



REVISTA
JURIDICA
— DEL —
NOTARIADO

JULIO~SEPTIEMBRE 1993

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

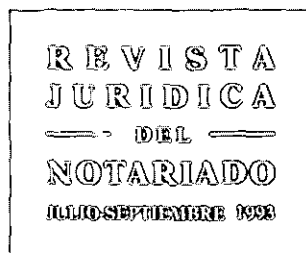
Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Dfe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa



Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

Estudios

- 9 ANGULO RODRIGUEZ, Luis de: "Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas"
- 33 BELLO JANEIRO, Domingo: "Los acreedores y la modificación del régimen económico matrimonial"
- 69 DIEZ GOMEZ, Aurelio: "El nombre de las personas en el Derecho español"

Práctica jurídica

Derecho Notarial

- 135 — La degradación de la escritura pública en el R.D. 1558 de 18 de diciembre de 1992 y la O. de 2 de agosto de 1993, por Alfredo García-Bernardo Landeta.

Actualidad jurídica

Informes y comunicaciones

- 179 — BLANQUER UBEROS, Roberto: "Notas breves (y quizá precipitadas e incompletas) sobre la llamada subrogación de créditos".
- 195 — GARRIDO MELERO, Martín: "Reflexiones sobre el Derecho de filiación en Cataluña y sus relaciones con el Código civil (Comentarios a la Ley 27 de abril de 1991)".

PANORAMA DE ENCUADRE DE LAS GARANTIAS PERSONALES ATIPICAS

LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho Mercantil

Vicepresidente del Consejo General de la Abogacía Española

9

En el campo de las relaciones jurídico-económicas actuales, el crédito constituye eje fundamental del desarrollo del tráfico. Un crédito que, como siempre, tiene por base la confianza, pero que ha ido desplazando el apoyo de esa confianza, desde la tradicional solvencia, entendida como titularidad de bienes en cuantía superior a los compromisos asumidos, hacia la “solvibilidad” de que hablaban los italianos, entendida como capacidad para generar la liquidez suficiente con la que atender a esos compromisos. Hoy los análisis de las garantías, no se hacen sólo ni tanto examinando el valor de los bienes del sujeto, como su capacidad de pago.

Por otra parte, los operadores económicos tratan normal-

mente de evitar las consecuencias de los mecanismos jurídicos de limitación de responsabilidades, desde la separación de bienes entre cónyuges, hasta la constitución de compañías con limitación o exclusión de la responsabilidad de sus socios, exigiendo casi como cláusula de estilo la firma de ambos cónyuges o la garantía personal de los administradores de las sociedades, etc.

De ahí que, junto a la tradicional utilización de las formas civiles y mercantiles de garantías reales, con afección al cumplimiento de una obligación de determinados bienes o derechos, cobren relieve creciente los que ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (1) denominaran supuestos de responsabilidad personal por débito ajeno cumulativa o de refuerzo, y que la práctica española y nuestro propio Ordenamiento permiten servir con una serie de figuras más o menos usuales, típicas y atípicas, que vienen a fortalecer la posición del acreedor al añadir a la responsabilidad personal e ilimitada de su deudor conforme al art. 1.911 del Código civil, la responsabilidad también personal de otro u otros sujetos.

Ya en el Derecho Romano fueron abundantes, como destacan GARCÍA GARRIDO y VOLTERRA (2), fórmulas de fianza personal (como "*sponsio*", "*fideipromissio*" y "*fideiussio*"), o incluso mecanismos más complejos como las fórmulas del "*constitutum debiti alieni*", el "*mandatum pecuniae credendae*" o la "*intercessio*".

Aunque el legislador español solamente se ha ocupado de algunas figuras de garantía personal, como son la fianza y su modalidad mercantil, el seguro de caución, el seguro de crédito y el aval cambiario, actualmente subraya CARRASCO PEREDA (3) que ha quedado superada la vieja

(1) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Responsabilidad por débito ajeno*, Madrid, 1948.

(2) GARCÍA GARRIDO, *Derecho Privado Romano*, vol. I, *Instituciones*, Madrid, 1982, págs. 346 y ss.; y VOLTERRA, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1986, págs. 588 y ss.

(3) CARRASCO PEREDA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992.

polémica sobre si podían existir otras formas de garantía personal diferentes de la fianza. La doctrina y la jurisprudencia admiten claramente muchas y heterogéneas formas de garantía personal diferentes de las legalmente tipificadas, algunas incluso clasificables de nominadas por cuanto que aparecen mencionadas con nombre determinado en diferentes preceptos legales pese a carecer de un régimen normativo propio, en muchos casos inspiradas en mecanismos de garantía difundidos en la práctica comercial extranjera.

FONT GALÁN (4) pone de manifiesto que el recurso a tales formas de garantía personal no tipificadas se explica, en unos casos por el propósito de alcanzar mayor agilidad y flexibilidad al constituir las y al determinar su contenido; en otros, por el deseo de alcanzar mayor eficacia e inmediatez al hacer efectiva la garantía; y, en otras ocasiones, por el contrario, por el propósito de emplear fórmulas de amplia vaguedad, que modere la diferente graduación del compromiso que se quiere asumir.

11

Aun cuando el vacío normativo sobre buena parte de estas modalidades de garantía deba colmarse con las disposiciones de las partes en uso de la autonomía de la voluntad, también cabe recurrir a las normas y principios generales del Ordenamiento jurídico y el recurso a la aplicación analógica de preceptos sobre la fianza o sobre otras formas típicas de garantía personal, cuando sea posible sin desnaturalizar la propia figura de que se trate.

En ese sentido, conviene repasar brevemente las garantías personales que regula nuestro Derecho positivo y que constituyen, por consiguiente, las FORMAS TÍPICAS DE GARANTÍA PERSONAL en nuestro Ordenamiento jurídico, a las que han de reconducirse las figuras atípicas o cuyos principios han de utilizarse como fuente supletoria en ausencia de nor-

(4) FONT GALÁN, "Los contratos mercantiles de garantía", en *Derecho Mercantil*, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992, vol. II, págs. 374 y ss.

mativa específica. Tales formas típicas se limitan a la fianza, civil o mercantil, el seguro de caución, el seguro de crédito y el aval cambiario, figuras a las que haré breve referencia:

a) La **fianza** es la forma de garantía personal típica por excelencia. Está detalladamente regulada en los arts. 1.822 a 1.856 del C.c. y se recoge en los arts. 439 a 442 del C. de co. para aquellos casos en los que, por garantizar obligaciones mercantiles, tiene carácter mercantil.

Nuestra doctrina, que la ha estudiado ampliamente (5), la concibe como un contrato por el que, de forma expresa a tenor del art. 1.827 del C.c., e incluso escrita cuando fuere fianza mercantil conforme al art. 440 del C. de co., el fiador se obliga *“a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste”*.

12 La fianza puede ser solidaria o no, según el art. 1.822 del C.c.; convencional, legal, judicial, gratuita u onerosa; total o parcial, conforme al art. 1.826; a favor del deudor principal o a favor de otro fiador, con arreglo al art. 1.823; incluso en garantía de deudas futuras, como permite el art. 1.825; con o sin beneficio de excusión, según contemplan los arts. 1.830 y 1.831; y con o sin beneficio de división entre cofiadores, a tenor del art. 1.837.

Son características de la fianza las notas de la accesoriedad y la subsidiariedad, la primera esencial a esta forma de garantía y la segunda meramente natural, en cuanto que puede ser eliminada de la misma.

Como es bien sabido, la fianza es una obligación accesorio de otra principal, respecto de la que desempeña una función de garantía, accesoriedad que se mantiene durante

(5) GUILARTE ZAPATERO, “Notas sobre la fianza y su régimen en el Código civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1975, págs. 891 y ss.; PINTO RUIZ, “Deuda futura. Eficacia de la fianza, Comentario a la sentencia del T.S. de 24 de octubre de 1980”, *Actualidad Jurídica*, 1981, IV, págs. 56 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, *Solidaridad en la fianza*, Pamplona, 1985; ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: Ambito de responsabilidad*, Granada, 1988; FONT GALÁN, *ob. cit.*, págs. 377 y ss.; y DE COSSÍO, M., “La fianza por deudas futuras. Interpretación y perspectivas del art. 1.825 del Código civil”, en *Derecho de los Negocios*, n.º 31, abril 1993, págs. 1 y ss.

toda la relación; que comporta la necesidad de que la obligación principal sea válida, con arreglo al art. 1.824, con la excepción recogida en su pfo. 2.º; y que impide que pueda exceder de la propia obligación principal, a tenor del art. 1.826.

No empecé a la accesoriedad, que la fianza pueda constituirse por deudas futuras, antes de que nazca la obligación principal, ya que siempre quedará condicionada al nacimiento de ésta, a la que se vincula desde ese momento, lo que permite las figuras de fianza general o "*fianza omnibus*", a las que recientemente se ha referido MANUEL DE COSSÍO (6) y que fue reconocida por el Tribunal Supremo en **sentencia de 14 de septiembre de 1989**, frente a las dudas que se plantean en las **sentencias de 23 de marzo de 1988 y 29 de abril de 1992**.

Al propio tiempo, la posición que asume el fiador es subsidiaria de la que tiene el deudor frente a su acreedor, de modo que en principio goza del beneficio de excusión y no puede ser compelido a pagar mientras queden bienes del deudor libres de embargo, conforme al art. 1.830 del C.c. Sin embargo, esta subsidiariedad es una nota meramente natural, en cuanto que el beneficio de excusión es renunciable y negociable y se excluye en determinados casos a tenor del art. 1.831, de modo que el fiador pasa a asumir una responsabilidad solidaria, con el régimen propio del obligado solidario frente al acreedor con arreglo al art. 1.822.2, aunque, en el ámbito interno de las relaciones con el afianzado, el fiador que paga se subroga en la posición del acreedor respecto de la totalidad de lo pagado, puesto que pese a lo dispuesto en el art. 1.145.2, al que remite el art. 1.822.2, prevalece lo establecido en los arts. 1.838 y ss.

b) También es una forma típica de garantía personal el **aval cambiario**, que venía regulado ya en los arts. 486 y 487

(6) DE COSSÍO, M., "La fianza por deudas futuras. Interpretación y perspectivas del art. 1.825 del Código civil", en *Derecho de los Negocios*, n.º 31, abril 1993, pág. 3.

del C. de co. y que actualmente lo está en los arts. 35 al 37, 96 y 131 a 133 de la vigente Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

Como expone en su monografía AÑOVEROS TRÍAS DE BES (7), el aval cambiario constituye una declaración cambiaria, formulada en el propio título, mediante la que el avalista garantiza solidariamente con alguno de los obligados cambiarios el pago de la totalidad o parte del importe correspondiente.

Hasta la Ley Cambiaria y del Cheque vino manteniéndose una rica polémica doctrinal y jurisprudencial sobre si el aval cambiario tenía carácter de obligación autónoma, tesis de CALVO ALFAGEME y de LANGLE (8), o era una modalidad cambiaria de fianza sustancialmente accesoria de la obligación garantizada como sostuvo GARRIGUES (9) desde la 1.^a edición de su Curso en 1936. La Exposición de Motivos de la vigente Ley expresamente indica el propósito de poner fin a esa polémica, para lo que, como expone JIMÉNEZ SÁNCHEZ (10), se concibe el aval como una garantía formal o aparentemente accesoria de la obligación cambiaria del avalado, según señala el art. 36.3, de modo que el avalista responde de igual manera que éste a tenor del art. 37.1, pero sustancialmente autónoma, puesto que persiste aunque aquélla sea nula por cualquier causa diferente del vicio de forma y el avalista no puede oponer las excepciones personales del avalado según el art. 37.1.

También fue interesante la polémica mantenida en nuestra doctrina sobre la eficacia cambiaria del aval en documento separado. El art. 142.1 del Código de Comercio de 1829 admitía expresamente el aval en documento separado,

(7) AÑOVEROS TRÍAS DE BES, *El aval cambiario*, Madrid, 1990.

(8) CALVO ALFAGEME, *El aval*, Madrid, 1933; y LANGLE, *El aval de la letra de cambio*, Barcelona, 1954.

(9) GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, *Curso de Derecho Mercantil*, desde su 1.^a edición, Madrid, 1936, I, págs. 665 y ss.

(10) JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "El aval y la cesión de la provisión", en *Derecho Mercantil* coordinado por el mismo cit., II, págs. 69 y ss.

pero el art. 476 del Código de Comercio de 1885 silenció la cuestión, lo que dio lugar a una jurisprudencia contradictoria.

En esa polémica, GARRIGUES sostuvo inicialmente en 1940 (11) que el aval cambiario en documento separado únicamente producía los efectos extracambiarior de una simple fianza, para defender luego en 1955 (12) que el aval en documento separado tenía eficacia cambiaria y otorgaba acción ejecutiva contra el avalista. MUÑOZ PLANAS (13), por el contrario, mantuvo con amplia fundamentación en 1965 la ineficacia cambiaria del aval en documento separado, a falta de una disposición que expresamente estableciese lo contrario. Y RUBIO (14) acogió esta tesis y expuso que el avalista en documento separado debía considerarse simplemente "*un fiador mercantil solidario al margen de la normativa cambiaria*".

La jurisprudencia siguió con precisión los avatares de esa polémica, de modo que el Tribunal Supremo admitió la eficacia cambiaria del aval en documento separado en **sentencia de 12 de julio de 1915**, la rechazó en **sentencia de 22 de diciembre de 1941**, la volvió a admitir en **sentencia de 9 de junio de 1958**, que fue muy favorablemente comentada por VALLET DE GOYTISOLO (15), y de nuevo sentó doctrina contraria a la eficacia del aval en documento separado en **sentencia de 3 de mayo de 1966**.

La Ley Cambiaria y del Cheque, siguiendo la sugerencia de SÁNCHEZ CALERO (16), ha venido a establecer literal-

(11) GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, *Curso cit.*, 2.^a edición, Madrid, 1940, I, pág. 668.

(12) GARRIGUES DÍAZ CAÑABATE, *Tratado de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1955, pág. 458.

(13) MUÑOZ PLANAS, "En torno al llamado aval en documento separado", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 97 de 1965, págs. 7 y ss.

(14) RUBIO, *Derecho Cambiario*, Madrid, 1973, pág. 328.

(15) VALLET DE GOYTISOLO, "El aval en documento separado en el Código de Comercio español, según la sentencia de 9 de junio de 1958", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 71 de 1959, pág. 221.

(16) SÁNCHEZ CALERO, "La reforma del Derecho Cambiario dentro de la reforma del Derecho Mercantil", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 15, 1984, pág. 249.

mente que “no producirá efectos cambiarios el aval en documento separado” (último párrafo del art. 36, aplicable al aval de letras de cambio y pagarés, conforme al último párrafo del art. 96, mientras que nada se dice en los arts. 131 a 133 sobre el aval del cheque en documento separado).

Como pone de relieve SÁNCHEZ GUILARTE (17), la irregularidad del aval cambiario o la del título cambiario respecto del que se presta, y entre esa irregularidad su prestación en documento separado del título mismo, puede determinar la transformación de lo que pretendía ser un aval cambiario en una garantía personal atípica siempre que cumpla el mínimo necesario para ello.

16

c) Otra forma típica de garantía personal es el **seguro de caución**, en cuanto que ha quedado regulado en el art. 68 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, como un seguro contra daños, por el que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado, a título de resarcimiento o penalidad y dentro de los límites establecidos, los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de obligaciones legales o contractuales.

En algunos países se ha debatido largamente su naturaleza aseguradora, siendo considerado durante algún tiempo en Francia como una operación bancaria. Esa discusión ha quedado superada entre nosotros, al menos en el plano del Derecho positivo, desde que la Ley de Contrato de Seguro tipificó en 1980 esta figura expresamente entre los seguros contra daños, como expone TIRADO SUÁREZ (18). No obstante, algunos tratadistas como EMBID IRUJO o CAMACHO DE LOS RÍOS (19) siguen destacando los elementos que apro-

(17) SÁNCHEZ GUILARTE, “Letra de cambio incompleta: transformación del aval cambiario en una ‘garantía personal atípica’”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1985, págs. 173 y ss.

(18) TIRADO SUÁREZ, “Seguro de caución”, en *Contratos Bancarios*, dirigidos por R. García Villaverde, Madrid, 1992, págs. 809 y ss.

(19) EMBID IRUJO, “El seguro de caución: Régimen jurídico convencional y naturaleza jurídica”, *La Ley* n.º 1.950, de 1986; y CAMACHO DE LOS RÍOS, *Las garantías prestadas por la compañía de seguros de caución*, tesis, Granada, 1993.

ximan este contrato de seguro a una modalidad de fianza.

El **Tribunal Supremo en sentencia de 19 de mayo de 1990**, ha cuidado de delimitar ambas figuras, al subrayar que, para que el fiador resulte obligado a satisfacer la obligación por él contraída, basta el incumplimiento del afianzado cuya posición asume, mientras que la obligación de resarcimiento asumida por el asegurador de caución requiere, además de ese incumplimiento, que como consecuencia del mismo se hayan causado daños y perjuicios al asegurado.

d) Finalmente, también es figura típica de garantía personal el **seguro de crédito**, regulado en los arts. 69 al 72 de la citada Ley de Contrato de Seguro, como un seguro contra daños por el que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado, dentro de los límites establecidos, las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores.

Aunque de la Ley ha desaparecido la distinción que hacía el art. 98 del Anteproyecto inicial entre el concierto de la póliza de seguro de crédito en forma individual o en forma colectiva o global, destaca la doctrina (20) que el seguro de crédito se suele concertar en forma colectiva mediante pólizas globales, flotantes o de abono, precisamente para evitar la antiselección de los riesgos, de modo que en las declaraciones de alimento habrán de incluirse todas las operaciones que se correspondan con los términos de la póliza. No obstante, cabe reconocer a una o a ambas partes el derecho de excluir determinadas operaciones, del mismo modo que cabe concertar el seguro de crédito en póliza individualizada para una concreta operación.

Junto a esas formas típicas, han ido apareciendo en la

(20) OLIVENCIA RUIZ, "Seguros de Caución, Crédito, Responsabilidad Civil y Reaseguro (arts. 68 al 79)", en *Comentario cit.* dirigido por E. Verdura, I, págs. 865 y ss.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, L. J., *Póliza flotante y seguros en abono*, Zaragoza, 1984, págs. 180 y ss.; y TIRADO SUÁREZ, "Comentarios a los arts. 69 al 72", en *Ley de Contrato de Seguro* por Sánchez Calero y Tirado Suárez *cit.*, Madrid, 1985, vol. 2.º, págs. 444 y ss.

práctica española otros mecanismos de garantía personal, carentes de regulación específica en nuestro Derecho positivo, contruidos en base a instituciones y principios generales e importados en muchos casos de prácticas extranjeras. Son las denominadas GARANTÍAS PERSONALES ATÍPICAS en sentido amplio, y que comprenden una serie de figuras que describiré a continuación:

a) El **mandato de crédito**, en virtud del cual el mandatario se obliga por encargo del mandante a dar crédito a un tercero, respondiendo el mandante de los quebrantos finales que pudiera sufrir el mandatario.

Esta figura fue estudiada por ALVAREZ DE SOTOMAYOR (21), y más recientemente por LEÓN ALONSO (22), y debe señalarse que es sólo relativamente atípica puesto que, del mismo modo que la regulan otros Derechos positivos como el alemán, el suizo o el italiano, en nuestro sistema jurídico aparece recogida en la Compilación de Derecho de Navarra, como comenta SALINAS QUIJADA (23). Incluso puede considerarse como un supuesto específico de esta figura las “*cartas-órdenes de crédito*” previstas en los arts. 567 a 572 del C. de co., no derogados por la Ley Cambiaria y del Cheque, que en algunos momentos tuvieron utilización práctica aunque actualmente sus funciones hayan sido asumidas con ventaja mediante otros instrumentos de la práctica bancaria moderna.

El Tribunal Supremo, en **sentencias de 8 de octubre de 1927 y 22 de diciembre de 1941**, admitió el mandato de crédito, al amparo de la libertad contractual y con la configuración que le ha dado la doctrina y que tiene en el Derecho comparado.

En tal sentido, hay que distinguir dos supuestos: Hay

(21) ALVAREZ DE SOTOMAYOR, “El mandato de crédito”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, págs. 531 y ss.

(22) LEÓN ALONSO, “El mandato de crédito”, *Revista de Derecho Privado*, 1982, págs. 1.075 y ss.

(23) SALINAS QUIJADA, *Manual de Derecho Civil Navarro*, Pamplona, 1980.

casos en los que los interesados convienen un mandato de crédito en el que atribuyen al mandante una responsabilidad equivalente a la del fiador, con lo que estaremos ante un negocio mixto de mandato en su fase inicial y de fianza en la posterior. Y otras veces los interesados convienen un mandato de crédito sin atribuir ninguna responsabilidad específica al mandante respecto del incumplimiento del tercero, pero en tal supuesto el mandante responderá en todo caso, no como fiador, sino por la obligación que impone a todo mandante el art. 1.729 del C.c. de dejar indemne al mandatario de los daños que le ocasione el mandato.

Finalmente, habrá que distinguir los supuestos en que existe un auténtico mandato de crédito, de aquéllos en que simplemente existe una indicación o recomendación de que se otorgue crédito a un tercero, en los que el indicante no responderá del buen fin del crédito que en su caso se conceda, salvo que medie falsedad que permita tipificar un supuesto de responsabilidad extracontractual del art. 1.902 del Código civil o incluso de responsabilidad penal por delito de estafa.

b) La **adhesión de deuda**, constituye una auténtica forma de garantía personal no tipificada en nuestro Derecho positivo, mediante la que, en lugar de crear una obligación accesoria, se adiciona, junto al primitivo obligado, un nuevo sujeto responsable del cumplimiento de la obligación inicial frente al acreedor, que se beneficia así de disponer de dos deudores.

Pero, mientras que las otras formas de garantía determinan que para satisfacer el mismo interés del acreedor existan dos relaciones obligacionales distintas, una accesoria de otra o autónomas ambas, en la adhesión de deuda se mantiene una única relación obligacional aunque con la adición de un nuevo deudor más.

Las **sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1960 y 15 de diciembre de 1989** sitúan la diferencia entre la fianza y la adhesión de deuda, en que en ésta

quien se adhiere asume la deuda como propia, queriendo responder junto al deudor, mientras que en aquélla el fiador se limita a asumir la responsabilidad por deuda ajena.

c) La **asunción de cumplimiento**, también es otro mecanismo de garantía personal atípica, en cuanto que, como señalara en la doctrina italiana BARBERO (24), es un contrato por el que una persona se obliga con el deudor a cumplir la obligación de éste frente al acreedor, sin que el deudor quede liberado de la misma.

De un pacto de esta índole se ocupó el Tribunal Supremo, en **sentencia de 26 de septiembre de 1918**, declarando que no constituía una fianza. Si el acreedor no interviene en el contrato, carecerá de acción contra el tercero que haya asumido el cumplimiento de su deudor, y éstos podrán resolver su contrato revocando la asunción sin que pueda oponerse el acreedor, salvo por lo que respecta al régimen de cualquier pacto en favor de tercero. Cabe que el acreedor intervenga en el contrato concertado a su favor, aceptando la nueva situación con tal carácter, y no de novación subjetiva de deudor, en cuyo caso la asunción de cumplimiento será irrevocable sin su consentimiento e incluso tendrá acción frente al tercero que lo haya asumido, con lo que nos habremos aproximado notablemente a la adhesión de deuda o a la fianza.

d) La **promesa del hecho de un tercero**, es otra figura de garantía personal atípica, monográficamente estudiada por GULLÓN BALLESTEROS (25), mediante la que el promitente se obliga frente al promisario a que un tercero efectúe una prestación, comprometiéndose a indemnizarle en caso contrario. La obligación del promitente no se concibe como una obligación de medios, ni de procurar el hecho de un tercero, sino como una obligación de indemnizar.

(24) BARBERO, *Sistema de Derecho Privado*, Buenos Aires, 1967, III, págs. 274 y ss.

(25) GULLÓN BALLESTEROS, "La promesa del hecho ajeno", *Anuario de Derecho Civil*, 1964, I, págs. 3 y ss.

Esta figura, contemplada en el art. 1.381 del Código civil italiano, no determina relación obligacional entre el promisorio y el tercero, sino exclusivamente entre el promitente y el promisorio. Sin embargo, en ocasiones, la expresa aceptación por el tercero de realizar el hecho prometido aproxima la situación a la de la fianza.

e) Pero la **garantía personal atípica** por excelencia es la que se conoce también como **aval en sentido amplio**, sea el aval que suelen prestar bancos, cajas de ahorros o sociedades de garantías recíprocas, sea el que suelen exigir muchas de esas entidades como garantía o contragarantía de sus operaciones. Es una forma de garantía solidaria que, al amparo de la libertad contractual, ha venido afirmándose en nuestra jurisprudencia e incluso a ser nominada, que no tipificada, en algunas disposiciones legales.

Así, en la **sentencia de 7 de diciembre de 1968**, el Tribunal Supremo señala que *“la doctrina moderna admite el aval no sólo como afianzamiento propio y privativo del contrato de cambio, sino en sentido más amplio, como un contrato de garantía de cumplimiento de otros contratos”*; en la **sentencia de 24 de noviembre de 1978**, añade que en este caso *“no se está en presencia de una simple fianza convencional, sino de un contrato complejo, autorizado por el principio general de autonomía privada contenido en el art. 1.255 del Código civil”*; y en la **sentencia de 21 de marzo de 1980** expone que, frente al aval cambiario o en sentido estricto, existe un *“concepto más amplio de aval, en cuanto contrato de garantía de cumplimiento de otros negocios”*.

En esta línea jurisprudencial (proseguida luego por **sentencias de 11 de julio de 1983 y 31 de enero de 1986**) entiende BLANCO CAMPAÑA (26) que puede fundamentarse

(26) BLANCO CAMPAÑA, “Aval cambiario y aval como contrato de garantía (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1980)”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 7, 1982, págs. 677 y ss.

ese concepto amplio de aval, bajo el que el tráfico mercantil ha ido encuadrando prácticas como el afianzamiento solidario prestado por entidades bancarias o de crédito a sus clientes o exigidos por aquéllas para operaciones de concesión de crédito a éstos; el afianzamiento prestado por sociedades de garantías recíprocas; o la garantía prestada respecto del cumplimiento del convenio en la suspensión de pagos.

Y como destaca ALVAREZ ABUNDANCIA (27), al “aval bancario” hay múltiples referencias en nuestro Ordenamiento jurídico, desde normas societarias (como el art. 284.1.e del texto refundido de Ley de Sociedades Anónimas, respecto de la emisión de obligaciones garantizadas), hasta normas sobre contratación del Estado, tributarias y procesales.

22

Esta garantía atípica o aval en sentido amplio puede ser aplicado a un conjunto de operaciones o al saldo resultante de las mismas dentro de determinados límites, lo que es usual en la práctica bancaria, en la que las entidades bancarias y de crédito, al convenir con sus clientes líneas de descuento o autorizaciones de descubierto, suelen exigir la formalización de un aval general que garantice el conjunto de los riesgos que la entidad corre (riesgo concedido al cliente, en la jerga bancaria denotadora de su excesiva prepotencia).

DELGADO ECHEVERRÍA (28) advierte de los peligros que supone utilizar esta figura para eludir las normas que regulan la fianza, al plantearse problemas sobre si en esta garantía cabe apreciar las notas de accesoriedad, subsidiariedad, independencia o solidaridad, problemas sobre el funcionamiento del derecho de regreso y subrogación, problemas

(27) ALVAREZ ABUNDANCIA, “El nuevo aval bancario y sus antecedentes”, *Revista de Derecho Privado*, 1987, págs. 939 y ss.

(28) DELGADO ECHEVERRÍA, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 3, págs. 859 y ss.

sobre las excepciones oponibles por el avalista, etc. Precisamente para superar esas dificultades propicia BLANCO CAMPAÑA (29) que se recurra a la aplicación de los preceptos reguladores de la fianza, al menos con carácter subsidiario o supletorio.

f) De todos modos, para evitar algunos de esos problemas se han ido utilizando cláusulas que convierten esas garantías personales atípicas en las conocidas como **garantías independientes o a primer requerimiento**, también denominadas “*a primera demanda, puras, incondicionadas o sin excepciones*”.

Estas garantías a primera demanda han sido introducidas en nuestro país por la práctica del comercio internacional, cuya importancia venía propiciando desde 1964 trabajos para su regulación uniforme internacional, primero en el marco de la Cámara de Comercio Internacional y luego también en la UNCITRAL, plasmados aquéllos en las “Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Demanda” de 3 de diciembre de 1991 (30) y éstos aún en elaboración con debate en el 18.º período de sesiones del Grupo de Trabajo de UNCITRAL, reunido en Viena en noviembre-diciembre de 1992, del “Proyecto de Convención sobre Cartas de Garantía Internacionales” (31).

Nuestra doctrina (32) las considera admisibles a través de

(29) BLANCO CAMPAÑA, *Aval cit.*, págs. 677 y ss.

(30) VASSEUR, “Les nouvelles règles de la Chambre de Commerce Internationale pour les garanties sur demande”, en *Revue de Droits des Affaires Internationales*, 1992, n.º 3, págs. 239 y ss.

(31) DÍAZ MORENO, “Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, n.º 207, págs. 151 y ss.

(32) CREMADES, J. A., “Les garanties bancaires à première demande en droit espagnol”, en *Les garanties bancaires dans le contrats internationaux*, París, 1981, págs. 251 y ss.; ECHENIQUE, “Las garantías bancarias internacionales”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1982, págs. 47 y ss.; HERVÁS CUARTERO, “Las garantías contractuales en las transacciones con el exterior”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1983, págs. 579 y ss.; SÁNCHEZ GUILARTE, “Proyecto de código para la práctica de garantías y fianzas a primera demanda. Comentarios al proyecto de la

la libertad contractual y así lo viene reconociendo una ya reiterada jurisprudencia (**sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1978, 16 de febrero de 1983, 26 de diciembre de 1986, 14 de noviembre de 1989, 2 de octubre de 1990, 15 de abril de 1991 y 7 de abril y 27 de octubre de 1992**).

Incluso se ha ido difundiendo la práctica de introducir la “*cláusula a primera demanda*” en otras formas de garantía personal, con ánimo de reforzar la eficacia de su funcionamiento. Ocurre así en algunos supuestos de seguros de caución, de garantías atípicas, de avales bancarios, etc., aunque como advierte CERDÁ OLMEDO (33) la interpretación de la voluntad de introducir dichas cláusulas habrá de ser siempre restrictiva dado su significado.

24

La garantía a primera demanda se caracteriza, siguiendo a FONT GALÁN (34), porque el garante, por orden del deudor-ordenante, se obliga de modo autónomo y automático a satisfacer una determinada cantidad de dinero al beneficiario de la garantía (en cuanto acreedor por una relación jurídica, respecto de la que esta garantía se mantendrá independiente y autónoma), debiendo hacerla efectiva tan pronto como este beneficiario lo reclame, normalmente por escrito, sin que ni el deudor pueda oponerse a ese pago, ni el garante pueda oponer excepción alguna fundada en las relaciones del acreedor con el deudor.

Constituye una modalidad de garantía personal solidaria que no puede reconducirse a la fianza, como destaca la

Cámara de Comercio Internacional”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1984, págs. 52 y ss., y “Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda”, en *Contratos Bancarios*, dirigidos por R. García Villaverde *cit.*, págs. 737 y ss.; CERDÁ OLMEDO, *Garantía independiente*, Granada, 1991; y MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, “El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *La Ley* de 10 de julio de 1992, págs. 1 y ss.

(33) CERDÁ OLMEDO, “El aval a primer requerimiento”, en *Derecho de los Negocios*, n.º 15, 1991, pág. 11.

(34) FONT GALÁN, “Los contratos...” *cit.*, pág. 376.

doctrina (35) y la jurisprudencia antes citada. Expone SÁNCHEZ GUILARTE (36), que la nota de accesoriedad propia de la fianza queda en este caso severamente atenuada, aun cuando no desaparezca radicalmente ya que la obligación del garante nunca podrá ser superior a la garantizada y, como subraya MARTÍNEZ CALCERRADA (37), la extinción de la obligación garantizada por cumplimiento extingue la garantía. El propio Tribunal Supremo ha destacado en algunas ocasiones esa accesoriedad, como ocurre en las **sentencias de 2 de octubre de 1990 y 15 de abril de 1991**, con el efecto de reducir el significado de la cláusula a primer requerimiento a la mera inversión de la carga de la prueba del incumplimiento de la obligación garantizada para que pese sobre el garante, según señala la **sentencia de 27 de octubre de 1992** (38).

Sin embargo, la garantía a primer requerimiento funciona con gran automatismo en su ejecución, como obligación fundamentalmente abstracta, lo que no supone ausencia de causa, sino irrelevancia de la misma al exigirse el cumplimiento de la obligación. El beneficiario hará efectiva la garantía con su simple requerimiento, sin necesidad de alegar y probar el incumplimiento de la obligación garantizada, sin otros límites que la "*exceptio doli*" que deberá probar el garante que la opusiere y le permitirá aducir supuestos de extinción de la obligación garantizada por pleno cumplimiento de la misma u otros de eventual fraude; y la posibilidad de ulterior reclamación por "*enriquecimiento injusto*",

25

(35) CERDÁ OLMEDO, "El aval..." *cit.*, pág. 19; SÁNCHEZ GUILARTE, "Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda", en *Contratos Bancarios*, dirigidos por R. García Villaverde *cit.*, Madrid, 1992, págs. 753 y 775; y DÍAZ MORENO, "Aval o garantía a primera solicitud", en *Derecho de los Negocios*, n.º 31 de abril de 1993, pág. 25, que comenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992.

(36) SÁNCHEZ GUILARTE, "Proyecto..." *cit.*, pág. 82.

(37) MARTÍNEZ CALCERRADA GÓMEZ, "El contrato de fianza..." *cit.*, pág. 7.

(38) BARRÉS BENLLOCH, "El aval bancario como garantía autónoma (Comentario de la STS, Sala 1.ª, de 27 de octubre de 1992)", *La Ley* de 10 de agosto de 1993, págs. 3 y ss.

con efectiva demostración de que el beneficiario lo ha obtenido.

Explica SÁNCHEZ GUILARTE (39), que el auténtico efecto de la garantía a primer requerimiento, no debe ser el de invertir la carga de la prueba para pasarla del acreedor al garante, sino trasladar la cuestión a otro procedimiento ajeno al que pueda entablarse entre acreedor y garante, para que en ese ulterior procedimiento que habrá de iniciar el ordenante de la garantía contra su antiguo acreedor, sea el ordenante y no el garante quien reclame y pruebe lo que a su derecho convenga.

En este tipo de garantía, conforme a lo expuesto, no siempre será factible recurrir por analogía los preceptos legales sobre la fianza basados precisamente en su fundamental accesoriedad y subsidiariedad respecto de la obligación principal.

26 g) Finalmente, otro de los mecanismos de garantía personal atípica es la llamada **carta o declaración de patrocinio**, conocida como "comfort letter" en el tráfico internacional, de contenido heterogéneo.

Desempeña funciones de garantía en un sentido amplio, en cuanto que se ordena a generar confianza respecto del cumplimiento de determinadas obligaciones. Su variedad es enorme y en la mayoría de los casos no solamente no es una fianza típica, ni tiene porqué cumplir los requisitos de ésta, sino que ni siquiera constituye una auténtica garantía atípica; por el contrario, en otros supuestos pueden llegar a apreciarse los elementos propios de diferentes figuras de garantías atípicas e incluso constituir una verdadera fianza.

Y es que la carta o declaración de patrocinio, como forma autónoma de garantía personal, configurada por la doctrina (40) con apoyo en el Derecho comparado e incluso

(39) SÁNCHEZ GUILARTE, "Garantías..." cit., pág. 742.

(40) ARAMENDÍA GURREA, "La llamada carta de confort y su problemática jurídica", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 16, 1984, págs. 779 y ss.; VALENZUELA GARACH, "La seriedad de las llamadas cartas de patrocinio", *Revista de*

en el Derecho histórico, acoge una gran variedad de declaraciones bajo ese eufemismo del “patrocinio” y será el contenido de esas declaraciones el que determine la efectiva significación jurídica que haya de serle atribuida.

Expone LÓPEZ URIEL (41) que la carta de patrocinio suele consistir en una declaración formulada por una entidad, generalmente referida a una empresa filial, como señalara la **sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1985**, y dirigida al acreedor de la misma, por la que efectúa declaraciones o asume compromisos caracterizados por un gran “*poliformismo estructural*”, ya que tanto su contenido como su consistencia jurídica pueden ser muy diferentes. En ese sentido en el tráfico se habla de cartas o declaraciones de patrocinio *débiles* o *fuertes*, según el menor o mayor grado de compromiso jurídico asumido por el declarante o patrocinante.

Si pasamos un rápido repaso a los diferentes tipos de declaraciones de patrocinio, en atención a su contenido y eficacia jurídica podemos enunciar los siguientes grupos:

27

1) *Declaraciones de conocimiento de la operación a realizar por la filial*, que pueden ser declaraciones de simple conocimiento, cuyos efectos serán puramente probatorios de ese conocimiento, pudiendo generar en ocasiones responsabilidad extracontractual por dolo o por infracción a la buena fe y lealtad negocial; declaraciones de conocimiento y aprobación de la operación, que incorpora una declaración de voluntad que impedirá ir contra los propios actos; o declaraciones de conocimiento de que la propia declaración es determinante de que se concierte la operación, lo que

Derecho Mercantil, n.º 185-186, 1987, págs. 347 y ss.; DUQUE, “Las cartas de patrocinio”, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, págs. 760 y ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las cartas de patrocinio: contribución al estudio de su régimen jurídico*, tesis, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991; y SÁNCHEZ GUILARTE, “Garantías...” cit., págs. 721 y ss.

(41) LÓPEZ URIEL, “Comentarios a la sentencia de 16 de marzo de 1985”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo de 1986, págs. 246 y ss.

refuerza la exigencia de buena fe y lealtad comercial, aproximando su significado, si no al mandato de crédito (como declara la **sentencia del Tribunal de Milán de 30 de mayo de 1983**), a la indicación o recomendación de su concesión (como declaran las **sentencias de la Corte de Apelación de Rouen de 30 de junio de 1951 y del Tribunal de Nancy de 9 de abril de 1970**).

28

2) *Declaraciones de participación de la matriz en el capital o la gestión de la filial*, que se limitan a expresar el hecho de que la firmante participa en uno u otra, sin otros efectos que los probatorios y la eventual responsabilidad extracontractual antes señalada; declaraciones de participación con compromiso de notificar la modificación de la misma con determinada antelación, de modo que permita reaccionar al acreedor en defensa de sus intereses, compromiso que podrá generar responsabilidad contractual respecto de los daños que se demuestre que han sido efectivamente causados por desconocerse la modificación que debería haber sido notificada; o declaraciones de participación con compromiso de su mantenimiento durante un determinado período de tiempo o hasta que haya quedado liquidada la operación para la que se haya expedido la declaración de patrocinio, supuesto en que la patrocinante contrae concretas obligaciones que nos alejan de las puras cartas de patrocinio e implican la asunción de obligaciones contractuales propias o, al menos, la “promesa del hecho de un tercero” (la liquidación por la filial de la operación antes de que cese la participación), que como antes se reseñó determinarán para el patrocinante la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento de la que será contractualmente responsable, pero que, como pone de manifiesto MORENO QUESADA (42),

(42) MORENO QUESADA, “El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (artículo 1.129-3 del Código civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1971, pág. 429.

en principio no tiene porqué permitir resolver el contrato con la filial.

3) *Declaraciones de comportamiento o política (policy) de la patrocinante o de su filial*, como mera manifestación de intenciones o con asunción de concretos compromisos, supuesto que también nos alejará de las auténticas cartas de patrocinio y que determinará se pase de la responsabilidad extracontractual a la contractual, incluso cuando la incumplidora sea la filial. En estos casos responderá la patrocinante por hecho propio en cuanto dominante de la filial o en todo caso por incumplimiento de la promesa de hecho de tercero, aunque señala DUQUE (43) que se deben distinguir los casos en que la obligación asumida sea de resultado de aquéllos en que sea únicamente de medios.

4) *Declaraciones de situación de la filial en orden al cumplimiento*. Esa declaración puede referirse a la situación económica de la filial, alcanzando desde la simple opinión de que su economía le permitirá cumplir, hasta implicar el compromiso de ejercer el control adecuado para que se mantenga tal situación normalmente reflejada en el mantenimiento de determinados *ratios* financieros o, incluso, de aportarle los medios económicos necesarios para ello. Pero la situación puede referirse igualmente a la situación técnica que permita el cumplimiento (por ejemplo, la fabricación y suministro de determinados productos), lo que del mismo modo puede alcanzar desde la simple opinión de que las instalaciones, personal, disponibilidad de *know how*, patentes, etc., permiten el cumplimiento, hasta el ejercicio del control adecuado para que se mantenga esa situación técnica o, incluso, el compromiso de dotarla de los medios técnicos necesarios para cumplir. La banda de posible contenido de tales declaraciones hará oscilar la responsabilidad desde la

29

(43) DUQUE, "Las cartas..." *cit.*, págs. 760 y ss.

extracontractual a la contractual, en unos casos con una obligación de resultado (mantener la solvencia o la capacidad técnica de cumplimiento), aun cuando se trate de la promesa del hecho de un tercero, y en otras ocasiones con una obligación de medios (aportar los medios económicos o técnicos precisos).

5) *Declaraciones de cumplimiento*, en las que la patrocinante se compromete específicamente a que la filial cumplirá sus obligaciones, que ciertamente dejan de ser cartas de patrocinio y constituyen, según los casos concretos, supuestos de promesa del hecho de un tercero, garantías personales atípicas e incluso a veces auténticas fianzas.

30

Realmente, habrá que apreciar en cada caso si se está ante auténticas cartas de patrocinio o, con la denominación de cartas de patrocinio (a veces por evitar su cómputo como auténticas garantías), se está ante alguna modalidad de garantía personal típica o atípica como las que se han reseñado; habrá que distinguir entre aquéllas que implican un mero compromiso moral y que, con base en la buena fe, sólo permiten exigir responsabilidad extracontractual, de aquellas otras en las que existe un compromiso jurídico, sea de hechos propios o de un tercero, sean compromiso de medios o de resultado, pero cuyo incumplimiento determinará el resarcimiento por vía de responsabilidad contractual.

En general, en la verdadera carta de patrocinio, el patrocinante no trata de prestar fianza, sino de generar “*confianza*”, por lo que señala FONT GALÁN (44) que su responsabilidad debe desarrollarse normalmente en el campo de las exigencias de la buena fe y la lealtad negocial, en el marco de la responsabilidad extracontractual establecida por el art. 1.902 del C.c.

(44) FONT GALÁN, “Los contratos...” *cit.*, pág. 376.

En ese sentido destaca SÁNCHEZ GUILARTE (45) que los supuestos contemplados por la jurisprudencia no han merecido la apreciación de un valor vinculante, como reflejan las **Sentencias de la Audiencia Territorial de Madrid de 18 de octubre de 1984 y del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1985.**

Sin embargo, no cabe desconocer la función de garantía de las cartas de patrocinio, ni considerarlas jurídicamente irrelevantes, pues el Derecho incide sobre los efectos que tales declaraciones producen, cuando menos a través de la construcción de la obligación natural. Pero es que, incluso dejando al margen los supuestos en los que existe auténtica asunción de un compromiso propio del patrocinante, bien sea de medios o de resultado, las puras cartas de patrocinio pueden encontrar siempre apoyo para sostener que producen efectos jurídicos en el efecto de la "*soluti retentio*", de la responsabilidad extracontractual del art. 1.902, o de las normas de comportamiento según la buena fe y la lealtad y corrección negocial de los arts. 7 y 1.258 del C.c. y 57 del C. de co.

31

Este panorama sobre las garantías personales atípicas pudiera no tener fin y todo ha de tenerlo. En el deseo de extraer alguna conclusión que le ponga término, tal vez la única conclusión sea la de que, cuando la doctrina y la jurisprudencia han ido reconociendo, junto a las garantías personales tipificadas, una creciente variedad de figuras atípicas, de las que he querido hacer reseña, se nos abre un campo más a lo que ASCARELLI llamaba "labor de ingeniería del jurista". Un campo a la construcción de nuevas figuras, con elementos tomados de instituciones de las más variadas procedencias, para, dentro de la legalidad vigente, dar satisfacción a la permanente tensión entre la nece-

(45) SÁNCHEZ GUILARTE, "Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio (comentarios de la sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 20, 1985, págs. 871 y ss.

sidad de crédito como base del tráfico económico y el deseo de evitar o cubrir los riesgos que su concesión genera. Y puede decirse que los límites de esa labor de ingeniería del jurista, no son muy distintos de los de la imaginación humana.

LOS ACREEDORES Y LA MODIFICACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL*

DOMINGO BELLO JANEIRO

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

33

SUMARIO: **I.** PRELIMINAR: PRESUPUESTO FÁCTICO. **II.** PUBLICIDAD DE LA MODIFICACIÓN CAPITULAR. **III.** NORMATIVA APLICABLE: **1.** La sanción derivada del art. 1.317 C.c. **1.1.** *La anterioridad de los derechos adquiridos.* **1.2.** *Contenido de los derechos adquiridos.* **1.3.** *Acreedor consorcial: inoponibilidad.* **2.** Rescisión por fraude. **2.1.** *Acreedor consorcial: desestimación.* **2.2.** *Acreedor privativo: viabilidad si reúne los requisitos.* **3.** Otras pretensiones: difícil prosperabilidad.

* El texto original, que, con las debidas adaptaciones, constituye el presente trabajo, fue la conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de La Coruña el día 23 de abril de 1993, con ocasión del ciclo de conferencias 1992/1993 organizado por el mencionado Colegio, la Facultad de Derecho y el Ilustre Colegio de Abogados, todos de la ciudad herculina.

3.1. Nulidad absoluta de las capitulaciones. A) Improcedencia de tal sanción. B) Fundamento de la pretendida nulidad. a) Acción de nulidad por simulación. b) Acción de nulidad por ilicitud de causa. 3.2. Acción subrogatoria: A) Rescisión por lesión. B) Anulabilidad. 3.3. Delito de alzamiento de bienes. IV. CONCLUSIÓN.

I. Preliminar: presupuesto fáctico

34

La proliferación, desde mayo de 1975, de capitulaciones matrimoniales modificativas del régimen de gananciales por virtud de las cuales se instauran regímenes separatistas con el propósito, más o menos meridiano, de defraudar las expectativas patrimoniales de los terceros acreedores, que, con la intención de satisfacer su crédito, tratan de impugnar el negocio capitular, ha ocasionado una amplia litigiosidad y, lógicamente, una nutrida doctrina jurisprudencial, que, además, en aplicación de la misma normativa, se ha revelado ciertamente oscilante e, incluso, contradictoria, lo que da buena idea de la transcendencia del tema, que, posiblemente, en el ámbito del régimen económico del matrimonio, es el que más asiduamente se ha suscitado en la práctica forense.

En efecto, si se tiene en cuenta que, ante deudas contraídas por uno de los esposos, una monolítica doctrina jurisprudencial, sobre todo del Supremo, reproduciendo miméticamente, al margen de los textos legales, la solución —e, incluso, con las mismas palabras—, mantenida con arreglo al régimen derogado, niega legitimación al no deudor para interponer tercería de dominio con el fin de levantar del embargo trabado los bienes gananciales, silenciando arcanamente el procedimiento adecuado para ejer-

citar los derechos que en el plano sustantivo le confiere el art. 1.373 C.c. (1), resulta, de todo ello, unido a la conocida ausencia de control judicial del procedimiento de embargo, corolario apodíctico que las personas casadas bajo el régimen legal han acudido, mayoritariamente, para tratar de liberar la mayor parte posible del acervo ganancial de la agresión del acreedor ante deudas contraídas por uno de ellos, al supuesto de hecho que ha servido de base fáctica a la reiterada —pero no, ni mucho menos, uniforme— jurisprudencia a la que antes hemos hecho alusión surgida en torno a la impugnación de las capitulaciones, presupuesto fáctico que, sucintamente, relataré, por centrar el tema.

Con posterioridad a la contracción de una deuda por uno de los cónyuges, el esposo deudor se pone de acuerdo con su consorte para modificar el régimen económico mediante el otorgamiento de las correspondientes capitulaciones matrimoniales en escritura pública y, a continuación, con la máxima celeridad —generalmente en la misma escritura—, llevar a cabo la oportuna liquidación del régimen económico, olvidándose de pagar las deudas pendientes y procurando adjudicar en la liquidación los bienes más importantes o de más fácil perseguibilidad del anterior patrimonio ganancial al esposo que no suscribió los convenios de los que se deriva la deuda, procediendo, también, con

(1) Frente a la declaración de buenas intenciones de las RR. DGRN de 24 de septiembre de 1987 y 25 de marzo de 1988 (Ar. 6572 y 2567), que consideran suficiente que el esposo no deudor se dirija al Juez que ordenó el embargo para ejercitar el derecho de sustitución del art. 1.373 C.c., sin embargo, es lo cierto que al cónyuge no deudor ni siquiera se le concede audiencia y, cuando interpone la tercera de dominio para ejercitar la facultad concedida en dicho precepto, el TS, después de negarle la condición de tercerista, lo remite, sin más especificaciones, al cauce procesal que estime oportuno (SS. de 13 de julio de 1988, Ar. 5992, 16 de mayo y 19 de julio de 1989, Ar. 3768 y 5727...). *Vid.*, con todo, la admisión de la tercera en STS de 26 de noviembre de 1990 (Ar. 8950) y, señaladamente, la razón justificativa de su prosperabilidad y el modo en que debe plantearse en Auto AP Oviedo de 28 de noviembre de 1989 (AC 16/1990); también, Auto AP Madrid de 14 de julio de 1992 (AC 163/1993), que se inclina por el incidente genérico.

la mayor brevedad posible, a la inscripción de la escritura capitular en los Registros correspondientes, e instaurando, a partir de dicho momento, el régimen de separación de bienes.

II. Publicidad de la modificación capitular

36 A pesar de la reiterada doctrina jurisprudencial que admite la validez *inter partes* de un documento privado por medio del cual los cónyuges pueden proceder a disolver su sociedad conyugal y liquidar el patrimonio ganancial (SSTS de 4 de diciembre de 1985, Ar. 6202, 1 de febrero y 7 de noviembre de 1990, Ar. 647 y 8532) y aunque la conclusión de la sociedad légal se puede producir por muy diversas razones (arts. 1.392 y 1.393 C.c.), lo cierto es que cuando los esposos pretendan oponer frente a tercero la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con las correspondientes adjudicaciones de bienes a cada cónyuge, no sólo será necesario que otorguen capitulaciones matrimoniales en escritura pública como requisito *ad solemnitatem* al amparo de lo dispuesto en el art. 1.327 (2) (SSTS de 6 de diciembre de 1989, Ar. 8805, y 7 de noviembre de 1990), sino que, especialmente, será preciso cumplir las exigencias de publicidad consignadas en el artículo 1.333, ambos del C.c.

(2) Cfr. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, t. II, 1991, p. 605, que recoge la opinión unánime de la doctrina en favor de considerar que la escritura pública tiene valor constitutivo; pero véase la RDGRN de 25 de septiembre de 1990 (Ar. 7153), que admite, sin necesidad de forma notarial, que “los cónyuges, con ocasión de la adquisición de determinado bien a tercero, puedan convenir que éste ingrese de manera directa y *erga omnes* en el patrimonio personal de uno de ellos a pesar de no haberse acreditado la privatividad de la contraprestación, siempre que dicho negocio conyugal atributivo ... obedezca a una causa adecuada que justifique la no operatividad del principio de subrogación real (1.347.3.º del Código civil)”, doctrina que se había iniciado en la R. de 2 de febrero de 1983 (Ar. 1088, para un caso de venta) y que ha sido continuada en la R. de 21 de enero de 1991 (Ar. 592).

En efecto, como se señala en la STS de 26 de junio de 1992 (Ar. 5478), “la modificación pactada sólo puede perjudicar al tercero de buena fe desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros Públicos ... Cualquiera otra interpretación conduciría al absurdo de permitir la posibilidad de que los cónyuges hicieran uso de sus pactos capitulares en el momento que más beneficiosos fueran para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de los terceros que con ellos contrataran”.

En igual sentido, la DGRN había destacado que “puesto que se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse, no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre las partes —fecha de las capitulaciones matrimoniales que en tanto no se inscriban permanecen bajo el secreto del protocolo notarial— sino aquél en que dicho acuerdo produce efectos frente a terceros con arreglo a la Legislación del Registro Civil ... e hipotecaria” (RR. de 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991, Ar. 4516, 4518 y 5444, siguiendo la misma línea, si bien sólo con referencia a la publicidad derivada del RC, de la R. de 25 de marzo de 1988, Ar. 2567).

Básicamente ha de realizarse la mención (*rectius*, indicación (3)) de las capitulaciones en el Registro Civil, que, aun siendo facultativa y no constitutiva (4), el legislador trata de potenciar en tanto que si no se lleva a cabo dicha indicación las capitulaciones son inexistentes frente a terceros de buena fe (RDGRN de 25 de marzo de 1988), correspondiendo la prueba de tal mención a quien pretenda oponerlas y bien entendido, por supuesto, que la protección sólo juega frente al tercero de buena fe, es decir, desconocedor de la verdadera situación que, aun no mencionada en el RC, se le ha hecho saber, lo que, desde luego, también habrá de probarse para destruir la presunción de buena fe, como, expresamente, se pone de relieve en la S. AP de

37

(3) Aunque el C.c. emplee el término mención (art. 1.333) e, incluso, anotación (art. 1.436), es preferible utilizar el término indicación de la legislación sobre el Registro Civil (arts. 77 LRC y 266 RRC), porque el asiento registral se limita a indicar el protocolo notarial en que consta la escritura de capitulaciones. *Cfr.* M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, 1989, p. 182, nt. 57 y J. DIEZ DEL CORRAL, *Comentario Ministerio*, cit., I, p. 906.

(4) STS de 23 de noviembre de 1984 (Ar. 5657), en la línea iniciada por la RDGRN de 6 de mayo de 1977 (Ar. 2247). En la doctrina, y allí referencias, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 611.

Burgos de 14 de junio de 1990 (RGD, 1991, p. 9583 ss.) y, asimismo, apunta la STS de 26 de junio de 1992.

Por lo que se refiere a la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, que ordena el art. 1.333 C.c. (5) cuando las capitulaciones matrimoniales —o los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio— afectaren a inmuebles en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria, plantea el problema de sus efectos frente a los terceros acreedores, básicamente, en un doble aspecto: relevancia u oponibilidad de aquellas capitulaciones no mencionadas en el RC de las que se ha tomado razón en el RP, lo que, a tenor de la redacción dada en 1986 al art. 266/6 RRC (que impide la toma de razón en el RP sin que anteriormente se haya inscrito o anotado en el RC), es, en la actualidad, de imposible acaecimiento y, en segundo lugar, la oponibilidad de aquellas capitulaciones que, mencionadas en el RC y afectando a inmuebles, no figuren en el RP.

En cuanto a este último punto, el perjuicio a tercero de una capitulación mencionada en el RC pero no de la que no se ha tomado razón en el RP, nos inclinamos por asumir la conclusión mantenida, entre otras, en la STS de 6 de diciembre de 1989 (6): prosperabilidad de la tercería de dominio del cónyuge no deudor sobre un bien inmueble ganancial con base en unas capitulaciones matrimoniales que, no habiendo tenido acceso al RP, han sido otorgadas y mencionadas en el RC con anterioridad a la anotación de embargo, si bien en el supuesto enjuiciado es más que dudosa dicha anterioridad, según posteriormente comprobaremos.

(5) A pesar de la literalidad del art. 1.333 C.c., la inscripción en el RP también es voluntaria, según había advertido la RDGRN de 6 de mayo de 1977 con base en el antiguo art. 1.322 y como, ahora, concluye la STS de 6 de diciembre de 1989.

(6) Pero véase la opinión contraria de V. GUILARTE GUTIÉRREZ, "Fraude de acreedores consorciales. Exigibilidad del crédito y oponibilidad de las capitulaciones (Crítica de la Sentencia de 6 de diciembre de 1989)", AC 1991, p. 223 ss.

En cualquier caso, y aun sin desconocer, desde luego, la evidente insuficiencia y escasa efectividad de la publicidad del RC por la dispersidad geográfica de sus oficinas (L. ROJAS MONTES, "Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones", *AAMN*, t. XXVI, p. 329), el referido fallo jurisprudencial es acertado al sancionar la irrelevancia frente a los terceros acreedores civiles de la falta de toma de razón en el RP de las capitulaciones, puesto que, según hemos adelantado, el art. 1.317 conserva indemnes los derechos adquiridos en la fecha de la constancia en el RC (en el Mercantil, en su caso, como veremos) y, como detalladamente ha expuesto la S. AP de Valencia de 13 de marzo de 1990 (AC 102/1992) sólo si se trata de tercero hipotecario será preferente la fecha de la toma de razón en el RP, lo que, igualmente, había sido apuntado por V. MAGARIÑOS BLANCO ("Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores", *RCDI* 1982, p. 56).

En este extremo, a nuestro parecer, resulta de plena aplicación la constante jurisprudencia sostenida por el TS que considera que el *favorecido por la anotación preventiva de embargo* no goza de los beneficios protectores de la fe pública ni tiene la condición de tercero hipotecario (SSTS de 26 de septiembre de 1985, Ar. 4473, 12 de diciembre de 1989, Ar. 8821, 16 de febrero de 1990, Ar. 692, y 19 de noviembre de 1992, La Ley 12.845/1993), sin que, en nuestra opinión, tal conclusión resulte contradicha ni por la doctrina de las RR. DGRN de 6 de septiembre de 1988 (Ar. 6999) y 12 de junio de 1989 (Ar. 4804) ni por la nueva redacción del art. 175/regla segunda del Rh (RD 1368/1992, de 13 de noviembre, BOE de 18 de diciembre de 1992).

39

Por último, tratándose de cónyuge o cónyuges comerciantes, el sistema de publicidad registral se completa, a pesar de la falta de mención en el art. 1.333 C.c., con la publicidad del RM, que se concreta, básicamente, en los dos aspectos siguientes: en primer lugar, si no figura el cónyuge comerciante inscrito en el RM es lo cierto que no será necesario ni posible inscribir las capitulaciones (art. 19/2 C de C) que, en la medida en que figuren en el RC, serán eficaces frente al acreedor, según se ha concluido en la S. AT Bilbao de 2 de mayo de 1986 (RGD, 1987, p. 2777 ss.), con base en los antiguos arts. 17 y 18 C de C y 69 RRM, de análogo contenido al actual art. 19 C de C.

Ahora bien, en segundo lugar, si el esposo se ha inscrito en el RM, lo que, aun siendo voluntario (arts. 19/1 C de C

y 81 RRM) se pretende potenciar, al constituirse en requisito imprescindible para la posterior inscripción de documentos en el mismo, juegan plenamente los efectos negativos de la publicidad registral o de inoponibilidad de lo no inscrito, vinculados, tras la reforma del RRM, a la publicación, no a la inscripción (arts. 21/1 C de C y 9/1 RRM), y los terceros de buena fe (en los términos de los arts. 21/4 C de C y 9/4 RRM) pueden desconocer las capitulaciones y los demás hechos inscribibles que no hayan sido debidamente inscritos y publicados, pues la registración en la hoja del comerciante de las circunstancias enumeradas por los arts. 22/1 C de C y 87 RRM —entre las que se cuentan las capitulaciones— resulta obligada para su efectividad frente a tercero de buena fe.

40 **III. Normativa aplicable**

Una vez expuestos, sucintamente, los requisitos de publicidad que deben ser cumplidos para que se puedan oponer las capitulaciones matrimoniales frente a terceros, corresponde ahora analizar la normativa prevista en orden a tutelar la posición de los acreedores respecto de la liquidación de la sociedad de gananciales.

A tal objeto, existe un precepto específico que contempla los derechos de los terceros acreedores, el art. 1.317 C.c. (7), cuyo contenido “consiste en la relatividad o irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal, que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros”, según se relataba en la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 con ocasión de explicar la norma contenida en el párrafo tercero

(7) En cuya línea se encuentran el art. 26 de la Compilación aragonesa o la Ley 78 del Fuero de Navarra, como recuerda la STS de 17 de febrero de 1986 (Ar. 684); también, en igual dirección, art. 93/3 de la Ley del Parlamento Vasco 3/1992, de 1 de julio, sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco.

del artículo 1.322 de contenido análogo al actual art. 1.317.

Ahora bien, en la medida en que el art. 1.317 formula una declaración genérica de ausencia de perjuicio y en tanto que el art. 1.335, en orden a la invalidez de las capitulaciones, se remite a las reglas generales de los contratos, es lo cierto que, en línea teórica, y al igual que acontece con éstos, la ineficacia del negocio capitular puede tener diversos grados, de tal modo que parece posible instar la nulidad absoluta o su anulabilidad si la modificación carece de causa, es ilícita o simulada y, de igual modo, en línea de principio, el acreedor, que se considere perjudicado por el cambio de régimen económico, puede solicitar la rescisión por fraude (8).

Como resulta evidente, los acreedores han acudido a la variada gama de acciones antes anunciadas, siendo la solución judicial de lo más diversa, incluso en el seno del propio TS, que ha deducido del repetido art. 1.317 las más diferentes consecuencias y sanciones, vacilando entre la rescisión por fraude de acreedores con la consecuente nulidad parcial (STS de 30 de abril de 1990, Ar. 2813) o, incluso, rescisión por fraude con la secuela de la nulidad absoluta de las capitulaciones (STS de 30 de enero de 1986, Ar. 338) o deduciendo de dicho precepto simplemente la sanción de nulidad absoluta del negocio capitular (STS de 22 de diciembre de 1989, Ar. 8867) o, en fin, considerando que el mencionado art. 1.317 solamente sanciona la mera ausencia de eficacia de las capitulaciones frente a los acreedores con derechos adquiridos (STS de 24 de julio de 1991, Ar. 5418) que veda la posibilidad de ejercitar con éxito la acción de nulidad (STS de 19 de febrero de 1992, Ar. 1320) o

(8) *Vid.* pormenorizada exposición de tales posibilidades, en iguales términos, en la S. AT Madrid, Sala Primera, de 8 de junio de 1988 (RGD, 1988, p. 5385 ss.), confirmada por la STS de 15 de marzo de 1991 (Ar. 2261) y en la respuesta de la Subdirección General de Recaudación Ejecutiva de 12 de junio de 1989 (*Ciss Comunicación*, n. 79, Abril 1990, p. 20), con ocasión de exponer el contenido del artículo 1.317 C.c. En la doctrina, por todos, L. Díez PICAZO, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, 1984, vol. II, pp. 1498 y 1499.

la revocatoria por fraude (STS de 27 de octubre de 1989, Ar. 6965).

