesorio vasco, de modo que con las excepciones que representan la libertad absoluta de testar del Valle de Ayala y la troncalidad vizcaína, se fundamenta en los siguientes principios:

- Preminencia casi absoluta del principio de libertad de disposición mortis causa, reflejo del principio de libertad civil, fuente del derecho civil vasco, con el debilitamiento de las legítimas de los descendientes en su cuantía y en su naturaleza jurídica (1/3 de cuantía, de carácter colectivo, que puede gravarse con el usufructo viudal y *pars valoris*), la desaparición de la de los ascendientes y el fortalecimiento de la del cónyuge viudo (usufructo de 1/2 concurriendo con descendientes y de 2/3 en los demás casos, además del derecho de habitación de la vivienda conyugal). La legítima es renunciable en vida del causante. Se mantienen, la libertad absoluta de disposición del Fuero de Ayala y la troncalidad vizcaína, con un régimen algo más benigno.

- Posibilidad de fragmentación de la sucesión. En el tiempo, se puede anticipar la sucesión a la muerte del causante mediante los pactos sucesorios con eficacia de presente o las donaciones mortis causa universales o particulares o retrasar su asignación de forma indefinida, situación de la herencia pendiente del ejercicio de poder testatorio por el comisario. De modo que al supuesto usual de herencia con muerto se añaden las herencias sin muerto y los muertos sin herencia. En la dinámica sucesoria, se permite la aceptación o repudiación parcial de la herencia, así como la renuncia en la sucesión voluntaria conservando los derechos en la sucesión legal.

- Ampliación de los instrumentos formales a través de los cuales puede regularse la sucesión mortis causa, al admitirse los testamentos mancomunados —tanto en la forma como en el fondo—, la sucesión por comisario y la sucesión contractual, tanto en lo relativo a los pactos de institución, como los de renuncia, en vida del causante, en los términos más amplios que quepa imaginar.

A continuación se exponen de forma sucinta los aspectos más significativos de la nueva regulación por sus diferencias con el sistema del Código Civil, teniendo siempre presente que la regulación es dispositiva

y que los aspectos imperativos deben entenderse en sentido estricto, si no restrictivo.

a) Sucesión y delación (art. 17):

- La **transmisión de derechos y obligaciones** se produce en el momento de la muerte, **salvo lo que pueda establecerse en pacto sucesorio**.

- La delación se produce **en el momento de la muerte** y en el lugar donde haya tenido el causante su última residencia habitual o, en su defecto, el de fallecimiento.

- Si el fallecido otorgó **poder testatorio**, respecto de los bienes a que alcance, **la sucesión se abrirá en el momento en que el comisario haga uso del poder o en que éste se extinga**.

b) Formas de suceder (art. 18):

- La sucesión se defiende por **testamento**, por **pacto sucesorio** y en defecto de ambos, por disposición de la **ley**. Se puede disponer de bienes en parte por testamento y en parte por pacto sucesorio. **El testamento no revoca el pacto sucesorio, pero éste deja sin valor el testamento que lo contradiga**. En consecuencia, mientras que el testamento posterior revoca el anterior, en caso de haber pactos sucesorios incompatibles entre sí, es eficaz el primero, salvo que concurra en alguna causa de ineficacia.

c) Sucesión testada

- La sucesión puede ser **universal o particular**. Salvo disposición del causante si la sucesión particular lo es en un patrimonio familiar o profesional cuyo **valor exceda en 3/4 partes de la herencia**, se considerará al sucesor como **heredero universal**. La institución o el legado siempre se imputan a la legítima, salvo disposición en contrario.

d) Responsabilidad por deudas de la herencia

- **El heredero sólo responde de las deudas y cargas de la herencia hasta el valor de los bienes heredados en el momento de la delación** (responsabilidad *intra vires*, art. 20,2). A tal efecto se establece el beneficio de la separación que los acreedores pueden solicitar en el plazo de 6 meses, para formar el inventario de la herencia y poder cobrar sus créditos por el orden legal correspondiente, en su caso, con preferencia a los acreedores particulares de los herederos (art. 20,3). Aunque la Ley señala que la petición se hará al Juez, en realidad deberá hacerse al **Notario**, con arreglo a lo dispuesto en la Ley del Notariado, en virtud de lo dispuesto en la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria. Nótese que no se trata de que el heredero esté obligado a hacer inventario para acogerse al beneficio legal, sino que son los acreedores quienes tienen derecho a solicitarlo. Los herederos responderán como los socios de una sociedad de responsabilidad limitada disuelta y liquidada: Sólo responderán con su propio patrimonio cuando mezclen sus bienes propios con los de la herencia pero sólo hasta el límite de lo recibido³⁵.

d) Formas de testar (art. 22):

