

**LECCIÓN JUBILAR DEL PROFESOR
JOAQUÍN RAMS ALBESA, CATEDRÁTICO
EMÉRITO DE DERECHO CIVIL.
CONFERENCIA INAUGURAL DEL CURSO
2012-2013, FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE DE MADRID**

Excelentísimo señor decano, señora secretaria general, señores vicedecanos, queridos compañeros, señoras y señores.

Es para mí un honor atender a la amable invitación que me cursó el señor decano y agradezco la oportunidad que se me ofrece para efectuar públicamente una serie de reflexiones en relación con algunas de las cuestiones que se plantean en la construcción, revisión y enseñanza de una materia que, como el Derecho civil, atañe a aspectos de la vida de los ciudadanos con trascendental incidencia en la sociedad y en un marco económico, financiero y social que, desde hace ya bastante tiempo, y de forma remarcada en la presente crisis, ha desbordado los presupuestos para los que fueron pensadas las normas que la regulan, especialmente el Código Civil, pero también, y de forma muy acusada, el de Comercio, por la sencilla y agradable razón de que la sociedad a que estaban destinados ha cambiado considerablemente y casi siempre para bien.

Durante los últimos años he manifestado de forma reiterada la necesidad de introducir profundos cambios en el Derecho civil en relación con varias de las instituciones que en él se regulan. He abogado por la ampliación de la libertad de testar y por la simplificación de la estructura de las legítimas, así como por su reducción cuantitativa. He tratado de argumentar sobre la necesidad de abrir cauces mucho más libres en la interpretación de las normas centrales de los regímenes económico-matrimoniales y he subrayado la ausencia de legitimidad en los órganos del Estado tanto para favorecer como para dificultar la presencia de un determinado régimen económico matrimonial frente a otro u otros. El año pasado, y con motivo de mi intervención, junto al profesor Delgado, en los coloquios europeos patrocinados por la fundación del mismo nombre en el seno del Colegio Nacional

de Registradores de la Propiedad, insistí sobre la necesidad de recodificar el Derecho civil regulado en el Código Civil y hacerlo, en el sentido íntegro del art. 149.1.8.^a CE, verdaderamente «común» —un término acuñado en los años treinta del siglo pasado con evidente exageración y una gran dosis de voluntarismo—. Este mismo año, y en el marco de la Academia Matritense del Notariado, he insistido en la necesidad de liberalizar en lo jurídico la regulación de las relaciones familiares y afinar el contenido dogmático-institucional del predicado, aunque inexistente, Derecho de Familia, y ahora vuelvo sobre estos mismos pasos con la voluntad del que cree cumplir con una obligación natural y entiende que cualquier causa justa debe servir para contribuir a la mejor y mayor racionalidad de nuestro sistema jurídico, de una parte, martirizado con una imparable y voluminosa legislación de detalle sin abordar la cuestión de que se trate como conjunto y sin comprobar la coherencia institucional, a todas luces necesaria; de otra, se ha abierto la vía a legislar por capricho o por necesidades particulares, como si el conjunto institucional estuviere a merced del capricho político o de la ocurrencia judicial. De ambas cosas hay en las últimas reformas, amén de la obediencia injustificable a muy concretos grupos de presión que son tratados como si de verdaderos poderes políticos se tratase. Tal vez lo sean y yo no me he enterado o no quiero enterarme.

Ahora, como siempre, tenemos varias causas de enfrentamiento entre varias concepciones del Estado y dentro de ellas del papel que al Derecho corresponde en la ordenación de la sociedad nacional o de las distintas sociedades que lo integran, y un novísimo y reduccionista plan de estudios que ofrece retos y dificultades en la configuración de las materias, incluidas las más tradicionales, entre ellas el Civil.

Ambos retos, bien aprovechados y encarados con voluntad de concordia, podrían servir para efectuar una aproximación a la nueva e inquietante realidad, porque, contra la opinión de nuestros místicos del siglo XVI, es en los tiempos de tribulación cuando hay que hacer las reformas y hasta probatinas necesarias e inaplazables para superar inconvenientes y disfunciones.

La realidad y el análisis de la entidad de nuestros problemas, o de algunos de ellos, darían para dedicar mucho tiempo y a muchas gentes, soy consciente de ello. Por consiguiente, me voy a centrar en mi especialidad y dentro de ella en aquello que tengo estudiado, dejando intocados todos aquellos puntos que, aunque muchas inquietudes personales me incitan a entrar en ellos, sé que no son abarcables de ningún modo y menos en este momento.

Voy a centrarme en lo siguientes puntos:

Primero me referiré a la oportunidad de reexaminar el Título Preliminar, pues, pese a su relativa modernidad temporal y acreditada robustez dogmática, merece ser sometido a escrutinio, tanto en su función teórica como en su proyección práctica, respecto del conjunto del sistema después de aprobada y asimilada la Constitución, cuanto a la de nexo común con los libros que conforman el Código, reforzándose la tarea de revisión constitucional del Derecho civil tradicional y su acomodación a los diversos convenios europeos e internacionales sobre derechos humanos, con proyección sobre los tradicionales contenidos de aquél.

El segundo paso lo dedicaré a la conveniencia de plantear *ex novo* el grueso del que ahora llamamos Derecho patrimonial, desde su pura concepción hasta su versión con un nuevo y realista lenguaje: los Libros II (arts. 333 a 608), III (arts. 609 a 617) y IV (en su totalidad). Si bien habría que pensar si en éste los regímenes matrimoniales deberían conformar un libro separado y a si «Prescripción», que ocupa el actual Título XVIII del Libro IV, debería dividirse en las dos partes que con tan distinto tratamiento ha venido efectuando la generalidad de la doctrina desde hace unos setenta años: una bajo el concepto de usucapión y prescripción adquisitiva extraordinaria, que debería conformar título en el libro destinado a «Las cosas» —o como se decida llamar—, y otra, relativa a la prescripción de acciones, que debería añadirse al tratamiento del ejercicio de los derechos subjetivos en sede del Título Preliminar o de uno de carácter general.