Tal disparidad de pareceres fácilmente se evidencia de la discrepancia puesta de relieve en la STS de 18 de julio de 1991 (Ar. 5399) entre el voto mayoritario, que declara la rescisión por fraude de acreedores de las capitulaciones, y el voto particular formulado por dos magistrados, que consideran que, ante la dicción del art. 1.317, “la acción rescisoria se ejercita de forma prematura”, debido a su carácter subsidiario.

42

Así las cosas, procede exponer a continuación la variada gama de pretensiones de los acreedores y de soluciones jurisprudenciales, para lo cual seguiremos un orden de mayor a menor probabilidad de éxito, comenzando con la consecuencia que predica *prima facie* el propio artículo 1.317 que consagra la simple imitación de eficacia, siendo suficiente acreditar el derecho adquirido con anterioridad a las capitulaciones para obtener esa irrelevancia o inoponibilidad, exponiendo a continuación el resto de acciones, de rescisión, nulidad o anulabilidad, puesto que las mismas tienen carácter extraordinario o subsidiario y se encuentran condicionadas a la concurrencia y prueba de todos los requisitos exigidos para el ejercicio general de dichas acciones.

1. La sanción derivada del art. 1.317 C.c.

En cuanto a la sanción derivada del repetido artículo 1.317, éste ha sido calificado por J. L. LACRUZ BERDEJO (9) en términos que se reproducen en la STS de 18 de julio de 1991 como una “norma necesaria, dado que sin ella el acreedor únicamente podría defenderse demostrando el fraude perpetrado por los esposos, cosa tanto más difícil cuando las convenciones sobre el régimen matrimonial no constituyen donaciones...”, y siendo la consecuencia que del

(9) Cfr. *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, vol. 1, 1990, p. 324.

mismo se deriva que, como destaca la referida STS, “conserva indemnes a los “derechos adquiridos” contra la modificación efectuada en las capitulaciones matrimoniales...”.

Pues bien, de tal apreciación —globalmente acertada— se pueden deducir dos conclusiones: primera, que no es necesario —ni procedente— ejercitar una acción rescisoria por fraude por cuanto que no se requiere la prueba —difícil— de la actuación fraudulenta de los cónyuges y, segunda, que habrá de acreditarse, para la aplicabilidad de la consecuencia que sanciona el mencionado precepto, la anterioridad de los derechos adquiridos.

1.1. *La anterioridad de los derechos adquiridos.*

Con respecto a este extremo, a la anterioridad, habida cuenta que en la expresión “derechos adquiridos” no parece que haya dudas de la inclusión no sólo de los derechos reales sino también de los derechos de crédito (STS de 18 de julio de 1991), centrándonos en éstos últimos, los derechos de crédito, y para el supuesto típico —y más problemático— de que la obligación se hubiese configurado a plazo, incorporada por lo general a una letra de cambio, no parece que sea susceptible de discusión que, como se ha destacado en la STS de 5 de junio de 1990 (Ar. 4733), “el crédito no surge con la sentencia de remate, ni tampoco con la expedición de una letra de cambio, que origina una obligación únicamente cambiaria; la obligación sustantiva surge cuando se concierta que una persona quede vinculada respecto a otra a dar o no dar, hacer o no hacer algo (art. 1.088 del Código civil)”.

En efecto, como ha puesto de relieve la respuesta de la Subdirección General de Recaudación Ejecutiva de 12 de junio de 1989, para las deudas tributarias contraídas antes de la liquidación y exigibles tras ella, el momento a partir del cual el tercero —la Hacienda Pública— ha adquirido los derechos es el del nacimiento de la deuda (el de la realización del hecho imponible *ex art. 28 LGT*), no el de su exigibilidad

(supeditada a la previa liquidación y notificación de la deuda al sujeto pasivo).

Dicho principio ha sido sostenido en la citada STS de 19 de febrero de 1992 en la que se toma en consideración, para la aplicación del art. 1.317 C.c. (también art. 41 LGT) a las deudas tributarias de un cónyuge, el momento en que se ha realizado el hecho imponible, si bien, como es lógico, en todo supuesto de obligación a término, sólo podrá exigirse la obligación cuando venza el crédito (una vez que la deuda es exigible) y, asimismo, es reiterado en la STS, Sala 3.ª, Secc. 7.ª, de 14 de diciembre de 1992 (*Impuestos*, 1993, n.º 5, p. 65 ss.), que considera de aplicación el art. 1.317 al haberse realizado el cambio de régimen económico después de levantada el acta de inspección por el descubierto de las deudas tributarias y a pesar de que todavía no se había procedido a la liquidación efectiva de los tributos por la Oficina correspondiente.

De conformidad con las premisas anteriormente expuestas, es obvio que no podemos compartir la conclusión de la anteriormente mencionada STS de 6 de diciembre de 1989, en la que se considera que el nacimiento de la deuda —y, en consecuencia, la adquisición de derechos por los acreedores— se produce no en la fecha de la aceptación y libramiento de la cambial por el esposo, sino en la de su exigibilidad y vencimiento (10).

En cualquier caso, el referido criterio, que rechazamos, no parece llamado a prosperar en nuestra jurisprudencia en torno al momento a partir del que habrán de determinarse los derechos adquiridos por los acreedores, siendo lo cierto que, por el contrario, no sólo se han llegado a incluir en dicho concepto los derechos de crédito vencidos, sino también aquéllos que “se encontraran en una situación de próximo y esperado vencimiento” (SSTS de 17 de febrero de 1986, Ar. 684, 17 de noviembre de 1987, Ar. 8406, y 27 de octubre de 1989, Ar. 6995), lo que resulta conforme con la tendencia jurisprudencial que considera de aplicación la acción pauliana no sólo cuando el crédito ha nacido con anterioridad a la enajenación fraudulenta (SSTS de 14 de octubre de 1987, Ar. 7099, 27 de marzo y 6 de abril de 1992, Ar. 2337 y 2942), sino también “si se demuestra que —ésta— se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías al acreedor de próxima y muy probable existencia” (SSTS de 14 de junio de

(10) *Vid.* en tal sentido, V. GUILARTE GUTIÉRREZ, “Fraude”, *cit.*, pp. 223 a 238.

1958, Ar. 2150, 2 de marzo de 1981, Ar. 684, y 18 de marzo de 1988, Ar. 2479).

Aparte de ello, la conclusión por la que nos inclinamos resulta confirmada por la reiterada jurisprudencia producida en torno a la fianza en garantía de deudas futuras, con respecto a la que, de conformidad con el artículo 1.825 C.c., también se sostiene que “la obligación del deudor de responder por deudas que puede contraer el afianzado ... nace en el momento de prestar la fianza ... con la ineludible consecuencia de responder desde dicho momento al pago de las deudas que en el futuro pudieran originarse en contra del obligado principal” (SSTS de 31 de octubre de 1984, Ar. 5153, 20 de febrero de 1987, Ar. 701, y 29 de abril de 1992, Ar. 4470, corrigiendo la tradicional postura, representada por la STS de 21 de noviembre de 1924, JC, t. 164, n.º 94, conforme a la cual se requiere la previa existencia de un vínculo jurídico del que surja la obligación a garantizar).

1.2. *Contenido de los derechos adquiridos.*

Una vez expuesto el criterio que, no sin vacilaciones, ha mantenido la mayoría de la doctrina jurisprudencial en torno al momento en que ha de determinarse la posible existencia de derechos adquiridos, corresponde ahora precisar su contenido concreto, para lo cual será menester distinguir entre el acreedor por deudas susceptibles de hacerse efectivas sobre los bienes gananciales en su integridad, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1.365 a 1.368 C.c. y concordantes del C de C (arts. 6 a 9) o Compilaciones Forales (Ley 84 de la Compilación Navarra y art. 42 de la aragonesa) y el acreedor de un cónyuge que no haya podido acreditar que su débito se encuentra incluido en los preceptos mencionados (11), porque las consecuencias que se derivan en cada supuesto son diferentes.

(11) No obstante, el TS (SS. de 20 de marzo y 19 de julio de 1989, Ar. 2186 y 5727, 2 de julio y 22 de octubre de 1990, Ar. 5765 y 8031, y 21 de mayo de 1992, Ar. 4919 ...), generalmente, ha considerado también que los supuestos a los que se refiere el art. 1.362 permiten que la responsabilidad consecuente pueda hacerse efectiva indiscriminadamente sobre el patrimonio ganancial, lo que no nos parece correcto, pues tal precepto se refiere a la relación interna entre los esposos a los efectos de determinar sobre qué patrimonio, el ganancial o el privativo del cónyuge que contrajo la deuda, recaerá definitivamente el gasto y, de lo contrario, quedarían,

Dicho contenido será expuesto a la par que se analizan en cada caso las dos pretensiones que de modo mayoritario han alegado los acreedores y que también en mayor medida han tenido éxito: la mera declaración de irretroactividad o inoponibilidad de las capitulaciones al amparo de lo dispuesto en el art. 1.317 y la rescisión por fraude de conformidad con lo preceptuado en los arts. 1.111 y 1.291/3.º, todos del C.c.

1.3. *Acreedor consorcial: inoponibilidad.*

En relación a los acreedores por deudas gananciales, éstos, con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, tenían la posibilidad de agredir directamente tanto los bienes privativos del cónyuge deudor como los gananciales en su integridad al amparo del artículo 1.369 C.c.

46

Ahora bien, conviene tener presente que, con arreglo al Derecho vigente, para que el acreedor pueda alegar un derecho adquirido para dirigirse directamente contra los bienes gananciales en su integridad ante una deuda contraída en solitario por uno de los cónyuges, será necesaria la previa calificación del débito como consorcial, lo que, al no presumirse dicho carácter según reiteradamente ha advertido la DGRN (12), deberá probar el acreedor (art. 1.214 C.c.) al amparo de alguno de los preceptos anteriormente enumerados del C.c., C de C o Compilaciones que determinan la ganancialidad frente a tercero de la deuda.

En nuestra opinión, para acreditar esta condición ganancial del débito, el acreedor deberá demandar a estos efectos

prácticamente, sin posibilidad de aplicación los arts. 1.364 y concordantes del C.c. (arts. 1.319/3, 1.398/2.º, 1.398/3.º, 1403 ...), referidos a los oportunos reintegros y reembolsos en dicho ámbito interno. *Vid.*, por todos, J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 417 ss.

(12) RR. de 16 de febrero, 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987 (Ar. 1067, 6572, 7664, 8732 y 8735), 5 de enero y 18 de marzo de 1988 (Ar. 207 y 2467) y las citadas de 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991.

también al esposo no deudor para que pueda discutir el carácter, ganancial o no, de la deuda contraída por su consorte, y, aunque ello no se comparta (13), sin embargo, al igual que ocurre si se quiere anotar en el Registro el embargo de bienes inmuebles gananciales concretos de la comunidad conyugal disuelta, cuando no figure inscrita la liquidación, en cuyo caso será necesario que la demanda se dirija contra ambos esposos (14), asimismo, a pesar de no reproducirse en la actualidad la disposición contenida en el antiguo art. 144/2 Rh, exigente de la demanda conjunta (15), será preciso también demandar al cónyuge no deudor si se pretende el embargo de inmuebles anteriormente gananciales que le han sido adjudicados tras la inscripción de la liquidación.

En efecto, ante tal pretensión del acreedor, no resulta en ningún caso suficiente la notificación dirigida contra el esposo no deudor apreciada en la STS de 20 de marzo de 1989 (Ar. 2186), puesto que la exigencia de la demanda frente a ambos cónyuges, contra el deudor en cuanto tal y contra su consorte como actual propietario del bien que se

47

(13) Parece claro que si el acreedor pretende agredir directamente los bienes gananciales por tratarse de una deuda comprendida en los términos de los arts. 1.365 y concordantes, el cónyuge no deudor, cotitular de los bienes gananciales, ha de intervenir en el pleito a los efectos de poder discutir la calificación —condición ganancial o no— de la deuda contraída por su consorte (arts. 24 CE y 144/1 Rh); no obstante, la DGRN considera suficiente la demanda contra el esposo deudor y la notificación al no deudor (RR. de 28 de marzo y 15 de abril de 1983, Ar. 1662 y 2266, 27 de mayo y 24 y 28 de noviembre de 1986, Ar. 3045, 6879 y 6881), lo que fue asumido por las SSTS de 26 de septiembre y 28 de noviembre de 1986 (Ar. 4790 y 6618); *vid.* también, con matices, apreciando que tal doctrina sólo es aplicable si se trata de acciones personales, pues si se ejercitan acciones reales, es preciso demandar a ambos esposos, SSTS de 4 de abril y 6 de junio de 1988 (Ar. 2651 y 4819), 16 de junio y 18 de diciembre de 1989 (Ar. 4691 y 8841), 25 de enero de 1990 (Ar. 24), 12 de junio de 1992 (Ar. 5125) y 27 de noviembre de 1992 (Ar. 9446) y 8 de mayo de 1993 (Ar. 3466).

(14) Art. 144/4 Rh y RR. DGRN de 22 de mayo y 3 de junio de 1986 (Ar. 3042 y 3838) y 11 de diciembre de 1991 (Ar. 9594).

(15) SSTS de 15 de febrero y 13 de junio de 1986 (Ar. 681 y 3547), 21 de julio y 17 de noviembre de 1987 (Ar. 5806 y 8049) y RR. DGRN de 6, 10 y 19 de noviembre de 1981 (Ar. 4745, 4746 y 4749) y 25 de enero de 1993 (Ar. 446).

pretende embargar, viene impuesta por los principios de tracto sucesivo y legitimación registral (16) y sólo puede excepcionarse en aquellos supuestos en que, en términos que posteriormente se expondrán, se hubiese perdido el beneficio de inventario (STS de 22 de octubre de 1991, Ar. 7860), sin perjuicio, en este caso, del derecho del deudor a hacer citar y emplazar a su consorte (arg. *ex art.* 1.084/2 C.c.).

Una vez acreditado el carácter consorcial del débito y su anterioridad —efectiva o previsible— al acceso al RC o RM —o al conocimiento del acreedor por cualquier cauce que enerva la necesaria buena fe— de la modificación del régimen económico, el acreedor ha de alegar la disposición contenida en el artículo 1.317 (SSTS de 19 de febrero y 15 de junio de 1992, Ar. 1320 y 5137) para dirigirse contra los bienes que tenían el carácter de gananciales con anterioridad a la liquidación de la sociedad legal, con independencia del cónyuge a quien hayan sido adjudicados y, además, sin necesidad de hacer previa excusión de los bienes privativos del esposo deudor (17) ni de acreditar la previa insolvencia de éste ni siquiera el fraude.

Esto es, habida cuenta que la indicación en el Registro de la modificación del régimen económico, con posterioridad a la contracción del débito no altera en absoluto dicho derecho adquirido de los acreedores a agredir directamente todos los bienes que constituían el patrimonio de la extinta comunidad conyugal, persiste la responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, en términos expuestos por

(16) Arts. 20 y 38 Lh y 140/1.º Rh y RDGRN de 25 de abril de 1986 (Ar. 2133) y 25 de enero de 1993 y en la doctrina, y allí referencias a favor y en contra, M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", *ADC* 1986, p. 517; L. F. RAGEL SÁNCHEZ, "El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales", *Centenario del Código Civil*, t. II, 1990, pp. 1682 y 1683; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 294 y V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, 1991, pp. 598 y 599.

(17) Cfr. R. BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones", *AAMN*, t. XXV, p. 123, nt. 112 y L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 1675 y 1676.

una reiterada doctrina jurisprudencial, que se comenzó a formar durante la vigencia del Derecho derogado fruto de la Ley de 2 de mayo de 1975 ante deudas contraídas por el marido que, con arreglo al derogado art. 1.408/1 C.c. y de modo bien diferente al Derecho vigente, podían hacerse efectivas sobre el patrimonio ganancial *in genere* sin más requisitos procedimentales para el acreedor (18).

Todo ello resulta, ahora, de conformidad con lo disciplinado en los arts. 1.401 y 1.402 C.c., que desarrollan lo dispuesto en el art. 1.317, sólo para los débitos gananciales, únicos a los que resultan de aplicación dichos preceptos, según específicamente resalta la STS de 28 de abril de 1988 y como asimismo presuponen las SSTS de 6 de diciembre de 1989 y de 19 de febrero y 15 de junio de 1992 citadas anteriormente; conforme al primero de los artículos mencionados, art. 1.401, si los esposos han realizado debidamente el inventario del activo y el pasivo, el acreedor conserva sus créditos contra el cónyuge deudor, que responderá con sus bienes privativos y con los gananciales que recibió en la liquidación, mientras que el no deudor sólo responde con los bienes anteriormente gananciales que se le adjudicaron, salvo que se trate de un débito previsto en el art. 1.319, en cuyo caso responde incluso con su patrimonio privativo, aunque subsidiariamente, una vez agotado el consorcial y el privativo de su consorte.

Ahora bien, si se omite el pasivo, como suele ser habitual en este tipo de capitulaciones con finalidad defraudatoria, entonces, resulta de aplicación lo dispuesto en los arts. 1.003 y 1.084, en virtud de la remisión del art. 1.402 (también art. 1.410) (19), en lo que no se suele reparar, y cuyas

(18) SSTs de 14 de mayo de 1984 (Ar. 2410), 26 de enero de 1985 (Ar. 200), 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986 (Ar. 681, 684 y 3547), 20 de febrero, 17 de noviembre y 21 de julio de 1987 (Ar. 701, 8406 y 5906), 28 de abril y 18 de noviembre de 1988 (Ar. 3299 y 8609).

(19) SSTs de 28 de abril de 1988, 25 de enero de 1989 (Ar. 109) y 22 de octubre de 1991.

consecuencias son más perjudiciales para el esposo no deudor que las derivadas constante el régimen legal pues el acreedor, que antes sólo tenía acción para dirigirse contra los bienes del deudor y los gananciales, ahora podrá reclamar la totalidad de la deuda de cualquiera de los cónyuges, en tanto que el no contratante responderá también *ultra vires* ante la pérdida del beneficio de inventario (arts. 1.018 y 1.024), esto es, con todos sus bienes presentes y futuros, los recibidos en la liquidación, los privativos que tuviera con anterioridad y todos los que posteriormente pueda adquirir bajo el nuevo régimen de separación de bienes, sin perjuicio de su derecho a repetir, en su caso, contra el deudor (art. 1.401/2; también art. 1.085).

En aplicación ya de la normativa actual —o al amparo del C de C que desde 1975 ha permanecido inalterado—, asumen tal planteamiento, con expresa mención del precepto en virtud del cual se declara el carácter ganancial de la deuda —aun incluyendo, en ocasiones, el art. 1.362 y, aunque, a veces, sin exigir la demanda conjunta para calificar el débito o para practicar la anotación de embargo del bien inscrito a nombre del cónyuge no deudor, lo que, según adelantamos, no compartimos—, las SSTS de 4 de mayo de 1987 (Ar. 3176, al amparo de los arts. 6 y 7 C de C), 10 de septiembre de 1987 (Ar. 6046, también aplicando el art. 6 C de C, si bien precisando que se requiere previa excusión con los bienes privativos del cónyuge deudor, lo que no es correcto), 2 de marzo de 1989 (Ar. 1750, con arreglo a los antiguos arts. 41/5.º y 42/1.º de la Compilación aragonesa), 20 de marzo de 1989 (Ar. 2186, de acuerdo con los arts. 1.365/2.º y 1.362/4.º C.c., aunque, como se ha dicho, estimando que no es necesario dirigir la demanda contra ambos adjudicatorios), 27 de junio de 1989 (Ar. 4788, de conformidad con el art. 6 C de C, si bien sin haberse demandado a ambos cónyuges para proceder a calificar el carácter de la deuda), 27 de octubre de 1989 (Ar. 6965, al amparo del artículo 1.365/2.º C.c.) y 7 de noviembre de 1992 (Ar. 9098).

En igual sentido, SSTS de 5 de junio de 1990 (Ar. 4733, por aplicación del art. 6 C de C), 22 de octubre de 1990 (Ar. 8031, de acuerdo con los arts. 1.365/2.º y 1.362/4.º C.c. y 6 y 7 C de C), 15 de marzo de 1991 (Ar. 2261, al amparo del art. 6 C de C), 19 de febrero de 1992 (Ar. 1320, al amparo del art. 1.366 C.c.) y 18 de abril de 1992 (Ar. 3309, en aplicación del art. 42 de la Compilación aragonesa, de nuevo habiéndose dirigido la demanda ejecutiva sólo contra el marido deudor) y, con igual planteamiento, si bien con menor nivel técnico, al

no justificar el carácter ganancial de la deuda en ningún precepto concreto, se producen las SSTS de 14 de octubre de 1987 (Ar. 7099, presuponiendo tal calificación dada la íntima relación del consorcio con la entidad demandante afianzada) y 24 de julio de 1991 (Ar. 5418, acreditando que el cónyuge deudor es comerciante y que la deuda tiene origen en su actividad comercial).

2. Rescisión por fraude.

2.1. *Acreedor consorcial: desestimación.*

Como fácilmente se deduce del panorama normativo antes expuesto y de la interpretación que del mismo han efectuado mayoritariamente nuestros Tribunales, frente a la solicitud de rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores, la conclusión no puede ser otra que la que también de modo mayoritario ha destacado buena parte de la jurisprudencia del TS: la aplicación del art. 1.317, no menos que la de los arts. 1.401 y 1.402, veda el éxito de la acción rescisoria, debido a su carácter subsidiario, consagrado en los arts. 1.291/3 y 1.294 en combinación con el art. 1.111, todos del C.c.

En efecto, dicha subsidiariedad característica de la acción revocatoria (SSTS de 27 de marzo y 6 de abril de 1992, Ar. 2337 y 2942) impide su procedencia cuando la relación de que se trata esté regulada por otro precepto legal, como ha declarado de antiguo el TS (SS de 5 de abril y 3 de diciembre de 1929 (20)), siendo, por ello, en nuestro caso, innecesario e improcedente rescindir las capitulaciones por cuanto que persiste —si el acreedor lo alega por el cauce adecuado, según señalamos— la responsabilidad prevista *ex legem* (SSTS de 10 de septiembre de 1987, Ar. 6047, y 20 de marzo de 1989, Ar. 2186), de lo que se deduce que una demanda planteada exclusivamente con tal petición rescisoria será desestimada en su integridad (SSTS de 15 y 17 de

(20) JC, t. 188, n.º 167 y t. 191, n.º 113, respectivamente.

febrero y 13 de junio de 1986 y 25 de enero de 1989 (21)).

Por todo ello, es oportuno instar además, y con carácter previo o principal, al amparo del art. 1.317, la declaración de inoponibilidad, irretroactividad, irrelevancia o ineficacia en lo perjudicial para el acreedor de las capitulaciones que sean posteriores, en los términos antes anunciados, a la deuda cuya satisfacción se reclama, en cuyo caso, si así se ha solicitado expresamente —o con la suficiente flexibilidad en la proposición que permita deducir tal intención—, será estimada la demanda en este extremo, rechazando en cualquier caso la pretendida rescisión (SSTS de 17 de noviembre de 1987, Ar. 8406, y 5 de junio de 1990, Ar. 4733), de conformidad con la reiterada doctrina de la Sala 1.^a del TS que “establece la necesidad de juzgar sobre la formulación de los pedimentos de modo elástico, flexible, lógico y práctico, en aplicación de los principios procesales de economía, de eficacia y del conocimiento y fijación de los derechos por los Tribunales siempre que no se altere la causa de pedir y no se produzca indefensión” (STS de 27 de octubre de 1989, Ar. 6965).

De acuerdo con tales conclusiones, estimamos carentes de validez general y ciertamente dudosos, incluso en el caso concreto, al menos desde una perspectiva técnico-jurídica, los pronunciamientos contenidos en la STS de 30 de enero de 1986 (Ar. 338) en la que, bajo la vigencia del derecho derogado, se accede a la petición de rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude ante una deuda del marido, ganancial *ex derogado* art. 1.408/1.º salvo que se demostrase fraude o contravención, y en la cual, frente a la alegación de la improcedencia de la rescisión siendo suficiente la consecuencia de la inoponibilidad o irretroactividad de la modificación del régimen económico derivada de la aplicación del art. 1.317, el TS declara que dicho precepto precisamente “trata de evitar el posible fraude a los terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas perderán su eficacia... —cuando— fueron destinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes y desde luego probado este fraude ... ha de acordarse su rescisión...”.

(21) Ar. 681, 684, 3547 y 109 y STS de 7 de noviembre de 1992. En la doctrina, por todos, y allí referencias, L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 1678 y 1679 y V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión, cit.*, p. 603 ss.

Dicho planteamiento ha sido asumido en sus mismos términos, para el Derecho vigente, por la S. AT de Valencia, Sala 2.^a, de 25 de marzo de 1987 (RGD, 1987, p. 3455 ss.), en la que, después de considerar la deuda ganancial *ex arts.* 1.362/4 y 1.365/2 C.c., se accede a la rescisión de las capitulaciones por fraude de acreedores, así como por la S. AT de Sevilla, Sala 2.^a, de 6 de febrero de 1987 (RGD, 1987, p. 4440 ss.), lo que, con razón, fue rechazado por la STS de 25 de enero de 1989 (Ar. 109), que revoca la S. de la AT últimamente citada.

2.2. Acreedor privativo: viabilidad si reúne los requisitos.

Sin embargo, en todos los supuestos en que no se haya podido acreditar la condición ganancial de la deuda y, en consecuencia, el débito deba reputarse privativo, el acreedor no puede esgrimir ya la mencionada inoponibilidad de la sustitución del régimen económico, al amparo del art. 1.317, por causa de que las capitulaciones sean posteriores a la fecha en que se contrajo la deuda, no tanto porque dicho precepto no sea aplicable a los débitos privativos, sino por la ausencia de beneficio de la invocación del mismo.

En efecto, el reiterado artículo 1.317 sólo protege los derechos adquiridos y, con anterioridad a la modificación del régimen económico, el acreedor privativo, como acertadamente ha venido manifestando la DGRN (22), no tenía un derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, sino sólo los bienes privativos del cónyuge deudor y, subsidiariamente, los gananciales, a salvo la parte que en el patrimonio ganancial tenía interesado el esposo no deudor si éste así lo solicitaba al amparo del artículo 1.373, que ya no resulta aplicable tras la disolución de la sociedad (23).

Así, como precisa esa misma doctrina de la DGRN, si

(22) RR. de 16 de febrero, 29 de mayo, 18 y 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987 (Ar. 1067, 3932, 6568, 6572, 7664, 8732 y 8735), 5 de enero, 18 y 25 de marzo de 1988 (Ar. 207, 2560 y 2567), 29 de mayo de 1989 (Ar. 4011), y las mencionadas de 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991.

(23) Asimismo, las SSTs de 8 de octubre de 1990 (Ar. 7482), 20 de noviembre de 1991 (Ar. 8415) y 28 de septiembre de 1993 (La Ley 13.419/1993) destacan la inaplicabilidad del art. 1.373 C.c. tras la disolución de la sociedad legal.

en el momento de practicarse la traba y notificarse al cónyuge deudor, se había producido con eficacia frente a terceros de buena fe el cambio de régimen, el embargo sólo es posible, o bien sobre la parte que ostente el esposo deudor si todavía no se ha verificado la partición, o bien sobre los bienes que le corresponden tras la liquidación, y, dado que los arts. 20 y 38 de la Lh impiden que se pueda anotar el embargo sobre los bienes adjudicados al no deudor, lo único que les queda a los acreedores privativos es la rescisión, si procede, de la partición, lo que, en su día, podrá provocar la pertinente anotación preventiva de demanda, demostrando que dichas capitulaciones no tenían otro objeto que el de procurar una insolvencia frente a las obligaciones válidamente contraídas por el esposo deudor —y siempre que las cosas no estén legalmente en poder de tercero de buena fe, como preceptúa el art. 1.295/2 C.c.—.

54 Ahora bien, para la prosperabilidad de tal remedio, habrá de prestarse especial atención, de nuevo, a su carácter subsidiario consagrado en los artículos 1.111, 1.291/3.º y 1.294 C.c., pues dicha condición hace inviable la procedencia de la referida pretensión, siguiendo parte de la enumeración de MUCIUS SCAEVOLA (24), tanto, desde una dimensión económica, cuando no se haya acreditado la imposibilidad del acreedor para cobrar el crédito (STS de 14 de octubre de 1987, Ar. 7099), cuanto, desde una perspectiva procesal, si no se han agotado las posibilidades de procedimientos iniciados con anterioridad (SSTS de 24 de noviembre de 1988, Ar. 8705, y 27 de mayo de 1992, Ar. 4386).

En cualquier caso, precisamente por el carácter subsidiario de este remedio, en puridad, el acreedor que pretenda rescindir las meritadas capitulaciones ha de alegar que, previamente, ha tratado de demostrar la condición ganancial del crédito, pues, de lo contrario, dicha pretensión deberá

(24) *Cfr. Código Civil comentado y concordado extensamente*, t. XX, 1958, pp. 959 a 961; en iguales términos, S. AT Cáceres de 26 de mayo de 1987 (RGD, 1988, p. 6538 ss.).

desestimarse, en tanto que, se reitera, para los débitos con-
sorciales existe un marco legal específico que impide la via-
bilidad de la mencionada rescisión.

Este último aspecto resulta imprescindible para acreditar el cumpli-
miento de todos los requisitos necesarios para el ejercicio con éxito de
la mentada rescisión; así, la STS de 25 de enero de 1989 (Ar. 109)
rechaza la rescisión por fraude porque “la actora disponía, con carácter
previo al ejercicio de la presente acción rescisoria, de otro recurso legal:
el de dirigir su acción ordinaria contra los demandados, en la seguridad
de que la masa de bienes gananciales, independientemente del cónyuge
en cuyo poder estuviesen después de las capitulaciones matrimoniales,
habrá de responder de la deuda contraída...”, de tal modo que considera
incumplida la exigencia de la subsidiariedad de la acción rescisoria por-
que “no consta, ni aun ha sido alegado en momento alguno por la
actora, que tal crédito no recayese sobre la sociedad de gananciales...”.

Con parecido planteamiento, en el voto particular formulado a la
STS de 18 de julio de 1991 (Ar. 5399), los Magistrados discrepantes se
adhieren a la afirmación del Juzgado de Instancia y concluyen que “la
acción rescisoria se ejercita “de forma prematura”, en tanto que, entre
otras razones, “no es preciso siquiera para obligar la finca adjudicada a
la esposa por deudas de la sociedad conyugal, obtener la previa rescisión
del negocio de separación de bienes...”, señalando que si, en el
caso, el acreedor, en lugar de instar la rescisión, hubiera solicitado la
declaración de no oponibilidad de la modificación del régimen econó-
mico “quizás, se habrían acordado por el Juzgado y por la Audiencia
de habérselos así pedido” —lo que pone de relieve la importancia de
una buena defensa jurídica, ya que veladamente reconocen que en este
punto no le es dado al Juez actuar *ex officio*—.

55

En este extremo, la STS de 9 de julio de 1990 (Ar.
5788) sitúa el tema en sus justos términos, cuando pone de
relieve que no se trata de excluir de modo absoluto y para
todo supuesto litigioso la posibilidad de impugnar, por vía
revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de las ca-
pitulaciones matrimoniales que se estimen hechas en fraude
de acreedores, sino que tal posibilidad se ha de ajustar, con-
dicionar o posponer “a que previamente el acreedor haya
tratado de obtener la satisfacción de su crédito ejercitando
su acción contra los esposos deudores, en la seguridad de
que la masa de bienes antes gananciales, independiente-

mente del cónyuge en cuyo poder estuvieren después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída (artículos 1.401 y 1.402 del Código civil)”, de tal modo que, como se considera que “dicho recurso legal previo ya ha sido intentado, sin éxito...” (25), en consecuencia, tratándose de un acreedor privativo, se accede a la petición rescisoria al considerar cumplidos el resto de los requisitos exigidos para su viabilidad.

56 Por todo lo expuesto, no podemos compartir, con independencia de la justicia del supuesto concreto, la solución de diversas sentencias del Supremo que acceden a la vía rescisoria sin la exigencia de la previa justificación de la infructuosidad de la calificación de ganancialidad de la deuda y de la alegación de lo dispuesto en el art. 1.317, como ha acontecido en las SSTs de 19 de febrero de 1990 (Ar. 695), donde se considera irrelevante tal extremo y, además, se declara, como consecuencia de la rescisión, la nulidad de la escritura capitular, y de 30 de abril y 29 de octubre del mismo año 1990 (Ar. 2813 y 2864), que resultan de interés porque, frente a la desafortunada decisión anteriormente mencionada, expresamente concluyen que la consecuencia de la rescisión por fraude es la nulidad parcial en lo que perjudique al acreedor, lo que es acertado y conforme con el más elemental principio de conservación del negocio, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial (SSTs de 19 de febrero y 15 de junio de 1992 (26)), y no

(25) En el caso, es dudoso que se haya cumplido tal requisito, puesto que se interpusieron dos juicios ejecutivos contra el cónyuge deudor, en los que no existe posibilidad de dilucidar el carácter de la deuda y acreditar su condición consorcial, según se advirtió en la RDGRN de 23 de noviembre de 1983 (Ar. 7033) y en buena parte de las resoluciones citadas *retro* (nt. 12). *Vid.*, por todos, V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión*, cit., pp. 583 y 584 y la opinión contraria en A. OCAÑA RODRÍGUEZ, *Deudas y sociedad de gananciales*, 1992, p. 216, quien añade, además, que la acción de rescisión no es subsidiaria de la derivada del 1.317 (*ibidem*, pp. 221 y 222).

(26) *Cfr.*, con amplia información en tal sentido, S. AP Madrid, Sección 13.ª, de 7 de julio de 1992 (RGD, 1993, p. 575 ss.) y, en la doctrina, por todos, F. DE CASTRO, “La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código civil”, *RDP* 1932, p. 204; B. MORENO QUESADA, *Comentario Ministerio*, cit., II, pp. 522 y 523 y V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión*, cit., p. 584.

la ineficacia total del negocio capitular que, sin embargo, también había apreciado la STS de 30 de enero de 1986.

Con igual criterio, de nuevo sin la exigencia de la acreditación de previa infructuosa calificación de ganancialidad, aunque también sólo en lo relativo a la transmisión del inmueble litigioso, la STS de 18 de julio de 1991, ante una deuda contraída por el marido comerciante como consecuencia de relaciones comerciales y sin haberse probado el carácter ganancial del débito, a pesar de la amplia protección que le confieren al acreedor los arts. 6 y 7 C de C, declara la rescisión por fraude de las capitulaciones, casando las de instancia, y ello a pesar de la existencia de un nutrido cuerpo jurisprudencial que considera que la apreciación del fraude es una cuestión de hecho reservada al Juez *a quo* (STS de 6 de abril de 1992, Ar. 2942).

En la misma línea se había producido la STS de 8 de julio de 1988 (AC 894/1988-2), si bien, al menos, después de haber quedado acreditada la intención defraudadora en la instancia, y en la que se accede a la nulidad (*rectius*, rescisión por fraude) de las capitulaciones ante una deuda privativa anterior a dicha modificación y se declara que no es necesario previamente instar la aplicación de los arts. 1.317 y 1.401, tras la declaración de ganancialidad de la deuda, pues "... poco importa ... que la obligación cambiaria fuese contraída solamente por el esposo, o las específicas asignaciones a los bienes gananciales de determinadas deudas, cuando, como quedó expresado, el otorgamiento de tales capitulaciones no tenía otro objeto que el de procurar una insolvencia frente a las obligaciones válidamente contraídas por el demandado...".

57

En cualquier caso, por todo lo dicho, no podemos participar de las afirmaciones vertidas en la STS de 21 de mayo de 1992 (Ar. 4919), en la que se concluye la inoponibilidad al acreedor de la modificación capitular al amparo del art. 1.317 ante la adjudicación a la esposa de un crédito de su marido y se declara que "al actuarse así se perjudicó al ... —acreedor—, tanto si se entiende que era acreedor de la sociedad de gananciales (art. 1.362-3.º del C.c.), como si lo era sólo del marido, y esto contraviene el art. 1.317...", pues ya hemos destacado cómo el marco legal previsto es distinto en uno y otro caso y, en consecuencia, los preceptos a aplicar son diferentes y, por tanto, los requisitos exigidos no son iguales (así, la rescisoria dura cuatro años *ex* art. 1.299; la del art. 1.317, quince *ex* art. 1.964), salvo que,

como parece que se deduce de las supradichas SSTs de 19 de febrero y 15 de junio de 1992, que concluyen la misma solución a pesar de aplicar distintos artículos, 1.317 y 1.111 C.c. respectivamente, se entienda que resulta indiferente la normativa invocada y el cauce procesal utilizado por el acreedor en la medida en que, en cualquier caso, el resultado es idéntico.

No compartimos dicha solución porque, a nuestro parecer, sólo puede acudirse a la vía rescisoria, por su condición subsidiaria, con posterioridad a haberse rechazado el carácter ganancial del débito, resultando sólo entonces, si se cumplen el resto de sus requisitos, de aplicación el art. 1.111, ante la ineffectividad de la disposición contenida en el art. 1.317, siendo, únicamente con tales presupuestos, la solución parecida: la ineficacia del negocio capitular sólo en lo que perjudique al acreedor, con los matices anteriormente destacados.

58

3. Otras pretensiones: difícil prosperabilidad.

En cuanto a otras posibilidades de impugnación de las capitulaciones por los acreedores, ya hemos destacado que resultan altamente desaconsejables, no sólo por las dificultades probatorias que conllevan sino, fundamentalmente, por su difícil viabilidad, ante la falta de fundamento en el Derecho positivo de las mismas; con todo, como han sido alegadas por los acreedores —y, en ocasiones, admitidas por la jurisprudencia— procede ahora, siquiera sucintamente, su exposición.

3.1. *Nulidad absoluta de las capitulaciones.*

A) *Improcedencia de tal sanción.*

Así, en lo que se refiere a las pretensiones de los acreedores que tienen por fundamento y finalidad la nulidad

de las capitulaciones matrimoniales, se han pretendido justificar por muy distintas causas, todas ellas de muy difícil viabilidad desde el momento en que tal conclusión no puede deducirse mecánicamente de lo dispuesto en el artículo 1.317, como erradamente ha concluido la STS de 22 de diciembre de 1989 (Ar. 8867).

Dicha conclusión se contradice radicalmente con la reiterada doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, que admite la persistencia de la responsabilidad prevista en la ley para los derechos adquiridos por el acreedor consorcial al amparo de los arts. 1.317, 1.401 y 1.402 en combinación con el art. 1.084, que hace innecesario acudir a la nulidad de las capitulaciones (STS de 20 de marzo de 1989) y, más abiertamente, contraviene la admisión, para el acreedor privativo, de la rescisión por fraude (STS de 29 de octubre de 1990), pues la misma es subsidiaria con relación a la nulidad, sobreponiéndose ésta a la primera, según reiterada jurisprudencia (STS de 29 de enero de 1992) (27).

59

Todo ello evidencia la difícil prosperabilidad de una pretensión que tenga por base exclusivamente la nulidad o que no se plantee con la suficiente flexibilidad que permita al TS deducir la intención rescisoria puesto que, por una parte, el TS, a salvo el desafortunado fallo mentado de 22 de diciembre de 1989, no considera, con razón, que tal sanción de nulidad del negocio capitular venga impuesta por ningún precepto del C.c., “puesto que no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa, sino hacer efectivos sobre

(27) Ar. 150. Dicha conclusión, destacada ya por MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 599, ha sido asumida por la jurisprudencia del TS, que, en diversas ocasiones en que se solicitó al amparo del art. 1.317, la nulidad, estimó, atendiendo al contenido de la petición, y no a la terminología, la rescisión por fraude (STS de 9 de julio de 1990) o por lesión (STS de 24 de julio de 1990, Ar. 6178) o, instándose la nulidad y la rescisión, apreció ésta y no aquélla (STS de 30 de abril de 1990). *Vid.*, en la doctrina, y allí información, L. F. RAGEL SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 1670 y 1671 y V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión, cit.*, p. 584, quienes rechazan también, con parecidos argumentos a los que se expondrán en el texto, la nulidad por simulación o ilicitud de causa.

ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial”, como, con acierto, se destaca en la STS de 19 de febrero de 1992.

Además, por otra parte, no existen razones suficientemente justificativas en las que fundamentar la nulidad del negocio capitular ante el tenor de los artículos 1.315, 1.325 y 1.392/4.^a C.c. ni resultan las mismas de fácil prueba —ni conocimiento— para un tercero ajeno al mismo si en el documento aparecen los datos patrimoniales correctamente presentados.

60 En efecto, como también ha declarado el TS, “la consecuencia de la nulidad absoluta por disparidad entre el acto ejecutado y el precepto imperativo o de *ius cogens*, no se origina cuando la norma vulnerada tenga previsto efectos distintos para el supuesto de que tal contradicción se produzca...”, de tal modo que, en tanto que los artículos 1.401 y 1.402 del Código civil, en desarrollo y complemento de lo dispuesto con carácter general en el art. 1.317 prevén una sanción específica, ésta será de aplicación prevalente (STS de 13 de junio de 1986), de tal manera que “esa vulneración de lo preceptuado encuentra luego su correspondiente tutela...” (STS de 30 de abril de 1990), no requiriéndose, para su efectividad, de declaración de nulidad de clase alguna (STS de 10 de septiembre de 1987), ya que “en definitiva la vulneración del art. 1.317 no origina la nulidad radical del acto impugnado, sino que de conformidad con el espíritu que informa el art. 6/4 C.c. hay que pensar que los efectos de tal vulneración son distintos a la propia nulidad: la falta de perjuicio a los derechos ya adquiridos por terceros” (SSTS de 19 de febrero y 15 de junio de 1992).

B) Fundamento de la pretendida nulidad.

Una vez concluido que no puede derivarse mecánicamente la nulidad absoluta del negocio capitular de ningún precepto que así lo imponga, cuando el acreedor vea bur-

lados sus legítimos derechos adquiridos, corresponde a continuación exponer algunas de las diferentes razones por virtud de las cuales los acreedores pretenden justificar dicha sanción.

a) Acción de nulidad por simulación.

Por lo que se refiere a la acción de nulidad por simulación, en ocasiones admitida por alguna decisión de las Audiencias (28) y aceptada, *obiter dictum*, por la STS de 19 de febrero de 1990, estimamos que resultará sumamente improbable conseguir la declaración de nulidad de la modificación capitular por simulación y así se evidencia ante el rechazo de tal petición en numerosas sentencias de Audiencias (29), pues, por regla general, al igual que se señala en la STS de 30 de abril de 1990, el Juez habrá de concluir que, dado que “la realidad comercial del cambio de capítulos es indiscutible”, no “puede hablarse de una inexistencia de la verdad del contrato llevado a cabo”.

61

Además, tal pretensión de nulidad por simulación resulta, como hemos adelantado que exponía la STS de 18 de julio de 1991, reproduciendo las palabras de J. L. LACRUZ BERDEJO, “tanto más difícil cuando las convenciones sobre el régimen matrimonial no constituyen donaciones ni siquiera si, como en la comunidad universal, implican desplazamientos sin corresponsivo”.

b) Acción de nulidad por ilicitud de causa.

En otras ocasiones, el acreedor interpone contra las capitulaciones matrimoniales una acción de nulidad por ilicitud

(28) SS. AT de Oviedo de 7 de septiembre de 1987 (RGD 1987, p. 2355 ss.) y AP de Madrid, Sección 12.ª, de 27 de noviembre de 1990 (RGD, 1991, p. 4269 ss.).

(29) SS. AT Pamplona de 9 de enero de 1987 (RGD, 1988, p. 2355 ss.), AT Valencia, Sala 2.ª, de 25 de marzo de 1987 (RGD, 1988, p. 2355 ss.), AT Zaragoza de 4 de mayo de 1987 (RGD, 1988, p. 3117 ss.) y AT La Coruña, Sala 1.ª, de 22 de mayo de 1987 (RGD, 1988, p. 4072 ss.) y STS de 28 de abril de 1993 (Ar. 2952).

de causa, siendo ello admitido por la S. AT de Cáceres de 22 de junio de 1985 (RGD, 1986, p. 2368 ss.); ahora bien, dicha pretensión tiene, de nuevo, muy dudosa prosperabilidad ante la permisibilidad sin condicionamientos de modificación del régimen económico mediante el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales consagrada en el C.c.

Así, se ha rechazado en la STS de 31 de enero de 1985 (Ar. 31) y en numerosas sentencias de las Audiencias (30) y, asimismo, la mencionada STS de 30 de abril de 1990 desestima tal pretensión en términos suficientemente sintomáticos de su inviabilidad práctica o, al menos, de la dificultad de su estimación, cuando señala que no puede entenderse “ni la existencia ni la ilicitud de la causa que determinan esa realidad radical —realidad negocial del cambio de capítulos—, ya que, es claro que el propio intercambio de prestaciones y derechos que entre los interesados se efectuó mediante esa modificación de su precedente régimen capitular, se integra o constituye la razón de ser del negocio realizado...”.

62

3.2. *Acción en vía subrogatoria.*

Todavía le cabría al acreedor la posibilidad de ejercicio, en vía subrogatoria, de las acciones que corresponden o puedan corresponder al cónyuge deudor, si bien, en cualquier caso, tales acciones subrogatorias, de carácter subsidiario (SSTS de 12 de marzo de 1984, Ar. 1216, y 24 de noviembre de 1988, Ar. 8705), aparecen todavía con menos probabilidades de éxito, como se evidencia de que de ello no hayamos encontrado ejemplos en la práctica forense.

(30) SS. AT Valencia de 22 de febrero de 1985 (RGD, 1985, p. 1452 ss.), AT Pamplona de 9 de enero de 1987 (RGD, 1988, p. 1503 ss.), AT Bilbao de 20 de abril de 1988 (RGD, 1989, p. 5080 ss.) y AP Valencia, Sección 6.ª, de 8 de junio de 1991 (La Ley, 14088-R./1991) y STS de 28 de abril de 1993.

A) Acción rescisoria por lesión.

Si se acepta la posibilidad de rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales por lesión en más de la cuarta parte del lote concedido, según admite la jurisprudencia por aplicación del art. 1.074 a tenor de la remisión del art. 1.410, ambos C.c. (31), lo que, a nuestro juicio, es bastante dudoso (32), pudiera entonces admitirse la facultad del acreedor de solicitar dicha rescisión en vía subrogatoria en favor del cónyuge deudor, como propone L. F. RAGEL SÁNCHEZ (33); no obstante, y aunque así parece aceptarse por el TS, siquiera *obiter dictum*, para la rescisión por lesión *ultra dimidium* de la Compilación catalana (SSTS de 12 de marzo de 1984, Ar. 1216, y 4 de noviembre de 1991, Ar. 7931), no deja de ser cuestionable la viabilidad de tal acción subrogatoria como había destacado F. DE CASTRO (34).

63

En todo caso, será necesario que “el perjuicio sea probado y que exceda de lo tolerable”, de tal modo que la carencia de la prueba de la lesión conlleve la desestimación de la pretensión rescisoria (SSTS de 4 de diciembre de 1985, 7 de noviembre de 1990 y 28 de mayo de 1992, Ar. 4391), lo que, de la misma manera, acaecerá, cuando haya transcurrido el plazo de cuatro años del art. 1.076 desde que se hizo la partición (STS de 6 de junio de 1990), todo lo cual, unido al carácter subsidiario propio de toda acción subrogatoria, evidencia que dicha pretensión, al igual que la acción rescisoria por fraude, está condicionada a mayores requisitos que la acción genérica derivada del art. 1.317 para el

(31) La rescisión por lesión de la liquidación de la sociedad de gananciales había sido aceptada al amparo del Derecho anterior a 1981, con arreglo al cual era más dudoso, desde luego, su reconocimiento, por la STS de 11 de junio de 1983 (Ar. 3518) y, en la misma línea, las SSTS de 4 de diciembre de 1985 (Ar. 6202) 6 de junio y 7 de noviembre de 1990 (Ar. 4739 y 8532) presuponen *obiter dictum* que es aplicable a la partición y liquidación de los bienes gananciales el artículo 1.074 y, en igual sentido, se pronuncian ya como fundamento de la decisión las SSTS de 24 de julio de 1990 (Ar. 6178) y 26 de enero de 1993 (La Ley 12.929/1993) y las SS. AT de Bilbao de 20 de abril de 1988 (RGD, 1989, p. 5080 ss.) y AP de Oviedo, Sección 1.ª, de 18 de mayo de 1991 (RGD, 1992, p. 2194 ss.).

(32) *Vid.*, al respecto, las observaciones de J. DELGADO ECHEVERRÍA en CCJC, n.º 3, 1983, pp. 762 a 764.

(33) *Op. cit.*, p. 1680, nt. 67.

(34) *Cfr. El negocio jurídico*, 1971, p. 525.

acreedor consorcial, lo que, indudablemente, limita su prosperabilidad, por lo que resulta desaconsejable cuando el acreedor pueda probar —y debe hacerlo por ser una acción subsidiaria— el carácter ganancial de la deuda y buena prueba de ello es que no hemos encontrado ningún caso en que el acreedor haya solicitado en vía subrogatoria la rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales.

B) Acción de anulabilidad.

64

Podría pensarse también en la posibilidad del acreedor de subrogarse en el ejercicio de la acción de anulación de las capitulaciones que, sin duda, corresponde a cada esposo en virtud de cualquiera de las causas señaladas en los arts. 1.300 y 1.301 (STS de 9 de septiembre de 1985, Ar. 4257); sin embargo, también resulta altamente dudoso que el acreedor pueda subrogarse en el ejercicio de una acción como la de anulación de unas escrituras que, en principio, afecta esencialmente al régimen económico interno del matrimonio, sin perjuicio de las enormes dificultades prácticas que para un tercero ajeno a dichas escrituras capitulares se presentan para apreciar —y acreditar— la concurrencia de una causa de anulabilidad.

Aparte de ello, en fin, conviene advertir que ante el ejercicio de la acción de anulación por el acreedor, todavía le quedaría al cónyuge con derecho a invocar la causa de anulabilidad, la posibilidad de confirmar dichas capitulaciones (art. 1.309 ss. C.c.), vedándole, en consecuencia, tal facultad anulatoria al acreedor que, para su debido resarcimiento, deberá ejercitar, entonces, la pertinente acción rescisoria por fraude cuando se cumplan los requisitos exigidos para la misma en términos suficientemente apuntados con anterioridad.

3.3. Delito de alzamiento de bienes.

Parece oportuno también destacar que el presupuesto fáctico sobre el que hemos centrado nuestra atención pre-

senta un grave riesgo, consistente en la posibilidad de incurrir los cónyuges mediante el procedimiento capitular en ilícito penal en virtud de lo dispuesto en el art. 519 CP, lo que conviene tener presente ante las consecuencias que de tal calificación se derivan.

En efecto, en diversos fallos se ha estimado que los esposos han cometido el delito de alzamiento de bienes con el otorgamiento de las escrituras capitulares: así, frente al criterio sustentado por la STS de la Sala de lo Penal de 1 de febrero de 1991 (Ar. 682), en la que se absuelve a ambos cónyuges del delito de alzamiento a que les había condenado la Audiencia, declarando el TS que resulta suficiente tutela de los derechos del acreedor la aplicación del art. 1.317, sin necesidad de contener pronunciamientos condenatorios de orden penal ni declarar la nulidad de las escrituras capitulares, sin embargo, tal posibilidad se había ya intuido nítidamente en la STS de la Sala de lo Civil de 19 de febrero de 1990 (Ar. 695), que se circunscribe a reproducir —y asumir— el pronunciamiento penal condenatorio y a dilucidar los efectos civiles derivados del mismo.

65

De modo más tajante, en diversos pronunciamientos de la Sala 2.^a del TS no sólo se analiza el ilícito penal, sino que también se contienen pronunciamientos en cuanto a la validez —es decir, declarando la nulidad— de las escrituras capitulares, como por ejemplo acaeció en los supuestos enjuiciados en las SS. de 15 de abril y 14 de mayo de 1991 (Ar. 2779 y 3653).

Pues bien, si hasta el momento, han quedado evidenciados los riesgos que corren los cónyuges con tal proceder, la situación de peligro se verá sustancialmente aumentada en la STS (Sala 2.^a) de 11 de noviembre de 1991 (Ar. 8032), en la que, ante parecido supuesto de hecho, se confirma la Sentencia de Instancia que había impuesto la condena penal también a la esposa en calidad de cooperadora necesaria del marido autor del delito de alzamiento de bienes.

Dados los objetivos perseguidos en esta última parte de la exposición —poner de relieve la posibilidad de incurrir en ilícito penal mediante el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales— no parece, a estas alturas, oportuno detenerse en el razonamiento utilizado por el TS para apreciar el carácter de la intervención de la esposa; simplemente, destacaremos que el TS, tras argumentar con razonamientos de técnica jurídico-penal, considera como verdadero indicio revelador de que la mujer colaboró en esa conducta ilícita de su esposo “el parentesco existente entre ambos con la intimidad que ello supone y que necesariamente tenía que ser de cordialidad y buen trato cuando... —el esposo— accedió a poner el piso a nombre de... —su mujer—, lo que sería inconcebible si en el matrimonio no hubieran existido buenas relaciones, que, por otro lado, evidentemente nadie ha puesto en duda”.

Cuando menos, es altamente discutible que el dato precedentemente expuesto constituya un elemento suficiente para apreciar el requisito de dolo en el partícipe que el artículo 14/3 CP exige para la participación en calidad de cooperador necesario y evidencia, una vez más, la concepción del matrimonio que tiene el TS como unidad de destino en constante conspiración para burlar permanentemente los intereses del acreedor, salvo prueba de notorias desavenencias o falta de comunicación entre los cónyuges, planteamiento de principio con respecto al cual, al margen de su contradicción con los datos legales (art. 71 C.c.), no hace falta advertir del alcance y gravedad de los efectos que su generalización puede ocasionar en el ámbito penal.

IV. Conclusión

Como corolario de cuanto precedentemente hemos expuesto, concluiremos destacando que el presupuesto fáctico que se ha analizado, al implicar un nuevo proceso judicial, resulta, desde luego, por una parte, sustancialmente perturbador para los acreedores, fundamentalmente para aquéllos que no consigan demostrar el carácter ganancial de su débito, que han de esperar —y respetar— el proceso liquidador de un patrimonio con respecto al cual resultan en principio ajenos y, en consecuencia, con dificultades para conocer y acreditar causas suficientes de impugnación, si bien, más amplia es la protección que el legislador confiere al acreedor consorcial, según hemos visto, por consecuencia de la aplicación combinada de los artículos 1.317 y 1.401 C.c.

En cualquier caso, por otra parte, conviene advertir que las consecuencias del negocio capitular para los cónyuges pueden ser notoriamente más perjudiciales que la situación anterior, sobre todo cuando, a causa de la omisión del pasivo en el inventario, el esposo no deudor se vea obligado a responder *ultra vires* y, además, es una operación altamente peligrosa, por la posibilidad de incurrir en ilícito penal (art. 519 CP).

En fin, y con ello concluyo, la protección de los intereses de los cónyuges en la sociedad de gananciales —que, en este supuesto, actúan de consuno frente al acreedor— se deriva en el punto concreto que nos ha ocupado, por una parte, de la actitud adoptada por los esposos —en particular de la celeridad en proceder a la adjudicación de bienes y del cumplimiento de una serie de requisitos formales— y, por otra parte, sobre todo, de la articulación procesal de las pretensiones del acreedor, pues si éste no plantea adecuadamente su petición, la misma, según se ha expuesto, se verá —debería de verse— abocada al fracaso.

EL NOMBRE DE LAS PERSONAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

AURELIO DIEZ GÓMEZ

Notario

69

SUMARIO: **I.** NATURALEZA JURÍDICA DEL NOMBRE. **A.** Acepciones. **B.** Origen. **1.** *Evolución.* **2.** *El patronímico.* **3.** *El apellido.* **4.** *El gentilicio como apellido.* **C.** El derecho al nombre. **1.** *Valor identificador y valor subjetivo.* **2.** *Derecho administrativo y Derecho privado.* **3.** *Reconocimiento del derecho al nombre.* **II.** EL NOMBRE PROPIO. **A.** Caracteres. **B.** La imposición del nombre de pila. **1.** *Elección: límites.* **2.** *Principio básico: libertad.* **C.** Limitaciones a la libertad de nombre: nombre descomunal. **1.** *Nombre desmesurado.* **2.** *Nombre múltiple.* **3.** *Nombre simple por sí mismo y compuesto.* **4.** *La unión de nombres.* **D.** Limitaciones por razón de idioma. **1.** *Regla general.* **2.** *Lenguas españolas.* **3.** *Extranjeros.* **4.** *Nombres sin traducción usual.* **5.** *Qué es traducción usual.* **E.** Nom-

bres prohibidos. 1. Art. 54.2. LRC. 2. Nombres irreverentes o subversivos. 3. Extravagantes o impropios de personas. 4. Conversión de apellidos. 5. Seudónimos. 6. Diminutivos. 7. Homonimia. 8. Identificación de sexos. 9. Identificación confusa. F. La elección del nombre. 1. Por el propio interesado. 2. Padres. 3. Guardadores. 4. Por la Administración. III. LOS APELLIDOS. A. Caracteres. B. Hijos matrimoniales. 1. Sede legal. 2. Apellido personal de la madre extranjera. 3. Carencia de apellido personal. 4. Solución práctica. C. Hijos extramatrimoniales de padres conocidos. 1. Derecho anterior. 2. Derecho-deber. D. Hijos de un solo padre conocido. 1. Paternidad conocida. 2. Maternidad conocida. E. Hijos de padres desconocidos. 1. Principios básicos. 2. Apellidos indicadores de origen desconocido y nombres propios. 3. De uso común. 4. Otras prácticas. F. Nacionalización. 1. Adaptación al Derecho español. 2. Conservación. 3. Apellido personal de la madre. 4. Traducción. 5. Adaptación al idioma. 6. Adaptación fonética. 7. Alfabetos no latinos. 8. Cambio de apellidos. IV. CAMBIO DE NOMBRE. A. Generalidades. 1. Posibilidad. 2. Requisitos. B. Rectificación. 1. Error en su consignación. 2. Nombre indebidamente impuesto. C. Traducción a lenguas regionales. D. Traducción de nombre extranjero. 1. Traducción. 2. Adecuación fonética. E. Nombre usado habitualmente. 1. ¿Debe ser el impuesto canónicamente? 2. Razones a favor. 3. Razones en contra. 4. Habitualidad. F. Nombre de uso no corriente. G. Cambio autorizado por el Ministerio de Justicia. H. Cambio por Real Decreto. V. CAMBIO DE APELLIDOS. A. Características. B. Rectificación. C. Traducción. 1. Posibilidad. 2. Concepto de apellido extranjero. 3. Adaptación de apellidos extranjeros a lenguas españolas. 4. Adaptación de apellidos españoles a lenguas regionales. D. Cambio por conocimiento de paternidad. 1. Regla general. 2. Hijo de viuda. 3. Excepción. 4. Impugnación de la paternidad. E. Anteposición de la partícula "de".

1. *Motivos.* 2. *Limitación al primer apellido.* 3. *Transmisión.* 4. *Apellidos que también son nombres y procedimiento.* **F.** *Unión de apellidos.* 1. *Regla general.* 2. *Requisitos.* **G.** *Cambio de orden de los apellidos.* 1. *Fundamento.* 2. *Quién puede solicitarlo.* 3. *Apellidos cuyo orden puede cambiarse.* 4. *Requisitos generales.* 5. *Irreversibilidad.* 6. *Relación con la alteración del orden de los apellidos en el caso de sólo maternidad conocida.* **H.** *Apellidos que no corresponden por naturaleza.* 1. *Impuestos de oficio.* 2. *Art. 111.2 C.c.* 3. *Apellidos por razón de adopción o por alteración de orden de los de la madre.* **I.** *Contrarios al decoro o que ocasionen graves dificultades.* 1. *Regla general.* 2. *Supuestos.* 3. *Apellidos que llevan consigo deshonra.* 4. *Apellido extranjero.* 5. *Otros supuestos posibles.* 6. *Modalidades.* 7. *Apellido "Expósito".* 8. *Otros análogos.* **J.** *Conservación de un apellido español.* 1. *Regla general.* 2. *Utilidad.* 3. *Requisitos.* **K.** *Adopción.* 1. *Tendencia general.* 2. *Situación anterior a 1958.* 3. *Ley de 24 de abril de 1958.* 4. *Ley de 11 de noviembre de 1987.* 5. *Fallecimiento antes de completada la adopción.* **L.** *Acogimiento familiar.* 1. *Instituciones análogas a la adopción.* 2. *Ley de 1987.* **M.** *Matrimonio.* **N.** *Cambio por Real Decreto.* **O.** *Efectos del cambio de apellidos en los descendientes.* 1. *Fundamento.* 2. *Descendientes nacidos después del cambio.* 3. *Sujetos a la patria potestad.* 4. *No sujetos a la patria potestad.* 5. *Hijos adoptivos.* 6. *Solicitud después del plazo legal.* 7. *Irreversibilidad.*

I. Naturaleza jurídica del nombre

A. Aceptaciones.

La expresión nombre referida a las personas tiene dos significados. En sentido amplio es el conjunto de palabras con el que se identifica o designa a una persona; en sentido estricto es aquella palabra o palabras que forman parte del nombre en sentido amplio y que tienen un carácter más individual, electivo o subjetivo, esto es, lo que se llama nombre propio, pre-nombre (1) o nombre de pila en expresión castiza que alude al momento de su imposición en el bautismo. El nombre en este sentido se contrapone al apellido.

B. Origen.

72

1. El nombre, como elemento identificador del individuo, nace desde que existe la criatura humana. El Génesis designa al primer hombre con un nombre, Adán, y éste impone un nombre a la primera mujer, Eva. En un mundo primitivo podía bastar una palabra para designar e identificar a un hombre; cuando los hombres fueron muchos se necesitaron varias palabras para distinguirlos, no sólo por insuficiencia de las voces posibles, sino para denotar otras circunstancias identificadoras, obviamente la paternidad como la más relevante, pero también otras, como pertenencia a determinado grupo —familia, tribu, clan—, procedencia, rasgos físicos, oficio, dignidad, etc.

2. El empleo del nombre del padre o de más ascendientes, sólo o precedido de una indicación —hijo de; “ben” en lenguas semitas— o de una desinencia —“ez” castellano,

(1) Porque en el mundo occidental se antepone al apellido, no así en otras culturas.

“es” portugués, “vitz” eslavo, “son” o “sen” germanos— es una constante en las culturas más dispares.