- Todas las reguladas en el Código Civil y además (art. 23), el **testamento hil buruko**, o en peligro de muerte, que es un testamento oral, ante tres testigos y sin intervención de notario, que caduca si transcurridos 2 meses el testador no hubiera fallecido, así como si en los 3 meses siguientes al fallecimiento no se presenta ante notario para su adverbación y elevación a escritura pública. Aun no siendo probablemente lo previsto por los autores de la Ley, permite la utilización de procedimientos atípicos como la declaración de última voluntad en soportes digitales. En

³⁵ FERNÁNDEZ DE BILBAO: “*Deudas y herencia: una visión desde la ley de derecho civil vasco*” en http://www.forulege.com/dokumentuak/Deudas%20y%20herencia_Una%20vision_desde_la%20Ley%20Derecho%20civil%20vasco.pdf

todo caso, a nadie se le escapa su peligrosidad y por ello, será difícil que su adveración y protocolización sea admitida con facilidad por un notario, que es la autoridad competente por virtud de la LJV.

e) Testamento mancomunado o de hermandad (arts. 24-29)

El testamento mancomunado es admitido hoy por todas las legislaciones forales (en Cataluña bajo la forma de heredamiento preventivo de residuo) y es la forma de testar absolutamente mayoritaria en Navarra y Aragón, con regulaciones diferentes. En Bizkaia su acogida ha sido escasa, muy probablemente por el recelo o falta de conocimiento de los juristas y de sus potenciales usuarios. Su principal ventaja es la ordenación conjunta de la sucesión futura entre personas unidas por parentesco, matrimonio o simplemente, intereses comunes.

- Es el otorgado conjuntamente por **dos personas, parientes, con-vivientes o no**, en el mismo instrumento y para después de su muerte, para todos o parte de sus bienes o para designar comisario a la misma o distinta persona.

- Se puede otorgar dentro o fuera de la CAPV, siempre que uno de ellos ostente la **vecindad civil vasca** y la ley personal del otro no lo prohíba. A este respecto es imprescindible la cita del **Convenio de La Haya de 5-10-61**, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que admite la validez de los testamentos otorgados conforme a la ley del lugar de otorgamiento, nacionalidad, domicilio o residencia habitual del testador en el momento de otorgar o fallecer o donde radiquen los inmuebles, respecto de éstos (art. 1). El Convenio es aplicable a los testamentos mancomunados (art. 4) y considera cuestiones de forma aquellas que limiten determinadas formas testamentarias por razón de la edad, nacionalidad u otras circunstancias del testador (art. 5). Fue ratificado sin reservas por España el 16 de marzo de 1988. El art. 27

del RUE 650/2012 establece criterios análogos respecto de los testamentos o pactos sucesorios en su ámbito de aplicación.

- Ambos testadores tienen que estar **emancipados** (siendo aragoneses basta que tengan más de 14 años).

- Sólo puede revestir **forma abierta** y debe otorgarse necesariamente ante **notario**.

- Puede contener cláusulas **unilaterales y correspectivas**, que son las de contenido patrimonial que traigan causa de las disposiciones del cotestador. La correspectividad no se presume. La nulidad o anulación de una disposición produce automáticamente la de las correspectivas, pero no su ineficacia sobrevinida, que sólo perderá tal condición.

- La **revocación** puede ser **conjunta** mediante nuevo testamento mancomunado o por pacto sucesorio entre ambos otorgantes.

- La **revocación unilateral** puede hacerse **en vida del cotestador**, mediante testamento abierto ante notario o pacto sucesorio con un tercero. Debe notificarse notarialmente en el plazo de 10 días, pero la falta de notificación no afecta a la revocación. **La revocación unilateral en vida del otro testador priva de eficacia a todas las disposiciones del testamento revocado**, a diferencia de lo que ocurre en Navarra o Aragón, donde sólo produce la de las disposiciones correspectivas (con distintos matices).

- **Fallecido uno de los otorgantes**, el sobreviviente puede revocar sus **propias** disposiciones, siempre que no sean correspectivas. Salvo disposición en contrario, el superviviente no puede disponer a título gratuito de los bienes objeto de disposiciones correspectivas, salvo en favor de sus beneficiarios, pero si lo hiciera, el perjudicado sólo podrá reclamar a los donatarios, dentro de los 2 años siguientes a la muerte del disponente, el valor actualizado de los bienes enajenados.

- Fallecido uno de los otorgantes se abre su sucesión, adquiriendo eficacia las disposiciones correspondientes.