El tercer objetivo versará sobre la remoción que conviene a las donaciones y sucesiones en el ámbito de plenitud del Código Civil, que, salvo ligeros retoques y siempre por razón de consecuencias colaterales, siguen teniendo como paisaje de fondo el del siglo XIX, tanto en el ambiente personal y familiar cuanto en la economía de éstas.

En cuarto lugar habría que intentar dar un tratamiento científico y menos oportunista a la renovación del Derecho de familia y enmarcarlo, si ello es posible, en el ámbito constitucional y con plena contemplación de los problema y realidades de nuestro tiempo.

I. ANÁLISIS DEL TÍTULO PRELIMINAR

El Título Preliminar del Código Civil de 1973-1974 no choca abiertamente con la Constitución Española de 1978 y por eso se ha mantenido sin variaciones sustanciales. Lo que sí me parece preciso advertir es que ambos textos no responden a una misma aspiración ni mantienen el

mismo ritmo y sintonía entre el legislador y el grueso de los destinatarios de la norma.

El actual Título Preliminar trae causa, aunque remota, del pensamiento que inspiró la convocatoria y celebración del Congreso de Derecho Civil de Zaragoza de 1946, el cual, superando muchísimos obstáculos, llegó a dos conclusiones bastante propositivas: primera, necesidad de presentar en lenguaje moderno, con técnicas jurídicas del momento y en cuerpos legales unificados, todas las instituciones de Derecho civil vivas que seguían siendo aplicadas en los territorios con Derecho propio —esta conclusión tenía valor de inmediatez—, y la segunda, más alambicada, problemática y, en realidad, mucho menos sentida, se refería a la elaboración sin plazos ni directrices de un «Código General de Derecho Civil».

Que la primera directriz era adecuada lo demuestra el éxito. Todas las regiones con Derecho civil propio contaron con su Compilación en el plazo de un cuarto de siglo —tiempo récord para el medio empleado en nuestra codificación—, desde la de Vizcaya y Álava aprobada en 1959 hasta la especialísima de Navarra aprobada en 1973. Esto se produce a pesar de los duros filtros de la Comisión de Codificación, que seguía contemplando a todas nuestras regulaciones civiles no salidas de su actividad e iniciativa como privilegios y reflejos medievales que debían extinguirse, y a la actitud de las Cortes, que en aquellos momentos no eran nada favorables a la diversidad ni a la postura de la mujer en paridad respecto del marido dentro de la familia, que se vivía en las más de las regiones con Derecho civil propio.

Entre tanto, ni una idea ha aparecido para promover el denominado «Código General de Derecho Civil», aunque la Comisión de Codificación, Sección Civil, sí ha promovido múltiples reformas del Código Civil de 1889, algunas de gran calado y que se han visto consagradas como leyes. En particular merecen este calificativo la propia reforma del Título Preliminar que me ocupa y las que hacen referencia al marco familiar a partir de 1981. En la actualidad, en ese órgano técnico heredado del siglo XIX se trabaja en la modificación integral del Libro IV del Código Civil, sin que haya mediado encargo oficial ni fijado calendario.

Es indudable que el pensamiento inspirador del Título Preliminar influye de forma directa e insistente en el legislador constitucional. En algunos aspectos, la influencia tiene mucho que ver con las modas jurídicas. Por ejemplo, es patente la obsesión por construir un «ordenamiento jurídico» totalizador, piramidal y tradicional, que ya creó problemas en la dilucidación del modelo de Derecho privado para los constituyentes de la

Segunda República y que ha sido repetido literalmente en la actual. Esta vez sin siquiera preguntarse por cuál pudiera ser la solución adecuada a un país, el nuestro, que no se acepta centralista ni se quiere federal.

Los legisladores de 1973 conocían bien que los tres tipos de fuentes directas que se enuncian en el art. 1.1 sólo eran predicables para el Derecho privado, o, lo que es lo mismo, que en los ámbitos penal, administrativo, fiscal y procesal rige de forma casi estricta el principio de legalidad, por lo que los usos y principios quedan limitados, como mucho, a las vías de interpretación e integración de normas aplicables.

Sin embargo, querían marcar la dirección de situar al Derecho civil en la línea central de la propedéutica jurídica, sosteniendo, creo, contra los vientos y mareas que se avecinaban, el carácter cuasi constitucional que se venía predicando sin base política, tal vez sí científica, para la parte general del Derecho civil.

Éste era el pensamiento que, desde muy diversas orientaciones políticas, sostuvieron Alonso Martínez, Benito Gutiérrez, Sánchez-Román, Clemente de Diego, De Castro, Castán y Hernández Gil, sin que les molestasen demasiado las discrepancias de otros colegas. Ahora es evidente que el art. 1.1 CC se refiere al Derecho civil del Código y que todo el Título Preliminar queda constreñido al Derecho privado, tras ser leído, interpretado y aplicado en clave constitucional y también europea.

Por eso creo que merecería la pena construir uno nuevo con miras y perspectivas más realistas y menos políticas, mucho más cortas en el ámbito de aplicación, pero también más abiertas a la realidad que se vive y no a la que se admite por tradición, aunque ésta sea muy reciente.

Es preciso admitir, aun contra el criterio bastante generalizado, que «las viejas leyes» no siempre encierran una sabiduría perenne y, de parecido modo para su contrario, asumir que el constante afán de novedad acaba por ridiculizar y empequeñecer un entramado que se nos presenta bastante ligado y con prestancia institucional.

Lo «prudente», concepto jurídico por excelencia, sería optar por una constante revisión del pasado con apertura de mente para lo coetáneo. Pero este ideal parece estar reñido con la realidad. La innovación no se puede dar de forma permanente y deberíamos admitir que la histórica centralidad de la introducción general al Derecho y de la parte general del Derecho civil que acapara para sí toda la teoría de la norma tiene mucho que ver con la función política y técnica que cumplieron los Códigos Civiles francés (1804), italiano (1865 y, desde una óptica política totalizadora, el de 1942), alemán (1896, con entrada en vigor el primer día del

año 1900), así como el proceso más realista de la codificación Suiza (1881 a 1912), al que nos convendría prestar una gran atención, porque nuestro Código Civil, pese a las aspiraciones de ciertos credos políticos, no ha servido nunca de vertebrador de un país nuevo o reinventado. Se ha impuesto siempre el peso de la historia y, sobre todo, la cercanía de la solución normativa verificada en detrimento de la invención ideológica y con aires de modernidad.