3. Cuando el nombre contiene una palabra que no indica filiación aparece el apellido, más claramente cuando esta palabra es indicativa de una circunstancia que puede ser aplicada, con propiedad o sin ella, a todos los miembros de la familia, como el origen, o porque indica una cualidad o mérito que a todos ellos interesa recordar, pero también cuando se trata de algo que siendo propiamente individual sirve como medio de identificación de los miembros de la familia (2).

4. El apellido como elemento esencial del nombre aparece pronto en el mundo occidental. En España incluso el nombre paterno o el gentilicio se transforma en apellido: Sancho o Sánchez, García, Rodríguez, etc. (3).

73

C. El derecho al nombre.

1. El nombre es pues primordialmente un medio de identificación del individuo. Como tal, podemos decir que importa más al resto de la sociedad que al propio individuo, que no necesita identificarse a sí mismo. Se explica por tanto que esté sujeto a normas de Derecho público. Pero hemos visto que el nombre, y singularmente aquella parte que denominamos apellido, contiene a veces un interés afectivo u honorífico, un componente de prestigio —o de desprestigio—, más aún, tiene siempre un contenido moral individual, en cuanto denota una paternidad o ascendencia, la pertenencia a ese ente espiritual que es la familia. Tal vez a la sociedad le bastará con que el nombre permita

(2) Africano o francés, por ejemplo.

(3) Y lo mismo en otras culturas —Johanson—, pero no por ejemplo entre eslavos o semitas: ni Ivanovitz ni Ben Alí se han convertido en apellidos, todo lo cual, como veremos, no deja de ocasionar dificultades en el cambio de nacionalidad.

identificar al individuo (4), mas para el individuo el apellido, un apellido determinado —éste y no otro— es algo que le interesa y que debe tener protección jurídica: un derecho subjetivo. Los autores están de acuerdo en considerar el nombre como un derecho que se encuadra dentro de los llamados “de la personalidad”, derecho que se caracteriza por ser absoluto —en el sentido relativo, si se permite la paradoja, que este término tiene en el Derecho actual,— “erga omnes” —a diferencia de los derechos personales u obligacionales— y porque no tiene por objeto una cosa determinada y concreta, a diferencia de los derechos reales, con los que guarda similitudes; no patrimonial, en el sentido de que no puede ser objeto de tráfico mercantil, aunque sí pueda ser objeto de algunos negocios jurídicos (5) y pueda tener una transcendencia económica.

74 2. En general puede decirse que las legislaciones, y especialmente las latinas, contemplan el nombre como materia propia del Derecho administrativo. Basta para comprobarlo que tienen potestad en la materia instituciones u órganos de la Administración del Estado —dependientes del poder ejecutivo, no del judicial—, preponderantemente la Dirección General de los Registros y del Notariado. El propio Código civil en ningún momento habla del derecho al nombre, sino que “impone” los apellidos (6), aunque de alguna manera reconoce su aspecto de derecho subjetivo al contemplar supuestos en que la voluntad del sujeto es

(4) En un mundo de miles de millones de habitantes el nombre, por complejo que sea, muchas veces no es exclusivo de un individuo y puede no bastar para identificarle, motivo por el cual en ocasiones necesitan otros elementos, como filiación, fecha y lugar de nacimiento, etc. Esto es más necesario en sistemas de un solo apellido o de apellido fácilmente variable por estado civil u otros motivos, pero no tanto en el sistema español. Que nuestra legislación sobre sociedades mercantiles exija datos como fecha de nacimiento en determinados casos —arts. 8 LSA y 38 RRM— es consecuencia de Directivas comunitarias que ignoran el sistema de dos apellidos.

(5) Cfr. art. 180 C.c.

(6) Cfr. arts. 180 y 109 C.c.

determinante (7). El artículo 53 LRC parece más expresivo; “las personas son designadas por su nombre y apellidos, paterno y materno, que la ley ampara frente a todos”. No se califica el nombre de derecho, sino que por el contrario se empieza por decir que las personas “son designadas”. ¿Quién designa? Gramaticalmente, el ablativo agente de la oración pasiva es “su nombre y apellidos” —en forma activa diría: El nombre y apellidos designa a las personas—, pero el verdadero sentido no es ése. ¿Designa la Administración? ¿Designa la sociedad? El pasivo “su” que emplea el precepto nos da la clave: el nombre y apellidos son de él, de la persona designada, que por consiguiente debe serlo por ese nombre y apellidos. Ellos constituyen su derecho, y así lo proclama el precepto “in fine”, al decir que la Ley los ampara frente a todos. El nombre —en sentido amplio— es un derecho “erga omnes”, un derecho de la personalidad, si bien su determinación es materia de un procedimiento administrativo, como administrativa es su tutela, sin perjuicio de que, como en todos los derechos, los tribunales tengan la última palabra.

75

3. Este derecho de la personalidad es universal, es decir, reconocido por todas las legislaciones, al menos en nuestra cultura, no obstante lo cual no suele estar proclamado en las Constituciones o textos análogos. Incluso las Declaraciones de Derechos Humanos, desde la Revolución Francesa hasta nuestros días, lo omiten, aunque al recogerlo las relativas a los Derechos del Niño (8) resulta indirectamente proclamado para todos los hombres, pues que lo tienen desde que nacen.

(7) Cfr. arts. 111 y 180 Cc.

(8) Vid. LINACERO DE LA FUENTE, *El nombre y los apellidos*, 1992, pg. 19.

II. El nombre propio

A. Caracteres.

Parte del nombre de las personas en sentido amplio es el nombre individual, propio, pre-nombre o nombre de pila. Gran parte de lo que hemos dicho del nombre en su conjunto es difícilmente aplicable al nombre de pila. En efecto, éste tiene por objeto la identificación de una persona mediante su diferenciación de los demás miembros de la misma familia. El componente de honor o prestigio que hemos visto que lleva consigo el apellido, la indicación de la existencia de lazos de sangre o familia con otras personas, no las tiene el nombre propio. El interés del titular respecto a éste va poco más allá de asegurar su identificación o evitar connotaciones peyorativas.

76

B. La imposición del nombre de pila.

1. El nombre de pila no es impuesto por la Ley sino elegido. Cuales sean los límites de la libertad de elección depende de la ideología del legislador. En un Estado ideológico los límites serán más estrictos que en un Estado liberal, aunque tampoco en este caso la libertad puede ser absoluta. Así, la legislación española anterior exigía, al menos para los bautizados, que los nombres pertenecieran al Santoral Romano (9) mientras que la Ley de 4 de enero de 1977 proclama el principio de libertad (10).

2. El precepto básico en la materia es el artículo 54 de la Ley del Registro Civil: "En la inscripción se expresará el nombre que se dé al nacido. Tratándose de españoles, los

(9) O. 18 mayo 1938.

(10) La Circular de la Dirección General de Registros y del Notariado recalca este criterio en su punto 1.º, ordenando en el 2.º que las prohibiciones sean interpretadas restrictivamente.

nombres deberán consignarse en alguna de las lenguas españolas.—Quedan prohibidos los nombres extravagantes, impropios de personas, irreverentes o subversivos, así como la conversión en nombre de apellidos o seudónimos. También se prohíbe la imposición al nacido del nombre de un hermano, a no ser que hubiere fallecido, o cualquier otro que haga confusa la identificación.”

C. Limitaciones a la libertad de nombre: nombre descomunal.

1. Una de las limitaciones, que podríamos llamar naturales, a la libertad de nombre es que éste no puede ser desmesurado. La desmesura puede ser en una sola palabra, y no suele estar expresamente prohibida en las legislaciones, pero como evidentemente un nombre no puede contener un número irracional de sílabas o de letras, la prohibición tiene que venir por vía interpretativa. Así, el nombre desmesurado en España sería ilícito porque hace confusa la identificación.

77

2. La otra forma de desmesura consiste en que el nombre tenga un número excesivo de palabras. Esta es la forma más común: la imposición de varios nombres a una persona. En España ha sido costumbre imponer numerosos nombres, bien como medio de “quedar bien” con deudos y parientes, o simplemente porque así lo hacían las familias más distinguidas, empezando por la Familia Real. Quizá esta misma abundancia ha dado lugar a que habitualmente no se usara como nombre más que el primero de los oficiales (11), salvo quizá algunos compuestos de uso común (12), costumbre que va desapareciendo, tal vez por influencia extranjera. La desmesura en el número de nombres sí que es contemplada por las leyes.

(11) Y a veces otro, el segundo o posterior, lo que no deja de ocasionar complicaciones.

(12) José María, José Luis, etc.

España no es excepción, incluso cuando la limitación civil produzca una discordancia con el nombre impuesto en el bautismo, en el que no existe, y que trataba de evitar la Orden de 18 de mayo de 1938 (13). La primera limitación fue establecida por la Orden de 14 de mayo de 1932, que en su número 4 reducía a tres los nombres que podían figurar en la inscripción de nacimiento. En la actualidad el artículo 192.1 del Reglamento del Registro Civil dispone que “No se podrán imponer más de dos nombres simples, que se unirán por un guión, o de uno compuesto”. Es de advertir que esta disposición no tiene efecto retroactivo, por lo que las personas cuyo nacimiento fue inscrito antes de su entrada en vigor seguirán teniendo legalmente el nombre compuesto con el que figuren, aunque exceda de dos simples.

78

3. Parece que nombre simple es el que se compone de una sola palabra y compuesto el que está integrado por varias ligadas entre sí por un significado global que con frecuencia se logra mediante una partícula de enlace, pero que puede no ser precisa (14). A veces incluso un nombre compuesto consta de más de dos palabras (15) y como tal nombre único, aunque compuesto, es admitido. Lo que no se permite (16) es que a un nombre compuesto se añada otro simple.

4. Recientemente ha surgido una práctica que consiste en unir dos nombres formando una sola palabra —algo bastante frecuente en Italia, donde incluso el primero de los nombres se sustituye por su apócope o forma abreviada (17)— por ejemplo Josemaría. Sin duda, aunque se admitiera semejante nombre sería compuesto, y por tanto nunca

(13) Ordenando que el nombre civil fuera precisamente el del bautismo.

(14) Por ejemplo, María del Pilar o Dulce Nombre, Francisco Javier y Francisco de Paula.

(15) María del Sagrado Corazón, Dulce Nombre de María.

(16) R. 5 abril 1984.

(17) Michelangelo por Michelle-Angelo, Giancarlo por Giovanni-Carlo.

se le podría añadir un tercero. Pero tal práctica debe ser considerada inadmisible en nuestro Derecho actual: Josemaría no es un nombre compuesto, porque está formado por dos palabras que conjuntamente no tienen un significado; se trata por tanto de dos nombres, que conforme al art. 192.1 RRC deben unirse por un guión (18).

D. Limitaciones por razón de idioma.

1. Según el artículo 54 de la Ley del Registro Civil “tratándose de españoles, los nombres deberán consignarse en alguna de las lenguas españolas”.

2. Hasta la Ley de 1977 debía hacerse en español, es decir, en la única lengua oficial a la sazón. Hoy se autoriza que lo sea en cualquier lengua española, sin exigir que sea alguna de las oficiales en determinadas regiones. Parece pues indudable que además del catalán, eusquera, gallego, y también —sin discutir acerca de su autonomía como lenguas— valenciano y mallorquín —e incluso menorquín e ibicenco— serán admisibles otras lenguas, como el bable (19). Si estas lenguas tienen una gramática oficial o al menos culturalmente reconocida, no habrá problema, pero si es una lengua puramente popular, tal vez con variantes locales, será difícil precisar si el nombre de que se trate es un nombre en determinada lengua o una corrupción de otro nombre, es decir, si nos hallamos no ante una modalidad idiomática sino dialectal, porque se permite el uso de lenguas distintas del castellano, pero no de dialectos. Sin embargo, con frecuencia no se tratará de un nombre en determinada lengua, sino de un nombre usado en la cultura de un pueblo (20).

(18) R. 21 septiembre 1984.

(19) R. 3 julio 1979.

(20) La R. 25 febrero 1987 permite un nombre *guanche*, pero no es un nombre *en* guanche, sino una palabra —Yaiza— que designa un poblado. Por igual razón se pueden autorizar nombres aztecas, tagalos, araucanos, etc.

Una interpretación amplia permitiría considerar españolas ciertas modalidades derivadas del español que se hablan en países que fueron españoles, como el chamorro o chabacano en Oceanía. E incluso el árabe o el chelja en el sentido de lenguas habladas en Ceuta y Melilla, lo que permitiría inscribir nombres musulmanes que tienen traducción (21), sin recurrir al artificio de ignorar ésta.

Cosa distinta de la corrupción o variante dialectal es la modalidad de un determinado nombre que ha llegado a tener carta de naturaleza (22).

3. Los extranjeros pueden tener su nombre no sólo en su propio idioma sino en cualquier otro, puesto que el art. 54 LRC no se refiere más que a españoles. En el supuesto de doble nacionalidad debería distinguirse entre la irregular o de hecho y la reconocida por la Ley española. En el primer caso se aplica sin más la ley española y el extranjero, al incluirse en el Registro español, debe traducir su nombre. Cuando la ley española permite la conservación de la nacionalidad anterior la solución es la misma, al menos si el sujeto tiene su domicilio en España. Ciertamente, como la mayoría de los supuestos se refieren a países en los que la lengua oficial es la española (23), el caso es menos frecuente, pero hay que tener en cuenta que en muchos de ellos está permitido el nombre extranjero. Esta solución es criticable como contraria al principio de la unidad del nombre, y, aunque paliados, sus efectos negativos no desaparecen por la posibilidad de anotar el nombre ex-

(21) Mahoma es la traducción española del nombre árabe que más propiamente se escribiría Majmet o Mohamed. La DGRN permite Yusef por Jousef, por su grafía extranjera —R. 8 junio 1991—, eludiendo que su traducción española es José.

(22) La admisión de Javier, Ricardo o Adolfo no impiden que subsistan como nombres Xavier, Recaredo o Ataulfo.

(23) El art. 23 C.c. prevé la posibilidad de tratados de doble nacionalidad con Brasil, como país iberoamericano, y con Filipinas, donde el español ya no es idioma oficial, y el art. 13 C.c. con países que tengan o hayan tenido una especial vinculación con España.

tranjero en el Registro Civil español (24). Lo mismo habría que decir de los españoles con arraigo, aunque no con nacionalidad, en un país extranjero, que se podrían anotar con el nombre extranjero no admitido por nuestra legislación.

4. El artículo 192 del Reglamento del Registro Civil dice que “Se permiten los nombres extranjeros. Si tuvieran traducción usual a cualquiera de las lenguas españolas se impondrán en la versión que elija el que haya de imponer el nombre”. La mayoría de los comentaristas (25) creen que es una disposición “contra legem”, porque contradice otra de rango superior —el art. 54 LRC—, pero esta afirmación, que implicaría la invalidez de la norma y consiguientemente la nulidad de los actos realizados a su amparo, si se solicitara, es discutible. Los nombres propios —no sólo de personas sino cualesquiera otros, como los geográficos— que no tienen en español una voz propia, se dicen *en español* como en la lengua de que proceden. ¿Cómo se dice en español Botswana? Pues Bostwana (26). Little Rock no se dice en español “Roquita”. Su única particularidad es que basta que tengan traducción a una de las lenguas españolas para que no sea posible la lengua extranjera. La identidad no es ausencia de traducción: el nombre Antonio es idéntico en español que en italiano o portugués; no es un nombre extranjero que se use en España sin traducir, en cuyo caso habría de usarse por ejemplo la forma vascongada Andoni. Del mismo modo es lícito el nombre Albert, no como nombre francés —que habría que traducir por Alberto—, sino como nombre catalán.

(24) R. 5 febrero 1990, que lo fundamenta en que figurar un español con otro nombre en un registro extranjero es un hecho que afecta a su estado civil y por tanto susceptible de anotación a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.

(25) LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.*, pg. 35; RODRÍGUEZ CASTRO, “El nombre propio de las personas físicas y el Registro Civil”, AC 1988-I, pg. 1001; LUCES GIL, *Derecho Registral Civil*, 1991, pg. 161.

(26) Puede discutirse la ortografía: Bostwana o Bosbuana, Zimbabwe, Zimbabue o Simbabue.

5. El mayor problema es determinar qué debe entenderse por traducción usual. En general, se afirma que es la que hace el pueblo, sin necesidad de llevar a cabo una investigación filológica (27). Por nuestra parte creemos más preciso decir que no tienen traducción usual aquellos nombres que en el común de las gentes se creen distintos de la traducción erudita (28): pocos saben que Thierry se traduce por Teodorico (29). Lo que sí parece claro es que el nombre extranjero de que se trate no debe tener traducción al español como tal nombre, aunque la tenga en cuanto al significado propio de la palabra (30).

En cualquier caso es evidente que el criterio de si un nombre tiene o no traducción usual al español es subjetivo, y por tanto sujeto a discusión (31).

E. Nombres prohibidos.

1. Como hemos dicho, la libertad de elección de nombre tiene límites necesariamente. El artículo 54 de la Ley del Registro Civil expresamente lo dice en su párrafo 2.º:

(27) LUCES GIL, *op. cit.*, pg. 262.

(28) Myriam, Ivan y otros muchos están en este caso.

(29) La admisión de René es muy discutible, si se basa en que su equivalente Renato es italiano y la traducción española, Renacido, no existe como nombre.

(30) Desirée significa deseada, pero Deseada no se utiliza en España como nombre.

(31) He aquí una relación de nombres admitidos y rechazados por la Dirección General:

Admitidos: Aidé, Alain, Alex, Alexis, Ane, Anouk, Anunciata, Azahara, Birta, Cristian, Daya, Desirée, Doris, Edith, Janice, Jennifer, Josaine, Karen, Karina, Khalil, Kim, Marien, Marjorie, Miriam, Nancy, Nelly, Nicole, Pascal, René, Romy, Saray, Soraya, Thierry, Vanessa, Wessa, Walter, Yeelen.

Rechazados: Andreas, Anneto, Arlette, Annie, Bellone, Betty, Catherina, Cathia, Cristiaan, Christofe o Cristophen, Daisy, Margarida, Danniel, Daniele, Davide, Deborah, Denis o Denise, Ellen, Esther, Evelyn, Fabien, Francesco, Francis, Françoise, Gianni, Giovanna o Giovana, Gisele, Hannan, Henry, Hilary, Jack, Jacqueline, Jan, Janet, Jeannette, Jeanine, Jeremy, Johanna o Johanne, Jonatan o Jonathan, Joussef, Katia, Liliane, Lisette, Lydia, Lucy, Margot, Martha, Mary, Myriam, Natacha, Nathalie, Nicolay, Nicolo, Paola, Piero, Richard, Rachel, Ruth, Sarah, Sergei, Stefan o Stefano, Stella, Sylvia o Silvie, Thomas, Tony, William, Yhony.

Como se ve hay resoluciones contradictorias.

“Quedan prohibidos los nombres extravagantes, irreverentes o subversivos, así como la conversión en nombre de los apellidos o seudónimos. También se prohíbe la imposición al nacido del nombre de un hermano, a no ser que hubiere fallecido, o cualquier otro que haga confusa la identificación”. Se trata de una norma de orden público que no sólo protege el buen orden social, sino al menor al que se impone el nombre.

2. Son nombres irreverentes los que ofenden los sentimientos de la sociedad o un grupo social. Son nombres subversivos los que atentan contra los valores que se tienen por básicos en una sociedad determinada. Naturalmente, se trata de conceptos subjetivos y variables según circunstancias de tiempo y lugar. La Circular de la Dirección General de 2 de julio de 1980 en su apartado 4.º dice que “... hay que tener en cuenta no sólo la tradición católica, sino la realidad social actual”.

83

3. La prohibición de nombres extravagantes o impropios de personas trata más de proteger al propio individuo que al orden social, lo cual parece plenamente justificado cuando el nombre es impuesto por persona distinta de quien lo ha de llevar, pero no tanto cuando es el propio interesado, siendo capaz, quien lo eligiera. La Circular antes citada, en su punto 3.º, precisa que “En principio, no pueden considerarse extravagantes, impropios de personas ni subversivos los nombres que se refieran a valores recogidos en la Constitución”. Indudablemente no pueden considerarse subversivos, pero algunos de ellos sí pueden reputarse de extravagantes o impropios de persona (32). En este sentido el art. 192,3.º

(32) Es relativamente frecuente Libertad, pero, por ejemplo, Autonomía o Pluralismo no suenan muy bien como nombres de persona. En este sentido LINACERO DE LA FUENTE; —*op. cit.* pg. 50— y SCALLS PELLICER, *Enciclopedia Jurídica Seix*, voz “nombre”, 1982, XVII, pg. 366.

RRC aclara que la extravagancia puede ser por sí o en combinación con los apellidos (33).

4. La interpretación literal del art. 54.2 LRC, que prohíbe la conversión en nombre de “los apellidos” permite limitarla a la conversión de los propios apellidos del sujeto y todo lo más a cualquiera de sus apellidos, aunque sean más lejanos que los oficiales, es decir, primero y segundo. Por supuesto, en ningún caso puede referirse a los innumerables nombres que son también apellidos (34), y si nos referimos a apellidos de hombres ilustres su rechazo estaría en contra de la lógica (35). Una interpretación amplia se basaría en que la “ratio” del precepto sea evitar las dudas de identificación a que daría lugar la imposición como nombre de un vocablo que es inequívocamente apellido (36) o que indujera a pensar que había una determinada relación familiar con otras personas (37). En definitiva, habrá que decidir en cada caso concreto si se está utilizando como nombre un apellido o el nombre, en sentido de vocablo, con el que se conoce a un personaje, con lo que se puede dar la paradoja de que sean más fácilmente admisibles nombres de celebridades extranjeras —Washington, Franklin— que españolas —Velázquez, O'Donnell— (38).

5. La prohibición de imponer como nombre un seudónimo —otra cosa sería cambiar aquél por éste— no tiene demasiado fundamento. No parece disparatado interpretar literalmente el art. 54 LRC entendiendo que sólo prohíbe la

(33) PERE RALUY, citado por LINACERO DE LA FUENTE, pone como ejemplo el nombre de Luz para una persona cuyo primer apellido es De la Escalera. La Dirección General ha rechazado Caín, Iraultza, Irrintxi, Taina —por su significado en vascuence— Alano —pueblo bárbaro—; admite Larmyk, Crisamer, Iatir, Iain, Vasván.

(34) Recordemos que García es nombre propio, como Sancho, Beltrán, etc.

(35) Vid. Circular DGRN 2 julio 1980.

(36) Imaginemos que se trata de imponer Sánchez como nombre de pila a una persona que se apellida Sancho.

(37) Especialmente si se utiliza como nombre compuesto: Alfonso de Borbón.

(38) La DGRN ha denegado como nombres O'Hara o Rubens.

conversión, y de acuerdo con la citada Circular de 1980 permitir la imposición como nombre de seudónimos de personajes históricos, como Lenin, Figaro, Voltaire, etc. No tendría demasiado sentido prohibirlo cuando se permiten nombres de pura fantasía (39).

6. Una modalidad del seudónimo es el diminutivo o nombre familiar. Es difícil reducir la vacilante jurisprudencia de la Dirección General a reglas claras, pero podríamos aventurar el siguiente criterio: cuando una palabra es considerada en el sentir popular como forma familiar de un nombre, su atribución como nombre legal está vedada porque podría inducir a confusión. Por ejemplo, se creería, e incluso tal vez se dijera así en documentos oficiales, que el nombre legal del inscrito como Pepe era José, Francisco el de Paco, etc. Cuando se trate de una palabra que en sentir popular haya adquirido sustantividad propia, aunque los entendidos puedan saber que es un apelativo, sería admisible. Claro está que los diminutivos en sentido estricto —Juanito, Carmiña, Fuensantica— han de ser rechazados (40). Tampoco aquí la jurisprudencia es muy esclarecedora (41).

85

7. No es deseable la existencia de más de una persona con el mismo nombre, pero es inevitable. Porque en cuanto a los apellidos el derecho a ostentarlos no puede ser excluyente, y en cuanto al nombre porque es de libre elección, además de que técnicamente sería muy difícil, por no decir imposible, organizar un sistema que evitara la homonimia.

(39) *Vid.* nota 33 y LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.*, pg. 52.

(40) Por más que algún caso sea discutible, si el diminutivo no lo es más que aparentemente —Bernardo y Bernardino— o, aun siéndolo, ha llegado a considerarse nombre distinto: Teresita —del Niño Jesús— y Teresa —de Avila—.

(41) La Dirección General ha admitido como nombres Elsa, Delia, Doris, Sandra, Berta, Rosina, Lola —pese a que evidentemente se presta a confusión con diminutivo o apelativo familiar de Dolores— Alejandrina, Marisol, Marisa —como primera imposición de nombre—, Fina. Ha rechazado Betty, Patuka, Yohny, Ino, Pepa, Marisa —como cambio de nombre—, Paquita, Txema, Maribel, Mariola.

Los inconvenientes de ésta se evitan con el uso de la filiación, pero en ella coincide su elemento más importante, que es el nombre de los padres, cuando se trata de hermanos, y a veces otros, como el lugar de nacimiento e incluso la fecha, si son gemelos. Por eso, el artículo 54.2 LRC prohíbe que se dé a un hermano el mismo nombre que a otro vivo, ya que entonces la coincidencia de apellidos será lo corriente.

Como tal, la prohibición debe interpretarse restrictivamente y por tanto únicamente procede cuando ambos hermanos tengan los mismos apellidos (42), lo cual puede ocurrir aunque sean de distinto padre o madre y puede no ocurrir aunque ambos sean comunes. La identidad debe ser absoluta, algo que no se da si sólo coincide uno de los nombres en los compuestos. Pero en este caso hay que tener en cuenta que aunque no haya identidad absoluta la coincidencia de uno de los nombres puede originar confusión. Por ejemplo, no cabe duda que son diferentes nombres compuestos de uso corriente en los que coincide el primero, por ejemplo, José Luis y José María. Más clara aún es la distinción cuando el común es el segundo nombre. Pero en casos de nombres no comunes, la coincidencia del primero puede inducir a confusión: es probable que si dos hermanos se llaman oficialmente Antonio-Dositeo y Antonio-Apolinar, ambos sean llamados simplemente Antonio. O que se llame José tanto al hermano José de Calasanz como al hermano José de Arimatea; o sean para todos Carmen, tanto la llamada así como su hermana María del Carmen. Es irrefutable que no hay homonimia en las formas masculinas y femeninas de un mismo nombre, de modo que dos hermanos pueden llamarse Antonio y Antonia, aunque la similitud de grafía pueda ocasionar alguna confusión.

(42) Vid. LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.*, pg. 59.

8. El nombre debe denotar el sexo de la persona, y así, el último párrafo del art. 192 RRC prohíbe el nombre que induzca en su conjunto a error sobre el sexo. Hay nombres que se aplican lo mismo a hombres que a mujeres, como Trinidad (43), y éstos no puede decirse que induzcan a error, aunque no aclaren el sexo; otros por su colocación no dejan lugar a dudas: José María y María José. Lo que no se puede es atribuir al varón nombre que en el sentir popular sea propio de mujer ni viceversa, ni tampoco nombres que ni por su contextura ni por su uso puedan determinar el sexo.

9. Hacen confusa la identificación, además de ser impropias de personas, palabras ininteligibles, o genéricas como Familia, Hermanos, etc.

F. La elección de nombre.

87

1. El nombre se impone en la inscripción de nacimiento según el art. 192 RRC, que presupone que se trata de la inscripción de un recién nacido, o al menos de un menor, aunque es claro que excepcionalmente puede no ser así. Si se hiciera (44) tan fuera de plazo que el inscrito fuera ya mayor de edad, parece justo que sea él quien elija el nombre; incluso podría bastar la mera capacidad para consentir o “madurez” (45), que —sin que sea éste el lugar apropiado para tratar el tema— tal vez pudiera situarse en los 14 años. Sobre todo, cuando no existan padres no parece admisible que el Estado invada la esfera privada de una persona hasta el extremo de tomar por ella una decisión para la que está capacitada.

(43) Inevitablemente hay casos dudosos, como Práxedes, Patrocinio, Guadalupe, incluso Angeles.

(44) La inscripción de nacimiento es algo así como la inmatriculación de una persona en el Registro Civil.

(45) *Cfr.* art. 162-1.º C.c., teniendo en cuenta que el derecho al nombre es un derecho de la personalidad.

2. En casos normales, según el texto literal del artículo 193 del Reglamento del Registro Civil (46) la imposición del nombre la hacen los padres o guardadores, por medio de un mandatario verbal, o más exactamente de un nuncio o portavoz, que es el declarante (47). Hay que entender, por tanto, que si el declarante no expresa la voluntad de los titulares de la decisión, la atribución del nombre será impugnabile.

Quienes sean los titulares de esta potestad no resulta claro del precepto, salvo que lo serán los padres y guardadores por este orden. Si ambos progenitores están de acuerdo, no habrá cuestión, pero si no lo están, la solución es dudosa. El primer criterio es el de la patria potestad. Si es conjunta, pero sólo uno de los padres tiene la custodia del hijo, él será quien decida, lo que equivale en casi todos los casos a atribuir el derecho a la madre, que es quien "convive" con el recién nacido. En el supuesto último de falta de acuerdo entre los progenitores cabría que fuera el Juez quien decidiese conforme al art. 156,2.º C.c., pero creemos más conveniente la solución que propugna LINACERO DE LA FUENTE (48) de que sea el Encargado del Registro, lo cual es más sencillo y acorde con las facultades de éste, que llegan a poder imponer por sí el nombre cuando rechace por inadecuado el pretendido por los padres.

3. En defecto de los padres son los guardadores los encargados de imponer el nombre. Guardador a estos efectos es no sólo el tutor o establecimiento en que se encuen-

(46) "El Encargado hará constar en la inscripción de nacimiento el nombre impuesto por los padres o guardadores, según lo manifestado por el declarante.

No expresándose nombre o siendo éste inadmisibile, el Encargado requerirá a las personas mencionadas en el párrafo anterior para que den nombre al nacido, con apercibimiento de que pasados tres días sin haberlo hecho, se procederá a la inscripción de nacimiento, imponiéndose el nombre por el Encargado."

(47) Incluso cuando el declarante es uno de los padres también actúa como nuncio del otro.

(48) *Op. cit.*, pg. 50.

tre el menor, sino cualquier persona que lo tenga a su cargo en el momento de la inscripción, entre ellos el Jefe del establecimiento, en nombre de éste, o la persona que lo haya encontrado tratándose de niños abandonados, puesto que tienen la obligación de promover la inscripción —lo que es una forma de cuidar o guardar— de acuerdo con el art. 43 LRC.

4. A falta de designación por los padres o guardadores la imposición del nombre corresponde a la Administración. Esta lo efectúa por medio del Encargado del Registro si el declarante no lo hace o pretende un nombre inadmisibles. También hay casos en que la inscripción es promovida por personas que no son guardadores ni padres (49), que si no actúan en representación de éstos no pueden imponer el nombre (50).

La actuación del Encargado exige que éste requiera a los interesados para que impongan nombre al nacido, con el apercibimiento de que si no lo hacen en el término de tres días lo efectuará aquél. El párrafo 2.º del art. 193 RRC dice que el requerimiento se hará a las personas mencionadas en el párrafo anterior, y éste menciona por un lado a los padres y guardadores y por otro al declarante. Entendemos por ello que debe hacerse al declarante, para él mismo, si actúa como padre o guardador, y para su representado en otro caso, incluyendo en este supuesto al padre que haya declarado por sí y como portavoz del otro. De todos modos, si el domicilio de los padres o guardadores es conocido, no estaría de más que se les hiciera directamente el requerimiento, además del que se haga al declarante.

(49) Según el art. 43 n.º 3 LRC los parientes del menor presentes en el alumbramiento; n.º 4, jefe del establecimiento —hospital o clínica— donde éste tenga lugar o cabeza de familia del lugar donde se haya producido. Véase además nota 46.

(50) El art. 169 RRC prevé un expediente especial para los casos que menciona.

III. Los apellidos

A. Caracteres.

Con todo el riesgo que implican las valoraciones, puede afirmarse que la parte más importante del nombre de las personas es el apellido o nombre de familia, que en algunas lenguas y legislaciones es el nombre por antonomasia. Como implica una vinculación familiar lleva en sí connotaciones de paternidad, abolengo e incluso status social. La tradición y la ley española se caracterizan por la admisión de dos apellidos, paterno y materno, que a efectos meramente registrales deben ir unidos por la copulativa “y” —o “i” en catalán—, lo que denota la igualdad de consideración para ambas ascendencias, y junto a su inmutabilidad, pues no cambian por el matrimonio, dan a nuestro sistema un carácter de igualdad entre los sexos que no existe en la mayoría de los demás.

90

B. Hijos matrimoniales.

1. El artículo 194-1.º del Reglamento del Registro Civil dice: “Apellido paterno es el primero del padre; materno, el primero de los personales de la madre aunque sea extranjera”. Llama la atención que materia tan importante esté regulada en un simple Reglamento, pues el Código civil, que sería su sede lógica, se limita a una remisión (51) que tampoco se ha cumplido literalmente, puesto que la Ley del Registro Civil guarda silencio al respecto.

2. La duda que puede suscitarse es qué debe entenderse por apellido personal de la madre extranjera. La disposición está pensando en las mujeres que al casarse adquieren el

(51) Art. 109 C.c.: “La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley...”.

apellido de su esposo, para evitar que el hijo tenga éste repetido (52). Por apellido personal hay que entender el que tendría la mujer de no haber contraído matrimonio, es decir, el llamado “de soltera”, que no es necesariamente el que tenía antes de contraer matrimonio (53).

Pero el precepto no resuelve todos los casos. En primer lugar, se refiere sólo al apellido materno. ¿Qué ocurre cuando sea el varón el que al casarse ha adoptado el apellido de la mujer? (54). Aquí existe un vacío legal que se llena aplicando al varón por analogía la regla prevista para la mujer.

3. Por otro lado, el precepto parte del supuesto de que toda persona tiene un apellido personal. Y no es así. Cada día son menos, pero todavía hay países en que se sigue empleando un sistema arcaico de patronímicos —hijo de... hijo de...— sin apellido propiamente dicho o haciendo las veces de tal una palabra, que podría calificarse de apodo, generalmente relativa a oficio o profesión, procedencia geográfica o título honorífico.

91

4. En estos casos una solución práctica, aunque en apariencia poco correcta, es considerar como apellido el primer patronímico o, en su caso, el apodo o sobrenombre, sin excluir el puramente personal (55).

(52) Así ocurrió en la mayor parte de los israelitas que vivían en la Zona de Protectorado Español en Marruecos. Tras la ocupación, gran número de ellos cambiaron su nacionalidad —las más frecuentes eran la panameña y la holandesa, aunque había otras, incluso la marroquí— con arreglo a la cual marido y mujer tenían el mismo apellido, por la española, por lo que aún hoy día abundan los apellidos repetidos, Coriat Coriat, Amram Amram, etc.

(53) Podría ser el de un matrimonio anterior. También puede ocurrir que su apellido personal haya cambiado después del matrimonio, en cuyo caso el que transmite al hijo sería el que hubiera tenido, de no haberse casado, en el momento del nacimiento de éste.

(54) Esta posibilidad se contempla en algunas legislaciones, siendo la de la extinta Unión Soviética la pionera.

(55) La antigua Zona de Protectorado, así como Ceuta, Melilla, Ifni y lo que fue Sahara español son fuente inagotable de ejemplos. El súbdito marroquí Abdalá

C. Hijos extramatrimoniales de padres conocidos.

1. El hijo extramatrimonial cuyos padres son legalmente conocidos lleva los apellidos de éstos de la misma manera que si fuera hijo matrimonial. Este criterio, que viene exigido por el principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento, no supone en sí mismo diferencia con el sistema anterior; la diferencia consiste en que antes no estaba permitida, como regla general, la investigación de la paternidad del llamado hijo natural, y los hijos ilegítimos en los que no concurría la cualidad legal de naturales no podían ser reconocidos, por lo que el hijo extramatrimonial podía encontrar mayores dificultades para llevar el apellido correspondiente.

Esta regla general tiene una excepción: El hijo no llevará el apellido de su padre cuando éste haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme, o cuando la filiación haya sido judicialmente declarada contra su oposición, a menos que lo solicite el propio hijo o su representante legal —art. 111 C.c.—.

2. El derecho del hijo extramatrimonial a llevar los ape-

Ben Dris Ben Alf se nacionalizó español y contrajo matrimonio con la también nacionalizada Fátima Ben Mohamed Ben Alf; su hijo llevó como apellidos Ben Dris y Ben Mohamed, por cierto, con la protesta del padre que decía que su hijo no era hijo —sino nieto— de Dris, y que Dris tampoco era hijo de Mohamed como el nombre indicaba. El General Mizzian tomó su apellido del apodo de su padre, que significa bravo o valiente.

Actualmente la mayoría de los países han adoptado el sistema de apellidos, pero todavía hay algunos del tercer mundo que no lo han hecho o que conservan para determinadas personas un sistema tradicional de nombres. De todos modos la introducción del sistema en los países musulmanes y en algunos eslavos no se ha hecho hasta tiempos recientes. Como ejemplo histórico puede mencionarse el de Kemal Ataturk, que pasó a llamarse así —Ataturk: padre de los turcos— después de la revolución occidentalizadora, pues antes su nombre era Mustafá Kemal Pachá —Pachá, título honorífico—. Los apelativos indicadores de procedencia geográfica sólo tenían estabilidad y por tanto un cierto aspecto de apellido puesto que se utilizaban por el conjunto de la familia, cuando ésta era socialmente distinguida, ya que denotaban o posesión —Tensamani: señor de la kabila de Tensaman— o procedencia de un lugar prestigioso —el Nazzirí: procedente de Nazaret—.

lidos de sus progenitores y por el orden legalmente establecido es también un deber, salvo la excepción que acabamos de ver y salvo el derecho a su alteración conforme al artículo 109 del Código civil. No es posible la inicial, a diferencia del hijo de sólo madre conocida.

D. Hijos de un solo padre conocido.

1. Cuando lo conocido es la paternidad —supuesto no muy frecuente pero tampoco inexistente— la solución legal es sencilla: “Los hijos naturales —expresión hoy referida a los extramatrimoniales— reconocidos sólo por el padre tienen los apellidos por el mismo orden que éste” (art. 55-2.º LRC).

2. Si sólo se conoce la madre, la solución es en principio la misma, pero la igualdad entre los sexos se detiene frente al interés del hijo, que puede desear que no se conozca su origen extramatrimonial por consideraciones sociales, por muy injustas que sean: “Los reconocidos sólo por la madre llevarán los dos primeros apellidos de ésta, pudiendo, si así lo desean, invertir su orden” (art. 55-2.º LRC). Esta alteración puede ser “ab initio”, con independencia de que también pueda ser obtenida con posterioridad, por vía de cambio análogo, aunque no idéntico, al permitido por el artículo 109 del Código civil. La “ratio legis” del precepto impide que pueda ser, invocando la analogía o la igualdad entre sexos, aplicado al hijo de sólo padre conocido, pues el orden de sus apellidos no denota su origen extramatrimonial.

93

E. Hijos de padres desconocidos.

1. Cuando no son conocidos los padres de una persona no cabe hablar de apellidos como nombre de familia. Sin embargo, consideraciones sociales hacen que todos deban

tener apellidos, esto es, que toda persona aparezca ante la sociedad como miembro de una familia. En estos casos el legislador tiene que proteger un doble interés: el del particular de no ser discriminado socialmente por su origen familiar y el de las familias individualmente consideradas de que no ostenten sus apellidos personas que no formen parte de ellas. La solución legal en España la da el párrafo 3.º del artículo 55 de la Ley del Registro Civil: “El Encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos”.

94

2. El desarrollo reglamentario no aclara qué son apellidos de uso corriente, limitándose el artículo 196 párrafo 1.º a decir que “No puede imponerse de oficio como apellido el de Expósito u otro indicador de origen desconocido, ni nombre propio”. Entre los apellidos indicadores de origen desconocido están los propios de hospicios u orfanatos, como son los de santos o advocaciones religiosas. En cuanto a la exclusión de los nombres propios debe limitarse a aquéllos que en el sentir común son tales —y que por ello con supresión del calificativo “San” pueden revelar origen desconocido como nombre de orfanato—, pero no los que siendo nombres propios han alcanzado consideración de apellidos, como García, Sancho, Nuño, Beltrán, etc. En algunos casos el nombre de la localidad de nacimiento podría también indicar paternidad ignorada.

3. Lo más dudoso es saber qué se entiende por apellido de uso corriente. Una concepción muy estricta sería limitarlos a aquéllos que estadísticamente abundan más, como García, Fernández, etc., pero no es ésta la orientación de la jurisprudencia, que ha admitido la asignación de apellidos como Soria, Rivera (56), Fajardo, Zanja (57). Tal vez lo

(56) R. 12 mayo 1989.

(57) R. 20 abril 1990.

más apropiado será admitir cualquier apellido que por sus circunstancias no pueda sospecharse que va a indicar a la sociedad una concreta vinculación familiar.

4. El criterio amplio en la atribución de apellidos ha servido en la práctica para mitigar la situación injusta en que la legislación anterior colocaba a los hijos adulterinos —ilegítimos en los que no concurría la condición de naturales, según la terminología legal—, arbitrando un procedimiento por el cual se les asignaba el apellido de su progenitor como apellido de uso corriente, al menos si éste no se oponía. Otro procedimiento era atribuir como apellido en una inscripción fuera de plazo el que el inscrito viniera usando, lo que ocurría cuando estaba de hecho integrado en una familia (58). Así lo ordena, aunque el apellido no sea de uso corriente, el n.º 1 del artículo 213 del Reglamento (59).

95

F. Nacionalización.

1. El extranjero que se nacionaliza español adquiere apellidos conforme a la ley española, o podríamos decir los cambia, si es que los tiene, pues ya hemos visto que hay algunos sistemas en que propiamente no existen. Ello es conforme al Convenio de 5 de septiembre de 1980 de la Comisión Internacional del Estado Civil ratificado por España el 29 de julio de 1989.

2. Así pues, el extranjero nacionalizado mientras puede conservar su nombre —aunque traducido, en su caso, y con el máximo legal de dos—, ha de adaptar su apellido o apellidos al sistema español. Pero como esta adaptación puede ocasionar problemas —sobre todo en los casos de doble

(58) R. 27 abril 1988.

(59) “Se mantendrá el nombre y, cuando la filiación no determine otros, los apellidos que viniere usando, aunque no fueren, uno u otros, de uso corriente”.

nacionalidad—, el art. 199 RRC permite al extranjero que se nacionaliza español conservar los que ostentaba antes, siempre que así lo declare en el acto de adquisición de la nacionalidad o dentro de los dos meses siguientes a dicho acto o a la mayoría de edad. La palabra apellido habrá que entenderla ampliamente, comprendiendo no sólo los apellidos propiamente tales, sino todo el nombre anterior, aunque sea conforme a un sistema distinto del nuestro. La prohibición de ostentar más de dos nombres o la obligación de tener dos apellidos, sí que es aplicable (60) y en su caso habría que suprimir un nombre o añadir un apellido; otra cosa es que al conservar su nombre anterior continúe con un nombre, patronímico o apodo que haga las veces de apellido —que los descendientes llegarán a adquirir como tal—, siempre que morfológicamente se adapte al sistema español (61).

96

3. En caso de adaptación al sistema español, el problema de cuál sea el apellido personal de la madre es el mismo que hemos visto al tratar del español hijo de madre extranjera. Aunque el art. 194 RRC está pensando en la mujer que por su matrimonio ha adquirido el apellido del marido, el mismo problema e idéntica solución tendrá lugar en los casos en que sea el marido el que haya cambiado de apellido.

4. El régimen legal de traducción es distinto para el nombre que para los apellidos. El nombre, como veremos en su momento, ha de ser traducido, es decir, cambiado, al menos como regla general. Por el contrario, los apellidos no tienen traducción y por consiguiente se conservan, sin que puedan sustituirse por una palabra española cuyo significado

(60) La R. de 28 noviembre 1983 deniega la posibilidad de tener un solo apellido y la de 19 febrero 1988 la posibilidad de tener tres.

(61) Un árabe podría llamarse Alí-Mohamed Mustafá Dris —o Alí-Mohamed Ben Mustafá Ben Dris— o un eslavo Ivan Petrovich Romanof.

sea igual al de la palabra que constituye el apellido (62). Lo que sí puede hacerse es adecuarlos gráficamente a las lenguas españolas mediante un expediente que autoriza el Juez de Primera Instancia (63).

5. La adaptación puede ser a cualquiera de las lenguas españolas. Sin embargo, como se trata de una adaptación gráfica, es decir, ortográfica, será preciso que se trate de una lengua que tenga gramática propia, reconocida oficial o al menos culturalmente. Claro está que al no especificarse en la inscripción cuál es la lengua española empleada quedará la duda de cómo debe pronunciarse el apellido adaptado (64).

6. ¿Qué quiere decir adecuación gráfica de la fonética del apellido extranjero? Literalmente, cambiar su ortografía para que al leerlo en español se pronuncie como en su idioma original, o, al menos, de manera aproximada (65). La adecuación a nuestra fonética comprende también la supresión o simplificación de ciertos sonidos que no siendo imposibles de representar en nuestra lengua no corresponden a su genio o morfología, por ejemplo, cierta acumulación de consonantes. Además, la adaptación debe hacerse

97

(62) Puesto que los apellidos como tal palabra —nombre propio en términos gramaticales— son distintos de la palabra en que consisten —nombre común— no tienen traducción. Cosa distinta es, como veremos en su momento, que pueda atribuirse como apellido nuevo la traducción, mediante el correspondiente procedimiento. Véase también lo que se dice más adelante sobre la conveniencia de que fuera posible la traducción de algunos apellidos extranjeros que en el sentir popular la tienen.

(63) Art. 205-5.º RRC.

(64) Si el apellido alemán Berthen se adapta a la grafía española Bergen ¿Debe pronunciarse como castellano o como catalán?

(65) Los sonidos “au” o “ou” del francés es claro que pueden escribirse o y u respectivamente —Rousseau se escribiría Rusó— pero hay otros que no existen en nuestra fonética, como ss, sh, et. Es dudoso si podrían utilizarse en el Registro representaciones convencionales que son habituales en España para tales sonidos, como ts para la z italiana o sh para la ch suave. En general habrá que decidirse por el sonido español que se considere más próximo, por ejemplo el sonido “u” francés por u, o tal vez i.

respetando las reglas de nuestra ortografía, por ejemplo escribiendo m antes de b o p, no representando vr el sonido br, no poniendo y sino i tras consonante, a menos que aceptemos —lo que no parece disparatado— una adecuación parcial que deje parte del apellido en su forma extranjera.

7. Cuando el apellido corresponde a una lengua cuyo alfabeto es distinto del latino, la adaptación se convierte en necesaria. A veces bastará con sustituir las letras extrañas por las correspondientes latinas, pero otras veces requerirá una adaptación mayor, cuanto más alejado esté su sistema del nuestro. Es frecuente que estos apellidos exóticos tengan una grafía latina admitida incluso en sus propios países, sin excluir documentos oficiales, especialmente en francés o en inglés, por una razón de cooficialidad del idioma o por influencia cultural. Si la grafía latina es cooficial de hecho o de derecho por su empleo en documentos oficiales —caso del inglés en Japón y otros países— no hay inconveniente en que se acepte o en su caso se adecúe, pues es como si el apellido nos viniera ya traducido. De no ser así, parece que no debía aceptarse un grafismo que no pasa de ser un criterio cultural extranjero (66). Por otro lado, creemos que hay adecuaciones que sin atenerse estrictamente a la fonética de origen han sido consagradas por el uso, de manera especial y por obvias razones históricas, en nombres árabes, como Mohamed o Mahoma, Abderramán, Alauí, etc., que actúan como virtuales traducciones.

8. Una interpretación muy amplia de lo que es adecuación fonética permitiría adaptar al español apellidos extran-

(66) Khaled es la forma francesa de escribir Jaled; Hamoude, de Jamud o Hamud; Zaien, de Sayen; como Khruchef y Hristo son formas francesas de Jruchef o Jristo —o Cristo, si se entiende que el sonido jr no es aceptable en España—, o como Lee es la forma de escribir Li en inglés. Cuando tales formas no puedan ser consideradas como propias del país de origen, no tienen por qué ser aceptadas en España.

jeros que por su origen común puede decirse que tienen una versión española o traducción al castellano u otra lengua española, como los portugueses Lopes o Galvao —López o Galván—, el francés Durand —Durán—, etc.

IV. Cambio de nombre

A. Generalidades.

1. El nombre propio o de pila es la parte más individual del nombre de las personas, en tanto que le afecta a ella casi exclusivamente. Es lógico, por tanto, que su cambio o modificación sea más fácil, siempre que se arbitre un procedimiento que evite confusiones en la identidad. Incluso sería defendible que toda persona pudiera por sí sola —por ejemplo, al llegar a la mayoría de edad— cambiar el nombre que sin su consentimiento, como es obvio, le impusieron sus padres o guardadores o la Administración. El mismo art. 206 RRC viene a confirmar que debe ser más fácil el cambio de nombre que el de apellido al dedicar al primero un párrafo especial, el 3.º: Este mismo artículo define qué se entiende por cambio: “Los cambios pueden consistir en segregación de palabras, agregación, trasposición o supresión de letras o acentos, supresión de artículos o partículas, traducción o adaptación gráfica o fonética a las lenguas españolas, y en sustitución, anteposición o agregación de otros nombres o apellidos o parte de apellidos u otros análogos dentro de los límites legales.— Las uniones no podrán exceder de dos palabras, sin contar artículos ni partículas.—El cambio de nombre propio requiere justa causa y no perjudicar a tercero”.

2. Los requisitos legales de la existencia de justa causa y la inexistencia de perjuicio para tercero tienen un valor muy reducido. La justa causa es el simple deseo de los

solicitantes, y la inexistencia de perjuicio se refiere en realidad a la necesidad de establecer un sistema de prueba o publicidad que evite confusiones respecto a la persona; difícilmente se puede imaginar que un cambio del nombre de pila de una persona pueda perjudicar a otra (67).

B. Rectificación.

1. El primer motivo para el cambio de un nombre tal y como figure es que haya sido erróneamente escrito. No es una rectificación sino una subsanación, y el procedimiento adecuado es el expediente gubernativo (68).

2. Parecido es el supuesto de la rectificación de un nombre indebidamente inscrito. Aquí no hay subsanación sino rectificación, sustitución de un nombre, el indebidamente inscrito, por otro. No se subsana un error, sino que se cambia un nombre por otro legal, porque, por ejemplo, el originario es irreverente o subversivo, o extranjero con traducción usual. El cambio se hará por el que corresponda, en el segundo ejemplo por su traducción en lengua española y en el primero por el que asignen las personas a quien legalmente corresponde la imposición.

C. Traducción a lenguas regionales.

El artículo 2.º de la de la Ley de 4 de enero de 1977 permitió que los nombres castellanos, que antes eran los únicos autorizados, fueran sustituidos por su equivalente en cualquiera de las lenguas españolas restantes, sin que para ello fuera necesario expediente, ya que bastaba con una

(67) Habría que demostrar que se pretende inducir a confusión. No parece que el hecho de que una persona llegue a llamarse igual que otra —antes del cambio ya tendría que haber identidad de apellidos— sea motivo suficiente, por muy famoso o conocido que fuera el tercero.

(68) Art. 93.1 LRC.

simple declaración de voluntad ante el Encargado del Registro, quien debía limitar su intervención a determinar la legitimación del solicitante y si el nombre propuesto es efectivamente el equivalente en alguna lengua española al que figuraba en castellano. No hay plazo para hacer esta petición y, como dijimos en su momento, no se exige que la lengua sea oficial en determinada región, y menos en aquella en que esté ubicado el Registro.

Del contexto legal parece deducirse que la petición sólo puede hacerse una vez, del castellano a una lengua regional, pero no ulteriormente un segundo cambio de una lengua regional a otra. Algo más dudoso es si el cambio es rectificable, es decir, si podría solicitar la vuelta a la situación anterior mediante la traducción al castellano, aunque no hay nada que permita dar a esta lengua trato distinto que a las demás.

D. Traducción de nombre extranjero.

1. Los españoles no pueden ser inscritos en el Registro con un nombre extranjero que tenga traducción usual a lengua española; si se hubiera hecho procedería la rectificación, como acabamos de ver. Por consiguiente es evidente que un nombre español no puede cambiarse por su traducción a una lengua extranjera. Ahora bien, puede ocurrir que un español haya sido inscrito con un nombre extranjero que tenga traducción a lengua española, pero no usual. En este caso no hay inconveniente en que se haga la traducción, no sólo porque el artículo 59, 5.º LRC (69) no distingue, sino porque en definitiva si un nombre español puede sustituirse por otro español no cabe duda que lo mismo podrá hacerse con un nombre extranjero.

Cuando se trate de extranjeros que se nacionalizan espa-

(69) "La traducción de nombre extranjero o adecuación gráfica al español de la fonética de apellidos también extranjeros".

ños, y salvo el privilegio de conservación del nombre anterior, el sometimiento a la legislación española implica que deben traducir su nombre a una lengua española, si tiene traducción usual.

2. Otro supuesto contemplado por el mismo precepto es la adecuación fonética al español. En realidad, sólo se refiere a los apellidos, de modo que parecería que para el nombre sólo cabe la traducción. Esto es así cuando se trate de nombres con traducción usual, pero en caso contrario, si la conservación del nombre extranjero es posible —y tiene que serlo puesto que es posible su imposición a los españoles— parece lógico que se permita la adecuación gráfica a la fonética española, que sería inexcusable cuando el nombre original pertenezca a un sistema de escritura no latino.

E. Nombre usado habitualmente.

1. Tal vez el supuesto más frecuente de cambio de nombre sea la sustitución del inscrito por el usado habitualmente. El art. 59,4.º LRC (70) lo permite cuando éste fuera el impuesto canónicamente, requisito que no aparece en el art. 209,4.º RRC (71). La discordancia entre ambos preceptos da lugar a serias dudas de interpretación.

2. La primera solución sería la más rigorista de entender que en virtud del principio de jerarquía legislativa un reglamento no puede modificar una ley y por tanto el cambio del nombre por el usado habitualmente exige que éste sea el canónico.

3. La solución contraria se basa en considerar que el art. 59,4.º LRC está derogado por el artículo 14 de la Cons-

(70) "El cambio del nombre por el impuesto canónicamente, cuando éste fuere el usado habitualmente".

(71) "El cambio de nombre propio por el usado habitualmente".

titución. Como argumento histórico se aduce que el art. 54,4.º LRC estaba en consonancia con el antiguo art. 54.1.1, que ordenaba que el nombre que se diera al nacido fuera precisamente, en su caso, el que se imponga en el bautismo, si bien al suprimirse esta exigencia por Ley de 4 de agosto de 1977 el legislador olvidó hacer la oportuna concordancia en el art. 59.

El argumento de anticonstitucionalidad no es demasiado convincente, pues para respetar la no discriminación por motivos religiosos bastaría entender que la expresión “impuesto canónicamente” comprende a los nombres impuestos según las reglas de cualquier religión reconocida. Si acaso, podría basarse en el principio de aconfesionalidad del Estado del art. 16.2 CE, que permitiera desconocer cualquier efecto al nombre impuesto de modo religioso, pero no se puede olvidar que el propio precepto ordena tener en cuenta las creencias religiosas. Al argumento de que el deseo de cambiar el nombre puede estar basado en el cambio o abandono de creencias religiosas se puede contestar que ello podría ser razón justificativa de un cambio de nombre, pero no debería exigir el uso habitual del nuevo.

Hay otros argumentos, por ejemplo los alegados por LINACERO DE LA FUENTE (72): correspondencia con las leyes canónicas, que facilitan grandemente el cambio de nombre (73), de modo que el cambio civil simplemente exigiría un trámite más, el previo cambio canónico, lo que no dejaría de dar a una autoridad religiosa un cierto poder sobre un procedimiento administrativo; el principio registral, también aplicable al Registro Civil, de que debe procurarse la concordancia con la realidad extrarregistral, y el principio de que en la interpretación de las leyes ha de tenerse en cuenta la realidad social (74).

(72) *Op. cit.*, pgs. 86 y ss.

(73) Y más aún las de ciertas otras religiones.

(74) *Cfr.* art. 3.1 C.c.

4. El requisito básico para el cambio en este supuesto es la habitualidad en el uso del nuevo nombre. La habitualidad es un hecho, que habrá que acreditar en el expediente y que supone una cierta repetición y una cierta duración (75). De los casos resueltos por la DGRN no es fácil deducir una doctrina concreta. Cuando la edad del inscrito es extremadamente corta (76) se ha estimado que la ausencia de relaciones sociales impide que se produzca la habitualidad en el uso del nombre; no así cuando se trata de un niño adoptado, pues entonces se estima que puede haber habitualidad en el empleo del nuevo nombre con que se ha empezado a designar al niño, especialmente por parte de los adoptantes (77). Lo que sí es preciso es el uso uniforme del nuevo nombre, sin que sea admisible el cambio cuando a veces se usa otro distinto del que se pretende, sea éste el anterior con que figura o un tercer nombre, aunque es de advertir que el hecho de que el nombre anterior figure o siga figurando en determinados documentos o registros, como padrón municipal, etc., no es prueba por sí sola de que el nombre que se pretende no sea el utilizado habitualmente.

El requisito de uniformidad de uso es especialmente difícil de apreciar en los nombres compuestos. Ciertamente, cuando se usa habitualmente sólo uno de los nombres del compuesto, generalmente el primero, como es lo corriente, sería posible el cambio mediante la supresión de los no utilizados. Otras veces se usa indistintamente el nombre compuesto y uno de sus integrantes, o uno y otro del compuesto, en cuyo caso no es posible el cambio. Tampoco el que se usen dos nombres, una vez uno y otra vez otro, permite cambiar el inscrito por uno compuesto por ambos (78). Otra veces se pretende el cambio de orden de los

(75) Cfr. R. 16 diciembre 1985.

(76) R. 12 enero 1991.

(77) R. 16 diciembre 1985.

(78) R. 2 diciembre 1985.

nombres integrantes del compuesto, alegando que se usa el segundo y deseando conservar el primero; ello no es posible si nos atenemos al texto legal, porque el nombre compuesto pretendido no sería el usado habitualmente. Más dudoso es que se pueda cambiar el primero de un nombre compuesto conservando el segundo alegando que éste no se usa corrientemente y por tanto que lo único que se altera por el uso habitual es el primero. Aunque tal vez no se cumpla la literalidad del precepto, porque no se acredita que el nuevo nombre —el compuesto— sea el usado, lo cierto es que en la realidad social los nombres siguientes al primero —hoy uno como máximo, antes tres y antes, a veces, muchos— no se usaban como tales.

Obviamente el nombre por el que se pretende el cambio ha de ser de los posibles legalmente, por lo que quedan excluidos diminutivos, nombres extranjeros con traducción usual, etc.

105

F. Nombre de uso no corriente.

El art. 215 RRC (79) parece autorizar el cambio de nombre por el mismo procedimiento que en los casos anteriores cuando el mismo no sea de uso corriente. Algunos comentaristas (80) prescinden de este supuesto, que sin duda será de difícil apreciación en su sentido literal. Por nuestra parte creemos que interpretando el precepto en el sentido más apropiado para que produzca efecto, según exige la hermenéutica, puede entenderse que el cambio es posible cuando el nombre consiste en una palabra cuyo uso habitual no es el de tal, con lo que se favorecería a quienes sufren las consecuencias de un excesivo entusiasmo ideológico o de otra naturaleza que experimentaban sus

(79) "Lo dispuesto en los tres artículos anteriores se entiende sin perjuicio de que los interesados puedan solicitar, cuando proceda, el cambio de nombre y apellidos que no son de uso corriente".

(80) Citados por LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.*, pg. 83.

padres en el momento de la imposición. Así entendido sería un complemento del art. 54 LRC en cuanto a nombres que considerados como no extravagantes o impropios de personas en su momento, llegan a serlo después, al menos desde el punto de vista del interesado.

G. Cambio autorizado por el Ministerio de Justicia.

Mediante un expediente iniciado en el Registro Civil del domicilio, la Dirección General de Registros y del Notariado, por delegación del Ministerio de Justicia, puede autorizar el cambio del nombre propio sin más requisitos que los generales de justa causa y ausencia de perjuicio a tercero. Así se deduce del art. 57 LRC cuyo párrafo 1.º autoriza al Ministerio para el cambio de nombres y apellidos, y a continuación enumera los requisitos necesarios, todos los cuales se refieren al cambio de apellidos. Ya hemos dicho que la justa causa puede ser subjetiva y el perjuicio de tercero difícilmente puede darse en el cambio del nombre propio (81).

106

H. Cambio del nombre autorizado por Real Decreto.

Se discute si el art. 58 LRC (82) y su repetición reglamentaria en el art. 208 es aplicable al nombre de pila. Ciertamente el párrafo 2.º parece desarrollar el 1.º, que claramente se limita a apellidos, además de que menciona unos requisitos que sólo se exigen en el cambio de apellidos, pero no hay inconveniente en entender que la expre-

(81) R. 2 enero 1990.

(82) "No será necesario que concurra el primer requisito del artículo anterior para cambiar o modificar un apellido contrario al decoro o que ocasione graves inconvenientes, o para evitar la desaparición de un apellido español.

Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado.

En todos estos casos, la oposición puede fundarse en cualquier motivo razonable".

sión “podrá accederse al cambio” se refiera a cualquiera, tanto de nombre como de apellido. No será frecuente recurrir a este procedimiento, cuando existe el que acabamos de ver, mucho más sencillo y utilizable en cualquier supuesto, pero la interpretación amplia no deja de tener utilidad cuando el cambio del nombre sea conjunto con el de apellidos y para éstos sea necesario el Real Decreto (83), o por razón de protocolo en el cambio de nombre de una alta personalidad, por ejemplo de un miembro de la Familia Real.

V. Cambio de apellidos

A. Características.

Aunque las reglas generales del cambio de apellidos sean en principio las mismas que en el cambio de nombre, la mayor afectación de terceros explica que en el primer caso sean más rigurosos los requisitos a cumplir.

107

B. Rectificación.

“Mutatis mutandi” todo lo dicho acerca de la rectificación de errores en la inscripción del nombre puede aplicarse a los apellidos, aunque la causa del error pueda ser distinta, por ejemplo en éstos la transcripción equivocada del apellido del progenitor. También es un error rectificable como tal la alteración del orden debido en los apellidos consignados (84).

(83) Díez DEL CORRAL, *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, 1983 pg. 101. Cfr. RD 11 mayo 1984 y RD 12 mayo 1989.

(84) R. 27 septiembre 1989.

C. Traducción.

1. Ya hemos dicho que en nuestra opinión los apellidos no se traducen, pero en todo caso pueden adaptarse a la fonética española. Cuando la adaptación no se haga en el momento de la inscripción, efectuarlo posteriormente supone un cambio, que exige la autorización del Juez de Primera Instancia.