En mi experiencia personal, bien explicado es la forma favorita de testar de los matrimonios, pues permite garantizar el mismo tratamiento sucesorio de ambas herencias, al menos en lo relativo a los derechos de los cónyuges. Además, el carácter dispositivo de la regulación permite condicionar la eficacia de las disposiciones y sus revocaciones, evitando la apertura total o parcial de la sucesión intestada.

f) Sucesión por comisario (testamento por comisario, poder testatorio) (arts. 30-46)

Se trata sin duda de la estrella de la Ley, pues es una figura absolutamente extendida en Bizkaia, incluso en la parte no aforada, desde su admisión por la Ley 3/1992. Este éxito se debe al reforzamiento de la figura y posición jurídica del viudo, al permitirle la elección de sucesores y la distribución de los bienes en los momentos que estime oportuno y al **favorable tratamiento fiscal** de la figura pues, a diferencia del tratamiento de la fiducia en el derecho fiscal común, la liquidación del Impuesto de Sucesiones y de la plusvalía municipal se retrasa hasta el momento en que el comisario ejerce el poder testatorio.

- El testador puede **encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades correspondan a su transmisión sucesoria**. El comisario, **salvo autorización expresa**, no puede establecer fideicomisos, nombramientos condicionales ni tomar decisiones que retrasen la designación de sucesores o la adjudicación de bienes.

- El nombramiento sólo puede hacerse en **testamento notarial abierto** (individual o mancomunado) o **pacto sucesorio**. Tratándose de cónyuges, también en **capitulaciones** matrimoniales y en el caso de

parejas de hecho registrada, en **pacto regulador de la convivencia ante notario**.

- El cargo **es gratuito, voluntario** y sus facultades **personalísimas e intransferibles**.

- Para hacer uso del poder testatorio, el comisario debe tener en ese momento capacidad de obrar. Sus facultades son las conferidas en el poder y en su defecto, por la Ley y el derecho supletorio (831 Cc), debiendo ser siempre interpretado e integrado de acuerdo con la **voluntad del testador**, que prevalece en todo caso frente a las disposiciones legales (***) artículo 46 que refuerza el principio general de autonomía de la voluntad del art. 4). Si no hubiera indicación de personas, deberá elegir entre los herederos forzosos (legitimarios) y en defecto de éstos, libremente sin limitación alguna.

- El comisario debe realizar **inventario** en el plazo de 6 meses. Si no lo hace puede ser compelido judicialmente a que se haga a su costa (en la actualidad, notarialmente, LJV y LN). En la práctica sólo se realiza el inventario a efectos fiscales, sin especial eficacia civil .

- El comisario puede **autoadjudicarse** los bienes que le hayan sido atribuidos y los que les corresponderían en caso de sucesión intestada (legal) o a falta de ejercicio del poder testatorio.

- El comisario es el **representante legal y administrador de la herencia**. Quienes tengan derecho a ello pueden solicitar **alimentos** a cargo de la herencia.

- El **plazo** para el ejercicio del poder será el señalado por el testador. Si el nombrado fuera el **cónyuge** o pareja de hecho, puede ser por tiempo **indefinido o vitalicio**. A falta de plazo, será el de 1 año desde el fallecimiento.

- El ejercicio del poder testatorio puede hacerse en uno o varios actos, inter vivos o mortis causa (en testamento ante notario o pacto sucesorio), sin más limitaciones que las impuestas por la ley al testador. Salvo disposición en contrario, si el comisario fuera **cónyuge o pareja de hecho**, habiendo **hijos comunes**, se presume que sólo puede usarlo en favor de éstos o sus descendientes.

- El cónyuge o pareja de hecho designado comisario, es el representante y administrador del patrimonio hereditario y puede cobrar créditos, consentir cancelaciones y realizar todo tipo de actos de **administración y gestión**. Podrá disponer de los bienes o derechos hereditarios si hubiese sido autorizado para ello o para atender a las obligaciones, cargas y deudas de la herencia, así como cuando lo juzgue oportuno para sustituirlos por otros, que quedarán subrogados en lugar de los aquellos, salvo que se destinen a pagar deudas o cargas de la herencia. Para la **enajenación de inmuebles, empresas y explotaciones económicas**, habiendo **legitimarios**, es necesaria y suficiente la **autorización de uno** de ellos mayor de edad y sólo si todos fueran menores o incapacitados sería precisa la autorización judicial (sistema aragonés). Hay una interpretación restrictiva, que no comparto, patrocinada por un grupo de registradores de la propiedad que entienden que salvo disposición en contrario, el comisario sólo puede disponer cumpliendo simultáneamente todos los requisitos que marca la ley y no sólo uno cualquiera de ellos.

- Las disposiciones (salvo las hechas por el cónyuge en su testamento, reservándose la facultad de revocarlo) son **irrevocables**. Si en un año no acepta el beneficiario puede volver a designarse otro favorecido.