El pretendido monopolio civilista tiene mucho que ver con las tristes historias políticas que van desde 1917 —fecha en la que la economía española acaba de enterarse que la neutralidad de España en la entonces llamada Gran Guerra, tan alabada por los políticos oficiales, no fue un gran negocio y que al final de la misma se manifestarían graves dificultades, que fueron más de las esperadas— hasta, al menos, la crisis del plan de estudios de Derecho de 1953 —cuyas múltiples causas no pueden ser abordadas ahora y hasta es posible que sea mejor pasarlas por alto—.

También tiene que ver con que a casi todas las restantes materias (denominadas ahora áreas de conocimiento) no les ha interesado de forma general —hay importantes excepciones— tratar de la teoría de la norma, que por supuesto es más general que civil, la conformación del derecho subjetivo como instrumento de unificación de las técnicas jurídicas, entre otros muchos aspectos que conforman una parte general del Derecho que, entre nosotros, enmarca la figura personal de don Federico de Castro, su labor desde el *Anuario de Derecho Civil* y la impresionante presencia dentro de la «Parte general» de su obra y enseñanza.

Su obra, y, de forma especial, los apartados de su impresionante parte general dedicados respectivamente al «Significado del Código Civil» y a la «Crítica del Código Civil», nos evitaron que prosperase la idea de que era imprescindible para el régimen salido del conflicto civil de 1936-1939 «dictar» un nuevo Código Civil inspirado en la ideología que se impuso formalmente en el movimiento nacional. El párrafo tantas veces citado parcialmente en el que se dice: «No es el Código la obra cumbre que correspondía a nuestra gloriosa tradición jurídica, pero, dentro de su consciente finalidad modesta, ha sido y sigue siendo útil; sus autores merecen respeto y agradecimiento porque, a pesar de lo desfavorable de los tiempos y las circunstancias en que se redactó, han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española» (p. 250), sirvió para que, nada menos que en 1942, con los debidos apoyos no se accediese a «dictar» un Código Civil español que reprodujera las ideas centrales del

régimen sobre el derecho y la sociedad y para que se mantuviera, por el momento, el de la Restauración.

Como he apuntado con anterioridad, el Título Preliminar requiere de modificación por la inadecuación entre medios y fines, pues su clara vocación de cumplir una función cuasi constitucional está superada por la cronología y por la presencia de una Constitución.

Repito que las fuentes que se predicán en su art. 1 como propias de la totalidad del ordenamiento jurídico no han sido admitidas como tales por todas las áreas del conocimiento que integran el Derecho público, y ni siquiera, dentro del Derecho privado, por el mercantil; la interpretación de las normas atiende a más criterios que los señalados en su art. 3.1 y su sistemática; la nulidad de pleno derecho del art. 6.3 no deja de ser una exageración sin base técnica suficiente, y el contenido del art. 7 no deja de ser un loable propósito moralizador ya presente en las normas generales sobre el contrato; las normas de Derecho internacional privado merecerían, como mínimo, de un título propio, y, en cuanto al Capítulo V, requiere de toda una nueva reflexión a partir de la lectura e interpretación ecuaníme del art. 149.1.8.^a de la Constitución Española.

II. REVISIÓN DE LOS DERECHOS LLAMADOS PATRIMONIALES

El segundo punto a tratar es el que ahora se ha dado en llamar Derecho patrimonial, no sabemos bien si para distinguirlo de cualquier otro, pues para tratar del que debería ser «personal» recurrimos al deber de alimentos, a los regímenes económico-matrimoniales, al uso de la vivienda y a la pensión compensatoria, es decir, a los bienes, al dinero y a los servicios; hasta lo más espiritual se tiene que resolver sobre la base de acuerdos y soluciones de Derecho, entonces acabamos hablando de dinero o de cosas con valor conocido con las que se pueda negociar.

Para tratar de los bienes y su tráfico es preciso tener muy en cuenta que en los últimos tiempos los «medios de vida» han sufrido una transformación radical y extraordinaria —en el sentido primigenio del sustantivo—; es decir, las cosas y su mundo siguen siendo lo que eran, pero han cambiado su importancia y apreciación, su tráfico y su valor, y también su régimen jurídico, aunque los responsables de regular su tenencia, explotación y tráfico parecen decididos a no enterarse o, lo que tal vez sea peor, no tienen

conciencia de que deberían haber intervenido en el cambio para hacerlo más justo y más seguro.

El art. 333 y los Títulos I, II y III del Libro II del Código Civil requieren de un total replanteamiento. No sería suficiente con una revisión y actualización de los mismos. La mayor parte de los preceptos que los integran nacieron viejos y se ajustan a una economía agropecuaria que, sencillamente, ha desaparecido y si regresase en algún momento sería todo un desastre económico y social. Los conceptos sobre lo que se considera objeto de trámite formal y rituario en nuestro mundo requieren de frecuentes revisiones, reajustes y modificaciones; no infrecuentemente precisan de supresiones e incorporaciones, habida cuenta de la universalización de la economía, y, a veces, se requiere que se acomoden a los pactos, convenios e, incluso, simples, pero importantes, unificaciones de criterios jurídicos casi universales.

El Título IV, dedicado a las propiedades especiales, debería reducirse a un precepto de remisión tras afirmar que se trata de «propiedades», con todas sus consecuencias, y, en cuanto tales, amparadas por la reserva de ley para su regulación y referidas a un derecho «fundamental» amparado por el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, aunque parezca que, en ocasiones, las fuerzas e instituciones políticas y administrativas de nuestro país no se han enterado todavía, dando lugar a que se desconozca ese derecho de los ciudadanos en muchas de las decisiones de la política económica nacional y, muy frecuentemente, municipal: esas acciones que en el español castizo se conoce por «alcaldadas». La claridad en esta materia evitaría más de un «Algarrobico» y muchas actuaciones de dudosa legalidad e incluso de moralidad común se nos evitarían.