108

2. Esta adaptación puede solicitarla cualquier persona, incluso quien no se haya nacionalizado español y su apellido provenga de la naturalización de algún antepasado, manteniéndose sin adaptación quizá durante generaciones. La duda consiste en saber cuándo un apellido de origen extranjero ha dejado de ser tal para convertirse o poder ser considerado como español. A veces una grafía claramente distinta de la fonética española que se sigue dando al apellido puede demostrar que continúa teniéndose por extranjero, pero otras será la pronunciación la que se haya adaptado a la ortografía, creándose un nuevo apellido español (85). Por otro lado hay que distinguir entre apellidos extranjeros y apellidos de determinadas regiones españolas idénticos a ellos aunque distintos de los correspondientes castellanos, porque los primeros son adaptables y los segundos no.

3. No cabe duda que los apellidos extranjeros se pueden adaptar a la ortografía de cualquier lengua española, y en este sentido hay que entender la “fonética española” de que habla el art. 59 LRC, como lo demuestra el art. 206 RRC, aunque será necesario que se trate de lengua que tenga una gramática reconocida, oficial o al menos culturalmente.

(85) La historia nos ha legado multitud de apellidos franceses o italianos que se pronuncian, a veces desde hace siglos, según las reglas de la gramática española.

4. En cambio es más dudoso si un apellido español se puede adaptar fonéticamente —más bien ortográficamente— a otra lengua española distinta de aquélla en que figura. Por lo menos sería necesario que se trate de una lengua que tenga una gramática suficientemente reconocida, oficial o culturalmente, pues sin ello no cabe hablar de ortografía a la que adaptar. Por un lado el art. 206 RRC no se refiere expresamente a lenguas extranjeras, lo que permitiría el cambio o adaptación ortográfica del castellano a otra lengua española y viceversa (86), pero no lo es menos que en los supuestos de cambio enumerados en los arts. 59 LRC y 209 RRC sólo figura la adecuación de los apellidos extranjeros, y que la Ley de 4 de enero de 1977 permitió la traducción de nombres, pero no de apellidos. LINACERO DE LA FUENTE (87), sin desconocer que el principio de plurilingüismo justificaría la solución permisiva, parece inclinarse por la contraria en base a que el principio de inmutabilidad funciona con más rigidez en los apellidos que en el nombre. Por su parte, la Dirección General viene autorizando la adaptación (88) cuando se dan los requisitos de los arts. 57 LRC y 205 RRC, concretamente el uso habitual, con lo que trata de salvar la falta de un precepto concreto, solución probablemente práctica, pero falta de un fundamento sólido. De uso fonético propio de la lengua vernácula no se puede hablar, porque la pronunciación es idéntica a la de la otra lengua (89). Si se trata de adaptación ortográfica, el uso habitual tiene que ser en la escritura, y sólo podría existir en documentos no oficiales, que coexistiría con el uso de la forma antigua en los documentos oficiales —necesaria mientras no se autorice el cambio—, lo que va contra lo que se entiende por habitualidad, y en todo caso se trataría de

(86) En el supuesto de que el apellido figurase inscrito en su lengua regional y conservara su fonética propia, por ejemplo Montjuich por Monyuic.

(87) *Op. cit.*, pg. 187.

(88) R. 21 octubre 1991.

(89) Garaicoechea y Garaicoetxea, Vaquero y Bakero.

una situación de hecho creada por el interesado, contra lo ordenado por el n.º 1 del art. 57 LRC. Más fácil sería la adaptación al grafismo castellano de apellidos regionales que se siguieran escribiendo y pronunciando en su lengua original.

D. Cambio de apellidos por conocimiento de paternidad.

110 **1.** Las normas reguladoras de los apellidos son de derecho necesario. El conocimiento legal de una paternidad antes ignorada obliga al cambio de los apellidos. Así, el reconocimiento por el padre o la declaración de serlo hace que el primer apellido de éste pase a ser el primero del reconocido en sustitución del que ostentara, que de ser el materno pasaría a ser segundo, aunque si se hubiera alterado el orden de los apellidos de la madre en virtud del derecho reconocido por el art. 109 C.c., el segundo apellido del reconocido —primero de la madre— seguiría siéndolo (90). Normalmente, el reconocimiento por ambos padres da lugar a la sustitución de los apellidos que llevaba el reconocido por los dos primeros paterno y materno, y el reconocimiento por uno solo de los padres de una persona de filiación desconocida otorga a ésta los dos apellidos de quien le reconoce por el mismo orden, salvo que se trate de la madre y haga uso de su derecho a alterarlo.

2. Un motivo de cambio de apellido como consecuencia indirecta de un reconocimiento de paternidad es el contemplado en la Resolución de 15 de junio de 1981, que permite que se atribuya al hijo extramatrimonial de una viuda el primer apellido de su difunto esposo, supuesto motivado por una circunstancia especial, cual es la integración del menor en la familia que se designa con el apellido del esposo muerto, integración que sólo puede apreciarse por el transcurso de un cierto tiempo después del nacimiento. Se trata

(90) R. 27 septiembre 1989.

de un supuesto especial de cambio de apellido por uso habitual o acogimiento familiar de hecho.

3. La regla de que el reconocido adquiere el apellido del padre que le reconoce tiene una excepción en los casos previstos por el art. 111 C.c., según el cual cuando el progenitor haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia judicial firme, o cuando la filiación haya sido judicialmente declarada contra la oposición de dicho progenitor, el hijo no ostentará el apellido de éste más que si lo solicita él mismo o su representante legal.

4. El supuesto contrario a la declaración de paternidad es la impugnación de la misma, supuesto que puede darse en cuanto a la madre, pero que es mucho más frecuente en cuanto al padre, ya que éste es generalmente designado por presunción. La consecuencia legal debe ser la supresión del apellido correspondiente, sustituyéndolo por el que corresponda con arreglo a la Ley según la filiación resultante. Teóricamente es posible que prospere la impugnación de la paternidad del único progenitor conocido, en cuyo caso habría que proceder a la imposición administrativa de apellidos sustitutorios, que incluso podrían ser los usados hasta entonces. Y es que en algún caso (91) el Tribunal Supremo ha admitido que se siga utilizando el apellido con que el hijo era conocido, basándose en una especie de usucapión, que no puede ser tal en sentido técnico y más bien habría que considerar como cambio "ipso facto" del apellido legalmente correspondiente por el usado habitualmente, como medio de lograr la concordancia entre el Registro y la realidad (92).

111

(91) S. 19 enero 1972.

(92) LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.*, pg. 167, se pronuncia en favor de la existencia del principio, basado en la protección a la apariencia y en la buena fe, e incluso, citando a ALBALADEJO, en que ciertos derechos de la personalidad —como la nacionalidad— pueden adquirirse por prescripción.

E. Anteposición de la partícula “de”.

1. La preposición “de” antepuesta al apellido goza en España de cierto prestigio, aunque no siempre ha sido así (93). Por este motivo uno de los cambios más frecuentes en materia de apellidos es solicitar la anteposición de la partícula.

Esta ha sido aprovechada por el art. 195 RRC para evitar la confusión que pueden originar los apellidos que son a la vez nombres propios y que siguiendo al nombre de pila hacen dudar si se trata de un apellido o del segundo nombre de un compuesto, porque esta confusión, que en el Registro se puede evitar, puesto que entre primer y segundo apellido se debe intercalar la conjunción “y” —o “i” en catalán—, se produce en la realidad donde no es obligatorio, ni en documentos oficiales, el uso de la partícula. A tal fin dispone que “A petición del propio interesado, ante el Encargado, se antepondrá la preposición “de” al apellido paterno que fuere usualmente nombre propio o empezare por tal”.

2. Del texto legal resulta que la anteposición sólo es posible respecto del apellido paterno, expresión que debemos entender referida al primer apellido, es decir, que es posible cuando el primer apellido sea el materno, bien por tratarse de hijo de padre desconocido, bien por haberse alterado el orden de los apellidos, y no lo es respecto al segundo apellido cuando éste sea también paterno en caso de maternidad no conocida o haya habido alteración de orden. Incluso en apellidos no derivados de la paternidad, sean de imposición administrativa o adquiridos por cualquier otra causa para cumplir la “ratio” del precepto

(93) En siglos pasados, en España la preposición “de” en el apellido indicaba procedencia geográfica y, por tanto, al sustituir al patronímico, paternidad desconocida, a diferencia del “de” francés o del “von” alemán que indicaban dominio o posesión.

hay que entender que es posible la anteposición al primer apellido (94).

3. Una vez antepuesta la preposición, pasa a formar parte del apellido, por lo que se transmite a los descendientes, no sólo como primer apellido, en cuyo caso conserva su utilidad, sino como segundo, aunque aquí ya haya perdido su razón de ser.

4. Según el precepto, la anteposición sólo puede hacerse respecto a apellidos que usualmente sean nombres propios —o empezaren por tal, en caso de apellidos compuestos—. Queda por saber qué se entiende por nombres propios usuales. En sentido estricto sería algo así como corrientes, o al menos no demasiado raros —no desusados, que es lo contrario de usuales— con lo que quedarían excluidos algunos como García, Beltrán, etc., que no obstante ser nombres propios aparecen mucho más frecuentemente como apellidos. En sentido amplio únicamente quedarían excluidas palabras que aunque legalmente puedan ser impuestas como nombres de pila, no lo son por sí, es decir, nunca se podría impedir la anteposición de la partícula a un nombre que figure como tal en el santoral o en el equivalente de otras religiones.

113

F. Unión de apellidos.

1. El cambio más frecuente es probablemente la unión de apellidos, es decir, la conversión de dos en uno solo compuesto. Como regla general el art. 206.2 RRC dispone que “Las uniones no podrán exceder de dos palabras, sin contar artículos ni partículas”, con lo que resulta que un apellido compuesto no puede unirse a otro, entendiendo por

(94) Aunque la imposición de nombres propios como apellidos está prohibida por el art. 136 RRC, hay algunos tan comunes —volvemos a citar el ejemplo García— que no será imposible su imposición.

apellido compuesto el que consta de más de una palabra, excluidos artículos y partículas (95), y no los que son una sola palabra, aunque la composición de ésta demuestre que se ha formado por la unión de varias (96). Claro que a veces puede discutirse si verdaderamente se trata de una palabra o de dos, aunque la diferencia teórica es clara, porque los apellidos compuestos de dos palabras deben llevarlas unidas por un guión o conjunción o preposición independiente, y habrá que remitirse a lo que conste en el Registro, ya que la inscripción ha de considerarse a estos efectos como constitutiva.

2. No hay reglas especiales para la unión de apellidos, de modo que han de cumplirse las generales de los artículos 57 LRC y 205 RRC para que el Ministerio de Justicia, que es el órgano competente, pueda autorizarla, especialmente sus números 1.º —que la unión constituya una situación de hecho—. Respecto a la unión de los dos apellidos de una persona, paterno y materno, difícilmente se puede entender que se ha producido la situación de hecho, porque el empleo de los dos para designarla no indica que se considere como uno solo, lo que exigiría el uso habitual de otro apellido como segundo. Así pues, conceder la unión en este caso parece un tanto irregular. Lo que sí es perfectamente posible es el uso de los dos apellidos de una persona para designar a su hijo —u otros parientes, como un hermano menor o un sobrino dependiente de aquélla—, caso corriente sobre todo cuando el primer apellido es muy común, de forma que el segundo es el principal elemento de identificación, lo cual equivale al uso de los dos apellidos como uno solo.

Como siempre que hay que apreciar la habitualidad, y

(95) No está tan claro qué son partículas. Desde luego, la preposición o el artículo, y parece que otras muy cortas, como el apócope San, pero no así el adjetivo de que se deriva —santo—.

(96) Torreblanca, Allendesalazar, Montesdeoca.

por tanto una duración, se puede plantear la duda de si debe exigirse una edad mínima en la persona a la que afecta el cambio. En este caso parece que no, porque se puede estimar que desde el mismo nacimiento del hijo se cree que sus apellidos son los dos del padre, especialmente si la unión ya se ha verificado respecto a hermanos mayores, o cuando la unión se solicita conjuntamente para un mayor y para sus hermanos menores (97).

G. Cambio de orden de los apellidos.

1. La preocupación por evitar la discriminación de la mujer ha llevado al legislador a introducir en el art. 109 C.c. lo siguiente: “El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos”. Esta posibilidad rompe en gran medida el principio de inmutabilidad de los apellidos y constituye una excepción a la regla básica de su imposición. Los comentaristas están de acuerdo en que como tal excepción debe ser interpretada restrictivamente, sin perjuicio de que existan tendencias favorables a su facilitación, e incluso a que el orden de los apellidos deba ser decidido expresamente por los padres, sin presunción legal, como único medio de lograr la igualdad entre los sexos.

115

2. Como primera limitación, sólo el interesado mayor de edad puede solicitar el cambio. No, por tanto, los representantes del menor —esto es obvio— ni tampoco el menor emancipado, aunque se completara su capacidad, ni los representantes legales del mayor incapaz. Esto es lógico, pues no sería admisible que estos representantes pudieran hacer lo que no pueden los titulares de la patria potestad. Así pues, el derecho a pedir la alteración del orden de los apellidos es un derecho personalísimo.

A cambio, para el interesado el procedimiento no puede

(97) Cfr. R. 18 octubre 1990.

ser más sencillo; basta la simple petición por escrito al Encargado del Registro y no hay limitación de plazo para hacerla.

3. El artículo 109 C.c. permite el cambio, a continuación de decir que la filiación determina los apellidos. Así pues, la inversión sólo es posible cuando se trata de apellidos poseídos por razón de filiación según la ley española, no en cuanto a los impuestos de oficio o a los extranjeros que conserven unos apellidos que no les corresponderían con arreglo a nuestra ley. La filiación que haya determinado los apellidos puede ser matrimonial o extramatrimonial, y a nuestro juicio también la adoptiva, ya que el art. 109 C.c. no distingue clase de filiación y el anterior dice que ésta puede ser por naturaleza o por adopción.

116 4. En último término, la exigencia de justa causa y que no haya perjuicio de tercero para autorizar un cambio, que establece el art. 60 LRC para casos concretos, es un principio de carácter general que debe aplicarse también a este supuesto. No habrá justa causa si se persiguen fines ilícitos —que habría que demostrar—, pero tampoco puede entenderse que hay perjuicio de tercero por el mero hecho de que el cambio ocasiona dificultades de identificación —como cualquier otro— o que da lugar a diferencias entre hermanos, mientras no se acredite que se intenta la confusión con otras personas para obtener ventajas.

En esta modalidad de cambio de apellidos, por su facilidad y consiguiente mayor peligro, tiene especial importancia la precaución que establece el art. 217,3.º RRC.

5. La facultad de alterar el orden de los apellidos se concede por una sola vez y es por tanto irreversible, como se deduce del art. 109 C.c. y ha confirmado la DGRN (98),

(98) RR. 18 febrero 1988 y 2 junio 1990.

lo que no obsta para que pueda obtenerse un nuevo cambio posteriormente por otro motivo, por ejemplo, por el uso habitual con todos los requisitos necesarios de los antiguos apellidos. Ni tampoco que haya habido un cambio anterior, por ejemplo por razón de adopción o por adaptación al español de apellidos extranjeros, pues el apellido no deja de ser el adquirido por filiación aunque su expresión haya cambiado.

6. La alteración de que tratamos aquí es independiente de la que pueda obtenerse en el caso de filiación conocida sólo de la madre, lo que puede hacerse en cualquier momento, además de que en el momento de la inscripción de nacimiento puedan imponerse directamente los apellidos de la madre con el orden alterado, incluso durante la menor edad del hijo por medio de su representante (99). La independencia entre ambas modalidades de alteración del orden de los apellidos permite que el hijo pueda cambiar el que tenga respecto de los de su madre, por excepción de la norma general, por lo menos cuando este orden haya sido decidido por su representante, pues cuando lo haya pedido él mismo, siendo ya mayor de edad, parece contrario a la doctrina de los actos propios que pueda volverse atrás, utilizando el art. 109 C.c. para deshacer lo que obtuvo conforme al art. 55 LRC.

117

H. Apellidos que no corresponden por naturaleza.

1. Hay casos en que los apellidos que ostenta una persona son distintos de los que le corresponderían por naturaleza. El primero de estos casos es el de los apellidos impuestos de oficio, concretamente los de personas de filiación desconocida y el impuesto como primero al hijo reconocido sólo por su madre o como segundo al hijo reconocido sólo por su padre conforme a la legislación anterior.

(99) *Cfr.* art. 198 RRC.

2. El segundo caso es el apellido que lleve una persona en vez del que le correspondería por filiación, conforme al art. 111, cuando el padre haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación o cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra la oposición del hijo, si éste no ha consentido en llevar el apellido del padre.

118 3. El apellido procedente de adopción. Este apellido obviamente no corresponde por naturaleza, pero sin duda debe equiparársele, dada la asimilación de la filiación adoptiva a la natural. Por apellidos que no corresponden por naturaleza debemos entender los que no corresponden por filiación; por tanto el segundo de la madre impuesto como primero al hijo extramatrimonial no está comprendido en el supuesto, toda vez que le corresponde por filiación aunque en orden distinto del habitual. Pues bien, en estos casos los apellidos pueden sustituirse por otro usual o que pertenezca a la línea de apellidos conocida —art. 76 RRC— sin que se precise para que el Ministerio lo autorice otro requisito que el uso de hecho del art. 57 LRC. Por apellido que pertenezca a la línea conocida no debe entenderse sólo el apellido en sentido estricto del padre o madre de que se trate, es decir, el primero o segundo, sino todos los que hayan ostentado otros ascendientes de la misma línea.

También se ha admitido que la viuda adoptante pueda dar al adoptado el apellido de su difunto esposo. Es dudoso si este apellido puede ser considerado como no procedente de filiación y por tanto sea susceptible de sustitución.

I. Contrarios al decoro o que ocasionen graves dificultades.

1. Los apellidos por sí mismos o por su combinación con otros pueden resultar malsonantes, insultantes, ridículos

o vejatorios y en tal caso pueden cambiarse sin necesidad de previo uso habitual del nuevo (100), aunque sí es preciso que éste provenga de la línea correspondiente al apellido que se trata de sustituir y pertenezca legítimamente al peticionario, se entiende que como tercero, cuarto, etc.

2. También se puede sustituir en igual forma el apellido que ocasione graves dificultades. ¿Cuándo puede ocurrir esto? El art. 208 RRC hace una enumeración de casos que parece exhaustiva: cuando fuera extranjero o por cualquier causa lleve consigo deshonra.

3. La última causa es lo suficientemente amplia para que pueda comprender todos los supuestos en que un apellido que por sí mismo no es insultante o vejatorio puede llegar a serlo si por un motivo cualquiera, sea justo o injusto, lleva una connotación peyorativa, por ejemplo, porque se identifique con una persona que haya alcanzado una amplia reputación negativa, como puede ser un criminal famoso, aunque entre éste y el peticionario no haya relación de parentesco (101). La connotación negativa debe ser objetiva y no basta con la opinión negativa o el simple deseo del solicitante (102).

119

4. El segundo supuesto de apellido que ocasiona dificultades contemplado por el Reglamento es que sea extranjero. Parece un poco fuerte la equiparación o al menos yuxtaposición del apellido extranjero al apellido deshonroso. No se ve claramente qué dificultades puede ocasionar el apellido extranjero como no sea su pronunciación u ortografía, lo

(100) Arts. 58-1.º LRC y 208 RRC. Este añade: "Se entiende que un apellido ocasiona graves inconvenientes cuando fuere extranjero o, por cualquier razón, lleve consigo deshonra".

(101) El apellido Landrú en Francia, Quinsling en Noruega.

(102) Hace años, en un momento en que las relaciones con el país vecino eran especialmente tirantes, la prensa se hizo eco de la solicitud de una persona de cierto relieve de que le fuera cambiado su apellido Francia.

que evidentemente no siempre ocurre (103), máxime cuando cabe la adecuación fonética al español. Además no pueden ser considerados apellidos extranjeros los que existen también en lenguas españolas no castellana, como francés-catalán o portugués-gallego (104). Incluso, con la ley en la mano, podrían ser sustituidos —y no modificados— apellidos extranjeros enraizados en España desde hace siglos (105).

5. Si la razón que posibilita el cambio del apellido extranjero es su dificultad, la enumeración del art. 208 RRC no debería ser exhaustiva, sino que podría haber otras causas, como que el apellido sea enrevesado o desmesuradamente largo, lo que permitiría acortar apellidos en los que se han acumulado un número excesivo de palabras cuando ello era posible (106).

120

6. En estos casos el art. 208 RRC habla de cambiar o modificar el apellido. Por modificar hay que entender alterarlo, de modo que el nuevo sea parecido al anterior pero desapareciendo su connotación humillante (107). Esto es distinto que el cambio. Creemos en consecuencia que para la modificación, que no cambio, del apellido extranjero no se precisa el cumplimiento de los requisitos 2.º y 3.º del art. 205 RRC, que es imposible. Claro que en el supuesto de cambio total puede ocurrir que todos los apellidos de la misma línea sean extranjeros, e incluso todos los del

(103) No puede ni imaginarse que la razón sea permitir la ocultación de un origen, denotado por el apellido, que se estime infamante o vergonzoso por razón de raza, etc.

(104) Y no digamos si el chelja o el árabe llegaran a ser consideradas como lenguas propias de Ceuta y Melilla, porque son precisamente los apellidos exóticos los que más se solicita cambiar.

(105) Lerroux, Pignatelli.

(106) LINACERO DE LA FUENTE, *op. cit.*, pg. 186, dice que la moda de componer los apellidos, considerando que cuanto más largos más distinguidos, ya ha pasado, y actualmente se tiende a lo contrario.

(107) Gandal por Gandul, Bobé por Bobo. Ejemplo de modificación-traducción de apellidos extranjeros sería Galván por Galvao, Gómez por Gomes.

peticionario, lo que, de exigirse rigurosamente, haría imposible el cambio. En este caso nos parece posible que se atribuya un apellido de uso común, e incluso uno nuevo, que podría ser la traducción de la palabra en que consista el apellido extranjero —Herrero por Smith, Panadero por Boulanger—, lo que sería un medio más de eludir la falta de traducibilidad que tienen los apellidos como tales.

7. Un caso especial de apellido cambiable es el de Expósito u otro análogo que denote origen desconocido. Puede considerarse como una modalidad de apellido que ocasiona dificultades con la particularidad de que éstas se presumen, lo que facilita el cambio, que pasa a ser competencia del Juez. La sustitución se hace por otro que pertenezca al peticionario o en su defecto por uno de uso corriente —art. 59,1.º LRC y 209,1.º RRC—. El artículo 211 RRC especifica un orden de sustitución: 1.º aquél en que concurre la situación de hecho, lo que se entiende como el apellido que el interesado venga usando, pertenencia legítima y proveniencia de línea exigida para el cambio ordinario, 2.º, el siguiente de la misma línea al que ha de sustituirse, 3.º, el elegido por el peticionario o su representante legal, bien entre los de la otra línea, exceptuando el que ya ostente como paterno o materno, bien por uno de uso corriente.

121

8. Cabe duda de qué apellidos, además del de Expósito, son indicadores de origen desconocido. Con frecuencia —aunque no siempre— lo son los nombres de santos, especialmente en la ciudad o comarca en que es notorio que existe o ha existido un orfelinato u hospicio con ese nombre, e incluso a veces ese mismo nombre con supresión de la partícula “San”. También los apellidos que consisten en un nombre de mujer pueden ser indicativos de una paternidad desconocida. De todos modos, además de que muchas veces estos apellidos tienen otro origen, su existencia es tan

antigua que el supuesto origen desconocido sería tan remoto como para carecer de toda significación actual. Pero con todo, el hecho de que esté prohibido imponer de oficio apellidos que consistan en un nombre propio, puede ser un indicio en el sentido apuntado.

J. Conservación de un apellido español.

1. Con este fin, el Ministerio de Justicia puede autorizar el cambio de un apellido por el que se trate de conservar, sin necesidad de que se haya producido la situación de hecho, aunque sí la concurrencia de los demás requisitos de los arts. 57 LRC y 208 RRC.

122

2. La utilidad de este precepto ha disminuido desde que es posible el cambio de orden de apellidos, con lo que se logra la conservación de los que no ostentaba ningún varón, que son los llamados a desaparecer si se transmiten como segundos. Otro medio de conservación del apellido materno —y tal vez el más empleado— es su unión con el paterno, cuando es posible. Es de observar que los medios para conservar un apellido implican muchas veces una excepción al principio de infungibilidad de líneas, pues en definitiva se trata de que un apellido de origen materno llegue a ser primero. La propia razón del precepto parece impedir que se solicite a su amparo el cambio del segundo apellido de una persona, pero no que lo solicite una mujer, pues si bien antes podía pensarse que era inútil que lo hiciera, puesto que al transmitirlo como segundo no se evita su desaparición ulterior, ahora no es así, ya que ese apellido puede ser el primero de sus hijos.

3. La finalidad de la norma parece exigir que sin el cambio el apellido desaparezca totalmente, no sólo respecto a una familia o rama determinada, algo no fácil de demostrar, pero que justificaría una oposición. Lo que sí parece es

que para que proceda la denegación el oponente debe llevarlo como primero, y que el hecho de que haya personas que lo ostenten en lugar posterior no impide que exista el motivo de desaparición. El apellido debe ser español, aunque sea dudoso qué antigüedad o abolengo en España deba tener un apellido para que pueda ser considerado como tal aunque tenga un origen extranjero comprobado e incluso siga existiendo en el país de que provenga. También es dudoso si la existencia de un apellido como parte de un compuesto impide que el mismo pueda considerarse en trance de desaparición, si lo pretende quien lo lleva como simple.

K. Adopción.

1. En el Derecho comparado, y por supuesto en el español, se observa una tendencia a equiparar cada vez más la adopción a la filiación por naturaleza; esta tendencia se manifiesta también en el tratamiento de los apellidos del adoptado.

123

2. Antes de la Ley de 1958 el apellido de la familia natural era inmutable y sólo se permitía que por pacto expreso se añadiera a aquél el del adoptante, que en principio se posponía, con lo que teniendo en cuenta el sistema español de dos apellidos, el hijo adoptivo llegaba a tener cuatro, los dos de la familia natural y los dos de los adoptantes, por este orden (108). Una manera de evitar esta anomalía sería considerar los dos apellidos naturales y los dos por adopción como sendos apellidos compuestos.

El artículo 56 de la Ley del Registro Civil según redacción de 1957 permitía que se pactara en la escritura de adopción que los apellidos del adoptante se antepusieran a los del adoptado, e incluso que éstos desaparecieran si eran

(108) R. 31 mayo 1988.

no naturales, es decir, adquiridos por causa distinta de la filiación y señaladamente por imposición administrativa. No estaba claro si la posibilidad de pacto se limitaba al trastrueque del orden de los apellidos o se permitía pactar su intercalación, e incluso que se unieran unos y otros para formar apellidos compuestos como medio de lograr que los apellidos de uno y otro origen se transmitieran a la descendencia.

3. Después de la Ley de 24 de abril de 1958 había que distinguir entre adopción plena y menos plena. El régimen de esta última en cuanto a los apellidos era el mismo que el de la adopción del sistema anterior, salvo que no se preveía la posibilidad de sustituir los apellidos no naturales, si bien tampoco parecía imposible hacerlo. En la adopción plena la sustitución de los apellidos del adoptado por los del adoptante o adoptantes era automática, conforme al criterio de equiparación de la filiación adoptiva con la natural y al de ruptura de los vínculos del adoptado con su familia natural. Con dos excepciones: cuando un cónyuge adopte al hijo de su consorte, en cuyo caso conserva el apellido de dicho consorte como primero o segundo según sea paterno o materno, y cuando el adoptante único es mujer, en cuyo caso, si bien el adoptado va a llevar los dos apellidos de ella, se permite que lo haga con el orden invertido. Con una interpretación extensiva, la Dirección General (109) permite que el adoptado por una viuda pueda llevar como primer apellido el del marido fallecido, mediando consentimiento de los hijos del matrimonio. El fundamento es claro: además de reconocer el uso social de que la mujer utilice el apellido de su marido, se facilita la integración del adoptado en la familia adoptante, pero lo que no queda claro es qué requisitos se precisarán, según las circunstancias. Por ejemplo, si hay hijos menores, ¿se puede prescindir de su con-

(109) R. 28 febrero 1978.

sentimiento?, ¿deberán prestarlo por medio de sus representantes legales? Como en la mayoría de los casos sería la propia viuda, bastaría su voluntad para la concesión del apellido del difunto. ¿Será necesario el consentimiento de otros miembros de la familia que lleven el apellido, como padres o hermanos, por lo menos cuando no haya hijos? En este caso el fin de integración familiar no existe, pero puede haber otro, como proporcionar al difunto una especie de descendencia póstuma.

4. Actualmente la Ley de 11 de noviembre de 1987 reconoce una sola clase de adopción, a la que se equipara la adopción plena anterior. Esta clase de filiación se asimila a la filiación por naturaleza también en cuanto a los apellidos: el adoptado adquiere como apellidos únicos los de los adoptantes, como primero el del padre y como segundo el de la madre en caso de adopción doble, y los dos del adoptante en caso de adopción simple, con la misma excepción que hemos visto para el caso de adopción por una persona del hijo de su cónyuge, ya que el art. 178,2-1.º C.c. dispone que en este caso subsisten los vínculos jurídicos con la familia paterna o materna, incluso si dicho cónyuge hubiera fallecido, de modo que el adoptado conservará el apellido de su progenitor como primero o segundo según sea el padre o la madre. Es más: idéntica solución se da cuando sólo uno de los progenitores sea legalmente conocido y el adoptante sea persona de distinto sexo que éste, aunque en tal caso se precisa solicitud del adoptante y consentimiento del adoptado mayor de 12 años y del progenitor cuyo apellido ha de conservar, conforme al artículo 178.2-2.º del Código civil.

125

5. En caso de adopción doble, si uno de los adoptantes fallece durante la tramitación del procedimiento parece fundada la opinión de LINACERO DE LA FUENTE de que se mantenga como primero o segundo el apellido del fallecido.

En cuanto a que sea necesario el consentimiento de los hijos de éste por aplicación analógica del art. 207 b) RRC, pensamos que no lo será cuando el del fallecido haya sido expresado en el expediente o conste fehaciente en otro lugar. A este supuesto debe equipararse la adopción de quien haya sido objeto de acogimiento familiar —o de la adopción menos plena del sistema anterior— aunque el procedimiento se haya iniciado por el viudo después del fallecimiento de su consorte con el que compartía el acogimiento.

L. Acogimiento familiar.

126

1. Junto a la adopción como medio jurídico para la creación de un vínculo o relación paterno-filial, las legislaciones suelen establecer otras figuras que, creando vínculos menos estrechos, procuran la protección de menores. En España se han conocido el prohijamiento de expósitos —desde la Real Cédula de 11 de abril de 1796— el acogimiento familiar —Orden de 1 de abril de 1937— y la adopción menos plena.

2. Después de la reforma de 1987 el acogimiento familiar se concibe como una institución transitoria que no rompe la relación familiar del acogido, por lo que resulta obvio que no produce efectos por sí misma en cuanto a los apellidos. No obstante, LINACERO DE LA FUENTE distingue entre acogimiento de menores cuyos padres conservan la patria potestad, en cuyo caso no se suscita cuestión, y acogimiento de hijos de padres desconocidos o que han sido privados de la patria potestad, sugiriendo que en estos casos se aplique por analogía el art. 202 RRC, asimilando el acogimiento a la adopción simple como medio de facilitar la integración familiar de los niños abandonados, y evitando su discriminación por razón de los apellidos que ostenten. La Dirección General no comparte este criterio, remitiéndose a

la posibilidad de adopción (110). Lo que no cabe dudar es que el acogimiento puede ser motivo para promover el cambio de apellidos conforme al art. 207, b) RRC (111), siempre que el apellido constituya una situación de hecho no creada por el interesado, esto es, que el acogido, que obviamente no ha procurado por sí el acogimiento y costumbre de designarle con el apellido del acogiente, podrá solicitar en su día el cambio de apellido.

M. Matrimonio.

El sistema español, a diferencia de casi todos los demás, no reconoce al matrimonio efecto alguno sobre los apellidos del cónyuge. La mujer casada conserva su propio apellido sin adquirir el de su esposo ni en sustitución del propio ni como añadido a éste. Es verdad que hay un cierto uso social por el que se conoce a la mujer con el apellido del marido, pero ello no puede considerarse como un uso de hecho que pueda ser motivo del cambio. Sin duda la solución española es la más progresista —pese a su antigüedad—, más respetuosa con la igualdad de los esposos y más práctica para asegurar la identificación de las personas durante toda su vida. Ninguna de las soluciones que se pretenden para paliar el aspecto discriminador del sistema de apellido común para los cónyuges es satisfactorio, salvo, quizá, el que remite a un acuerdo entre los cónyuges, cuál de los dos apellidos ha de llevar el matrimonio, con todas las complicaciones que comporta, tanto por lo complicado del sistema como porque no deja de ser contrario al principio de inmutabilidad, tanto más cuanto más inestable o

(110) R. 21 julio 1989.

(111) Si el apellido o apellidos solicitados correspondieren a quien tuviere adoptado, prohijado o acogido de hecho al interesado, siempre que aquél, o por haber fallecido, sus herederos, den su consentimiento al cambio. En todo caso se requiere que, por sí o por sus representantes legales, asientan al cambio el cónyuge y descendientes del titular del apellido.

disoluble sea el matrimonio. La unión de ambos apellidos es incompatible con el sistema español de dos apellidos, ya que su repetición como compuesto llevaría a la aparición de nombres interminables por multiplicación de apellidos. Añadir al apellido de la mujer el del marido como segundo —incompatible por tanto con el sistema español— y más aún precedido de la preposición de —que puede indicar posesión o pertenencia— tiene una innegable connotación “machista”.

Si en el Derecho español el matrimonio no altera los apellidos, huelga decir que su disolución por muerte o divorcio, o su declaración de nulidad, tampoco puede producirlos.

N. Cambio por Real Decreto.

128

De igual manera que dijimos respecto al nombre, es posible, conforme al art. 58,2.º LRC y 208,2 RRC el cambio de apellidos mediante Real Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia con audiencia del Consejo de Estado, sin más requisitos que la existencia de “circunstancias excepcionales” que aprecia libremente el Gobierno y no se especifican en el Real Decreto de concesión. Como dice DÍEZ DEL CORRAL (112) no es posible deducir una doctrina de las concesiones hechas (113). Tampoco hay reglas acerca de cuáles deban ser los apellidos concedidos. Sin duda habrán de cumplirse los requisitos legales, por ejemplo, en cuanto a extensión, pero no se exige que sean de uso corriente (114). Podrían ser apellidos nuevos, es decir, palabras antes inexistentes como apellidos. Cuando fueran apellidos reales pero muy poco frecuentes —que difícilmente es imaginable que

(112) *Op. cit.*, pg. 102.

(113) Hay bastantes casos de nombres de origen árabe u otro igualmente exótico en que parece que el único motivo es su difícil adaptación fonética.

(114) Mientras la R. de 19 de mayo de 1989 concede apellidos tan comunes como García y Pérez, la de 12 del mismo mes y año concede Soria y Rivera, y la de 3 de mayo de 1990 los de Fajardo y Zanja, que guardaban un ligero parecido con las palabras árabes a las que sustituían.

sean concedidos—, parece lógico que la concesión fuera impugnabile, por ejemplo, mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

O. Efectos del cambio de apellidos en los descendientes.

1. El principio de identidad de apellidos en la familia motiva que el cambio de los mismos en uno de sus miembros pueda producir idéntico cambio en otros. Veamos los supuestos posibles:

2. Los descendientes nacidos después del cambio de apellido de su ascendiente es evidente que adquirirán directamente el nuevo.

3. Los nacidos antes, pero sujetos a la patria potestad en el momento del cambio, cambian también su apellido de acuerdo con los arts. 61 LRC y 217 RRC. Cabe la duda de si por medio de su representante legal —por regla general los propios padres— podrían solicitar lo contrario. Hay incluso, como LINACERO DE LA FUENTE, quien duda si el propio hijo menor pero con madurez suficiente, podría hacerlo conforme al art. 162 C.c. No parece que haya términos hábiles en la ley. Puede ocurrir que el hijo sujeto a la patria potestad tenga a su vez un hijo, que debería también cambiar su apellido. En caso de filiación extramatrimonial puede darse el caso de que el cambio del primer apellido de la madre dé lugar al cambio del segundo del hijo o viceversa.

129

4. Los descendientes no sujetos a la patria potestad sólo cambiarán su apellido si lo solicitan, para lo que tienen un plazo reducido (115). Puede ocurrir que unos hijos lo solici-

(115) Art. 217 RRC: "Todo cambio de apellidos alcanza a los sujetos a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo soliciten.

Para que alcance a estos descendientes, se requiere la inscripción de su consen-

ten y otros no; que consienta el cambio un hijo mayor y el hijo mayor de edad de éste no lo consienta para sí. Parece más difícil que el hijo mayor no solicite el cambio para sí, pero lo haga en nombre del hijo sujeto a su potestad para que éste tenga el nuevo apellido de su abuelo, o si dicho hijo es mayor lo solicite por sí, pero todo ello es posible conforme al texto legal, que habla de descendientes pero sin especificar grado ni dependencia de generaciones intermedias.

5. En la filiación adoptiva la regla es idéntica conforme al art. 204 RRC (116).

6. Una vez expirado el plazo legal, que es de caducidad y no de prescripción, el cambio de apellido por quien no lo haya hecho tendría que fundarse en otra causa, por ejemplo el uso habitual, y con los requisitos y mediante el procedimiento correspondiente.

7. El cambio de apellido por dependencia familiar es irreversible de modo que sólo se podría recuperar el anterior cuando el nuevo cambio sea posible por concurrir los requisitos precisos para ello. Esto es así tanto respecto de los que adquirieron el nuevo apellido con su consentimiento

timiento, formulado bien en el expediente, bien dentro de los dos meses siguientes a la inscripción del cambio y con sujeción a las reglas formales de reconocimiento ante el Encargado.

El Encargado competente para la inscripción de cualquier acto que implique cambio de nombre y apellidos lo comunicará, en cuanto afecte a mayores de dieciséis años, a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior y al Registro Central de Penados y Rebeldes. También podrá comunicarlo, en su caso, a las autoridades de Policía del país extranjero en que residan los alcanzados por el cambio. La Dirección General de los Registros y del Notariado puede ordenar otras comunicaciones.”

(116) “El adoptado transmite el primer apellido a los descendientes. El cambio de apellidos por adopción alcanza a los sujetos a la patria potestad y también a los demás descendientes que expresamente lo consientan en la propia escritura o dentro de los dos meses siguientes. La declaración se ajustará a las reglas del artículo 198”.

como para los que lo adquirieron automáticamente por estar sujetos a la patria potestad, aunque en este último caso tal vez fuera conveniente arbitrar un procedimiento para que se pudiera recuperar el apellido anterior al alcanzar la mayor edad (117).

(117) O emancipación, ya que también entonces se extingue la patria potestad: piénsese en el caso de un menor de edad en el momento del cambio que adquiere un apellido que ninguno de sus hermanos mayores ha consentido.

**LA DEGRADACION DE LA ESCRITURA PUBLICA
EN EL R.D. 1558 DE 18 DE DICIEMBRE DE 1992
Y LA O. DE 2 DE AGOSTO DE 1993**

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA

Notario

135

SUMARIO. **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN. **A.** Derecho real inmobiliario e inscripción. **B.** Tradición instrumental e inscripción. **III.** LA POTENCIACIÓN DOCTRINAL DE LA INSCRIPCIÓN. **A.** La inscripción conformadora, configuradora o cuasiconstitutiva. **a)** *El tercero del artículo 32 es distinto al del artículo 34.* **b)** *La inscripción cuasiconstitutiva en la E.M. de la Ley de 8 de febrero de 1861 y en los antecedentes de la Ley.* **B.** La autonomía del artículo 32 y sus ideas motrices. **a)** *La inoponibilidad.* **b)** *La colisión de títulos objeto del artículo 32.* **c)** *El artículo 32 es un supuesto de adquisición a domino.* **IV.** NUESTRA POSTURA. **A.** La inscripción cuasiconstitutiva y la dualidad de propiedades sobre la misma finca. **B.** El valor de las Exposiciones de Motivos. **C.** La inoponibilidad es

una figura de Derecho comparado extraña a nuestro Derecho. **D.** En ningún supuesto del artículo 34 hay inexactitud registral, la hubo antes de entrar en juego este artículo y la hay en las adquisiciones *a non domino* del artículo 32. **E.** El tercero del artículo 32 puede estar indebidamente inscrito. **F.** El dislocado precepto 1.473-2 de nuestro Código civil. **a)** *La interpretación gramatical del artículo 1.473-2.* **b)** *La interpretación lógica.* **c)** *Las interpretaciones histórica y sistemática.* **G.** La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. **V.** PROPÓSITO Y ALCANCE DE LA REFORMA. **A.** Examen del artículo 175 del R.N. antes y después de la reforma. **a)** *La carga de la información.* **b)** *Las dispensas de la carga.* **c)** *Cuestiones distintas de la dispensa de la carga.* **B.** La actuación preescrituraria del Notario. **C.** La advertencia escrituraria de los riesgos. **D.** La eliminación del riesgo en el comercio inmobiliario. **VI.** EL ESCARNIO REGLAMENTARIO DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD Y DE LA ESCRITURA PÚBLICA.

I. Introducción

La vida jurídica del comercio inmobiliario, de la empresa y de la familia discurre en la calle, en el campo, en los establecimientos, en las casas, cristaliza en la escritura, en el testamento, en el acta, y se transcriben en los Libros de los Registros de la Propiedad y Mercantiles para conocimiento de la sociedad.

El tráfico jurídico inmobiliario y el crédito territorial tienen su expresión, su fuente, en las escrituras públicas cuyo objeto es la constitución, transmisión, modificación y extinción del dominio y los demás derechos reales sobre inmuebles y su seguridad se pretende alcanzar, sin conseguirlo plenamente, en los Registros de la Propiedad, a los que se

trata de potenciar con cierto éxito desde hace unos años en detrimento de la escritura pública y al margen de la realidad jurídica motejada de “extrarregistral” en la propia Ley Hipotecaria; v.g. artículos 39 y 198.

En la escritura pública debe constar la situación registral del inmueble y el Registro debe publicar esta situación y ser público, resolviendo los conflictos provisionalmente en algunos casos, con sus principios fundamentales de inscripción, tracto sucesivo, inoponibilidad, y prioridad y definitivamente con el de fe pública registral.

El artículo 175 del R.N. proclama la relación entre la escritura y la inscripción e impone al Notario el deber, la carga, de explicar en la escritura la transcendencia de la situación registral de la finca para asegurar la eficacia plena del negocio jurídico que documenta. Este deber del Notario es un deber primordial para prevenir perjuicios económicos, muchas veces fraudulentos, a los comparecientes por presencia física, jurídica, incluso por inserción nominal en la escritura, que son las partes en el negocio jurídico contenido en la misma. Esta carga impuesta certeramente al Notario integra, con otros derechos y deberes, su Estatuto jurídico; mas su cumplimiento conforme al 175-4, debilita y deja en la sombra la función escrituraria del Notario.

La reforma introducida por el R.D. citado resalta y robustece, certeramente, este importante deber, e implica un avance jurídico sobre el Derecho derogado, pero no resuelve el problema de la seguridad jurídica del tráfico y, además, la reforma es desacertada, es ilegal, contraria, evidentemente, no sólo a la Ley del Notariado, sino también a la Ley Hipotecaria y a ambos Reglamentos.

El número 1 del art. 175 impone al Notario el deber de expresar en la escritura la situación registral de la finca, pero no evita el riesgo de una doble venta de la finca, de una hipoteca, de otro gravamen o de un embargo sobre la finca objeto de la misma, porque no ha podido enterrar el tiempo que discurre entre la información y la presentación

en el Registro de la copia autorizada, como explícitamente reconoce el n.º 4 de dicho artículo, demostrando la impotencia de la reforma. Dicho número impone una advertencia capciosa al Notario. La O. de 2-VIII-93 impone a los Registradores unas obligaciones, en rigor, cargas o deberes, al margen de la Ley y del Reglamento Hipotecario, principalmente, en sus artículos 4.º y 8.º en relación el 1 y 11, que no creo que puedan configurar el Estatuto del Registrador, no son adecuados a su función y, si se cumplen, no conjurarán el riesgo en el tráfico, aunque lo aminorarán. Esta O. altera ilegalmente el principio de prioridad, claro es que las soluciones doctrinales, como la reserva de prioridad por la expedición de ciertas certificaciones, las que pidiese el titular inscrito a los efectos de celebrar un contrato traslativo; la solicitud del cierre temporal del Registro para escriturar una proyectada transmisión; o la del asiento de presentación del documento privado, son aún más deformadoras del principio de prioridad, que actúa con la presentación del “título”, la escritura pública, en el Registro de la Propiedad (arts. 17, 25, 248, 249, 253 y 255 de la L.H.) y no con certificaciones, solicitudes o documentos privados.

El Registro debe ser expresión de la realidad jurídica, sus asientos reflejan los derechos reales inmobiliarios, tal y como los crean los títulos en los que se contiene el dinamismo de los mismos, el tráfico jurídico inmobiliario y el crédito territorial y no debe obstaculizarse esta concordancia otorgando efectos registrales a los proyectos, a los anuncios de creación, transmisión o extinción de derechos reales ni a los documentos privados carentes de valor jurídico ínterin no sean reconocidos legalmente y no les añade un ápice de valor la presentación en el Registro, que no implica el reconocimiento legal del artículo 1.225.

La actuación del principio de prioridad por certificaciones fundadas en el anuncio de futuras escrituras de transmisión o gravamen, contraria abiertamente a la Ley del Notariado y la Ley Hipotecaria, lo mismo que pretender un interregno

en el Libro Diario a base de documentos privados, es atentar en ambos casos contra la función escrituraria del Notario y también contra la Ley Hipotecaria, tanto en su artículo 3.º como en los artículos últimamente citados, que no consideran título a un proyecto de derecho real inmobiliario ni al documento privado, ya que no pueden considerarlos, a aquél porque es una posibilidad y no una realidad y el Registro debe ser expresión de la realidad jurídica y no del pensamiento y a éste porque según el artículo 1.225 del C.c. no es nada antes de ser reconocido legalmente, antes de ser elevado a escritura pública. El art. 420-1 del R.H. así lo reconoce explícitamente, aun con ciertas reservas, que por la vía ilegal del Reglamento se han intentado siempre colar en el Registro y ahora con frecuencia se consigue al amparo de un intrusionismo reglamentario y, recientemente, en algún caso, legalizado antijurídicamente.

La solución en mi opinión estará en todos los casos en que crea conveniente aplicarla, en la sujeción del contrato a la condición suspensiva de no existir más cargas que las reflejadas en la escritura una vez presentada en el Registro de la Propiedad, y verificar el pago del precio cumplida la condición; en la hipoteca unilateral; en la pendencia de la ratificación y pago simultáneo. En estos casos no hay riesgos, hay seguridad plena en el tráfico.

Lo que en mi opinión constituye un atentado grave a la autorización notarial, al signo, firma y rúbrica del Notario, a los arts. 17 y 19 de la L.O. del Notariado, al principio de prioridad, fundado, como expresé, en el título, que autentica la firma, rúbrica y signo del Notario y el sello de la Notaría, es el telefax de una copia o la reseña por telefax de alguna de sus partes. Esta suplantación del título, de la escritura pública, para causar un asiento de presentación, es inadmisibles jurídicamente.

Pero además de un atentado a la identidad del Notario, es también un atentado al principio de prioridad, por pretender legitimar contra la Ley Hipotecaria este papel de

telefax, como *título*, aunque sea provisional, no sólo contra lo dispuesto en los arts. citados 3.º, 17, 24, 25, 248, 249, 253 y 255, sino también contra el 251 y principalmente el 252, que declara la *nulidad* de los asientos hechos fuera de hora. El art. 418-e-1 es contrario a la Ley Hipotecaria y su n.º 2 infringe el art. 17 de dicha Ley.

Esta destrucción de la autorización de la escritura desde la propia notaría no es tolerable. Los Notarios no debemos usar el telefax desde nuestra Notaría para causar un ilegal y provisional asiento de presentación, suplantando nuestra identidad plasmada en nuestra autorización; sin embargo, y al amparo de la reforma hecha por el R.D. 430 de 30-III-1990, que agregó al R.H. los artículos 418 a, b, c y d, podemos presentar el propio documento notarial, el título, en el Registro de nuestro Distrito para causar un asiento de presentación, que se traslada al Registro competente, con una técnica análoga a la que los Notarios usamos en los traslados de comparecencia en las actas de requerimiento, llamados con léxico procesal y con desprecio del Derecho Notarial, exhortos notariales, si bien el momento de extender el asiento de presentación señalado en el artículo 418-c-1 no se ajusta a la hora que señala el artículo 25 de la L.H.

Estas son las cuestiones que vamos a tratar.

II. Escritura pública e inscripción

A. Derecho real inmobiliario e inscripción.

El objeto de la inscripción es el título en el que se constituya, transmita, reconozca, modifique o extinga el dominio y los demás derechos reales inmobiliarios; la inscripción refleja la titularidad de esos derechos, el nexo entre ellos y el sujeto, el acto, contrato o ley que causa su adquisición, modificación o extinción, que provoca el ingreso o salida del derecho real inmobiliario del patrimonio de una

persona, de un sujeto capaz de derechos y obligaciones. Si el derecho real no entra ni sale del patrimonio, no estamos en el campo de los derechos reales, en el ámbito de la inscripción, sino en el de las obligaciones, en el de los derechos de crédito, éstos modifican el patrimonio, pero, en principio no implican un aumento o disminución de su activo real, sino del crediticio o un incremento de su pasivo, el derecho real inmobiliario sigue o no ingresa en el patrimonio, el pasivo del vendedor no disponente aumenta con esa obligación de cosa determinada, el activo del comprador aumenta con ese crédito de cosa determinada, pero ese cambio jurídico obligacional es impotente en nuestro Derecho positivo para que el derecho real inmobiliario entre en el patrimonio del acreedor o salga del patrimonio del deudor. Este es el sentido del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria explicado fielmente en los artículos 7 y siguientes de su Reglamento y especialmente respecto de los derechos de crédito en el artículo 9.º, que niega la inscripción a la “obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble...”.

141

B. Tradición instrumental e inscripción.

La escritura pública es, normalmente, el título que puede causar la inscripción, aunque también pueden hacerlo el documento judicial (sentencia o auto) el administrativo y la Ley. Nosotros vamos a concretarnos a la primera, a la escritura pública en el tráfico jurídico inmobiliario.

El artículo 609 del C.c. determina exhaustivamente, no enumerativamente, los títulos adquisitivos, extintivos y modificativos del dominio y demás derechos reales inmobiliarios, entre los que están la donación, la sucesión y ciertos contratos acompañados de la tradición, tradición que el artículo 885 exige también para los legados como modo de adquirir por sucesión testada y a título singular y que para ello, para esa tradición, la Ley previamente atribuye al he-

redero la posesión civilísima en el artículo 440 del C.c. La tradición normal, la frecuente, es la instrumental, la de la escritura pública (artículo 1.462-2 del C.c.).

La tradición no es hoy un poder físico sobre la cosa, no se equipara a la posesión como hecho, como en el Derecho romano, que en su evolución la espiritualizó con las formas de *traditio ficta*, como la *longa manu*, *brevi manu*, *constitutum possessorium*, y la tradición simbólica. Ya en el Derecho justiniano la declaración de entrega de la posesión, principalmente escrita, comienza a sustituir en la práctica a la toma real de posesión (1). La *traditio*, en mi opinión, se apoya más en el *ius possidendi*, que es una facultad de dueño, que en la posesión como hecho o como derecho, que no es necesaria para la tradición instrumental ni puede serlo, porque el nudo propietario no podría enajenar su dominio, el que haya perdido la posesión tampoco; la pérdida de la posesión no implica la pérdida de la propiedad, ni afecta al *ius disponendi* y el propietario puede, a pesar de perderla, disponer, puede transmitirla, gravarla, abandonarla, modificarla; en la facultad de disponer va comprendido el *ius possidendi*, que ampara la tradición instrumental. El *ius possidendi* es el derecho a poseer que tiene el propietario (aparte de otros titulares de *ius in re aliena*, como el acreedor prendario) para hacer real su derecho sobre la finca, para poder disponer de ella, transmitirla, entregarla.

La inscripción refleja la transmisión operada fuera del Registro, en el título, en la escritura pública; un *ius ad rem* no puede inscribirse, porque no hay transmisión inmobiliaria, le falta la tradición, la efectividad de la transmisión, existirá la posibilidad de transmitir, la causa, el contrato, pero falta la realización.

(1) JÖRS Y KUNKEL: *Derecho privado romano*. Traducción de Prieto Castro. Barcelona. Editorial Labor, 1937, pág. 165.

III. La potenciación doctrinal de la inscripción

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su obra: *Derecho inmobiliario, registral o hipotecario*, Editorial Civitas. Madrid (1988, T. I, y 1993 el II), hace un gran esfuerzo para robustecer la inscripción a costa de la escritura pública.

A. La inscripción conformadora, configuradora o cuasi-constitutiva.

Rechaza la inscripción declarativa (2) y vuelve a la inscripción constitutiva respecto de terceros, que llama “cuasi-constitutiva” y también “configuradora o conformadora de los derechos reales” (3), fundando su teoría en los artículos 32 de la L.H. y 606 del C.c. y argumentando así:

a) *El tercero del artículo 32 es distinto al del artículo 34.*

143

El fundamento del artículo 32 no es la “confianza en la apariencia ... sino la eficacia general ordinaria de la inscripción frente a la clandestinidad”, de ahí “el valor o eficacia de la publicidad registral como requisito constitutivo de la eficacia plena del derecho real”. “La inscripción dota así de publicidad, de cognoscibilidad, de eficacia *erga omnes* y, por tanto, de plena absolutividad, al derecho real” (4).

El artículo 34 no encierra una medida general “para conseguir la publicidad a través de la inscripción”, pues la inscripción no se limita a sanar nulidades (artículo 33), sino que partiendo de la seguridad jurídica normal que proporciona la inscripción frente a lo no inscrito (artículo 32), con

(2) *Ob. cit.*, T. I, págs. 61 y ss. En la inscripción declarativa la mutación jurídico real inmobiliaria se produce en la escritura pública, en el título, al margen del Registro.

(3) La define “como aquella inscripción, que sin determinar la existencia del derecho real, contribuye a su plena configuración o conformación” “respecto de terceros” (*ob. cit.*, T. I, pág. 565. Véanse también las págs. 583 y ss.).

(4) *Ob. cit.*, T. II, págs. 63 y ss.

el 34 se da un paso más en la seguridad, convirtiéndolo en una excepción al 33, siempre que la resolución o nulidad se produzca respecto a un tercero, que no fue parte en el negocio nulo o resuelto (5).

b) *La inscripción cuasiconstitutiva en la E.M. de la Ley de 8 de febrero de 1861 y en los antecedentes de la Ley.*

Reproduce la Exposición de Motivos de la Ley 1861, cuyo pensamiento se sintetiza así: “Para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo”, o sea, que la venta seguida de tradición traspasa el dominio al comprador y si se inscribe lo traspasa respecto a todos (6).

En los precedentes del artículo 32, 23 en la Ley de 1861 está la inscripción constitutiva de la base 52 del Proyecto de 1843, que pasa a una inscripción constitutiva respecto de terceros en el artículo 1.858 del Proyecto de 1851 (7).

B. La autonomía del artículo 32 y sus ideas motrices.

Las ideas motrices del artículo 32 para la posición dualista son: Inoponibilidad, Adquisición *a domino*, Colisión de títulos, que resuelve a través de la inscripción; exactitud respecto de tercero.

Las de la posición monista que integra el artículo 32 en el 34 son: Fe pública registral; confianza en la previa inscripción y no inoponibilidad, adquisición *a non domino*, Inexactitud del Registro (8).

(5) *Ob. cit.*, T. II, págs. 66 y s.

(6) *Ob. cit.*, T. II, págs. 67 y s., y también en el T.I, págs. 592 y ss.

(7) *Ob. cit.*, T. II, págs. 69 y s.

(8) *Ob. cit.*, T. II, pág. 71.

a) *La inoponibilidad.*

La inoponibilidad es la expresión del principio de que lo no inscrito no perjudica al tercero y un supuesto de ineficacia relativo del negocio jurídico, que los civilistas españoles no se ocupan de ella, salvo DE CASTRO Y BRAVO en su libro *El negocio jurídico*; pero sí los grandes civilistas italianos y franceses, quienes han construido esta figura (9).

“Los negocios son inoponibles a los terceros, porque las partes no han cumplido frente a éstos una carga de legalidad que les incumbía, como la de darles publicidad por medio de transcripción” (10), lo que exige el artículo 2644 del C.c. italiano, precepto equivalente al artículo 32 de la L.H., si bien aquél exige la previa inscripción y ésta no, según JOSÉ MANUEL GARCÍA, quien agrega, este artículo “responde a la inoponibilidad del negocio no inscrito frente al que ha inscrito, sin perjuicio de la posible validez de aquél en un ámbito muy limitado (es decir, en relación con otras personas que no sea el tercero que ha inscrito y en relación con los efectos obligacionales” del negocio no inscrito. La inoponibilidad no es aplicable a los supuestos del artículo 34 porque está en juego la nulidad del negocio jurídico y es necesario acudir a otro fundamento y otro principio, el de la fe pública registral.) (11).

145

b) *La colisión de títulos objeto del artículo 32.*

La otra idea motriz del art. 32 frente al artículo 34 es que aquél resuelve un conflicto o colisión de títulos y éste de “inexactitud registral producida por la falta de constancia registral de las causas de nulidad o resolución del negocio precedente”. En los casos del artículo 32 “no hay inexac-

(9) *Ob. cit.*, T. II, págs. 72 y ss.

(10) *Ob. cit.*, T. II, pág. 74. Lo entrecomillado es copiado por JOSÉ MANUEL GARCÍA DE CARIOTA FERRARA y éste de EMILIO BETTI.

(11) *Ob. cit.*, T. II, págs. 74 y s.

titud del Registro, sino un supuesto de conflicto, en que por decisión del legislador, la solución de quién es adquirente o titular se encomienda al Registro". La fecha no es la clandestina del título, sino la de publicidad o absolutividad *erga omnes* del Registro. No hay un problema de inexactitud, sino "exactitud que ofrece el Registro, sirviendo como criterio legislativo para determinar cuál es el título exacto y cuál el inexacto, o sea, el que produce plenos efectos *erga omnes*, frente al que sólo tiene un valor relativo. Con la inscripción se pasa de una situación que era de conflicto (no de inexactitud) a una situación de exactitud y de prevalencia de lo inscrito frente a lo no inscrito y ello sin perjuicio de que lo no inscrito tenga efectos limitados o relativos frente a otras personas" y agrega, la desacertada y simplista tesis monista se olvida "que no es inexactitud, sino previa situación de conflicto en que la exactitud o la inexactitud se determina a partir de inscripción y no antes. Es la inscripción la que da lugar a la exactitud del título inscrito, de proporcionarle la plena eficacia *erga omnes* que antes no tenía. Y es la inscripción, la que a partir de entonces y no antes, convierte en inexacta la posición jurídica del título no inscrito, que es un título que conserva su mera eficacia relativa o limitada" (12).

Sostiene JOSÉ MANUEL GARCÍA (13) que el artículo 32 no está comprendido en el supuesto de hecho del artículo 40-a, porque aquél se dejó fuera de la reforma de 1944 y lo trajo el T.R. de 1946 y, por tanto, no se podría referir aquel artículo "a un supuesto conflicto de títulos, como el del 32, cuando el legislador de 1944, que introdujo el artículo 40-a, no pensó en el 32 al borrarlo de momento del mapa de la reforma". Además en la letra a) del artículo 40 no hay rastro de conflicto de títulos, típico del artículo 32 y del 1.473-2 del C.c., se refiere a supuestos de falta de inscrip-

(12) *Ob. cit.*, T. II, págs. 76 y ss.

(13) *Ob. cit.*, T. II, págs. 78 y ss.

ción. Donde hay un problema de colisión de títulos (situación jurídica que se resuelve con la inscripción) “no cabe hablar de inexactitud del Registro. En definitiva colisión de títulos e inexactitud registral son dos conceptos antagónicos”, y afirma que los artículos 32 L.H., 606 y 1.473-2 del C.c. están fuera de la idea de inexactitud.

c) *El artículo 32 es un supuesto de adquisición a domino.*

“La tercera de las ideas fuerza o ideas motrices del artículo 32” es que no constituye un caso de adquisición *a non domino*, a diferencia del artículo 34 (14). Entiende que en el caso de doble venta, no es aplicable el artículo 34, porque el 2.º comprador sería parte en el negocio jurídico, y si la venta fuese nula jugaría el artículo 33; lo que sana aquel artículo es el título anterior del transferente, no el que otorga al adquirente. Procede diferenciar claramente la venta de cosa ajena, que es válida desde el punto de vista obligacional, pero que no lo es desde el punto de vista de la eficacia real, de la figura de la doble venta, que es un supuesto de conflicto de títulos, que el legislador resuelve prescindiendo del problema de la validez o nulidad, pues parte de que la venta eficaz es la que se inscribe en el Registro de la Propiedad, y la otra venta anterior, que es válida, es inoponible a la venta inscrita, “aquella limita su eficacia al plano obligacional y al plano real respecto de los terceros que no inscribieron y la 2.ª venta es válida y eficaz frente a la anterior” y no puede ser tachada de venta nula por falta de objeto ni por falta de legitimación del vendedor. Esto es lo que dice el artículo 1.473-2, en el que ve una aplicación concreta del artículo 32 y que contiene idéntico principio; la primera venta es inoponible a la segunda que se inscribe, que “es válida y deriva del dueño”. Critica

(14) *Ob. cit.*, T. II, pág. 80.

las posturas que ven en el caso del artículo 1.473-2 un supuesto de adquisición *a non domino* y cita el artículo 2644 del C.c. italiano paralelo a nuestro artículo 32 de la L.H. y varios juristas italianos que entienden aquel artículo como un supuesto de adquisición *a domino*.

En el supuesto del artículo 1.473-2 “el legislador considera a la inscripción como adquisición derivativa del vendedor y no como problema de adquisición *a non domino*, pues el texto del precepto parte de que el primer comprador, que no inscribió, no adquirió el derecho respecto al que inscribió” (15).

Cita en apoyo de su tesis sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988, cuyo supuesto era una doble venta, la 1.^a en documento privado y la 2.^a, la inscrita, en escritura pública, siendo de buena fe el comprador y resalta que en la sentencia se afirma que no se trata de ningún supuesto de nulidad de ninguna de las ventas ni de resolución (16).