- El poder testatorio **se extingue**, además de por las causas expresadas en el propio poder, por muerte del comisario, expiración del plazo para su ejercicio, solicitud de separación, nulidad o divorcio posterior al otorgamiento o extinción de la pareja de hecho, renuncia del comisario, in-

dignidad para suceder, revocación o, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario, si el comisario contrajera nuevas nupcias, lleve vida marital estable con otra persona o tenga un hijo no matrimonial.

g) **Limitaciones a la libertad de testar.** Son la legítima, la troncalidad y las reservas.

- **La legítima (arts. 47-60).**

- Son legitimarios: Los hijos o descendientes en cualquier grado y el viudo o supérstite de la pareja de hecho, por su cuota usufructuaria.

- **Naturaleza de la legítima:**

1.- Es una *pars valoris*³⁶, pues consiste en una cuota sobre (no de) la herencia que se calcula por su valor económico defendible, oponible y reclamable frente a terceros, de carácter **colectivo**, pues puede ser atribuida libremente, sin mínimos, entre los hijos y descendientes ulteriores, aunque vivan sus padres. **Su cuantía es de 1/3 del caudal hereditario.** No se pueden imponer sobre la legítima **sustituciones o gravámenes, salvo en favor de otros sucesores forzosos o en favor del viudo** (art. 48). Algún autor entiende que es una *pars bonorum*, de modo que no cabría la posibilidad de que el heredero pudiera aceptar la herencia y adjudicarse los bienes consignando el importe de la legítima (sin perjuicio de la revisión judicial correspondiente).

2.- El causante debe transmitir la legítima a uno cualquiera de los legitimarios por herencia, legado, donación o de otro modo, apartando a los demás. El **apartamiento** puede ser expreso o tácito. La **omisión del apartamiento equivale al apartamiento tácito**, al igual que la **preterición, sea o no intencional, salvo en el caso de que resultaren preteridos todos**, en cuyo caso se anularán todas las disposiciones

³⁶ En contra GIL RODRÍGUEZ, J. et al.: “Manual de derecho civil vasco”, Departamento de Derecho Civil UPV-EHU, 2016.

testamentarias de contenido patrimonial (es aplicable supletoriamente el art. 814 CC, de modo que valdrán las disposiciones en favor del viudo, reducidas en lo indispensable). La legítima es **renunciable aun antes del fallecimiento del causante**, mediante pacto sucesorio entre causante y legitimario, manteniéndose para quienes no la hayan renunciado. No obstante, si la renuncia se produce con ocasión de una donación con apartamiento de los demás legitimarios, se imputa a la legítima, de modo que si la agota, los demás no tendrán derecho alguno.

3.- La **legítima viudal** (o del supérstite de la pareja de hecho) es el **usufructo de la mitad de la herencia, si concurriera con descendientes y de 2/3 en otro caso**, conmutable en los mismos casos y forma que en el sistema del Código Civil. Las facultades del usufructuario serán las establecidas por el causante y por los acuerdos entre el usufructuario y los nudopropietarios. En defecto de dichos acuerdos, el usufructuario tiene derecho a los intereses y rendimientos del capital y de las participaciones en fondos de inversión y a las plusvalías producidas hasta la extinción del usufructo. Además de su legítima, tiene el **derecho de habitación sobre la vivienda conyugal**, mientras se mantenga en estado de viudedad, no constituya nueva pareja de hecho o lleve vida marital estable o tenga un hijo no matrimonial. La legítima viudal y el derecho de habitación se extinguen, salvo disposición expresa del causante, en caso de separación legal (*vid.* LJV) o llevar vida marital estable con otra persona. También se extingue en caso de separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente; es opinión cuasi unánime que lo que debe constar fehacientemente es la separación, no el acuerdo.

4.- Es posible atribuir al viudo el **usufructo universal**, que se extinguirá en los mismos casos y que **salvo disposición del causante, será incompatible con el de la parte de libre disposición**.

5.- Para el cálculo de la legítima, se toma el valor neto de la herencia, adicionando las **donaciones computables**, que son todas aquellas hechas en favor de quienes **no sean herederos forzosos o a favor de herederos forzosos en que no medie apartamiento expreso. Las donaciones hechas a legitimarios sólo serán colacionables si el donante así lo dispone o no hace apartamiento expreso.** El valor lo fijará el comisario, si no tuviese interés en la partición y en caso contrario, con el contador-partidor o con los sucesores presuntos o por decisión judicial (o notarial, por la LJV). Es importante destacar que mientras que en testamento o pacto sucesorio el apartamiento puede ser tácito, en cambio en las donaciones ha de ser expreso, es decir, que se presumen hechas a cuenta del haber hereditario, siempre que el donatario no haya sido apartado en el título sucesorio, obviamente. Este tratamiento legal de las donaciones implica, según Andrés Urrutia, que las donaciones se comportan como una sucesión anticipada del donante que se abre y se cierra en el acto (donaciones *mortis causa*) y que como tales, deben ser notificadas al Registro General de Actos de última Voluntad.

h) Pactos sucesorios (arts. 100 – 109)

Muchos son los preceptos que el CC (siguiendo al Cc francés y no al alemán como erróneamente dice la EM de la Ley vasca, siguiendo a la Memoria de la AVD) dedica a prohibir la sucesión paccionada en sentido amplio, que comprende, además de los pactos sucesorios en sentido estricto, el testamento mancomunado y la sucesión por comisario;

Art. 658, “La sucesión se defiende por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley”.