Los Títulos V, VI y VII de este Libro II, dedicados, respectivamente, a la posesión, el usufructo y las servidumbres, requerirían de alguna simplificación: incorporación de la usucapión al tratamiento de la posesión; distinción de las servidumbres respecto de las relaciones de vecindad; reordenación y clasificación realista de los derechos reales; tipificación de los mismos, así como adaptación a las necesidades de la economía moderna y generalización, prescindiendo de un excesivo casuismo y de especializaciones institucionales, a todas luces excesivas. Y, sobre todo, procurando el mantenimiento a ultranza de la seguridad jurídica.

El Título VIII, dedicado al Registro de la Propiedad, se nos presenta con una pobreza franciscana, sin duda por la opulencia histórica que pre-

senta la Ley Hipotecaria. Aquí, dada la calidad técnica de esta última, creo que habría que actuar con suma prudencia para no desvestir a un santo para arropar a otro y perder fuerza en el cambio. Las instituciones que funcionan no deben someterse sin más a escrutinio, cuando tenemos muchas parcelas que desde la codificación están yermas o mal cultivadas, por usar los términos que tan bien entendían aquellos ilustres próceres cuya más que meritoria labor entiendo precisa de una concienzuda revisión vivificante y simplificadora.

No es sensato tener para este fin un título en el Código, una ley especial amplia y un extenso reglamento. Con un título en el Código y un reglamento sería suficiente. No es sensato tener dos regulaciones de los derechos reales de garantía, uno como contrato y otro como derecho real.

Al libro dedicado a las cosas y derechos reales se deberían incorporar los derechos de garantía incluidos en las regulaciones de la hipoteca naval, las hipotecas mobiliarias y las prendas sin desplazamiento, así como los censos.

Me imagino que cualquier movimiento prelegislativo sobre los censos dará lugar a las bromas propias de quienes no se han molestado en estudiarlos en profundidad y a las presiones de los estudiosos según los cánones propios de Derechos extranjeros, que seguirían presentándolos al público como instituciones jurídicas «poco progresistas» y, en consecuencia, solicitando la extinción y redención de estas «reliquias medievales». Es posible que estos distinguidos colegas tengan razón y yo esté equivocado.

Ahora bien, debo decir que el plan urbanístico más real y estéticamente progresista no vino de la mano de los partidarios del partido «progresista» de Salustiano Olózaga y sus continuadores; ese mérito lo ostenta sin discusión el Ensanche de Barcelona (el Plan Cerdá), que pudo hacerse gracias a los censos y que su gigantesca inversión y la gran magnitud de la oferta no plantearon ninguna «burbuja inmobiliaria», y ello no por su pausada ejecución material, sino más bien porque dio lugar a relativamente cortos desembolsos en moneda y se administró con singular decencia.

En mi opinión, los censos no son instituciones inútiles por viejas, sino envejecidas por no prever la actualización de las rentas y por la existencia de un sistema de impuestos confeccionado en imitación directa de su esquema funcional en el que el Estado, las Diputaciones, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos se apropiaron de la posición que correspondía a los titulares del dominio eminente y sometieron a los titulares del dominio útil al impuesto de «utilidades», que pervive en el actual Impuesto sobre Bienes Inmuebles con renacida «utilidad», probablemente ilegal

en ocasiones, por doble imposición sobre el mismo objeto en el tratamiento del IRPF a las segundas viviendas.

El hecho de que la mayor parte de estos preceptos no haya sido revisada desde el año 1889 no pone de manifiesto que entre nosotros se dé un notorio conservadurismo jurídico, que, aunque discutible siempre, se podría admitir como posición a la hora de desarrollar una concreta política legislativa. Esto no es, desgraciadamente, así. Más bien hace patente la presencia de una desidia legislativa para con el Derecho privado que abruma, pues en este campo la incuria alcanza al Derecho mercantil. Además, y con eso nos encontramos con otro error, el Ministerio de Justicia encarga el estudio de un nuevo Código de Comercio a una estructura tan sectorial y de vivencia decimonónica como es la Comisión de Codificación y a la sección especializada en mercantil. Esa forma de legislar en el aspecto técnico fue hace tiempo abandonada por todos los países de nuestro entorno y sustituida por equipos técnicos y críticos, mucho más abiertos y eficaces, con consulta a todos los que tienen algo que decir al respecto, superando la capillita de amigos fiables.

El hecho de que la técnica de preparación de nuevos textos civiles haya sido imitada en algunas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio y, en ocasiones, haya alumbrado unas más que aceptables normas en forma y nombre de Códigos o Compilaciones no impide que se trate de una labor artesanal excluyente que, en ocasiones, incorpora a cooptados no exclusivamente en razón de su saber (casi siempre cumplido y comprobado), sino preferentemente por pertenencia a una profesión con cupo, escuela o grupo, por lo general con edades avanzadas, lo que dice poco a favor del contraste de opiniones con el que se debería actuar.

La otra vertiente del llamado, sin demasiada propiedad, Derecho patrimonial, la referente a las obligaciones, los contratos y la responsabilidad civil extracontractual, goza de buena salud en la teoría y también en la práctica, gracias a la permanencia en lo esencial de la autonomía de la voluntad.

Bastantes civilistas piensan, con algo más de esperanza que de razón, que no es preciso emprender la tarea de revisión del pensamiento que inspira a las obligaciones y contratos, junto con la responsabilidad civil y los cuasicontratos, porque la renovación de la disciplina del tráfico nos vendrá impuesta por las instancias europeas. Creo que tendrán razón si seguimos sin mover pieza o si las piezas que movemos, aun reconociendo sin reservas su calidad, quedan encerradas en una institución propia del siglo XIX y compartimentada según el dictado feble de las áreas de conocimiento pro-

pías de una enseñanza que ni brilla por su ímpetu ni está en el orden de prioridades de la política, cuyas instituciones de gobierno tienen carácter estamental y medieval.