Por último dice que, “a diferencia del artículo 34, el texto del artículo 32 no exige ninguno de los requisitos que señala a aquél”, a cuyo estudio destina el capítulo IV y en lo que no me voy a detener, porque no afectan al objeto de este trabajo (17).

IV. Nuestra postura

Como se desprende de la lectura de estos capítulos de la obra de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *El derecho registral inmobiliario o hipotecario*, las sombras de D. CLAUDIO ANTÓN DE LUGURIAGA, a pesar de haber transcurrido 150 años, siguen planeando sobre los hipotecaristas, tanto la de la base 52 del proyecto de Ley de Bases del C.c. de 1843, con

(15) Ob. cit., T. II, págs. 80 y ss.

(16) Ob. cit., T. II, págs. 88 y ss.

(17) Ob. cit., T. II, págs. 175 a 205.

su inscripción constitutiva, como el artículo 1.858 del proyecto de 1851, "inspirado" a LUGURIAGA por BRAVO MURILLO, con su inscripción cuasiconstitutiva.

La tesis de la inscripción cuasiconstitutiva de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA en su documentada obra no es aceptable, porque a pesar de algunos aciertos como la dualidad de terceros en nuestra L.H., el del artículo 34 y el del 32; de la adquisición *a non domino* de aquél y *a domino* de éste; de su concepción de la tradición, coincidente con la que expongo en el texto, no traduce normativamente nuestra realidad social, es extraña a nuestro ordenamiento jurídico, porque margina uno de sus principios fundamentales, el de *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (17 bis), principio que expresa con claridad meridiana el *ius suum quique tribuere*, esencia de la justicia, al conceder eficacia indirecta al acto otorgado por quien da lo que no es suyo.

149

Examino a continuación sus argumentos y simultáneamente reitero con algún matiz nuevo, y refuerzo con alguna aportación las ideas que escribí en mi trabajo: *Los terceros registrales o internos* (R.C.D.I., 1968, págs. 1493 a 1533).

A. La inscripción cuasiconstitutiva y la dualidad de propiedades sobre la misma finca.

La inscripción cuasiconstitutiva la funda en la publicidad registral que, para él, más que complementar, perfecciona el carácter *erga omnes* del derecho real inmobiliario, y le confiere la absolutividad, requisito esencial para la eficacia respecto de terceros para la constitución plena del derecho real, aunque también según GARCÍA GARCÍA, entre vendedor y comprador rige el Código civil. Esta inscripción cuasiconstitutiva, constitutiva para los terceros y al margen entre las partes, es la expresión, ya denunciada por FEDERICO DE

(17 bis) Ulpiano D. 50-XVII-54.

CASTRO Y BRAVO (18) de la pretensión de algunos hipotecaristas de defender dos propiedades, una civil y otra registral, al decir: "En nuestro Derecho los hipotecaristas han pretendido oponer una propiedad y una posesión registral frente a la civil", y esta postura carece de fundamento, ya que como explica DE CASTRO (19) "las unidades objetivas son las que determinan, en último término, la individualidad de los derechos, por ello es un postulado de la moderna técnica jurídica, *que no pueden existir dos derechos subjetivos de igual valor primario sobre el mismo objeto*".

No es admisible que el comprador sea propietario frente al vendedor y el titular registral frente a los terceros, incluido el comprador.

B. El valor de las Exposiciones de Motivos.

150 Apoyar en la E.M. de la Ley de 1861, en la base 52 del proyecto de 1843 y en el artículo 1.858 del proyecto de 1851, que acogió la tesis de BRAVO MURILLO, la eficacia de inscripción frente a terceros es un apoyo raquítico.

Las Exposiciones de Motivos reflejan el pensamiento del legislador, que ni como interpretación de la Ley valen (19 bis). Rigen las leyes, están vigentes las leyes, no el pensamiento del legislador, que si lo expresa y cristaliza en la Ley, pueden ayudar a indagar su sentido, pero carecen de todo valor las que son preámbulo de una Ley derogada.

(18) *Derecho civil de España. Parte General*. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1949, nota 3 de la pág. 583.

(19) *Ob. cit.*, pág. 583.

(19 bis) En el mismo sentido que nosotros las sentencias del Tribunal Supremo de la sala de lo civil de 25 de febrero de 1943 y 14 de octubre de 1965. ROVIRA Y FLÓREZ DE QUIÑONES: *Valor y función de las "Exposiciones de Motivos" en las normas jurídicas* (Universidad de Santiago de Compostela, 1972), cree que es una de las partes de la norma jurídica, un razonamiento jurídico enlazado con la disposición por el dispongo (pág. 118) que "da el elemento más importante y directo para interpretar el sentido y alcance de la norma", expresión de la *mens legislatoris* que da a conocer la *ratio legis* y con la que "pueden llenarse las lagunas" (pág. 125), opinión que exponemos pero no compartimos, porque la interpretación auténtica es la propia de una Ley posterior, no la de un preámbulo.

El pensamiento de LUZURIAGA, tanto el propio como el de BRAVO MURILLO, reflejado en los proyectos de 1843 y 1851, tiene un valor anecdótico, porque no constituyen el precedente legal de ningún artículo vigente, aunque lo sean de la letra muerta del artículo 1.473-2, como veremos.

C. La inoponibilidad es una figura de Derecho comparado extraña a nuestro Derecho.

La inoponibilidad, como figura que consagra una ineficacia relativa, es desconocida por nuestro Derecho positivo y por nuestra doctrina. La breve alusión que hace DE CASTRO Y BRAVO (20) es de Derecho comparado y para enseñarnos un tipo de ineficacia relativa que se regula en los Derechos italiano y francés, no para incrustarla en nuestro Derecho, cuyos preceptos los cita a modo de ejemplos explicativos.

Por otra parte, la inoponibilidad chocaría en los casos de derechos excluyentes con el axioma que él proclama (21) de que “no pueden existir dos derechos subjetivos de igual valor primario sobre el mismo objeto” y respecto de los compatibles o de rango, el conflicto lo resuelve nuestro Derecho por vía de prelación o preferencia y no de la desconocida inoponibilidad.

151

D. En ningún supuesto del artículo 34 hay inexactitud registral, la hubo antes de entrar en juego este artículo y la hay en las adquisiciones *a non domino* del artículo 32.

El artículo 34 resuelve definitivamente un problema de inexactitud registral concordando la realidad jurídica con el Registro, atribuyendo *ex lege* al subadquirente el derecho real de que el disponente no era titular y, en consecuencia, el párrafo último del artículo 40 excluye toda acción rectifi-

(20) *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1967, pág. 531.

(21) *Derecho civil...*, cit. loc. cit.

cadora que pueda perjudicar al subadquirente; en rigor no hay nada que rectificar, porque el Registro es exacto, el subadquirente lo es por Ley, el derecho del verdadero titular se extingue, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes; los problemas de inexactitud registral en los casos del art. 32 persisten al amparo del párrafo último del artículo 1.º de la L.H., ya que los asientos del Registro “están bajo la salvaguardia de los Tribunales” y hasta que el titular perjudicado consienta la rectificación o una resolución judicial la ordene, el Registro continúa inexacto.

Normalmente el titular inscrito será un adquirente *a domino* y la concordancia del Registro con la realidad jurídica es evidente; pero puede ocurrir que su título adquisitivo sea nulo, anulable o resoluble o que el título se haya extinguido porque ya no fuese dueño o titular del *ius in re aliena*, objeto del negocio jurídico escriturado y no estuviese legitimado para disponer y en ambos casos habría, evidentemente, inexactitud registral, salvo si el adquirente *a non domino*, extraño al negocio viciado, reuniese los requisitos del artículo 34; pero si es adquirente de mala fe o a título gratuito, prevalece el título no inscrito del titular civil, a menos que pretendamos ver en el artículo 32 a un tercero latino, como el regulado en el 2644 del Código civil italiano en cuyo ordenamiento no hay un artículo 34 y simultáneamente dejar sin efecto a este último artículo, que de nada serviría, ningún efecto produciría. Cuando hay un conflicto de títulos incompatibles entre el inscrito y no inscrito, hay una inexactitud registral y la solución definitiva se encomienda a los Tribunales, no al Registro, debiendo aquéllos dar prevalencia al título otorgado válidamente por el verdadero dueño o titular esté o no inscrito, salvo el caso del artículo 34 y a la fecha del título, del documento público, de la escritura, de acuerdo con el artículo 1.218 del C.c. cuya fecha se impone *erga omnes*, porque no es ninguna “fecha clandestina”, sino que hace “prueba, aun contra tercero”.

Nuestro Derecho histórico patrio, base de nuestro Código civil (Base 1.^a de la Ley de 11 de mayo de 1888) de profundas raíces romano-canónicas, se inspira en el principio fundamental y sustancial sintetizado en los aforismos *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, *nemo dat quod non habet*, *resoluto iure dans resolvitur ius concessum*, principio que constituye la sustancia de la justicia: del *ius suum quique tribuere*; y nuestro Derecho en caso de conflicto entre la seguridad del tráfico y la preexistencia del derecho optó siempre por ésta en el tráfico jurídico inmobiliario, hasta la promulgación de la L.H. de 8 de febrero de 1861 que, por influjo de las ideas económicas de la época, en honor al comercio jurídico inmobiliario y deshonor del propietario expoliado, admitió la excepción a nuestro principio esencial, la fe pública registral, que hoy está plenamente justificada, es acorde con la conciencia jurídica de nuestra época.

153

Esta es la lectura jurídica de los artículos 606 del C.c. y 32, 33 y 34 de L.H. El titular registral, cuyo asiento coincide con la realidad jurídica, con su título válido y eficaz, no puede perjudicarle otro no inscrito (art. 32), si el título inscrito está viciado, decae ante el título válido y eficaz no inscrito (art. 33) salvo que juegue la fe pública registral, que sana el vicio del título del transferente (art. 34).

El conflicto de títulos lo resuelven los artículos 32 en relación con el 17, 24 y 25, cerrando el Registro respecto los derechos reales inmobiliarios excluyentes o incompatibles o dictando rango a los compatibles, si hay exactitud registral, si la inscripción refleja un título válido y eficaz; si el título no está “debidamente inscrito”, como exige el artículo 32, porque se registra un título viciado, no tiene protección, pues no está debidamente inscrito y el que no lo está, como el que está mal inscrito, sigue siendo nulo a pesar de la inscripción (art. 33), hay inexactitud registral, mas como los asientos del Registro “están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen sus efectos mientras

no se declare su inexactitud" (art. 1.º, párrafo último de la L.H.) el cierre del Registro es provisional, lo mismo que el rango que dicta, cuya provisionalidad dura hasta que se rectifica el Registro, hasta que éste se adecúa a la realidad jurídica, pues los Libros del Registro escriben ésta por lo que les cuenta el título, la escritura pública, y lo que le han contado otros títulos, otras escrituras, que son los que viven la realidad resumiéndola y sintetizando sus definitivas vivencias sociales. No olvidemos que la prevalencia del título, de la escritura pública sobre el Registro la reconoce, como no podía menos, nuestra Ley Hipotecaria en el párrafo penúltimo del artículo 40: "La acción de rectificación será inseparable del dominio o derecho real de que se derive".

154

Por último, el argumento de que el artículo 32 quedó fuera de la reforma de la Ley 30 de diciembre de 1944 y no podía referirse a él el artículo 40 introducido por dicha Ley, no es exacto, pues el artículo 23 hoy 32, era y es una reproducción del artículo 606 del C.c., que no fue afectado ni podía serlo por la reforma, que pretendía, como dice SANZ (22), la armonización de los textos, "eliminar de sus preceptos aquellos artículos que se limitan a repetir otros contenidos en el Código civil. A este fundamento responde la eliminación del artículo 23" que reproducía inútilmente el artículo 606 del C.c. y por ello, agrego yo, al no estar el artículo 606 borrado del mapa de la Reforma, tenía que referirse a él, el artículo 40; lo mismo que el artículo 315, que admite expresamente el título no inscrito, como excepción al 313 y precisamente para rectificar el Registro.

(22) *Comentario a la nueva Ley Hipotecaria*. Instituto Editorial Reus. Madrid 1945, pág. 539.

E. El tercero del artículo 32 puede estar indebidamente inscrito.

La tercera idea motriz del artículo 32 es que es un supuesto de adquisición *a domino*, pues si la adquisición es *a non domino* jugaría el artículo 34 o, en caso contrario, estaríamos ante un caso en el que al no estar debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad el título del tercero inscrito, perjudicaría al auténtico título no inscrito, contra lo dispuesto en el artículo 32, ya que conforme a éste, no puede perjudicar al titular inscrito el título no inscrito o mal inscrito y recíprocamente tampoco el título mal inscrito puede perjudicar al titular no inscrito.

No estamos de acuerdo en que la doble venta no pueda ser supuesto de hecho del artículo 34 de L.H., porque el título del vendedor al otorgar la segunda venta, si la primera transmitió el dominio decae, se extingue, ya que no es dueño de la finca, que salió de su patrimonio por la primera venta y la segunda venta es una venta de cosa ajena. Si el segundo comprador lo es de buena fe, a título oneroso, lo es siempre por esencia de la compra y reúne los demás requisitos del artículo 34, este artículo sana el título extinto del vendedor y el segundo comprador es tercero en relación con el primero.

Tampoco estamos de acuerdo con la afirmación de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA de que la doble venta no es una venta de cosa ajena. Una cosa es la doble venta transversal, que convergen en un mismo transferente o vendedor, quien es parte en las dos, y otra es la venta lineal, que no hay un solo vendedor, sino un vendedor, un comprador-vendedor y un comprador y si, en aquel caso, el vendedor transmitió el dominio en la primera venta, en la segunda es un vendedor de cosa ajena. JOSÉ MANUEL GARCÍA no da ninguna razón para demostrar que el dominio no se transmitió en la primera venta.

F. El dislocado precepto 1.473-2 de nuestro Código civil.

Entramos en la cuestión más difícil, la de la aplicación, la de la interpretación del dislocado precepto contenido en el artículo 1.473-2 del C.c. en el que JOSÉ MANUEL GARCÍA ve una aplicación concreta del artículo 32 de la L.H. y es claro que una lectura no jurídica del precepto le da la razón, en cuanto a que el artículo 1.473-2 atribuye la propiedad a quien primero inscribe, no en cuanto a que el artículo 1.473-2 del C.c. sea una aplicación concreta del 32 de la L.H. o del 606 del C.c., porque no es lo mismo decir que el título que primero se inscribe atribuye la propiedad, que decir que el título no inscrito o indebidamente inscrito no perjudica al debidamente inscrito.

156

El artículo 1.473-2 está desencajado en el sistema de nuestro C.c., su sistema está inspirado en el pilar de la justicia, de dar a cada uno lo suyo, de que nadie puede dar más de lo que tiene, *nemo dat quod non habet* y plantea este dilema o admitimos que el 2.º comprador adquiere la propiedad *a non domino* y por la Ley, por el artículo 609 del C.c., pues si la primera venta transmitió el dominio, la segunda venta no puede transmitirlo, será la Ley quien lo transmita, el artículo 1.473-2, o negamos eficacia a este precepto por contradecir el sistema de nuestro C.c. pues contradice los principios generales de nuestro Derecho y el artículo 608 de nuestro C.c.

a) *La interpretación gramatical del artículo 1.473-2.*

Para el artículo 1.473-2 interpretado gramaticalmente, la propiedad se adquiere por la inscripción, lo que sería un caso de adquisición *ex lege*, pues si el vendedor en la primera venta transmitió la propiedad, en la segunda no podrá transmitirla; ahora bien, esta expoliación del verdadero dueño, del primer comprador, fundada en una inscripción, que puede ser fruto de una carrera o de otra causa,

un olvido en el vendedor, una necesidad de dinero que satisface con mala fe, etc., es infundada jurídicamente. Piénsese que la segunda venta puede hacerse media hora después de la primera, al día siguiente, a la semana, al mes, al año, a los dos años, a los tres, o a los seis y también en que la segunda venta puede hacerse inmediatamente e inscribirse transcurridas unas horas, un día, unos meses o unos años, condicionando la posible segunda a la primera venta ínterin no se inscriba, lo que es absurdo.

Por tanto, esta interpretación gramatical, esta aplicación literal del artículo 1.473-2 hay que descartarla, porque además, como señalamos, lleva implícita para el segundo comprador una adquisición *a non domino* pues el vendedor en la primera venta enajena su propiedad y no está legitimado, carece de poder de disposición para enajenar el inmueble a un segundo comprador, siendo esta venta nula, ya que es la propiedad la que confiere al dueño la facultad de disponer (art. 348 del C.c.) o el usufructo al usufructuario (art. 480), si lo vendido es este derecho.

Esta falta de legitimación del disponente es causa de invalidez del negocio jurídico real que otorga, no se trata de una venta de cosa ajena, en que el vendedor se obliga a adquirir la cosa para entregarla en propiedad al comprador, que es un negocio jurídico obligacional válido, sino un negocio de disposición nulo por falta de legitimación, con una nulidad análoga a la de la falta de poder, contemplada en el artículo 1.259 del C.c.; pero la convalidación por ratificación está excluida en este caso, es imposible.

De los muchos casos de adquisición por ministerio de la Ley que enumero en mi trabajo *Los supuestos de la división del dominio en el Código civil* (23) ninguno implica una expoliación tan grave como la del 1.473-2, incluidos los supuestos de los artículos 85 y 545-3.º del Código de Comercio.

(23) *Revista de Universalidad de Oviedo*. Primer trimestre del año 1956, págs. 97 y s.

b) *La interpretación lógica.*

Una interpretación lógica nos conduce a la misma conclusión, sería absurdo, sería injusto, que la mera inscripción en el Registro de la Propiedad confiera el derecho dos veces vendido a quien antes lo inscriba, si no lo adquirió *a domino*, expoliando al verdadero dueño o titular, sin el más leve apoyo de apariencia, como ocurre al inmatriculante, que es titular registral. Pero aún más absurdo es, que mientras no se inscriban, todas las ventas serían susceptibles de ser aniquiladas por una segunda venta que se inscribiese antes.

c) *Las interpretaciones histórica y sistemática.*

158 La interpretación histórica explica la causa del disloque de este precepto en nuestro C.c., que no es otra que una reminiscencia de la inscripción constitutiva de la base 52 del proyecto de 1843, que pasó destfigurada, a través del anteproyecto de 1848 al artículo 1.858 del proyecto de 8 de mayo de 1851 (24). Base 52: "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón en el Registro público ...". En el anteproyecto de 1848, prevaleció la opinión de BRAVO MURILLO frente a las de GARCÍA GOYENA (transmisión por el consentimiento) y de LUZURIAGA (transmisión por la inscripción) y se limitó el efecto de la inscripción al tercero, intercalando LUZURIAGA, quien de nuevo redactó la base 52, esta frase que subrayo: "Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero* los títulos constitutivos y traslativos del dominio ... ha de ser precisa la toma de razón en el Registro público" con lo cual la inscripción era constitutiva respecto de terceros y no entre

(24) Véase ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*. Editorial Bosch. Barcelona. 1968. T. I, págs. 64 y ss. GARCÍA GARCÍA, ob. cit., T. I, págs. 184 y ss.

partes, o sea, que había dos modos de adquirir, uno entre las partes y otro respecto a los terceros, lo cual llevaba implícitas dos propiedades, una civil y otra registral.

CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA redacta también el artículo 1.859 del Proyecto de 1851 (25) al que se remite el 982 y a éste el 1.396 del proyecto, que regula la doble o triple venta de inmuebles y dice así: “Cuando el propietario enajene unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título” y comenta el precepto diciendo: “Los artículos 1.859 y 60 son aplicación exacta del principio consignado en el artículo anterior (26) y aunque por lo mismo pudieran haberse excusado, ha parecido conveniente consagrar estas disposiciones especiales por la grande importancia del objeto que encierran y que no debía dejarse dependiente de interpretaciones...” (27).

La adquisición por el mero hecho de la inscripción se consagra explícitamente en el artículo 1.859 e implícitamente en el 1.858, según LUZURIAGA y aunque no es lo mismo que la inscripción surta efecto contra tercero (art. 1.858) que pertenecer la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito (art. 1.859), el tercero latino está ahí, pues según JOSÉ MANUEL GARCÍA el primer comprador es propietario frente al vendedor, pero no frente al segundo comprador y a los demás terceros y con esto tenemos dos propietarios de la misma finca, el civil y el registral, pero según nosotros en el 1.859 está la inscripción constitutiva de modo evidente.

En el capítulo V del proyecto titulado “De los efectos de la inscripción” y comprensivo de los artículos 1.858 a

(25) Así nos relata GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852. Imprenta Cometa S.A. Zaragoza 1974. T. II, págs. 927 y ss.

(26) “Ninguno de los títulos sujetos a inscripción. ... surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el Registro público” (art. 1.858).

(27) GARCÍA GOYENA, *ob.* y T. citados, pág. 951.

1.861, el 1.860 se refiere a la prioridad o rango y el 1.861 a inscripciones de capacidad, pero no hay nada que ni remotamente sea un precedente del artículo 34 de la L.H., por tanto el artículo 1.859 en el sistema hipotecario del proyecto de 1851, consagra la inscripción constitutiva y choca leve y oblicuamente con el 1.858.

La L.H. de 8 de febrero de 1861 en su artículo 23 dispone: "Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º, que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero" y en el 25 "Los títulos inscritos no surtirán efecto en cuanto a tercero, sino desde la fecha de su inscripción". Ambos artículos no tienen un contenido análogo, sino un sentido jurídico distinto al del artículo 1.858 del proyecto, del que LUZURIAGA (28), decía: "todo el espíritu de la Ley presente está contenido en" él. En la L.H. de 1861 no hay un precepto análogo al 1.859 y el artículo 34 dictado para las adquisiciones *a non domino* no tiene ningún ascendiente en aquél, responde a otro sistema hipotecario. Este artículo, el 34, es incompatible con el tercero latino, propio de los sistemas de transcripción, del francés, del italiano. No obstante en la E. de M. de la Ley de 1861 puede leerse: "El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba no puede quejarse: la Ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero; éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o amenorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente" (29). La pobreza de la justificación es obvia y lo que justificaba nunca tuvo realidad en la vida jurídica.

GALINDO y ESCOSURA destacan la importancia de ambos artículos, el 23, del que decía el Ministro de Justicia que "si

(28) GARCÍA GOYENA, *ob. y T. cit.*, pág. 951.

(29) LEÓN GALINDO DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación Hipotecaria*. Establecimiento tipográfico de Antonio Marzo. Madrid 1903. Reimpresión, T. I, pág. 92.

se condensaba la Ley, este artículo solo era la Ley” (30) y en otro lugar decían: “Lo que por algunos se dijo de que el artículo 23 era la Ley, aplican otros al 34” (31).

Los efectos de la inscripción eran distintos en el proyecto de bases de 1843, en el de 1851 y en la L.H. de 1861. Esta no contenía un artículo como el 1.859, que estaba dictado con carácter general y no sólo para la doble venta, fijando los efectos de la inscripción en los casos de conflicto y si contenía el artículo 34, que sería superfluo, prácticamente, si el tercero del artículo 23 fuese el tercero latino.

En este estado se promulga el C.c. con tres artículos, dos sin precedentes, el 606 y el 608 y uno el 1.473-2 que tiene como antecedente el artículo 1.859 del proyecto de 1851 (32), que recoge sólo para la doble venta el contenido del artículo 1.859 del proyecto.

El artículo 606 del que fue calco el artículo 23 de la L.H. de 1909, hoy 32 de la vigente, dice: “Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero”, y el 608 dispone: “Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”, y el 1.473 dice: “Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores ... si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro”.

(30) *Ob. cit.*, T. II, pág. 279.

(31) *Ob. y T. ult. cit.*, pág. 366.

(32) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. Instituto Editorial Reus. Madrid 1965, págs. 543 y s., señala como precedente inmediato del 1.473-2 el 1.500-2 del anteproyecto, del que es un calco, y como antecedente de éste cita el artículo 1580 del Código portugués y 3003 del Código mejicano, además del 1.396 y 1.859 del proyecto de 1851, que son sin duda los que literalmente más se le parecen y no los otros dos.

¿Qué se desprende de estos preceptos?

1.º Que el artículo 606 exige que esté “debidamente inscrito” el título del tercero, pues, si está mal inscrito o no está inscrito, el título no perjudica al tercero y si el de éste está mal inscrito, es indudable que le perjudicará el título no inscrito, por evidente razón de equidad; supongamos que el tercero es adquirente *a non domino*, su título estará mal inscrito y el no inscrito le perjudicará, previa rectificación del Registro, salvo en el caso del artículo 34.

2.º Conforme al artículo 608, los efectos de la inscripción los determina la Ley Hipotecaria y el artículo 1.473-2 contradice al 608 al fijar los efectos de la inscripción en la doble venta y si a aquél artículo le damos efecto contravenimos, no sólo el 608, sino el 34 y el mismo 32, y proclamamos la inscripción constitutiva para ese supuesto y si el artículo 1.473-2 es, como dice JOSÉ MANUEL GARCÍA, una aplicación correcta del artículo 32, proclamamos la inscripción constitutiva para todo el sistema hipotecario. No podemos hacer del artículo 1.473-2 el eje de nuestro sistema hipotecario, porque es un precepto que se ha colado en nuestro C.c. tomándolo del proyecto de 1851, que respondía al sistema de transcripción, del tercero latino, o mejor de la inscripción constitutiva como he puesto de relieve. El artículo 1.473-2 choca frontalmente con el sistema que regula nuestra Ley Hipotecaria y es un precepto extraño a ella y también al C.c.; el artículo 608 dispuso que la Ley Hipotecaria determinaría los efectos de la inscripción y no el C.c. y, por tanto, tampoco su artículo 1.473-2.

La interpretación histórica y la sistemática del artículo 1.473-2 lo anulan por incompatibilidad con nuestro Derecho hipotecario y civil, y esta laguna provocada por su anulación la colman los principios generales de Derecho, el de *nemo dat quod non habet* y conforme a este principio, el adquirente de la propiedad será y debe ser el primer comprador, el segundo es un adquirente *a non domino* que podrá deve-

nir propietario, si reúne los requisitos del art. 34, como adquirente *ex lege*.

G. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo es reacio a la aplicación del art. 1.473-2 y evita su juego así: 1.º Exige siempre buena fe al comprador que primeramente inscribe en el Registro, buena fe que no contempla el art. 1.473-2 aunque expresamente la exijan los párrafos 1.º y 3.º ó último de dicho artículo, no hay base interpretativa, gramatical ni histórica para transplantarla al párrafo 2.º, y así lo reconoce explícitamente la sentencia de 23 de enero de 1989: “requisito éste (el de la buena fe) que si no está expreso en el citado precepto legal es exigido reiteradamente por la jurisprudencia...” invocando las sentencias de 11 de febrero de 1946, 24 de enero de 1969, 16 de febrero y 16 de marzo de 1981, a las que pueden agregarse muchas más, unas anteriores, 27 de marzo de 1957, 10 de febrero de 1983, 17 de diciembre de 1984, 31 de enero, 3 de mayo, 5 de julio y 16 de septiembre de 1985, y 4 de marzo de 1988 y otras posteriores, 26 de octubre de 1990, 10 de abril y 19 de diciembre de 1991 (ésta *obiter dictum*) 11 de abril de 1992. 2.º El Tribunal Supremo excluye la aplicación del art. 1.473-2 en los casos de que la primera venta esté consumada, es decir, que concurra en ella título y la entrega o modo, como en la S. de 30 de junio de 1986, en la que la recurrente denuncia la infracción del art. 1.473-2 y el T.S. invoca la “carencia de buena fe en ésta (lo que) impide a la misma el beneficio de la protección del art. 34 de la L.H.” excluyendo que se trate de doble venta, porque el local ya no estaba en el patrimonio de quien lo vendía, y en la de 11 de abril de 1992 cuyo supuesto litigioso era una venta en vía de apremio en juicio ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia Número Ocho de Barcelona de unas casas a “Lenvo S.A.”, que pagó todo el precio y tomó posesión de

ellas y tres años más tarde, en 1983, también en vía de apremio en juicio ejecutivo ante el Juzgado Número Diez de Madrid, cuyo Juez otorgó escritura pública a favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, que se inscribió en el Registro de la Propiedad, leyéndose en su considerando: “La tipificación de la doble venta que contempla el art. 1.473 del C.c., requiere, para su existencia, que cuando se perfecciona la segunda venta, por convenio entre comprador sobre la cosa objeto del contrato y el precio (art. 1.450 del C.c.) la primera no haya sido consumada todavía (lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas ventas), pues si la primera venta concertada ya había sido totalmente consumada (por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor) ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena, o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto (Sentencia de esta Sala de 23/6/1951, 23/5/1955, 7/4/1971 y 30/6/1986) que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso”.

Es evidente que el Tribunal Supremo sienta una jurisprudencia acorde con nuestro ordenamiento jurídico, con el principio de dar a cada uno lo suyo y no lo ajeno, al amparo de una inscripción registral, apresurada o no, pues si considera “protección privilegiada” la del art. 34 de la L.H., (S. citada de 30/VI/1986), ¿cómo va a admitir la de la mera inscripción del art. 1.473-2 del C.c.? Estamos de acuerdo con la exclusión de este art. como hace nuestro Tribunal Supremo, pero nosotros lo excluimos por su contradicción con los preceptos y principios de nuestro ordenamiento jurídico motivada por sus antecedentes históricos, lo que produce su nulidad y la laguna legal que hay que colmar con los principios jurídicos. No estamos de acuerdo en que la venta de cosa ajena y la doble venta sean incompatibles. En ésta, si ambas ventas sólo producen efectos obligacionales, no se plantea ninguna cuestión jurídico real; si sólo los produce una, el comprador con efectos reales es adquirente

a domino; si ambas pueden transmitir, como presupone el art. 1.473-2 ("la propiedad pertenecerá") la segunda venta será siempre de cosa ajena y sólo prevalecerá sobre la primera si el comprador reúne los requisitos del art. 34 de la L.H.

La tesis de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA conduce inexcusablemente a convertir un precepto furtivo, en el eje de nuestro sistema hipotecario, que nos llevaría a otro peor y menos evolucionado, como sería el sistema de transcripción del tercero latino (33), o quizás de la inscripción constitutiva.

Para quienes, como ahora JOSÉ MANUEL GARCÍA, insisten en la adscripción de nuestro Derecho hipotecario al sistema del tercero latino, mi postura expresada en mi monografía *Los terceros registrales o internos*, carece de base, pero mi opinión después de examinada su teoría, es que su tesis vuelve al tercero latino con el disfraz de la inoponibilidad, de la inscripción cuasiconstitutiva y no encaja en nuestro ordenamiento jurídico, que es extraña a él, aunque su teoría tenga una sólida base en el Código civil italiano.

165

La cristalización de la inscripción cuasiconstitutiva o constitutiva en nuestro Derecho positivo, respondería a una regresión jurídica de casi siglo y medio, a la promulgación hipotecaria de una Ley *non nata*, de los títulos XIX y XX del proyecto de 8 de mayo de 1851.

La realidad jurídica de nuestra vida social culmina, se condensa primordialmente y perfecciona en la escritura pública, pretender desconectarla de ella para trasladar su momento supremo a la inscripción, a las Oficinas de los Registros de la Propiedad y Mercantiles, no tiene sentido.

(33) ROCA SASTRE: *El problema de la relación que, respecto del artículo 34 de L.H. guarda el artículo 32 de la misma*. R.C.D.I. Julio-Agosto de 1965, pág. 809, dice: que los sistemas de transcripción como el italiano, son sistemas no evolucionados, primitivos, inferiores al plasmado en nuestra Ley Hipotecaria, cuya crítica hemos compartido en nuestro trabajo *cit. Los terceros registrales...*, pág. 1520.

La función del Registro de la Propiedad en el comercio jurídico inmobiliario de nuestra sociedad, calificando la escritura pública, publicando la vida jurídica inmobiliaria, garantizando su seguridad con la inscripción y la fe pública y el rango con la prioridad es trascendental, es la propia de una institución profundamente arraigada en nuestra sociedad, que cada día pesa más en nuestra vida jurídica.

V. Propósito y alcance de la reforma

A. Examen del artículo 175 del R.N. antes y después de la reforma.

166

Expuesta la relación de la escritura pública con la inscripción y el valor jurídico de ambas, estamos en condiciones de abordar el propósito y el alcance de la reforma: reducción de los riesgos en el comercio jurídico inmobiliario y advertencia de que no están eliminados.

El artículo 175 derogado imponía al Notario un especial cumplimiento del deber de asesoramiento y consejo en materia de cargas y gravámenes, a cuyo efecto exigía que el Notario expresase en la escritura las cargas o gravámenes y afectaciones que recayesen sobre los bienes por lo que resultase de la declaración del disponente y de los títulos o documentos que se le exhiban o si los contratantes están conformes, por lo que resulte del Registro de la Propiedad. Además imponía al Notario el deber de advertir al adquirente la conveniencia de que se acrediten las cargas por una certificación del Registro o por el examen directo de sus libros.

El Notario reflejaba en la escritura las cargas y afectaciones declaradas por el disponente o por éste y el adquirente, o por lo que resultase de los títulos que se le exhibieran y advertía de la conveniencia de informarse en el Registro de la Propiedad.

La celeridad y complejidad del tráfico inmobiliario en la

sociedad actual, la aparición e invasión de las fotocopioadoras y la facilidad y proliferación de los testimonios, han ido arrinconando, con frecuencia, la presentación de las primeras copias para redactar las escrituras matrices, cuya exigencia perturbaría el comercio jurídico, de ahí que sobre el título adquisitivo del disponente no pueda escribirse, en muchos casos, la nota del artículo 1.219 del C.c. equiparada en dicho artículo a la inscripción. Esto explica que en la reforma se silencian los títulos adquisitivos del disponente en algunos supuestos, pero no justifica la omisión.

En cuanto a la declaración del disponente o de los interesados sobre las cargas, se mantiene en la reforma.

Por último, la referencia a los asientos del Registro relativos a la finca o fincas, la reforma ha introducido importantes modificaciones.

a) *La carga de la información.*

167

La más importante es que la información registral es ahora y en principio una carga, un deber del Notario, que integra su Estatuto jurídico; información que deberá obtener dentro de los cuatro días hábiles anteriores al otorgamiento (mejor diría “a la autorización”) ... por cualquiera de los medios de publicidad formal y su resultado, el medio utilizado y su fecha se hará saber a los otorgantes y se reflejará en la parte expositiva de la escritura (art. 175-1). Esta carga no conjura el riesgo del tráfico inmobiliario, lo aminora, y lo aminora más, si la información la solicita el Notario, como se lee en el artículo 8.º de la O. de 2-8-93, pero el peligro subsiste, como explícitamente reconoce el n.º 4 del artículo 175.

b) *Las dispensas de la carga.*

Por otra parte, el Notario está liberado con cierta arbitrariedad de esta carga o deber por el propio artículo 175-2.

1.º En la escritura que sólo “contenga actos a título gratuito” (art. 175-2-a). El Notario tiene el deber de asesorar y aconsejar a los comparecientes (art. 1.º del R.N.) y ese deber de asesoramiento y consejo inseparable del cumplimiento de su función, “dar fe, conforme a las leyes” (art. 1.º de la L. del N.) y esencia de su profesión, se le exige con especial rigor para prevenir al adquirente de las cargas y gravámenes o de la doble enajenación de las fincas, y no se debilita o decae cuando autoriza una escritura de donación o partición; piénsese en la adjudicación como libre de una finca hipotecada o vendida por el causante, que puede causar perjuicio al adquirente.

2.º Si el adquirente declara su voluntad de prescindir de la información registral, tanto si alega que tiene conocimiento de la misma, supuesto del artículo 175-2-b, como si dice que no la conoce, pero que tiene plena confianza en el disponente. En este supuesto hay que incluir los del artículo 9.º de la O. de 2-8-93 que son los casos de urgencia o necesidad del adquirente, que impidan obtener la información registral por no funcionar el Fax, estar cerrado el Registro o falta de tiempo. También hay que incluir los casos en que el adquirente ha pagado totalmente el precio, o parte de él y tema no poder recuperarlo.

3.º Cuando el disponente sea el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad local y, en general, cualquier entidad de Derecho Público. Esta dispensa tendría sentido si los bienes de estos disponentes fuesen inembargables e imprescriptibles, pero no siéndolo la veo razonable para supuestos de doble venta y no para todos, pero respecto de las cargas no encuentro explicación.

c) Cuestiones distintas de la dispensa de la carga.

Si “de la información del Registro resulta que el inmueble no está inmatriculado o no se halla inscrito el título

acreditativo de la titularidad del disponente al tiempo del otorgamiento”.

1.º Supuesto de que la finca no esté inmatriculada, el artículo 6.º de la O. de 2-8-93 exige que en la nota simple se mencione, “en su caso, los documentos relativos a la misma finca, pendientes de calificación y despacho, cuyo asiento de presentación esté vigente”. Aquí no hay dispensa del deber del Notario de pedir la información del Registro, sino de que al no poder resultar carga alguna, porque la finca no está inmatriculada y no hay ningún asiento de presentación vigente relacionado con ella, en el epígrafe cargas expresará lo que manifieste el disponente o conste en los títulos, pero el Notario advertirá al adquirente de la conveniencia de inmatricular la finca, de examinar el tablón de anuncios del Ayuntamiento y de que los conflictos que se planteen se resolverán por el C.c.

Si hay algún asiento de presentación o la anotación preventiva prevista en el artículo 312, el Notario, previa explicación de su alcance, hará las advertencias últimamente expresadas.

2.º Si la titularidad de la finca está inscrita a nombre de persona distinta del disponente y el defecto es insubsanable (art. 2.º, párrafo 2.º de L.H.), el Notario deberá explicar el alcance, según vea una doble enajenación o una interrupción anormal del tracto sucesivo, no obstante, si la interrupción fuese debida a que el disponente fuese causahabiente del titular registral, el Notario advertirá que el Registrador, al amparo del artículo 105 del R.N., puede considerar subsanable el defecto.

En estos casos, además de hacer constar las cargas en la forma expresada en el artículo 175-3, deberá indicar, como es práctica usual, que la finca o derecho están inscritas a nombre de otra persona y en las estipulaciones expresará de cuenta de quién serán los gastos registrales o los del expediente de dominio o de liberación de cargas o gravámenes o los judiciales. Si la interrupción es normal, como acontece

frecuentemente, que el comprador de la finca la hipoteca acto seguido para pagar el precio o parte de él, en el epígrafe cargas hará constar lo mismo que en la previa escritura de venta, lo que también es práctica usual.

B. La actuación preescrituraria del Notario.

Cuando se encarga una escritura de transmisión de derechos reales inmobiliarios deberá preguntarse al adquirente si desea qué Notario solicite la información al Registro y de qué tipo o clase o si la va a pedir él, advirtiéndole que la solicitada por el Notario es más completa, al amparo del artículo 8.º de la citada Orden; el interesado puede optar por una u otro o decir que prescinde de ella. La opción elegida deberá reflejarse en la escritura en el epígrafe cargas con las manifestaciones o informaciones obtenidas, como ya expuse, y dispone el artículo 175-1 y además el Notario deberá hacer la advertencia expresa y escrita que señala el artículo 175-4.

C. La advertencia escrituraria de los riesgos.

El artículo 175-4 reconoce que esa información no es decisiva para conjurar los riesgos y que éstos subsisten a pesar de ella, se eliminan los anteriores a ella y en la información registral instada por el Notario algunos posteriores y anteriores al otorgamiento de la escritura, pero no los riesgos en el tiempo que transcurre desde la última información anterior a la autorización de la escritura y la presentación de la copia de ésta en el Registro (hablo de presentación de la copia autorizada de la escritura y no del telefax o fotocopia de que hablan los artículos 249 párrafo último o quinto del R.N., 418-e del R.H. y 10 de la O. de 2-8-93, del que hablaré, al pretender facilitar la extensión del asiento de presentación a supuestos en que no se presenta el título en el Registro, sino esos papeles).

Tal y como está redactado el artículo 175-4, esa advertencia ilumina el Registro de la Propiedad y oscurece la escritura pública, al exigir que conste en la escritura que “prevalece” la situación registral existente en el momento (no “con anterioridad” como dice el n.º 4 con evidente imprecisión, con clara incorrección) de “la presentación en el Registro de la copia de la escritura autorizada” sobre la información referida en el n.º 1 o la manifestación referidas en “el apartado anterior”, el 3.

El Registro es todo, la escritura nada. Este n.º 4 del artículo 175, además de olvidarse “de las manifestaciones de transmitente o constituyente” referidas en el n.º 1, con lo que por un lado, es inexacto y por otro, impreciso, porque no es lo mismo la situación jurídica de la finca que la situación registral, pues, si el disponente manifiesta que ha constituido una servidumbre, una anticresis e incluso que otorgó una escritura de hipoteca sobre la finca que vende, da a entender que prevalece el Registro sobre esta manifestación, cuando ocurre lo contrario en nuestro sistema, que prevalece la manifestación sobre el Registro, ya que no puede jugar la fe pública registral en favor del adquirente, que no tendría la buena fe del artículo 34. Y, por último, es impreciso tanto al referirse a “la situación registral existente con anterioridad a la presentación en el Registro de la copia ...” y no a la inmediatamente anterior o en el momento, como corregimos nosotros, pues también es situación anterior la de la información registral recibida, como al no valorar la manifestación del disponente citada.

Pero, y esto es importante, y por eso insisto, la situación registral que prevalece sobre la reflejada en la información, es la existente en el momento de presentar la copia de la escritura en el Registro, pero no prevalece sobre las manifestaciones de cargas y gravámenes hechas por el disponente en la escritura, a las que me referí en el párrafo anterior y tampoco prevalece sobre la escritura pública de fecha anterior a la de la anotación preventiva de embargo e inscrita

posteriormente ni ante un titular registral, si no es adquirente *ex lege* y *a non domino*, o sea, si es del supuesto de hecho del artículo 32 y no del 34, porque el titular registral del artículo 32, si no es adquirente *a domino*, la inscripción no convalida, no sana los vicios de su título (art. 33) y el Registro es inexacto, en la realidad jurídica el titular del dominio o derecho real es otro y procede la rectificación del asiento del Registro, la inoponibilidad, como dijimos, no es un modo de adquirir, ni una modalidad de la ineficacia de los actos jurídicos reconocida en nuestro Derecho positivo, que rechaza la dualidad de propiedades (registral y civil) y de idénticos derechos reales limitados sobre el mismo objeto, como he argumentado anteriormente.

172 Sin embargo, los derechos de posible coexistencia, normalmente, se adquieren *a domino* y coincide el Registro, con la realidad jurídica, si, excepcionalmente, se adquieren *ex lege* o *a non domino* por el artículo 34, el Registro también concordaría con la realidad jurídica; mas, si sin adquirirlos *a domino* se inscribiesen como adquiridos, habría que rectificar el Registro y prevalecería el título del auténtico propietario, o titular del *ius in re aliena*. Ahora bien, en los derechos de posible coexistencia inscritos, no anotados, de acuerdo con la realidad jurídica la prelación la da la fecha de la inscripción y no la del artículo 1.218 del C.c.

La advertencia hecha en los términos que decreta el n.º 4 del artículo 175, además de contravenir nuestro ordenamiento, como hemos demostrado, hace del Notario un amanuense del Registro de la Propiedad y convierte la escritura pública en una minuta para la inscripción; pero esto no es cierto, la realidad jurídica cristaliza en las escrituras, que prevalecen contra los asientos del Registro, salvo en los casos del tercero del artículo 34 de la L.H. respecto de derechos reales incompatibles o excluyentes, en los compatibles o concurrentes, el rango lo da la fecha de la escritura sobre la de la anotación preventiva y la de la inscripción sobre la escritura.

Para situar escritura e inscripción en la realidad jurídica, la advertencia hay que hacerla así:

Si la finca no está inmatriculada: Yo, el Notario, advierto de la conveniencia de inmatricular la finca y de la posibilidad de que otras escrituras anteriores puedan desvirtuar ésta.

Si la finca está inmatriculada: Yo, el Notario, advierto de que la situación jurídica que prevalece es la del Registro en el momento de presentar la copia de la escritura pública solamente respecto de terceros del artículo 34; la escritura pública prevalece sobre la inscripción en las demás adquisiciones *a non domino*. En los derechos compatibles el rango lo determina la inscripción frente a la escritura pública y ésta frente a la anotación.

D. La eliminación del riesgo en el comercio inmobiliario.

173

Ya hemos anticipado que el cierre del Registro o reserva de prioridad no es legal en nuestro Derecho, porque es extraña y contraria a la realidad jurídica, y no puede admitirse ni por vía de certificaciones o solicitudes pedidas por el titular inscrito a efectos de disponer de su derecho real, porque estamos en el campo de los proyectos, de los sueños, no de las realidades, ni aún por vía de documento privado, porque mientras no sea reconocido legalmente no es nada en nuestro Derecho, conforme al artículo 1.225 del C.c. y menos aún es el título a que se refieren los artículos 3.º de la L.H. 34 de su R. y concordantes de ambos, no es un documento legal para causar los asientos del Registro.

Además debe rechazarse el cierre del Registro porque ahoga la realidad jurídica durante ese tiempo de otras transmisiones o gravámenes de derechos reales inmobiliarios.

Sin embargo, el riesgo puede eliminarse con mecanismos como la condición suspensiva, la hipoteca unilateral o el mandato verbal o escrito, que penda de la ratificación del adquirente. Con estas figuras jurídicas se logra que los efec-

tos finales del contrato no se produzcan hasta que la condición suspensiva se cumpla. Esta condición consistirá en que no aparezcan más cargas o gravámenes ni afecciones que los expresados en la escritura después de presentada la copia de ésta en el Registro de la Propiedad, lo que se acreditará con la certificación o la nota simple pertinente o el examen de los libros y pagándose el precio después de cumplida la condición. No obstante, siempre suele darse una señal, unas arras, pagarse parte o la totalidad del precio previamente a la escritura y esto ya es un riesgo que el Notario no puede evitar, esto es, un problema de las leyes protectoras de los consumidores, de sus ligas o asociaciones y que sólo se podría impedir programando al hombre, automatizándolo, atentando contra la libertad de comercio, cuyo ejercicio comporta siempre un riesgo, que humanamente no debe ni puede suprimirse porque es inherente al tráfico jurídico.

Con la hipoteca unilateral se suprime todo riesgo a costa de la celeridad, de la rapidez, la ratificación posterior al asiento de presentación aniquila el riesgo por la misma vía que la condición suspensiva.

VI. El escarnio reglamentario del principio de prioridad y de la escritura pública

Para concluir nuestro trabajo vamos a examinar brevemente el telefax suplantador de la copia autorizada de la escritura pública.

La identidad del Notario y el control de la fe pública de que es depositario está en su autorización, en su signo, firma y rúbrica, conforme a los artículos 17 y 19 de la vieja Ley del Notariado. El telefax regulado en el último párrafo del artículo 249 del R.N. adicionado por el R.D. comentado es una fotocopia de la copia y su autorización o de un escrito, ninguno de ellos es un documento privado; la tele-

copia es una fotocopia de la copia autorizada o de un escrito a máquina, carentes ambos de valor jurídico, que el artículo 418-e del R.H. y el 10 de la O. de 2-8-93 pretenden ilegalmente equiparar al título, a la escritura pública, a los efectos del asiento de presentación, y esta equiparación, infringe los artículos 3, 17, 24, 25, 248, 249, 253 y 255 de la L.H., además de los ya citados 17 y 19 de la L. del N. Los Notarios no debemos utilizar las máquinas de nuestras notarías contra nosotros mismos ni podemos usarlas legalmente. En caso de conflicto entre un asiento de presentación causado por una telecopia y copia autorizada posterior, prevalecerá legal y judicialmente ésta.

La infracción legal del principio de prioridad no la agotan el R.D. y la O. que examinamos equiparando, a los efectos del asiento de presentación, la telecopia o el telefax del escrito referido en el párrafo 5.º del artículo 249 del R.N. a la copia de la escritura pública, sino que desparrraman la arbitrariedad reglamentaria a la extensión del asiento de presentación después de cerrado el Registro (art. 10 de la O.) contrariando el artículo 252, que dice: Los asientos de presentación hechos *“fuera de las horas en que deba estar abierto el Registro, serán nulos”* y también el 251 y se vulnera el artículo 25, que exige expresar la hora de la presentación en el Registro. En los traslados de presentación regulados en los artículos 418-a-b-c y d del R.H. también se infringe el artículo 25, al postergar en el Registro territorialmente competente la hora de la presentación.

NOTAS BREVES (Y QUIZA PRECIPITADAS E INCOMPLETAS) SOBRE LA LLAMADA SUBROGACION DE CREDITOS (*)

ROBERTO BLANQUER UBEROS

Notario

179

I. La regulación legal es parca y la doctrina (al menos en los comentarios al C.c. en Centenario —Ministerio de Justicia— y en la Jurisprudencia de ALBACAR) no ofrece asideros serios. Los comentarios dirigidos por ALBALADEJO contienen uno estimable de SANCHO REBULLIDA que la considera como subrogación convencional; o más bien negocial pues parece operarse por la sola voluntad del deudor. He tenido oportunidad de consultar los *Fundamentos* de Díez PÍCAZO, Tomo II, “Las relaciones obligatorias”, Cuarta Edición, 1993; en págs. 826 y ss., se ocupa de la subrogación y en pág. 830 de la operada por la sola voluntad del deudor (art. 1.211 C.c.).

(*) Escritas en los primeros días del mes de diciembre de 1993.

Me parece muy razonable la distinción que plantea Díez PICAZO entre cesión y subrogación. La cesión se concibe como cauce institucional para la circulación del crédito como bien patrimonial, como objeto del tráfico jurídico; mientras que la subrogación se califica como vía para satisfacer el interés del subrogado para recuperar (en vía de regreso) el desembolso patrimonial efectuado al primitivo acreedor satisfecho.

La subrogación es un subingresso del nuevo acreedor en el lugar del antiguo. La subrogación produce una transmisión del crédito, que pasa del antiguo acreedor ya satisfecho a la persona que se subroga en él; transmisión total, con sus garantías, conforme al art. 1.212 C.c. según el cual la transferencia del crédito al subrogado lleva consigo sus anexos “ya contra el deudor ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”.

180

II. La subrogación operada por sola voluntad del deudor aparece tipificada por los siguientes elementos: a) una relación obligatoria preexistente, entre el deudor y el acreedor primero; b) que el deudor de ella tome prestado (del acreedor segundo) en escritura pública el dinero para pagar la deuda (al acreedor primero); c) que el deudor al pagar la deuda haga constar en la carta de pago (para Díez PICAZO la expresión equivale a la de “documento” en el que haga constar el pago) la procedencia de la cantidad con la que el pago se hace.

En mi opinión es necesaria alguna precisión.

a) La relación obligatoria precedente debe estar vencida; o conforme a los pactos que la regulan el deudor debe tener el derecho o la facultad para el pago anticipado (sin o con el pago de comisión, de cargo o de pena). En otro caso es necesario que el acreedor primero acepte el pago anticipado, lo cual introduciría una serie de problemas de no pequeña enjundia. Entre ellos la posible calificación del contrato celebrado como cesión, o como subrogación.

b) El préstamo, en principio, se dibuja con notable sencillez y, a la vez, singularidad. El préstamo se concierta con la finalidad de pagar la deuda anterior preexistente. El préstamo queda conceptual o tipológicamente reducido, creo, a una mera entrega de dinero “a devolver del modo o manera, en el tiempo, y con las garantías establecidas en la obligación preexistente en la que ha de quedar subrogado el prestamista (mediante el adecuado pago por el deudor al acreedor primero)”. Entiendo que el préstamo no puede ser, en principio y para servir de presupuesto a una subrogación por voluntad del deudor y sin voluntad del acreedor, materia de regulación contractual propia; pues si lo fuera, lo cual entra dentro de las posibilidades de la autonomía privada, sería dudosa la posibilidad de calificar al supuesto dentro del tipo de la subrogación. Y al margen de una posible novación del crédito preexiste convenida con posterioridad a la subrogación.

181

Por ello, la cuestión planteada en la práctica acerca de la reducción del tipo de interés debe ser estudiada como supuesto singular. Se trataría del convenio entre el segundo acreedor y el deudor según el cual el tipo de interés aplicable a la deuda de la relación obligatoria preexistente será, desde el momento de la subrogación, distinto y menor del propio de ella.

No debe considerarse cuestión diversa que la del convenio entre partes para reducir el interés en el supuesto de que el inicialmente pactado fuese fijo durante la vida de la relación obligatoria, o de que la reducción fuese cuantitativamente superior a la posible según la cláusula de indicación o de variación de intereses convenida en la relación obligatoria.

c) La “carta de pago” aludida en el art. 1.211 no es un título o documento extintivo de una relación obligatoria, lo cual se aprecia fácilmente contemplando la necesaria subsistencia por hipótesis de la preexistente, puesto que en esta relación a causa de la subrogación se produce un sim-

ple cambio de acreedor (el lugar del primero queda ocupado por el segundo). Pero sí es el título de la satisfacción del derecho del acreedor primero mediante el pago hecho por el deudor con el dinero tomado prestado del acreedor segundo.

III. Puede sostenerse que el efecto jurídico de la subrogación de un tercero (en la terminología del art. 1.203,3.º C.c.; que en la empleada aquí sería “el acreedor segundo”) en los derechos del acreedor (o sea “del acreedor primero”) se produce mediante la suma de dos actos, cada uno de ellos con su correspondiente y propia individual sustancia negocial o contractual. A saber: 1.º) un préstamo, por escritura pública; 2.º) un pago documentado en “carta de pago”.

182 El C.c. a diferencia del “Code”, que le sirvió de modelo, no exige explícitamente la escritura pública. Lo destaca Díez PICAZO. No es momento de analizar el significado en nuestro tradicional lenguaje jurídico de la expresión “carta” (En el idcológico de CASARES, equivale, entre otros, a “documento público”; en el de uso de MOLINER se le da como primer significado el genérico de documento; y en el diccionario de la Lengua el significado 11 es el de “instrumento público”). Sino que es oportuno destacar que nada se opone a que se entienda la necesidad de la constancia de la “carta de pago” en escritura pública conforme a reglas generales del C.c. referentes a la forma y a la prueba.

Si el efecto jurídico de la subrogación es consecuencia de la concurrencia de dos hechos de carácter contractual (el préstamo y el pago) y si este efecto jurídico se produce “sin voluntad” específica del acreedor (primero), o sea, con efecto respecto del acreedor primero pagado cuya posición jurídica se altera sin su voluntad, se sigue de todo ello la consecuencia natural del efecto combinado de los artículos 1.218 y 1.219 del C.c. que conduce a la interpretación de la “carta” como “escritura de carta de pago” (expresión usual en la práctica jurídica hoy, en 1889 y antes). Y a mayor abunda-

miento si se contempla la eficacia de la subrogación que se produce “contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”.

IV. En relación a la eficacia de la subrogación contra terceros poseedores de las hipotecas (hay que sobreentender que el art. 1.212 C.c. se refiere al tercer poseedor de la finca hipotecada) debe tenerse en cuenta el juego de la publicidad registral y de sus efectos a favor y en contra del titular de la finca hipotecada (sea deudor originario o subrogado o tercer poseedor) y del titular del crédito hipotecario. De los terceros registrales en general. De los que lo sean o de los que puedan llegar a serlo.

La L.H. (art. 149,3.º) nos dice al ocuparse de la enajenación o cesión del “crédito hipotecario” que el “cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente”. Pero en realidad no se ocupa de la subrogación como supuesto de cambio de acreedor a consecuencia de un pago; ni de la convencional, ni de la legal, ni de la operada por decisión del deudor (En la legislación Hipotecaria de Civitas, ed. 1987, preparada por JOSÉ MANUEL GARCÍA Y GARCÍA no se cita el art. 1.211 C.c. entre los relacionados con el 149,3.º, aunque sí el 1.212. ROCA —manejo la sexta edición 1968— tampoco se ocupa con detalle; alude al caso del tercer poseedor que paga la hipoteca y se subroga en lugar del acreedor y apunta los aspectos “civiles” de la subrogación en el caso excepcional de hipoteca solidaria sobre varios bienes pero no se ocupa de los aspectos “registrales”; y al estudiar la cesión, matiza las relaciones entre acreedor cedente y cesionario, la sujeción del deudor al nuevo acreedor por la notificación y la eficacia contra tercero desde la fecha de la inscripción (coherente con el art. 1.526,2.º C.c.) y la eficacia de la cesión en cada una de dichas esferas por lo que estima que la concurrencia de los tres requisitos del art. 149,1.º L.H. no es necesaria para la eficacia de la cesión, sino para su eficacia en cada una de las tres esferas

y el concurso de los tres la hace plenamente eficaz en las tres). Debemos concluir que ni la L.H. ni la doctrina hipotecarista y registral se han ocupado de esta cuestión.

Según los principios generales del sistema registral la subrogación de un tercero (acreedor segundo) en los derechos (todos, incluso las garantías) del acreedor (primero), cuando el derecho de éste es un crédito hipotecario, debe tener acceso al Registro para que éste refleje la realidad extrarregistral y para que la condición de acreedor hipotecario del nuevo surta efecto respecto tercero (sean terceros posibles adquirentes del crédito del acreedor primero, sean terceros poseedores de la finca hipotecada no vinculados por la obligación garantizada).

184 Los terceros adquirentes de derechos sobre la finca hipotecada posteriores al derecho del primer acreedor y anteriores al préstamo del segundo se antepondrían al derecho de éste si en lugar de un supuesto de subrogación se produjese un fenómeno de cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del primero, y de constitución de otra nueva para seguridad del crédito del segundo.

El título formal para inscribir el material de subrogación operada por concurso del préstamo y del pago serán la escritura pública de préstamo para pagar la obligación existente —sin otra modificación o cambio salvo la reducción de intereses— y la escritura de carta de pago con el dinero prestado. Ambas escrituras complementarias —teóricamente una sola escritura podría formalizar el préstamo y el pago— componen el título formal de los dos contratos —préstamo y pago— que acumuladas producen el efecto de la subrogación. En mi opinión los artículos 1.218 y 1.219 del C.c., y el art. 3 L.H. así lo determinan en lo formal y los art. 2 y 40 en relación con el 149 L.H. en lo sustantivo registral; y no creo aplicable el art. 144 L.H. pues no estamos ante una modificación o destrucción de la eficacia de la hipoteca o de la obligación hipotecaria, sino ante un mero cambio del sujeto titular del crédito hipotecario.

Conviene aclarar que la construcción legal de la subrogación prevista y ordenada en el art. 1.211 C.c. impide considerar al pago como hecho extintivo de la relación obligatoria garantizada o del derecho del acreedor, pues ni una ni otra se extinguen ni tan siquiera sufren modificación objetiva, material o cuantitativa, sino meramente subjetiva; simplemente, cambia el sujeto acreedor por voluntad del deudor al que la Ley faculta para que así lo “pueda hacer” (art. 1.211 C.c.).

V. En términos “patrimoniales” se ha producido, reduciendo a síntesis la entrega de dinero en préstamo por el segundo acreedor al deudor y la entrega del “mismo” dinero en pago por el deudor al primer acreedor, un movimiento de dinero que sale del segundo acreedor y entra en el primero y como contrapartida se produce un movimiento de bienes, el crédito hipotecario que sale del patrimonio del primero y pasa al del segundo. Puede decirse que entre el movimiento de dinero y la transmisión de derechos existe un cierto sinalagma causal; aunque el carácter “manual” de la circulación de dinero, o de signos representativos del mismo acentúe la repercusión del trueque actual o del pago de contado en la consideración funcional de la causa objetivada que aludo. No parece oportuno por ello analizar la posición jurídica del prestamista desde la perfección del préstamo hasta el pago al acreedor primero; pero merece atención la conveniente simultaneidad entre dichas perfección y pago, que pueden manifestarse mediante un contrato consensual de préstamo entre el deudor y el segundo acreedor que quedase encargado de pagar al acreedor primero, atribuyéndose al pago a la vez que el carácter de tal el de cumplimiento de un mandato de pago a tercero (el acreedor primero respecto del contrato de préstamo “segundo”) y el de pago al acreedor primero, así satisfecho de su derecho de crédito.

La organización “civil” de una subrogación personal subjetiva de un acreedor en lugar de otro que da lugar a un

cambio de titularidad registral, podría tratarse “fiscalmente” con criterios de realismo “patrimonial” o “económico” como cesión de crédito garantizado sujeto a IVA cuando el cedente (el antiguo acreedor que queda satisfecho por el pago) es sujeto pasivo de este impuesto; del cual quedaría exenta como operación financiera.

El reflejo registral de esta operación da lugar a un asiento de cambio de titular por subrogación. Admitida la poco y mal fundada, aunque reiterada, doctrina jurisprudencial que niega la exención de A.J.D. a los préstamos empresariales, podía moderarse la repercusión efectiva de este impuesto en el coste de la operación mediante la razonable estimación como base del importe o cuantía del dinero recibido en préstamo y pagado al acreedor primero.

186 **VI.** Desde el punto de vista de aplicación de los aranceles notariales cabe considerar la formalización de la carta de pago como documento (o diligencia) meramente complementarios del de préstamo y, por tanto, como documento sin cuantía (como las entregas de dinero que perfeccionan un préstamo convenido y formalizado previamente).

Al margen de la discusión doctrinal acerca de si el pago es hecho o contrato y de las características de un pago anticipado previa la liquidación del cargo por la comisión o pena que se hubiesen pactado en su día, en cuyo pago deba hacerse expresión de la procedencia del dinero (que me inclinan a considerarlo contrato), se trata de un acto o contrato complementario e inseparable de otro para formar un tipo negocial legal, complejo y muy singular, lo cual justifica su trato arancelario como sin cuantía, supuesto el trato del préstamo para pagar como contrato de cuantía con base en la del préstamo hecho por el nuevo acreedor (teóricamente igual al capital vivo de la deuda preexistente, y que puede comprender “gastos”).

Es claro, e indubitado, que esta solución no es aplicable a la operación consistente en contratar un nuevo préstamo

hipotecario (con su propia regulación contractual y su propia prioridad) para utilizar el dinero obtenido en la devolución y extinción de un préstamo hipotecario anterior y en la consiguiente cancelación registral.

VII. En el ámbito del Registro de la Propiedad la participación en el préstamo y en el pago de ambos acreedores, *primero y segundo o nuevo*, así como el deudor da pie a la práctica del asiento correspondiente al título material, entendiéndose cumplidos los requisitos formales del art. 149 L.H. (aplicable extensivamente, incluso por analogía).

Desde el punto de vista arancelario es perfectamente aplicable el criterio expuesto en el apartado anterior.

VIII. A) Queda para el final el convenio de reducción de tipo de interés. Tanto si se pacta entre acreedor y deudor (al margen de todo supuesto de cambio subjetivo) como si se pacta entre el deudor y el nuevo acreedor simultáneamente a un supuesto de subrogación por voluntad del deudor.