Art. 669, “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”.

Art. 670, “ El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

Art. 1271,2, “Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”.

Lejos de atenuarse en el tiempo, la radical prohibición del Código fue acentuada aún más por la doctrina y jurisprudencia, que extremaron el rigor extendiendo la sanción de nulidad absoluta a figuras conexas, considerando incluso algún autor aislado que se trataba de una cuestión de orden público, opinión errada por cuanto los derechos forales los admiten y en cuestión de derecho interregional privado no se admiten cuestiones de orden público, el art. 9,8 CC los admite en caso de cambio de ley reguladora y la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias de 24-12-1981 (derogada) también los permitió. En todo caso, los propósitos legítimos de los ciudadanos de regulación de su sucesión debieron encauzarse usando, no sin dificultad, otras figuras como las donaciones inter vivos sujetas a plazo o condición de la muerte del donante que incluso hoy en día siguen siendo cuestionadas como pactos sucesorios encubiertos (vid Res. DGRN 20-2-2017, BOE 10-3-2017). Así pues, nada tiene de particular que los pactos sucesorios excepcionalmente permitidos como las promesas de mejorar o no mejorar (art. 826), las donaciones por razón de matrimonio (art. 1341) y en menor medida la fiducia sucesoria (art. 831 Cc) sean figuras de muy escasa aplicación práctica, a pesar del impulso que supuso para esta última la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

La prohibición radical del Código civil provocó la ruptura con el tradicional derecho castellano importando el *moderno* derecho francés napoleónico y que cimentó las bases de la sucesión voluntaria sobre el carácter esencial del otorgamiento individual, personalísimo y revocable de los negocios mortis causa, restringiéndolos al testamento unipersonal, pues se entendía que los pactos sucesorios y aún la misma institución condicionada a un hecho de un tercero suponían una intolerable limitación de la libertad personal, al impedir a una persona poder disponer libremente de sus bienes mortis causa hasta el final de sus días.

Sin embargo, los pactos sucesorios tienen importantes ventajas pues permiten:

a) Ordenar anticipadamente la sucesión en un momento en que el causante goza de plenas facultades psíquicas, tanto cognitivas como volitivas, sin quedar al albur de un testamento de última hora hecho bajo presiones familiares de todo tipo, evitando el riesgo de captación del causante en los momentos más cercanos al tránsito y la consiguiente expresión de una última voluntad espuria e incoherente con sus comportamientos y deseos continuados en el tiempo, privando de sus legítimas expectativas hereditarias a las personas que más le han atendido y cuidado a lo largo de su vida.

b) Regular de forma ordenada la contribución del sucesor a la economía doméstica y familiar, entendida en sentido amplio, incluyendo la prestación no lucrativa de servicios de asistencia personal, muy habitual históricamente en los caseríos, dentro y fuera del País Vasco, con distintos pactos familiares conocidos como casamiento en casa, pacto al más viviente, comunidad familiar, etc. muchos de ellos conocidos vulgarmente como “mayorazgos” o “*hereu*”, a través de los cuales se garantizaba su viabilidad económica, evitando la división indefinida de las explotaciones. El pacto sucesorio genera derechos, no simples expectativas que quedan al albur de circunstancias incontrolables y, con ellos, valiosos incentivos a la cooperación familiar y social voluntarias.

c) Ordenar con total certeza, validez y eficacia jurídicas la sucesión en las empresas familiares y en patrimonios complejos, permitiendo la constitución de figuras atípicas, como patrimonios separados destinados al cumplimiento de fines de interés familiar o particular de determinadas persona e incluso fundaciones familiares (trusts), aunque por el momento éstos carezcan no sólo de personalidad jurídica plena, sino de cualquier tipo de regulación en el derecho español .

d) Son instrumentos eficaces para dar solución a la sucesión por causa de muerte en familias con problemas personales o patrimoniales complejos, facilitando el encuentro y acuerdo equilibrado entre los interesados y evitando el tener que replantear años después problemas que de otro modo no habrían podido quedar definitivamente resueltos o incluso, se habrían agravado. También son útiles para solucionar problemas en situaciones de crisis matrimonial, estableciendo pactos de protección en favor de los hijos comunes.

e) Proteger eficazmente el patrimonio del instituyente en su propio interés frente a decisiones contrarias al mismo inducidas por extraños, sin necesidad de acudir a procedimientos de incapacitación potencialmente penosos y desagradables y de resultado incierto, de forma compatible con otros novedosos y prácticos instrumentos privados de protección como autotutelas o poderes preventivos para el caso de pérdida de capacidad o la propia constitución ordinaria de tutelas o curatelas, previa modificación judicial de la capacidad.

g) Aprovechar una fiscalidad favorable, pudiendo acoger atribuciones gratuitas de bienes en vida al régimen de las transmisiones mortis causa, considerablemente más benigno que el de las donaciones, aunque esta es cuestión cambiante y dependiente de las necesidades recaudatorias del momento.