No así si queremos decir algo en ese concierto. La trabazón europea, pese a los pasos de gigante, es insuficiente para gobernarse por un único Código de las Obligaciones; requiere de más intercambios y de muchas menos tensiones para presentarse como modelo. El mundo británico y su área de influencia, el germánico, los países orientales integrados —recién salidos y sin sacudirse de encima el autoritarismo soviético—, así como el mundo latino, no convergen en su entendimiento social lo suficiente como para servirse de un cuerpo normativo único, aunque, tal vez, sí seamos capaces de reordenar una serie de principios y argumentos jurídicos que, de algún modo, compartimos. Es a todas luces evidente que los enfrentamientos bélicos, económicos y coloniales del siglo XIX nos distanciaron a unos países de otros, y como ocurre hoy en el interior de España, la legislación y las sociedades se mantienen muy nacionalistas, tienen visión distinta de los mimos hechos y se dedican con mimo a la búsqueda de conceptos y estilos diferenciadores del vecino. Es decir, practicamos durante algo más de ciento cincuenta años el nacionalismo alicorto y ahora nuestro vuelo internacionalista, en lo jurídico, resulta gallináceo.

De las directivas comunitarias sólo se cosechan, de ordinario, soluciones mínimas, y aunque se hace «trampa» para ampliarlas, sin base legitimadora, no nos llevan más allá de un no demasiado amplio comercio interior sin muchas perspectivas de futuro. Los egoísmos nacionales sigue primando sobre la política de conjunto y la moneda única agrada a casi todos, pero está parada, no puede evolucionar sin contar con la base de una economía y una fiscalidad únicas.

Nuestras normas de obligaciones y contratos, como he apuntado con reiteración, servían para una España agrícola, ganadera y tenderil. Esto era así pese a la recepción de inspiraciones francesas, italianas, alemanas y, en menor medida, suizas, y así continúa. Es preciso aprestarse a la remoción de inconvenientes e interpretar con corrección el sentido interno del controvertido art. 149.1.8.^a CE. Sabemos bien que es una norma competencial dictada a favor del Estado tal y como fue concebido para la Segunda República, su respeto funcional y vivificante de los derechos civiles forales y especiales resultó excesivamente inconcreto; pero esto se queda corto si los derechos respetados crecen y lo hacen con normas de calidad, mientras que el titular de la competencia exclusiva sigue sin aportar una sola idea viable para que «las bases de las obligaciones contractuales» —entien-

do que también las otras obligaciones— despierten de su plácida ensoñación decimonónica.

A veces pienso que el unamuniano exabrupto «!Que inventen ellos!» no viene a expresar, como se dice en su defensa, una preferencia por el cultivo de las humanidades frente al de las ciencias experimentales, más bien se hunde en la consolación perezosa frente a la contrastada impotencia para crear, recrear y mejorar, reservándonos para criticar el trabajo ajeno, para, a la postre, copiarlo y afirmar, además, que nos lo imponen.

Es decir, resulta evidente que con los Códigos Civil y de Comercio formalmente vigentes no tenemos nada que decir y aportar en los foros europeos y poco en el nuestro propio.

Curiosamente, el mundo de los contratos no debería producir ningún tipo de enfrentamiento político en cuanto a la competencia y legitimación constitucional para legislar. Los problemas reales se inclinan, se quiera o no, hacia una base coincidente con el mercado, pues aunque nos parezca que la venta de frutas y verduras es nacional e incluso transnacional y el tráfico de solares, casas y fincas, local, resulta evidente, y, para mí, consolador, que ambos tipos de tráfico se mueven al compás del mercado financiero, que cada día tiende a ampliar su radio de acción con vocación universalista; aunque su problema, el que puede llevarlo a una catástrofe mucho peor que la de 1929 y sus nefastas consecuencias, no radica en la extensión clientelar, sino en el diseño del centro dirigente y su total ausencia de principios y escrúpulos.

El núcleo de la concepción de los contratos gira en torno a la fijación de las causas de atribución, como en la vieja Roma clásica siempre reaparecida, con entierro formal y sin luto alguno por las llamadas causas inmorales, dictadas según los intereses de los grupos dominantes, y el robustecimiento de la forma de los mismos como cauce adecuado para una generalizada y omnicomprendiva libertad de tráfico.

El problema a superar viene de ciertos individuos que pululan tras la corrupción económica, los objetivos verdaderamente inmorales y la creación de monopolios y demás desigualdades y disfunciones del tráfico. Todos ellos se sirven para pasar por insustituibles de la ausencia de formas públicas y tasadas y de gran número de trabas administrativas: concesiones, licencias, planeamientos, autorizaciones, etc., puestas en manos de órganos casi invisibles que impide o dificulta el verdadero control democrático del ejercicio del poder, ello a pesar de que efectivamente se suprimen trabas, pero se hace con leyes que quedan sin vigilancia. Piénsese que en este país se cree que cualquier grupo de gente reunida para cualquier

finalidad se entiende «soberano», incluso cuando se trata de un órgano administrativo colegiado y regulado por una norma.

III. DONACIONES Y SUCESIONES

El tercer bloque de cuestiones que requiere de un tratamiento de revisión y potencial cambio es el régimen de las donaciones y sucesiones, que, como he apuntado en la enumeración sucinta de problemas, se encuentra casi intocado desde los profundos cambios recibidos en el siglo XIX, en los que se trató de popularizar y tratar estas concretas cuestiones, como corresponde a asuntos de riguroso orden moral, con soluciones de Derecho natural racionalista, cuando lo que se trataba era de intereses de una burguesía primero francesa y después centroeuropea, ya que entre nosotros no existían tales clases, para desgracia de nuestra esmirriada economía nacional.