187

No es materia de estas notas el supuesto de aplicación de un mecanismo de indicación o de variación de interés pactado al celebrar el contrato inicial de préstamo hipotecario; sino de modificar el tipo de interés.

Bajo esta hipótesis pienso que puede comprenderse el caso de cambiar un tipo de interés fijo por otro tipo fijo más bajo; o de modificar la fórmula de indicación rebajando el diferencial fijo; o modificando el tipo de referencia; o el de sustituir la fórmula de indicación por la aplicación de un tipo fijo más bajo que el inicial o que el más alto previsto. En definitiva, creo que aquí comprendo todos los supuestos en los que se trata de convenir para el futuro, para el devengo que venza en lo sucesivo, un tipo de interés inferior al que venía establecido para fijar la responsabilidad por intereses.

B) No es este momento, ni oportunidad para plantear la inadecuación de la reglamentación en la L.H. del llamado préstamo hipotecario de tráfico o crédito hipotecario nominativo en relación con la generalidad de los préstamos con garantía hipotecaria que se convienen en la actualidad; ni para analizar al detalle las diferencias entre el clásico préstamo a devolver de una sola vez al vencimiento del plazo cuyo préstamo devenga intereses en vencimientos intermedios sucesivos, y el préstamo cuya devolución y pago de intereses se realiza en vencimientos parciales y sucesivos que comienzan al poco de su celebración y se repiten hasta el agotamiento del plazo de la operación según cálculos financieros de amortización, de los que se sigue la determinación de una cantidad a pagar en cada vencimiento intermedio que permanece constante e invariable durante toda la vida del contrato y que se descompone en facciones vencibles, una de devolución del principal y otra de pago de intereses.

Pero si resulta patente la rigidez de la dicción legal del artículo 114 de la L.H., inspirada en el préstamo clásico, parece posición muy razonable la que sostiene que en todo caso la responsabilidad hipotecaria por intereses tiene las características de una hipoteca de máximo en garantía de obligación futura. a) Aunque la obligación (como vínculo obligatorio) de pagar intereses nace con el préstamo mismo, de la que es accesoria, el concreto débito exigible por causa de intereses vence en cada término de devengo; y b) El importe total devengado por intereses que en su día pueda ser reclamado al amparo del derecho de hipoteca o por la acción hipotecaria (llámesele como se quiera) depende de los vencimientos de devengo acumulados antes de la reclamación; pero la prelación nacida de la hipoteca sólo podrá tener efectividad hasta el máximo asegurado. (Conforme al art. 114 L.H. este máximo resulta de un clásico cálculo de intereses simples por un tiempo. Nada obsta a la fijación directa de una cifra máxima. No parece que la forma de cifrar la responsabilidad hipotecaria en el art. 114 L.H.

suponga prohibición de cifrarlo de otra manera. Cuestión diversa es que la cifra determinada de manera directa no pueda exceder, a su vez, de la resultante de un cálculo de intereses; aunque esto no obedece a cuestiones institucionales del derecho de hipoteca ni a cuestiones de técnica jurídica registral —como el invocado principio de especialidad— pero puede obedecer a otros fines de política legislativa, como la contención de los tipos de interés).

C) Por lo que antecede creo posible un pacto entre partes que reduzca el tipo de interés inicialmente pactado (entendida la expresión con el significado y alcance que antes se expresó).

Debe apuntarse que esta solución puede comportar riesgos en caso de adquirir protagonismo terceros (sean terceros adquirentes del Crédito Hipotecario o sean terceros poseedores —no deudores ni asumientes ni subrogados en la deuda— de la finca hipotecada), en caso de ejecución por los caminos llamados de ejecución hipotecaria sumaria judicial o extrajudicial (art. 129 L.H. y complementarias).

La modificación reductora de intereses debe formalizarse en escritura pública, como el préstamo inicial, que armoniza con lo dispuesto en el art. 1.219 C.c. (arancelariamente merecía el trato correspondiente, solamente, a la cuantía o montante por la que se reduzcan los intereses o por la que se reduzcan los intereses de un período razonable —los tres años del actual art. 114 L.H. por ejemplo—).

El aspecto registral de la reducción de intereses podría tener diversas soluciones. Partiendo del carácter de hipoteca de máximo de la cobertura hipotecaria de intereses, puede estimarse innecesaria la publicación registral de la reducción, pues la garantía registrada es suficiente. Surge el riesgo de la utilización del contenido registral por tercer adquirente del crédito hipotecario que la invocase al amparo del art. 38 L.H.; aunque podría, en tal caso, plantearse la suspensión del procedimiento sumario (judicial o notarial) por falsedad del título hipotecario en cuya virtud se proceda en

la medida en que omitiese la nota de su modificación (o desvirtuación) que conforme al art. 1.219 del C.c. procede extender en la matriz de la escritura de constitución del préstamo al otorgarse la escritura de reducción. También es posible, claro es, la solución del acceso al Registro de la escritura de reducción de tipos de interés.

No parece necesario argumentar que los criterios apuntados para determinación de base arancelaria deben resultar homogéneos, según los principios establecidos, con los aplicables como base del impuesto de A.J.D.; esto es, la cuantía estimada debe ser coincidente en todos los aspectos; y debe cifrarse en el montante de los intereses que dejaran de pagarse a consecuencia de la reducción de tipos.

190 **IX.** Los comentarios que proceden tratan de ajustarse al derecho vigente. A lo sumo podrían requerir para asegurar la fluidez y diligencia de su aplicación (y evitar conflictos por calificaciones “conservadoras” o “formalistas”) disposiciones reglamentarias (RD u orden).

Nada se opone a la posibilidad de normas de rango legal que introduzcan novedades que amplíen las posibilidades del supuesto actual de subrogación y faciliten operaciones de actualización de interés. Es más, puede ser aconsejable aprovechar la oportunidad; aunque creo debe extremarse la prudencia.

A) Los principios registrales de publicidad y sobre todo las normas generales de concurrencia, clasificación y prelación de créditos (de tanta importancia para el crédito en general en el ámbito de procedimientos concursales) resultarían alterados si se facilitase la sustitución de un préstamo por otro, que tuviese su propia regulación completa, incluido un plazo de duración superior al del préstamo primitivo y se permitiese, a consecuencia de concebir la hipoteca como una garantía flotante, esto es, si fuese establecida la permanencia de la hipoteca constituida para el préstamo primero como garantía del préstamo segundo.

En mi opinión no es comparable la trascendencia práctica y económica de la concepción de la hipoteca para seguridad del cobro de los intereses como hipoteca de seguridad y de máximo, con las consecuencias que se seguirían de convertir a toda hipoteca en una garantía flotante de máximo a favor de acreedor determinado.

Si se hiciese efectiva esta posibilidad se volvería contra el crédito, como institución financiera imprescindible para el soporte económico de actividad empresarial, al dar lugar a la constitución de hipotecas para cubrir sucesivamente diversos créditos, con evidente daño de los demás acreedores y con alteración de las reglas de prelación de créditos en caso de concurso o de concurrencia.

B) Es razonable una reforma del art. 114 L.H. que regule con la debida precisión dos aspectos confusos en la actualidad. Un aspecto, atinente a la precisión del alcance de la responsabilidad a la que queda sujeto el bien hipotecado (o sea, al llamado principio de especialidad registral), se satisface señalando que la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses asegurará éstos hasta la cifra máxima que como alzada se señale al efecto. Otro aspecto, atinente a la cuantía de los intereses devengados que el acreedor hipotecario puede recibir a consecuencia del ejercicio de la acción hipotecaria, o dicho de otra manera, por efecto de la realización del bien hipotecado y al amparo de la preferencia hipotecaria, se puede regular estableciendo en el mismo artículo que al amparo de la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria no podrán reclamarse intereses que excedan de los devengados durante el tiempo que se juzgue oportuno, sin perjuicio de la posible percepción de los demás devengados según las normas generales, sin preferencia hipotecaria.

C) Es razonable una reforma del art. 132 L.H. que tenga en cuenta el art 24 C.E. y los principios de economía procesal. El principio "solve et repete" no parece defendible. Es deseable simplificar la excepción de falsedad y no

involucrar necesariamente la necesidad de prejudicialidad penal. Sin perjuicio del pase del “tanto de culpa” al ministerio fiscal.

Es deseable la previsión de medios, que eviten la prevalencia de la legitimación o apariencia registral respecto de la realidad jurídica, especialmente cuando ésta tenga un fundamento serio. Así, por ejemplo: La inexactitud del escrito de demanda (previsto en la regla segunda del art. 131 L.H.) en relación con el título, cuando omitiese (sin plantear problema de dolo ni de imputabilidad) la nota prevista en el art. 1.219 C.c. que apareciese en su matriz y señalare la escritura que modificase (o desvirtuase) el título.

192

No es menos deseable la reglamentación punitiva de la conducta de quien dispusiese o usase como vivo de un derecho que, aunque aparentemente vivo según el Registro, estuviese extinguido en la extrarregistral realidad; esto es, de quien utilizase en su provecho una inexactitud registral o intentase utilizarla. Así como que el señalamiento de tal abuso de la apariencia registral excepcione eficazmente la pretensión de su utilización y reconduzca las cuestiones a plenario civil.

También parece urgente la regulación de la posibilidad del empleo de las excepciones personales entre partes cuando el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, de realización y venta del bien hipotecado, se plantea entre las mismas partes afectadas por las excepciones de que se trate.

En definitiva, creo urgente que con la debida ponderación se “causalice” el carácter “abstracto” o meramente “formal” del procedimiento sumario. La cuestión es medir la trascendencia práctica de la rigidez de las causas de su suspensión y de su razonable y prudente ampliación. Así, se permitiría en casos como los apuntados invertir la solución y abrir la posibilidad del declarativo con suspensión del sumario, para evitar la presión tremenda del temor a la imparable enajenación en venta pública de la finca hipote-

cada de la que resulta una situación difícilmente reparable en especie.

D) Para evitar que el acreedor primero, o antiguo, pueda dificultar la subrogación mediante cesión del crédito a un tercero, parece prudente anticipar el acceso al Registro de la operación incluso antes de la composición del título por el concurso de préstamo y de pago.

Un camino, coherente con las normas y prácticas de los países comunitarios y sudamericanos, podría ser el de considerar a la escritura de préstamo para pagar como documento idóneo para obtener una prenotación que fijaría el rango registral si en la forma y plazos que reglamentariamente se fijen se presentase el título completo.

Bastaría añadir en el art. 24 L.H. a la fecha del asiento de presentación del título la fecha del asiento de prenotación.

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO DE FILIACION EN CATALUÑA Y SUS RELACIONES CON EL CODIGO CIVIL

(Comentarios a la Ley 27 de abril de 1991)

195

MARTÍN GARRIDO MELERO

Notario

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **I.** ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. **A)** La aplicación del Código civil en Cataluña. **B)** La Ley 7 de 27 de abril de 1991. **II.** TÍTULOS DE CONSTITUCIÓN, LEGITIMACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. **A)** Código civil. **B)** Derecho catalán. PRIMERA PARTE: DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN. **I.** LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL. **A)** Diversos problemas de la presunción *pater is est*. **a)** *Formulación clásica de la presunción de paternidad derivada de la celebración de matrimonio.* **b)** *La presunción de paternidad en el caso de los embarazos prolongados.* **c)** *Cohabitación sexual de los esposos separados.* **d)** *La coli-*

sión de presunciones de paternidad. e) La llamada presunción de paternidad en los casos de fecundación asistida. f) La impugnación de las presunciones de paternidad. B) La declaración de desconocimiento de paternidad. C) La llamada filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio. II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. A) Medios de determinación de la filiación no matrimonial. B) Especial análisis del reconocimiento formal como medio de determinar la filiación no matrimonial. a) Clases. b) Capacidad para reconocer. c) Efectos del reconocimiento. C) La presunción de paternidad no matrimonial. III. LA FECUNDACIÓN ASISTIDA: LA FECUNDACIÓN POST MORTEM. A) La regulación de la filiación derivada de la fecundación asistida. B) La fecundación post mortem. a) Elementos básicos de la fecundación post mortem. b) La posibilidad de los hijos superpóstumos por doble vía. C) La reclamación e impugnación de la filiación. SEGUNDA PARTE: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA FILIACIÓN. I. LA CONTROVERSIJA JUDICIAL SOBRE LA FILIACIÓN. II. LA ACCIÓN DE RECLAMACIÓN. A) Filiación matrimonial. a) Legitimación activa. b) Otros problemas. B) Filiación no matrimonial. a) La legitimación activa. b) Problemas. III. LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN. A) Filiación matrimonial. a) La legitimación activa. b) Diversos problemas. B) Filiación no matrimonial. C) Impugnación del reconocimiento realizado por error, violencia o intimidación. IV. NORMAS COMUNES A LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN Y RECLAMACIÓN. a) En cuanto a los demandados. b) En cuanto a la acumulación de acciones. c) En cuanto a la determinación de una filiación contradictoria. d) En cuanto a las medidas de aseguramiento en los procesos de filiación. TERCERA PARTE: EFECTOS DE LA FILIACIÓN. a) El principio de equiparación de efectos entre las filiaciones. b) Efectos de la filiación. c) Régimen sancionador. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCION

I. Antecedentes legislativos

La Ley 7/1991, de 27 de abril (publicada en el Diario Oficial de la Generalitat el día diez de mayo del mismo año) ha venido a derogar los dos únicos artículos dedicados por la Compilación de Cataluña al derecho de filiación; los cuales, a su vez, habían sido modificados por la Ley 13/1984, de 20 de marzo, para adaptarse a las exigencias del texto constitucional. La doctrina valoró negativamente la reforma de la Compilación, tachándola de insuficiente, contradictoria y retrógrada, en cuanto que se llegaba a “la paradoja de ser preferible estar sometido a la legislación del Código civil que a la Compilación cuando se trataba de ejercitar una acción de reclamación por el progenitor biológico” (GETE-ALONSO y BLASCO, *La nueva...*, p. 11).

197

Los dos preceptos del texto anterior catalán hacían referencia a la acción de reclamación y de impugnación de la paternidad: Y así se indicaba en el artículo 4: “los hijos podrán promover las acciones conducentes a la investigación, prueba y declaración de su filiación y exigir de sus padres el cumplimiento de las obligaciones que tal condición les impone. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad corresponderá únicamente al hijo durante su vida. Excepcionalmente podrá ejercitarla cualquier descendiente suyo cuando aquél hubiere fallecido después de entablar judicialmente la acción o si, siendo menor de edad, no se hubiere promovido. La acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, podrá dirigirse contra sus herederos”; y artículo 5: “La acción únicamente para impugnar la filiación corresponde al hijo y a los que figuran registralmente como padres, si la filiación es matrimonial, y caduca a los cuatro años de haber sido inscrita en el Registro Civil o de haber alcanzado el hijo la mayo-

ría de edad, cuando sea éste quien entable la impugnación”.

Estos preceptos se basaban en un principio general derivado del Derecho Canónico y Romano, que diferenciaba fundamentalmente la legislación castellana (al menos la derivada del Código civil) y la catalana: la libre investigación de la paternidad. En efecto, nos recuerda ROCA SASTRE, E. 44, cómo en el Derecho Romano no fue prohibida la investigación de la paternidad o maternidad ilegítima, por ser la filiación un hecho acreditado por los medios probatorios, si bien, sólo los hijos naturales tenían ciertos derechos de alimentos y sucesorios respecto de su progenitor (y sólo se consideraban naturales los hijos nacidos de verdadero concubinato, aunque el Derecho Canónico entendió que eran naturales no sólo los nacidos de concubinato sino también los nacidos de padres que podían casarse entre sí). La pervivencia de este principio supone, nos dice ROCA SASTRE, un interesante fenómeno de continuidad o persistencia normativa.

198

Este principio general del Derecho catalán informa todo el ordenamiento, de tal forma que, como nos señala PINTO, *De la filiación*, 184, “el resultado de la aplicación de una misma norma es, respectivamente, distinto según se trate de un caso sumido en el ordenamiento jurídico catalán, o en el común, debido a la interpretación, distorsión o suspensión que produce el carácter informador y cardinal del principio”.

A) La aplicación del Código civil en Cataluña.

La aplicación supletoria de las normas del Código civil no era una cuestión pacífica en la doctrina. Frente a los escasos preceptos de la Compilación se había afirmado en la legislación anterior (así, por ejemplo, GARCÍA CANTERO, D. 188,) que era aplicable en Cataluña lo dispuesto por el Código civil sobre: la calificación de la filiación matrimonial y no matrimonial, la presunción de paternidad matrimonial

y sus diversas modalidades de determinación, los medios de determinación de la filiación no matrimonial (si bien GARCÍA CANTERO duda acerca de la aplicación del artículo 125 del Código).

No eran de aplicación en Cataluña las acciones de reclamación e impugnación. Nos dice PUIG I FERRIOL Y ROCA I TRÍAS, I. 431, 433, que no es de aplicación lo señalado por los artículos 131 a 133 y 136 a 141; y RIVERO, en *Jornades*, 242, excluye del régimen de aplicación del Código civil los artículos 131 a 141. Más dudosa era:

1. La aplicación de la acción mixta de reclamación-impugnación, tal como veremos posteriormente.

2. La necesidad de aportar un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda de filiación para que el Juez la admita (en contra RIVERO, en *Jornades*, 242; dudando GARCÍA CANTERO).

3. La aplicación de la presunciones *facti* del artículo 135 (en este sentido GARCÍA CANTERO, D. 188; en cambio, PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, I. 436, basándose en diversa jurisprudencia creen plenamente aplicable el artículo 135; sin que entre en la cuestión RIVERO, en *Jornades*, 242, aunque parece excluirlo indirectamente).

4. La aplicación de las medidas protectoras del artículo 128, dudando GARCÍA CANTERO, en contra RIVERO, que entiende que nos es necesario acudir al Código civil para la aplicación en Cataluña de las normas del artículo 128 y 129, sino que tales consecuencias pueden derivarse del propio Ordenamiento catalán.

5. Las sanciones del artículo 111.

B) La Ley 7 de 27 de abril de 1991.

Todos los problemas comentados, así como los derivados de la crítica que la doctrina catalana había efectuado de los artículos 4 y 5 de la Compilación, redactados por la Ley de 19 de julio de 1984, hacían necesario que fuese regulado

de forma unitaria el derecho de filiación en Cataluña. La Ley 7 de 27 de abril de 1991 responde a esta exigencia.

La Ley nueva catalana, dividida en tres capítulos (determinación de la filiación, acciones relativas a la filiación y efectos de la filiación), y tres disposiciones transitorias y una derogatoria, ha seguido en esencia lo que FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ había señalado en las *V Jornades de Dret Català a Tossa*, comentado la necesidad de un desarrollo legislativo de la institución de la filiación: una unificación dentro de lo posible del Ordenamiento catalán con los otros ordenamientos hispanos, y en especial con el Código civil, y una corrección de determinados efectos y soluciones del texto común.

200 Así pues, un análisis del nuevo texto catalán requiere una continua remisión doctrinal (que no legal) a la Ley trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, innovadora de los viejos preceptos del Código civil; y justifica, a mi modo de ver, un estudio comparativo de ambos textos legales.

La hipotética inconstitucionalidad de numerosos artículos de la Ley, según el Gobierno Central, queda fuera de estos comentarios. Hoy es una norma plenamente vigente en Cataluña, con efectos retroactivos (así, con carácter general, la disposición transitoria primera).

II. Títulos de constitución, legitimación y determinación de la filiación (arts. 112 y 113)

A) La problemática en el Código civil.

La Ley de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno regula en los artículos 112 y 113, por una parte, y 115 y 120, por otra, lo que la doctrina ha llamado los títulos de atribución o constitución, los títulos de legitimación y los de determinación de la filiación. La nueva Ley catalana, con

excepción del artículo 4 (que reproduce, con las salvedades que diremos en su lugar, el artículo 120), no dicta ninguna norma en esta materia.

El profesor SANCHO REBULLIDA, D. 605-606, nos indica cómo la realidad biológica de la filiación procede de un arcano que puede no ser conocido o, al menos, demostrado; procediendo los ordenamientos a arbitrar diversas fórmulas (llamadas medios de determinación) de “aproximación” a la realidad, y en función de ellas, adoptan diversos criterios para calificar la filiación. El problema, nos recuerda SANCHO REBULLIDA, es que en el articulado del Código civil, “algunas veces aparece mezclado o confundido con el concepto de prueba que, a su vez, no diversifica suficientemente del concepto de título-declarativo de estado: prueba habitual en el tráfico distinta de la prueba actual en el proceso”.

No es fácil una interpretación de los artículos del Código civil. Sobre ellos nos dice PEÑA, a mi modo de ver correctamente, que hay que distinguir entre:

— *Título de constitución del estado civil*, que sería el hecho que conforme al Ordenamiento jurídico constituye determinada relación de filiación (este hecho sería la misma generación).

— *Título de legitimación del estado civil*, que sería el signo suficiente que proclama a una persona a todos los efectos legales, respecto de todos, como titular del estado civil constituido; es decir, hechos o señales que por disposición de la Ley proclaman el estado civil y en los que la Ley funda una presunción de que el estado de filiación existe. Sólo existirían los señalados en el artículo 113 del Código civil: la inscripción en el Registro, los títulos que determinan la filiación, la presunción de paternidad (que como nos dice PEÑA, C. 839, más que ella misma, es título de legitimación los signos o pruebas de los hechos en que la presunción se basa, siendo la presunción de paternidad matrimonial más bien la consecuencia) y la posesión de

estado (la “quasi possessio filiationis” o el signo que consiste en el goce de hecho), de modo público, permanente e inequívoco del estado de hijo en las relaciones familiares y sociales.

En todo caso, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la inscripción en el Registro de la filiación tiene un valor superior al de los otros títulos de legitimación, siendo en sí misma siempre un documento público (los otros títulos sólo se admiten cuando falte la inscripción, en los casos en que no sea posible certificar el asiento o cuando se suscite contienda ante los Tribunales sobre la exactitud del asiento de filiación; y además se exige que para la admisión de otras pruebas distintas de la inscripción se inste, previa o simultáneamente, la inscripción omitida o la reconstitución del asiento).

202

— *Título de determinación del estado civil*, que sería el título de legitimación que consista en un documento público especialmente señalado por la ley para proclamar oficialmente, de modo permanente y, en principio, definitivo la filiación, y siendo, por lo tanto, título suficiente para practicar la inscripción (se diferenciaría de esta forma de la posesión de estado y de la presunción de paternidad). Es curioso cómo algunos autores caen en la confusión del Código y hablan de la posesión de estado como un título de determinación (así SANCHO REBULLIDA, D. 606). Tampoco me parece muy correcto hablar de determinación legal, judicial-registral y negocial de la filiación (como hace, por ejemplo, GARCÍA CANTERO, D. 80).

Nos recuerda PEÑA, C. 838, que la inscripción en el Registro Civil también puede ser un título de determinación de la filiación, que será cuando la inscripción se practica no en virtud de un título previo de determinación legal de la filiación, sino en virtud de declaraciones privadas o de otros títulos (artículo 115.1 y artículo 120.1, en el caso de que el reconocimiento se formalice directamente en la inscripción). Además de la inscripción del Registro Civil, en el sentido

expresado, tendríamos las sentencias y los demás documentos por los que se determina legalmente la filiación como títulos de determinación de la misma.

Esta triple clasificación nos parece útil para entender los artículos del Código civil sin que sea preciso acudir, como hace RIVERO, C. 441, a una cuarta categoría, los medios de acreditación de la filiación, que sustituiría a los títulos de legitimación, tal como los hemos definido anteriormente, quedando dichos títulos de legitimación con un contenido más reducido.

En cualquier caso, tiene razón RIVERO, 441-443, al indicar que la presunción de paternidad no es un título de legitimación sino sólo un medio indirecto y legal de determinación de la paternidad marital ante la dificultad de prueba directa y que la posesión de estado tiene un aspecto más amplio que el de título de legitimación.

Junto con estas categorías nos encontramos con lo que la doctrina llama la *prueba de la filiación*, que es el medio propuesto y practicado en el proceso para acreditar la filiación y producir su determinación judicial y la creación, o rectificación, de su título de estado (SANCHO REBULLIDA, D. 608).

203

B) La problemática en el Derecho catalán.

¿Qué ocurre en la legislación de Cataluña tras la Ley de 1991? El legislador catalán no contiene una norma similar al artículo 115 del vigente Código civil, pero sí contiene diversas normas relativas a la determinación de la filiación matrimonial (artículo 1 y 2, por una parte; y artículo 10 y 12 por otra) y a la filiación no matrimonial (artículo 4 de la Ley, sobre medios de determinación, por una parte; y artículo 11 y 13, por otra).

Los profesores GETE-ALONSO y BLASCO entienden no aplicable supletoriamente el artículo 115 del Código civil, tanto si el mismo se refiere a títulos de legitimación como a me-

dios de determinación, con la importante diferencia de que “mientras en el régimen del Código civil sería necesaria la inscripción en el Registro para que la filiación quedara determinada, en la LLei de Filiacions no sería precisa tal inscripción bastando, simplemente para quedar determinada la filiación con que hubieran operado los medios que establece la propia LLei” (*La nueva...*, p. 25). Creo que, en el fondo, más que ante un problema de diferencias de legislaciones nos encontramos con un problema de diferentes enfoques sobre los ordenamientos (del que no es ajeno el legislador catalán). En este sentido me parece válido lo que ya anteriormente había escrito:

1. *Título de atribución o de constitución de la filiación*, seguirá siendo el hecho mismo de la generación. Sin embargo, no hay que olvidar que en la actualidad a pesar de que no se haya producido tal generación se van a producir determinados efectos jurídicos (consentimiento para la fecundación asistida normal de los artículos 1.2, 4.1a), 5.2; o en los casos de fecundación asistida *post mortem* del artículo 9).

2. *Título de legitimación del estado civil de filiación*, será sin duda la inscripción en el Registro Civil, con el carácter principal que anteriormente hemos indicado. ¿Serán válidos los otros títulos de legitimación del artículo 113 del Código civil?

Entiendo que debemos descartar la presunción de paternidad matrimonial como tal título de legitimación por las razones anteriormente señaladas. En cuanto a los títulos que determinan la filiación parece que también serán títulos de legitimación, aunque subsidiariamente a la inscripción.

¿Y la posesión de estado? Parece que el legislador catalán ha querido prescindir de esta figura, que había sido rescatada precisamente por el legislador de 1981. En efecto, la

posesión de estado desaparece como elemento básico diferenciador de las acciones de reclamación y de impugnación; y también como presunción *facti, hominis seu judicis*, del artículo 135 del Código.

3. *Títulos o medios de determinación del estado civil de filiación*, serán tanto para la filiación matrimonial como no matrimonial las sentencias (tanto en procedimientos civiles como penales), aunque sólo se mencione en el texto catalán para la filiación no matrimonial; y también, los demás documentos a que hace referencia el artículo 4 en cuanto a la filiación no matrimonial. También lo será la inscripción de la filiación en el Registro Civil, con el sentido que antes nos indicaba para el Derecho Común MANUEL PEÑA.

205

PRIMERA PARTE: LA DETERMINACION EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACION

I. La determinación de la filiación matrimonial

Tradicionalmente se ha indicado que la determinación de la filiación matrimonial como la no matrimonial se podía establecer por dos caminos: judicial o extrajudicialmente.

Nos dice CÁMARA, C, 197, citando a CARBONNIER, cómo el razonamiento lógico en virtud del cual podemos llegar a la conclusión de que X es hijo matrimonial de Primus y Prima sería el encadenamiento de cinco demostraciones sucesivas: el matrimonio entre los dos, que Prima dé luz a un niño, que X se identifique como el hijo nacido de Prima,

que X haya sido concebido por obra de Primus, que la concepción, o al menos el parto haya tenido lugar dentro del matrimonio, aunque ya no sería necesario este último requisito según el artículo 119 del Código y respectivo de la Ley que comentamos.

La determinación de la filiación matrimonial se produce extrajudicialmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, según lo expresado por el artículo 115 del texto común.

Nada nos indica, como hemos indicado anteriormente, la Ley catalana sobre los medios de determinación de la filiación matrimonial, a diferencia de la filiación no matrimonial, que recoge en esencia lo establecido por el Código civil. Comienza la regulación de la filiación matrimonial con la presunción de paternidad clásica que más adelante comentaremos y regula, más adelante, las correspondientes acciones de reclamación de la filiación matrimonial, que darán lugar a una determinación judicial de dicha filiación matrimonial. Quizás para entender esta supresión haya que entrar en la filosofía de la Ley de 1981, de las que nos dice CÁMARA, C, 204-205, que la inscripción registral desempeña una doble función: elemento determinante de la filiación misma y título de legitimación de dicha filiación; siendo, por lo tanto, distinto la prueba de la filiación con el fin de determinarla —consolidando la inscripción la prueba obtenida a través del procedimiento probatorio extrajudicial que es menester cumplir para determinarla— y la prueba de la filiación ya determinada. Y concluye: “no debe olvidarse que la función natural de la inscripción es probar el estado y no contribuir a determinarlo y en cierta medida a constituirlo, por lo que la innovación introducida por la Ley de 13 de mayo 1981 debe concretarse al supuesto que implícitamente está presente en el artículo 115.1: determinación de la filiación matrimonial merced a la presunción de paternidad del marido”.

A) Diversos problemas de la presunción *pater is est* (arts. 116 y 118), (a. 6.3 y 7.3 Ley Especial).

Artículo 1*

1. Se presumirán hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo o a la separación efectiva, sea legal o de hecho, de los cónyuges, así como los nacidos después de esos trescientos días respecto a los que se pueda probar cumplidamente, mediante toda clase de pruebas, que han nacido de relaciones conyugales.

2. Asimismo se presumirán hijos del marido los nacidos en virtud de la fecundación asistida de la esposa con el consentimiento expreso del marido, formalizado en un documento público.

207

Basándose en la vieja máxima romana de Paulo, *PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRANT*, que se recoge en el Digesto, la Codificación estableció, con mayor o menor fortuna y también con mayor o menor intensidad, la presunción de que el hijo nacido de una mujer casada es hijo también del marido. Probado el hecho del matrimonio, del parto y de la maternidad se llegaba a presumir la paternidad del nacido y en ocasiones se llegaba *ope legis* a dicha paternidad,

* **Article 1.** 1. Es *presumeixen* fills del marit els nascuts després de la celebració del matrimoni i abans dels tres-cents dies següents a la dissolució d'aquest o a la separació efectiva, sigui legal o de fet, dels cònjuges i també els nascuts després d'aquests tres-cents dies *respecte als quals es pugui provar complidament*, mitjançant tota classe de proves, que han nascut de relacions conyugals.

2. També es *presumeixen* fills del marit els nascuts per virtut de la fecundació assistida de l'esposa amb el consentiment exprés del marit, formalitzat en un document.

Art. 116. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

Art. 118. Aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos.

imponiéndose incluso frente a la verdad biológica (recuérdese el antiguo artículo 108 del Código civil).

Vamos a analizar la regulación de la Ley de 1991.

a) Formulación clásica de la presunción de paternidad derivada de la celebración de matrimonio.

A esta presunción se refiere el primer párrafo del artículo 1 de la Ley, literalmente igual al señalado por el Código civil, como puede verse. Se trata en este caso de la formulación de la regla presuntiva clásica *PATER IS EST*.

208

La presunción de paternidad, nos dice RIVERO, C. 453, es bastante más que una presunción procesal o mero medio de prueba: es una regla de derecho material que, con base en el principio de normalidad, establece legalmente quién es el padre siempre que se den ciertos supuestos, funcionando en el proceso como una presunción relativa, sin por ello dejar de ser una norma sustantiva; y siendo efectiva, por otra parte, tanto cuando la inscripción se efectúa dentro del plazo marcado por la legislación del Registro Civil para inscribir el nacimiento, como fuera de dicho plazo. Nos señala igualmente RIVERO, C. 453, cómo la presunción de paternidad marital es un medio indirecto y legal de determinación de dicha paternidad ante la dificultad de prueba directa de ésta; pero sin que podamos afirmar, como hemos expresado anteriormente, que sea propiamente un título de legitimación de la filiación, pues precisa de la maternidad de la mujer casada y del matrimonio.

Un aspecto muy importante es el que nos recuerda CÁMARA, C. 206, analizando el artículo de RIVERO sobre “La Presunción de Paternidad legítima”: la presunción de paternidad marital es insoslayable, incluso aunque los cónyuges estén de acuerdo con que el padre fue un tercero. La demostración de ésto es, para CÁMARA, que sólo en el supuesto establecido por el artículo 117, y que analizaremos posteriormente, se autoriza que la presunción de paternidad

del marido pueda excluirse en principio mediante la declaración auténtica y concorde de los dos esposos. Esta excepción, tal como también veremos posteriormente, ha sido suprimida por la nueva Ley catalana.

El fundamento de la presunción no se encuentra, nos dice PEÑA, C. 867, en el matrimonio sino en la real comunidad de vida entre los esposos, si bien es cierto que se presume que los esposos viven juntos, mientras no se demuestre lo contrario.

b) *La presunción de paternidad en el caso de los embarazos prolongados.*

Puede ocurrir que la concepción sea superior al término de 300 días fijados por el primer párrafo (plazo máximo de la concepción que como es conocido fue fijado por Napoleón, redondeando los informes de los médicos de la época de la promulgación del Código civil), es decir, que aunque hayan transcurrido más de 300 días de la disolución del matrimonio o de la separación de hecho o legal de los cónyuges, la concepción se haya realizado cuando ambos cohabitaban.

En el Derecho común no habrá ningún inconveniente en que el hijo, su representante legal, o, en su caso, la persona legitimada, puedan demostrar la paternidad marital a través de una acción de reclamación, demostrando que la gestación fue de duración superior a los trescientos días (así RIVERO, C. 457 o PEÑA, C. 878).

No obstante, también parece haberse admitido la determinación de la filiación matrimonial en estos casos de forma no judicial, a través del procedimiento marcado en el artículo 118, no retenido directamente por la nueva Legislación catalana. Así CÁMARA, C. 232 a 236, aun reconociendo que el legislador implícitamente ha señalado como imposible la determinación extrajudicial de la filiación cuando el hijo haya nacido después de los trescientos días que siguieron a

la muerte del marido o al divorcio, cree que en principio no habría inconveniente en que al practicarse la inscripción de nacimiento se justificase el parto tardío ante el encargado del Registro, o bien en el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, mediante la aportación de un dictamen pericial que lo justificase; pero CÁMARA tiene que partir de una interpretación no compartida por otros autores del artículo 118 y extenderla analógicamente a los casos de fallecimiento y divorcio del marido en un período superior a los trescientos días del nacimiento, lo que parece excesivo, a pesar de sus argumentos. Por el contrario, PEÑA, C. 878, cree inaplicable la solución del artículo 118 al caso de la gestación tardía.

210

Bajo la nueva legislación catalana, entiendo que sí es posible en los casos de embarazos prolongados la solución apuntada por CÁMARA anteriormente, y por lo tanto, es posible la determinación extrajudicial de la filiación matrimonial, siempre que se justifique la prolongación del embarazo a través del correspondiente dictamen médico, ante el Encargado del Registro Civil (artículo 1, 1, *in fine*).

c) Cohabitación sexual de los esposos separados (legalmente o de hecho) (art. 118).

Los esposos separados, bien de hecho o legalmente, pueden cohabitar sexualmente (también los ex-esposos, pero entonces es irrelevante desde el punto de vista de la filiación). Los hijos habrán nacido de dos personas que están todavía unidos por un vínculo matrimonial.

¿Qué remedios o soluciones aporta el Derecho para que la filiación de los nacidos de padres casados pero que no conviven se haga de la forma más rápida y menos litigiosa? El profesor RIVERO, C. 457, nos indica cómo el artículo 118 del vigente Código facilita que la inscripción del hijo como matrimonial sea posible de una forma extrajudicial, sin tener que acudir a una acción de reclamación, exigiendo como

único requisito una “especie de conformidad o aprobación atípica” de la esposa. Y no, como señala CÁMARA, C. 252, 254, un “reconocimiento conjunto”, con todo lo que ello conlleva en torno a exigencias de requisitos complementarios de aprobación para la eficacia de tal reconocimiento conjunto, según que el hijo sea mayor o menor e incapacitado. (También en contra de considerar este consentimiento conjunto como una especie de reconocimiento conjunto o bilateral de la filiación no matrimonial se manifiesta, por ejemplo, GARCÍA CANTERO, D. 115).

No hay en la nueva legislación catalana un artículo similar al artículo 118 del Código civil. ¿Podría aplicarse la presunción de paternidad del artículo 1.1 *in fine*, que hemos comentado en el apartado anterior? Parece, a primera vista, que el caso de las relaciones sexuales entre cónyuges separados (de hecho o legalmente) podría entenderse comprendido en el nacimiento de un hijo después de los trescientos días siguientes a la separación del matrimonio. Así lo cree el profesor RIVERO, uno de los redactores del Anteproyecto de Ley, según lo indicado en sus cursos de doctorado. También es la opinión de los profesores GETE-ALONSO y BLASCO, en *La nueva.*, p. 28 a 32, que nos dicen que una de las notas diferenciadoras entre el artículo 118 y el artículo 1.1, *in fine*, es que “en base al principio de verdad biológica se atribuye la condición de matrimonial a la filiación, no por el consentimiento del marido y mujer, sino cuando se pueda probar cumplidamente la existencia de relaciones entre el padre y la madre (naturalmente al aludirse a “tota classe de proves” se entienden incluidas las biológicas).

Pese a estas interpretaciones del texto catalán, sin ninguna duda mucho más fundadas que la mía, y seguramente ciertas, sigo creyendo que hay que limitar la interpretación del artículo 1.1, *in fine*, al supuesto anterior.

1. El artículo 1.1 del texto catalán habla de relaciones conyugales. ¿Deben entenderse por tales las relaciones entre los esposos, con independencia de que se encuentren sepa-

rados o no, o bien, sólo aquellas relaciones que nacen de la convivencia efectiva de los cónyuges? Debemos entender aplicable, a mi modo de ver, la segunda de las alternativas: relaciones conyugales son las que se dan por una convivencia efectiva o presunta de los esposos.

2. Los esposos separados, bien legalmente o de hecho, podrán reconciliarse, y tener relaciones sexuales. Esta reconciliación hará renacer la presunción de paternidad *pater is est*, aunque la misma no se haya puesto en conocimiento del Juez (en este sentido, por ejemplo, SANCHO REBULLIDA, D. 629).

212

Las relaciones esporádicas entre los esposos separados no dan lugar a la reconciliación de los esposos. No podemos estar de acuerdo con los autores que, siguiendo el precedente de las Partidas, señalan que el hecho de cohabitar los esposos separados se entiende como reconciliación, dando lugar a la aparición de la presunción de paternidad; y hay que afirmar con CÁMARA, C. 247, que la presunción *pater is est* sólo recupera su imperio si marido y mujer reanudan la convivencia conyugal, y, en principio, solamente alcanza a los hijos que nazcan después de la reconciliación.

3. La situación de separación de hecho y del nacimiento del hijo fuera de los trescientos días del inicio de dicha situación debe probarse para que desaparezca la presunción de paternidad *pater is est* y esto no es fácil. Cuando no se pruebe cumplidamente que faltan los presupuestos en que descansa la presunción *pater is est*, la determinación de la filiación matrimonial debe hacerse dando por bueno que tal presunción está vigente, con lo que, siguiendo a CÁMARA, C. 239, hay base bastante para entender que si se aporta alguna prueba demostrativa de que los cónyuges, no obstante la separación domiciliar, continúan haciendo vida conyugal, la separación de hecho habría de desestimarse.

Luego en la práctica los cónyuges separados de hecho, que tengan relaciones sexuales, podrán inscribir su hijo como matrimonial, simplemente con no manifestar su situa-

ción de separados, o admitir que ha existido una reconciliación, aunque totalmente pasajera.

¿Pero qué ocurrirá si los cónyuges manifiestan expresamente que se encuentran separados, que no ha habido reconciliación, y que el hijo ha nacido de una relación esporádica? ¿Será posible la determinación extrajudicial de la filiación matrimonial o habrá que acudir a una acción de reclamación de la paternidad? Creo que en estos casos no nace la presunción de paternidad matrimonial *pater is est*, vía artículo 1.1 *in fine* del texto catalán, sino que nos encontraríamos ante una situación similar a la prevista por el artículo 5 del nuevo texto: una presunción de paternidad derivada de la cohabitación sexual de dos personas (con la única particularidad de que aquí son dos personas que están separadas de un matrimonio). Ello conllevaría todas las consecuencias que diremos más adelante acerca de esta presunción y muy especialmente la necesidad de acudir a la determinación judicial, si hay oposición del presunto padre.

213

d) La colisión de presunciones de paternidad.

Tema clásico de la filiación es el conflicto de presunciones de paternidad, que se da en algunos supuestos (la mujer enviuda y antes de transcurrir trescientos días desde la muerte de su marido contrae otro matrimonio y tiene un hijo que nace después de las segundas nupcias y antes de los trescientos días; o inclusive en los casos de bigamia o de mujer viuda que contrae un segundo matrimonio, que se anula; y más difícil aunque no imposible en los casos de mujer que se divorcia y contrae un segundo matrimonio, dificultad que proviene de los requisitos de falta de convivencia que exigen la mayoría de las causas de divorcio en España). No podemos, por las dimensiones de este artículo, pararnos en señalar las numerosas soluciones que se han aportado por la doctrina (para un análisis más pormenorizado ver CÁMARA, C. 283-308).

Nada nos indica la Legislación catalana en este punto con lo que el problema parece que puede seguir dándose. No obstante, sí hay en el texto catalán, como luego veremos, un precepto que no existe en el Código civil, consistente en la presunción de que la cohabitación con una mujer en el período legal de la concepción implica o supone una presunción de paternidad (artículo 5), que no puede destruirse porque varios hayan convivido con dicha mujer en dicho período, y sin que haya que otorgar abstractamente una primacía a un varón o a otro (artículo 16). La solución es exportable a la filiación matrimonial y en consecuencia parece lo más oportuno que en caso de colisión de presunciones de paternidad estemos a la solución judicial (así, RIVERO para el Derecho Común; en contra, CÁMARA, 298-307).

e) *La llamada presunción de paternidad en los casos de fecundación asistida.*

El legislador catalán establece en el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley comentada “una presunción de paternidad” para el caso de que se dé una fecundación asistida de la esposa y el marido la consienta expresamente en un documento público.

Se ha pretendido establecer unas presunciones de paternidad para la fecundación no asistida (primer párrafo) y para la asistida (segundo párrafo), en el afán de regular la fecundación asistida dentro de la normativa sustantiva civil de la filiación (y no en una regulación especial, como hace el texto común). Pero no nos encontramos, a mi modo de ver, propiamente ante el mismo tipo de presunciones, y ni siquiera en este supuesto ante una verdadera presunción, si lo ponemos en conexión con el artículo 2.1 segundo inciso de la Ley.

En cualquier caso, tanto este precepto como el correspondiente de la filiación no matrimonial plantea diversos problemas derivados del tipo de fecundación que serán estudiados más adelante en el apartado III.

f) *La impugnación de las presunciones de paternidad.*

Artículo 2*

1. La presunción de paternidad matrimonial puede impugnarse y cede ante la prueba cumplida y concluyente de que el marido no pueda ser padre del hijo cuya filiación se impugna. Para dicha impugnación deben admitirse toda clase de pruebas. No puede admitirse la impugnación basada solamente en la fecundación asistida de la esposa, si se ha realizado con el consentimiento expreso del marido, formalizado en un documento público, tanto si dicho consentimiento se ha prestado para la inseminación con material reproductor del marido como si se ha prestado para la inseminación con material reproductor de otro donante.

1) *En los casos de fecundación no asistida (artículo 2.1, primer inciso) (art. 127):*

215

Se establece de un modo terminante en la legislación catalana que la presunción de paternidad decae en el caso de que se pruebe que el hijo no es del marido, admitiéndose todo tipo de pruebas. No se admite, pues, el viejo principio prohibitivo de la investigación de la paternidad, en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Española y con la tradición jurídica catalana, mucho más progresiva que el viejo Código civil, a su vez más progresivo en su tiempo que los vigentes en el entorno cultural del Estado español.

* **Article 2.** 1. La presumpció de paternitat matrimonial pot ésser impugnada, i cedeix davant la prova complida i concloent que el marit no pot ésser pare del fill la filiació del qual s'impugna. Per a aquesta impugnació han d'ésser admeses tota classe de proves. *No es pot admetre la impugnació basada només en la fecundació assistida de l'esposa*, si s'ha fet amb el consentiment exprés del marit, formalitzat **en un document públic**, tant si el dit consentiment s'ha prestat per a la inseminació amb material reproductor del marit **com si s'ha prestat per a la inseminació amb material reproductor d'un altre donant.**

Art. 127. En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

El Juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.

Como nos recuerda RIVERO, C. 480, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha dado un tratamiento muy generoso a la investigación de la paternidad en el ámbito del Código civil.

2) *En los casos de fecundación asistida (artículo 2.1, segundo inciso):*

La presunción de paternidad en los casos de fecundación asistida queda configurada por el legislador catalán como inimpugnable cuando se den los supuestos señalados en el artículo 2.1, segundo inciso, de la Ley que comentamos, que son los mismos, a mi modo de ver, que los exigidos para que se dé “la presunción de paternidad” del artículo 1.2. En suma, nos encontramos ante una presunción que no admite prueba en contrario. El carácter de inimpugnable también es señalado por el artículo 8.1 de la Ley especial.

216

Ahora bien, el texto catalán nos indica que “no es pot admetre la impugnació basada només en la fecundació assistida de l'esposa”, luego sí la que se encuentre basada además en otras causas. ¿A qué se refiere el legislador? Entiendo que más que en otras causas impugnatorias en sentido estricto de la filiación marital en los casos de fecundación asistida, el marido podrá basarse en causas anulatorias o invalidatorias del acto jurídico del consentimiento (defectos en la capacidad, vicios del consentimiento por error, violencia, intimidación o dolo, o bien defectos de forma). Nuevamente nos parece conveniente que la exigencia de forma solemne pública sea retenida por la legislación en evitación de posibles controversias futuras.

El marido podrá atacar la presunción de paternidad cuando prestado el consentimiento para que la fecundación asistida se efectúe con su propio material reproductor lo haya sido con otro distinto. Creo que tal debe ser la postura a tomar aun cuando la fecundación con material reproductor distinto del marido lo haya sido por error del centro sanitario o del equipo biomédico.

B) La declaración de desconocimiento de paternidad (artículo 2.2 y art. 117)*.

Artículo 2

2. Si el hijo naciese dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, el marido podrá destruir dicha presunción declarando que desconoce su paternidad. Esta declaración debe tener acceso al Registro Civil en el plazo de los seis meses siguientes al nacimiento.

El desconocimiento no es eficaz en los siguientes casos:

a) Si el marido ha conocido el embarazo antes de contraer matrimonio.

b) Si el marido ha reconocido la paternidad en cualquier forma.

c) Si la madre demuestra la existencia de relaciones sexuales con el marido durante el período legal de la concepción.

217

La ley civil históricamente ha partido de dos principios acerca de la paternidad de los hijos cuando existe matrimonio: uno primero, al que hace referencia el artículo 1 de la Ley objeto de nuestro estudio en concordancia con lo dis-

* **Article 2.** 2. Si el fill neix dins els cent vuitanta dies següents a la celebració del matrimoni, el marit pot destruir la damunt dita presumpció *declarant* que desconeix la seva paternitat. Aquesta declaració ha **de tenir accés al Registre Civil** en el termini dels sis mesos següents al naixement. El desconeixement no és eficaç en els casos següents:

a) Si el marit ha conegut l'embaràs abans de contraure matrimoni.

b) Si el marit ha reconegut la paternitat en qualsevol forma.

c) Si la mare demostra l'existència de relacions sexuals amb el marit durant el període legal de la concepció.

Art. 117. Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto. Se exceptúan los casos en que hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiese conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio, salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo.

puesto en el artículo 116 del vigente Código civil, y que dice que deben ser hijos del marido los que hayan podido ser engendrados por él, porque en el tiempo en que lo fueron existían relaciones conyugales entre los esposos (que no necesariamente sexuales), suponiendo, a su vez, que todo nacimiento anterior a los trescientos días de la disolución del matrimonio o de la separación efectiva, sea legal o de hecho, de los cónyuges implica que la concepción se ha verificado en el período en que existían dichas relaciones conyugales (que puede no ser cierto); y otro segundo, que deben ser también hijos del marido los nacidos cuando existen tales relaciones conyugales, que no sexuales, es decir, una vez celebrado el matrimonio, aunque hayan sido engendrados antes del mismo, suponiendo, a su vez, que todo nacimiento anterior a los ciento ochenta días a la celebración del matrimonio implica que la concepción se ha verificado con anterioridad a la celebración del matrimonio (hecho que puede no ser cierto). Incluso podemos señalar la existencia de un tercer principio derivado de alguna manera de los anteriores que es el de que también deben ser hijos del marido los presumiblemente engendrados antes del matrimonio y nacidos en un período en que no existen relaciones conyugales, pero anterior al tiempo de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación efectiva de los cónyuges, bien sea de hecho o legal, del que hablábamos anteriormente.

Pues bien, el legislador de la Ley trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, establece en su artículo 117 la posibilidad de que el marido destruya la presunción de paternidad “mediante la declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto”, con las excepciones que en dicho precepto se indican, que a su vez admiten excepciones.

Tal como nos indica RIVERO, C. 455, nos encontramos ante lo que la doctrina italiana conoce con el nombre de “desconocimiento de la paternidad”, un mecanismo extrajudicial que permite dejar sin efecto la presunción de paterni-

dad clásica, particularmente vulnerable en el caso que comentamos porque los hijos han sido engendrados fuera del matrimonio, en un tiempo en que no existía una presunción de convivencia entre los cónyuges, por la sencilla razón de que no lo eran.

El precepto correlativo del texto catalán presenta pequeñas pero significativas diferencias, si bien parte del mismo supuesto temporal: hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio (hipotéticamente engendrado con anterioridad). A saber:

1. *En cuanto a las formalidades de la declaración:*

La declaración del marido desconociendo la paternidad no tiene que ser “auténtica”, como exige el Código civil.

La doctrina del texto común había discutido acerca de la interpretación que hay que dar al término “auténtico”. Y después de algunas vacilaciones, lo había interpretado como sinónimo de público (así RIVERO, C. 455, modificando posiciones anteriores; CÁMARA, C. 213-214).

Se ha suprimido, como hemos indicado, tal calificativo del texto catalán. ¿Significa la supresión de la exigencia de una especial forma para la realización de tal declaración? No me parece que ésa deba ser la conclusión: se requiere que acceda al Registro Civil, por lo que la declaración ha de ser auténtica en el estricto sentido de la palabra para que acceda al mismo, o ha de ser formulada ante su Encargado, convirtiéndose por ese hecho precisamente en auténtica (en el fondo, siguen también esta opinión GETE-ALONSO y GASCÓ, *La nueva...*, p. 36).

2. *En cuanto al tiempo para realizarla:*

El tiempo para realizar tal declaración es en el Código civil de seis meses a contar desde el conocimiento del parto por el marido, mientras que en el texto catalán se fija el plazo de seis meses siguientes al nacimiento para que dicha declaración tenga acceso al Registro Civil.

Se ve a simple vista mucho más restrictiva la Ley de 27 de abril de 1991 que la de 13 de mayo de 1981 mirado desde el punto de vista del marido. Es indudable, no obstante, que la Ley de 1991 es más segura en cuanto a la fijación de la presunción de paternidad (pensemos en que la declaración auténtica puede realizarse en un tiempo muy posterior al nacimiento del hijo y tener su acceso registral mucho tiempo después de esos seis meses), pero a la vez puede operar sin que el marido tenga conocimiento del nacimiento y en consecuencia sin que pueda oponerse a la operatividad de dicha presunción.

3. *En cuanto a las causas que impiden o dejan sin efecto dicha declaración del marido de desconocimiento de la paternidad:*

También pueden apreciarse diferencias entre los dos textos comparados:

3.1 Reconocimiento de la paternidad:

No es eficaz si el marido ha reconocido la paternidad de cualquier forma, como dice el texto catalán, o expresa o tácitamente, como dice el Código civil.

No son iguales ambas expresiones: el que una declaración sea expresa o tácita no supone que pueda realizarse en cualquier forma; y que una declaración pueda realizarse en cualquier forma no implica que tengamos que admitir declaraciones tácitas. Pese a ello podemos, en el caso concreto que comentamos, asimilar ambas legislaciones. RIVERO, C. 455, muy bien nos indica, refiriéndose al derecho del Código, cómo este reconocimiento, expreso o tácito, no es solemne ni sometido a ninguno de los requisitos del artículo 120 y siguientes (lo que indudablemente puede aplicarse al texto catalán, artículos 4 y siguientes).

3.2 Conocimiento prematrimonial del embarazo de la mujer:

No es eficaz si el marido ha conocido el embarazo de la mujer antes de contraer matrimonio.

Ambas legislaciones tienen en cuenta esta causa de excepción a la facultad del marido de desconocer su paternidad pero el texto de la Ley de 1991 no excepciona a este supuesto lo indicado por el artículo 117 del Código civil, al decir éste último que “salvo que, en este último supuesto, la declaración auténtica se hubiera formalizado, con el consentimiento de ambos, antes del matrimonio o después del mismo, dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del hijo”.

La desaparición de esta posibilidad que se da en el texto común es concorde con la también desaparición del artículo 118 del Código. Podemos encontrar su justificación en la consideración por parte del legislador catalán de que si el marido ha conocido el embarazo de la mujer antes de contraer matrimonio, de alguna forma estamos ante un supuesto de reconocimiento tácito de la paternidad: en estos casos, aunque los cónyuges estén de acuerdo con que la paternidad no es imputable al marido la presunción *pater is est* subsiste y se impone a la voluntad contraria de los cónyuges (así CÁMARA, C. 223). En este sentido, nos dicen GETE-ALONSO y BLASCO que dicho conocimiento es considerado como un “acto de admisión de la paternidad”, de tal forma que en el supuesto de que el marido conozca dicho embarazo no podrá ejercitar esta “acción de desconocimiento” (extrajudicial), sino que tendrá que acudir a la acción de impugnación (judicial) (*La nueva...*, p. 37).

221

También hay que observar cómo el legislador catalán se ha hecho eco de las críticas formuladas a esta especie de desconocimiento conjunto, que hacía depender el estado civil del hijo de la voluntad de los padres, sin que pudiesen darse presiones sobre la madre embarazada para que firme la declaración bajo la amenaza de no casarse (así GARCÍA CANTERO, D. 109).

No se aclara en el texto catalán, como tampoco en el Código civil, si debe exigirse prueba o dato de que el marido no es realmente el padre en un sentido negativo (ALBALADEJO, D. 223). Hay que pensar, no obstante, que si

el marido intenta invalidar la presunción de paternidad mediante una declaración de desconocimiento será necesario incoar un expediente y acreditar en él que la presunción del artículo 2 carecía de base porque el marido no supo antes de casarse que su mujer estaba embarazada ni reconoció al hijo como suyo. Y son, como dice CÁMARA, C. 221, estos hechos negativos los que deben comprobarse, sin que sea necesario justificar el reconocimiento expreso o tácito del marido o que no tuvo conocimiento del embarazo de su mujer antes de casarse, para que el hijo se inscriba con el carácter de matrimonial (si bien no será necesaria la práctica de diligencias por parte del Encargado del Registro Civil, como nos señala GARCÍA CANTERO, D. 110, si la declaración de desconocimiento del marido no suscita oposición).

3.3 Existencia de relaciones sexuales en el período legal de la concepción:

222

No es eficaz tampoco esta llamada “acción de desconocimiento” si la madre demuestra la existencia de relaciones sexuales con el marido durante el período legal de la concepción.

Esta causa de exclusión no aparece en el texto común, siendo por lo tanto una novedad de la Ley de filiaciones de Cataluña, y que viene a resultar concorde con lo señalado por el artículo 5 de la Ley comentada, que veremos posteriormente, que también resulta novedoso. En este caso, sin embargo, no se trata de comprobar un hecho negativo sino de que se demuestre por la madre que ha habido tales relaciones entre ella y su cónyuge (así también GETE-ALONSO y BLASCO, *La nueva...*, p. 68).

4. *En cuanto a la posibilidad de invalidar la declaración:*

Aunque en la doctrina del Código civil no aparece claramente la posibilidad de que el marido que no practicó la declaración de desconocimiento en tiempo o forma, o bien que la practicó, pueda impugnar o reclamar respectivamente la paternidad del hijo, parece que la doctrina se encuentra

de acuerdo en dicha posibilidad (así, por ejemplo, RIVERO, C. 456 o PEÑA, C. 117).

Tampoco en el texto catalán queda resuelto este problema, pero creo que debemos aplicar la misma solución que en la Ley modificadora del Código civil.

C) La llamada filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio (artículo 3 y art. 119)*.

Artículo 3

1. Los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres tendrán, desde la fecha de celebración del mismo, la condición de matrimoniales con carácter general, siempre que la filiación quede determinada legalmente.

2. Si la filiación ha sido determinada por vía de reconocimiento formal, la impugnación debe regirse por las reglas de la filiación no matrimonial.

223

Los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres también pueden llegar a ser considerados como matrimoniales (por supuesto, desde el momento de la celebración del matrimonio de los padres), siempre que se cumplan determinados requisitos.

Ante la reforma del Código civil, la doctrina había señalado que no ha desaparecido de nuestra Ley la antiguamente llamada legitimación por subsiguiente matrimonio, sino que terminológicamente se ha convertido en matrimo-

* **Article 3.** 1. Els fills nascuts abans del matrimoni dels pares tenen, des de la data de celebració d'aquest, la condició de matrimonials amb caràcter general, sempre que la filiació quedi determinada legalment.

2. Si la filiació ha estat determinada per via de reconeixement formal, la impugnació s'ha de regir per les regles de la filiació no matrimonial.

Art. 119. La filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores cuando éste tenga lugar con posterioridad al nacimiento del hijo siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente.

Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido.

nialización por subsiguiente matrimonio. Ahora bien, como nos indica ALBALADEJO, D. 218, la terminología ha cambiado pero no se ha variado la naturaleza de las cosas: el hijo de personas no casadas es no matrimonial, no por discriminación, sino simplemente por la razón de que no hay matrimonio de los padres; y si ellos quieren que sean matrimoniales, que se casen.

La situación de estos hijos y de su filiación es contemplada por el legislador catalán y el común, en los preceptos indicados. De una comparación entre ambos podemos señalar algunas diferencias:

1. *En cuanto a los requisitos para determinar la filiación como matrimonial:*

Dice el Código que para que estos hijos adquieran la condición de matrimoniales la filiación ha de quedar determinada legalmente conforme a lo dispuesto en la sección siguiente (que es la relativa a la determinación de filiación no matrimonial); mientras que el artículo 3 de la Ley catalana se limita a señalar que tales hijos tendrán el carácter matrimonial siempre que la filiación quede determinada legalmente, sin remitirse a las normas de la determinación de filiación no matrimonial.

¿Cuál puede ser el fundamento del cambio verificado en el texto catalán? La razón de dicha supresión se encuentra en el error que sufre el Código, tal como nos expone CÁMARA, C. 312-315: "no se advirtió probablemente que el artículo 120 alude también a la determinación judicial y de ahí que la simplista remisión a la sección siguiente olvide que cuando la filiación ha de determinarse en virtud de sentencia y puesto que lo reclamado, una vez que el matrimonio se ha contraído, es ya una filiación matrimonial para este caso, la remisión es improcedente". La crítica sobre todo se produce en el caso del hijo habido de una mujer casada, de suerte que la filiación se determinó en función de la presunción *pater is est*, siendo el padre un tercero,

con el que la mujer casada, una vez disuelto su anterior matrimonio, se casa (los hijos son matrimoniales desde el momento del matrimonio de sus padres) pero la determinación de la verdadera filiación sólo se puede dar a través de una acción de reclamación de paternidad (matrimonial), previa la impugnación de la filiación contradictoria.

2. *En cuanto a los medios de impugnar la filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio:*

El Código silencia este punto, dando lugar a pensar, como dice RIVERO en contra de CÁMARA, C. 458, 460, que podrá intentarse la impugnación por las normas de impugnación de la filiación matrimonial, dado que en el momento de dicha impugnación tal filiación es matrimonial y el legislador lo que intenta es una asimilación de los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres con los nacidos después del matrimonio de los mismos frente a todos.

225

La Ley de Filiaciones de Cataluña nos señala que si la filiación ha sido determinada por vía de reconocimiento, entonces la impugnación ha de regirse por las reglas de la filiación no matrimonial. Una interpretación a contrario de la norma, nos llevaría a afirmar que cuando la filiación se haya determinado por sentencia firme o por resolución dictada en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil, o en general, cualquier otro, la impugnación debiera efectuarse sólo de conformidad con las reglas dictadas para la filiación matrimonial. Ahora bien, GETE-ALONSO y BLASCO nos comentan que no será así, porque, por una parte, cuando la filiación fue determinada por sentencia judicial será inimpugnable; y por otra, cuando lo fue por medio de expediente registral, al ser éste sólo un medio típico de la filiación no matrimonial, su impugnación deberá realizarse también a través de la reglas de la no matrimonial (en *La nueva...*, p. 44). En nuestra opinión, estas afirmaciones dan por supuesto lo que se trata precisamente de demostrar: ¿por qué razón el legislador no pueda ordenar,

aunque sea implícitamente, que las reglas relativas a la acción impugnatoria (plazos y legitimación) de una filiación matrimonial por subsiguiente matrimonio sean las previstas para la filiación matrimonial?, ¿no parece lo más lógico?

3. *En cuanto a lo dispuesto en el artículo 119, párrafo segundo:*

No se retiene por el texto catalán lo dispuesto en el Código civil en su artículo 119, párrafo dos (“Lo establecido en el párrafo anterior aprovechará, en su caso, a los descendientes del hijo fallecido”).

La justificación de ello debe encontrarse en la supresión de la norma relativa al reconocimiento del hijo fallecido (artículo 126 C.c.) y cuyo alcance comentaremos más adelante.

II. Determinación de la filiación no matrimonial

A) Medios de determinación de la filiación no matrimonial (artículo 4 y art. 120, a.8.2 de la Ley especial)*.

Artículo 4

1. La filiación no matrimonial puede establecerse:

* **Article 4.** 1. La filiació no matrimonial es pot establir:

a) Per reconeixement en testament*, en document públic o davant l'encarregat del Registre Civil. [El consentiment de l'home per a la fecundació assistida de la dona-mare del nadó, formalitzat en un document públic, és equivalent al reconeixement de la filiació i és apte per a la inscripció de la filiació en el Registre Civil.]

b) Per resolució dictada en un expedient tramitat d'acord amb la legislació del Registre Civil.

c) Per sentència ferma en un procediment civil o penal.