- El **pacto sucesorio** permite al titular de los bienes disponer de ellos mortis causa, así como renunciar o disponer de los derechos sucesorios de una herencia (de los contratantes o de un tercero) en vida del causante. Para su validez, deben constar en **escritura pública** y los otorgantes ser **mayores de edad**. Doctrinalmente es pacífico para la mayoría de la doctrina que es posible instituir en pacto sucesorio a una persona jurídica, al admitirse el pacto en favor de tercero y poder las personas jurídicas en general adquirir bienes y derechos por cualquier título admitido en derecho.

- La designación de sucesor en pacto sucesorio deja sin efecto cualquier disposición testamentaria anterior sobre los bienes comprendidos en el pacto.

- El pacto sólo puede modificarse o resolverse mediante un nuevo pacto, entre los otorgantes o sus sucesores o por las causas establecidas por las partes y se extingue por esas mismas causas o por las previstas por la Ley. La donación mortis causa y la universal inter vivos tienen carácter de pacto sucesorio, salvo estipulación en contrario.

- El pacto de designación de sucesor puede contener la disposición de la herencia a título universal o particular o la renuncia a la misma.

- Los pactos sucesorios puede incluir la transmisión de bienes de presente o la transmisión post mortem. Lógicamente, también puede estar sometida la transmisión a plazo o condición. La cualidad de sucesor es intransmisible e inembargable, pero el instituido puede disponer de su derecho a título gratuito en favor de sus hijos y descendientes, salvo pacto en contrario.

- Los bienes transmitidos de presente sólo se podrán disponer en favor de tercero con el consentimiento conjunto de instituyente e instituido, salvo pacto en contrario. Los acreedores del instituyente tienen preferencia sobre los bienes transmitidos de presente por las deudas contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio.

- Los bienes afectados por pacto sucesorio con eficacia post mortem siguen siendo propiedad del instituyente que, sin embargo sólo podrá transmitirlos a título oneroso, salvo pacto en contrario y, en consecuencia, sólo responden de las deudas del instituyente. Si constituyen patrimonios productivos en los que trabaje el instituido, se requerirá su consentimiento para la enajenación a título oneroso, siempre que instituyente e instituido no hayan pactado otra cosa. El instituido podrá, incluso en vida del instituyente, disponer de su derecho a título gratuito, por actos inter vivos o mortis causa, a favor de sus hijos y descendientes. En el caso de que premuera al instituyente, el derecho del instituido se transmite a sus descendientes y si existen varios hijos o descendientes sucesores del instituido premuerto abintestato, el instituyente puede escoger a uno o varios de aquéllos mediante testamento, pacto u otro título sucesorio.

- El pacto se puede revocar unilateralmente por el instituyente por las causas pactadas, incumplimiento grave de condiciones o cargas, incurrir el instituido en causa de indignidad o desheredación, conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar y solicitud de separación, nulidad o divorcio o extinción de la pareja de hecho.

Para entender bien la mecánica de funcionamiento de los pactos sucesorios es preciso entender que no son testamentos, sino contratos (*prior in tempore; nemo dat quod non habet*). Por tanto, entre pactos sucesorios incompatibles entre sí el primero es eficaz frente al segundo, salvo que éste haya sido otorgado por los mismos otorgantes, al revés de lo que ocurre con los testamentos. Conforme señala el art. 384,2 CDEFA, los problemas que se deriven de la interpretación o aplicación de los pactos sucesorios se resolverán aplicando las soluciones del derecho de obligaciones y contratos o de sucesiones, dependiendo de la naturaleza del problema.

i) Sucesión intestada (arts. 110-117)

A salvo la troncalidad, opera a falta de sucesión testada o pactada, con las que es totalmente compatible. El orden es:

1.- **Hijos**, por derecho propio, a partes iguales y los nietos y demás descendientes, por representación de los premuertos, siempre en concurrencia con los derechos legitimarios del viudo (=Cc).

2.- El **viudo** o pareja de hecho no separado legalmente (= que en Cataluña).