En las donaciones, el grueso de la doctrina civilista española, contra el propio Código y su fuente directa de inspiración, se ha empeñado en ver en ellas un contrato, cuando, en mi opinión, es evidente que no lo es. No se trata de un contrato gratuito, conforme a la interpretación causalista ordinaria del art. 1.274 CC, sino de una causa de atribución de un bien sin presencia de una prestación material corresponsiva: lo que el donante aprecia en el donatario es una posición, una relación y, las más de las veces, importantísimos servicios más que personales, personalísimos, y no profesionales. Cuando se entra en este último y sutil terreno, nuestros legisladores, que eran buenísimos literatos, hablan de «donación remuneratoria», todo un matiz.

Contra nuestro habitual modo tradicional de decir, no estoy seguro de que este decir tenga que ver, de verdad, con el modo de pensar y de hacer de nuestros profesores, lo que ha ocurrido es que el envoltorio formal de manifestación de la voluntad se ha confundido con el contenido real presente en los actos de donar y aceptar, normalmente diferenciados en el tiempo, no así en su posterior documentación, y de ahí el error. Buena prueba de ello es que la disciplina de la revocación y reducción de las donaciones (arts. 654 a 656) mira, de un lado, a la disciplina material de las sucesiones y su carácter familiar, y, de otro, a la gratitud que el donatario ha de mantener con el donante. Estamos en presencia de un instrumento de tráfico de bienes, pero con muy distinta apreciación de las razones del propio y ordinario tráfico de los bienes y los servicios.

La donación es, las más de las veces, y más cuando su importancia material es digna de ser tomada en consideración por el Derecho, o bien un anticipo de la herencia (normalmente colacionable), o bien un legado anticipado en favor de quienes ya han prestado (o se disponen a hacerlo) servicios y asistencias que no caben en el realista campo de las donaciones remuneratorias y sí en la «otra justa causa» del inciso final del art. 1.901 CC.

Para el final de este precepto la donación puede tener por causa la liberalidad del donante u otra causa frente al carácter abierto de esta «otra causa justa», propio de su raigambre romano; se inventa esa desgracia mostrenca y mal pensante de la causa inmoral abierta a la imaginación malevolente de una buena parte de la sociedad española histórica y presente. Para la inmoralidad pura y dura ya contamos con el art. 1.255 CC, de dilatada tradición en el Derecho común y que no necesita de refuerzo suplementario alguno.

La dogmática de las sucesiones del Código está sometida a la incerteza de sus bienes, y ello a pesar de los esfuerzos desplegados por ésta en los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado.

Los textos positivos tratan de coordinar dos visiones distintas del hecho sucesorio: una de orientación personal, centrada en el testamento del causante y en la cualidad casi metajurídica de la figura del heredero, es decir, la percepción romana clásica y aristocrática de la jefatura familiar, y otra familiarista y colectiva, en la cual priman más los bienes de familia que el rotundo hecho de la vacante dejada por el causante, pues la familia y sus agregados patrimoniales permanecen, según la tradición germánica, concretamente visigótica.

Para el legislador español los dos antecedentes resultan fusionables en una concepción sintética de arquetipos opuestos y contradictorios que no acaban de fundirse. Los esfuerzos de la doctrina española no fueron capaces de superar tales antinomias y el Ministerio de Justicia ha seguido mirando hacia otro lado, probablemente porque las sucesiones dejaron de ser la primera fuente de enfrentamientos familiares ante los Tribunales de Justicia, confundiendo, con óptica propia de políticos, la ausencia de pleitos con la ausencia de conflictos, sin querer saber que la agresividad de nuestro fisco para con las sucesiones constituía la motivación por la que los llamados a una sucesión por cualquier título acababan por preferir, en línea con la veraz maldición de la gitana, malos arreglos personales —fuente de agravios familiares— a dudosas satisfacciones judiciales, pues, si los textos no eran hijos de una lógica unívoca, tampoco solían serlo las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo. No era infrecuente que

un magistrado no discrepante con la posición de su colega ponente en un caso determinado sustentara la posición diametralmente opuesta cuando él era ponente y sin que el anterior discrepara con constancia formal, plasmada en un voto particular. Por lo que se dijo, no sin alguna manifiesta razón, que en materia de sucesiones en el Supremo no eran infrecuentes las sentencias de juez único, aunque con formato de Sala.

La teoría general de las sucesiones ofrece huecos no rellenados pese a los grandes esfuerzos desplegados por mi maestro Lacruz, sin duda su mejor teorizador, con propuestas de solución racional sobre materia de los fundamentos y caracteres de las sucesiones en el Código Civil y las instituciones de contenido especial, que tampoco se han cerrado con conformidades.

El mundo proceloso de la legítima sigue abierto en lo teórico y en lo práctico, aunque ha mejorado considerablemente con las reformas de 1981. Las aportaciones de Vallet de Goyisolo y Peña Bernaldo de Quirós, en controversia abierta, dieron muchas luces en el controvertido tema de su naturaleza jurídica, que quedó abierto, y así sigue. En el campo de la mejora y el cálculo de las participaciones legitimarias se ha avanzado más gracias a las aportaciones de Albaladejo, Delgado Echevarría, Pantleón Prieto, Rey Portolés, Domínguez Luelmo y yo mismo en la puesta al día y revisión del volumen de sucesiones de Lacruz. No obstante, siguen clavadas en el seno de las legítimas espinas difíciles de tratar, como son, entre otros, los temas propios de la colación.

En materia de sustituciones, la obra del profesor Albaladejo ha dejado una profunda huella en vías de entendimiento y, probablemente, de solución y modernización a través de la simplificación, casi siempre deseable. El abismo de las reservas puede salvarse siguiendo la vía del ingenio crítico que es propio del profesor Clavería Gosálvez.

Con todo, las sucesiones requieren de una puesta en común de ideas, voluntades y amables críticas razonadas para sacar a la luz un pensamiento que, aunque escurridizo y equívoco, está muy presente en el conjunto de nuestra literatura especializada, por lo que podría convertirse en realidad si se pusiesen manos a la obra de forma abierta y colegiada, sin grupi-tos, clubes y escuelas en disolución.