Art. 120. La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

1.º Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

2.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

3.º Por sentencia firme.

4.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil (*citada*).

a) Por reconocimiento en testamento, en documento público o ante el encargado del Registro Civil. El consentimiento del hombre para la fecundación asistida de la mujer-madre del recién nacido, formalizado en un documento público, es equivalente al reconocimiento de la filiación y es apto para la inscripción de la filiación en el Registro Civil.

b) Por resolución dictada en un expediente tramitado de conformidad con la legislación del Registro Civil.

c) Por sentencia firme en un procedimiento civil o penal.

El artículo 120 del Código civil, redactado por la Ley trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, viene a ser similar a su antecesor.

La doctrina había apuntado cómo los medios de determinación pueden reducirse a dos: la sentencia y el reconocimiento. En el caso de la madre, que no se encuentra previsto en la nueva Ley catalana, hay una especie de reconocimiento tácito o presunto, por lo que diremos posteriormente (artículo 120, número 4: "Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil). Y el caso de la resolución recaída en expediente también comporta un cierto modo de reconocimiento, puesto que si hay oposición se tiene que sobreseer el expediente (en este sentido, por ejemplo, SANCHO REBULLIDA, D. 645; o ALBALADEJO, D. 242).

El artículo 4 del nuevo texto se inspira en dicho artículo 120, pero con algunas modificaciones o precisiones, que comentamos a continuación:

1. *Relativa a la forma testamentaria:*

El Código contrapone el testamento a otro documento público, con lo que implícitamente está indicando que el testamento ha de ser notarial. No obstante, la doctrina,

como nos indica RIVERO, C. 464, CÁMARA, C. 443-453, PEÑA, C. 916, ha admitido (a mi parecer en contra de lo dispuesto literalmente por el Código) que el reconocimiento puede hacerse en cualquier tipo de testamento, público o privado, ordinario o extraordinario, de Derecho común o foral.

El texto catalán mejora el texto del artículo 120 del Código en esta materia, siendo ya indiscutible la admisión de cualquier forma testamentaria para el reconocimiento de un hijo. No obstante, la norma catalana comete una nueva imprecisión: se olvida de que el reconocimiento será posible en Cataluña a través del codicilo.

2. *Relativa a la fecundación asistida:*

La normativa sustantiva catalana retiene que el consentimiento del hombre para la fecundación asistida de la mujer-madre, que se encuentre formalizada en un documento público será equivalente al reconocimiento de la filiación y apto para la inscripción de la filiación como no matrimonial en el Registro Civil. Esta situación no es recogida en el Código civil y sí en la Ley Especial, en su artículo 8.2, en donde da el carácter de escrito indubitado a los efectos del artículo 49 de la Ley del Registro Civil al documento (que no público como en Cataluña) extendido ante el Centro o establecimiento autorizado en el que se refleje el consentimiento a la filiación con contribución de donante, prestado por varón no casado (excluyendo al casado de prestar el consentimiento con tales efectos sobre la determinación de la filiación).

La asimilación por el artículo 4 a) del consentimiento del varón en la fecundación asistida al reconocimiento puede plantear la cuestión de si será necesario para su eficacia el cumplimiento de los requisitos establecidos para el reconocimiento con carácter general (así, capacidad, aprobaciones). No debe ser ésa la intención del legislador catalán, pero tampoco se ha inclinado por la vía del expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil.

El consentimiento del varón para la fecundación asistida de la mujer, formalizado en un documento público, aparece también como productor de efectos jurídicos en el artículo 5.2 *in fine* del texto de la Ley de 1991, que lo hace equiparable a la presunción de paternidad derivada de la cohabitación sexual con la madre en la época de la concepción. Ambos consentimientos deben ser diferentes: el del artículo 4.1 a) es por sí solo medio de determinación de la filiación, lo que no ocurre con el regulado en el artículo 5.2 *in fine*. ¿Pero en qué se diferencian? ¿Se encuentra la diferencia en que en el primero el consentimiento del varón se extiende no sólo a la fecundación asistida de la mujer, sino a asumir los derechos y deberes de la paternidad de una forma expresa, lo que no ocurriría en el segundo? Los profesores GETE-ALONSO y BLASCO ponen de manifiesto cómo nos encontramos ante una antinomia, que sólo puede resolverse si prescindimos de la literalidad del artículo 5.2, *in fine*, de tal forma que el consentimiento del varón a la inseminación artificial de la mujer, formalizado en documento público, equivale al reconocimiento ex artículo 4.1 a); mientras que el consentimiento que conste en documento privado o se manifieste de cualquier forma se equipará (igual que el reconocimiento aformal o tácito) a la cohabitación sexual, y es base de la presunción de paternidad matrimonial a que se refiere el artículo 5.1 de la Ley (en la *La nueva...*, p. 79). Parece esta interpretación, que hago mía, la más lógica y consecuente con la sistemática de la Ley, pero el legislador realmente no lo dice.

3. *Respecto a la maternidad no matrimonial:*

Otra diferencia es la desaparición en el texto catalán de que la filiación no matrimonial quedará determinada respecto de la madre cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil. Se ha dicho que la maternidad no matrimonial se

determinará en el Derecho catalán por los mismos medios que la paternidad, excluyéndose la aplicación supletoria del número 4 del artículo 120 C.c., aunque no de los preceptos de la legislación registral (GETE-ALONSO y BLASCO, *La nueva...*, p. 48).

La razón y el alcance de la supresión de este modo de determinación de la filiación no matrimonial sólo puede entenderse si analizamos la historia del precepto. Inicialmente, como nos indica CÁMARA, C. 346-353, conforme al Código civil, antes de ser reformado por la Ley de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, la determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial (tanto paterna como materna) descansaba en la necesidad de un reconocimiento formal. En caso de que no existiese tal reconocimiento siempre era necesario acudir al procedimiento judicial, y en este procedimiento, era donde lógicamente existían diferencias entre la paternidad y la maternidad: la acción de reclamación de maternidad siempre prosperaba cuando se probase el hecho del parto y la identidad del nacido. De aquí se pasó a entender que para la determinación extrajudicial de la maternidad era suficiente que cuando se practi-^ccase la inscripción del nacimiento se aportase una prueba sobre el hecho del parto y la identidad del nacido, y en base a esta filosofía el artículo 47 de la legislación registral civil dispuso que en la inscripción de nacimiento se haga constar la filiación materna siempre que en ella coincida la declaración y el parte o comprobación reglamentaria. Pero el artículo 47 de la Ley del Registro Civil no quiso ir más allá y permitió que la madre pudiese desconocer la maternidad (no posible en los hijos matrimoniales, lo que suponía una situación muy criticada por la doctrina, así, RIVERO, C. 467).

Por otra parte, el artículo 120 diferencia entre dos situaciones: inscripción de nacimiento dentro del plazo, con remisión a la legislación del Registro Civil, ya comentada; o inscripción fuera de plazo, en cuyo caso la determinación de la filiación materna extrajudicial se efectuará por reconocimien-

to o expediente (así, por ejemplo, GARCÍA CANTERO, D. 176).

Después de este breve análisis de la historia de la determinación de la maternidad no matrimonial de forma no judicial puede retenerse la crítica fundamental efectuada por la doctrina: la distinción entre la filiación matrimonial y no matrimonial en cuanto a la facultad de la madre de desconocer. Nos recuerda PEÑA, C. 887-888, que es un principio generalizado en el Derecho europeo que la filiación materna debe quedar determinada por el hecho del parto sin que deba exigirse para su inscripción en el Registro Civil un especial reconocimiento de la madre; habiéndose determinado por el Tribunal de Estrasburgo en fecha 13 de junio de mil novecientos setenta y nueve que el principio romano *mater semper certa est* hace injustificable la regla conforme a la cual la determinación materna, si no es matrimonial, debe quedar subordinada a un reconocimiento voluntario formalizado por la madre, o a una sentencia declarando la maternidad. Inclusive la doctrina se ha preguntado si el artículo 47 de la Ley del Registro Civil no ha quedado derogado por la adhesión de España al Convenio de Bruselas de 1962 que dice que “cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará determinada por tal designación, si bien esta filiación podrá ser impugnada”. La derogación o no depende, como nos dice GARCÍA CANTERO, D. 175, de la interpretación que demos al término “impugnación”: si se toma en sentido amplio, el desconocimiento materno podría acogerse a lo dispuesto en el Convenio; pero si se toma en el sentido de ejercicio judicial de una acción de desconocimiento de la maternidad, el artículo 47 debe entenderse derogado.

La reforma de la legislación catalana parece tener en cuenta todas estas críticas formuladas al artículo 120. No obstante, en esta materia es necesario una reforma de la legislación registral, lo que puede llevar a ciertos conflictos de competencia.

4. *Respecto a la sentencia:*

La declaración expresa de que la sentencia que sirva de medio para determinar la filiación puede ser tanto en un proceso civil como penal.

B) Especial análisis del reconocimiento formal como medio de determinar la filiación no matrimonial.

Prescindo en este escrito comparativo de las numerosas teorías jurídicas que se han señalado sobre la naturaleza jurídica del reconocimiento. Estamos sin duda ante un acto jurídico, que no negocio jurídico, donde, como dice RIVERO, C. 461, hay una manifestación de contenido (de ciencia) y un acto de voluntad, a los cuales, y cumplidos ciertos requisitos, el ordenamiento dota de eficacia, suponiendo una “verdadera presunción de paternidad implícita”.

232 Ahora bien, es cierto, como nos señalan CÁMARA, C. 365-390 o SANCHO REBULLIDA, D. 648, que no estamos ante un acto jurídico en sentido estricto porque en éstos el supuesto de hecho desencadenante de los efectos jurídicos lo forman la declaración de voluntad y en el reconocimiento los efectos no son atribuibles a él sino a la filiación como hecho jurídico. Por otra parte, se ha hablado de que el reconocimiento es una declaración de verdad, de ciencia, donde se expresa la convicción sobre la propia paternidad, no la voluntad de ser padre (sobre el tema del reconocimiento como acto-confesión o acto-admisión ver CÁMARA o PEÑA, C. 903-904; el primero a favor de acercarse a la confesión, el segundo, partidario más bien del acto-admisión).

En todo caso el reconocimiento es un acto que se otorga, siendo la escritura el instrumento público adecuado para el mismo.

Siguiendo los esquemas tradicionales del análisis del reconocimiento podemos ir viendo las diferencias entre el texto de 1981 y el de 1991.

a) Clases (artículo 4.2 y art. 121)*.

Artículo 4

2. En el reconocimiento en testamento, en documento público o ante el encargado del Registro Civil, no puede manifestarse la identidad del otro progenitor si no es que ya ha sido determinada legalmente.

El reconocimiento de un hijo no matrimonial puede hacerse separada o conjuntamente por los padres. La Ley señala tanto en uno como en otro texto para el caso del reconocimiento individual, que no se podrá manifestar la identidad del otro progenitor si es que ésta no está ya determinada legalmente. La diferencia entre ambos textos se encuentra en que la Ley de 1991, con mejor redacción, limita, como es lógico, dicha prohibición al caso del reconocimiento en testamento, documento público o ante el encargado del Registro Civil.

233

Ninguno de los dos textos resuelven el problema de cuál es la consecuencia de la infracción. Parece ser lo más adecuado entender que la mención del otro progenitor debe considerarse como no hecha, y simplemente, como nos dice CÁMARA, C. 411, porque semejante mención no es medio hábil para determinar la filiación respecto del progenitor indebidamente mencionado.

La prohibición de revelar la identidad del otro progenitor no debe jugar en los casos de reconocimiento de la paternidad del hijo concebido y todavía no nacido, en donde necesariamente por el padre ha de indicarse la persona de la madre. Creo que además en este supuesto, contra el parecer de PEÑA, C. 920, no debe haber ningún tipo de sanción por la infracción, máxime cuando se admite el "reconocimiento" del *concepturus* en los casos de fecunda-

* Article 4. 2. En el reconeixement en testament, document públic o davant l'encarregat del Registre Civil, no es pot manifestar la identitat de l'altre progenitor si no és que ha estat determinada legalment.

ción asistida. ¿Será necesario la audiencia de la madre para la validez de tal reconocimiento? SANCHEZ REBULLIDA, D. 652, con referencia al Derecho Común, se inclina por la necesidad de tal audiencia, en base a la aplicación analógica del artículo 124.

b) Capacidad para reconocer (artículo 6 y art. 121)*.

Artículo 6

1. Tienen capacidad para el reconocimiento de la paternidad los mayores de catorce años. En el caso de la maternidad, siempre que se acredite el hecho del parto.

234

La doctrina anterior a la reforma trascendental del Código civil de 13 de mayo de 1981 se encontraba dividida a la hora de señalar cuál era la capacidad para reconocer a un hijo. El problema fue aparentemente solucionado por el artículo 121 (“el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no pueden contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con Audiencia del Ministerio Fiscal”); norma que debe interpretarse con el artículo 46.1 del Código que señala que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, y con el artículo 48, párrafo segundo, del mismo texto que señala cómo el Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte el impedimento de edad a partir de catorce años. La doctrina, sin embargo, no es del todo pacífica en este punto, por otra parte, muy criticado al no distinguir entre el varón y la

* **Article 6.** 1. Tenen capacitat per al reconeixement de la paternitat els majors de catorze anys. En el cas de la maternitat, sempre que s'acrediti el fet del part.

2. En tot cas, el reconeixement fet per persones menors d'edat o incapacitades requereix, perquè sigui vàlid, l'aprovació judicial, amb audiència del ministeri fiscal.

Art. 121. El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

mujer —así, por ejemplo, CÁMARA, C. 415-417, RIVERO, C. 468 y los autores citados por éste último; también PEÑA, C. 908).

El artículo 6 del texto catalán viene a clarificar la edad mínima para reconocer, por una parte; y por otra, haciéndose eco de las críticas vertidas al 121 a establecer que la madre podrá reconocer su maternidad siempre que se acredite el hecho del parto, es decir, aunque tenga menos de catorce años.

Siempre me ha llamado la atención cómo en el texto del artículo 121 no se comprende muy bien el que los incapacitados pueden hacer reconocimientos formales (testamento, acta notarial de manifestaciones, otro tipo de documento público, etc.) cuando su incapacidad le impedirá otorgar el acto (piénsese en un enajenado que acude al Notario a otorgar testamento y el Notario se niega a autorizar tal documento por no poder apreciar la capacidad del testador; pero si lo hiciera es que habrá apreciado su capacidad, y sólo por vía judicial podría atacarse dicha apreciación).

235

Es aplicable al texto catalán la afirmación doctrinal de que la aprobación judicial es un requisito de validez de dicho reconocimiento, con la consecuencia de que no aprobado por el Juez el reconocimiento no vincula a su autor (CÁMARA, C. 418). Igualmente es aplicable al texto catalán la afirmación de que en el reconocimiento otorgado por el menor o incapaz, el Juez tiene que valorar fundamentalmente si el sujeto, no obstante su edad, ha realizado un acto libre, consciente y revelador de un convencimiento sobre la propia paternidad suficientemente fundado (PEÑA, C. 909). También se ha dicho que es un juicio de verosimilitud, no de conveniencia (RIVERO, GETE-ALONSO, BLASCO).

c) *Efectos del reconocimiento (artículo 7 y art. 123 y 124).*

La intención del reconocedor de un hijo que ha tenido fuera del matrimonio es normalmente la de atribuir a dicho hijo el estado de hijo suyo no matrimonial, de cuya atribución se van a derivar importantes consecuencias en el orden patrimonial, no sólo para el hijo reconocido sino para terceras personas, que pueden ver disminuidos o suprimidos sus expectativas jurídicas (piénsese, por ejemplo, en una persona que carece de descendencia y que su patrimonio puede ir a sus hermanos, o a su cónyuge, o a sus padres, sólo para el caso de que no tenga descendencia); pero, a veces, puede ser lo contrario, y el reconocedor más que buscar que el hijo no matrimonial sea dotado de tal filiación, su reconocimiento va dirigido a dotarse a sí mismo del carácter de padre de tal hijo.

236

El legislador impide, limita o suspende los efectos del reconocimiento de un hijo no matrimonial en determinadas circunstancias, teniendo que determinarse, en su caso, la filiación por otros medios:

1. *Reconocimiento de un hijo mayor de edad (artículo 7.1, art. 123)*:*

Artículo 7

1. El reconocimiento de un hijo no matrimonial mayor de edad no producirá efectos sin el consenti-

* **Article 7.** 1. El reconeixement d'un fill no matrimonial major d'edat no produeix efectes sense el consentiment, exprés o tàcit, d'aquest. La denegació d'aquest consentiment per part del fill no impedeix l'exercici pel pare o per la mare de l'acció de reclamació de la paternitat o la maternitat no matrimonials, sens perjudici que, un cop demostrada, l'acció no tingui cap altre efecte civil que la mera determinació de la filiació, llevat que quedi justificada la raó de la tardança en el reconeixement.

Art. 123. El reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito.

miento, expreso o tácito del mismo. La denegación de dicho consentimiento por parte del hijo no impedirá el ejercicio por parte del padre o de la madre de la acción de reclamación de la paternidad o la maternidad no matrimoniales, sin perjuicio de que, una vez demostrada, la acción no tenga otro efecto civil que la mera determinación de la filiación, salvo que quede justificada la razón de la tardanza.

El legislador común exige en este caso que el hijo preste su consentimiento a ser reconocido para que el mencionado reconocimiento tenga eficacia jurídica, sin que entre en la cuestión de si los padres pueden ejercitar la acción de reclamación de la filiación no matrimonial. Tal posibilidad es admitida por la doctrina en los casos de que hay posesión de estado, pero mayores problemas presenta en los supuestos en que falte dicha posesión, por la falta de legitimación activa (a favor RIVERO, C. 471; limitado al primer caso CÁMARA, C. 469).

237

En este punto, el legislador catalán exige también el consentimiento del hijo mayor de edad para que se produzcan los efectos de la filiación no matrimonial; pero buscando que la filiación corresponda a una verdad biológica admite expresamente que cuando el hijo deniegue tal consentimiento el padre o la madre puedan reclamar su paternidad o maternidad mediante el ejercicio de las acciones correspondientes y ser declarada tal filiación, si bien sin que tal declaración produzca ningún otro efecto jurídico cuando no pueda justificarse la tardanza en el reconocimiento. Estamos ante una mera acción de investigación de la paternidad (GETE-ALONSO y BLASCO).

Parece que en ambos textos debe asimilarse al mayor de edad el menor emancipado (así CÁMARA, C. 459; y rotundamente, GETE-ALONSO y BLASCO).

2. *Reconocimiento de un hijo menor de edad o incapacitado (artículo 7.2, art. 124)*:*

Artículo 7

2. Para la eficacia del reconocimiento de un menor de edad o incapacitado que no se realice en el plazo establecido para la inscripción del nacimiento o en testamento se requerirá la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y, si es conocido, del otro progenitor. La denegación de aprobación judicial que no esté basada en la no paternidad o la no maternidad no impedirá la acción de reclamación de filiación a que se refiere el apartado 1 y con el mismo alcance.

El legislador común dicta para este caso un precepto de difícil interpretación (artículo 124 C.c.).

238 Podemos señalar, en ambos textos, dos hipótesis diferentes, que tienen sus antecedentes en la redacción originaria del Código civil, y cuya justificación se encuentra, como dice CÁMARA, C. 394, en que los reconocimientos que se formalizan en un testamento y los otorgados inmediatamente después del nacimiento tienen un mayor grado de verosimilitud. Ahora bien, como nos dice PEÑA, C. 930, el reconocimiento efectuado en testamento no merece una considera-

* **Article 7. 2.** Per a l'eficàcia del reconeixement d'un menor d'edat o incapacitat que no es faci en el termini establert per a la inscripció del naixement o en testament es requereix l'aprovació judicial, amb audiència del ministeri fiscal i, si és conegut, de l'altre progenitor. La denegació d'aprovació judicial que no estigui basada en la no-paternitat o la no-maternitat no impedeix l'acció de reclamació de filiació a què es refereix l'apartat 1 i amb el mateix abast.

Art. 124. La eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido.

No será necesario el consentimiento o la aprobación si el reconocimiento se hubiere efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento. La inscripción de paternidad así practicada podrá suspenderse a simple petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. Si el padre solicitara la conformación de la inscripción, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

ción especial por la forma testamentaria sino en cuanto que el contenido en un testamento vale como tal por haber muerto el testador, pues entonces el reconocimiento no comporta ninguna ventaja para su autor, si bien aun antes de la muerte del testador puede producir efectos como reconocimiento (necesitado del consentimiento del progenitor o de la aprobación judicial).

Los dos casos a los que hacíamos referencia son los siguientes:

2.1 *Que el reconocimiento se haya realizado en un testamento o en el plazo señalado para la inscripción del nacimiento (entre las veinticuatro horas y los ocho días siguientes al nacimiento):*

El artículo 124 del Código civil dota a tal reconocimiento de todos los efectos jurídicos, sin que sea necesaria la aprobación judicial, siempre que la madre no solicite la suspensión de la inscripción de paternidad. Tal suspensión sólo es aplicable, según algún sector de la doctrina al caso del reconocimiento no testamentario (RIVERO, C. 475), en base al actual artículo 188 del Reglamento del Registro Civil. Ya CÁMARA, C. 480, indicó la discriminación que suponía la diferenciación entre el reconocimiento paterno y materno, y la falta de eficacia del precepto, pues normalmente el padre reconocerá después del año del nacimiento.

El texto catalán no menciona tales facultades suspensivas de la madre.

2.2 *Que el reconocimiento no se haya realizado en un testamento o se efectúe fuera del plazo indicado para la inscripción del nacimiento:*

El Código civil exige en este caso el consentimiento del representante legal o, bien, la aprobación judicial con Audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido. Los requisitos son alternativos y no excluyentes, a pesar de algunas vacilaciones de la doctrina (en este sentido RIVERO, C. 472; ahora bien, como nos dice SANCHO REBULLIDA, D. 655, si se acude al Juez y niega el reconocimiento

no podrá intentarse la vía de la aprobación por parte del representante legal). El texto catalán suprime tal posibilidad alternativa, exigiendo para el caso del reconocimiento del menor o incapacitado la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y, si es conocido, del otro progenitor.

Se siguen planteando diversas cuestiones:

— ¿Qué se entiende por “progenitor”?

Nos indica PEÑA, C. 927, cómo “progenitor legalmente conocido” puede interpretarse en sentido amplio (sería no sólo el progenitor cuando la filiación se encuentra determinada legalmente, sino también cuando por faltar todavía título de determinación legal, la filiación puede ser acreditada legalmente por otro título de legitimación, como es la posesión de estado), o en sentido estricto (la filiación sólo pasaría a la categoría de conocida cuando haya habido un título de determinación legal).

240 — ¿Puede denegar el Juez la eficacia del reconocimiento, aun cuando resulte acreditada la paternidad o la maternidad?

El problema ha sido muy debatido en el Código civil, donde la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si el Juez debe valorar el interés del hijo o la verosimilitud de la paternidad o maternidad (ver RIVERO, C. 473, CÁMARA, C. 475 y ss.).

Los profesores GETE-ALONSO y BLASCO entienden que el principio de veracidad, básico del Derecho catalán, hace que el criterio a seguir sea el de correspondencia con la verdad biológica (en *La nueva...*, p. 56). No acabo de compartir totalmente este criterio: primero, porque una interpretación literal del precepto parece admitir que la denegación de la aprobación judicial pueda estar basada en otras causas que no sean la paternidad o la maternidad; segundo, que una cosa es que el Juez no apruebe el reconocimiento y otra que el reconocedor no pueda, en base a este principio de verdad biológica, ejercitar la acción de reclamación de filiación.

En cualquier caso, como decimos, el texto catalán siempre deja la puerta abierta para el ejercicio de la acción de reclamación, en los mismos términos que los señalados para el caso de que el hijo mayor de edad niegue los efectos del reconocimiento; cuestión problemática en el Código, por el juego de la legitimación activa para la reclamación (CÁMARA, C. 477).

—¿Qué efectos tiene la aprobación?

Vale para la Ley catalana lo indicado por la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del requisito de la aprobación o del consentimiento del progenitor: juegan sólo como *conditio iuris* del reconocimiento, que sin ellos no tendrá todavía los efectos de título de determinación legal de la filiación (PEÑA, C. 921).

3. *Reconocimiento de una filiación incestuosa (art. 125):*

Los redactores de la Ley 13 de mayo de mil novecientos ochenta y uno conservaron de la antigua filiación ilegítima de carácter incestuosa un pequeño reducto, al formular el artículo 125. Es cierto que no nos encontramos ante una discriminación por razón de los padres (que sería inconstitucional), sino a una protección de dichos hijos. Pero, en cualquier caso es criticable, como nos dice RIVERO, C. 476, al incorporar excesivo voluntarismo y concesión a la conveniencia y oportunidad de establecer la relación de filiación, que no afecta sólo al hijo ni depende exclusivamente de su interés. La normativa común presenta numerosos problemas interpretativos, que no viene al caso relatar (ver, por ejemplo, CÁMARA, C. 323-332; RIVERO, C. 476-477; PEÑA, C. 937-942).

No hay una norma semejante en el texto catalán. Se ha dicho que el silencio legal sólo puede interpretarse en el sentido de que no se establece ningún límite a la posibilidad de reconocer (GETE-ALONSO y BLASCO, en *La nueva...*, p. 59).

4. *Reconocimiento de un hijo muerto (art. 126)*:*

La posibilidad de reconocer a un hijo fallecido es admitida por el artículo 126 del vigente Código civil, tras la reforma de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno. (La norma, sin embargo, no aclara si el hijo fallecido ha de tener necesariamente hijos, como piensa parte de la doctrina y el Derecho italiano; o no necesariamente, como piensa otro sector y el Derecho francés). Sobre esta cuestión conviene ver CÁMARA, C. 430-435, RIVERO 478, PEÑA, C. 932-933).

No hay una norma semejante en el texto catalán. ¿Cómo debemos interpretar tal omisión? ¿Quiere decir que en el nuevo Derecho catalán se ha suprimido la facultad de reconocer al hijo fallecido? ¿O, por el contrario, lo que se quiere decir es que sí es posible? ¿En este último caso, lo será aun cuando el hijo fallecido carezca de descendientes? La cuestión ya se había planteado antes de la legislación de 1981, cuando en el texto del Código primitivo no existía una norma como la del actual artículo 126.

Los profesores GETE-ALONSO y BLASCO admiten expresamente tal reconocimiento, aunque parecen circunscribirlo a la existencia de descendientes, exigiendo el consentimiento de los que sean mayores de edad o la aprobación judicial en caso de que estos descendientes sean menores de edad o incapacitados (*La nueva...*, p. 60).

En nuestra opinión, para llegar a una solución hay que partir de las siguientes consideraciones:

Primero: el reconocimiento de un hijo fallecido no siempre será interesado: por una parte, la tardanza puede venir motivada por otras razones, y por otra, no hay razón para no admitir que un padre pueda reconocer a su hijo no matrimonial fallecido en los primeros días de su nacimiento, y del que no ha tenido noticias, nada más enterarse de tal hecho.

* **Art. 126.** El reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consienten sus descendientes por sí o por sus representantes legales.

Segundo: la nueva normativa catalana permite que la declaración de filiación quede limitada a la mera determinación de ésta, si el reconocimiento se ha hecho con mala fe o con abuso de derecho notorio (art. 21.1 c). Los reconocimientos interesados (para heredar abintestato, por ejemplo) podrían considerarse como realizados con mala fe o con abuso de derecho. Ahora bien, estos efectos limitados de la declaración de filiación lo son sólo a petición del hijo mayor de edad o de su representante legal (art. 21), supuesto que no se da en este caso por definición, por haber fallecido el reconocido.

Tercero: el consentimiento del hijo mayor de edad exigido por el artículo 7 de la Ley para la eficacia de su reconocimiento no podrá darse en el caso de que dicho hijo haya fallecido con anterioridad. No parece necesario, por otra parte, exigir a los descendientes del hijo reconocido mayor de edad que presten su consentimiento a dicho reconocimiento por la sencilla razón de que dicha exigencia no viene impuesta en la Ley.

243

Quizás la solución a la falta de previsión del legislador catalán se encuentre en aplicar extensivamente a este caso lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley, no previsto para los reconocimientos de hijos fallecidos. Así tendremos tres supuestos:

Primero: el reconocimiento de un hijo no matrimonial fallecido siendo mayor de edad. No producirá ningún efecto porque faltará siempre el consentimiento exigido por el número 1 de dicha norma. El padre o la madre podrá utilizar la acción de reclamación con el alcance señalado en dicho artículo.

Segundo: el reconocimiento de un hijo no matrimonial fallecido siendo menor de edad o incapacitado realizado en tiempo o en testamento. Será plenamente eficaz (art. 7.2, primer inciso).

Tercero: el reconocimiento de un hijo no matrimonial fallecido siendo menor de edad o incapacitado realizado

fuera de tiempo: requerirá la aprobación judicial exigida en la Ley (art. 7.2 segundo inciso).

Un problema que tampoco resuelve el legislador catalán es el supuesto de que se haya reconocido a un hijo mayor de edad, todavía vivo, pero que haya fallecido sin poder consentir dicho reconocimiento. ¿Hay que pensar que no podrá determinarse la filiación vía reconocimiento? También en este caso es difícil una respuesta negativa.

5. *Reconocimientos del nasciturus y del concepturus:*

Nada nos indica la nueva Ley, al igual que el texto del Código, pero debemos admitir el primer supuesto y negar por ser imposible el segundo.

Se puede mantener, no obstante, en el Derecho catalán la problemática que la doctrina había indicado sobre la dificultad de reconocer a un *nasciturus*, sin violar lo dispuesto en el artículo 122, correspondiente, con las diferencias señaladas, con el artículo 4.2 del nuevo texto. (RIVERO, C. 470, 462-463; CÁMARA, C. 429-430; PEÑA, C. 911).

6. *Reconocimientos de complacencia e incidentales:*

Nada nos indica la nueva Ley, al igual que el Código civil, sobre los llamados “reconocimientos de complacencia” (aquel que se efectúa aun sabiendo que no es cierta la paternidad o la maternidad), o los “reconocimientos incidentales” (aquella declaración que se caracteriza porque aunque no hay una intención o propósito de establecer o determinar la paternidad, la misma puede presuponerse de dicha declaración).

Deben aplicarse las mismas soluciones que se habían dado en el Código. El primero no es propiamente un reconocimiento porque el “reconocedor” no efectúa una declaración de convencimiento sobre su paternidad (RIVERO, C. 463); y el segundo no es un medio de determinar la filiación, aunque sí puede y debe servir para determinarla (vía artículo 5) (Ver CÁMARA, C. 360 y ss.; RIVERO, C. 460).

No aparece muy claro en la doctrina si en el caso de los llamados reconocimientos de complacencia es posible que el reconocedor impugne tal reconocimiento. PEÑA, C. 1013 ó 911, se inclina por admitirlo pero parece que lo circunscribe al ámbito del artículo 140 (correspondiente al 13 del texto catalán) cuando, según mi opinión, nos encontraríamos en un caso de falta de los presupuestos básicos del reconocimiento y por ende de la determinación de la filiación no matrimonial. El cauce adecuado sería una acción de nulidad o inexistencia, no regulada, como veremos, por el texto de la Ley de 1991 (ni tampoco por los de la Ley de 1981), no sujeta a los requisitos temporales y de legitimación del Código civil (el mismo PEÑA, C. 913, así lo admite, por otra parte).

Creo, a pesar de las consideraciones efectuadas, que las técnicas de reproducción asistida nos van a obligar a una nueva reconsideración del reconocimiento en general, y del de complacencia en particular.

245

C) La presunción de paternidad no matrimonial y las presunciones *facti* de filiación (artículo 5, 8 y 16) (art. 135).

a) *La regulación en el Código civil:*

Sin perjuicio de la admisión de toda clase de pruebas en materia de filiación y sobre el hecho mismo de la filiación, principio básico señalado en el artículo 127 del Código civil; el texto común establece en el artículo 135 unas presunciones *facti*, las llamadas presunciones *hominis seu judicis*, que como nos dice la doctrina, sirven para que el juzgador pueda llegar a la certeza moral de la realidad de la paternidad o de la maternidad no por la demostración directa de la generación o del parto, sino a través de determinados hechos acreditados en el proceso. Son, como dice RIVERO, C. 502, hechos y no medios de prueba, que deben quedar establecidos con los medios probatorios de nuestro ordenamiento procesal. Estas presunciones *facti* son las siguientes:

1. *La convivencia con la madre en la época de la concepción:*

La doctrina no se ha puesto de acuerdo si nos encontramos ante el concubinato, unión estable entre un hombre y una mujer manifestada por una convivencia al modo conyugal (así claramente PEÑA, C. 989); o ante una simple convivencia, pero sin que equivalga al concubinato (así RIVERO, C. 503). Realmente es indiferente si el Código se está refiriendo con estas palabras al concubinato o no, porque debido a la cláusula final de cierre del propio artículo 135 “o de otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo” debemos entender que la convivencia (no necesariamente el concubinato) es un presunción *facti*.

246

No parece que la cohabitación aislada, el encuentro fortuito entre un hombre y una mujer, por sí sola, deba encontrarse entre estas presunciones *facti* (así PEÑA, C. 990; CÁMARA, C. 646); pero en cualquiera de los casos no nos encontramos ante una presunción *iuris*.

2. *El reconocimiento expreso o tácito:*

El reconocimiento no constituye en estos supuestos, como nos dice PEÑA, C. 987, un título de determinación legal de la filiación, sino que tal título será la sentencia que en el reconocimiento se base. En estos casos no es necesario que el reconocimiento conste en un escrito indubitado ni que contenga una “voluntad deliberada de reconocer” (así, CÁMARA, C. 620). Una manifestación del reconocimiento expreso sería el reconocimiento incidental (RIVERO, C. 503; CÁMARA, C. 621).

El reconocimiento tácito sería aquél que se manifiesta por medio de actos o hechos concluyentes, que sin constituir verdadera declaración permitan inferir la afirmación de la paternidad por parte del autor de aquellos hechos o actos (CÁMARA).

3. *La posesión de estado:*

No es éste el lugar de definir la figura de la posesión de estado, que es configurada por el ordenamiento civil común como título de legitimación, como elemento básico en orden de la legitimación de las acciones de reclamación e impugnación, y como, y es lo que nos importa ahora, a ser probado por el Juez para que a través de dicha prueba pueda inferirse la paternidad de una persona.

¿La posesión de estado entendida en su función de hecho a probar en qué se diferencia del reconocimiento tácito? CÁMARA, C. 622-629, nos indica cómo han de ser diferentes la posesión de estado y el reconocimiento tácito, dado que en caso contrario no tendría sentido la distinción del legislador en el artículo 135. En realidad la posesión de estado sería una especie (cualificada por las notas tradicionales del *nomen*, *tractatus* y *reputatio*) del reconocimiento tácito de la filiación. Ahora bien, como el mismo CÁMARA reconoce, si descartamos la posesión de estado como modalidad del reconocimiento tácito, éste queda limitado a muy pocos supuestos (los actos del presunto padre que por carecer de continuidad o por tener carácter oculto no diesen lugar a la posesión de estado).

La cláusula de cierre del artículo 135 permite un acercamiento, por otra parte, entre la posesión de estado, que le falten alguno de los requisitos, y el reconocimiento tácito.

247

b) *La regulación en la Ley catalana:*

Artículo 5*

1. Se presumirá que es padre del hijo no matrimonial el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con

* **Article 5.** 1. Es presumeix que és pare del fill no matrimonial l'home que ha mantingut relacions sexuals amb la mare en el període legal de concepció, entès aquest període com els primers cent vint dies dels tres-cents que precedeixen el naixement del fill. En el cas que proves biològiques concloents demostrin que una gestació ha durat més de tres-cents dies, el període legal comprèn els primers cent vint dies del temps real de gestació.

la madre en el período legal de concepción, entendido dicho período como los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento del hijo. En el caso de que pruebas biológicas concluyentes demuestren que una gestación ha durado más de trescientos días, el período legal comprenderá los primeros ciento veinte días del tiempo real de gestación.

2. Son equiparables a la cohabitación sexual el reconocimiento aformal o tácito y la fecundación asistida de la mujer realizada con el consentimiento del hombre, formalizado en un documento público.

Artículo 8

Si dentro de los trescientos días anteriores al nacimiento del hijo se hubiera interrumpido o cumplido otro embarazo, los días transcurridos hasta el parto o la interrupción del embarazo no podrán tenerse en cuenta para determinar el período legal de concepción.

Artículo 16

El hecho de que haya habido relaciones sexuales de la madre con un tercero distinto del demandado durante el período legal de concepción no es motivo suficiente, por sí mismo, para destruir la presunción de paternidad no matrimonial establecida de conformidad con el artículo 5 ni para denegar la declaración de paternidad. En tal caso, debe declararse padre aquél cuya paternidad resulte ostensiblemente más verosímil. Si la probabilidad de paternidad entre los posibles padres es semejante, no podrá declararse la paternidad.

2. Són equiparables a la cohabitació sexual el reconeixement aformal o tàcit i la fecundació assistida de la dona feta amb el consentiment de l'home, formalitzat en un document públic.

Art. 135. Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.

No existe en la Ley de 1991 un precepto igual o parecido al artículo 135 del vigente Código civil, habiéndose separado el legislador catalán en esta materia del legislador de la Ley trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, e inspirado, como la misma Exposición de Motivos de la Ley reconoce, en los Códigos griego, austríaco, suizo y alemán. No obstante, podemos seguir el mismo esquema que el planteado anteriormente, al objeto de precisar las diferencias entre las legislaciones, que deben considerarse en este punto como sustanciales:

1. *La cohabitación sexual con la madre en la época de la concepción:*

La Ley 27 de abril de mil novecientos noventa y uno establece, al objeto de igualar dentro de lo posible la determinación legal de la paternidad en la filiación matrimonial y no matrimonial, la presunción legal de que es padre del hijo no matrimonial el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en el período legal de la concepción.

La introducción de esta presunción había sido justificada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, en base a diversas razones. Así, RIVERO, en la tercera ponencia, sobre las *Perpectives del futur desenvolupament del dret civil català*, celebradas en Tossa de Mar, los días 27 a 30 de septiembre de 1988 nos indica a favor de la misma las siguientes razones: a) establecimiento de un régimen de la filiación paralelo entre la filiación matrimonial y extramatrimonial, sin más diferencias que la inevitable en atención a la distinta situación fáctica, ética y social que las separa; b) posición adoptada por el Derecho comparado más reciente: Códigos alemán, suizo, austríaco, griego desde 1984, leyes escandinavas y euroorientales; c) la aparición de las pruebas biológicas evita el excesivo formalismo de una presunción legal; d) y por último, este esquema fue el asumido por la ponencia octava del *II Congreso Jurídico Catalán*.

El propio legislador catalán se ha encargado de definir el

período legal de la concepción: los primeros ciento veinte días del tiempo real de gestación (en principio, los primeros ciento veinte días de los trescientos días que preceden al nacimiento del hijo; si bien, en caso de que dentro de los trescientos días anteriores al nacimiento del hijo se hubiera interrumpido o cumplido otro embarazo, los días transcurridos hasta el parto o la interrupción del embarazo no podrán tenerse en cuenta para determinar el período legal de concepción, de conformidad con lo señalado por el artículo 8 del nuevo texto legal).

250 De la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley y del propio lugar en que se encuentra la presunción (inmediatamente después del artículo 5, que reproduce, con las salvedades indicadas, el artículo 120 del Código civil), hay que señalar que no nos encontramos ante un hecho que el Juez tiene que valorar para de él inferir o no la filiación (hecho que ni siquiera es admitido entre las posibles presunciones *facti* del artículo 135, según el parecer de la mayoría de la doctrina), sino ante una verdadera presunción *iuris*, ante una regla de derecho material. Probada (por cualquier medio de prueba) la cohabitación sexual entre un hombre y una mujer en el período de la concepción se presume, salvo prueba en contrario (debiendo admitirse igualmente cualquier medio de prueba), que el hijo es del varón.

El legislador catalán intenta que la presunción del artículo 5.1 (filiación no matrimonial) sea paralela (palabras de la Exposición de Motivos) a la presunción del artículo 1 (filiación matrimonial). ¿Cómo opera entonces la presunción que estamos comentando? ¿Será operativa sólo en la determinación judicial de la paternidad no matrimonial o también, si seguimos el criterio de igualación del legislador catalán entre las dos presunciones de paternidad, en la determinación extrajudicial de la misma?

No puede, a mi modo de ver, producirse una asimilación en este punto entre los dos tipos de presunciones:

a) Los medios de determinación de la filiación no

matrimonial no han variado en esencia de los regulados por el Código civil;

b) En especial, la determinación por resolución dictada en el expediente tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el Registro Civil sigue siendo la misma, y se produce la interrupción del expediente cuando hay oposición fundada de parte interesada; todo ello, sin perjuicio, como dice SANCHEZ REBULLIDA, D. 662, de que posiblemente en expediente administrativo se puede determinar la filiación con toda clase de pruebas y no sólo a través de las marcadas por el artículo 49 de la Ley del Registro Civil;

c) La misma presunción clásica *pater is est* no es por sí sola un medio de determinación de la filiación matrimonial, sino que necesita de una inscripción de matrimonio de los padres, operando entonces de forma automática, salvo que se demuestre ante el Encargado del Registro Civil que el nacimiento se ha producido después de los trescientos días de la separación legal o de hecho de los esposos.

251

En suma: la presunción de concepción derivada de la cohabitación probada es una regla material cuyo ámbito de actuación es fundamentalmente la determinación judicial de la filiación (en igual sentido GETE-ALONSO y BLASCO, *La nueva...*, p. 61). Ahora bien, quizás podría desenvolverse en la determinación extrajudicial a través de los medios de determinación señalados en el artículo 4: a la madre le bastará probar la relación sexual con una persona (inclusive con su esposo, separado de ella), para que a través del correspondiente expediente pueda inscribirse el hijo como de esa persona, siempre que, una vez notificado, no se oponga.

La presunción no decae ni siquiera en los casos de que el supuesto padre alegue la conocida *exceptio plurium concubentium*, que no se encuentra recogida en el Derecho del Código civil. Ya RIVERO, en *Jornades*, 254, había abogado, siguiendo los Códigos suizo, austríaco y alemán, por la solución de *lege ferenda* de declarar padre al varón cuya paternidad resulte notoriamente más verosímil; si bien, hacía

notar los graves problemas que podían plantearse en nuestro Derecho, en caso de no haber sido demandados todos los interesados.

No obstante, en los casos de probabilidad parecida de paternidad entre varias personas que hayan cohabitado con la madre en el período legal de la concepción, el legislador ha optado por no declarar ninguna (art. 16, *in fine*). Dicha solución ha sido muy criticada (GETE-ALONSO y BLASCO, en *La nueva...*, p. 14). En nuestra opinión, la solución del artículo 16 es correcta: ante la duda, no debe declararse la filiación. Otra cosa muy diferente, en la que quizás debería haber entrado el legislador, es la de imponer a los posibles padres ciertas obligaciones patrimoniales derivadas de su *probalitat de paternitat*, al margen de la filiación.

2. *El reconocimiento aformal o tácito:*

252

Se trata, como hemos dicho anteriormente, de reconocimientos que no dan lugar a la determinación de la filiación, a diferencia de los reconocimientos establecidos en el artículo 4.1 a). No obstante, se diferencian, en mi opinión, de los establecidos en el Código civil fundamentalmente en:

—Comprender también los supuestos que la doctrina había señalado como de posesión de estado.

—Ser “equiparables” a la presunción de concepción indicada en el apartado anterior, lo que parece indicar que nos encontramos ante verdaderas presunciones legales y no simples presunciones fácticas.

3. *La fecundación asistida de la mujer con el consentimiento del hombre, formalizada en un documento público:*

El consentimiento del hombre para la fecundación asistida de la mujer-madre del niño, formalizado en un documento público, es equivalente al reconocimiento formal de la filiación y es apto para la inscripción de la filiación en el Registro Civil, según lo dispuesto en el artículo 4.1 a). ¿A qué se refiere entonces el artículo 5.2 *in fine*? No pue-

den ser más que supuestos que no puedan comprenderse en el artículo 4 de la Ley por falta de algunos de los requisitos.

Los profesores GETE-ALONSO y BLASCO entienden también que los artículos 4.1 a) y 5.2 contienen una antinomia que sólo puede resolverse sobre la base de entender que el consentimiento a que hace referencia en el artículo 5.1 de la Ley será aquél que no consta en documento público, sino en documento privado o que se manifiesta de cualquier otro modo (en *La nueva...*, p. 79).

III. La fecundación asistida: La fecundación *post mortem* (artículo 9 y los mencionados anteriormente —artículos 1.2, 2.1, *in fine*, 4.1 a) segundo inciso, y 5.2 *in fine*— y artículo 9 de la Ley estatal 35/88, de 22 de noviembre)

253

A) La regulación de la filiación derivada de la fecundación asistida.

Uno de los aspectos más novedosos, desde el punto de vista sistemático, de la Ley que comentamos es la regulación civil de la filiación derivada de la fecundación asistida, que en el ordenamiento del Derecho Común se efectúa en una norma administrativa: la Ley 35/88 de 22 de noviembre, reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1991 justifica, a mi modo de ver correctamente, el tratamiento unitario de la fecundación natural y la fecundación asistida dentro de una norma sustantiva civil.

No podemos en estos breves comentarios a Ley de 27 de abril de 1991 hacer ni siquiera un escueto estudio de la problemática de la fecundación asistida y nos vamos a limitar a unas mínimas precisiones:

1. *En cuanto al concepto, clases y extensión de la fecundación asistida:*

Desde un punto de vista negativo, la fecundación asistida es toda fecundación que no se realiza de forma natural, sin que sea preciso definir ésta.

Desde un punto de vista positivo, la fecundación asistida hace referencia a una fecundación artificial, que puede ir, como nos dice MARTÍNEZ CALCERRADA, I. 173-177, desde un grado mínimo de artificiosidad (la inseminación artificial o introducción del esperma en la vagina de la mujer mediante cualquier tipo de técnica, conocida con el nombre clásico de eutelegenesia); un grado medio (la fecundación "in vitro", en donde no sólo se aparta del proceso natural el tránsito del espermatozoide hacia el óvulo, sino que la conexión de ambos se produce extrauterinamente, siendo necesario después una implantación del embrión en el útero de la mujer); y un grado máximo de artificiosidad (en donde una vez producida la fecundación del embrión se procede a su congelación, para ser transferido posteriormente al útero de una mujer, mediante la correspondiente descongelación).

254

El proceso de fecundación asistida puede darse o afectar principalmente, en sus diversas variedades, sólo a dos personas. Pero también pueden aparecer más intervinientes: el tercero o dador seminícola, en el caso de que el marido (u otro varón que reconoce) no sea el aportante del semen, aunque sí consienta la práctica heteróloga; y, la mujer que da un óvulo para ser fecundado y después implantado en otra mujer, o el caso inverso, la que permite que en su útero se produzca una implantación de un embrión fecundado con otro óvulo.

El legislador catalán hace referencia, como hemos visto, a la fecundación asistida, tanto en la determinación de la filiación matrimonial (artículo 1.2 y artículo 2.1), como en la determinación de la filiación no matrimonial (artículo 4.1 a) y artículo 5.2), además del especial caso de la fecundación

post mortem (artículo 9), que veremos posteriormente. Vamos a añadir algunas consideraciones a las efectuadas con anterioridad:

1.1 *Filiación matrimonial (artículo 1.2):*

El legislador catalán no nos señala qué supuestos pueden encuadrarse dentro de la fecundación asistida, aunque si ponemos en conexión el artículo 1.2 con lo señalado en el artículo 2.1 segundo inciso debemos señalar cómo la llamada presunción se extiende tanto a los casos de inseminación con material reproductor del mismo marido (conocida con el nombre de IAC) como a los casos de inseminación con material reproductor de otro donante (conocida con el nombre de IAD), donde en consecuencia la paternidad legal y la biológica no van a coincidir.

Ahora bien, la Ley 35/88 de 22 de noviembre, reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, recoge dentro de su ámbito de aplicación tanto la inseminación artificial, en las dos variantes antes expuestas, como la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE) y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), señalando que no se podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de la fecundación con contribución de donante o donantes (distinto del marido de la usuaria de la técnica), siempre que el marido y la mujer hayan prestado su consentimiento previa y expresamente a tal fecundación o reproducción asistida humana. Parece, por lo tanto, que la Ley especial declara la paternidad del marido no sólo para los supuestos de inseminación artificial sino para los demás casos.

¿Deben comprenderse dentro de la presunción de paternidad del artículo 1.2 de la Ley catalana sólo los casos de inseminación artificial, bien del tipo IAC o del IAD, o deben comprenderse todos los supuestos a que hace referencia el artículo 1 de la Ley 35/88? Creo que no hay ningún inconveniente en no limitarse a la inseminación artificial y entender comprendidos en el ámbito de aplicación de la

llamada presunción de paternidad de la fecundación asistida las demás variantes de la reproducción humana asistida.

1.2 *Filiación no matrimonial (artículo 4.1 a):*

Los mismos tipos o clases de fecundación asistida deben entenderse comprendidos en la fecundación asistida que dará lugar a una filiación no matrimonial, y ello por un simple principio de igualdad en esta materia entre las dos determinaciones de la filiación.

Sin embargo, en sede de filiación no matrimonial surgen numerosas preguntas al intentar interpretar la expresión del legislador (“el consentiment de l’home per a la fecundació assistida”). Básicamente es preciso dar respuesta a dos cuestiones: Primera, ¿se requiere que un varón conviva con la madre *more uxorio* para la admisión de los efectos previstos en el artículo 4 de la Ley? y segunda, ¿requerido lo anterior, es posible que la fecundación asistida sea con el material genético de un tercero, aunque sea el compañero *more uxorio* el que adquiere la paternidad? Nada nos dice expresamente el legislador catalán, a diferencia de lo indicado indirectamente para la filiación matrimonial (artículo 2.1 *in fine*) y la filiación *post mortem*; limitándose a hacer “equivalente” el consentimiento del hombre al reconocimiento y presumiendo legalmente que dicho consentimiento es “equiparable” a la cohabitación sexual.

256

Los profesores GETE-ALONSO y GASCÓ parecen dar por supuesto que es necesario, por una parte, una convivencia *more uxorio*, y, por otra, que cabe una inseminación artificial heteróloga (en *La nueva...*, p. 75). En igual sentido me manifestaba inicialmente, al iniciar el estudio de esta Ley, de tal forma que me inclinaba a pensar que la admisión de la inseminación artificial heteróloga en los supuestos de la filiación no matrimonial o no está prevista o sólo lo estará en los casos del que consienta conviva con la madre (al igual que se exige en la fecundación *post mortem*). Sin embargo, lo cierto es que el requisito de la convivencia no se exige expresamente en el artículo 4.1 a), y aun en los casos

en que se exige (como en la fecundación *post mortem*) la indeterminación del “hecho” de la convivencia puede hacer decaer tal requisito.

2. *En cuanto a los principios rectores de la filiación en materia de fecundación asistida:*

La reforma del Código civil por la Ley trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno se articuló, como nos dice RODRÍGUEZ ADRADOS, F. 249, sobre los principios de igualdad de los hijos ante la Ley y los progenitores, verdad biológica y estabilidad familiar.

Las técnicas de reproducción asistida van a suponer, nos señala BLASCO GASCÓ, T. 963, siguiendo a GETE-ALONSO, la necesidad de plantearse nuevamente conceptos tales como concepción y concebido, nacimiento, maternidad y paternidad y, posiblemente, con el tiempo, incluso el propio concepto del parto.

Tiene razón BLASCO GASCÓ, T. 971, al decir que habrá que superar el criterio tradicional de atribución de la filiación en el Derecho catalán, es decir, el principio de verdad biológica, y sustituirlo, para los supuestos de reproducción asistida, por un principio de responsabilidad: lo importante no es quién sea el progenitor sino quién asume el rol de padre y se responsabiliza del nuevo ser.

257

3. *En cuanto a los requisitos del consentimiento:*

Son requeridos, tanto para la filiación matrimonial como no matrimonial dos requisitos:

3.1 *Que sea expreso (si bien sólo lo indica en el caso del artículo 1.2 y no en el 4.1 a):*

El consentimiento del varón, como nos dice MARTÍNEZ CALCERRADA, I. 192, no sólo implica prestar una conformidad a la técnica inseminatoria que así se va a producir; sino, y esto es para el Derecho lo fundamental, aceptar o admitir las consecuencias jurídicas que el fruto de la técnica va a producir o significar en la esfera o “status” de la per-

sona que así consiente. Dé ahí la necesidad de que se haga constar en el documento público que se otorgue no sólo el consentimiento del marido a la práctica de la técnica, sino que acepta las consecuencias familiares derivadas del éxito de la fecundación asistida. En todo caso, hay que suponer que un consentimiento sin más implica o presupone una admisión de las consecuencias jurídicas (entiendo que podrá, no sin cierta dificultad, probarse, sin embargo, lo contrario).

No nos indica la Ley catalana si este consentimiento del marido (o del varón, en su caso) ha de ser previo o puede efectuarse durante el período de gestación, como tampoco si puede prestarse por el marido separado legalmente o de hecho de la mujer. Quizás donde la Ley no distingue sea lo más prudente inclinarse por no distinguir y admitir la filiación matrimonial (o no matrimonial, en su caso) también en los casos señalados anteriormente.

258

La Ley 35/88, de 22 de noviembre nos indica que si la mujer estuviera casada será necesario el consentimiento del marido, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, consentimiento que parece ser previo. La Ley especial comete el error de indicar que la mujer sigue casada después de la sentencia de divorcio, cuando éste produce la disolución del matrimonio, y en consecuencia, la mujer deja de estar casada para estar divorciada; y también la Ley especial no nos resuelve el supuesto de que una mujer casada pero separada decida someterse a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, sin contar con el consentimiento de su esposo y éste posteriormente (porque, por ejemplo, los esposos separados se reconcilien) decida que el hijo a tener por la que todavía es su esposa sea del matrimonio; como tampoco nos resuelve la cuestión de si lo que debe constar fehacientemente es el hecho de la separación o sólo el mutuo acuerdo de los cónyuges, aunque parece lo más oportuno inclinarse a exigir la fehaciencia tanto de una como de otra.

3.2 *Que sea formalizado en un documento público:*

El consentimiento expreso del marido (o del varón, en su caso) ha de constar en un documento público. Sin perjuicio de que el documento otorgado ante Notario quizás sea el más idóneo para la expresión del consentimiento del marido, del que se van a derivar importantes consecuencias jurídico patrimoniales para terceras personas (los demás hijos del matrimonio, parientes llamados a la sucesión en caso de carecer de hijos o de haber éstos fallecido sin descendencia), parece que no sólo deben entenderse llamados los documentos notariales sino cualesquiera otros que reúnan el carácter de públicos.

Uno de los muchos problemas que pueden plantearse en esta materia es la validez que puede tener el consentimiento otorgado por el marido a la inseminación artificial de su esposa en un testamento no notarial (sacramental, ológrafo, por ejemplo), que después del fallecimiento del mismo se adviera o eleva a público, una vez demostrada la autenticidad de dicho testamento. La cuestión no es nueva y se ha planteado en orden a la interpretación del término “testamento” del artículo 120.1 del vigente Código civil (polémica que, como veremos a continuación, ha sido solucionada por el nuevo texto catalán). Entiendo que también estos documentos que llegan a ser públicos después de su otorgamiento por los interesados se entenderían comprendidos en la norma comentada.

El legislador estatal no exige para este caso que el consentimiento del marido conste en un documento público sino que se conforma con que sea por escrito (artículo 6.1), lo que, según mi opinión, resulta criticable.

4. *En cuanto a la maternidad:*

La Ley 27 de abril de 1991 ha omitido toda referencia a la maternidad, a diferencia del legislador de 1981 y de 1988. Ello nos obliga a preguntarnos qué ocurrirá en los casos conocidos por “madre de alquiler”. ¿Se aplicará en Cataluña

lo dispuesto por el artículo 10.2 de la Ley de 1988 que señala cómo “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”?

En este punto, me parece oportuno señalar con BLASCO GASCÓ, 973-974 y 978, dos reflexiones: a) la incoherencia de la norma de la Ley especial en materia de maternidad al acudir al concepto tradicional del parto y no del de responsabilidad que se retiene para la paternidad; b) y, que las normas de la Ley especial en materia de filiación no se aplicarán en Cataluña aunque existiese una laguna si fuesen contrarios a los principios informantes del Derecho catalán en materia de filiación.

B) La fecundación *post mortem*.

Artículo 9*

260

En los casos de nacimiento a consecuencia de fecundación asistida *post mortem*, el nacido será considerado hijo del marido de la madre o de quien convivía con ella, siempre que concurran en el mismo las siguientes condiciones:

a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa de ambos para la fecundación asistida *post mortem*, con gametos propios de cada uno de ellos.

b) Que se limite a un solo caso, comprendido el parto múltiple.

c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de nueve meses después de la muerte del

* **Article 9.** En els casos de naixement a conseqüència de fecundació assistida *post mortem*, el nascut és considerat fill del marit de la mare o del qui convivia amb ella, sempre que hi concorrin les condicions següents:

a) Que consti fefaentment la voluntat expressa d'ambdós per a la fecundació assistida *post mortem*, amb gàmetes propis de cadascun d'ells.

b) Que es limiti a un sol cas, comprès el part múltiple.

c) Que el procés de fecundació s'iniciï en el termini màxim de nou mesos després de la mort del marit o d'aquell amb qui la mare convivia. Aquest termini pot ésser prorrogat pel jutge, per causa justa, per un temps màxim de tres mesos.

marido o de aquél con quien la madre convivía. Dicho plazo podrá ser prorrogado por el juez, por causa justa, por un tiempo máximo de tres meses.

Las nuevas técnicas de fecundación asistida han supuesto y van a suponer, como hemos indicado anteriormente, sin ninguna duda una modificación tanto de la mentalidad relativa a la filiación por parte de las personas como de la regulación de la misma. Una de las hipótesis hasta hace poco totalmente de ciencia ficción es la posibilidad de que muerta una persona pueda nacer, con su material reproductor, otra que no esté concebida al tiempo del fallecimiento de su progenitor.

La primera regulación en España sobre esta cuestión lo ha sido por la Ley especial de reproducción humana asistida y ahora por el nuevo texto catalán.

La posibilidad de nacimientos por fecundación asistida *post mortem* supone indirectamente profundas consecuencias en los aspectos patrimoniales sucesorios del fallecido y de la familia del mismo, que deben ser regulados por el poder público y ser dotados de las máximas exigencias de seguridad jurídica. No podemos, en este estudio muy general y necesariamente poco profundo de la Ley de Filiaciones Catalana, entrar en las numerosas cuestiones de la fecundación asistida *post mortem* (pensemos, por ejemplo, en el caso de fallecimientos de llamados a la herencia en el período intermedio entre el fallecimiento del marido y la inseminación de la mujer, la revocación de donaciones por superveniencia de hijos).

261

a) Elementos básicos de la fecundación post mortem.

Los dos artículos 9 (el de la Ley estatal y el de la Ley catalana), curiosamente coincidentes en su número, no lo son en su regulación, y quizás sea ésta una de las materias en que debía haberse buscado una equiparación de criterios.

Vamos a proceder a comparar ambos textos legales al objeto de observar, a mi modo de ver, las profundas diferencias que entrañan:

1) *Elementos subjetivos (Ambito de aplicación con relación a las personas que pueden acogerse al precepto):*

La Ley especial se refiere al marido y al varón no unido por vínculo matrimonial con la mujer sometida o que va a someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, con lo que no exige que dicho varón conviva con la mujer.

En cambio, el texto catalán limita implícitamente a las personas que pueden acogerse a su artículo 9 al señalar que “marit de la mare o del qui convivia amb ella”. ¿Qué pretende el legislador catalán realmente? ¿Cómo se puede acreditar tal convivencia? ¿Supuesto que se exija esta convivencia como requisito esencial para la aplicación de este precepto en materia de filiación, no se entenderá cumplido el mismo cuando conste el consentimiento de ambos y su pura manifestación de que conviven, aunque no sea así? ¿Se exigirá no sólo la convivencia marital o además se precisa que sea estable como hace la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, para la adopción de menores en algunos supuestos? Los problemas derivados de la no definición del instituto jurídico del concubinato en el Derecho catalán actual, a diferencia del histórico, hace que a efectos prácticos, también en la legislación catalana no sea necesario, según mi opinión, el requisito de convivencia para que se puedan aplicar los efectos de la filiación *post mortem*. Parece que el legislador ha tenido miedo de expresar que fuera de una relación matrimonial de hecho pueda aplicarse el precepto, lo que, vuelvo a repetir, me parece totalmente posible, al menos hasta que no se regule la convivencia marital como institución diferente del matrimonio, pero productora de determinados efectos jurídicos y por supuesto diferente de la mera cohabitación sexual y de la convivencia no estable.

2) *Elementos objetivos:*

En los casos de fecundación *post mortem* la legislación especial exige que el material reproductor sea el del marido y no el de un tercer donante (o bien en su caso el del varón no unido por vínculo matrimonial); y la nueva legislación catalana habla de gametos propios del marido de la madre o de la persona que convivía con ella.

El artículo 9 de la Ley 35/88 nos dice cómo el material reproductor del padre *post mortem* puede ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer; mientras que el artículo 9 de la Ley 7/1991 nos indica cómo debe limitarse a un solo caso, comprendido el parto múltiple. El legislador especial no habla de un solo caso, pero no hay ninguna duda de que está pensando en la utilización del material reproductor del hombre para un solo caso (de ahí el límite de seis meses siguientes al fallecimiento del marido o del varón no unido por vínculo matrimonial para la utilización de la técnica con los efectos sobre la filiación del nacido); más complicado sería el saber si puede admitirse el parto múltiple o no, aunque tampoco veo una especial dificultad en acercarnos a la Ley catalana.

Aparentemente la diferencia entre ambas leyes, a efectos prácticos, es que interrumpido el embarazo de la mujer no sometida a Derecho catalán antes del período de los seis meses podrá someterse con el material reproductor a una nueva fecundación asistida, siempre que lo efectúe dentro del período marcado por la Ley; solución más difícil de admitir en el texto catalán. Ahora bien, también podríamos interpretar que lo que ha de limitarse a un solo caso es la fecundación asistida con resultado positivo —nacimiento— y no una fecundación asistida con resultado negativo.

263

3) *Elementos temporales:*

Las legislaciones se separan en la exigencia de los tiempos máximos para que la fecundación *post mortem* sea eficaz en cuanto a la filiación. La Ley 35/88 exige que el

material reproductor sea utilizado en los seis meses siguientes al fallecimiento del marido o del varón no unido por vínculo matrimonial; mientras que la Ley 7/1991 admite unos plazos mayores (nueve meses o doce meses, con justa causa apreciada por el Juez).