3.- **Ascendientes**, por mitad los padres, a falta de uno de ellos, el que sobreviva (= Cc) y a falta de ellos los ascendientes por mitad entre ambas líneas y si en alguna de ellas no los hubiera, por partes iguales entre los de la otra (distinto del Cc, que sólo se aplica el criterio cuando son de igual grado).

4.- **Colaterales** por consanguinidad o adopción, los más próximos dentro del 4º grado. Sólo hay representación si concurren hermanos e hijos de hermanos. Los de vínculo sencillo recibirán la mitad que los de doble vínculo (= Cc).

5.- La CAPV que deberá repartir a tercio con la Diputación Foral y el Ayuntamiento de la última residencia del difunto, frente al art. 73 de la Ley del 92 que la atribuía íntegramente a la DSF del TH correspondiente a la “vecindad del difunto”. Curiosamente este es el único aspecto de la Ley cuestionado por el Gobierno central en el requerimiento de incompetencia al GV, previo a la interposición del recurso de inconstitucionalidad. En concreto el Gobierno de España cuestiona la competencia autonómica para extender el derecho foral a zonas donde nunca rigió pero sólo lo hace en un aspecto que “le toca el bolsillo”, al privarle de la herencia de los fallecidos intestados en “zona no aforada”. Es curioso que en muchos estatutos de autonomía, con o sin derecho civil propio se

reconozca el derecho de la C.A. a la sucesión intestada de quienes fallezcan en su territorio y que la D.A. 24ª LJV sigue reconociendo la competencia de las Diputaciones Forales para las declaraciones administrativas de herederos en su favor. La cuestión se zanjó mediante acuerdo entre el gobierno vasco y el central en la comisión bilateral, evitando el recurso de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno.

j) Reservas hereditarias (arts.118-124).

Esta parte es, sin ninguna duda la que ha pasado más desapercibida de la Ley y sin embargo puede ser bastante problemática. A diferencia de lo que ocurre en Aragón, en que tienen carácter puramente voluntario conforme al principio de libertad civil, en la Ley vasca operan como un límite a dicha libertad (aplicable a todas las formas de sucesión, por tanto) en términos similares a los del Código Civil con algunos matices. Si su justificación era discutible en aquel cuerpo legal, si bien matizada por los escasos supuestos en que resultaba aplicable por el juego combinado de las legítimas y el orden de sucesión intestada, sin embargo en la Ley vasca pueden justificarse perfectamente para impedir que la alteración del orden de sucesión intestada pueda conducir a situaciones objetivamente injustas. La Compilación de Navarra, por ejemplo, que establece el principio de libertad de testar y el carácter puramente formal de la legítima, sin embargo obliga a que el menos favorecido de los hijos del primer matrimonio no puede llevar menos en la herencia que el segundo cónyuge o el más favorecido de los hijos nacidos fuera de él. Las distintas reservas o derechos de reversión o recobro son las siguientes:

a) Reserva a favor de los **parientes hasta el tercer grado de la línea** de que procedan, sobre los **bienes heredados de descendiente** que a su vez lo hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o **hermano** (art.118). Es la reserva lineal o troncal, que se regula en términos idénticos al 811 del Código Civil.

b) Reserva a favor de los **descendientes de un matrimonio**, sobre los **bienes raíces donados para un matrimonio** antes o después de su celebración (art. 119).

c) Reserva a favor de los **hijos del cónyuge o pareja de hecho fallecido** sobre todos los bienes recibidos por título lucrativo del cónyuge o pareja de hecho cuando el **sobreviviente pase a segundas nupcias, constituya nueva pareja de hecho o tenga un hijo que no lo sea de aquel, salvo disposición contraria del causante** (art. 120, equivalente al 968 Cc, pero con la posibilidad de excluirla).

d) Reversión a favor de los **ascendientes, salvo pacto sucesorio en contrario**, de los bienes “dados” a un descendiente fallecido sin posteridad (equivalente al art. 812 del Código Civil). Esta reversión o recobro está llamada a tener una gran importancia práctica en las sucesiones intestadas, dada la preferencia del viudo frente a los ascendientes.

Las diferencias respecto del Código Civil se centran en la libertad del reservista de elegir entre los reservatarios (art. 122) y que el valor de los bienes reservados computan para el cálculo del caudal relicto al tiempo en que se perfeccione la delación sucesoria (art. 124)

Interesa recordar que respecto de los inmuebles, la protección hipotecaria está considerablemente rebajada, hasta el punto de que el art. 235 RH establece que en tanto los reservistas (obligados a reservar) no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles tal carácter y a efectos registrales no serán suficientes para reputarlos como tales los datos o indicaciones que resulten de tales documentos³⁷.

³⁷ En contra RENTERÍA AROCENA, A. en su ponencia del “*Curso de praxis de Derecho Civil Vasco*”, 2018 (inédita), que se apoya en algunas resoluciones antiguas de la DGRN.

5. CONCLUSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

El panorama actual de la legislación civil española es, desde el punto de vista sistemático, confuso en extremo. Señala González Carrasco (*op. cit.*) que “La verdadera devaluación del Código civil y de la legislación especial dentro del sistema de fuentes del Derecho civil ha venido de la mano de otros universos normativos: en concreto, de la forma en la que se ha interpretado el reparto de competencias legislativas entre Estado y CCAA, y de la soberanía indiscutible del legislador comunitario europeo y de su intérprete, el TJUE, dentro del sistema de fuentes de Derecho civil español, de otro”.

En mi opinión, deriva más bien de que el abandono indeseado para una gran mayoría de la civilística española del ideal unificador bajo un código civil único ha contagiado al legislador su desencanto por un Código Civil, abandonado a su suerte o peor aún, a la de reformas legales indignas de un cuerpo legal llamado a constituir uno de los pilares constitutivos del ordenamiento jurídico.

Es cierto que el Derecho del siglo XXI padece de “incertidumbre prospectiva”, ante la impredecibilidad de los problemas, incluso en el corto plazo. Hoy los problemas jurídicos emergen y explotan en cualquier momento, como consecuencia de los vertiginosos cambios tecnológicos: Robots, inteligencia artificial, Internet, criptomonedas, economía colaborativa, gestación subrogada, etc. pero también en instituciones *clásicas* como el derecho del consumo, las cláusulas suelo, el alquiler vacacional o no digamos ya, el préstamo hipotecario.

La coexistencia del Código Civil con una maraña de disposiciones legislativas singulares ocasiona un desordenado trasvase de principios y reglas entre uno y otras, de modo que el Derecho se va deteriorando en su valor técnico, político y conceptual y lanza a la jurisprudencia de forma irreme-

diable hacia el casuismo y la equidad, con grave merma del valor constitucional de la seguridad jurídica. Problema repetido en múltiples ocasiones a lo largo de la historia pero que ahora adquiere proporciones nunca vistas.

De ahí que la exigencia de llevar a cabo una recodificación, se muestra necesaria y oportuna, como ha acontecido en numerosos países de nuestro entorno. Una labor codificadora sería debería estudiar a fondo las soluciones planteadas no sólo en el extranjero, sino también y sobre todo en nuestros derechos forales, que son tan españoles como el común y que gracias al entusiasmo de la doctrina y el impulso político de las comunidades autónomas respectivas, ha ido alcanzando cotas de calidad y modernidad que no deberían pasar desapercibidas.

Un Código Civil del siglo XXI debería:

- Abordar muchos de los problemas que plantea una sociedad abierta y globalizada, con un desarrollo técnico y económico totalmente diferente al vigente en el momento de la redacción y reforma del Código Civil.

- Incorporar una regulación atractiva, presidida por el principio de libertad civil.

- Servir de “mínimo común” a todos los derechos civiles españoles, por varias razones:

1º.- Porque responde a la propia naturaleza del fenómeno codificador, que perseguía la unidad jurídica del derecho civil español. Obviamente este objetivo es incompatible con la pluralidad legislativa que el propio Código civil preservó (sin renunciar a una futura unificación), que la Constitución avaló y las CC.AA, en ejercicio de sus competencias, han conformado como un hecho incuestionable, pero la pluralidad formal no es incompatible con una armonización de fondo basada en un Código Civil con vocación auténticamente nacional, altamente deseable y necesaria:

a) Por el carácter supletorio del Código Civil, como derecho estatal, del derecho civil autonómico.

b) Para servir de punto de referencia para resolver determinados conflictos de aplicación entre diversos derechos civiles autonómicos e incluso problemas de aplicación de éstos.

c) Porque en momentos en que existe una fuerte tendencia a la armonización del derecho privado, mercantil y civil, en el seno de la UE, carece de sentido mantener o no reducir en lo posible una acentuada fragmentación jurídica en el ámbito español, por cuestiones doctrinales o técnicas que vistas desde fuera en muchas ocasiones pueden ser motejadas de bizantinas.

d) Porque al igual que las CC.AA. son plenamente autónomas al legislar en materia civil en el ámbito de su competencia, también lo es el legislador estatal, siendo muy conveniente para el tráfico y para la seguridad jurídica, que no existan soluciones jurídicas dispares a problemas similares en sociedades que son perfectamente intercambiables, por pruritos doctrinales o resabios históricos carentes de justificación.

e) Porque la entrada en vigor de disposiciones europeas y muy especialmente en este ámbito, de los Reglamentos UE 650/2012 2016/1103 y 2016/1104 desdibuja por completo el esquema de aplicación de unos u otros derechos territoriales, con la distorsión que supone la aplicación de criterios distintos para resolver los problemas de derecho interregional e internacional privado.