Es casi seguro que en los últimos setenta y cinco u ochenta años se ha escrito más sobre sucesiones —y más certeramente— que en los ciento cincuenta anteriores. Eso sí, sin que los grandes aciertos hayan llegado de forma plena al texto legal. En esta difícil materia parece que casi todo está dicho y escrito, pero las aportaciones individuales no se han llevado a la obra colectiva del buen hacer legislativo.

IV. DERECHO DE FAMILIA

El cuarto apartado de esta exposición se ocupa del Derecho de Familia que, por muy diversas razones, casi todas ellas extrajurídicas, ha ocupado la mayor parte de la actividad de la civilística española desde los años sesenta de la pasada centuria hasta nuestros días.

Una actividad de creación y concreción jurídica que ha tenido mucho de juego de ataque y defensa entre concepciones muy próximas, pero distintas del mundo social en el que nos movemos y en el que de lo que de verdad se ha venido tratando es del papel de la mujer en la sociedad, sin pérdida de su función central de ordenadora y referente de la vida intrafamiliar y más puramente doméstica. Una lucha cuyo final, como ocurre siempre, se complica por la incidencia que, en los términos-principios de igualdad, libertad y seguridad jurídica, acaban teniendo las situaciones marginales no contempladas en el panorama inicial y medular de la cuestión.

La reforma del Derecho de Familia ínsito en el Código Civil se quiso cerrar con la colosal aportación legislativa que ve la luz en las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981. Como toda gran reforma, ésta está llena de deseos de perfección, por lo que se mantiene la cuestión en el telar de las hipótesis durante un espacio de tiempo exagerado, porque quienes creían poco antes que sus ideas de cambio eran sencillamente utópicas e inalcanzables ven con esperanzado asombro que, a la hora de pedir y conseguir, casi todo vale y que en una sociedad bastante cansada de estar a la defensiva casi todo «cuela» y todo resulta mutable, discutible y, a la postre, poco importante.

El Derecho de Familia, aun sin libro propio en el Código —creo que no se necesita, porque ya no hay un modelo unívoco y confesional de familia—, merece un repaso de simples ajustes, un limado de asperezas y una cura de ideas preconcebidas, muertas tiempo ha. Frente a los novísimos planteamientos de renovaciones radicales, sin más causa —declarada al menos— que el placer de la autoría de una opinión discordante, disociativa y, sobre todo, caprichosa y probablemente estéril, en este ámbito del Derecho civil se debería abrir un tiempo de calma, sosiego y suave corrección de entuertos, fruto del entusiasmo por lo novedoso y arriesgado.

Entiendo que no merece perder el tiempo en enfrentamientos sobre el matrimonio homosexual, pues aunque hubiese sido con mucho preferible la opción de la unión equivalente, no hubiera cesado la presión y, más pronto que tarde, se hubiera encontrado a un político con el mismo afán

de protagonismo nominalmente progresista que ostentan los autores de la reforma de 2005 y, a falta de otros valores que defender, lo propusiera en las Cortes, entendiendo el Tribunal Constitucional que con él no se vulnera el precepto constitucional, ese inútil art. 32 CE, pues bastaba con el art. 44 CC. Pues ni éste ni aquél dicen, aunque todos lo sobreentendamos por educación y tradición, que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, lo que hubiera quedado claro si se hubiese añadido a la letra del texto un «entre sí».

Lo que sí resulta ininteligible es que, efectuado el cambio, se mantengan las mismas reglas del *ius connubii* establecidas para el matrimonio heterosexual, y, en principio, reproductor natural de la especie, y no para aquel otro en el que esta función resulta imposible. No creo que sea necesario extenderse en este punto, ya que lo he hecho en otros foros y escritos que ustedes conocen.

En línea de ajuste, resulta sorprendente, como poco, que, basando la continuidad del matrimonio en el mantenimiento de la *affectio*, se sigan manteniendo las defectuosas, desiguales, arbitrarias y mal gestionadas medidas comunes para la nulidad, separación y divorcio matrimoniales. Sin duda se desea que los jueces de familia sean caballeros o damas andantes, partidarios de la diferencia de sexos en materia económica y en el disfrute de una vivienda familiar que, en buena lógica, ha dejado de serlo, y no se respete que la mayoría de edad presupone la independencia e individualidad de las personas (que sí se quiere reconocer en otros ámbitos sociales y políticos), salvo en supuestos de incapacidad.

Puestos a seguir la inspiración romana clásica en materia matrimonial, se debieron mantener, junto a la *affectio matrimonialis*, los elementos esenciales del *honor matrimonii* como causa objetiva de separación y divorcio. Las acciones contrarias al *honor matrimonii* pueden darse en matrimonios en los que la *affectio* permanece intacta.

Es también inexplicable que se separe, a gusto y comodidad del juez de turno, la acción de separación o divorcio y la práctica de la liquidación de cualquier régimen matrimonial. Ya sé que de este modo de proceder se deriva el que no parezca exagerado conceder ciertas pensiones compensatorias que se mantienen incólumes tras la liquidación y disolución del correspondiente régimen, pues no se trata de un error, sino de una lectura convenientemente errónea de la norma imperativa que es el art. 90 CC; el «cuando proceda» de su apartado e) sí es un error legislativo material, pues hasta en la separación de bienes se suele ser acreedor o deudor para con el otro cónyuge y hasta ese detalle se debe dejar claro y solucionado,

suponga mucho o poco trabajo para los jueces que han optado por un juzgado de familia.

No es urgente, pero sí conveniente, simplificar los regímenes económico-matrimoniales y favorecer en ellos los pactos conyugales para hacerlos más adecuados y compatibles con las economías familiares reales de nuestra época.