4) *Elementos formales:*

También en este punto las legislaciones se separan. La Ley 35/88 exige que el consentimiento del marido (o en su caso del varón no unido con vínculo matrimonial) a que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se deriven de la filiación matrimonial, ha de prestarse en escritura pública o en testamento. La Ley quiere que en estos casos el consentimiento del marido se exprese de forma solemne a través de los mecanismos normales de la expresión de la última voluntad (testamento) o, en todo caso, en otro tipo de escritura pública. Es interesante observar cómo no se necesita en la legislación especial una forma cualificada para que el marido durante su vida preste su consentimiento a la fecundación de su esposa, bien con su propio material reproductor o con contribución de donante o donantes; pero se retiene la forma pública solemne notarial para los casos de la fecundación asistida *post mortem*.

La Ley 7/1991 nos indica cómo ha de constar fehacientemente la voluntad de ambos para la fecundación asistida *post mortem*, con gametos propios de cada uno de ellos. A primera vista, podríamos admitir que cualquier documento (incluso el privado, fallecido precisamente uno de los que lo otorgaron) puede ser fehaciente, no exigiéndose una especial forma pública solemne. Esta interpretación, a mi modo de ver, es totalmente incorrecta: el artículo 1.1 y 4.1 a) de la Ley comentada exigen que el consentimiento expreso del marido para la fecundación asistida de la esposa o de la mujer ha de ser realizado en documento público;

luego el legislador no puede, en términos lógicos, exigir menos requisitos formales en este supuesto y sí, como hace el legislador de la Ley especial, más. Por otra parte, si en las disposiciones de última voluntad el legislador exige determinadas formalidades, parece lo más correcto exigir las también para el caso de que se preste un consentimiento para la fecundación asistida *post mortem*, que supondrá indirectamente una disposición patrimonial sobre los bienes del difunto (legítimas, por ejemplo).

La interpretación de este precepto 9 de la Ley 7/1991 no puede ser otra que entender que la forma documental pública es también necesaria para este supuesto y que el legislador está exigiendo que en el documento público en que el marido o el varón, en general, preste su consentimiento a la fecundación asistida exprese su voluntad de que en caso de fallecimiento antes de la aplicación de la técnica pueda aplicarse la fecundación asistida *post mortem*. En suma lo que ha de constar fehacientemente es la voluntad de continuación o comienzo de la técnica en caso de fallecimiento (RIVERO, *La fecundación...*, 886 a 889, con referencia a la situación de *lege ferenda* nos indica cómo el consentimiento del marido ha de ser específico para la inseminación *post mortem*, no siendo suficiente el consentimiento genérico para la mera inseminación; pero luego se inclina por no exigir una forma especial).

265

b) *La posibilidad de los hijos superpóstumos por doble vía.*

No se regula en la Ley catalana la posibilidad de que ambos esposos (o en general un varón y una mujer) hayan premuerto dejando sus materiales genéticos de forma aislada, para que puedan ser fecundados posteriormente, o bien, dejando un embrión congelado; disponiendo en ambos casos en sus testamentos su voluntad fehaciente de que se proceda a continuar el proceso de gestación. Estaríamos en

lo que se conoce con el nombre de la filiación *post mortem* por doble vía o ante los hijos superpóstumos de madre y padre.

El legislador de 1988 tampoco se refiere a este supuesto, si bien, parece que la maternidad será atribuida a la persona que realiza, como dice MARTÍNEZ CALCERRADA, I, 197, "la tercería maternal". No obstante, también se ha afirmado que salvo reclamación de la madre alquilada o uterina, ha de respetarse esa voluntad *post mortem* aunque para ello haya que modificar los criterios de la maternidad y de la paternidad (en un sentido parecido RIVERO, *La fecundación...*, 67).

C) La reclamación e impugnación de la filiación por fecundación asistida.

266

La Ley 35/88, de 22 de noviembre deja a salvo la acción de reclamación de paternidad en los casos de fecundación asistida de una mujer con el consentimiento prestado por el varón no casado, tanto en el caso normal como en el supuesto de la fecundación asistida *post mortem* (artículos 8.2 y 9.3), aunque no resuelve expresamente la cuestión de cuáles serán los efectos jurídicos en caso de que la reclamación tenga éxito. Pero, por otra parte, la Ley estatal prohíbe la revelación del donante de semen, salvo en casos excepcionales.

Nada nos dice el legislador catalán acerca de si es posible impugnar la filiación *post mortem* o de si es posible reclamar la filiación biológica. Hay que entender que en Cataluña será posible:

1. Impugnarse por los procedimientos generales la filiación *post mortem*, siempre que tal impugnación no se base en el hecho de la fecundación asistida (se aplica por analogía lo señalado por el artículo 2.1). En este sentido, GETE-ALONSO y BLASCO, en *La nueva...*, p. 77, nos señalan cómo se impugnará el consentimiento prestado por error, violencia o intimidación: "no se ataca, pues, una filiación determinada

sino la declaración de voluntad que fue supuesto de hecho normativo o presupuesto de dicha determinación”.

2. Ejercitar las acciones que conduzcan a averiguar quién es el progenitor biológico en los casos de fecundación asistida no *post mortem*, aunque sin ningún efecto en la filiación. Y ello porque el legislador no distingue en materia de reclamación entre fecundación normal y asistida; porque puede aplicarse analógicamente lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción; y por un principio general del Derecho catalán y ahora hispano, que es la libre investigación de la paternidad biológica.

SEGUNDA PARTE: LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA FILIACION

I. La controversia judicial sobre la filiación

La novedad más importante es, sin duda, la desaparición, en cuanto al ejercicio de las acciones de reclamación o de impugnación de la filiación, del dato de la posesión de estado. Hacemos nuestra la crítica de CÁMARA, C. 589, sobre la utilización por el Código civil de la posesión de estado: “La posesión de estado puede y debe jugar un papel importante a la hora de probar la filiación. Incluso, puede admitirse que la posesión de estado sustituya a la determinación de la filiación, constituyéndose en título de legitimación en ciertos casos. Pero es excesivo convertirla en fuente de legitimación activa”.

Desaparecida la posesión de estado, el legislador catalán configura las acciones de reclamación o de impugnación desde la órbita común de que no se tenga esta posesión de estado por parte del hijo. Vamos a ver los supuestos regulados.

II. La acción de reclamación

268

Nos dice PEÑA, C. 967, que las acciones de reclamación son las acciones que tienen por finalidad la afirmación de determinada paternidad o maternidad, comprendiendo tanto las que tienen por fin la declaración de la realidad de la filiación, como las que tienen por fin sólo proclamar la existencia y validez de un título de legitimación. Ahora bien, en sentido estricto, son sólo las primeras. Y éstas son las únicas reguladas en el artículo 10 y 11 del texto que comentamos (y también las únicas reguladas en el Código civil).

Quedan, en consecuencia, fuera de la regulación legal las acciones declarativas de la existencia y validez de un título de legitimación; la acción tendente a la práctica de una inscripción o de una reinscripción que, en tiempo o fuera de tiempo, es indebidamente denegada; las acciones tendentes a la efectividad de la filiación; o, las acciones que cuestionan sólo si se mantiene la identidad de la persona, cuya filiación quedó, en su día, legalmente determinada (PEÑA, C. 967-968).

A) Filiación matrimonial (artículo 10, arts. 131 y 132 y art. 134)*.

Artículo 10

1. Pueden ejercer la acción de reclamación de la filiación matrimonial el padre, la madre y el hijo. Dicha acción es imprescriptible.

* **Article 10.** 1. Poden exercir l'acció de reclamació de la filiació matrimonial el pare, la mare i el fill. Aquesta acció és imprescriptible.

2. Si el hijo muriese antes de que hubiesen transcurrido cuatro años desde la obtención de la plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en las que debe fundamentarse la reclamación, la acción podrá ser ejercida o continuada por sus hijos o descendientes y por sus herederos, dentro del tiempo restante para completar dichos plazos.

La interpretación de los artículos del Código civil no es fácil. No podemos hacer ni siquiera un breve comentario de las diversas teorías interpretativas de qué personas se encuentran legitimadas activamente para el ejercicio de la acción reclamativa (unas, postulan un muy amplio criterio; otras, criterios más reducidos). Parece razonable la postura de acotar dentro de lo posible el ámbito de las personas con interés legítimo, en el caso de la posesión de estado, aplicando, cuando se dé, el segundo párrafo del artículo 2, admitiendo igualmente que el artículo 134 es una excepción del 131, 2.

269

2. Si el fill mor abans que hagin transcorregut quatre anys des de l'obtenció de la plena capacitat o durant l'any següent al descobriment de les proves en les quals ha de fonamentar la reclamació, l'acció pot ésser exercida o continuada *pels seus fills o descendents i pels seus hereus*, dins el temps que resti per a completar els dits terminis.

Art. 131. Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.

Art. 132. A falta de la correspondiente posesión de estado, la acción de reclamación de la filiación matrimonial, que es imprescriptible, corresponde al padre, a la madre o al hijo.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzase plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Art. 134. El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria.

No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia.

En cualquier caso, en el llamado Derecho Común, pueden aparecer legitimados para el ejercicio de la acción, en los casos de posesión de estado, numerosas personas además del padre, madre o hijo (ver la cuestión ampliamente tratada en CÁMARA, C. 588 y ss.).

270 También en el Código, y como consecuencia de la amplia legitimación activa para su ejercicio, hay que preguntarse cuál es el plazo de duración de dicha acción (en los casos de existencia de la posesión de estado), aunque parece ser imprescriptible, no sujeta a un plazo de caducidad, y ejercitable siempre que haya un interés actual en la declaración judicial de la filiación. La cuestión ha sido ampliamente estudiada por PEÑA, C. 972 o CÁMARA, C. 613, y 675-762, que analizan los diferentes supuestos que pueden darse: que la filiación del hijo no esté determinada; que sólo lo esté frente a la madre casada, pero no frente al padre; que lo esté frente a la mujer y el marido pero se reclame una filiación matrimonial diferente; que sólo esté determinada *a patre*, pero frente a un varón distinto del marido; que esté determinada *a matre*, pero figurando determinada la filiación paterna a favor de quien no es el marido.

El nuevo texto legal ha mejorado, al menos aparentemente, la cuestión en cuanto a

a) *La legitimación activa.*

1. *Progenitores y el hijo:*

Frente al criterio amplio del Código sólo el padre, la madre o el hijo se encuentran legitimados para el ejercicio de dicha acción. Ya en el Senado, cuando se debatió, el artículo 131 fue criticado por el criterio tan amplio de legitimación, que podría llegar a reclamaciones cuya finalidad no sea otra que la extorsión. Pero PEÑA, C. 970, nos recuerda cómo cuando existe una posesión de estado quiere decir que la familia, y de modo particular los progenitores,

están proclamando públicamente la relación de filiación: no es anómalo, por lo tanto, que el Derecho saque consecuencias de esta situación de hecho y permita a un tercero, y aun en contra de la voluntad del padre, madre e hijo, entablar una acción reclamativa.

En el texto anterior de la Compilación sólo se encontraba legitimado para el ejercicio de la acción de reclamación el hijo, lo que había supuesto una crítica razonable de la doctrina catalana, en cuanto los padres podían estar en determinados casos interesados en el ejercicio de la mencionada acción (PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, I. 434; RIVERO, en *Jornades*, 239, que nos indica cómo el texto catalán suponía en materia de legitimación activa la adopción del criterio más estricto dentro de los Ordenamientos vecinos).

2. *Herederos, hijos o descendientes del hijo:*

Frente al criterio estricto del Código, no sólo los herederos del hijo pueden ejercitar la acción, en el caso de que muera antes de los cuatro años desde la obtención de la plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas, en las cuales ha de fundamentar la reclamación, sino que amplía dicho posible ejercicio a los hijos o descendientes del hijo muerto. Se ha dicho que el descendiente no hijo estará legitimado, aunque haya hijos (GETE-ALONSO y GASCÓ, en *La nueva...*, p. 113).

Es curioso cómo en el Proyecto del Gobierno sobre la Ley trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno se hablaba de los descendientes y no de los herederos; postura que era, por otra parte, la de la Compilación de Cataluña. En este punto la nueva Ley ha adoptado la solución de retener lo dispuesto por el Derecho derogado y lo señalado por el Código civil. Parece preferible haber seguido el criterio clásico catalán (en este sentido RIVERO, en *Jornades*, 252).

3. *La acción es imprescriptible.*

b) *Otros problemas.*

No obstante, siguen existiendo también en el texto catalán las dudas que había planteado la Ley de 1981. Así, por ejemplo, vale para el texto catalán lo apuntado por CÁMARA, C. 681, acerca del lapsus en que incurre el legislador al suponer sólo el caso de que el hijo muera después de haber alcanzado la mayoría de edad o la capacidad: el régimen también es aplicable al caso en que el hijo muera siendo menor e incapaz. Y hay que entender, igualmente, como nos dice PEÑA, C. 977, que han de transcurrir cuatro años con plena capacidad, no exigiéndose que los cuatro años sean ininterrumpidamente.

272

Tampoco se dice en la nueva Ley si el marido que utiliza la facultad de desconocer que le otorga el artículo 2 puede después reclamar la paternidad, lo que sí parece posible, al igual que en el Código (tal como piensa la doctrina, por ejemplo, CÁMARA, C. 716; RIVERO), por el carácter terminante del precepto comentado, que no excluye casos de ejercicio de la acción reclamativa.

B) Filiación no matrimonial (artículo 11, arts. 131 y 133, art. 129)*.

Artículo 11

1. La acción de reclamación de la filiación no matrimonial puede ser ejercida por el hijo durante toda su

* **Article 11.** 1. L'acció de reclamació de la filiació no matrimonial pot ésser exercida pel fill durant tota la seva vida. Si mor abans que hagin transcorregut quatre anys des de l'obtenció de la plena capacitat o durant l'any següent al descobriment de les proves en què ha de fonamentar la reclamació, l'acció pot ésser exercida o continuada *pels seus fills o descendents i pels seus hereus* dins el temps que falti per a completar els esmentats terminis.

2. Durant la minoritat o la incapacitat del fill, l'acció de reclamació de la filiació no matrimonial pot ésser exercida pel seu representant legal.

vida. Si muriese antes de que hubiesen transcurrido cuatro años desde la obtención de la plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que debe fundamentarse la reclamación, la acción podrá ser ejercida o continuada por sus hijos o descendientes y por sus herederos dentro del tiempo que falte para completar dichos plazos.

2. Durante la minoría de edad o la incapacidad del hijo, la acción de reclamación de la filiación no matrimonial podrá ser ejercida por su representante legal.

3. El padre y la madre están legitimados para cualquier acción de reclamación de paternidad o maternidad no matrimonial, en nombre e interés propios, en los casos en que su reconocimiento no haya resultado eficaz por defecto de consentimiento del hijo o de la aprobación judicial.

273

Las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial tampoco pueden ejercerse, en el texto de la Ley de 1991, a diferencia del Código civil, por cualquier persona que tenga interés legítimo (en el caso de que exista la constante posesión de estado) sino que, en principio, sólo el hijo puede ejercitarlas, como en el caso del texto común para el

3. El pare i la mare estan legitimats per a qualsevol acció de reclamació de paternitat o maternitat no matrimonial, en nom i interès propi, en els casos en què el seu reconeixement no hagi resultat eficaç per defecte de consentiment del fill o de l'aprovació judicial.

Art. 131. Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado.

Se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada.

Art. 133. La acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponde a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Art. 129. Las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal.

ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la respectiva posesión de estado. No obstante, el texto catalán nos señala algunas particularidades en cuanto a

a) *La legitimación activa.*

1. *Hijos y descendientes del hijo:*

Puede ser ejercitada por los hijos y descendientes del hijo fallecido antes de que hayan transcurrido cuatro años desde la obtención de la plena capacidad o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que ha de fundamentarse la reclamación, y durante el tiempo que falte para completar el mencionado término de cuatro o de un año respectivamente. El texto común sólo admite expresamente la legitimación de los herederos del hijo fallecido.

274

2. *Herederos del hijo:*

Puede ser ejercitada por los herederos del hijo fallecido en los mismos términos que los expresados en el plazo anterior. Valen en este punto las críticas que se han efectuado al Código civil: se permite a cualquier heredero del hijo, incluso aunque sea totalmente extraño a la familia, plantear la acción y se puede llegar a permitir a los mismos progenitores del hijo fallecido su ejercicio, cuando sean sus herederos y justamente cuando ningún bien reportará al hijo, que ya se encuentra fallecido (en este sentido PEÑA, C. 981, que mantiene que podrá negarse el ejercicio de la acción cuando las circunstancias revelen un comportamiento contrario al mínimo ético exigible).

3. *Representante legal del hijo:*

Puede ser ejercitada por el representante del hijo durante la minoría de edad o la incapacitación del mismo.

Esta legitimación no se encuentra expresada en el texto común con carácter especial para este caso, sino en térmi-

nos generales en el artículo 129, que no ha sido retenido por la Ley 1991. Esta “omisión” permite preguntarnos si ello supone que en los demás supuestos de legitimación activa del hijo la acción no puede ejercitarse por su representante legal, cuando tal hijo sea menor de edad o se encuentre incapacitado (Sobre esta cuestión GETE-ALONSO y GASCÓ, en *La nueva...*, p. 109).

4. *Progenitores:*

Puede ser ejercitada por el padre o la madre del hijo, en nombre e interés propio, cuando su reconocimiento no haya sido eficaz por defecto del consentimiento del hijo mayor de edad o por falta de aprobación judicial en el caso del hijo menor de edad o incapacitado. En estos casos el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad o maternidad no matrimonial sólo puede pretender que sea constatada y declarada en el correspondiente proceso judicial la filiación, salvo que sea justificada la razón de la tardanza en el reconocimiento del hijo. En cambio, el ejercicio de la acción en el Derecho Común no está expresamente admitido por el Código (cuando falta la posesión de estado), lo que ha sido objeto de crítica por la doctrina, que ha intentado soluciones correctoras para que el progenitor no matrimonial pueda reclamar la filiación (así RIVERO, C. 498; o PEÑA, C. 979).

Así pues, en el texto catalán el progenitor no matrimonial tiene que acudir al reconocimiento del hijo, y sólo en el caso de que éste sea menor de edad y no se consiga la aprobación judicial, o bien que siendo mayor, no preste su consentimiento al reconocimiento, podrá ejercitar la correspondiente acción de reclamación, con los efectos indicados anteriormente.

b) *Problemas.*

Siguen existiendo también en el texto catalán las dudas que había planteado su correlativo del Código civil. Así, por

ejemplo, la cuestión de si es necesario demandar a la madre, resuelta en sentido negativo por CÁMARA, C. 774; a favor por RIVERO, C. 498. En el texto catalán sólo se plantearía si la filiación materna no se encuentra determinada, debido a lo indicado por el artículo 15, que como veremos no tiene correlativo en el Código civil.

III. La acción de impugnación de la filiación

276

Nos dice PEÑA, C. 991, que las acciones de impugnación son las acciones de filiación que tienen por fin la negación de determinada paternidad o maternidad, y que comprenden tanto las acciones que tienen por fin declarar que no existe en la realidad determinada filiación, como las que tienen por fin sólo obtener la declaración de ineficacia de determinado título de legitimación. En sentido estricto, las acciones de impugnación son sólo las primeras. Y éstas son las reguladas en el nuevo texto catalán, con excepción del caso del artículo 14 (que viene a corresponder, con las diferencias que señalaremos, al artículo 141 del Código civil).

En la legalidad catalana anterior había sido objeto de crítica la amplia legitimación para impugnar la filiación que admitía el artículo 5 de la Compilación: el hijo y los que resulten registralmente como padres (así RIVERO, en *Jornades*, 240).

A) Filiación matrimonial (artículo 12 y arts. 136 y 137)*.

Artículo 12

1. La acción de impugnación de la paternidad matrimonial podrá ser ejercida por el marido en el plazo de un año a contar desde la fecha en que conozca el na-

* **Article 12.** 1. L'acció d'impugnació de la paternitat matrimonial pot ésser exercida pel marit en el termini d'un any a comptar de la data en què conegui el naixement del fill, i es transmet als seus fills o descendents i als seus hereus si mor després d'haver interposat l'acció o abans que fineixi el termini. En aquest darrer cas, l'acció pot ésser exercida per qualsevol dels legitimats, dins el temps que resti

cimiento del hijo, y se transmitirá a sus hijos o descendientes y a sus herederos si muriese después de haber interpuesto la acción o antes de que finalice el plazo. En este último caso, la acción podrá ser ejercida por cualquiera de los legitimados, dentro del tiempo restante para completar dicho plazo; si el marido muriese sin tener conocimiento del nacimiento, el año se contará desde la fecha en que lo conozca la persona legitimada para impugnar.

2. La madre, en nombre propio y en nombre de su hijo, si es menor de edad o incapaz y se halle bajo su guarda y custodia, puede impugnar la presunta paternidad en el caso que se haya suspendido la vida en común y en los casos de nulidad, separación o divorcio. La acción de impugnación podrá ser ejercida por el hijo, en los mismos supuestos, dentro del año siguiente a la obtención de la plena capacidad.

277

per a completar el dit termini; si el marit mor sense tenir coneixement del naixement, l'any es compta des de la data en què el conegui la persona legitimada per a impugnar.

2. La mare, en nom propi i en nom del fill, si és menor d'edat o incapac i es troba sota la seva guarda i custòdia, pot impugnar la presumpta paternitat en el cas que *s'hagi suspès la vida en comú i en els casos de nul·litat, separació o divorci*. L'acció d'impugnació pot ésser exercida pel fill, en els mateixos supòsits, dins l'any següent a l'obtenció de la plena capacitat.

Art. 136. El marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

Si el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado en el párrafo anterior, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo.

Fallecido el marido sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero.

Art. 137. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o incapaz, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o incapacitado, corresponde, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad o al Ministerio Fiscal.

Si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo por el hijo o sus herederos.

Al igual que en sede de reclamación, la novedad más importante se encuentra en la desaparición de la posesión de estado, como criterio a tener en cuenta para establecer qué personas se encuentran legitimadas activamente para la impugnación de la paternidad.

a) *La legitimación activa.*

Frente a la literalidad del texto del Código civil la nueva Ley catalana presenta las siguientes peculiaridades en cuanto a las personas que se encuentran legitimadas para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, así como en cuanto a los plazos para el ejercicio de la misma:

1. *El marido:*

278 Se encuentra legitimado para su ejercicio durante el plazo de un año desde que tenga conocimiento del nacimiento del hijo.

En principio es coincidente con el texto común en cuanto éste, aunque empieza diciendo que el plazo de ejercicio es el de un año a contar desde la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, después nos señala cómo el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento del hijo. Queda resuelta la cuestión que mantenía dividida a la doctrina del Código civil, sobre si el marido podía impugnar desde que conoce el nacimiento, aunque éste no se haya inscrito todavía en el Registro Civil (así RIVERO, C. 509; PEÑA, C. 997; SANCHO REBULLIDA, D. 640) empezando a contarse el plazo de caducidad (así SANCHO REBULLIDA, en contra CÁMARA, C. 820).

MANUEL PEÑA, C. 997, se pregunta si a pesar del plazo de caducidad de un año se puede abrir al marido la posibilidad de impugnación fuera de dicho plazo, en base al artículo 24 de la Constitución y disposiciones internacionales: pensemos que el marido está incapacitado para el ejercicio de la acción durante dicho plazo.

2. *Los descendientes y herederos del marido:*

Se encuentran también legitimados para su ejercicio durante el plazo que reste para completar el año que tendrá el marido para su ejercicio, en caso de que viviese (si murió conociendo el nacimiento del hijo), o, durante un año contado desde que los propios descendientes o herederos conociesen dicho nacimiento (en caso de que el marido muriese sin conocer el mismo).

El Código civil sólo habla de herederos del marido y no incluye a los descendientes o hijos del mismo como legitimados para impugnar la paternidad. Vale en este punto lo indicado en sede de reclamación de la filiación.

3. *El hijo:*

Se encuentra también legitimado para su ejercicio durante el plazo de un año contado desde la obtención de la plena capacidad y sólo en los casos en que se haya suspendido la vida en común de los esposos o en los casos de nulidad, separación o divorcio de los mismos. RIVERO, en *Jornades*, 253, nos señala cómo la segunda Ponencia del II Congreso Jurídico Catalán había señalado que era prudente condicionar la legitimación para impugnar la paternidad por el hijo y por la madre a la ruptura matrimonial (siguiendo los postulados del Código suizo y alemán, frente a otros Códigos latinos).

El legislador del Código civil legitima también al hijo para impugnar la paternidad, pero distingue si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial (en cuyo caso, la demanda puede ser interpuesta por el hijo en cualquier tiempo) o existe tal posesión de estado (en cuyo caso, el plazo es también de un año contado desde la inscripción de la filiación o desde la mayoría de edad o la plena capacidad legal del mismo); y no indica el texto común que sólo pueda ser ejercitada por el hijo en los supuestos en que se haya suspendido la vida en común y demás mencionados por la Ley catalana.

4. *Los herederos del hijo:*

No se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción, aunque éste haya muerto antes de la terminación del año contado desde la plena capacidad del mismo.

El Código civil, en cambio, en el artículo 137, párrafo tercero, parece señalarnos que si falta en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta por los herederos del hijo, lo que ha planteado dudas doctrinales.

5. *La madre:*

Se encontrará legitimada tanto en nombre propio como en nombre del hijo, si éste es menor o incapaz y se encuentra bajo su guardia y custodia. Puede impugnar la paternidad pero sólo en el caso de que se haya suspendido la vida en común y en los casos de nulidad, separación o divorcio, sin que el texto catalán nos diga el plazo de ejercicio, que debe ser cuando actúe en nombre del hijo, mientras se encuentre bajo su guardia y custodia.

El Código civil también legitima a la madre para el ejercicio de la acción, en interés del hijo cuando éste sea menor o incapacitado, y durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. El término "interés" había dado lugar a diferentes interpretaciones doctrinales, sobre si debía entenderse o no como un requisito especial más de la legitimación (en sentido negativo PEÑA, C. 1000); o si estamos ante un interés a valorar subjetiva u objetivamente (sin resolver la cuestión SANCHO REBULLIDA, D. 639). El texto común no nos dice que se tiene que haber suspendido la vida en común de los esposos o encontrarnos en los casos de nulidad, separación o divorcio, como hace el texto catalán.

Igualmente, en los casos de incapacidad o minoría de edad el artículo 137 llama para el ejercicio de la acción al Ministerio Fiscal, que es omitido en la regulación de la Ley 7/91.

Así pues el legislador catalán, a diferencia del de la Ley de 1981, concede legitimación *iure proprio* a la madre, prescindiendo de señalar que cuando actúe en nombre del hijo ha de ser también en interés del mismo (cuestión que había suscitado una diferente interpretación por la doctrina del Código: así CÁMARA, C. 835, cree que la actuación en nombre del hijo ha de ser además en interés de él, señalando diversos criterios para valorar dicho interés; mientras que RIVERO, C. 511, piensa que bastará ejercitarse en nombre del hijo).

6. *El verdadero progenitor:*

También se encuentra legitimado pero sólo si ejercita la acción de reclamación y acumula la de impugnación. Igual criterio debe aplicarse en el Código civil.

b) *Diversos problemas.*

281

Al igual que en el texto del Código civil se plantean diversas cuestiones, que no aparecen resueltas por la Ley de 1991.

1. ¿Qué ocurre en los casos en que el marido no realice en tiempo la declaración de desconocimiento del artículo 2 (equivalente al artículo 117) y por lo tanto haya tácitamente reconocido a un hijo? ¿O cuando el hijo sea matrimonial sólo por el subsiguiente matrimonio de los padres y haya tenido que determinarse, prescindiendo, por lo tanto, de la regla *pater is est*?

En el Derecho del Código civil hay una norma, que no ha sido transportada al texto catalán, el artículo 138, que permite en estos casos, y también en el supuesto del artículo 118 impugnar la paternidad según las reglas de impugnación de la filiación matrimonial (así CÁMARA, C. 861-863).

El texto catalán nos indica en el artículo 3.2 (referente a los hijos nacidos antes del matrimonio de los padres) que

su filiación matrimonial podrá ser impugnada sometiénose a las reglas de la filiación no matrimonial, siempre que la determinación de la misma se hubiera efectuado por la vía del reconocimiento formal.

Pero, ¿qué sucede en el supuesto de que el marido no haya efectuado la declaración en contrario del artículo 2 por error, violencia o intimidación? El texto del Código no retenido por la legislación catalana nos envía a las normas del artículo 141 —14 de la Ley 1991—. Ahora debemos entender aplicable el artículo 14 tanto a los casos de reconocimientos que determinan la filiación no matrimonial como a los supuestos de estos reconocimientos tácitos del artículo 2.2.

282 2. ¿Qué ocurre en los supuestos en que se ha aplicado incorrectamente la regla *pater is est*? ¿O en general en aquéllos en que lo que se trata de atacar es no la realidad biológica sino la existencia, nulidad o anulabilidad del título de determinación de la filiación?

Así, en los casos de separación de hecho, el hijo puede haber nacido después de los trescientos días de la separación de sus padres, pero se puede haber inscrito como matrimonial, por aplicación de la presunción de paternidad, al no ponerse de manifiesto tal situación de separación en el momento de practicar la inscripción (y el encargado no practicase diligencias preparatorias o bien se inscribiese en expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo). Algún autor ha entendido que habrá que ejercitar una acción de desconocimiento, más que de impugnación, con la consecuencia directa de que no sólo se encontrarán legitimados para su ejercicio las personas legitimadas para la impugnación de la paternidad, sino otras (“terceros portadores de un interés legítimo”); y sin someterse a un plazo de caducidad (en este sentido CÁMARA, C. 869-873; RIVERO, C. 506 y 507).

Nada nos aclara el texto catalán, pero entiendo que no entrará en juego el artículo 12 de la nueva Ley, y que

podemos considerar estas acciones de desconocimiento de la paternidad como no sujetas a plazo y con un amplio criterio de legitimación activa.

3. ¿Qué ocurre si lo que el marido trata de contradecir no es directamente su paternidad sino la filiación materna de la esposa, es decir, que tal presumible hijo ha nacido de ella?

No hay en la Ley catalana una norma similar al artículo 139 del Código, contemplándose sólo la impugnación de la paternidad matrimonial (si bien después en los casos de filiación no matrimonial no distingue entre paternidad y maternidad). Ahora bien, no hay duda, como dice CÁMARA, C. 886, que la paternidad del marido podrá impugnarse por dos vías: probando que efectivamente no se ha dado la realidad biológica de la paternidad presumida o impugnando la maternidad de la esposa. ¿Cuáles serán las personas legitimadas para impugnar la maternidad y como consecuencia la paternidad? ¿Cuál será el plazo para el ejercicio de la acción? ¿Se aplicará, sin más, las normas de la impugnación de la paternidad? Los comentaristas del Código han supuesto que en estos casos la acción no caduca y que además de la esposa, el marido y el hijo se encontrarán legitimados para su ejercicio (así CÁMARA, C. 878-890; PEÑA, C. 1007; o SANCHO REBULLIDA, D. 637, que se pregunta si no podrá ser impugnada por cualquier interesado, por cuanto, en realidad no se trata de impugnar la maternidad, sino la identidad personal del supuesto hijo).

MANUEL PEÑA, C. 1005-1006, nos plantea una alternativa excluyente al analizar el artículo 139 del Código: O bien, la Ley no ha querido regular de modo especial la acción de impugnación de la filiación materna matrimonial, y así, sólo nos encontraríamos en los casos de suposición del parto o de no ser cierta la identidad del nacido ante un caso de error del Registro rectificable a petición de cualquier interesado en cualquier tiempo; o bien, si se ha querido regular la impugnación de la filiación materna. PEÑA rechaza la

primera hipótesis pensando que si la siguiéramos el precepto habría sido inútil. Desaparecido del texto catalán, habría que preguntarse si el legislador no ha optado por la hipótesis descartada.

B) Filiación no matrimonial (artículo 13 y art. 140)*.

Artículo 13

La acción de impugnación de la filiación no matrimonial puede ser ejercida por los que resulten afectados por la misma, y caduca en el plazo de cuatro años, que debe contarse desde el inicio del estado que se impugna o, en su caso, desde el momento en que se conozca dicho estado. En el caso del hijo, la acción caduca en el plazo de un año desde la obtención de la plena capacidad.

284

Frente al Código civil, el texto catalán presenta las siguientes peculiaridades en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción impugnatoria y en cuanto al tiempo para el ejercicio de la misma:

1. *Personas afectadas por la filiación:*

Cualquier persona que resulte afectada por la filiación no

* **Article 13.** L'acció d'impugnació de la filiació no matrimonial pot ésser exercida pels qui en resulten afectats i caduca en el termini de quatre anys, comptador de l'inici de l'estat que s'impugna o, si escau, des del moment en què es conegui aquest estat. En el cas del fill, l'acció caduca en el termini d'un any des de l'obtenció de la plena capacitat.

Art. 140. Cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada por aquéllos a quienes perjudique.

Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente.

Los hijos tendrán en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad.

matrimonial se encuentra legitimada para el ejercicio de la acción impugnatoria, caducando en el plazo de cuatro años contados desde el inicio del estado que se impugna o desde el momento en que se conoce tal estado. Ahora bien, entiendo que si el derecho lesionado, que sirve de base para la legitimación, ha prescrito con anterioridad a dicho plazo no podrá ejercitarse la acción. Los profesores GETE-ALONSO y GASCÓ entienden que “inicio del estado que se impugna” es desde el momento en que la filiación está legalmente determinada de acuerdo con los criterios de determinación que establece la Ley de Filiaciones.

El Código civil permite la legitimación de cualquier persona, cuando falte en las relaciones familiares la posesión de estado, sin que nos establezca expresamente un plazo; pero sólo legitima al hijo, al progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos, cuando exista tal posesión, caducando la acción desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente. CÁMARA, C. 898-917, ó PEÑA, C. 1011, basándose en diversa jurisprudencia, nos han indicado cómo se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción impugnatoria, cuando falta la posesión de estado, el hijo, el progenitor, los herederos forzosos del progenitor o al menos los que lo serían si hipotéticamente el progenitor hubiese muerto en el momento de ejercitar la acción, los favorecidos por el derecho reversional del artículo 812 que no se daría en caso de existir este hijo no matrimonial, los reservatarios del artículo 811 cuando uno de ellos es un hijo de filiación no matrimonial, los llamados a una herencia si *sine liberis decesserit* si el instituido en primer término fallece no dejando más hijos que el reconocido, y en general quien pueda resultar perjudicado de alguna manera, como el arrendador ante un caso de cesión de vivienda a título gratuito a favor del hijo reconocido, o de subrogación de éste en los derechos arrendaticios a la muerte del inquilino.

2. *El hijo:*

El hijo resulta legitimado para el ejercicio de la acción impugnatoria en ambas legislaciones, señalándose que tendrá en todo caso el plazo de un año para su ejercicio contado desde que haya llegado a la plena capacidad.

No obstante, el texto catalán pone en claro que el hijo no tiene una facultad de desconocer el reconocimiento efectuado durante su minoría de edad, sino que simplemente nos encontramos ante una acción impugnatoria ordinaria, si bien, con un plazo de ejercicio especial y diferente al de los otros legitimados (CÁMARA, C. 922-937, nos analiza las dudas doctrinales acerca del párrafo 3 del artículo 140, en base a sus precedentes históricos, abogando por la interpretación que realiza ahora el texto catalán).

286 **C)** Impugnación del reconocimiento realizado por error, violencia o intimidación (artículo 14 y art. 141)*.

Artículo 14

La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien la haya otorgado. La acción caducará al cabo de un año del reconocimiento o desde que cese el vicio del consentimiento, y podrá ser ejercida o continuada por los hijos, descendientes y herederos del otorgante, si el mismo muriese antes de transcurrido un año.

* **Article 14.** L'acció d'impugnació del reconeixement fet mitjançant error, violència o intimidació correspon a qui l'ha atorgat. L'acció caduca el cap d'un any del reconeixement o des que cessa el vici del consentiment i pot ésser exercida o continuada pels fills, els descendents i els hereus de l'atorgant, si aquest mor abans de transcórrer un any.

Art. 141. La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación, corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año.

Idéntica regulación entre ambos textos si exceptuamos que en el caso catalán la acción puede ser ejercitada o continuada no sólo por los herederos del reconocedor sino también por sus hijos o descendientes, durante el plazo marcado por la Ley, que es el de un año.

Como muy bien nos indica SANCHO REBULLIDA, D. 642, en estos casos queda excluida la paternidad del marido en cuanto basada en el reconocimiento impugnado, pero nada más; es decir, que la sentencia recaída no supone determinación judicial de la filiación no matrimonial, no teniendo la cosa juzgada dicho alcance.

Los profesores GETE-ALONSO y BLASCO, en *La nueva...*, p. 122, nos indican cómo se podrá impugnar el reconocimiento a que se refiere el artículo 2-2 b; el reconocimiento que establece el artículo 4-1 a); el consentimiento del marido o del compañero *more uxorio* a la fecundación asistida de la mujer (artículo 2-1 y 4-1 a); el reconocimiento afor-
mal o tácito, equiparable a la cohabitación sexual, base de la presunción de paternidad no matrimonial, que establece el artículo 5.1 y 2); y también el consentimiento del compañero *more uxorio* a que se refiere el artículo 5-2 de la Ley.

287

Se siguen planteando en el texto catalán las mismas cuestiones que se habían preguntado los comentaristas del Código civil: ¿Qué ocurre en los casos de reconocimientos nulos? ¿Deben impugnarse por el procedimiento del artículo 140 —ahora el 12—? CÁMARA, C. 943, nos cita entre estos reconocimientos nulos: aquéllos que no se han atendido en cuanto a la forma a lo prescrito por el artículo 120.1 —correlativo con el artículo 4.1 a) que añade los supuestos de fecundación asistida—, los llamados reconocimientos incidentales o sujetos a condición, el otorgado por la persona que no tiene capacidad, o carece del mínimo discernimiento. En todos estos casos podremos ejercitar una acción declarativa de nulidad, para la cual se encontrarán legitimadas las mismas personas que para la impugnación de la filiación, sin que la acción podamos entender que tiene un plazo de prescripción.

IV. Normas comunes a las acciones de impugnación y reclamación

La nueva normativa catalana dicta unas normas que podemos considerar como comunes a la reclamación o la impugnación de la filiación, y que podemos sistematizar de la siguiente forma:

a) *En cuanto a los demandados (artículo 15)*.*

Artículo 15

En todo proceso de filiación deben ser demandadas las personas cuya paternidad, maternidad o filiación esté legalmente determinada y que no intervengan en el proceso en otra calidad. En caso de que hayan muerto, la acción debe dirigirse contra sus herederos.

288

Cuando se ejercite la demanda de reclamación de filiación o de impugnación de una filiación, sea matrimonial o no, han de demandarse a todas las personas cuya filiación esté legalmente determinada y resulten afectadas por la acción de reclamación o de impugnación. En su caso, la acción tendrá que dirigirse contra sus herederos.

Tienen razón GETE-ALONSO y BLASCO cuando nos dicen que la finalidad de la norma (que no es otra que estar en juicio y no provocar la indefensión) podría haberse conseguido a través de otro expediente (por ejemplo, notificando a los sujetos interesados la interposición de la demanda y el inicio del proceso, así como emplazarles para comparecer en el proceso, si lo estimasen oportuno).

* **Article 15.** En tot procés de filiació han d'ésser demandades les persones la paternitat, la maternitat o la filiació de les quals estigui legalment determinada i que no intervinguin en el procés en altra qualitat. En cas que hagin mort, l'acció s'ha de dirigir contra llurs hereus.

b) *En cuanto a la acumulación de acciones (artículo 17.2 y artículo 134)*.*

Artículo 17

2. El ejercicio de la acción de reclamación de filiación permite, en todo caso, la acumulación de la acción de impugnación de la filiación contradictoria. No obstante, no podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada por resolución judicial firme.

El artículo 134 del Código civil ha planteado numerosas dudas doctrinales, que no podemos ni siquiera exponer. Quizás la más importante es la que hace referencia a la cuestión de si nos encontramos ante una simple acumulación de acciones o ante una norma especial. Como nos dice RIVERO, C. 500, la acción primaria y principal es la de reclamación, cuyo régimen jurídico se impone; siendo la acción impugnatoria accesoria, meramente instrumental. Se trataría de una norma especial para el caso de que pretenda reclamar una filiación de alguien que la tiene ya formalmente determinada. Esta toma de postura conlleva varias importantes consecuencias prácticas: en materia de legitimación activa se podrá plantear la acción de reclamación-impugnación por personas que no tienen legitimación para impugnar, pero sí para reclamar; en materia de plazos, la acción se podrá ejercitar fuera de los plazos establecidos para la impugnación (aunque no son pacíficas doctrinalmente estas conclusiones señaladas: así, ver CÁMARA, C. 666-667, o PEÑA, C. 981-985).

289

* **Article 17.** 2. L'exercici de l'acció de reclamació de filiació permet, en tot cas, l'acumulació de l'acció d'impugnació de la filiació contradictòria. No obstant això, no es pot reclamar una filiació que en contradigui una altra de determinada per resolució judicial ferma.

Art. 134. El ejercicio de la acción de reclamación, conforme a los artículos anteriores, por el hijo o el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria.

No podrá reclamarse una filiación que contradiga otra determinada en virtud de sentencia.

La posibilidad de aplicación de esta “acción mixta de reclamación-impugnación” o, más bien, de esta “acción de reclamación a la que se acumula una pretensión de impugnación” (GETE-ALONSO y BLASCO) había sido muy discutida en la legalidad anterior en Cataluña. Así, PUIG FERRIOL Y ROCA TRÍAS, I. 438, nos señala que dicha acción parece que es admitida en Cataluña, pero de acuerdo con los principios y requisitos que establece el artículo 4. RIVERO, en *Jornades*, 241, también lo admite, pero reconociendo que en la práctica procesal se sigue el criterio de la acción del artículo 134 del vigente Código civil, como puede verse en una sentencia del Tribunal Supremo de 5-11-1987, donde todos los intervinientes invocaron sólo el artículo 134 del Código civil.

El artículo 17.2 posibilita el ejercicio de la acción impugnatoria aunque hayan transcurrido los plazos estrictos señalados en los artículos 12 y 13, configurándose una verdadera legitimación extraordinaria para impugnar la filiación fuera de las personas y de los plazos marcados para la impugnación de la paternidad (obsérvese que, aunque el precepto ha sufrido algún retoque, se ha conservado el término “en todo caso”). De esta forma, tal como nos recuerda PEÑA, C. 983, el verdadero padre que ordinariamente no puede irrumpir en la paz de un matrimonio para impugnar la paternidad del marido, sí podrá hacerla vía la acción de reclamación-impugnación.

Desaparece la problemática del texto del Código civil (“conforme a los artículos anteriores, por el hijo o progenitor”), que daba lugar a preguntarse si el progenitor no matrimonial podía estar legitimado para esta acción (con diversas teorías, que iban de la admisión de sólo los progenitores matrimoniales a la de que también lo están los progenitores no matrimoniales, siempre que exista posesión de estado) (para ver las razones de una y otra CÁMARA, C. 799-800).

c) *En cuanto a la determinación de una filiación contradictoria (artículo 17.1 y art. 113, párrafo segundo)*.*

Artículo 17

1. La determinación de una filiación no tendrá efectos mientras haya otra contradictoria.

Ambos textos jurídicos coinciden en que la determinación de una filiación no tiene efectos mientras exista otra contradictoria.

d) *En cuanto a las medidas de aseguramiento en los procesos de filiación (artículo 18 y art. 128)**.*

Artículo 18

Mientras dure el procedimiento de reclamación o impugnación de la filiación, el Juez podrá adoptar las medidas pertinentes sobre la persona y los bienes del hijo. En caso de impugnación, podrá acordarse que le procure alimentos el progenitor cuya paternidad o maternidad se impugna.

291

Al igual que en el Código civil, en la nueva Ley catalana aparece la posibilidad de que el Juez adopte medidas

* **Article 17.** 1. La determinació d'una filiació no té efectes mentre n'hi ha una altra de contradictòria.

Art. 113. No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria.

** **Article 18.** Mentre dura el procediment de reclamació o impugnació de la filiació, el jutge pot adoptar les mesures pertinents sobre la persona i els béns del fill. En cas d'impugnació, pot acordar que li procuri aliments el progenitor la paternitat o la maternitat del qual s'impugna.

Art. 128. Mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el Juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como progenitor.

Reclamada judicialmente la filiación, el Juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, adoptar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior.

judiciales de protección de la persona y bienes del hijo, cuya filiación se reclama o es objeto de impugnación.

Estas medidas judiciales de protección pueden ser muy variadas y dependerán de si nos encontramos ante un proceso de reclamación o de impugnación. PEÑA, C. 958, nos habla de la distribución del ejercicio de la patria potestad, determinar la forma en que el progenitor cuestionado podrá cumplir el deber de velar por los hijos, encomendar a los hijos a una institución idónea, dictar medidas cautelares o de garantía, como la hipoteca, retenciones, depósitos, etc. No obstante, tiene razón RIVERO, C. 486, al afirmar que en el caso de reclamación de la filiación no tendrán sentido muchas de las medidas indicadas, habida cuenta de que tales medidas están previstas para el hijo sometido a patria potestad.

292

Una de las medidas que podrá ser tomada por el Juez en el proceso de reclamación de una filiación, es la de que se imponga a cargo del demandado la obligación de prestar alimentos al demandante (admitido expresamente por el Código civil y silenciado por la Ley catalana); al igual que en el proceso de impugnación se puede acordar que procure alimentos al hijo el progenitor cuya paternidad o maternidad se impugna (admitido expresamente por el legislador catalán y silenciado por el Código civil). Ahora bien, tienen razón GETE-ALONSO y GASCÓ cuando nos dicen que la norma del último inciso del artículo 18 es lógica y pensable en los procedimientos de reclamación de filiación, pero superflua en los de impugnación, porque el padre o la madre cuya paternidad o maternidad se impugna tienen, en principio, la patria potestad sobre el hijo, y por ello se encuentran obligados a prestarle alimentos, sin una especial decisión judicial (en *La nueva...*, p. 108).

TERCERA PARTE: EFECTOS DE LA FILIACION

El capítulo tercero de la Ley de 27 de abril de 1991 se dedica a los efectos de la filiación, que el Código civil regula dentro del capítulo primero del título dedicado a la misma. Vamos a analizar los distintos supuestos regulados.

a) *El principio de equiparación de efectos entre las filiaciones (artículo 19 y art. 108, párrafo segundo)*.*

Artículo 19

La filiación matrimonial y no matrimonial producen los mismos efectos civiles, de conformidad con la Legislación Civil de Cataluña.

293

Frente al principio de equiparación de los diferentes estados de filiación señalado por el artículo 108 del Código civil, la norma catalana que comentamos presenta las siguientes diferencias:

1. El principio de equiparación se formula de la filiación matrimonial y no matrimonial, pero nada se dice de la filiación adoptiva.

El principio de equiparación de las filiaciones supone que la filiación, aunque no sea matrimonial, crea no un *status filii*, sino un *status familiae*, y tiene en consecuencia la misma trascendencia jurídica no sólo respecto del progenitor sino también respecto de su familia. SANCHEZ REBULLIDA, D. 605, al igual que otros autores, como CÁMARA, se ha preguntado si la Ley trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno no ha ido más lejos de lo que permite el

* **Article 19.** La filiació matrimonial i la filiació no matrimonial produeixen els mateixos efectes civils, d'acord amb la legislació civil de Catalunya.

Art. 108. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

texto constitucional; y así, nos escribe que la Constitución proclama la igualdad de todos ante la Ley, pero en cuanto a ciudadanos y en cuanto a la Ley, pero no “en cuanto a parientes en el seno de la familia del progenitor; en este ámbito, la Constitución parece exigir que la equiparación no lesione los derechos e intereses de la familia, es decir, de la relación parental, basada en el matrimonio”. Estos comentarios son exportables a lo indicado actualmente por el texto catalán.

El principio de equiparación de las filiaciones no se contradice con que el ordenamiento jurídico establezca distinciones entre ambas filiaciones, siempre que se base en “una justificación objetiva y razonable” (sentencias diversas del Tribunal Constitucional). De aquí que la propia Ley de 27 de abril de 1991 establezca un régimen distinto entre la filiación matrimonial y no matrimonial (determinación, presunciones, legitimaciones y plazos para el ejercicio de las acciones de reclamación e impugnación, etc.).

La equiparación de efectos de la filiación adoptiva con la filiación por naturaleza se efectúa en Cataluña en el artículo 26 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, que nos señala cómo “la adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza”. No obstante, el artículo 27 de la misma norma nos indica cómo la adopción causa parentesco entre el adoptante, sus ascendientes y descendientes (que no colaterales), y el adoptado y sus descendientes, extinguiendo la relación de parentesco entre el adoptado y la familia anterior, salvo en los supuestos que el mismo artículo establece: que el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona de sexo distinto con quien el adoptante convive maritalmente con carácter estable, a los efectos de los impedimentos para contraer matrimonio, en lo que respecta a la sucesión intestada y los derechos legitimarios, y en cualquier otro caso en que lo establezca la Ley (ver con referencia al Código civil lo dispuesto por el artículo 178).

2. El principio se formula de conformidad con las normas catalanas. Esta reserva tiene la finalidad de que el propio ordenamiento catalán pueda establecer distinciones entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, pero siempre que no nos encontremos ante una discriminación por razón de nacimiento (ver sobre el tema PEÑA, C. 799-809; RIVERO, C. 427-430; CÁMARA, C. 61 y ss.).

b) Efectos de la filiación (artículo 20, art. 109)*.

Artículo 20

1. La filiación establecida jurídicamente determinará los alimentos, la patria potestad, los derechos sucesorios y los apellidos.

2. El hijo puede solicitar, al llegar a la mayoría de edad, que se altere el orden de sus apellidos.

295

Frente al Código civil que se limita a indicarnos que la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley, el nuevo texto catalán nos añade otros efectos de la determinación de la filiación: los alimentos, la patria potestad y los derechos sucesorios.

La Ley de 1991 no pretende agotar los efectos de la filiación. Esta se manifestará no sólo en el Derecho de Familia y Sucesorio, sino en otras numerosas parcelas del ordenamiento jurídico (en el Derecho de la persona, en materia de nacionalidad, vecindad, defensa del honor o de la imagen; en el orden administrativo, con las incapacidades e incompatibilidades de los funcionarios por razón de parentesco; en el orden penal). Por otra parte, en ocasiones, la

* **Article 20.** 1. La filiació establerta jurídicament determina *els aliments*, la *pàtria potestat*, *els drets successoris* i *els cognoms*.

2. El fill pot sol·licitar, en arribar a la majoritat, que s'alteri l'ordre dels seus cognoms.

Art. 109. La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos.

determinación de la filiación producirá unos efectos jurídicos limitados (como en el caso del artículo que comentaremos a continuación).

Al igual que en el Código civil se faculta al hijo para cambiar sus apellidos, cuando llegue a la mayoría de edad.

c) Régimen sancionador (artículo 21, arts. 111 y 110)*.

Artículo 21

1. Los efectos de la declaración de filiación quedan limitados a la mera determinación de dicho estado, a petición del hijo mayor de edad o de su representante legal, en los siguientes casos:

a) Si el progenitor ha sido condenado por sentencia firme en procedimiento penal a causa de las relaciones a que haya obedecido la filiación.

296

* **Article 21.** 1. Els efectes de la declaració de filiació queden limitats a la mera determinació d'aquest estat, a petició del fill major d'edat o del seu representant legal, en els casos següents:

a) Si el progenitor ha estat condemnat per sentència ferma en procediment penal per causa de les relacions a què hagi obeït la filiació.

b) Si la filiació ha estat declarada judicialment amb l'oposició del progenitor.

c) Si el reconeixement s'ha fet amb mala fe o amb un abús de dret notori.

2. La determinació de la filiació en els casos esmentats en l'apartat 1 no produeix cap dret a favor del progenitor, i resta sempre assegurada la seva obligació de vetllar pels fills i de procurar-los aliments.

Art. 111. Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la Ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor.

1.º Cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme.

2.º Cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. En ambos supuestos el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita el mismo o su representante legal.

Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del representante legal del hijo aprobada judicialmente, o por voluntad del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos.

Art. 110. El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

b) Si la filiación ha sido declarada judicialmente con la oposición del progenitor.

c) Si el reconocimiento se ha realizado de mala fe o con abuso de derecho notorio.

2. La determinación de la filiación en los casos señalados en el apartado 1 no producirá derecho alguno a favor del progenitor, y quedará siempre asegurada su obligación de velar por los hijos y procurarles alimentos.

En este precepto, al igual que en el correspondiente del Código civil, se señala una importante excepción al régimen de los efectos de la filiación, pero sólo en los derechos y funciones tuitivas de los padres respecto de los hijos, no en el sentido contrario.

Comparando ambos textos legales podemos observar algunas diferencias importantes:

297

1. *En cuanto a la aplicación de la norma:*

En el Derecho del Código civil las sanciones del artículo 111 se producen en tanto en cuanto el propio hijo, una vez alcanzada la plena capacidad, no exprese su voluntad de que cesen tales restricciones; o, en tanto en cuanto, no haga lo mismo su representante legal, contando en este caso con la aprobación judicial.

Frente a este criterio, el nuevo texto legal no entra en aplicación si no lo pide el hijo mayor de edad o su representante. Se configuran así las restricciones en el Derecho catalán como una excepción a la norma, más claramente que en el Derecho Común. Así, se ha dicho que “la norma catalana, siendo también sancionadora no opera automáticamente sino a instancia de parte” (GETE-ALONSO y BLASCO).

2. *En cuanto a los supuestos comprendidos:*

La Ley 27 de abril de 1991 presenta las siguientes particularidades:

2.1 *La condena penal del progenitor y la filiación declarada judicialmente contra su oposición:*

Retiene los supuestos señalados por el Código civil, en su artículo 111: cuando el progenitor haya sido condenado por sentencia firme en procedimiento penal por causa de las relaciones a que haya obedecido la filiación; y si la filiación ha sido declarada judicialmente con la oposición del progenitor.

Los comentaristas del Código civil han planteado si en caso de impugnación de la filiación por parte del progenitor opera la sanción del artículo 111. A favor de esta interpretación RIVERO, C. 435, aunque reconoce que no es el criterio jurisprudencial, citando una sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1987, confirmatoria de otra de la Audiencia de Zaragoza de 31 de octubre de 1985; también lo cuestiona PEÑA, C. 822, aunque igualmente reconoce que la literalidad del artículo 111 no permite comprender dentro del mismo el supuesto de impugnación de la filiación que no tiene éxito, dando lugar a que la oposición sea judicialmente determinada contra la oposición del progenitor.

2.2 *El reconocimiento hecho con mala fe o con abuso de derecho notorio:*

Añade un nuevo supuesto a los señalados por el Código civil, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7, consistente en que el reconocimiento de un hijo se haya efectuado con mala fe o con un abuso de derecho notorio.

Los profesores GETE-ALONSO y BLASCO entienden que el reconocimiento del hijo fallecido o el de una relación incestuosa, atendiendo a las circunstancias, podrían llegar a considerarse como reconocimientos abusivos o contrarios al principio de la buena fe (en *La nueva...*, p. 92-95).

3. *En cuanto a los efectos:*

Frente al Código civil, que establece una enumeración de los efectos de la sanción del artículo 111 (exclusión de la patria potestad y de las demás funciones tuitivas, privación de

los derechos que por ministerio de la ley puedan corresponder al progenitor en las herencias del hijo o de sus descendientes, apellidos), que obliga a preguntarse si fuera de los enumerados pueden darse otros efectos de la filiación; la Ley catalana nos señala cómo en estos casos no se derivará ningún efecto a favor del progenitor, limitándose los efectos de la declaración de filiación a la mera determinación de la misma.

Ambos textos legales dejan a salvo la obligación del progenitor sancionado de velar por los hijos y prestarles alimentos, sin que se aclare en ninguna de las dos normas cuál es el ámbito y contenido de este deber de velar por los hijos y las diferencias de la obligación general de alimentos y esta obligación aquí impuesta.

PEÑA, C. 816, considera que el deber de velar por los hijos implica la correspondiente potestad para cumplirlo, traducéndose en una potestad de amparo y en una propia “función paterna de amparo”, que comprendería numerosos deberes y derechos (que enumera minuciosamente). RIVERO, C. 433, cree, por el contrario, excesiva esta concepción de la función de amparo, limitando la extensión de la misma a atender diligentemente a la persona de los hijos, a su salud física y psíquica, a su equilibrio afectivo, a informarse acerca de sus pequeños o grandes problemas, sus amistades personales, vigilar su educación, controlar cómo es cuidado por la persona a cuya guarda está confiado.

También la doctrina ha señalado las diferencias entre esta obligación de prestar alimentos y la obligación general de alimentos de los artículos 153 y siguientes del Código civil, sin perjuicio de la aplicación de algunas normas de la misma (PEÑA, C. 818, nos indica cómo el supuesto de hecho que hace surgir el deber de prestar alimentos a los hijos menores es el hecho mismo de la filiación, con independencia de cuál sea la fortuna de los menores, de si ha habido o no exigencia judicial de los alimentos, o de cuál sea la conducta del hijo menor respecto de su padre o madre; en un sentido parecido, RIVERO, C. 434).

CONCLUSION

El análisis de la Ley de 27 de abril de 1991 sobre la filiación en Cataluña y su comparación con el texto del Código civil, reformado por la Ley de 13 de mayo de 1981, permite que podamos señalar como aportaciones más significativas de la Ley catalana las siguientes:

1. La regulación dentro de la Ley relativa a la filiación de los casos de fecundación asistida, así como la fecundación *post mortem*, con importantes diferencias de la normativa común.

300

2. La aparición en los supuestos de filiación no matrimonial de una regla presuntiva de que es padre del hijo el hombre que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en el período legal de la concepción, que se define por el legislador.

3. La relativa inadmisión de la *exceptio plurium concurrentium*.

4. La desaparición de la posesión de estado de hijo no matrimonial o matrimonial como criterio básico para determinar la legitimación de las acciones de reclamación e impugnación de la filiación.

5. La posibilidad de determinar la filiación, aunque sin que se produzca ningún efecto, en determinados supuestos (reconocimiento de un hijo mayor de edad que no presta su consentimiento a su reconocimiento; sanciones al progenitor por su conducta en el tema de la generación o del establecimiento de la filiación).

6. Y un número elevado de diversas cuestiones tratadas anteriormente que difieren de las reguladas, al menos directamente, por el Código civil (embarazos prolongados y presunción *pater is est*; forma, tiempo y casos de la declaración de desconocimiento de paternidad en los casos de los hijos de concepción antenupcial; reglas de impugnación de la filiación matrimonializada; capacidad para reconocer; reconocimientos del menor y del mayor; ampliación y limitación de la legitimación para reclamar e impugnar la filiación, etc.).

Pese a las diferencias apuntadas entre el texto catalán y el Código civil se ve un cierto paralelismo entre ambos legisladores. Quedan en ambos textos numerosos problemas no solucionados, muchos de ellos derivados de la fecundación asistida: ¿cuál debe ser el principio básico en materia de filiación: la verdad del hecho de la filiación o la asunción de la paternidad o maternidad por una persona? ¿serán posibles las fecundaciones *post mortem* por doble vía? ¿debemos seguir admitiendo el mismo criterio sobre la maternidad? ¿o sobre el nacimiento? Es muy posible que los avances de la técnica hagan desaparecer o replantearse muchos de los conceptos, de los principios o de los términos del pasado. Y es muy posible que la paternidad (y hasta la maternidad) se desliguen en un futuro, como instituciones del Derecho de Familia, de los componentes biológicos para sustentarse sobre asunciones de responsabilidades: será padre o madre quien exprese su deseo de serlo y asuma las responsabilidades derivadas de ello; todo ello sin perjuicio de que el padre (o hasta la madre) biológico tengan ciertas obligaciones patrimoniales.

*En el Serrallo de Tarragona
Marzo de 1992*

BIBLIOGRAFIA

La bibliografía sobre la filiación, inclusive sin acudir a textos extranjeros o anteriores a la publicación de la Ley de trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno, es numerosa. La persona interesada puede acudir a cualquiera de los libros que se indican a continuación, en los que se mencionan otras obras necesarias para un conocimiento en profundidad de la materia.

La reseña bibliográfica atiende sólo a identificar los títulos mencionados en el texto del artículo, que prefiere prescindir, para una mayor comodidad del lector, de notas inferiores. A simple vista, puede observarse la falta de autores básicos, pero no debe pensarse en una especial preferencia o en una ignorancia de los mismos, sino en un puro criterio de simplificar el análisis de la Ley.

BIBLIOGRAFIA BASICA

- 302 MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Volumen I. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, Volumen 1. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
- FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Comentario del Código Civil*, Tomo I. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

OTRA BIBLIOGRAFIA CITADA

- LLUIS PUIG I FERRIOL Y ENCARNA Roca TRÍAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*. Editorial Bosch, Barcelona, 1991.
- FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, *Materials V Jornades de Dret Català a Tossa-Cent anys de Codi Civil de Catalunya*. PPU, Barcelona, 1990.
- FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, "Derecho de Familia", en *Elementos de Derecho Civil*, IV. Editorial Bosch, Barcelona, 1984.
- GABRIEL GARCÍA CANTERO, "Derecho de Familia", en *Derecho Civil Español, Común y Foral de José Castán Tobeñas*, Tomo V, Volumen II. Editorial Reus, Madrid, 1985.

- MANUEL ALBALADEJO, "Derecho de Familia", en *Curso de Derecho Civil*, Tomo III. Editorial Bosch, Barcelona, 1987.
- FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, "Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autónoma", en *R.J.C.*, 1991, número 4.
- LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA, "La inseminación artificial en el Derecho", en *R.D.N.*, 1985, número 128.
- ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, "La filiación", en *R.D.N.*, 1983, número 120.
- FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, "La fecundación artificial post mortem", en *R.J.C.*, 1987, número 4.
- JOSÉ PINTO RUIZ, "De la filiación", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXVII, Volumen 1. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.
- RAMÓN ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Civil especial de Cataluña*. Editorial Bosch, Barcelona, 1983.

Después de terminado este estudio se ha publicado sobre esta materia un libro de la catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona, Doña María del Carmen Gete-Alonso y Calera, y del profesor titular de la misma asignatura y Universidad, Don Francisco de P. Blasco Gascó, que se llama *La nueva regulación de la filiación en el Derecho catalán*, Editorial Tirant lo Blanch, Sección Reformas, Valencia, 1992. Alguna de las reflexiones de estos profesores se han incluido en este estudio, encontrándose el mismo en la fase de imprenta.