Me parece un abuso que el Estado o las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio tengan preferencias por un régimen o por otro de entre los tipificados en sus respectivas normas, por lo que no deberían existir, en ningún caso, regímenes sustitutivos de ningún grado, sino que los propios contrayentes deberían ejercer, como requisito de forma, la opción correspondiente en la tramitación del expediente, siempre y cuando se opte por uno de los formalmente tipificados en el Derecho español. En caso de optar por otro distinto, sí que sería necesario otorgar las correspondientes capitulaciones ante notario e inscribir el régimen resultante en el Registro Civil en que se inscriba el matrimonio.

Además, de este modo se podría derogar en esta materia el art. 9.2 CC, que constituye un verdadero monumento para la inseguridad jurídica y un refugio para la ignorancia culpable de quienes celebren matrimonios civiles o religiosos con efectos civiles directos. Pues, ¿cómo se puede llegar a imponer el régimen económico-matrimonial del lugar de la celebración del enlace cuando los contrayentes son de distinta nacionalidad o vecindad civil?

En materia de menores, no nos vendría nada mal que dejásemos de dar protagonismo a un «buenismo» sin responsabilidades personales y económicas, así como a la aplicación del último convenio internacional pensado, en el mejor de los casos, y aun así es dudoso, para el progreso teórico de la sociedades no desarrolladas y, como no, para la creación de puestos diplomáticos excelentemente retribuidos y cubiertos por cooptación en los organismos internacionales sin ningún control. En su lugar, deberían adoptarse reglas sensatas sin indeterminaciones entre lo civil y lo administrativo. Desde casi siempre las Administraciones han venido empleando instituciones de Derecho privado cuando les convenía e igualmente deberían seguir haciéndolo cuando la legislación sustantiva es de Derecho privado, sometiénose a la jurisdicción civil en los supuestos de conflicto. También habrá que tener en cuenta los cortes de edad y de madurez para aplicar las normas de menores. Aun cuando a los jóvenes se les eduque bajo un régimen de irresponsabilidad, ellos sí tienen ideas muy claras sobre aquello que les conviene; solemos ser los mayores proteccionistas quienes

los empujamos inconscientemente por el camino de la irresponsabilidad, la falta de respeto por la disciplina y las normas que conduce a la violencia, etc. Más vale dejar la cuestión aquí. Me temo que a este respecto no lo estemos haciendo bien. Por ello deberían ser las normas sobre responsabilidad de los menores las que de forma clara enseñaran a asumir lo que a cada uno de los intervinientes corresponde.

V. RECAPITULACIÓN

Nunca ha sido fácil coordinar normas que por su caracterización territorial pueden ser objeto de lectura, interpretación y aplicación distinta, cuando no enfrentada, porque la proximidad, muchas veces, hace estragos. A partir de este hecho reiteradamente comprobado se entendió en muchos países que sólo cabían dos soluciones: la verticalidad de las normas o la coordinación de las instituciones jurídicas.

La primera requiere de una base social con acusada vocación de unidad en los propósitos y en los medios, en tanto que la segunda juega con los matices, mientras mantiene muy próximos propósitos y objetivos.

En nuestro país y para el Derecho público valdría un modelo de verticalidad atenuada por los buenos modos, pero para el Derecho privado, que de ordinario atañe más directamente a las personas en su individualidad y también en la colectividad más restringida e inmediata, como es la de la familia, puede ser más oportuno moverse en el ámbito del sistema que aplicar a rajatabla la concepción primigenia de la idea nacionalista de ordenamiento.

Una vez más creo que hay que seguir las recomendaciones de Ihering y moverse entre instituciones, que siempre se manifiestan similares, que en el de aplicación directa y estricta de normas, casi siempre de vocación territorial.

Este propósito podría, en presencia de una buena voluntad, anudar una lógica que prime los parecidos institucionales. En mi experiencia, las lagunas tienen que ver más con la ausencia de previsión que con la novedad de un caso con vacío de norma; esta laguna puede ser colmada a satisfacción, casi siempre, por la heterointegración de instituciones y no por la de norma específica para el caso controvertido, como argumentaba el viejo y derogado art. 6 del Título Preliminar originario del Código Civil.

El civil en España, como materia de estudio y aplicación jurídica, no puede seguir siendo el referente para la construcción de una teoría de la

norma, como venía ocurriendo hasta ahora, sino que ésta debe surgir de la colaboración entre los cultivadores de la teoría del Derecho, los constitucionalistas, los iuspublicistas y, por supuesto, los iusprivatistas. Estos últimos fueron los que construyeron muy eficazmente las categorías de norma dispositiva, el valor normativo de la cláusulas contractuales y dieron cumplida eficacia a la titularidad de los derechos subjetivos.

Aunque no me gusta el sistema de grado para cursar los estudios básicos de Derecho con perfil propio del ejercicio de una profesión jurídica aplicada (téngase en cuenta a la hora de imitar soluciones teóricamente europeas que en los países anglosajones, a los que constantemente imitamos y cuya lengua se prefiere a la nacional en no pocas titulaciones académicas, la licenciatura en Derecho, como la de Medicina, es una titulación de segundo ciclo, es decir, se requieren seis años, sin perfer curso, para su conclusión) puede proporcionarnos la ventaja de tener que tomar decisiones colegiadas sobre qué instituciones deben ser estudiadas en profundidad y cuáles otras deben quedar en los textos de consulta para cuando se precisen. De esto se dirá que empobrece la formación curricular, pero sólo será cierto en teoría, pues en la práctica esto ya se vivía con el Plan de 1953, pensado sobre el papel para la formación de juristas integrales, nada menos, aunque nunca se ha sabido que era eso de «integral».

No vale demasiado la pena mirar hacia atrás con nostalgia de lo que pudo ser y no fue o con la prevención propia del miedo a lo novedoso con apariencia del «quiero, pero no puedo». Nos conviene mirar hacia delante sin resquemores ni complejos, para encontrar un camino propio y mostrar a los estudiantes que lo que ven y estudian es así, pero que detrás de los que se enseña hay mucho más.

Muchas gracias a todos por su paciencia, amabilidad y atención. Para ti querido decano quiero que sepas que, pese a la baja administrativa anticipada, sigo estando a tus órdenes para lo que requieras y demandes.